

REVISTA
DIREITO

FAE

VOL 1 / NÚM 1 / 2019



REVISTA
DIREITO

FAE

FAE Centro Universitário

RDF	Curitiba	v. 1	n. 1	p. 1 - 224	2019
-----	----------	------	------	------------	------

REVISTA DIREITO FAE

ASSOCIAÇÃO FRANCISCANA DE ENSINO SENHOR BOM JESUS - AFESBJ

Frei João Mannes, OFM
Presidente

Frei Mário José Knapik, OFM
Vice-presidente

Jorge Apóstolos Siarcos
Diretor-Geral

FAE CENTRO UNIVERSITÁRIO

Jorge Apóstolos Siarcos
Reitor

Everton Drohomerecki
Pró-Reitor de Ensino, Pesquisa e Extensão

Eros Pacheco Neto
Pró-Reitor de Administração e Planejamento

José Vicente Bandeira Mello Cordeiro
Diretor de Pós-Graduação

Alessandre Nunes
Assessor da Pró-Reitoria de Administração e
Planejamento

Nacib Mattar Junior
Assessor da Pró-Reitoria de Ensino, Pesquisa e
Extensão

Naiara Fernanda Johnsson
Comissão Própria de Avaliação – CPA

COORDENADORES DE NÚCLEO E DEPARTAMENTO DA FAE CENTRO UNIVERSITÁRIO

Gabriele de Assunção Camargo
Núcleo de Admissão de Alunos – NAD

Nelcy Finck
Núcleo de Carreira Docente – NCD

Vera Fátima Dullius
Núcleo de Educação a Distância – NEAD

Elaine Cristina de Azevedo Pacheco
Núcleo de Empregabilidade – NEP

Carlos Roberto de Oliveira Almeida Santos
Núcleo de Extensão Universitária – NEU

Valter Pereira Francisco Filho
Núcleo de Inovação e Empreendedorismo – NIE

Nacib Mattar Junior
Núcleo de Legislação e Normas Educacionais –
NLEG

Cleonice Bastos Pompermayer
Núcleo de Pesquisa Acadêmica – NPA

Karla Adriane Fernandes Zeni
Núcleo de Registro e Controle Acadêmico – NRCA

Areta Galat
Núcleo de Relações Internacionais – NRI

Roberto Herrera
Diretor de Negócios e Educação Executiva

Paulo Roberto Araújo Cruz
Diretor de Relações Corporativas

Mônica Bosio
Ouvidora

Rita de Cássia Marques Kleinke
Pastoral Universitária

Edith Dias
Soraia Helena Ferreira Almondes
Tatiana Novicki
Bibliotecárias

CAMPUS - CURITIBA

Marco Antônio Regnier Pedroso
Diretor do Campus Curitiba

COORDENADORES DE CURSO

Edna Regina Cicmanec
Administração, bacharelado

Roger Lahorgue Castagno Junior
Management Experience Program – MEP
Engenharia Civil, bacharelado

REVISTA DIREITO FAE

Adriane Cordonni Savi
Arquitetura e Urbanismo, bacharelado

Érico Eleutério da Luz
Ciências Contábeis, bacharelado

Solidia Elizabeth dos Santos
Ciências Econômicas, bacharelado

Randy Rachwal
Comunicação Social: Publicidade e Propaganda,
bacharelado
Design, bacharelado

Maristela Ferreira de Andrade Gomes da Silva
Curso Superior de Tecnologia em Gestão
Comercial

Valter Pereira Francisco Filho
Curso Superior de Tecnologia em Gestão
Financeira

Karlo Messa Vettorazzi
Direito, bacharelado
Programa FAE Law Experience

Cristiane Cecchin Monte Raso
Engenharia de Produção, bacharelado
Engenharia Mecânica, bacharelado

Antônio Joaquim Pinto, OFM
Filosofia, bacharelado
Filosofia, licenciatura

Rogério Tomaz
Letras: Português-Inglês, licenciatura

Jorge Wilson Michalowski
Negócios Internacionais, bacharelado
Curso Superior de Tecnologia em Logística

Silvia Iuan Lozza
Pedagogia, licenciatura

Joyce Kelly Pescarolo
Psicologia, bacharelado

CAMPUS - SÃO JOSÉ DOS PINHAIS

Elcio Douglas Joaquim
Diretor do Campus São José dos Pinhais

COORDENADORES DE CURSO

Andrea Bier
Administração, bacharelado

Érico Eleutério da Luz
Ciências Contábeis, bacharelado

José Carlos Alves Silva
Direito, bacharelado

CAMPUS - ARAUCÁRIA

Elcio Douglas Joaquim
Diretor do Campus Araucária

COORDENADORES DE CURSO

Andrea Bier
Administração, bacharelado

Érico Eleutério da Luz
Ciências Contábeis, bacharelado

Cristiane Cecchin Monte Raso
Engenharia de Produção, bacharelado
Engenharia Mecânica, bacharelado
Engenharia Elétrica, bacharelado

RDF [recurso eletrônico]: Revista FAE de Direito. Vol. 1, n. 1 (jun. 2019)

Semestral.

Disponível em: <https://revistadedireito.fae.edu/direito/issue/archive>

ISSN:

1. Direito - Periódicos

EDITORIAL

É com enorme prazer que trazemos à comunidade científica nacional a Revista de Direito FAE – RDF. O periódico é resultado do desejo de oportunizar a publicação de escritos comprometidos com as questões sociais e a discussão do direito enquanto elemento da cultura, cidadania, inclusão social e democratização do saber.

Esta primeira edição contou com artigos de professores, alunos e egressos da FAE – Centro Universitário, em reunião de esforços para a concretização de tão almejado projeto.

Os trabalhos são de grande qualidade e tratam dos mais diversos temas do direito, desde questões atinentes ao Direito Penal e sua função, Direito Penal Internacional, Neoconstitucionalismo, inclusão social mediante a leitura das religiões de matriz africana, Direito e Processo do Trabalho, Teoria Geral do Direito, Processo Civil e novas tecnologias para o Direito, todos dialogando com justiça e cidadania.

Queremos agradecer a todos que abraçaram esta ideia, com especial gratidão ao coordenador do Curso de Direito de Curitiba, Karlo Messa Vettorazzi e aos demais membros do comitê editorial, professoras Marion Bach e Cleonice Bastos Pompermayer e professor Fernando Schumak Melo por todo o empenho na confecção das diretrizes editoriais.

Agradecemos, ainda, aos alunos FAE - Centro Universitário Franciscano, que abrilhantam esse exemplar com a juventude e determinação, tão necessários para edificação de um direito mais justo e um Brasil melhor.

Por fim, rendemos gratidão a FAE – Centro Universitário, instituição aberta para novas iniciativas e projetos, local que permite e instiga a reflexão e o aprimoramento de seus funcionários e alunos, sempre buscando a excelência do ser humano.

Thaís Savedra de Andrade.
Membro do Comitê Editorial.

SUMÁRIO

EXPEDIENTE.....	2 - 3
EDITORIAL.....	4
1. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SUPREMACIA - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	6 - 26
2. FUNCIONALISMO PENAL EM CLAUS ROXIN	27 - 42
3. ENTRE O AXÉ E O DIREITO DOS ANIMAIS: O CONFLITO APARENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS E A CONVIVÊNCIA INTERCULTURAL E PLURIVERSAL.....	43 - 80
4. A INTERVENÇÃO DE TERCEIROS E SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO	81 - 123
5. O JOGO COMO MÉTODO ATIVO DE APRENDIZAGEM DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL	124 - 144
6. A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E A SOBERANIA DO ESTADO	145 - 174
7. INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AO USO DE PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS NO DIREITO BRASILEIRO ...	175 - 202
8. A BILATERALIDADE ATRIBUTIVA NO ATIVISMO JUDICIAL DIANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ATIVISMO JUDICIAL VERSUS PURISMO JURÍDICO, UMA TENTATIVA DE DESCREVER O CONCEITO DE BILATERALIDADE ATRIBUTIVA	203 - 224

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SUPREMOCRACIA - A FUNÇÃO
CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA
EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

*CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND SUPREMOCRACY - THE
CONTROVERSIAL FUNCTION OF THE SUPREME FEDERAL COURT
IN THE ENFORCEMENT OF FUNDAMENTAL RIGHTS*

Cláudia M. Felix DE VICO ARANTES¹

Matheus Ap. Felix DE VICO ARANTES²

RESUMO

A partir da década de 1990 o mundo experimentará a era da expansão global do Judiciário, fenômeno este que será vivenciado no Brasil a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. O presente estudo pretende analisar brevemente o fenômeno no Brasil, considerando as características do movimento neoconstitucionalista, bem como, o papel centralizador do Supremo Tribunal Federal na efetivação de direitos fundamentais, o que tem ocorrido a partir da omissão perpetrada pelos outros poderes. Pretende-se também analisar tal fenômeno considerando o termo cunhado por Vieira, a Supremocracia, bem como, o papel contramajoritário que tem sido efetuado pela Suprema Corte em contraposição à vontade das maiorias legislativas.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo, supremocracia, função contramajoritária.

¹ Aluna especial do Programa de Doutorado em Direito da USP; Mestre em Ciências Jurídicas pela UENP-PR, professora de Direito Constitucional da FAE, e-mail claudia.msilva@fae.edu.

² Bacharel em Direito pela FAE.

SUMMARY

From the 1990s the world will experience the era of the global expansion of the Judiciary, a phenomenon that will be experienced in Brazil after the promulgation of the Federal Constitution of 1988. The present study intends to briefly analyze the phenomenon in Brazil, considering the characteristics of the movement neoconstitutionalist, as well as the central role of the Federal Supreme Court in the realization of fundamental rights, which has occurred since the omission perpetrated by the other powers. It is also intended to analyze this phenomenon considering the term coined by Vieira, the Supremocracy, as well as, the countermajoritarian role that has been effected by the Supreme Court in opposition to the will of the legislative majorities.

KEYWORDS: Neo-constitutionalism, supremocracy, countermajority function.

INTRODUÇÃO

A partir da década de 1990, vive-se a era da expansão global do Judiciário no Brasil. A expressão cunhada na obra dos escritores americanos Neal C. Tate e Vallinder Torbjörn está relacionada ao ativismo judicial e na era contemporânea o fenômeno será analisado por juristas, mas, também por cientistas políticos e estudiosos das ciências sociais.

O movimento neoconstitucionalista irá contribuir para a centralidade do papel do Poder Judiciário, especificamente no que se refere à atuação das cortes constitucionais, no exercício da chamada “jurisdição constitucional”; já que as constituições emergem como norma jurídica central dotada de força normativa aliada ao princípio da supremacia da constituição. O modelo norte americano de controle de constitucionalidade também vai colaborar no gigantismo das supremas cortes, tendo

em vista o *judicial review*, ou seja, o controle de constitucionalidade das leis, modelo próprio das constituições rígidas como a americana e a brasileira.

Aliado a esses fatores, o Supremo Tribunal Federal terá papel de destaque na transição para o regime democrático, na medida em que possibilita a concretização de direitos fundamentais, quando o Legislativo ou Executivo não cumprem com tais demandas da sociedade.

Esta pesquisa propõe analisar o papel do exercício da jurisdição constitucional na efetivação de direitos fundamentais, bem como, o teor da expressão “supremocracia” forjada por Vieira³, a qual se refere, em determinado aspecto, ao crescimento da centralidade do Poder Judiciário em detrimento dos demais poderes.

A proposta tem por objetivo encarar tal fenômeno como necessário, no que se refere especificamente à concretização de direitos fundamentais, os quais compõem o núcleo da dignidade da pessoa humana, um dos pilares sustentadores da República brasileira.

Em países, que estão enfrentando processos de consolidação democrática como o Brasil, o Judiciário tem assumido essa importante função, qual seja: proteger e priorizar direitos fundamentais, quando os outros poderes não o fazem.

Perceber-se-á que este fenômeno, intitulado por Vieira como supremocracia, contribuiu para o fortalecimento do Estado de Direito e do próprio constitucionalismo, mas, também tem sinalizado para a fragilidade do sistema representativo em atender as demandas que lhe são colocadas⁴.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

³ A expressão é cunhada por Oscar Vilhena Vieira em artigo escrito para a Revista de Direito GV.

⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV**, São Paulo, págs. 441-464. Jul-Dez., 2008

O movimento neoconstitucionalista chega ao Brasil na década de 1980. Movimento este que inspirado pelo constitucionalismo americano e alemão influenciará o Direito Constitucional brasileiro.

O Neoconstitucionalismo provocará uma “virada interpretativa” no Direito Constitucional e na interpretação das constituições, colocando-as no lugar de merecimento, ou seja, no centro do ordenamento jurídico, consagrando ainda o Princípio da Supremacia da Constituição.

A Constituição Federal de 1988 é rígida, e dessa rigidez emana o princípio da supremacia da constituição, na medida em que a Constituição é considerada como fundamento de validade de todas as leis infraconstitucionais, sendo que, como norma jurídica mais importante, encontra-se no topo do ordenamento jurídico. De tal rigidez e supremacia conclui-se que toda norma contrária ao pacto republicano de 1988 deverá ser extirpada do nosso conjunto de leis e demais atos normativos infraconstitucionais.

A supremacia da Constituição é um dos pilares do modelo constitucional contemporâneo, que se tornou dominante em relação ao modelo de supremacia do Parlamento, residualmente praticado em alguns Estados democráticos, como o Reino Unido e Nova Zelândia. Note-se que o princípio não tem um conteúdo material próprio; ele apenas impõe a primazia da norma constitucional, qualquer que seja ela.⁵

Mas, antes do Neoconstitucionalismo, o constitucionalismo moderno está no cerne dessa transformação e:

“... em termos jurídicos, reporta-se a um sistema normativo, enfeixado na Constituição, e que se encontra acima dos detentores do poder; sociologicamente, representa um movimento social que dá sustentação à

⁵ BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 335.

limitação do poder, inviabilizando que os governantes possam fazer prevalecer seus interesses e regras na condução do Estado”.⁶.

O constitucionalismo é definido por Canotilho como “*a ideologia que ergue o princípio do governo limitado, indispensável à garantia dos direitos, em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade*”.⁷

Inicialmente o constitucionalismo do século XVII foi marcado pela luta pela limitação do poder e pela supremacia da lei.

E, dois são os marcos históricos e formais do constitucionalismo moderno: a Constituição norte-americana de 1787 e a francesa de 1791 (que teve como preâmbulo a declaração universal dos direitos do homem e do cidadão de 1789). Nesse momento inicial destaca-se a concepção do constitucionalismo liberal, marcado pelo liberalismo clássico, com o destaque para os seguintes valores, ligados essencialmente à liberdades individuais, também chamadas de liberdades negativas: individualismo, absentéismo estatal, valorização da propriedade privada e proteção do indivíduo.

Esse viés influenciou significativamente as Constituições brasileiras de 1824 e 1891.

Já, o constitucionalismo moderno surge no fim da Primeira Guerra Mundial e caracteriza-se por um movimento de consagração dos direitos sociais, os chamados direitos fundamentais de segunda geração, que implicam numa atividade proativa dos poderes públicos.

No que se refere aos direitos de segunda geração (ou dimensão), as Constituições do México de 1917 e a de Weimar de 1919, influenciaram profundamente, a Constituição brasileira de 1934 (Estado Social de Direito).

⁶ CARVALHO, Kildare. **Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo**. 11ª edição – Editora Del Rey. Belo Horizonte, 2005, p. 165.

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4ª ed. Coimbra: Portugal. Livraria Almedina, 2000, p. 51.

Se o Constitucionalismo preocupou-se em limitar o poder estatal, numa luta travada contra o movimento absolutista e, além disso, elaborou constituições com a finalidade de organizar o Estado Moderno, o foco do Neoconstitucionalismo é fazer cumprir a “força normativa da Constituição”, o que implicará na efetivação dos chamados direitos fundamentais.

O Neoconstitucionalismo do século XXI surge como uma nova perspectiva em relação ao constitucionalismo, ou, segundo alguns, constitucionalismo pós-moderno, ou, ainda, pós-positivismo.

Pretende-se, neste novo viés, não mais apenas atrelar o constitucionalismo à ideia de limitação do poder estatal, mas, acima de tudo, buscar a eficácia da Constituição, devendo assim deixar-se de lado possíveis retóricas, passando-se à busca pela efetividade e concretização dos direitos fundamentais.

Diante de tais premissas, a Constituição além de ser o centro do sistema, irradia toda a sua força normativa em relação aos demais poderes instituídos e mesmo aos particulares, e irá influenciar outros ramos do direito, com vistas à garantia de condições dignas mínimas ao indivíduo e concretização dos valores constitucionalizados.

O princípio da dignidade da pessoa humana exerce papel basilar na construção do movimento neoconstitucionalista, que além de possuir viés jurídico, provoca na nova interpretação da norma jurídica constitucional a adição de grande carga axiológica.

A carga valorativa da norma resultará na reaproximação entre o Direito e a Ética, o Direito e a Moral, o Direito e a concepção de Justiça.

Sendo a Constituição de 1988 bastante principiológica e contendo várias normas programáticas, tal carga axiológica demandará mediações concretizadoras a serem realizadas pelos aplicadores da norma quando da sua interpretação.

O principal vetor de toda e qualquer interpretação será a dignidade da pessoa humana, ora considerado como valor, como princípio, ora como norma-princípio. Dignidade da pessoa humana é valor fundamental, é princípio jurídico de status constitucional e, segundo Barroso “*como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Na verdade, ela constitui parte do conteúdo dos direitos fundamentais*”.⁸

A dignidade da pessoa humana surge então como um dos pilares do Estado Constitucional de Direto do século XXI, que tem como objetivo precípua a concretização dos valores constitucionais e a garantia de condições dignas mínimas a todos os cidadãos.

Tais garantias implicam na concretização de direitos fundamentais, direitos humanos que estão positivados na Constituição, e que podem ser individuais, sociais, políticos e transindividuais.

E, principalmente os direitos sociais, como direitos humanos que são, ou seja, inerentes à natureza humana demandarão do Poder Público, prestações positivas nas áreas de educação, moradia, saúde, transporte, previdência etc; tais prestações, às vezes, não serão supridas pelo Legislativo ou pelo Executivo, implicando assim numa resposta a ser dada também pelo Poder Judiciário.

3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SUPREMACIA

Esse novo Constitucionalismo, que tem como uma de suas premissas a efetivação dos direitos fundamentais dos indivíduos e grupos irá provocar o

⁸ BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 288.

redimensionamento da atividade estatal, não somente no que se refere à questão da limitação do poder, mas também no que diz respeito à divisão das suas funções.

Especificamente no Brasil, Executivo, Legislativo e Judiciário terão seus papéis redefinidos e alguns fatores influenciarão nesta nova organização do poder. É neste sentido que a expansão do Judiciário está diretamente ligada ao (neo) constitucionalismo, já que tal movimento irá demandar dos poderes constituídos um conjunto de ações positivas e concretizadoras dos direitos fundamentais de indivíduos e grupos sociais.

Neste sentido, o Judiciário, impulsionado por certos fatores e, entre eles, por uma Constituição extremamente analítica e abrangente, e, com uma linguagem aberta assumirá papel de destaque, e o conceito de Jurisdição Constitucional ganhará importância. Assim, a expressão “jurisdição constitucional” surge para “*designar a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais*”.⁹

A interpretação constitucional ganha ainda em evidência considerando-se que a Constituição de 1988 está repleta de conceitos jurídicos indeterminados contém linguagem fluida, está em posição hierarquicamente superior às demais normas jurídicas e possuem caráter político.

No Brasil, a jurisdição constitucional abrange a aplicação direta da Constituição pelos juízes e tribunais, o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público, e, ainda, a interpretação de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, conforme a Constituição.

A ascensão institucional do Judiciário, em especial dos Tribunais Constitucionais, no exercício dessa jurisdição constitucional, tem servido, nos países em processo de consolidação democrática (democracias recentes como a do Brasil), como instrumento de efetivação de direitos fundamentais. Há de se lembrar que este

⁹ BARROSO, Luiz Robert. Jurisdição Constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política. <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>

não é e não deve ser o único meio de concretização de tais direitos, mas é isso que a experiência democrática brasileira tem demonstrado, dada a centralidade da Corte Constitucional no cenário atual.

C. Neal Tate, referenciado por Streck cita as condições que proporcionaram essa expansão do Judiciário, e entre elas, menciona a inefetividade do Executivo e Legislativo:

a) ruptura da ideia (simples) de democracia como "vontade da maioria" (democracy as majority rule and popular responsibility), ampliando o papel do Judiciário como um poder contramajoritário; b) separação dos poderes, que, mesmo não sendo uma causa da judicialização da política, facilitou-a; c) a (falta de) implementação de políticas públicas; d) o interesse de certos grupos em utilizar as Cortes muitas vezes para expandir o rol de "direitos" e incluir interesses que não estavam vinculados diretamente à Constituição; e) o controle de constitucionalidade (constitutional review) tem ampla ligação entre o sistema político nacional e a judicialização, já que muitas vezes, acabou sendo utilizado pela oposição parlamentar para barrar as iniciativas do governo; f) a inefetividade das "instituições majoritárias" (majoritarian institutions), não somente do Legislativo, mas também do Executivo, que não conduz de forma satisfatória a Administração, principalmente no que tange a implementação de políticas públicas; g) por fim, a delegação de poderes pelas próprias "instituições majoritárias" para não gerar controvérsias políticas para o congressista (ou administrador): por exemplo, em vez de definir lei que proíbe (ou permita) o aborto, o legislador coloca nas mãos do juiz essa decisão, não entrando em conflito, nem polêmica com os seus eleitores – e, principalmente com seus opositores.¹⁰

A reflexão acerca da expansão do Judiciário e conseqüentemente da jurisdição constitucional é polêmica e tem sido abordada por vários estudiosos (alguns aqui referenciados), nunca se falou tanto no assunto, as decisões do Supremo Tribunal Federal estão quase que diariamente nos meios de comunicação e passaram a fazer parte da conversa cotidiana dos brasileiros.

O cerne da questão é tentar responder à seguinte pergunta: esta função expansionista do Judiciário é positiva ou negativa para a consolidação da democracia

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional** – 5ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, pág.2.

brasileira? E ainda: quais são os limites de atuação da jurisdição constitucional? Deve-se admitir este viés expansionista especialmente no que se refere à concretização de direitos fundamentais?

A história brasileira tem demonstrado que esse posicionamento é necessário à concretização de tais direitos, pois o deslocamento da autoridade do sistema representativo para o Judiciário tem sido causado, sobretudo pela ineficiência do Estado em atender às demandas de direitos de direitos fundamentais. Mas não se trata somente disto.

Os direitos fundamentais integram o conteúdo da dignidade humana e, portanto, sendo a dignidade da pessoa humana, um dos pilares sobre os quais se assenta a República Federativa do Brasil, nos dizeres do Artigo 1º da Constituição Cidadã de 1988, a missão de todos os poderes constituídos deve ser sim a de priorizar a concretização de tais direitos.

No estudo desse fenômeno que envolve a análise do papel do Judiciário no Estado Democrático de Direito, e também os limites da jurisdição constitucional, a palavra supremocracia foi forjada por Vieira¹¹ com a finalidade de abranger dois aspectos: primeiramente, a possibilidade de o Supremo impor sua autoridade às demais instâncias judiciárias (tendo este viés ganhado força após a criação das súmulas vinculantes), e, num segundo momento, refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes, como centro do sistema.¹²

Foi apenas com a Constituição de 1988 que o Supremo deslocou-se para o centro de nosso arranjo político. Esta posição institucional vem sendo paulatinamente ocupada de forma substantiva, em face a enorme tarefa de guardar tão extensa constituição. A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras

¹¹ O assunto é tratado por Vieira em artigo intitulado *Supremocracia*.

¹² VIEIRA, Oscar Vilhena. **Revista Direito GV**, São Paulo. Jul-Dez. 2008, p. 441-464.

vezes substituindo as escolhas majoritárias. Se esta é uma atribuição comum a outros tribunais constitucionais ao redor do mundo, a distinção do Supremo é de escala e de natureza. Escala pela quantidade de temas que, no Brasil, têm natureza constitucional e são reconhecidas pela doutrina como passíveis de judicialização; de natureza, pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador. Neste sentido, a Suprema Corte indiana talvez seja a única que partilhe o status supremocrático do Tribunal brasileiro, muito embora tenha deixado para trás uma posição mais ativista.¹³

A Constituição Federal de 1988 foi determinante para a contribuição da chamada Supremocracia, uma vez que se trata de uma Constituição, que com medo do legislador acabou abarcando temas não propriamente constitucionais, provocando a chamada “constitucionalização do direito”; ora, se tudo, ou quase tudo, passa então a ser matéria constitucional, sendo, portanto a Corte Suprema instada a proferir a última palavra sobre tais temas, conseqüentemente sua atividade aumentará exponencialmente.

A Constituição ainda atribuiu ao Supremo a função de guardião de seu conteúdo, e lembremo-nos que a Corte Suprema brasileira, além de exercer a função de Tribunal Constitucional, ainda serve como tribunal de apelação ou última instância judicial, revisando centenas de milhares de casos resolvidos pelos tribunais inferiores todos os anos¹⁴, sem contar a função de foro privilegiado, cabendo-lhe julgar criminalmente as autoridades dos altos escalões do governo.

Com esta análise, aliás, demasiadamente sucinta, percebe-se que a missão atribuída ao Supremo é, no mínimo, desafiadora, tem sido difícil pensar na atualidade numa matéria que não demande a posição do Supremo.

Aliada a esta realidade jurídica, que conferiu ao Supremo papel central na construção da democracia brasileira a partir da Constituição de 1988, é do cerne do (neo) constitucionalismo a proteção e concretização de direitos fundamentais, e, nesta

¹³ Idem, p. 445.

¹⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Revista Direito GV**, São Paulo. Jul-Dez. 2008, p. 441-464, p.449.

perspectiva o Supremo Tribunal Federal não poderá ignorar sua participação neste processo.

Não se pretende aqui esgotar o tema, mas, ao contrário, instigar a pesquisa, afinal, haverá aqueles que mencionarão, com certa razão que o elastecimento da jurisdição constitucional também causa insegurança jurídica, pois como afirma Grau “o fato é que não se interpreta a norma: a norma é o resultado da interpretação”¹⁵.

Os estudiosos do assunto também terão a tarefa de trazer à tona “o fator Julia Roberts”.¹⁶ Cabe à doutrina dizer quando o Supremo erra.

É certo que não caberá à Corte Suprema construir novos textos, se o fizer aí sim estaremos nas palavras de Streck diante de uma “jurisdicio-cracia”¹⁷.

Não se pode conceber a existência do Estado de Direito e nem de democracia sem a proteção de direitos fundamentais, mas, não se pode pensar também que o Judiciário deverá responder sobre todas as questões importantes da sociedade. Esta tensão entre democracia, jurisdição constitucional, direitos fundamentais e soberania popular tem sido importante para a construção e consolidação do próprio Estado Democrático de Direito. Quanto à Corte Suprema, talvez a sua mais tormentosa tarefa seja a de conciliar democracia e a proteção dos direitos fundamentais.

¹⁵ GRAU, Eros Roberto. **Por que Tenho Medo dos Juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 18.

¹⁶ Lênio Luiz Streck em sua obra “Compreender Direito – nas brechas da lei”, vol. III cria a expressão para fazer referência ao filme Dossiê Pelicano, quando num dado momento a atriz contesta seu professor e afirma que a Suprema Corte Americana errou quando considerou constitucional a criminalização da sodomia.

¹⁷ STRECK, Lênio Luiz. **Compreender Direito: Nas brechas da lei**, volume III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 63.

4 SUPREMOCRACIA E FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em 1997, Arantes¹⁸ alertava sobre uma lacuna existente em pesquisas na área de ciência política, qual sejam estudos sobre o papel institucional do Supremo Tribunal Federal. Tais estudos teriam o condão de auxiliarem no entendimento dos limites dos papéis de nossa Corte Suprema; materiais relacionados à análise de suas decisões existem em grande quantidade, mas, há de se ressaltar que as decisões de uma Corte Suprema contém caráter jurídico, evidentemente, mas não somente tal aspecto deve ser considerado, mas também os efeitos políticos, sociais e econômicos de suas decisões.

Diferentes abordagens não faltariam para estimular tal estudo, desde a pesquisa sobre a história do STF e o papel que vem desempenhando desde sua criação e o tratamento jurídico atribuído pelas Constituições e até mesmo uma análise de Direito Comparado considerando as cortes supremas de outros países; mas, nos interessa refletir aqui sobre o papel do Judiciário na efetivação de direitos fundamentais.

Como já referido no item anterior, não há como ignorar o papel central assumido pelo Judiciário a partir da Constituição Federal de 1998, inclusive no que se refere a sua participação no processo de estabilidade democrática e efetivação de direitos fundamentais; adiciona-se a isso o processo de controle de constitucionalidade das leis produzidas pelo Poder Legislativo, pois “dentre um ordenamento jurídico ideal,

¹⁸ ARANTES, Rogério B. **Judiciário e Política no Brasil**. São Paulo: Editora Sumaré-Fapesp/Educ, 1997.

todos os textos legais inferiores e atos normativos dos diversos poderes devem concordância e obediência à Constituição”¹⁹.

Em épocas de Neoconstitucionalismo e expansão do papel do Poder Judiciário a jurisdição constitucional reverbera por todo o ordenamento jurídico e além, na medida em que o Tribunal Constitucional é provocado para manifestar-se também sobre questões políticas e sociais.

Nesta perspectiva, é imperioso reconhecer que as cortes constitucionais também exercem um papel de representação política, mas, de outra banda, questiona-se a legitimidade democrática da função judicial tendo em vista que o Poder Judiciário é dotado de características diferentes dos outros poderes, já que seus membros não são investidos nos cargos por critérios eletivos e processos majoritários.

Assim, nesse sentido questiona-se a legitimidade democrática deste papel do Supremo Tribunal Federal chamado de contramajoritário, na medida em que *“sobrepõe sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária”*.²⁰

E, aliado a este primeiro papel, existe um segundo que o complementa: um papel representativo por ocasião do atendimento pela Corte Constitucional de demandas sociais e anseios que não foram atendidos pelo Congresso Nacional.

A legitimidade política não decorre apenas da representação por via eleitoral, que autoriza os parlamentos a tomarem decisões em nome do povo. Ao lado do conceito de eleições e do princípio majoritário, a ideia de democracia deliberativa não só comporta como exige um outro componente: uma representação argumentativa ou discursiva. O constitucionalismo democrático se funda na institucionalização da razão e da correção moral. Isso significa que uma decisão da corte suprema, para ser inquestionavelmente legítima, deverá ser capaz de demonstrar: (i) a racionalidade e a justiça do seu argumento, bem como (ii) que ela corresponde a uma demanda social objetivamente demonstrável²¹.

¹⁹ *Idem*, p. 27.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 480.

²¹ *Idem*.

Portanto, este papel contramajoritário é legitimado na medida em que demandas relacionadas aos direitos fundamentais são atendidas em situações de retração do Poder Legislativo.

Para os que criticam essa posição proativa do Judiciário, convém ressaltar que este tipo de ação diferencia-se do chamado ativismo judicial, expressão utilizada nos Estados Unidos, inicialmente numa conotação negativa e para manifestar a linha conservadora da época, num levante oposicionista à atuação da Suprema Corte americana durante o período em que foi capitaneada por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Foi necessário certo tempo para que a crítica ideológica fosse depurada, para atrelar o ativismo judicial a uma visão progressista, significando a participação mais ampla e intensa do Judiciário na efetivação de valores constitucionais.

A realidade social brasileira e o funcionamento da engrenagem democrática fizeram ampliar a jurisdição constitucional para atender as demandas não cumpridas pelo Poder Legislativo e por um Poder Executivo com baixa legitimidade e que também deixa a desejar no que se refere à execução de políticas públicas. Já, o ativismo judicial *“é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”*²².

No Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Dentre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e cláusulas de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que tem sido exemplo as decisões sobre direito à saúde.

²² BARROSO, Luiz Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Juris Plenum Direito Administrativo**, Caxias do Sul (RS), v. 4, n. 15, p. 119-156, set. 2017. Disponível: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/55915>.

Todas essas funções distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito.²³

Não faltam críticas a esse posicionamento expansionista do Judiciário, o desafio com certeza será encontrar pontos de equilíbrio e moderação. Essa força contramajoritária representada por esta proatividade impulsionada inclusive pelo modelo de controle de constitucionalidade praticado no Brasil justifica-se, sobretudo na proteção dos direitos fundamentais.

Essa sistemática se torna aceitável principalmente ao considerar-se que o Brasil ainda está inserido num processo de construção e consolidação democrática, esta realidade implica no amadurecimento das instituições democráticas e essa inter-relação entre os poderes e seus exatos limites ainda está em curso.

Nesta realidade, há um importante papel a ser desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, e, segundo Barroso:

pois é este o grande papel de um tribunal constitucional, do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro: proteger e promover os direitos fundamentais, bem como, resguardar as regras do jogo democrático. Eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição se dará a favor e não contra a democracia.²⁴

Portanto, a par das críticas realizadas, a função contramajoritária exercida pela Corte Constitucional é legítima, na medida em que promove e realiza direitos fundamentais. A supremocracia, portanto, não se trata de fenômeno negativo, ao contrário, é, no momento, necessária. O titular do direito fundamental não pode ser destituído de tal proteção em virtude da inércia ou insuficiência de atuação dos poderes do Estado; porém, quando não estejam em jogo os direitos fundamentais e

²³ *Idem*, p. 10-11.

²⁴ *Idem*.

os procedimentos democráticos, juízes e tribunais deverão acatar as escolhas realizadas pelo legislador, que, afinal, foi majoritariamente escolhido pelo povo.

O inverso, então é verdadeiro, na medida em que uma vez tolhido o cidadão em seus direitos fundamentais, deverá o Poder Judiciário suprir e atuar na inércia e insuficiência dos demais poderes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O movimento intitulado Neoconstitucionalismo foi determinante para que as constituições modernas fossem alçadas ao seu lugar de merecimento, qual seja, o topo, numa ordem hierarquizada de normas, servindo assim, de fundamento de validade em relação às normas infraconstitucionais e atos normativos produzidos pelos outros poderes.

O mesmo movimento de supremacia constitucional e força normativa das constituições tem como uma de suas facetas a efetivação dos chamados direitos fundamentais, e aqui, principalmente registre-se os direitos sociais, os quais implicam numa prestação positiva do Poder Público, sendo que uma vez não concretizado implicará em desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Justifica-se assim, uma atuação proeminente da Corte Suprema. Direitos sociais são direitos humanos de segunda geração e que numa visão de complementaridade e interdependência não podem ser descumpridos por nenhum dos três poderes. Ao contrário, todos os poderes devem priorizar sua efetividade.

Compreender tal fenômeno implica em atribuir às cortes constitucionais um papel de destaque, no sentido de atuar proativamente para que ações sejam realizadas pelos três poderes com vistas a garantir a concretização de direitos fundamentais (sociais).

É absolutamente normal que essa engrenagem democrática se movimente e se relacione, ora com atuação de um determinado poder, ora, por outro, e isso não implica necessariamente em ativismo judicial e sim, na expansão da jurisdição constitucional com vistas à concretização de direitos fundamentais.

A própria Constituição representa uma decisão política, que além de organizar o Estado e seus poderes têm a responsabilidade de transformar essa realidade política em mecanismos aptos a atender os anseios da população, sendo os direitos e garantias nela previstos, os instrumentos jurídicos aptos a fazê-lo.

A função contramajoritária na verdade é também majoritária, desde que tais engrenagens funcionem de forma equilibrada e desde que considere a fundamentalidade do direito pleiteado. Fora disso, do caráter fundamental do direito pleiteado, juízes e tribunais deverão respeitar as escolhas do legislador.

Não se pode olvidar que ao Judiciário cabe o exercício de funções técnicas, que envolve o domínio de conhecimento técnico especializado e cujo acesso não é pela via eletiva e sim por concurso público. Lembre-se que os limites de atuação de cada poder estão delimitados na Constituição, mas o Neoconstitucionalismo parece ter provocado um novo arranjo institucional.

Portanto, a supremocracia, ou “governo do supremo”, significado extraído por meio da etimologia da palavra forjada por Vieira, não nos parece negativo ou prejudicial, na medida em que, países que estão enfrentando processos de consolidação democrática a Corte Suprema terá sim papel de destaque, quando então será convocada a priorizar e concretizar direitos quando os outros poderes não conseguem fazê-lo de modo satisfatório.

Esta afirmação só é possível em virtude do princípio (norma) da dignidade da pessoa humana, que é parte integrante dos direitos fundamentais, e que implica na satisfação das necessidades materiais dos indivíduos, em prestações elementares a

sua própria existência, que não podem deixar de serem atendidas quando uma das engrenagens do poder não funciona a contento.

BIBLIOGRAFIA

ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de Coalizão. Raízes e Evolução do Modelo Político Brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ARANTES, Rogério B. **Judiciário e Política no Brasil**. São Paulo: Editora Sumaré-Fapesp/Educ, 1997.

_____. **Ministério Público e Política no Brasil**. São Paulo: Editora Sumaré-Fapesp/Educ, 2002.

AVRITZER, Leonardo. **Impasses da Democracia no Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2017.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Juris Plenum Direito Administrativo***, Caxias do Sul (RS), v. 4, n. 15, p. 119-156, set. 2017. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/55915>.

_____. **Jurisdição Constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política**. <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4ª ed. Coimbra: Portugal. Livraria Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, M. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em Busca da Judicialização da Política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem.** IV Encontro Nacional da Associação Brasileira de Ciência Política (ABCP), realizado na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ) em julho de 2004. *Revista de Sociologia e Política*

CARVALHO, Kildare. Direito Constitucional. **Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo.** 11ª edição – Editora Del Rey. Belo Horizonte, 2005.

CASTRO, Marcos Faro. **O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política.** Instituto de Ciência Política e Relações Internacionais. Universidade de Brasília

GRAU, Eros Roberto. **Por que Tenho Medo dos Juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios.** 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

LEVISTSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. Tradução, Renato Aguiar. **Como as Democracias Morrem.** Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

PIRES, Tiago Magalhães. Crônicas do Subdesenvolvimento. Jurisdição Constitucional e Democracia no Brasil. **Revista de Direito do Estado n. 12**, p. 181-205, 2009.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou Representação? Política, Direitos e Democracia no Brasil.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

RODRIGUES, Paulo. (2015). **Os 20 anos do “The Global Expansion of Judicial Power” e as diferentes teorias de Judicialização da Política no Brasil: continuidades e descontinuidades.**

https://www.researchgate.net/publication/325857499_Os_20_anos_do_The_Global_Expansion_of_Judicial_Power_e_as_diferentes_teorias_de_Judicializacao_da_Politica_no_Brasil_c ontinuidades_e_descontinuidades

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

REVISTA DIREITO --- FAE

_____. **Compreender Direito, volume III, Nas brechas da lei.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

VERONESE, Alexandre. **A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo.** VI Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política (ABCP), realizado de 29 julho a 1 agosto de 2008, em Campinas (SP).

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV**, São Paulo. p. 441-464 Jul-Dez. 2008.

FUNCIONALISMO PENAL EM CLAUS ROXIN
FUNZIONALISMO PENALE IN CLAUS ROXIN

Camilin Marcie de POLI¹

RESUMO

O presente artigo analisa o funcionalismo penal (também conhecido como sistema teleológico-racional e sistema teleológico-funcional) proposto por Claus ROXIN, apontando as principais características desse sistema jurídico-penal. Demonstra ainda as contribuições trazidas por esse modelo e, na sequência, aborda as críticas feitas pela doutrina ao sistema funcionalista de Claus ROXIN.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal. Dogmática jurídico-penal. Funcionalismo penal. Política criminal. Sistema penal.

RIASSUNTO

Questo articolo analizza il funzionalismo penale (noto anche come sistema razionale-teleologico e sistema teleologico-funzionale) proposto da Claus ROXIN, evidenziando le principali caratteristiche di questo sistema giuridico-penale. Dimostra anche i contributi apportati da questo modello e, nel seguito, affronta le critiche formulate dalla dottrina del sistema funzionalista di Claus ROXIN.

PAROLE-CHIAVE: Diritto penale. Dogmatico giuridico-penale. Funzionalismo penale. Politica criminale. Sistema penale.

¹ Doutoranda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Graduada em Direito. Graduada em História. Professora da FAE. Advogada. Escritora. Autora da obra "Sistemas Processuais Penais" e de diversos artigos na área jurídica. E-mail <camilindepoli@hotmail.com>.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Claus ROXIN nasceu em Hamburgo, na Alemanha, no dia 15 de maio de 1931. Entre os anos de 1950 a 1954 estudou Direito na Universidade de Hamburgo. Em 1957 concluiu o doutorado, e no ano de 1962 se habilitou livre-docente pela Faculdade de Direito da Universidade de Hamburgo. Em 1963, com apenas 32 anos de idade, tornou-se professor catedrático da Universidade de Göttingen. No ano de 1966 participou da elaboração do Projeto Alternativo de Código Penal, sendo também autor de diversos outros projetos alternativos (v.g. projeto sobre a eutanásia, projeto de reforma do processo penal, etc.). Em 1971 se tornou professor de direito penal e processual penal da Universidade de Munique, onde lecionou até 1999, ano em que se aposentou formalmente, mas continuou a sua vida acadêmica. Sua obra fez notável sucesso internacional, de modo que durante toda a sua carreira profissional recebeu diversos títulos *honoris causa*.²

1 SISTEMA FUNCIONALISTA DE CLAUS ROXIN

ROXIN, na obra “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”³, lançada no ano de 1970, formulou as bases fundamentais do sistema funcionalista, também chamado teleológico-racional e teleológico-funcional, inaugurando uma nova fase na dogmática penal.⁴ Nela, salientou a importância da construção sistemática de conceitos para a dogmática jurídico-penal, propondo uma concepção normativa que servisse de norte para o sistema jurídico-penal em questões valorativas político-criminais.

² GRECO, Luís; LEITE, Alair. Claus Roxin, 80 anos. In: *Revista Liberdades*. n. 7, a. 2011, p. 97-123.

³ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

⁴ GRECO, Luís. Introdução a dogmática funcionalista do delito. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*. a. 2000, p. 211-283, p. 212.

Dessa forma, diferentemente dos sistemas anteriores, que possuíam (em certa medida) uma vinculação com critérios naturalísticos de imputação do resultado (nexo de causalidade), o funcionalismo penal foi estruturado sob a perspectiva normativa e, com isso, apareceu como um novo sistema penal.⁵ Na realidade, ROXIN não pretendeu acabar ou abandonar a ideia de sistema, mas sim propor novas bases fundamentais para se pensar a matéria.

Com efeito, é importante lembrar que não existe somente um modelo de funcionalismo penal, mas diversos tipos. Em que pese às diferenças existentes entre eles, os defensores do funcionalismo compartilham o entendimento de que a construção do sistema jurídico-penal não deve se vincular a dados ontológicos (v.g. ação, causalidade, estruturas lógico-real, etc.), mas sim aos fins do direito penal. Dessa forma, as teorias sobre os fins da pena acabam assumindo um importante papel no sistema funcionalista, pois se o delito é o conjunto de preceitos da pena, ele deve ser construído a partir do seu resultado, bem como dos fins da pena.⁶

Conforme expõe GRECO, retomam-se no funcionalismo os enfoques valorativos do neokantismo, como a construção teleológica de conceitos e a materialização das categorias do delito, incorporando-se a estes enfoques a missão constitucional do direito penal de proteção de bens jurídicos, através da prevenção geral ou especial. Com isso, submetem-se os conceitos a funcionalização, de modo a fazer com que cumpram uma função adequada no sistema, atingindo resultados justos. Contudo, o sistema desenvolvido por ROXIN substitui as valorações neokantianas por valorações exclusivamente político-criminais, de modo a fazer com que o direito se sensibilize para as diferenças existentes entre casos aparentemente similares, na busca pela concretização da justiça.⁷

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁶ GRECO, Luís. *Introdução...* Op. cit., p. 228-230.

⁷ *Idem, ibidem*, p. 237-238.

Como observa o autor, o sistema de ROXIN se mostra como uma síntese entre o pensamento dedutivo (valorações político-criminais) e o pensamento indutivo (composição de grupos de casos), o que é bastante relevante, visto que busca atender simultaneamente as exigências de segurança e de justiça, que são inerentes à noção de direito. Ademais, não cai no excessivo normativismo e garante a abertura e o dinamismo do sistema.⁸

De acordo com ROXIN, a teoria dos fins da pena foi retirada principalmente da filosofia do idealismo alemão, que estava ligada as doutrinas da Igreja. Entendia-se que a pena serviria para a realização da justiça, pois compensaria ou substituiria a culpa do autor e, com isso, restauraria o Direito violado. Assim, prevalecia a teoria da retribuição, na qual imperava a ideia de que quanto maior fosse a culpa do autor, mais severa deveria ser a retribuição, sendo a pena escalonada conforme a gravidade do crime.⁹

Contudo, com o passar do tempo, houve um deslocamento da retribuição para a prevenção, de modo que a noção metafísica de que se poderia suprimir a culpa pela retribuição foi substituída pela ideia de função social de impedimento dos crimes (que se daria através da atuação sobre o autor e sobre a consciência jurídica). A pena escalonada foi substituída por uma pena unitária, passando-se a privilegiar a ressocialização, uma vez que ao Estado incumbiria a tarefa de melhorar as relações sociais, ou seja, favorecer a liberdade, a segurança e o bem estar dos seus cidadãos.¹⁰

Em outras palavras, negou-se a pena retributiva em favor da pena preventiva, que tem como escopo a proteção de bens jurídicos. Isso acarretaria efeitos tanto para a coletividade, através da prevenção geral negativa (intimidação do corpo social) e da

⁸ *Ibidem*, p. 241.

⁹ ROXIN, Claus. Sobre a evolução da política criminal na Alemanha após a segunda guerra mundial. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Universidade Lusíada, 2002, p. 14.

¹⁰ *Ibidem*, p. 17.

prevenção geral positiva (reestabilização da confiança social na ordem jurídica), quanto para o autor do delito, através da prevenção especial positiva (ressocialização do indivíduo) e da prevenção especial negativa (impedir o cometimento de novos crimes durante o cumprimento da pena).

No início da obra “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”, ROXIN critica o argumento sustentado por Franz von LISZT, de que o direito penal é a barreira intransponível da política criminal. Para ROXIN, esse argumento revela uma relação de tensão entre o direito penal e a política criminal, que acaba prevalecendo na ciência penal por força da tradição.¹¹

Conforme o autor, em que pese a contribuição de LISZT para a sistematização, uniformização e clareza do direito penal, o seu trabalho não apresentou proporção entre os esforços dos estudiosos e as suas consequências práticas, tornando as discussões pouco produtivas, visto se preocupar somente com a organização, igualdade e domínio da matéria.¹² Afirmou também que as soluções claras e uniformes, decorrentes da dicotomia entre dogmática penal e política criminal – que entende que os questionamentos político-criminais não podem e não devem ser introduzidos no sistema, pois se deve respeitar a rigidez da regra – não se ajustaram ao caso concreto e, por isso, tornaram-se político-criminalmente incorretas.¹³

Para ROXIN, foi o positivismo jurídico, caracterizado por excluir da esfera jurídica as dimensões do social e do político, que serviu de fundamento para a tensão entre a dogmática penal e a política criminal. Segundo esse entendimento, do qual LISZT era adepto, a dogmática penal somente seria ciência jurídica enquanto se ocupasse da análise conceitual das disposições jurídico-positivas e da sua ordenação no sistema. A política criminal, por sua vez, se preocuparia com os conteúdos sociais e fins do direito penal e, por isso, permaneceria fora do âmbito jurídico. Assim, a lei

¹¹ ROXIN, Claus. *Política...* Op. cit., p. 1-2.

¹² *Ibidem*, p. 6.

¹³ *Ibidem*, p. 7.

não serviria como instrumento de reforma social, mas somente como forma de reestabelecimento e de ordenação das liberdades coexistentes.¹⁴

Contudo, para ROXIN, a tarefa da lei não se exaure com a função garantística sustentada por LISZT, uma vez que os problemas político-criminais também constituem o conteúdo próprio da teoria geral do delito. Para além da função liberal de proteção, o princípio da legalidade tem o escopo de oferecer diretrizes de comportamento e, com isso, torna-se um importante instrumento de regulação social (v.g. legítima defesa).¹⁵

A seu entender, as decisões valorativas político-criminais devem ser introduzidas no sistema do direito penal a partir de uma relação dialética, e não dicotômica. Portanto, a política criminal e a dogmática penal não devem ser tratadas como opostos inconciliáveis, mas devem ser unidas em uma síntese, segundo uma relação de complementaridade, assim como ocorre com o Estado de Direito e o Estado Social.¹⁶ Por conseguinte, o direito penal consiste na forma por meio da qual os fins político-criminais podem ser transmitidos para o modelo de vigência jurídica.¹⁷

Dessa forma, o direito penal não deve ser construído sem que se leve em consideração os efeitos que produz na sociedade na qual opera, isto é, não deve permanecer distante das finalidades que o legitimam. Assim, quando por meio da utilização de conceitos abstratos retirados da dogmática penal, se chegar a soluções insuficientes ao caso concreto, poder-se-á valer de princípios garantistas e finalidades político-criminais. Com isso, a dogmática penal não permanece exclusivamente vinculada ao direito positivo, pois passa a incluir as finalidades almejadas pelo direito penal.¹⁸

¹⁴ *Ibidem*, p. 12-13.

¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 14-15.

¹⁶ *Ibidem*, p. 20.

¹⁷ *Ibidem*, p. 82.

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...* Op. cit., p. 133.

De todo modo, segundo ROXIN, a introdução da política criminal na esfera jurídica da ciência penal não ocasiona o abandono ou a relativização do pensamento sistemático. Ao contrário, a relação entre elas permite a transparência das estruturas internas do sistema, visto que se afastam dos axiomas e abstrações. Ademais, o sistema funcionalista se encontra muito mais próximo da realidade, visto que o desenvolvimento das noções político-criminais impõe a revisão de toda a matéria de regulamentação, bem como possibilita a concretização das disposições que permitem uma solução mais adequada às especificidades do caso concreto.¹⁹

Com isso, ao seu entender, a fragilidade dos sistemas abstratos não se encontra apenas na posição contrária a política criminal, mas sim na desconsideração para com as particularidades do caso concreto, pois, na busca pela segurança jurídica, coloca em perigo a justiça.²⁰

Assim, diferentemente do sistema finalista, que entende que a finalidade é vontade de realização – compreende não apenas o que autor realmente almeja, mas também as consequências que sabe necessárias, que entende possíveis e que assume o risco de produzir – o sistema funcionalista não se interessa, em um primeiro momento, até onde vai a estrutura lógico-real da finalidade, visto que o problema que enfrenta é jurídico e normativo, e diz com a ideia de quando é necessária e legítima a pena por crime doloso. Logo, para o funcionalismo a intervenção do direito penal deve ser eficaz, legítima, e respeitar os princípios da subsidiariedade e da culpabilidade. A partir disso, ROXIN define o dolo como a decisão contra o bem jurídico, uma vez que é apenas essa decisão que justifica uma pena mais grave.²¹

Para o autor, as categorias base do delito e do sistema penal (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) devem ser observadas, desenvolvidas e sistematizadas sob a perspectiva das suas funções político-criminais, as quais são de

¹⁹ ROXIN, Claus. *Política...* Op. cit., p. 82-83.

²⁰ *Ibidem*, p. 85.

²¹ GRECO, Luís. *Introdução...* Op. cit., p. 232-234.

diferentes espécies. A tipicidade se refere à noção de determinação legal, de modo que os tipos servem para o cumprimento do princípio da legalidade. A antijuridicidade diz com a solução social dos conflitos, isto é, da colisão entre interesses sociais globais e interesses individuais. A culpabilidade, por sua vez, se importa com a questão normativa da responsabilização do comportamento em princípio punível e, para tanto, deve considerar tanto a função limitadora da pena (desempenhada pelo princípio da culpabilidade), quanto questões relacionadas com a prevenção geral e especial.²²

Desde essa perspectiva, constituem postulados do princípio da legalidade a regulação social por meio da ponderação dos conflitos de interesses, e as teorias dos fins da pena, que formam o fundamento político-criminal sobre o qual repousam as categorias do delito. Enquanto as teorias da tipicidade e da culpabilidade devem ser entendidas especificamente através de preceitos jurídico-penais, a teoria da antijuridicidade deve considerar preceitos de toda ordem jurídica, uma vez que as excludentes de ilicitude surgem de todos os ramos do direito, acarretando uma espécie de unidade da ordem jurídica.²³

Ao desenvolver o sistema funcional, ROXIN sustenta que na definição dos tipos penais, pode-se valer de dois métodos distintos: o primeiro equivale a uma descrição de ações/conduitas (delitos de ação); e o segundo se refere aos deveres sociais existentes entre as partes, provenientes da esfera extrapenal (delitos de dever). Nos delitos de ação, o autor do fato rompe com a sua conduta níveis que ele deveria deixar intocáveis (v.g. vida, patrimônio). Nos delitos de dever, existem níveis de vida já organizadas, que devem ter suas funcionalidades protegidas pelos tipos penais (v.g. violação do dever na relação extrapenal). Segundo ele, essa bipartição sistemática da

²² ROXIN, Claus. *Política...* Op. cit., p. 29-31.

²³ *Idem, ibidem*, p. 32.

teoria do tipo permite com que o ponto de partida normativo traga à tona a realidade social.

Para ROXIN, apenas o dolo fornece limites claros a um fato e, se ele for perdido de vista como no sistema clássico, poderá acarretar problemas na punibilidade. Um exemplo disso ocorreu na teoria da participação, que considerava suficiente qualquer causalidade para fundamentar a autoria, de modo que poderiam receber a pena prevista no tipo os mais distantes atos preparatórios praticados com vontade de autor, o que é um problema.²⁴

No tocante as causas de justificação, ROXIN sustenta que elas possuem uma função político-criminal de solução social dos conflitos, ou seja, de harmonização da liberdade individual com a necessidade social. É através das causas de justificação que a dinâmica das transformações sociais penetra na teoria do delito, na medida em que as razões pelas quais se permite certas intervenções (v.g. lesões corporais, invasão de domicílio) se modificam constantemente.²⁵

É a partir dessa função político-criminal que se deve sistematizar a antijuridicidade, visto que o atuar no caso concreto determina o juízo sobre a licitude ou ilicitude, sobre a utilidade ou lesividade de um comportamento (v.g. na legítima defesa são os princípios da proteção à ordem jurídica e da autodefesa que servem de fundamento para a regulação legal). Assim, a função da sistemática na esfera da antijuridicidade consiste em estruturar de forma mais ampla possível, a partir das causas de justificação, o catálogo de princípios de organização social, bem como informar as suas relações recíprocas.²⁶

Para ROXIN, a autonomia político-criminal, dogmática e metodológica na esfera de justificação permite compreender que a dinâmica de suas causas ocasiona, por sua própria natureza, um relaxamento no princípio da legalidade. Contudo, a

²⁴ *Ibidem*, p. 43-44.

²⁵ *Ibidem*, p. 48-51.

²⁶ *Ibidem*, p. 52-55.

mutabilidade dos critérios jurídicos ordenadores encontra limite no princípio da determinação, uma vez que não é admissível a revogação de um princípio legal de regulação através de interpretação ou da limitação sem base legal, por razões de política criminal.²⁷

Ao tratar sobre a categoria da culpabilidade, ROXIN afirma que ela é estruturada político-criminalmente pela teoria dos fins da pena. A culpabilidade (chamada por ele de responsabilidade) é vista como o elemento limitador da pena, sendo preciso para a justificação da punição o concurso da culpabilidade com necessidades preventivas de intervenção penal, extraída da lei.²⁸ Desse modo, necessidades preventivas não podem ocasionar a punição quando inexistir culpabilidade, assim como a culpabilidade de uma pessoa não é suficiente para legitimar a punição, se ela não for indispensável desde a perspectiva preventiva.

Para ele, quando não se pode evitar a realização do injusto típico está excluída a punição (desde qualquer teoria da pena), visto que não se pode retribuir uma culpabilidade inexistente, não faz sentido intimidar a coletividade para que não provoque consequências indesejáveis, bem como não é coerente conferir um tratamento preventivo especial a alguém cuja conduta não é reprovável.

Nesse entendimento, ROXIN expõe que se são dispensadas de sanção as condutas praticadas nos casos em que exista grave perigo a integridade física, nas situações de força maior formuladas como excludentes de culpabilidade pela lei, é porque a irrepetibilidade de tais situações torna desnecessária a prevenção geral e especial, bem como a culpabilidade ínfima não é suficientemente capaz de justificar a pena. Na desistência, que é um problema estritamente político-criminal – e não jurídico-político geral – a noção de voluntariedade deve ser interpretada normativamente e por intermédio da teoria dos fins da pena, visto que aquilo que o

²⁷ *Ibidem*, p. 64.

²⁸ GRECO, Luís. *Introdução...* Op. cit., p. 265.

próprio autor restaurou antes do resultado não necessita lhe ser retribuído. Algo semelhante ocorre na teoria do erro, onde é inadequada e desnecessária a aplicação de pena nos casos em que o agente desconhece a legislação.²⁹

Como observa ROXIN, nos últimos anos ocorreu um deslocamento no centro de gravidade do conceito material de crime, passando-se da prevenção especial para a prevenção geral (geradora de segurança). Houve, na definição dos comportamentos que devem ser ameaçados com a pena, o deslocamento da proteção individual para a proteção coletiva, o que fez surgir novas prescrições penais, como os crimes ambientais, os crimes contra a ordem econômica, o crime de tráfico de drogas, entre outros comportamentos que são entendidos como ameaça para toda a coletividade.³⁰

Segundo o autor, o bem jurídico protegido nesses crimes é frequentemente vago, pois os tipos penais não descrevem lesões concretas, mas perigos abstratos. Com isso, a intensificação das finalidades da prevenção geral acaba por acarretar, em todos os âmbitos socialmente relevantes, a ampliação da punibilidade. Para ele, esses temas estão no centro das atuais discussões político-criminais, e longe estão de uma resolução.³¹

De acordo com ROXIN, um Direito Penal moderno deve ser orientado pelo propósito da conformação social, o que significa que ele deve ser baseado no impedimento do crime, e deve realizar a prevenção, a fim de se alcançar uma compatibilização entre as demandas do Estado de Direito (proteção da sociedade e salvaguarda da liberdade) e do Estado Social (função social para com a pessoa condenada). A seu entender, uma boa política criminal busca unificar a prevenção geral, a prevenção especial (baseada na integração social) e a limitação da pena que decorre do Estado de Direito (*v.g. a reparação e a conciliação* entre o autor e a vítima,

²⁹ ROXIN, Claus. *Política...* Op. cit., p. 70-77.

³⁰ ROXIN, Claus. *Sobre...* Op. cit., p. 18-19.

³¹ *Idem.*

visto que levam a resolução do conflito, ao reestabelecimento da ordem e a reafirmação do Direito perante a coletividade).³²

2 CRÍTICAS AO FUNCIONALISMO PENAL DE CLAUS ROXIN

Ainda que se reconheçam as diversas contribuições científicas e políticas trazidas por ROXIN para o sistema penal, é preciso considerar que parte da doutrina tece algumas críticas ao método proposto por ele.

Para alguns, o sistema funcionalista pode levar com que a dogmática penal manifeste um menor grau de cientificidade, visto que ao buscar atender a fins e valores que se alteram com as transformações sociais e culturais, termina se afastando da suposta neutralidade e imutabilidade das construções dogmáticas.³³

Conforme expõe D'ÁVILA, ROXIN em seu método comete um equívoco metodológico, visto que acaba por afirmar exatamente o que almeja corrigir. Ou seja, ao criticar os sistemas teóricos puramente conceituais e vazios de orientação axiológica, acaba propondo um modelo com essas mesmas características, pois considera a política criminal como algo indispensável para dar forma, sentido e orientação à normatividade e, por isso, não consegue se afastar do silogismo formalista.³⁴

Ademais, a demasiada amplitude do conceito de política criminal culmina na abertura excessiva do sistema, acarretando o perecimento do rigor conceitual como forma de resolução dos problemas, que é muitas vezes utilizado tão somente como

³² *Ibidem*, p. 21-24.

³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...* Op. cit., p. 134.

³⁴ D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 25.

critério retórico. Tal possibilidade ocorre em virtude de não se saber quais são os limites para o reconhecimento de um valor como critério político-criminal.³⁵

Outro problema, segundo D'ÁVILA, relaciona-se com o conceito de culpabilidade formulado por ROXIN, uma vez que ao delimitar as vertentes axiológicas da culpabilidade à restrita esfera da prevenção geral e especial, bem como limitar a aplicação da pena sustentando a não punição para alguns casos, acaba por se afastar de um horizonte de compreensão.³⁶

Isso porque a limitação do crime por meio da teoria da pena acarreta a inversão da questão, tendo em vista que se deve primeiro constatar a existência do crime para depois se verificar a necessidade de aplicação da pena, e não o contrário.³⁷

Não bastasse isso, a vinculação do Direito Penal com as decisões político-criminais nem sempre proporciona a obtenção da justiça material, uma vez que pode ir contra os direitos e garantias fundamentais previstos em um Estado Democrático de Direito³⁸. É preciso considerar que o reconhecimento e proteção dos direitos e garantias fundamentais pressupõem limites às políticas públicas voltadas a segurança e, por isso, uma ciência penal subserviente à política criminal consiste em um desserviço para tempos difíceis como o que se vive na atualidade.³⁹

Não é coerente se operar com os princípios e regras reitores da ordem jurídico-penal em um contexto assumidamente político, visto que provoca uma desvalorização da dimensão normativa deles mesmos, tornando-os um espaço conceitual vazio de

³⁵ *Ibidem*, p. 26.

³⁶ *Ibidem*, p. 27.

³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Revista das Tribunais, 2002, p. 611.

³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...* Op. cit., p. 138.

³⁹ D'ÁVILA, Fabio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal: o problema da expansão da intervenção penal. In: *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*. Rio de Janeiro, a. 1, v. 1, n. 1, p. 65-73, 2013, p. 65.

conteúdo e direcionamento. Além disso, a concessão de maior flexibilização aos princípios e regras (penais e constitucionais) agrava o problema em um ambiente marcado pelo desequilíbrio de interesses, pois não proporciona condições razoáveis de igualdade.⁴⁰

Assim, a opção pela dimensão político-criminal acaba por acarretar a inversão da ordem de enfrentamento dos problemas penais, pois relega a um segundo plano a questão fundamental para se pensar a prática penal, qual seja: a sua possibilidade jurídico-penal e jurídico-constitucional. Portanto, em um Estado Democrático de Direito, a demarcação do espaço de legitimidade proporcionado pela análise normativa deve sempre preceder a análise de adequação e utilidade feita pela política criminal. Ou seja, todo e qualquer interesse somente poderá ser buscado quando estiver em conformidade com os limites da legítima normatividade penal e constitucional.⁴¹

Diante disso, a ciência normativa do direito penal deve se aproximar da Constituição, isto é, deve pressupor a convergência de direitos e garantias fundamentais. Desse modo, a existência e continuidade de um direito penal científico e democrático somente se faz possível a partir do cumprimento desses mesmos princípios e regras.⁴²

CONCLUSÃO

Em que pese a relevante contribuição trazida por ROXIN para a evolução do pensamento jurídico-penal, é preciso reconhecer que o modelo funcionalista proposto por ele não fornece uma sistemática imune aos problemas penais existentes na ciência normativa do direito penal.

⁴⁰ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade...* Op. cit., p. 29-30.

⁴¹ *Ibidem*, p. 32-33.

⁴² *Ibidem*, p. 34-35.

Ao primar pela dimensão político-criminal, ROXIN acaba por alterar significativamente a ordem fundamental de enfrentamento dos problemas penais, deixando de lado o questionamento necessário para a prática penal, qual seja: a possibilidade jurídico-penal e jurídico-constitucional, vez que prima pela análise da necessidade de aplicação da pena.

Desde essa perspectiva, é importante notar que para se atuar com uma dogmática penal científica e democrática é preciso considerar a necessidade de cumprimento dos direitos e garantias previstos na Constituição da República, pois, convém lembrar que são os princípios e regras que fornecem a normatividade e a identidade ao sistema jurídico-penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

D'AVILA, Fabio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal: o problema da expansão da intervenção penal. In: *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*. Rio de Janeiro, a. 1, v. 1, n. 1, p. 65-73, 2013.

_____. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GRECO, Luís. Introdução a dogmática funcionalista do delito. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*. a. 2000, p. 211-283.

REVISTA DIREITO --- FAE

_____; LEITE, Alaor. Claus Roxin, 80 anos. In: *Revista Liberdades*. n. 7, a. 2011, p. 97-123.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Sobre a evolução da política criminal na Alemanha após a segunda guerra mundial. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Universidade Lusíada, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Revista das Tribunais, 2002.

**ENTRE O AXÉ E O DIREITO DOS ANIMAIS: O CONFLITO
APARENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS E A CONVIVÊNCIA
INTERCULTURAL E PLURIVERSAL**

*BETWEEN AXÉ AND ANIMAL RIGHTS: THE APPARENT CONFLICT
WITH CONSTITUCIONAL FORMS AND INTERCULTURAL AND
PLURIVERSAL COEXISTENCE*

Julia Heliodoro Souza GITIRANA¹

Gabriel Henrique Espiridião Garcia BACH²

Roberta Tom BAGGIO³

RESUMO

Considerando o recente julgamento do Recurso Extraordinário 494601 (RS), que retomou a discussão da constitucionalidade da imolação de animais em rituais de religiões afro-brasileiras, o presente trabalho tem como objetivo provocar algumas reflexões sobre o conflito aparente de normas constitucionais que mobilizam direitos como: liberdade de culto, liberdade de crença, direito à reunião, associação, liberdade de expressão, informação em matéria religiosa e direito dos animais (proteção da

¹ Doutoranda em Políticas Públicas pela UFPR. Mestra em Ciência Jurídica e Teoria do Estado pela PUC-RJ. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo UTP/ICPC (2016). Bacharela em Direito pela PUC-RJ. Atualmente é professora no curso de Graduação do Departamento de Direito da FAE Centro Universitário. Coordenado do grupo de pesquisa Observatório dos Direitos de Gênero da FAE Centro Universitário. Integrante do Grupo de Pesquisa Política Por/de/para Mulheres e do Grupo de Pesquisa Teoria e Prática do Estado: fundamentos, histórias e discurso. E-mail: julia.gitirana@gmail.com

² Aluno do 2º período do curso de Direito da da FAE Centro Universitário. Integrante do grupo de pesquisa Observatório dos Direitos de Gênero da FAE Centro Universitário. E-mail: gabriel.bach@mail.fae.edu

³ Aluna do 2º período do curso de Direito da da FAE Centro Universitário. E-mail: roberta.baggio@mail.fae.edu

fauna e a flora). Para tanto, procede-se uma análise debruçada nos instrumentos da hermenêutica constitucional mobilizando uma leitura unitária, harmônica e sistematizada das normas imersas no contexto histórico constitucional brasileiro.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos fundamentais; colisão; imolação; liberdade; animais

ABSTRACT

Considering the recent judgment of Extraordinary Appeal 494601, which reopened the discussion of the constitutionality of the immolation of animals in rituals of Afro-Brazilian religions, the present work aims to provoke some reflections about the apparent conflict of constitutional norms that mobilize rights as : freedom of religion, freedom of belief, right to assembly, association, freedom of expression, information on religious matters and animal rights (protection of fauna and flora). The analysis is concentrated on the instruments of constitutional hermeneutics, mobilizing a unitary, harmonic and systematized reading of the norms immersed in the brazilian historical constitutional context.

PALAVRAS-CHAVES: Fundamental Rights; Collision; Immolation; Freedom; Animals

INTRODUÇÃO

A natureza conversa conosco a todo o momento, basta saber entendê-la, ou até quem sabe, dar um pouco mais de atenção a ela. Tudo que a nossa religião professa advém da natureza. Os nossos dogmas não foram ditados por um Deus distante, eles são aprendidos na interação homem/divindade através da natureza, pois os nossos deuses sempre usaram essa interação como forma de expressão.

(Mãe Stella de Oxóssi)⁴

O relato acima, que compõe um dos livros produzidos por Mãe Stella de Oxóssi, traduz o objetivo deste artigo: provocar algumas reflexões acerca da aparente colisão

⁴ Cf. SANTOS, Maria Stella de Azevedo. *Òsosi: o caçador de alegrias*. Salvador: Secretaria de Cultura e Turismo do Estado Bahia, 2006.

entre normas constitucionais em casos envolvendo sacrifício de animais em cerimônias e rituais de religiões afro-brasileiras. A fala da Iyalorixá do Ilê Axé Opô Afonjá aponta que na perspectiva cultural e filosófica das religiões de matriz africana não é possível distinguir entre a materialidade da humanidade e da natureza, vez que não passam de uma composição única, um somatório movido pela mesma força da natureza.

É nesse deslocamento metodológico-analítico, que não ignora o elemento histórico e as vozes do múltiplos *sujeitos constitucionais*, sobretudo atores e atrizes atravessados diretamente por esse debate, que o presente artigo pretende discorrer sobre o tema polêmico e controverso que movimenta diversos argumentos jurídicos no Estado Democrático de Direito brasileiro. O centro do problema hermenêutico está no que a doutrina e a jurisprudência entendem como colisão de valores entre liberdade religiosa (art. 5º, VI da CF), manifestação da cultura afro-brasileira (art. 215, §1º da CF) e proteção à fauna e à flora, que veda as práticas que submetam os animais à crueldade (art. 225 §1, VII da CF), fundamentando um caso difícil (*hard case*).

No intuito de buscar a harmonização da aparente controvérsia de bens constitucionais, adota-se o método dedutivo, partindo da análise do Recurso Extraordinário (RE) nº 494601, interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (MPE-RS) contra decisão do Tribunal de Justiça do estado (TJ-RS) que declarou a constitucionalidade da Lei estadual 12.131/2004. A norma acrescentou ao Código Estadual de Proteção de Animais a possibilidade de sacrifícios de animais destinados à alimentação humana nos cultos religiosos de matriz africana.

O trabalho está dividido em três partes principais. A primeira apresenta um panorama geral do preconceito e do estigma que as religiões afro-brasileiras enfrentam na sociedade brasileira, explorando sobretudo o enfrentamento judicial recorrente no Rio Grande do Sul sobre a matéria. A segunda promove uma análise global, ampla e histórica da formação constitucional brasileira no que tange à liberdade religiosa, relacionada diretamente à autodeterminação da consciência e à

livre manifestação cultural, para, a partir dela, discorrer sobre as religiões matriz africana e os obstáculos enfrentados no âmbito jurídico. Ainda no mesmo item, investiga-se em que medida a proteção aos animais e a fauna impõe-se como um limite a prática de cultos religiosos que utilizam a imolação (sacrifício). Na terceira parte, busca-se promover uma interpretação constitucional de forma a harmonizar os bens jurídicos em aparente oposição como na tentativa de garantir a conformação da simetria da Constituição de 1988, manejando técnicas interpretativas constitucionais consagradas pela jurisprudência e pela doutrina, como, por exemplo: *princípio da interpretação conforme a Constituição, princípio da unidade da Constituição, princípio da ponderação*, entre outras .

Por fim, ressalte-se que a técnica de pesquisa utilizada foi a revisão bibliográfica, por meio da consulta à literatura especializada, legislação e jurisprudência sobre o tema tratado.

2 REFLEXÕES SOBRE A IMOLAÇÃO DE ANIMAIS EM RELIGIÕES DE MATRIZ AFRICANA NO RIO GRANDE DO SUL: O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 494601

O *constructo social* negativo atribuído às religiões de matriz africana na sociedade brasileira é movimentado desde falas preconceituosas do cotidiano⁵ à

⁵ É interessante destacar que as falas do cotidiano que atacam as religiões de matriz africana tem como consequência direta atribuir a estas menor prestígio do que outras tradições. Nesse sentido, as falas representam mais do que a comunicação entre indivíduos, mas uma forma de construção de relações de poder aptas a moldar um aspecto de desvantagem na legitimidade social, os quais se articulam diretamente com o racismo estrutural que atravessa as linhas históricas do Brasil. Cf. PAIVA, Vera Lúcia Menezes de Oliveira e, (Org.). *Metáforas do cotidiano*. Belo Horizonte: Faculdade de Letras da UFMG, 1998.

ataques a locais de culto de crenças afro-brasileiras (terreiros), bem como protestos ou violações de espaços públicos nos quais estejam expostas imagens de orixás⁶.

No âmbito jurídico-institucional nacional, o debate centrado nas religiões de matriz africana voltou a cena com o Recurso Extraordinário nº 494601, no qual se discute a validade de lei ambiental do Rio Grande do Sul que trata expressamente da possibilidade de sacrifício de animais em ritos das religiões de matriz africana. É interessante destacar que, segundo análise⁷ promovida por Ari Pedro Oro (2012), o Rio Grande do Sul aparece nos dados do IBGE, nos Censos de 2000 e 2010, como “o Estado com índice mais elevado de indivíduos que se declaram pertencentes às religiões afro-brasileiras”⁸. Ainda nas palavras do autor: “o Rio Grande do Sul também

⁶ Em março de 2017, um relatório da Comissão de Combate à Intolerância Religiosa, o Centro de Articulação de Populações Marginalizadas e o Laboratório de História das Experiências Religiosas do Instituto de História da UFRJ, apontou que foram registradas 223 denúncias de intolerância religiosa em 2015, sendo 32 no Rio. Segundo o relatório em 2016, houve no estado um crescimento de 147%. Números do Centro de Promoção da Liberdade Religiosa e Direitos Humanos (Ceplir) sobre a assistência prestada pelo estado são ainda mais preocupantes: 1.014 atendimentos referentes a denúncias de ataques à fé entre julho de 2012 e setembro de 2015, sendo que 71,15% tinham como alvo as religiões de afrobrasileiras. Tais informações demonstram, ainda que singelamente, o quanto o *racismo religioso*⁶ está presente na sociedade brasileira, e como um dos alvos preferenciais são as religiões arregimentadas por povos e por comunidades tradicionais de matriz africana que se organizam a partir dos valores civilizatórios e da cosmovisão trazidos para o país desde o período colonial, por populações africanas escravizadas.

⁷ Ao observar a pesquisa promovida por Ari Pedro Oro e os números apresentados é preciso levar em conta o fenômeno do sincretismo muito presente no Brasil e que os dados são preenchidos com base na autodeclaração pessoal. Como destaca Ricardo Ortega (2012) em entrevista: “não há nenhum estado brasileiro que tenha maior proporção de adeptos dos cultos afro-brasileiros do que no Rio Grande do Sul. Na Bahia, por exemplo, os adeptos dos cultos afro-brasileiros declaram-se católicos. Uma das razões para isso, é o sincretismo religioso forte, então para o Censo, o Rio Grande do Sul é o estado que a proporção de umbandistas e candomblecistas é maior no país”. Disponível em: <http://observapoa.com.br/default.php?reg=284&p_secao=17> Acessado em: 14/11/2018.

⁸ Como destaca o autor: De fato, são 157.599 indivíduos deste Estado, o que corresponde, a 1,47% da população total, que reivindicaram o seu pertencimento religioso afro-brasileiro. Esta porcentagem sobe para 2,52% se tomarmos como referência a Região Metropolitana de Porto Alegre e para 3,35% se nos restringirmos somente a Porto Alegre. Ainda segundo o Censo 2010, a porcentagem de pertencimentos afro-religiosos no estado do Rio de Janeiro baixou para 0,89 e da Bahia subiu para 0,34%, igualando a São Paulo, constituindo-se, Bahia e São Paulo como sendo o segundo e o terceiro estados com maior representatividade afro-religiosa. Os demais estados de reconhecida existência dessas religiões apresentaram os seguintes índices: Pará 0,07%, Maranhão, 0,06% e Pernambuco 0,14%. ORO, Ari Pedro. *O atual campo religioso gaúcho*. Civitas, Porto Alegre, v. 12, n. 3, p. 556-565, set.-dez. 2012. p.558

aparece como recordista nacional em números absolutos de indivíduos vinculados às religiões de matriz africana”⁹.

Ainda que o julgamento do Recurso Extraordinário tenha efeito, em regra, *inter partes*, denota-se que o precedente é de suma importância. Cabe ressaltar que temas de interpretação constitucional devem buscar preservar a posição institucional do STF, fortalecendo a estrutura hierárquica do Poder Judiciário além de tentar contribuir com a harmonia e segurança jurídica do ordenamento. Em tese, segundo a doutrina, no que tange às discussões constitucionais deve-se sempre evitar, quiçá impedir, que questões idênticas sejam decididas de forma diferente, emergindo o que parte da doutrina chama de *jurisprudência lotérica*¹⁰. Em outras palavras, longe de atingir apenas as 1.342 casas¹¹ de terreiro situadas em Porto Alegre, o julgado interfere diretamente nos limites e no alcance prático dos *princípios constitucionais fundamentais* que organizam a estrutura da *sociedade livre e solidária* que visa combater as diversas formas de discriminação no Estado Democrático brasileiro (vide art. 3º da CF).

No referido processo, nota-se um debate em torno Código Estadual de Proteção Ambiental, Lei nº 11.915 de 2003. O projeto elaborado inicialmente em 1999 pelo Deputado Estadual Manoel Maria dos Santos (PTB), pastor da Igreja do Evangelho Quadrangular apresentava ao longo do enunciado normativo a vedação ao

⁹ *Ibid.* p. 558

¹⁰ Cf. CAMBI. Eduardo. *Jurisprudência lotérica*. Cidadania e Justiça., v.5, n. 11, 2001. DELGADO, José Augusto. *A imprevisibilidade das decisões judiciais*. Revista Internacional de Direito Tributário. v.8, p. 391-399, 2007

¹¹ Segundo levantamento lançado pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (Seppir) e a Fundação Cultural Palmares em 2011, as regiões metropolitanas de Recife, Belém, Belo Horizonte e Porto Alegre concentram, atualmente, 4.045 casas de terreiro, onde comunidades tradicionais preservam as religiões de matriz africana, afro-brasileira e afro-indígena. O maior percentual está em Porto Alegre (1.342 casas), seguida de Recife (1.261) e de Belém (1.089). O menor número está em Belo Horizonte, onde foram identificadas 353 casas. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/cultura/2011/11/pesquisa-identifica-mais-4-mil-terreiros-em-apenas-quatro-cidades-do-pais>> Acessado em: 14/11/2018.

sacrifício de animais sem qualquer ressalva¹². Entretanto, percebendo uma possível ameaça no desenvolvimento pleno do ritual litúrgico das religiões de matriz africana, líderes religiosos, apoiados pelo Deputado Estadual Edson Portilho (PT) apresentaram na Assembleia Legislativa uma ressalva¹³ apta a garantir a prática do sacrifício (imolação) nos cultos e liturgias das religiões de matriz africana¹⁴.

Tendo em vista a alteração no Código Estadual de Proteção Ambiental, o Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul propôs, em abril de 2005, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADin nº 70010129690), frente o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul *contra* a Assembleia Legislativa e o Governador do Estado. O pedido de inconstitucionalidade movido pelo Procurador Roberto Bandeira Pereira se fundamentava na inconstitucionalidade formal e material do artigo que possibilitava a imolação de animais pelas religiões de matriz afro-brasileiras, vez que violaria o art. 22, I da Constituição, que denota a competência

¹² Vide artigo 2º original da Lei nº 11.915 de 2003: “É vedado: I - ofender ou agredir fisicamente os animais, sujeitando-os a qualquer tipo de experiência capaz de causar sofrimento ou dano, bem como as que criem condições inaceitáveis de existência; II - manter animais em local completamente desprovido de asseio ou que lhes impeçam a movimentação, o descanso ou os privem de ar e luminosidade; III - obrigar animais a trabalhos exorbitantes ou que ultrapassem sua força; IV - não dar morte rápida e indolor a todo animal cujo extermínio seja necessário para consumo; V - exercer a venda ambulante de animais para menores desacompanhados por responsável legal; VI - enclausurar animais com outros que os molestem ou aterrorizem; VII - sacrificar animais com venenos ou outros métodos não preconizados pela Organização Mundial da Saúde - OMS, nos programas de profilaxia da raiva.”

¹³ Traduzida na PL nº 282/2003.

¹⁴ Vide nova redação da Lei pela inclusão do Art. 3º [...] “Para o exercício de cultos religiosos cuja liturgia provém de religiões de matriz africana, somente poderão ser utilizados animais destinados à alimentação humana, sem a utilização de recursos de crueldade para a sua morte”. (RIO GRANDE DO SUL, 2004).

privada da União para tratar sobre direito penal¹⁵, além de apontar que a referência exclusiva às religiões de matriz africana violaria o princípio da isonomia¹⁶.

No julgamento da ação, em 2005, o Tribunal julgou o pedido improcedente¹⁷, vez que dos 25 membros do colegiado, 14 julgaram pela constitucionalidade da norma questionada¹⁸. O Desembargador Relator Araken de Assis concluiu que a norma impugnada não contradizia a Constituição Federal. Primeiramente, o argumento do Desembargador Relator se centra na ausência de vício formal, pois *nada exclui a incidência de normas penais em casos concretos e específicos, preenchidos os respectivos pressupostos*¹⁹, além disso cabe destacar que se trata muito mais de penalidades administrativas aplicáveis pelo Estado e não de crimes contra o meio ambiente. No que tange ao plano material, o relator denota que não é possível presumir que toda morte de animais nos rituais e nos cultos de religiões de matriz

¹⁵ De forma mais precisa, salienta-se que o Procurador afirma que o dispositivo legal viola a norma penal estatuída no artigo 32 da Lei Federal nº 9.605/98, que discorre sobre as sanções penais relacionadas aos crimes ambientais, como também afronta o art. 64 da lei de contravenções penais. Para o Procurador a lei seria inconstitucional formal e materialmente, pois ainda que não se trate de matéria penal, mas sim de proteção à fauna, o Estado em sua atividade normativa não poderia interferir nas normas gerais editadas pela União. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70010129690, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Araken de Assis, Julgado em 18/04/2005).

¹⁶ Já no plano material o Procurador sustentou que houve uma ofensa ao princípio da igualdade, pois a lei 12.915 ao excepcionar os cultos e as religiões afro-brasileiras desconsideraria que outras religiões também realizam sacrifícios, como o Islamismo e o Judaísmo. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70010129690, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Araken de Assis, Julgado em 18/04/2005).

¹⁷ Observe a ementa do referido acórdão: Ementa: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. SACRIFÍCIO RITUAL DE ANIMAIS. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Não é inconstitucional a Lei 12.131/04-RS, que introduziu parágrafo único ao art. 2. da Lei 11.915/03-RS, explicitando que não infringe ao "Código Estadual de Proteção aos Animais" o sacrifício ritual em cultos e liturgias das religiões de matriz africana, desde que sem excessos ou crueldade. Na verdade, não há norma que proíba a morte de animais, e, de toda sorte, no caso a liberdade de culto permitiria a prática. 2. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. VOTOS VENCIDOS. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70010129690, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Araken de Assis, Julgado em 18/04/2005)

¹⁸ Foi vencida em parte a Desembargadora Maria Berenice Dias e vencidos integralmente os Desembargadores Alfredo Guilherme Englert, Alfredo Foerster, Vladimir Giacomuzzi, Paulo Moacir Aguiar Vieira, Presidente e Antonio Carlos Netto Mangabeira, com alteração de voto, na última sessão, dos Desembargadores Luiz Ari Azambuja Ramos, Roque Miguel Fank, Marco Aurélio dos Santos Caminha e Arno Werlang.

¹⁹ Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70010129690, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Araken de Assis, Julgado em 18/04/2005)

africana sejam caracterizadas automaticamente pela crueldade. Aponta ainda o relator que, se de um lado há a fragilidade da presunção de uma dita crueldade, de outro há a garantia da liberdade de culto expressa no artigo 19, I da CF. Cabe ressaltar que na construção da justificativa de seu voto o Desembargador Relator fez referência expressa ao caso julgado pela Suprema Corte do Estados Unidos, *Church of Lukumi Babalu Aye versus City of Hialeah*, em que apesar de leis locais proibirem, expressamente, o sacrifício de animais, as práticas adotadas pela “Santería” (proveniente de negros cubanos), foram autorizadas pela Suprema Corte em prol da vigência da tolerância religiosa.

Em suma, a ação direta de inconstitucionalidade estadual que foi julgada improcedente pelos desembargadores, em setembro de 2006, foi objeto de Recurso Extraordinário (RE nº 494601), interposto pelo Ministério Público Estadual no Rio Grande do Sul, no Supremo Tribunal Federal, sendo o Ministro Marco Aurélio apontado como relator do processo. No dia 9 de agosto de 2018 o Plenário do Supremo começou a julgar e após a leitura do relatório do ministro Marco Aurélio, os representantes das partes e das instituições admitidas como *amici curiae* realizaram as sustentações orais e houve a manifestação da Procuradoria-Geral da República (PGR). Para Luciano Maia, vice-procurador-geral da República, a lei questionada é constitucional. O representante da PGR em seu parecer ressaltou a importância do tema para as pessoas que praticam as religiões de matriz africana, além de destacar que o questionamento da matéria revela o racismo institucional presente no Brasil. De forma divergente, o Ministério Público estadual em defesa da inconstitucionalidade da norma apontou que o Estado deve coibir práticas que sujeitam animais a tratamento cruéis. Segundo o representante estadual, somente pode ser considerada legítima e legal a manifestação religiosa ou cultural que não ofender o princípio da vedação da crueldade contra animais.

Como *amicus curiae*, manifestaram-se o Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal que defendeu que a questão não trata de embate religioso, mas da liberdade

e da proteção aos animais. Em defesa dos direitos das religiões de matriz africana compareceram a Federação Afro-Umbandista e Espiritualista do Rio Grande do Sul (FAUERS), a União de Tendas de Umbanda e Candomblé do Brasil, o Conselho Estadual da Umbanda e dos Cultos Afro-Brasileiros do Rio Grande do Sul (CEUCAB/RS) que defenderam o livre culto às religiões, bem como apontaram estatísticas que comprovam que nas periferias das cidades “a vida de preto não tem relevância, não causa comoção social, não move instituições, mas a galinha da religião de preto, sim”²⁰ Além disso lembraram que outras religiões também realizam o abate de animais para fins rituais e alimentares, mas apenas as religiões de matriz africana são perseguidas e criminalizadas.

Após dois votos favoráveis à constitucionalidade da norma, em defesa dos direitos das religiões de matriz africana, proferidos pelo Ministro Relator Marco Aurélio²¹ e Edson Fachin²², o julgamento foi interrompido pelo pedido de vista do Ministro Alexandre de Moraes.

²⁰ Fala proferida na sustentação oral do Amicus Curiae no RE 494601, parte da fala foi transcrita pelo site do STF, disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=386393>> Acessado 12/10/2018.

²¹ Em seu voto, o Min. Rel Marco Aurélio denota que: “admitir a prática da imolação em rituais religiosos de todas as crenças, ante o princípio da isonomia, não significa afastar a tutela dos animais estampada no artigo 225 da Constituição Federal. Mesmo condutas inseridas no contexto religioso devem observar o grau de protagonismo conferido, pela Constituição Federal, ao meio ambiente. No Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento o pluralismo político, cumpre à Constituição estabelecer as balizas de convivência pacífica entre os diferentes grupos étnicos, sociais e religiosos. Esse ambiente institucional impõe, de um lado, a tolerância relativamente às crenças de cada qual e, de outro, a adequação de práticas ao referencial mínimo de dignidade veiculado na Lei Maior.” (RECURSO EXTRAORDINÁRIO 494.601 RIO GRANDE DO SUL. RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO)

²² Em seu voto Ministro Edson Fachin destacou que: “ante, de um lado, as incertezas acerca do alcance do sofrimento animal, e, de outro, a dimensão plural que se deve reconhecer às manifestações culturais, é evidente que a proibição do sacrifício acabaria por negar a própria essência da pluralidade, impondo determinada visão de mundo a uma cultura que está a merecer, como já dito, especial proteção constitucional” (RECURSO EXTRAORDINÁRIO 494.601 RIO GRANDE DO SUL. RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO)

3 HÁ CONFLITO NO CASO CONCRETO? LIBERDADE RELIGIOSA E DE CONSCIÊNCIA *VERSUS* PROTEÇÃO DOS ANIMAIS NA PRÁTICA DA IMOLAÇÃO LITÚRGICA

Acompanhar o julgado do RE 494601 Rio Grande do Sul é de suma importância, vez que segundo a doutrina do *stare decisis* as decisões proferidas no passado por órgãos de julgamento superiores devem ser seguidas por outros órgãos judicantes inferiores. Como destaca Rodrigo de Souza Tavares, José Ribas Vieira e Vanice Regina Lírio do Valle (2008) ao discorrerem sobre pontos que caracterizam ativismo judicial, toda vez que as cortes estiverem diante de fatos idênticos (verticalização dos precedentes) já julgados anteriormente é esperado que sigam os respectivos precedentes²³. Além disso, ainda segundo essa doutrina, um tribunal não deve ignorar as próprias decisões anteriores (horizontalização dos precedentes) a menos que haja espaço para o *overruling*²⁴.

Ressalte-se que ainda que o referido julgamento tenha efeito *inter partes*, conforme mencionado anteriormente, cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento da Reclamação 4.335, passou a reconhecer a possibilidade de efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle incidental, por mutação constitucional, independente da intervenção do Senado Federal (art. 52, X da CF)²⁵, algo que fica ainda mais latente quando se observa que estão em tramitação projetos de lei que tratam sobre a possibilidade de vedação da prática litúrgica de sacrifício de animais, como por exemplo: Projeto de Lei nº 8026/2016, autoria do Deputado

²³ TAVARES, Rodrigo de Souza. VIEIRA, José Ribas, VALLE Vanice Regina Lírio do. *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008. P. 7711 - 7735.

²⁴ Trata-se da desconstituição fundamentada do precedente elaborado pelo tribunal, deste modo não mais se guarda o caráter vinculante que lhe era reconhecido até então. Ibid. p.

²⁵ Teoria da abstrativização do controle difuso

Federal Pastor Eurico (Patri/PE); Projeto de Lei nº 4331/2012, autoria do Deputado Federal Pastor Marco Feliciano (PSC/SP); Projeto de Lei nº 992/2011, autoria do Deputado Estadual Feliciano Filho (PRP/Campinas- SP).

Dito isto, observa-se que o *conflito de normas constitucionais* que coloca de um lado o direito dos animais e de outro a liberdade cultural/religiosa invoca uma análise profunda dos postulados. Análogo a isso, é mister a utilização de princípios que fundamentam a construção de uma consciência hermenêutica, para que então uma adequação constitucional efetiva seja aplicada ao caso concreto, como destaque para o *princípio da ponderação*.

Nessa quadra, como destaca Aristóteles, em *Ética a Nicômaco*: “A virtude está entre o excesso e a falta”²⁶. Esta intrigante tese de Aristóteles traz à tona a questão de que encontrar o ponto de equilíbrio nas situações dispostas é o caminho para a *verdadeira Justiça*; segundo o filósofo, entende-se que a administração do bem público deve ser pautada na virtude. Posto isso, pode-se inferir que, quando se trata de *mediar a noção de Justiça*, por consequência imediata, fala-se de equilíbrio e equidade enquanto princípios básicos, sendo estes os nortes do trabalho hermenêutico constitucional.

Seguindo essa linha de raciocínio, é notório que a tese aristotélica de ponderação revela estreita identidade com o que se espera da hermenêutica jurídica: uma interpretação rígida das normas constitucionais - movida, por exemplo, pelo

²⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Leonel Vallandro, Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1987. O Meio-Termo como Virtude no livro IV da *Ética a Nicômaco* de Aristóteles.

*princípio da unidade constitucional*²⁷ e da *interpretação conforme a Constituição*²⁸, porém apta a dialogar com a equidade.

A necessidade de pensar as normas constitucionais de forma equânime, quiçá proporcional, fica evidente quando se está diante de um *caso concreto difícil* (*hard case*) atravessado pelo que a doutrina costuma chamar de “colisão de normas constitucionais”. Antes do presente artigo passar para a valoração de peso das normas constitucionais em conflito, cabe destrinchar cada um dos preceitos constitucionais em disputa, levando em consideração elementos históricos, teleológicos, sistemáticos e gramaticais mobilizados como técnicas da hermenêutica jurídica.

3.1 Fragmentos Históricos da Liberdade de Consciência e Religiosa na Formação Constitucional Brasileira: A Liberdade Aparente dos Rituais de Matriz Africana

O pai-de-santo Babá Dyba de Yemanjá de Porto Alegre ao explicar o objetivo das imolações realizadas nas religiões afro-brasileiras destaca a relação do ato com a ideia de fortalecimento da comunidade e partilha do alimento, nas palavras do babalorixá: “em África, tudo que se consumia de alimento se compartilhava com a divindade. Não existia uma separação entre o homem e a divindade. Sagrado e profano não eram dissociados. [...] Tudo é compartilhado. Isso é o que define o que é

²⁷ Segundo Barroso o princípio da Unidade da Constituição tem como função destacar que inexistem hierarquias entre as normas constitucionais. Deste modo não é possível falar de antinomias normativas reais dos dispositivos constitucionais, uma vez que o texto deve ser lido de forma harmônica e coerente. Toda antinomia jurídica constitucional pode ser afastada por uma leitura unitária da Constituição. BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 343-345.

²⁸ O princípio constitucional interpretativo da Interpretação Conforme a Constituição impõe que as normas polissêmicas sejam interpretadas de forma a buscar compatibilidade com o conteúdo da Constituição. É uma leitura que busca zelar pela preservação da vontade do legislador constituinte. *Ibidem*, p. 341-343.

axé. Solidariedade”²⁹. Mais do que uma morte, o sacrifício de um animal na cultura religiosa afrobrasileira representa um processo de troca, de comunicação, de fortalecimento, de purificação e de iniciação entre praticantes e entidades espirituais³⁰.

Cabe destacar que existem animais específicos para serem imolados para Orixás determinados seguindo procedimentos rígidos. Em geral, são imolados animais chamados de “dois pés” (pombos, galos e galinhas) e de “quatro pés” (bodes, cabras, carneiros, porcos)³¹. Ressalte-se ainda, como destaca Marcelo Tadvald, que há um cuidado especial em relação aos animais que serão sacrificados, pois, na visão dos praticantes, a imolação deve ser realizada com o mínimo de sofrimento possível para o animal. Tanto é assim que como destaca o autor que fez uma longa pesquisa de campo nos terreiros do Rio Grande do Sul: *animais maltratados ou doentes não podem ser oferecidos aos Orixás, assim, enquanto o animal permanece vivo na casa de santo, não pode sofrer maus-tratos, visto que são considerados sagrados*³².

A generalização e a premissa automática de que o sacrifício de animais em religiões de matriz africana está eivado de crueldade imposta aos animais inviabilizando a eficácia da liberdade religiosa e liberdade de culto dialoga com a noção de *racismo institucional, a qual é desenvolvida por pesquisas que problematizam a história e a produção do conhecimento pela mobilização da categoria analítica racial como marco principal*. Nessa seara, destaca-se o trabalho de Luciana

²⁹ ÁVILA, Cíntia Aguiar de. *Apanijé (nós matamos para comer): uma análise sobre o sacrifício de animais nas religiões afro-brasileiras*. TCC (Monografia do Bacharelado em Ciências Sociais) – Departamento de Antropologia Social, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006, p. 65-6.

³⁰ Marcelo Tadvald discorrendo sobre a importância das imolações nas religiões de matriz africana aponta, ainda, que a relação é tão forte que *a cozinha de um terreiro é considerada um dos locais mais importantes deste espaço, talvez abaixo somente do peji, o altar onde, dentre outras coisas, são realizadas as imolações*. TADVALD, Marcelo. *Direito litúrgico, direito legal: a polêmica em torno do sacrifício de animais em religiões afro-gaúchas*. Caminhos: Goiânia, v. 5, n. 1, p. 129-147, jan./jun. 2007.p. 130

³¹ BASTIDE, Roger. *O Candomblé da Bahia: rito nagô*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

³² TADVALD, Marcelo. *Op. Cit.* p. 131

Jaccound³³ que discorre sobre o *racismo institucional* como algo que não se apresenta por enunciados e manifestações expressas, explícitos ou declarados de discriminação, orientados por motivos raciais, mas, ao contrário, atua de forma difusa no funcionamento cotidiano de instituições e organizações, que operam de forma diferenciada na distribuição de serviços, de benefícios e de oportunidades aos diferentes grupos raciais.

Se de um lado há a mobilização da interpretação extensiva sobre o significado do que é *crudeldade contra animais* de outro há uma interpretação restritiva de direitos fundamentais de primeira dimensão - direitos vinculados a autodeterminação dos indivíduos - vinculados a noção de liberdade apta a distorcer, selecionar e excluir determinados grupos da composição da gramática do Estado Democrático de Direito. Como destaca Jayme Waingartner Neto (2018), o artigo 5, VI³⁴ combinado com incisos VII³⁵ e VIII³⁶ da Constituição Federal demarcam a proteção constitucional não só da liberdade religiosa, mas da liberdade de consciência explorando uma potência inclusivista - abertura para religiões *minoritárias e inconventionais*³⁷. Os referidos incisos do artigo constitucional que demarcam direitos e garantias individuais protegem a autonomia moral-prática do indivíduo para autodeterminar-se, bem como padrões éticos e existenciais - liberdade de autopercepção, seja simbolicamente como na prática. Além da proteção subjetiva do indivíduo o combo constitucional garante as liberdades de ter ou de não ter uma religião, o que é base para diversas

³³ JACCOUD, Luciana. (Org.). A construção de uma política de promoção da igualdade racial: uma análise dos últimos 20 anos. Brasília: Ipea, 2009.

³⁴ Vide art. 5º, VI da CF: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

³⁵ Vide art. 5º, VII da CF: “é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”.

³⁶ Vide art. 5º, VIII da CF: “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

³⁷ NETO, Jayme Waingartner. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes [et. al]. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 276

concretizações exteriores, tais como: liberdade de culto, liberdade de crença, direito à reunião e a associação, liberdade de expressão e informação em matéria religiosa.

Como destacam Thula Pires e Gianna Moretti (2016)³⁸, através de uma leitura e teleológica da Carta Magna, os princípios constitucionais fundamentais - consagrados no artigo 3º da CF - impedem que a liberdade religiosa e de consciência sejam apropriadas por algumas concepções de mundo supressoras, ou seja, que venham a ser interpretadas ou manejadas para legitimar violência, desrespeito e apagamento de grupos ou de indivíduos.

Estas engrenagens que movimentam o racismo institucional à brasileira que atua de modo a excluir e a perseguir às religiões de matriz afro-brasileiras, bem como a população negra/preta do Brasil, podem não ser uma realidade formal expressa/explicita da Constituição de 1988, mas já fizeram e são parte da engrenagem normativa-formal escravocrata da formação constitucional do país que pode ser observado pelo processo histórico Constitucional. A primeira Constituição brasileira (1824), estabeleceu um Estado confessional em que a religião católica apostólica romana foi declarada religião oficial, além de ser a única forma de culto admitida nos espaços públicos do Brasil imperial (vide art. 5º da Constituição de 1824).

A Constituição de 1889, por sua vez, inaugurou, ainda durante governo provisório, o primeiro Estado laico brasileiro. Através do Decreto 119-A, 7 de janeiro de 18 de janeiro de 1890, *foi vedada a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagrando a plena liberdade de cultos, extinguindo o padroado e estabelecendo outras providências*³⁹. Apesar da garantia

³⁸ PIRES, Thula Rafaela de Oliveira, MORETTI, Gianna Alessandra Sanchez. *Escola, lugar de desrespeito: intolerância contra religiões de matrizes africanas em escolas públicas brasileiras*. Direitos Humanos e efetividade: fundamentação e processos participativos. Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; Coordenadores: Eneá De Stutz E Almeida, Paulo César Corrêa Borges – Florianópolis: CONPEDI, 2016 XXV Encontro Nacional do CONPEDI. Brasília - DF. p.375-394

³⁹ Vide Decreto 119-A, 7 de janeiro de 18 de janeiro de 1890 assinado por Manoel Deodoro da Fonseca. - Aristides da Silveira Lobo. - Ruy Barbosa. - Benjamin Constant Botelho de Magalhães. - Eduardo Wandenkolk. - M. Ferraz de Campos Salles. - Demétrio Nunes Ribeiro. - Q. Bocayuva.

formal do livre exercício religioso na República Velha, a leitura histórica e teleológica atenta do ordenamento jurídico da época denota tal direito não alcançava religiões de matriz *espírita*⁴⁰ (lato sensu). Tal fato fica evidente pela criminalização do espiritismo e do curandeirismo promovido pelo Código Penal de 1890, nos artigos 156, 157 e 158, centralizados no capítulo *contra a saúde pública*, vez que estavam relacionados a violação do bem jurídico da ordem/tranquilidade pública⁴¹.

A Constituição de 1934 manteve a laicidade formal instituída em 1889, mas, assim como a Constituição da República Velha, manteve os limites para efetivação dos direitos das religiões de matriz africana. A perseguição e a exclusão se traduziram em outros espaços, para além do código penal, alcançando a estruturação educacional do país que visava uma *educação eugênica* (art. 138 da Constituição de

⁴⁰ Cabe ressaltar que a criminalização do espiritismo que atuou na República Velha englobou não só o espiritismo vinculado aos preceitos de Allan Kardec, como as também as religiões de matriz africanas que eram chamadas popularmente de “baixo espiritismo”. Cf. LEITE, Fábio. *O Laicismo e outros exageros sobre a Primeira República no Brasil*. Relig. soc.[online]. 2011, vol.31, n.1, pp.32-60.

⁴¹ Art. 156 – *Exercer a medicina em qualquer de seus ramos, a arte dentária ou a farmácia; praticar a homeopatia, a dosimetria, o hipnotismo ou magnetismo animal, sem estar habilitado segundo as leis e regulamentos. Penas – de prisão celular por um a seis meses, e multa de 100\$000 a 500\$000.*

Parágrafo único: Pelos abusos cometidos no exercício ilegal da medicina em geral, os seus atores sofrerão, além das penas estabelecidas, as que forem impostas aos crimes que derem casos.

Art. 157 – *Praticar o espiritismo, a magia e seus sortilégios, usar de talismãs e cartomancias, para despertar sentimentos de ódio ou amor, inculcar cura de moléstias curáveis ou incuráveis, enfim, para fascinar e subjugar a credulidade pública: Penas – de prisão celular de um a seis meses, e multa de 100\$000 a 500\$000.*

Parágrafo 1º Se, por influência, ou por consequência de qualquer destes meios, resultar ao paciente privação ou alteração, temporária ou permanente, das faculdades psíquicas. Penas – de prisão celular por um ano a seis anos, e multa de 200\$000 a 500\$000.

Parágrafo 2º Em igual pena, e mais na privação de exercício da profissão por tempo igual ao da condenação, incorrerá o médico que diretamente praticar qualquer dos atos acima referidos, ou assumir a responsabilidades deles. (...)

Art. 158 – *Ministrar ou simplesmente prescrever, como meio curativo, para uso interno ou externo, e sob qualquer forma preparada, substância de qualquer dos reinos da natureza, fazendo ou exercendo assim, o ofício do denominado curandeirismo. Penas – de prisão celular por um a seis meses, e multa de 100\$000 a 500\$000.*

Parágrafo único: Se do emprego de qualquer substância resultar a pessoa privação ou alteração, temporária ou permanente, de suas faculdades psíquicas ou funções fisiológicas, deformidades, ou inabilitação do exercício de órgão ou aparelho orgânico, ou, em suma, alguma enfermidade: Penas – de prisão celular por um a seis anos, e multa de 200\$00 a 500\$000. Se resultar morte: Pena – de prisão celular por seis a vinte e quatro anos (COLEÇÃO DE LEIS DO BRASIL).

1934)⁴². Como destaca Thula Pires (2018), apesar da Constituição de 1934 incorporar pela primeira vez a proibição de privilégios baseados em origem, sexo, raça, profissão, classe, riqueza, crença religiosas ou ideais políticos positivou, em contrapartida, o ensino da eugenia e fixou a restrição étnicas na seleção dos imigrantes⁴³. No artigo 138 da referida Constituição da era Vargas, modulando o Plano Nacional da Educação, cabia aos entes federativos estimular o acesso aos jovens a uma educação eugênica. O foco, segundo Jerry Dávila⁴⁴, era instruir os jovens que o fator branquitude – associada a europeização – era o elemento apto a curar a suposta degenerescência racial dos trópicos.

A Constituição de 1937, no que tange a perspectiva religiosa e a cultura negra/preta, manteve o tratamento conferido pela anterior. Entretanto, é preciso ressaltar que neste período foi promulgado o Código Penal de 1940, cuja parte especial continua em vigor até hoje, tendo como pano de fundo o positivismo e o darwinismo social - correntes teóricas que justificavam o racismo científico (biológico e culturalista) que vinculavam a população negra/preta à figura do delinquente⁴⁵. Observa-se que o *novo* código punitivo suprimiu referências expressas ao *espiritismo*, *magia*, *sortilégios*, *talismãs* e *cartomancia*, mas manteve os crimes de *charlatanismo* e *curandeirismo*⁴⁶, de forma um pouco diferente do Código de 1890. Na prática a

⁴² Art 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:(...) b) estimular a educação eugênica.

⁴³ PIRES, Thula. *130 anos de Lei Áurea e 30 anos da Constituição de 1988: constitucionalismo e decolonialidade em perspectiva diaspórica*. GÓES, Luciano (Org.). 130 anos de (des) ilusão: a farsa abolicionista em perspectiva desde olhares marginalizados. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p.475.

⁴⁴ DÁVILA, Jerry. *O valor social da brancura no pensamento educacional da era Vargas*. Educar, Curitiba, n. 25, Editora UFPR. 2005, p. 111-126, 2005.

⁴⁵ Cf. GOES, Luciano. *A tradução de lombroso na obra de nina rodrigues: o racismo como base estruturante da criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

⁴⁶ Art. 283 - Inculcar ou anunciar cura por meio secreto ou infalível: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. Art. 284 - Exercer o curandeirismo: I - prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância; II - usando gestos, palavras ou qualquer outro meio; III - fazendo diagnósticos: Pena - detenção, de seis meses a dois anos. Parágrafo único - Se o crime é praticado mediante remuneração, o agente fica também sujeito à multa. Art. 208 - Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de

mudança, segundo Ortiz (2001), não significou qualquer alteração nas perseguições às religiões de matriz africana, como destaca ao trazer um recorte do jornal Estado de São Paulo, de 11 de janeiro de 1959:

A prática da macumba não pode ser confundida com a liberdade de culto. O curandeirismo é inaceitável na era em que vivemos. A pretensão de resolver divergências familiares, de conciliar amores ou de consumir vinganças, são atos de pura feitiçaria que definem um sentido de vida tão primitivo e recuado; temos certeza, a esmagadora maioria de São Paulo repele indignamente como afronta que não merece (Ortiz, 1999, p. 201)

O processo de redemocratização que sedimentou a Constituição de 1946 não gerou alterações importantes no tratamento formal da liberdade religiosa, seguindo o padrão inaugurado em 1934, assim como a Constituição de 1967 e a Ec. nº 1/69. Entretanto, é válido mencionar que nesse período a forma de dificultar a plena efetivação da liberdade de culto, liberdade religiosa e liberdade de crença das religiões de matriz africana se traduziu na necessidade de autorização da Secretaria de Segurança Pública para realizar as atividades. Nessa avaliação as casas religiosas deveriam regularizar-se civilmente e os responsáveis pelos cultos deveriam fazer prova de idoneidade moral, bem como comprovar por um laudo psiquiátrico a “perfeita sanidade mental”. Cabe ressaltar que as exigências variavam de estado para estado - exemplos seriam a lei estadual da Paraíba nº 3443 de 1966; e na Bahia a Lei 3.097, de 1972. Segundo Roberta Possebón (2007), no Rio Grande do Sul os responsáveis deveriam registrar os terreiros anualmente junto ao IBGE e, em seguida, comparecer à Delegacia de Ordem Política e Social do Rio Grande do Sul (DOPS/RS)⁴⁷.

culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso: Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa. Parágrafo único - Se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência.

⁴⁷ POSSEBÓN, Roberta Mottin. *A reação das religiões de matriz africana no Rio Grande do Sul: conflitos com neopentecostais e defensores de animais*. Dissertação Programa de Pós-Graduação em

Em 1985 o arranjo normativo foi julgado na Representação de Inconstitucionalidade 959-9 pelo Supremo Tribunal Federal, entretanto o voto de relator julgou razoável que o legislador local exigisse requisitos adicionais para o exercício de religiões de matriz africana. Thula Pires (2013) ao comentar sobre o referido julgado evidencia que o mesmo traduz a discriminação, o desrespeito e o racismo institucional dos Poderes Executivo e Judiciário no tratamento das religiões de matrizes africanas⁴⁸.

Em 2018, ou provavelmente em 2019, devido ao pedido de vista do Ministro Alexandre de Moraes, sob a égide da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal terá a oportunidade de redimensionar os contornos da liberdade religiosa, da liberdade de culto, da liberdade de consciência protegidos na Constituição e fortificar um dos objetivos constitucionais: o *pluralismo político*. Trata-se de uma oportunidade, ainda que pontual, de observar se o constitucionalismo da Constituição vigente está apto a quebrar na prática os padrões normativos sofisticados de universalismo e essencialismo que constroem hierarquias e subordinações de humanidade herdadas da colonialidade escravagista.

Entretanto, antes de observar o resultado da controvérsia constitucional, o Supremo Tribunal Federal precisará observar se a proteção à imolação de animais nos cultos e nos ritos das religiões de matriz africana entram em “colisão” com valores constitucionais que protegem e asseguram o direito dos animais (art. 225 da CF). Tendo em vista o exposto, passasse para a próxima etapa do trabalho em que se avalia como se desenvolve o direito dos animais no ordenamento jurídico brasileiro, para só então traçar pontos de uma possível interpretação harmonizadora.

Ciências Sociais, da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2007

⁴⁸ PIRES, Thula. *Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos*. Tese (Doutorado em Direito Constitucional e Teoria do Estado). Orientadora: Gisele Cittadino. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2013.

3.2 Proteção Jurídica aos Animais não-Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro: a Crueldade e os Maus Tratos como Limites da Livre Atuação Humana

No Brasil, a proteção constitucional ao meio ambiente, com destaque para a fauna e a flora, se consagra sobretudo no art. 225 da Constituição Federal. Antes dessa previsão de 1988 não havia qualquer referência constitucional específica para a proteção ambiental como objeto que merecesse resguardo jurídico. Ao analisar a força vinculante do meio ambiente no ordenamento jurídico brasileiro, Pereira e Silva (2007) observam que este não ocupa uma posição de preferência absoluta em relação a outros bens e interesses⁴⁹. Seguindo essa linha de raciocínio, o STF demanda que a antinomia entre valores constitucionais frente a preservação ambiental seja superados mediante

ponderação concreta, em cada caso concreto dos interesses e direitos postos em situação em conflito, em ordem a harmonizá-los e a impedir que se aniquilem reciprocamente, tendo-se como vetor interpretativo, para efeito de obtenção de um mais justo e perfeito equilíbrio entre as exigências da economia e da ecologia, o princípio do desenvolvimento sustentável (...) desde que (...) não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, dentre os quais avulta, por sua significativa importância o direito à preservação do meio ambiente⁵⁰. (STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADIN 3540 - DF, Min. Rel Celso de Mello)

Objeto de proteção do artigo 225 da CF, a defesa constitucional ambiental traduz uma tentativa de estabelecer um relacionamento recíproco entre fauna e flora e direitos fundamentais do homem⁵¹. Tal contorno constitucional alcança e promove discussões que abarcam, por exemplo a defesa de elementos naturais para o

⁴⁹ Reinaldo Pereira e Silva discorre ainda que o artigo 225 da CF, no mesmo parâmetro que os direitos fundamentais, constitui um direito *prima facie* e atinge os seus contornos definitivos apenas na relação de reciprocidade com as outras categorias de direitos consagrados no texto da CF. PEREIRA E SILVA, Reinaldo. A teoria dos direitos fundamentais e o ambiente natural como prerrogativa humana individual. Rev. Direito Ambiental, n. 46, p,181s., abr/jun 2007.

⁵⁰ STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADIN 3540 - DF, Min. Rel Celso de Mello. Julgamento 03/02/2015. Publicado 06/02/2015

⁵¹ PEREIRA E SILVA, Reinaldo. A teoria dos direitos fundamentais e o ambiente natural como prerrogativa humana individual. Rev. Direito Ambiental, n. 46, p,181s., abr/jun 2007.

desenvolvimento equilibrado da vida⁵² (caput do art. 225 da CF), qualidade de um “meio ambiente ecologicamente equilibrado” garantido e estimulado por políticas de intervenção estatal (art. 225, § 1º da CF). Destaca também a titularidade tanto das pessoas físicas como da sociedade como um todo ao direito ao ambiente, graças ao fundamento da fraternidade e solidariedade dos interesses coletivos; a possível interpretação jurídica de que os animais não humanos não são simples coisas, mas entidades dotadas de um valor especial e, como tais, titulares de interesse jurídico constitucional⁵³.

Em se tratando de legislação infraconstitucional, pode ser mencionado, dentre outros, como o catarinense⁵⁴, o recentemente promulgado *Código de Direito e Bem-estar Animal da Paraíba* (2018), cujo teor é mais preciso e assertivo ao reconhecer a senciência dos animais não humanos e também, uma de suas possíveis decorrências no Direito, a personalidade jurídica e direitos de personalidade dos animais, que “são sujeitos de direito e nascem iguais perante a vida”. Cabe mencionar que o conteúdo das normas paraibanas se coaduna com perspectivas constitucionais internacionais que vêm ampliando a construção da figura dos animais no ordenamento jurídico, como é o caso, por exemplo, da Constituição do Equador (*Pachamama*), da Suíça e da Alemanha. Em linhas gerais, nestes novos arranjos constitucionais, como destaca

⁵² Como destaca Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer, a inserção da fórmula “qualidade de vida” no caput do art. 225 da CF demarca a relação entre o ambiente e à saúde física e psíquica do ser humano. Segundos os autores, debruçando-se padrões filosóficos antropocêntrico, biocêntrico ecocêntricos a norma alarga a proteção ambiental, apesar de não romper com status de bens jurídicos que podem ser utilizados para fins econômicos dos seres humanos. SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁵³ Cf. SANTANA, Heron José de. *Abolicionismo Animal*. Rev. de Direito Ambiental, n. 26, p. 85ss. , out. /dez. 2004.

⁵⁴ Muito se assemelhou ao gaúcho à época de sua publicação. Art. 34-A. Para os fins desta Lei, cães, gatos e cavalos ficam reconhecidos como seres sencientes, sujeitos de direito, que sentem dor e angústia, o que constitui o reconhecimento da sua especificidade e das suas características face a outros seres vivos. [acrescido pela Lei Estadual 17.485/2018]. Cavalos foi retirado recentemente pela lei estadual 17.526/2003

Felipe Gussoli⁵⁵, os animais humanos ultrapassam em certa medida a noção de *coisa*, de *propriedade privada*⁵⁶, para adquirirem a “possibilidade de se encaixar em suportes fáticos que pela incidência das regras jurídicas, se tornem fatos jurídicos; portanto, relevante à condição de animal humano ou não humano”⁵⁷.

Diante deste cenário de mudanças do status jurídico dos animais não humanos, bem como da defesa ambiental como um todo nos ordenamentos constitucionais, infraconstitucionais, é possível dizer que o Código Estadual de Proteção de Animais do Rio Grande do Sul parece também vir com o fim de proteger os animais, em consonância com o texto constitucional do art. 225, §1º, VII, mais ainda com o cenário internacional. Nesse sentido, o referido código estabelece prescrições bem-estaristas sobre a prática da vivissecação (arts 18 a 24), como a necessidade de atuação de profissionais habilitados, uso de anestésicos e vedação à realização de múltiplas práticas cirúrgicas no mesmo animal), sobre a maneira pela qual deve ser realizado seu transporte (arts. 12 e 13) e considerando o estado de saúde do animal antes e durante a alocação, e também, destaque-se, sobre a pecuária intensiva, determinando a necessidade de espaço suficiente para que o animal se movimente, de asseio e que sejam observadas suas necessidades psicológicas “de acordo com a evolução da ciência, observadas as exigências peculiares de cada espécie” (art. 15).

Apesar das conquistas no âmbito da sustentabilidade e da defesa da fauna e da flora, segundo a leitura dos representantes do Ministério Público do Rio Grande do Sul (MP-RS) o código estadual ao aceitar a emenda para excetuar as religiões de

⁵⁵ GUSSOLI, Felipe. *A natureza como sujeito de direito na Constituição do Equador: considerações a partir do caso Vilacamba*. XVI Jornada de Iniciação Científica de Direito da UFPR 2014. Curitiba, 2014. p. 23.

⁵⁶ FAVRE, David; TSANG, Vivien. *The Development of Anti-Cruelty Laws During the 1800's*. Detroit College of Law Review, Volume 1 (Spring 1993). Detroit, EUA, 1993.

⁵⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p.160

matriz africana das consequências desse excerto da lei violou a Carta Federativa de 1988, a qual “tingiu de verde o ordenamento jurídico”. Para Alexandre Sikinowski Saltz (MP-RS) a imolação de animais em rituais praticados pelas religiões de matriz africana viola expressamente o artigo 32 da Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9605/98) e do art. 3º, VI do DL 2.4645/34 que discorrem, respectivamente, sobre a vedação de atos de maus tratos a animais, bem como sobre a vedação de não dar morte rápida e livre de sofrimento para todo animal cujo extermínio é necessário para algum fim socialmente justificável. Continua ainda o representante do MP-RS ao expor a “posição geográfica” do princípio de dignidade humana na Constituição brasileira, que por seu destaque implica em reinterpretação como transcrito na Lei 8/2017 (Estatuto do Direito dos Animais) do Parlamento Português, segundo os novos valores civilizatórios. Assim, nessa lógica poder-se-ia equiparar o que é a vedação à tortura no âmbito dos direitos humanos ao que é a proibição aos maus tratos, no direito que se relata aos animais. Por fim, conclui reiterando a salvaguarda constitucional que se dá à liberdade de culto e promoção de liturgias, com a ressalva de que, como se encontra gravado em texto de lei, essas práticas devem ser realizadas nos termos da Lei, o que demandaria “adaptação dos cultos à nova realidade constitucional que nos foi trazida em 1988” e afirma sua expectativa de que a linha de jurisprudencial em casos que envolveram a dignidade animal seja mantida, como prescreve o art. 926 do CPC.

Nesta diapasão é interessante observar ainda que a argumentação jurídica promovida pelos representantes do Ministério Público do Rio Grande do Sul, a priori, parece se coadunar com o alcance constitucional da proteção à função ecológica das espécies e ecossistemas estipulados pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista, por exemplo, julgados que analisaram manifestações culturais como a farra do boi

(SC)⁵⁸, as “brigas de galo” (SC⁵⁹ e RJ), e a vaquejada (CE)⁶⁰, uma vez que se reconheceu, nos respectivos casos concretos, o atributo da crueldade.

Apesar da suposta similaridade entre os rituais de sacrifício (imolação) de animais e os casos que observam o limite da manifestação cultural frente à necessária proteção da fauna e da flora, é preciso destacar que esta proximidade de casos concretos é meramente aparente. Primeiro, ponto importante, que será detalhado na próxima seção, a norma constitucional em colisão com a proteção ambiental não é a livre manifestação cultural dos povos, mas o direito à liberdade religiosa, à liberdade de consciência, à liberdade de crença e à liberdade de culto de uma expressão. Em segundo lugar, nota-se que diferentemente do ocorrido na ação constitucional que analisa a situação da vaquejada, por exemplo, não houve qualquer especificação do que seria a *crueldade* promovida no ritual de imolação dos animais nas religiões de matriz africana.

⁵⁸ A questão envolvia verificar se na manifestação pretensamente cultura desenvolvida no Estado de Santa Catarina poderia ser situada no alcance da proteção do patrimônio cultural brasileiro (art. 216 da CF) ou se efetivamente cruzava o limite da proteção da fauna e da flora por promover a crueldade aos animais. No RE. 153.531-8 - SC. APANDE - Associação Amigos de petrópolis, patrimônio, Proteção aos Animais e Defesa da Ecologia e Outros versus Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdão publicado no DJU de 13.03.1998

⁵⁹ Trata-se de uma análise abstrata da constitucionalidade de leis estaduais que admitiam como lícitas as competições intituladas como “brigas de galo” tanto no Rio de Janeiro como em Santa Catarina. A lei fluminense não só autorizava a prática como regulava a legalidade da atividade. Entretanto mais uma vez, em ambos os casos, o STF alegou que autorizar a competição entre galos é uma conduta odiosa que veda o comando constitucional que proíbe atos cruéis frente aos animais não humanos. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADIn 1.856-6- RJ . Procurador Geral da República versus Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Carlos Velloso. Acórdão publicado no DJU de 22.09.2000. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADIn 2514-7 - SC. Procurador Geral da República versus Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Eros Grau. Acórdão publicado no DJU de 09.12.2005.

⁶⁰ No Ceará o julgamento da constitucionalidade da Lei n. 15.299/2013 que autorizava e regulamentava a vaquejada foi vetada por maioria de 6 votos a 5 dos Ministros do STF. A justificativa dos votos pela inconstitucionalidade da pretensa atividade cultural se fundamentou em laudos técnicos apresentados pela Procuradoria Geral da República que apontavam detalhadamente a crueldade com animais, causando-lhes diversos danos e sofrimentos. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADIn 4.983-CE. Procurador Geral da República versus Governador do Estado do Ceará. Relator: Min. Marco Aurélio. Acórdão publicado no DJU 05.04.2018

Enquanto na ADIn 4.983-CE há laudos e estudos técnicos⁶¹ minuciosos asseverando detalhadamente consequências à saúde dos bovinos que participam de diversas formas da vaquejada, configurando assim especificamente o conceito de *crueldade* no caso concreto, não há, por sua vez, nos autos do processo que analisa a constitucionalidade da emenda ao Código do Rio Grande do Sul (art. 2º da Lei 11.915/03-RS) qualquer diretriz determinando qual seria a conceituação específica desta cláusula aberta no referido caso.

A análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro demonstra que a Constituição de 1988 impõe ao legislador a tarefa de vedar as práticas que “submetam os animais à crueldade”, mas isto não significa que qualquer ato relacionado ao abate animal esteja automaticamente vinculado à noção de crueldade. Recentemente foi publicada resolução do Conselho Federal de Medicina Veterinária⁶² que carrega várias definições que orbitam ao redor da crueldade aos animais não humanos. A referida resolução abarca sobre o conceito de maus tratos, no inciso XXI do art. 5º, ações tais como “induzir a morte de animal utilizando método não aprovado ou não recomendado pelos órgãos ou entidades oficiais e sem profissional devidamente habilitado”. Em seu parágrafo 6º, o mesmo artigo traz a possibilidade de contemplar as religiões de afrobrasileiras ao elencar que “a caracterização de crueldade, abuso e maus-tratos depende da *avaliação da duração e do grau de severidade*, quando houver intenção

⁶¹ Conforme apresentado pelo Min. Rel. Marco Aurélio: “O autor juntou laudos técnicos que demonstram as consequências nocivas à saúde dos bovinos decorrentes da tração forçada no rabo, seguida da derrubada, tais como fraturas nas patas, ruptura de ligamentos e de vasos sanguíneos, traumatismos e deslocamento da articulação do rabo ou até o arrancamento deste, resultando no comprometimento da medula espinhal e dos nervos espinhais, dores físicas e sofrimento mental. Apresentou estudos no sentido de também sofrerem lesões e danos irreparáveis os cavalos utilizados na atividade: tendinite, tenossinovite, exostose, miopatias focal e por esforço, fraturas e osteoartrite társica.

⁶²BRASIL. Resolução nº 1.236, de 26 de outubro de 2018. *Diário Oficial da União*. Edição 208. Seção 1. Brasília, DF, 29 de outubro de 2018.

de provocar sofrimento ou sempre que houver o comprometimento de um ou mais dos quatro conjuntos de indicadores”.

Como denota Lenio Streck (2017), ao longo do desenvolvimento da *Teoria Crítica Hermenêutica*, o uso retórico de normas constitucionais de baixa densidade - seja pelo caráter principiológico, seja pelo caráter de cláusula aberta -, sem qualquer fundamentação racional justificando a aplicação da norma, gera um déficit de segurança jurídica. É justamente nesse sentido que se avulta a importância da construção e da demonstração da crueldade infligida contra os animais não humanos no caso da imolação em rituais litúrgicos das religiões de matriz africana. De forma ainda mais específica, citando ainda o autor, não é legítimo ao intérprete dizer “qualquer coisa sobre qualquer coisa”⁶³. Por se estar diante de um caso de conflito de normas constitucionais, ao ponderar, avaliar e interpretar um caso concreto, independente do resultado é necessário a utilização de métodos da interpretação jurídica rígidos que não importem em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Por fim, através de uma *interpretação unitária* do ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que a noção vazia de *crueldade* não pode ser associada automaticamente ao ato de abater animais não humanos. Nesse sentido cabe observar que o artigo 37 da lei de crimes ambientais (Lei n. 9605/98) afasta expressamente a tipificação de condutas que abatem animais não humanos por motivos justificáveis socialmente⁶⁴. Ainda nessa diapasão, cabe ressaltar que Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento disciplinou, por meio da Instrução

⁶³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁶⁴ Vide artigo 37 da Lei n. 9605/98: Art. 37. Não é crime o abate de animal, quando realizado: I - em estado de necessidade, para saciar a fome do agente ou de sua família; II - para proteger lavouras, pomares e rebanhos da ação predatória ou destruidora de animais, desde que legal e expressamente autorizado pela autoridade competente; III - (VETADO) IV - por ser nocivo o animal, desde que assim caracterizado pelo órgão competente.

Normativa nº 3, de 17/2000, no artigo 11, a previsão de que: “é facultado o sacrifício de animais de acordo com preceitos religiosos, desde que sejam destinados ao consumo por comunidade religiosa que os requeira ou ao comércio internacional com países que façam essa exigência, sempre atendidos os métodos de contenção judicial”.

Feitas estas breves considerações sobre o alcance constitucional da proteção aos animais não humanos pautadas na construção da ideia de crueldade, passa-se para o próximo ponto que se concentra na necessidade de proceder uma ponderação jurídico-constitucional para que se tutele os bens jurídicos em suposta oposição no caso concreto.

3.3 Ponderação de Normas Constitucionais Quando Existirem: A Busca Pela Convivência Intercultural e Pluriversal como Objetivo do Estado Democrático de Direito de 1988

O centro do problema hermenêutico do Recurso Extraordinário 494601, o qual discute a validade de lei do Rio Grande do Sul que trata do sacrifício de animais em ritos das religiões de matriz africana, é impulsionado pelo que o tribunal entendeu como uma colisão de valores entre liberdade religiosa, consciência, culto e direito dos animais. A partir dessa discussão o julgamento criou um *hard case* que demanda dos intérpretes a harmonização dos bens jurídicos em oposição como forma de garantir a conformação simétrica da Constituição, para que possa operar a intitulada “concordância prática” que defende a literatura do direito constitucional.

Ao afirmar que existe uma “colisão” entre valores no referido caso implica dizer que ao mesmo tempo, a conduta de imolar animais nas religiões de matriz africana é constitucional e inconstitucional (lícita ou ilícita). Em outras palavras: é como se as práticas das religiões de matriz africana estivessem de algum modo protegidas pela Constituição, ensejando um esforço argumentativo para afastar a incidência da proteção constitucional, ou seja, relativizar especificamente para este caso o direito

fundamental dos direitos de proteção da fauna e da flora. Ocorre que: como uma ação pode ser considerada ao mesmo tempo como lícita (exercício de um direito à liberdade religiosa, consciência e culto) e como ilícita (crime de maus tratos e imposição de crueldade dos animais), sem quebrar o caráter deontológico, normativo, do Direito.

É possível dizer que a antinomia de normas constitucionais é aparente neste caso concreto, uma vez que não ficou demonstrado ao longo da explanação a associação, em qualquer medida, à referência cognitiva à crueldade. Em outras palavras em nenhum momento determinou-se que forma de tormento se inflige contra os animais nos rituais de imolação das religiões de matriz africana. Ressalte-se que a fixação do conceito de “crueldade” no caso concreto não é mero adereço, uma vez que é o núcleo central do comando proibitivo do alcance constitucional que visa a proteção à função ecológica das espécies e dos ecossistemas (vide Art. 225, §1º, VII). Tal fato fica ainda mais evidente com o c Emenda Constitucional 96/2017 - conhecida popularmente como “Emenda da Vaquejada” - a qual inseriu o controverso § 7º do art. 225 da Constituição Federal de 1988 que mitigou o alcance constitucional de proteção à fauna e o princípio da vedação de retrocesso em matéria ambiental.

Outro ponto que merece ser destacado é que partir do pressuposto de que a prática do abate por si só já caracteriza a crueldade, como foi realizado em argumentações ao longo do processo do RE 494601-RS, além de demonstrar total desconhecimento do papel transcendental desempenhado pelos animais nos ritos das religiões de matriz africana⁶⁵ caminha para uma leitura seletiva do ordenamento

⁶⁵ Conforme destaca Yannick Yves Andrade Robert (2008), a imolação de animais representa, para as práticas ritualísticas das religiões de matriz africana, um símbolo milenar de suas crenças, ou seja, um dogma essencial à prática do culto das divindades. ROBERT, Yannick Yves Andrade; PLASTINO, Carlos Alberto; LEITE, Fábio Carvalho. *Sacrifício de animais em rituais de religiões de matriz africanas*. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2008/relatorios/ccs/dir/yannick_yves_andrade_robert.pdf>. Acessado em: 12/12/2018

jurídico brasileiro apta a permitir determinadas condutas para uns e proibi-las para outros sem qualquer justificativa constitucional plausível.

Nesse sentido é válido destacar que a prática da imolação não é exclusiva das religiões de matriz africana sendo mobilizada também na religião judaica e muçulmana, denominadas, respectivamente de: *Shechita* e *Halal*. Segundo Ilzener Oliveira, Tagore Silva e Kellen de Lima (2015), os métodos de sacrifício de animais prescritos nestas práticas litúrgicas não se caracterizam como abates humanitários⁶⁶ uma vez que não há qualquer insensibilização ou atordoamento dos animais. Segundo os autores, no ritual denominado *Shechita* a degola do animal, que só pode ser feita por uma pessoa treinada *Shochet*, ocorre, com este ainda vivo, pelo corte das artérias carótidas e veias jugulares. A faca deve ser tão afiada de modo a fazer o animal sangrar uma única vez⁶⁷ No que tange ao ritual da *Halal* - feito de acordo com os preceitos islâmicos - o procedimento do abate é pensado para ser realizado da forma mais rápida possível, de modo a evitar o sofrimento do animal. Tenta-se com um corte rápido promover uma morte instantânea eliminando dessa forma, qualquer possibilidade de liberação de toxinas que possam contaminar a carne⁶⁸

Dito isto, é interessante destacar que o abate religioso, seguindo os ditames judaicos ou muçulmanos, não é só permitido pelo ordenamento jurídico brasileiro como movimenta um nicho específico da agroindústria brasileira. De acordo com a Associação Brasileira das Indústrias Exportadoras (Abiec), em 2017, as exportações brasileiras para os países árabes corresponderam a mais de 405 toneladas – o número representa 25% do faturamento total das exportações brasileiras de carne

⁶⁶ O abate humanitário como descrito pelo Ministério da Agricultura tem como um de seus métodos para a minimização da dor e dos sofrimentos dos animais a insensibilização ou atordoamento. Vide Instrução Normativa nº 3, de janeiro de 2000.

⁶⁷ OLIVEIRA, Ilzener de Matos. Tagore Trajano de Almeida Silva. LIMA, Kellen Josephine de. A imolação nas liturgias de matriz africana: reflexões sobre colisão entre liberdade religiosa e proteção dos animais de direitos não humanos. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. 2015. p .305-306

⁶⁸ Ibidem. p .305-306

bovina⁶⁹. Neste contexto fica ainda mais evidente que há uma autorização no ordenamento jurídico brasileiro para o abate das religiões de matriz africana sem que isso implique em conflito normativo com o direito à proteção dos animais.

A análise do caso concreto que coloca de um o lado direito à liberdade religiosa, de consciência e de culto dos praticantes das religiões de matriz africana e de outro a proteção aos direitos dos animais frente ações cruéis devem ser interpretadas dentro dos paradigmas do Estado Democrático de Direito brasileiro. Por imposição constitucional, é dever dos intérpretes oficiais – julgadores - promover uma profunda e adequada argumentação e fundamentação das decisões judiciais, conforme determina o artigo 93, IX da CF. Tal dispositivo afasta a possibilidade de atuação discricionária, solipsista dos julgadores, uma vez que segundo os ditames constitucionais devem proferir suas decisões mediante critérios objetivos, fundamentados, justificados pelas decisões judiciais já proferidas e pela própria Constituição.

Deste modo, sem se distanciar das questões já sedimentadas no ordenamento jurídico brasileiro, a questão da imolação de animais em religiões de matriz africana deve ser lida em um cenário em que se autoriza política e economicamente o abate religioso judaico e muçulmano sem esbarrar nos limites constitucionais da crueldade infligida aos animais. Neste sentido, ainda que se invocasse o recurso metodológico da ponderação⁷⁰ para resolver a colisão de bens jurídicos constitucionais no caso

⁶⁹ MENDES, Jaqueline. Brasil lidera mercado de carne para muçulmanos, entenda por quê. Em.com.br. 24/04/2018. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2018/04/24/internas_economia,953748/brasil-lidera-mercado-de-carne-para-muculmanos.shtml> Acessado em: 12/12/2018

⁷⁰A ponderação consiste em uma técnica jurídica importada da Alemanha (ponderação judicial de Robert Alexy). Segundo Barroso, a aplicação pelo Supremo Tribunal Federal, perpassa três fases distintas: detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso; examinar os fatos e a

concreto, a leitura balizada não poderia se afastar da necessidade de respeito à integridade do sistema e o peso relativo às consequências concretas da decisão. Isso significa que, segundo as considerações de Luis Roberto Barroso, defensor da utilização do princípio da ponderação, *o intérprete deve ter compromisso com a unidade, com a continuidade e com a coerência na ordem jurídica*⁷¹. *Deste modo, continua Barroso, as interpretações (decisões) não devem ser casuísticas ou idiossincráticas, mas universalizáveis, observando os precedentes e impedindo variações infundadas*⁷².

Neste sentido, declarar a inconstitucionalidade de norma que afirma a possibilidade de e imolação de animais em religiões de matriz africana sem esbarrar em violações ambientais fere a segurança jurídica e a isonomia impostas pelo ordenamento jurídico brasileiro (vide art. 5º da CF). Ademais, é mister compreender que o debate sobre liberdade religiosa, vai muito além da análise de um “conflito normativo” - em que se verifica a hermenêutica constitucional e ponderação - que no caso concreto é: direito dos animais em detrimento às livres liturgias de religiões de matriz africana. Na realidade, ao sair do senso comum, constata-se a necessidade de uma análise crítica de como as questões de dignidade humana, liberdade religiosa e cultural são diferentemente tratadas no Brasil, cabendo uma análise de perspectiva histórica e de cenário atual.

Conforme demonstrado no início deste trabalho, as religiões de matriz africana enfrentaram e enfrentam processos de marginalização e perseguição históricas, inclusive mobilizados por enunciados normativos que distinguiam quais manifestações religiosas teriam proteção legal e quais seriam perseguidas,

interação com os elementos normativos; apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa. BARROSO, *Op.Cit.*. 379-380

⁷¹ *Ibidem*. p.387

⁷² *Ibidem* p.387.

marginalizadas e tidas como imorais. Como destaca Giumbelli⁷³, as religiões de matriz africana herdaram, mesmo após a abolição, o estigma do preconceito, do racismo e da segregação social praticada contra a população negra e preta.

É nessa perspectiva que se pretende uma leitura harmônica e histórica do ordenamento jurídico brasileiro apta a destacar a necessidade de congregar de maneira mais horizontalizada as múltiplas perspectivas multirraciais, pluriculturais e religiosas que movem e formam o Brasil, seguindo os ditames constitucionais (art. 3º da CF). Trata-se, por fim, de uma tentativa de arregimentar e abrir a gramática do Estado Democrático de Direito para as diversas formas de ser, estar, bem viver, pensar, rezar e compor os sujeitos de direitos protegidos pela Constituição em toda a sala multiplicidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dos discursos jurídicos-políticos movidos por processos de eugeniação à pleitos contemporâneos ambientais, as religiões de matriz africana teimam em ser interpretadas às margens do sistema de proteção normativo constitucional brasileiro. Em meio a grande cadeia econômica do agronegócio brasileiro, permissões e incentivos aos abates religiosos da religião judaica e muçulmana, presença de lojas de grife que mobilizam couro legítimo para suas peças e a aprovação recente da polêmica “Emenda da Vaquejada” são os rituais e procedimentos de imolação de animais que são atacados por compactuar com a promoção da crueldade dos animais. Crueldade esta que sequer foi comprovada, detalhada e esmiuçada no Recurso Extraordinário 494601 - caso recente no Rio Grande do Sul que retomou a discussão

⁷³ GIUMBELLI, Emerson. *O fim da religião: dilemas da liberdade religiosa no Brasil e na França*. São Paulo: Attar Editorial, 2002.

de uma possível colisão de bens jurídicos constitucionais: direito à liberdade religiosa, culto, consciência e proteção aos animais e a flora.

Diante deste cenário, o presente artigo pretendeu provocar algumas reflexões acerca da colisão aparente de normas constitucionais em casos envolvendo sacrifício de animais em cerimônias e rituais de religiões afro-brasileiras através de um deslocamento metodológico-analítico apto a não ignorar o elemento histórico e as vozes dos múltiplos *sujeitos constitucionais*, sobretudo atores e atrizes atravessados diretamente por esse debate.

Passando por uma análise dos pontos importantes do direito à liberdade religiosa, a consciência e ao culto, bem como dos direitos à proteção dos animais elencados na Constituição Federal brasileira, tentou-se demonstrar a possibilidade de uma leitura harmônica das normas constitucionais diante da discussão sem pretender desviar de precedentes e valores já estabelecidos no ordenamento jurídico. Concluiu-se, à luz do sistema jurídico, pela inexistência de objeção a prática de sacrifício de animais pelas religiões de matriz africana, uma vez que o procedimento é permitido e praticado por outros atores no ordenamento jurídico brasileiro. Apontou-se que declarar a inconstitucionalidade de tal prática, além de ferir a segurança jurídica e isonomia, fere a promoção de uma sociedade multicultural e pluriversal, garantida e objetivada pela Constituição de 1988. Por fim, pretendeu-se destacar que, diante do contexto histórico constitucional brasileiro, mobilizar discursos vazios de explicação em nome do meio ambiente e contra as religiões afro-brasileiros servem para atualizar discursos de marginalização e racismo estrutural da população e da cultura negra/preta brasileira.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ÁVILA, Cíntia Aguiar de. *Apanijé (nós matamos para comer): uma análise sobre o sacrifício de animais nas religiões afro-brasileiras*. TCC (Monografia do Bacharelado em Ciências Sociais) – Departamento de Antropologia Social, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006.

BASTIDE, Roger. *O Candomblé da Bahia: rito nagô*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. *Direito. política. filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro Lumen Juris, 2007.

FAVRE, David; TSANG, Vivien. *The Development of Anti-Cruelty Laws During the 1800's*. Detroit College of Law Review, Volume 1 (Spring 1993). Detroit, EUA, 1993.

GIUMBELLI, Emerson. *O fim da religião: dilemas da liberdade religiosa no Brasil e na França*. São Paulo: Attar Editorial, 2002.

GUALBERTO, Márcio Alexandre. *Mapa da Intolerância religiosa 2011: violação ao direito de culto no Brasil*. Rio de Janeiro: 2011.

GOES, Luciano. *A tradução de lombroso na obra de nina rodrigues: o racismo como base estruturante da criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2016

GUSSOLI, Felipe. A natureza como sujeito de direito na Constituição do Equador: considerações a partir do caso Vilacamba. XVI Jornada de Iniciação Científica de Direito da UFPR 2014. Curitiba, 2014.

LEITE, Fábio. *O Laicismo e outros exageros sobre a Primeira República no Brasil*. Relig. soc.[online]. 2011, vol.31, n.1, pp.32-60.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p.160

OLIVEIRA, Ilzner de Matos. Tagore Trajano de Almeida Silva. LIMA, Kellen Josephine de. *A imolação nas liturgias de matriz africana: reflexões sobre colisão entre liberdade religiosa e proteção dos animais de direitos não humanos*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. 2015. p.305-306

ORO, Ari Pedro. *O atual campo religioso gaúcho*. Civitas, Porto Alegre, v. 12, n. 3, p. 556-565, set.-dez. 2012.

ORTIZ, Renato. *A morte branca do feiticeiro negro: umbanda e sociedade brasileira*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1999.

PEREIRA E SILVA, Reinaldo. A teoria dos direitos fundamentais e o ambiente natural como prerrogativa humana individual. Rev. Direito Ambiental, n. 46, p.181s., abr/jun 2007.

PINTO, Flávia (org.). *Liberdade religiosa e direitos humanos*. UFF: 2017. Disponível em:
<http://www.uff.br/sites/default/files/informes/cartilha_liberdade_religiosa_download.pdf> Acessado em: 04/11/2018.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira, MORETTI, Gianna Alessandra Sanchez. *Escola, lugar de desrespeito: intolerância contra religiões de matrizes africanas em escolas públicas brasileiras*. Direitos Humanos e efetividade: fundamentação e processos participativos. Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; Coordenadores: Eneá De Stutz E Almeida, Paulo César Corrêa Borges – Florianópolis: CONPEDI, 2016 XXV Encontro Nacional do CONPEDI. Brasília - DF. p.375-394

PIRES, Thula. *130 anos de Lei Áurea e 30 anos da Constituição de 1988: constitucionalismo e decolonialidade em perspectiva diaspórica*. GÓES, Luciano (Org.). 130 anos de (des) ilusão: a farsa abolicionista em perspectiva desde olhares marginalizados. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

_____. *Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos*. Tese Doutorado em Direito Constitucional e Teoria do Estado. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2013.

POSSEBON, Roberta Mottin. *A reação das religiões de matriz africana no Rio Grande do Sul: conflitos com neopentecostais e defensores de animais*. Dissertação Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2007

SANTANA, Heron José de. Abolicionismo Animal. Rev. de Direito Ambiental, n. 26, out/dez. 2004.

SANTOS, Maria Stella de Azevedo. *Ôsosi: o caçador de alegrias*. Salvador: Secretaria de Cultura e Turismo do Estado Bahia, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TADVALD, Marcelo. *Direito litúrgico, direito legal: a polêmica em torno do sacrifício de animais em religiões afro-gaúchas*. Caminhos: Goiânia, v. 5, n. 1, p. 129-147, jan./jun. 2007.



REVISTA
DIREITO
FAE

TAVARES, Rodrigo de Souza. VIEIRA, José Ribas, VALLE Vanice Regina Lírio do. *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008. P. 7711 - 7735.

**A INTERVENÇÃO DE TERCEIROS E SUA APLICAÇÃO NO
PROCESSO DO TRABALHO**

*THE THIRD-PARTY INTERVENTION AND THEIR APPLICATION IN
THE LABOR PROCEDURE LAW*

Fabiane Jarzynski da ROSA¹

Maristela Pereira dos Santos PREISS²

Thais Poliana de ANDRADE³

RESUMO

A intervenção de terceiros é um instituto regulado pelo Direito Processual Civil, sendo que o objetivo deste artigo é analisar se o mencionado instituto é compatível com o Direito Processual do Trabalho, tendo em vista que não há sua previsão expressa na Consolidação das Leis do Trabalho. Para prosseguir na análise da problemática proposta, parte-se do entendimento de que o Código de Processo Civil é aplicado subsidiariamente ao processo do trabalho, conforme expressamente autorizado pelos arts. 769 da CLT e 15 do CPC. A presente pesquisa ainda se amparou no estudo jurisprudencial, legislativo e doutrinário para concluir a análise sobre o cabimento ou não deste instituto oriundo do processo comum à esfera processual especializada. Verifica-se que há aplicabilidade das modalidades de intervenção de terceiros, desde que atendidas às peculiaridades do processo laboral, vez que houve uma adaptação para que fosse aplicado em outra seara. Portanto, tem-se que a intervenção de terceiros pode ser muito útil para o processo do trabalho, uma vez que há diversos benefícios, como a economia processual, bem como a uniformização de decisões, entre outros.

¹ Acadêmica do 9º Período de Direito da FAE – Centro Universitário. E-mail: fabianejrosa@hotmail.com

² Acadêmica do 9º Período de Direito da FAE – Centro Universitário. E-mail: maristela.preiss@gmail.com

³ Professora da disciplina de Direito Processual do Trabalho do Curso Direito da FAE – Centro Universitário. E-mail: thais.andrade@fae.edu

PALAVRAS-CHAVE: Intervenção de terceiros. Código de Processo Civil. Direito Processual do Trabalho.

ABSTRACT

The third-party intervention is an institute ruled by Civil Procedural Law, and the purpose of this article is to analyze whether the said institute is compatible with the Labor Procedure Law, given that there is no expressed provision in the Consolidation of Labor Laws. In order to proceed with the analysis of the proposed problem, it is assumed the understanding that the Civil Procedure Code is applied subsidiarily to the labor process, as expressly authorized by arts. 769 of CLT and 15 of CPC. The present research also relied on the jurisprudential, legislative and doctrinal study to conclude the analysis on the admissibility or not of this institute arising from the common process to the specialized procedural sphere. It concludes that there is applicability of the modalities of third-parties intervention, provided that they meet the peculiarities of the labor process, since there was an adaptation to be applied in another field. Therefore it concludes that the third-party intervention can be very useful for the labor process, since there are several benefits, such as procedural economics, as well as the standardization of decisions, among others.

KEYWORDS: Third-Part Intervention. Civil Procedure Code. Labor Procedure Law.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo analisar o instituto da intervenção de terceiros, regulado pelo direito processual civil e, sob à luz do princípio da subsidiariedade, verificar como se dá a sua aplicação no direito processual do trabalho.

São objetivos desse artigo apresentar como é o instituto de intervenção de terceiros e suas espécies no direito processual civil, bem como explicar a sua aplicabilidade no direito processual do trabalho sob a perspectiva da doutrina e jurisprudência trabalhistas.

O instituto de intervenção de terceiros, além de ter grande abrangência na doutrina, possui vasto regramento legal, bem como jurisprudencial no que tange a sua previsibilidade e aplicabilidade. Ocorre que a Consolidação das Leis do Trabalho não previu em seu texto legal esse instituto, contudo os Tribunais por diversas vezes se deparam com o pedido de intervenção de terceiros nas relações trabalhistas, através das modalidades contidas no Código de Processo Civil.

Com isso, é imprescindível uma análise dos pedidos de intervenção de terceiros apresentados aos Tribunais Regionais e Tribunal Superior do Trabalho, pois esse instituto foi modificado em parte com o advento do Código de Processo Civil em 2015, cabendo às Cortes e aos juristas verificarem pela (in)viabilidade da intervenção de terceiros na Justiça do Trabalho e uniformizar a (in)aplicabilidade desse instituto nos processos trabalhistas.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa pertinente sobre o assunto. Foram usadas obras de doutrinadores diferentes para que seja possível o melhor e mais abrangente conhecimento. Além disso, foi pesquisado julgados acerca do tema específico, a fim de entender como é decidido nos Tribunais.

2 INTERVENÇÃO DE TERCEIROS NO PROCESSO CIVIL

A intervenção de terceiros pode ser compreendida como “quando uma pessoa ou ente que não figurou originariamente como autor ou réu no processo judicial nele ingressa para defender seus próprios interesses ou os de uma das partes primitivas da relação processual⁴”. Para ser chamado de terceiro, é necessário que esteja exercendo atividade postulatória, não probatória.

Sobre esse mencionado interesse, destaca-se que: “O interesse jurídico depende da existência de uma relação jurídica de direito material que será potencialmente alcançada pela decisão judicial posta em juízo⁵”. Dessa forma, o interesse precisa ser jurídico para que haja a incidência válida desse instituto, não incluindo o interesse econômico, afetivo, político, moral, entre outros.

Cassio Scarpinella Bueno⁶ menciona que são institutos diferentes entre si, sendo que em alguns deles temos que o terceiro continua atuando como terceiro dentro do processo e, em outros casos, este passa a ser parte integrante daquele processo, situação em que fica sujeito aos efeitos da coisa julgada.

O preceito constitucional do artigo 5º, inciso XXXV traz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, ou seja, admite que um terceiro com interesse jurídico na resolução da lide possa intervir no processo.

Diante de tais explanações, o Código de Processo Civil estabelece em seu Título III os institutos de intervenção de terceiros, que são: assistência, denunciação

⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 16ª. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 584.

⁵ ALVIM, Angélica Arruda (Org). **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 192.

⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: volume único. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 252.

da lide, chamamento ao processo, incidente de desconsideração da personalidade jurídica e *amicus curiae*.

Além disso, conforme destaca Bezerra Leite⁷, tem-se que, por ser um incidente processual, a intervenção de terceiros só ocorre em situações expressamente previstas em lei, até porque pode ocasionar a demora da prestação jurisdicional.

2.1 Classificação

Humberto Theodoro Jr.⁸ e Bezerra Leite⁹ classificam a intervenção de terceiros segundo dois critérios: a) conforme o terceiro busca ampliar ou modificar subjetivamente a relação processual, ou; b) conforme a iniciativa.

Sobre o primeiro critério, tem-se que a intervenção de terceiros pode ser *ad coadiuvandum*, que é quando o terceiro busca cooperar com uma das partes primitivas, tentando beneficiá-la - como é o caso da assistência; ou ainda *ad excludendum*, quando o terceiro procura excluir uma ou ambas as partes primitivas - como a exemplo da oposição.

Acerca da iniciativa da medida, divide-se em espontânea e provocada. Considera-se espontânea na hipótese em que a iniciativa é do terceiro, que é o ocorrido em assistência e em alguns casos do *amicus curiae*. Agora, é provocada quando mesmo que seja voluntária a medida tomada pelo terceiro, ela foi antecedida por citação feita pela parte primitiva, sendo o caso da denúncia da lide, chamamento ao processo e desconsideração da personalidade jurídica.

⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 16^a. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 584.

⁸ THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1. 59^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 362.

⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 16^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 585.

2.2 Modalidades

A legislação processual civil prevê atualmente cinco modalidades de intervenção de terceiros presentes no Título III do CPC 2015, as quais serão apresentadas e analisadas na sequência. Contudo, sob a égide do CPC/73 o processo comum previa ainda mais duas modalidades: a oposição (artigos 56 a 61) e a nomeação à autoria (artigos 62 a 69), as quais foram retiradas do rol específico das intervenções de terceiro, embora não tenham sido abolidas em sua essência.

2.2.1 Assistência

A assistência é uma modalidade de intervenção de terceiros disposta nos artigos 119 a 124 do Código de Processo Civil.

Conforme menciona Scarpinella Bueno: “*Trata-se de modalidade interventiva de terceiro pela qual um terceiro (assistente) atua em prol de uma das partes (assistido) para se beneficiar direta ou indiretamente da decisão a ser proferida no processo.*”¹⁰ Em outras palavras, o artigo 119 do Código de Processo Civil menciona, *in verbis*: “Pendendo causa entre 2 (duas) ou mais pessoas, o terceiro juridicamente interessado em que a sentença seja favorável a uma delas poderá intervir no processo para assisti-la.”

Portanto, tem-se que alguém que não é parte daquele processo, mas que detém interesse jurídico, intervém no processo a fim de aproveitar daquela decisão. A função da assistência em geral é buscar a sentença favorável ao assistido, devendo intervir ao processo para isso.

O CPC ainda divide a assistência em simples e litisconsorcial. O assistente simples, conforme Humberto Theodoro Jr. é aquele que: “[...] *intervém tão somente para coadjuvar uma das partes a obter sentença favorável, sem defender direito*

¹⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: volume único. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 254.

próprio, o caso é de assistência adesiva ou simples (ad adjuvandum tantum).¹¹ Dessa forma, entende-se que há relação jurídica entre esse terceiro que atuará como assistente e uma das partes daquele processo, sendo que não há relação material presente e, por isso, os efeitos dessa decisão serão indiretos ou reflexos.

O assistente litisconsorcial, em contrapartida, é aquele em que “[...] o terceiro assume a posição de assistente na defesa direta de direito próprio contra uma das partes o que se dá é a assistência litisconsorcial”.¹² Assim, deixa de ser um assistente e passa a ser um litisconsorte da parte principal, como dispõe o artigo 124 do CPC. Portanto, verifica-se que mesmo que a ação tenha sido proposta sem a participação dele, o assistente litisconsorcial entra no processo cuja relação material já o abrange.

Há dois pressupostos para que o compreenda como assistente litisconsorcial, que são: a necessidade de possuir uma relação jurídica entre o interveniente e o adversário do assistido, bem como essa relação precisa ser formada pela sentença.

Conforme mencionado anteriormente, o artigo 124 do CPC traz que: “*Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente sempre que a sentença influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido.*” Assim, tem-se que há um litisconsórcio facultativo unitário entre o assistido e o assistido, uma vez que a relação jurídica material é una, não podendo ser dividida entre diversos titulares reunidos no polo em que o assistente foi inserido.

Entende-se que o assistente – tanto o simples, quanto o litisconsorcial – pode intervir no processo em qualquer fase do procedimento, conforme o parágrafo único do artigo 119 do CPC, desde que não haja coisa julgada – ou seja, pode intervir mesmo em casos que já tenham sentença ou que estejam em grau recursal –, sendo

¹¹ THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1. 59ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 366.

¹² THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1. 59ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 366.

que independe de qual tutela jurisdicional se trate, podendo ser em ações de conhecimento ou de execução, por exemplo.

2.2.2 Denúnciação da Lide

A denúnciação da lide está prevista no artigo 125 a 129 do CPC. Sua função é dupla, sendo cumulativamente, para notificar a existência de litígio para terceiro, bem como propor antecipadamente a ação de regresso contra quem deve reparar os prejuízos do denunciante, caso saia vencido na ação originária.

É a ideia de chamar o terceiro – que é o denunciado – que possui vínculo de direito com a parte – o denunciante –, a fim de ser responsável pela garantia do negócio jurídico na hipótese em que o denunciante saia vencido no processo.

O artigo 125 do CPC estabelece o cabimento desse instituto, tendo o inciso I referindo-se ao chamamento do alienante imediato em que o adquirente sofre uma reivindicação da coisa negociada realizada por um terceiro, sendo a título oneroso. Assim, a denúnciação da lide serve para que o denunciante tenha o exercício dos direitos provenientes da evicção, conforme os artigos 447 e 457 do CC.

No caso do inciso II, trata-se da denúnciação da lide para aquele que estiver obrigado, seja por meio de lei ou por contrato, a indenizar o prejuízo sofrido por quem for vencido no processo em ação regressiva. Entende-se que essa situação de direito regressivo contemplaria qualquer situação, seja por indenização, reembolso, sub-rogação, garantia, entre outros, isso porque o direito processual civil está contemplado pelo princípio da celeridade, da efetividade da tutela jurisdicional e do processo justo.

Dentro desta premissa de assegurar o efetivo regresso, o artigo 125, §1º do CPC estabelece que seu exercício restará assegurado mesmo quando não houver a denúnciação da lide ou quando esta for indeferida.

Conforme já mencionado, a legislação processual previu o cabimento da denúnciação de forma abrangente, independentemente da natureza do direito material ou procedimento a ser aplicado. Todavia, há casos em que não se admite essa

modalidade intervencionista, a exemplo de danos advindos da relação de consumo, consoante a previsão do art. 88 do CDC.

O objetivo do incidente é acrescentar uma nova lide ao processo, envolvendo o denunciante e o denunciado sobre o direito de garantia ou de regresso que um pretende realizar um contra o outro. Dessa forma, a sentença irá decidir sobre a lide antiga e a nova criada pela denunciação da lide.

Assim, verifica-se que há uma junção de ações, podendo ser originária – quando promovido pelo autor – ou superveniente – quando é promovido pelo réu. Essa cumulatividade é eventual, já que o pedido formulado pelo denunciante posteriormente pressupõe a sucumbência da ação principal, ou seja, o pedido da ação regressiva somente é verificado quando houver a derrota da pretensão do denunciante na ação originária.

Quanto à legitimidade para fazer a denunciação, tem-se que pode ser realizada pelo autor ou pelo réu contra o alienante imediato da coisa evicta, conforme artigo 125, inciso I do CPC. Acerca do polo passivo, o incidente pode ser ocupado pelo “[...] alienante a título oneroso e o responsável pela indenização regressiva (art. 125, I e II)”.¹³

No que diz respeito ao procedimento da denunciação, há uma distinção que depende de qual das partes (autor ou réu) está propondo. Quando a denunciação da lide for promovida pelo autor, essa propositura confunde-se com o da própria ação.

Nessa lógica, Humberto T. Júnior¹⁴ ensina que na petição inicial será pedida a citação do denunciado, e o juiz deverá marcar o prazo de resposta do denunciado, que, em princípio, será de 15 (quinze) dias. O denunciado será citado primeiro para que assuma a posição de litisconsorte do autor, e se quiser, aditar a petição inicial.

¹³THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1. 59ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 388.

¹⁴ THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. Vol. 1. 59ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 385.

Ainda em resposta, o denunciado pode ter três atitudes quanto à resposta feita pelo autor, podendo: *i)* permanecer inerte; *ii)* comparecer e assumir a posição de litisconsorte; ou *iii)* negar a procedência da denunciação. Somente após esse trâmite é que o réu será citado para que no prazo de 15 (quinze) dias, conteste, seguindo assim o rito processual normal.

Agora, se a denunciação for realizada pelo réu, esta precisará ser feita na contestação, conforme o artigo 126. Os prazos de citações e resposta serão iguais ao do procedimento da denunciação feita pelo autor, sendo que se não cumprido o prazo, pode o autor requerer o prosseguimento do processo.

Theodoro Jr. menciona que: *“O prazo em questão é puramente procedimental e corre em benefício da parte contrária ao denunciante, e não do próprio denunciado. Até mesmo porque a ausência ou ineficácia da denunciação não exclui a obrigação de garantia ou de regresso, na espécie (NCPC, art. 125, § 1º)”¹⁵.*

Em não ocorrendo a citação do denunciado nos prazos estabelecidos, o autor terá direito de pedir o prosseguimento do processo, restando prejudicada a denunciação promovida pelo réu, conforme art. 126 e 131 do CPC.

Em resposta à denunciação promovida pelo réu, poderá o denunciado *i)* aceitar a denunciação e contestar em 15 (quinze) dias figurando assim como litisconsorte da ação; *ii)* caso o denunciado não responda a denunciação, sendo revel, o denunciante poderá deixar de prosseguir em sua defesa; e *iii)* se o denunciado comparecer e confessar os fatos arguidos pelo autor na petição inicial, poderá o denunciante prosseguir na defesa ou aderir e pedir apenas a procedência da ação de regresso, art. 128 do CPC.

¹⁵ THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1. 59ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 391.

Finalizado o tema dos procedimentos, passa-se a verificar quanto aos efeitos do instituto. Nesse contexto, temos o que leciona Humberto T. Júnior¹⁶, em havendo ou a não a aceitação da denunciação, o resultado do incidente é que o denunciado se sujeite aos efeitos da sentença. Assim, a decisão não apenas resolverá a lide entre autor e réu, mas também, caso julgar a ação procedente, haverá sentença de natureza declaratória, a depender do caso, que reconhecerá o direito evicto ou a responsabilidade pela indenização regressiva, fazendo assim, título executivo para o denunciante. Desta forma, uma única sentença haverá o julgamento de duas demandas.

A respeito dos honorários advocatícios, tem-se que se o denunciante perder a ação originária, mas for vitorioso na denunciação sobre a evicção, o denunciado é condenado aos encargos na ação regressiva e no reembolso sobre o que o evicto foi condenado a pagar ao evictor. Porém, se o denunciante for vencedor na ação originária, a denunciação não será examinada pelo Judiciário, sem prejuízo, entretanto, ao pagamento de sucumbência em favor do denunciado.

Sob a recorribilidade da denunciação da lide, esclarece o processo comum que se a sua admissibilidade for rejeitada durante o momento processual do saneamento, dando-se continuidade ao processo originário, ter-se-á uma decisão interlocutória e, nesse caso, caberá agravo de instrumento (art. 1.015, IX, CPC). Mas quando a denunciação for apreciada somente na sentença, podendo ser acolhida ou rejeitada a denunciação, o recurso será o de apelação (art. 1.009, CPC).

2.2.3 Chamamento ao Processo

Disciplinado nos artigos 130 a 132 do CPC, o chamamento ao processo “[...] é o incidente pelo qual o devedor demandado chama para integrar o mesmo processo

¹⁶ THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. Vol. 1. 59ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 387.

os coobrigados pela dívida, de modo a fazê-los também responsáveis pelo resultado do feito (art. 132)¹⁷. Dessa forma, uma vez sendo julgada procedente a ação originária, o réu que satisfizer a dívida poderá utilizar a sentença como título executivo em face do codevedor e, em razão disso, somente o réu pode se valer desta modalidade de intervenção de terceiros.

Portanto, o que se busca com o chamamento ao processo, que é uma faculdade do réu, repita-se, é que o próprio devedor possa ampliar a demanda a fim de condenar os demais codevedores e, neste mesmo processo, seja possível obter um título executivo judicial.

É cabível o presente instituto nas seguintes hipóteses listadas pelo artigo 130 do CPC, *in verbis*:

Art. 130. É admissível o chamamento ao processo, requerido pelo réu:

I - do afiançado, na ação em que o fiador for réu;

II - dos demais fiadores, na ação proposta contra um ou alguns deles;

III - dos demais devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns o pagamento da dívida comum.

Com base nesse artigo, verifica-se que não se aplica aos coobrigados cambiários, uma vez que eles possuem obrigação autônoma, independente e abstrata, havendo causa própria.

Esse instituto é cabível em qualquer espécie de procedimento dentro do processo de cognição, mas não na execução, ante melhor dicção do artigo 132 menciona que: “A sentença de procedência valerá como título executivo em favor do réu que satisfizer a dívida, a fim de que possa exigi-la, por inteiro, do devedor principal, ou, de cada um dos codevedores, a sua quota, na proporção que lhes tocar.”

¹⁷THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1. 59ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 400.

O chamamento ao processo, assim como a denunciação da lide já analisada anteriormente, procura assegurar, de maneira incidental, os direitos regressivos da parte em face de um terceiro àquela causa, sendo que esses mencionados direitos regressivos são diferentes no tocante aos artigos 130 e 125, inciso II do CPC.

Entende-se que no caso da denunciação da lide, presente no citado artigo 125, o terceiro interveniente não possui vínculo com a parte contrária do denunciante na ação principal, sendo que o vínculo existente é somente entre o denunciante e o litigante originário. Assim, o direito de regresso gera a relação apenas entre o denunciante e o terceiro denunciado.

Em contrapartida, no chamamento ao processo, o réu da ação principal chama para a disputa judicial a pessoa que tem com ele uma obrigação, seja um fiador, um coobrigado solidário, com fulcro no artigo 130 do CPC. Dessa forma, só chama ao processo quem tenha alguma relação obrigacional com o autor.

Para que haja o chamamento ao processo necessário se faz que seja feito o litisconsórcio passivo entre o promovente do chamamento e o chamado. Isso não impede que seja proferida uma sentença final, ou mesmo um despacho saneador, que trate de maneira diferente os litisconsortes. Portanto, é possível que haja “[...] *uma decisão que exclua o chamado ao processo da responsabilidade solidária no caso concreto e que, por isso, condene apenas o réu de início citado pelo autor*”¹⁸.

Acerca do procedimento, tem-se que o incidente deve ser proposto pelo réu na contestação, com fulcro no artigo 131 do CPC, sendo que a citação do chamado deve ocorrer no prazo de 30 (trinta) dias caso este resida na mesma Comarca ou no prazo de 2 (dois) meses quando residir em outra Comarca, seção, subseção judiciária ou lugar incerto (parágrafo único), sob pena de não ter efeito esse chamamento ao processo (*caput*).

¹⁸ THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1. 59ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 403.

Com a aceitação ou não pelo terceiro acerca do chamamento ao processo, Humberto Theodoro Jr. menciona que: “[...] *ficará este vinculado ao processo, de modo que a sentença que condenar o réu terá, também, força de coisa julgada contra o chamado.*”¹⁹

Conforme o artigo 132 do CPC, tem-se que a sentença de procedência pode ser usada como título executivo sendo favorável ao réu que satisfazer a dívida, podendo exigi-la por completo ao devedor principal ou a sua quota de cada um dos codevedores.

Já mencionado anteriormente que o chamamento ao processo não é um instituto obrigatório, mas se compreende que no caso de o réu fazer o uso do incidente de forma satisfatória, buscando possuir o título executivo, ao juiz não cabe denegar essa pretensão.

2.2.4 Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica

A desconsideração da personalidade jurídica é tratada no Código Civil de 2002, sendo que já era uma prática da jurisprudência o fato de imputar a responsabilidade pelo ato ilícito praticado pela empresa aos administradores ou aos sócios. Dessa forma, os bens dos sócios que colaboram para a prática do ato respondem pela reparação dos danos causados pela sociedade.

O artigo 50 do Código Civil estabelece que:

Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

¹⁹ *Ibidem.* p. 403.

Verifica-se que havia previsão sobre o instituto, mas não havia regulação processual e, em razão disso, foi necessário que a jurisprudência auxiliasse nesse tocante. Humberto Theodoro Jr explica que:

Entendiam os tribunais que ela poderia ocorrer incidentalmente nos próprios autos da execução, sem necessidade de ajuizamento de ação própria. Demonstrando o credor estarem presentes os requisitos legais, o juiz deveria levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atingisse os bens particulares de seus sócios, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros. Somente após a desconsideração, os sócios eram chamados a integrar a lide e interpor os recursos cabíveis. O contraditório e a ampla defesa, destarte, eram realizados a posteriori, mas de maneira insatisfatória, já que, em grau de recurso, obviamente, não há como exercer plenamente a defesa assegurada pelo devido processo legal.²⁰

O panorama se alterou com o advento do Novo Código de Processo Civil, o qual disciplinou o assunto nos artigos 133 a 137, estabelecendo o procedimento a fim de garantir os princípios do contraditório e da ampla defesa. Sendo que tanto a doutrina quanto a jurisprudência entendem que a interpretação e a aplicação do presente instituto devem ser feitas de modo restritivo.

Na sistemática trazida pelo *novel* texto legal, o incidente de desconsideração de personalidade jurídica foi inserido como sendo um instituto de intervenção de terceiros. Não obstante, isso não impede que seja aplicado em procedimentos especiais ou na execução forçada.

O artigo 1.062 do CPC ainda permite que seja utilizado em processos cuja competência seja dos juizados especiais.

²⁰ THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1. 59ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 407.

Embora não prevista no direito civil, o regramento processual trazido pelo CPC de 2015 contemplou inclusive a possibilidade de desconsideração de personalidade jurídica inversa, atendendo a uma construção doutrinária e jurisprudencial que já vinha sendo admitida pelo Superior Tribunal de Justiça, ocorrendo “pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade para, contrariamente ao que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador”.²¹

Assim, o art. 133, §2º traz a seguinte disposição: “*Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.*”

Com isso, tem-se que a desconsideração inversa possui os mesmos requisitos do seu instituto originário, quais sejam: pressupõe o abuso de direito, o desvio de finalidade da pessoa jurídica ou pela confusão patrimonial. Entende-se que esta é uma medida excepcional, ou seja, deve ser aplicada quando os pressupostos do artigo 50 do Código Civil estejam cumpridos.

Conforme o já citado artigo 133, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado mediante requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber a intervenção naquele processo, mediante petição inicial ou quando estiver no curso da ação, em petição autônoma tratando o instituto como incidente processual.

Entende-se que o requerimento precisa demonstrar o atendimento aos pressupostos que são citados em lei, quais são: desvio da finalidade da pessoa jurídica e confusão patrimonial entre a pessoa jurídica e os sócios (artigo 134, §4º do CPC e artigo 50 do CC), sendo cabível em qualquer fase do processo de

²¹THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1. 59ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 409.

conhecimento, de cumprimento de sentença e, na execução, quando tratar de título executivo extrajudicial.

Na hipótese da desconsideração requerida com petição inicial, tem-se que o autor pode apresentar provas sobre o uso indevido da personalidade jurídica da empresa e pedir que haja a desconsideração, a fim de alcançar os bens dos sócios ou administradores. Segundo o artigo 134, §2º o sócio ou a pessoa jurídica será citado para que integre a lide e conteste sobre o requerimento de desconsideração, o que justifica não haver instauração de incidente específico ou suspensão do processo.

Acerca das provas requeridas, estas serão produzidas na instrução processual, sendo que o juiz precisa apreciar o pedido de desconsideração na sentença.

Agora, quando tratar de desconsideração requerida de forma incidental, tem-se que na hipótese de o requerente não ter o conhecimento da fraude quando estiver propondo a ação, o pedido pode ser feito posteriormente, no curso do processo, através de petição em que se demonstre o cumprimento dos requisitos. Nesse caso, segundo o artigo 134, §3º, o processo ficará suspenso quando ocorrer a instauração do incidente.

De qualquer modo, repise-se a possibilidade de aplicar o instituto em qualquer fase do processo, conforme previsto no *caput* do art. 134 do CPC, sendo que a sua instauração será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas, como dispõe o §1º deste artigo.

Em continuidade com a instauração, tem-se que o sócio ou a pessoa jurídica será citado a fim de que se manifeste, bem como requeira as provas pretendidas no prazo de 15 (quinze) dias, como assegurou o artigo 135.

Ao final da instrução, caso necessária, ou após a defesa, o incidente será solucionado através de decisão interlocutória, sendo cabível agravo de instrumento, como menciona o artigo 1.015, inciso IV. Na hipótese de ser o incidente decidido em sede recursal pelo relator, será cabível o agravo interno, com fulcro no artigo 136, §1º, CPC.

Quando tratar de desconsideração requerida em processo de execução ou no cumprimento de sentença, compreende-se a necessidade de cumprir o que dispõe os artigos 134 a 136 do CPC. Embora o procedimento de execução não se inicie com um título que trate da responsabilidade de sócio ou de pessoa jurídica que anteriormente não eram considerados como devedores, com o procedimento incidental tem-se a possibilidade de obter um título para manter o redirecionamento da execução em face desses. Nesse sentido, Humberto Theodoro Jr menciona: *“Cabe, pois, ao incidente a função de constituir o título legitimador da execução contra aqueles a que se imputa a responsabilidade patrimonial pela obrigação contraída em nome de outrem”*²².

É possível ainda a instauração do incidente de desconsideração perante o tribunal. Nesse caso, o relator processará e decidirá de forma monocrática o incidente, nos termos do artigo 932, inciso VI do CPC. Para isso, ele verificará o cabimento, presidirá a instrução probatória, caso necessária, inclusive o fazendo através de carta de ordem, e proferirá decisão. Dessa decisão, caberá agravo interno para o colegiado, conforme o artigo 136, parágrafo único.

Embora o Código de Processo Civil não seja claro a respeito, entende-se que a instauração anteriormente mencionada seria nas causas de competência originária do tribunal, visto que questionável que o incidente caiba em processos que estão em fase recursal, devido às limitações do efeito devolutivo, bem como o necessário atendimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Impende ainda analisar os efeitos deste instituto. O principal deles é justamente imputar aos sócios, ou aos administradores da pessoa jurídica, a responsabilidade acerca de atos fraudulentos feitos em prejuízo de terceiros, havendo a afetação nos bens da pessoa jurídica e, também, nos bens pessoais dos sócios ou administradores que estão envolvidos neste ato ilícito. No caso de desconsideração inversa, a pessoa

²²THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1. 59ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 412.

jurídica é responsabilizada por obrigações realizadas pelo seu sócio, sendo que o patrimônio dela será usado para reparar os danos.

Nesse sentido, Humberto Theodoro Jr menciona que:

Trata-se, pois, de uma técnica de imposição de responsabilidade patrimonial a terceiro, por dívida que não é sua. Antes do incidente não há nem dívida, nem responsabilidade do terceiro (sócio ou sociedade), razão pela qual seus bens não poderão ser alcançados pela execução da dívida alheia. Sem o acertamento judicial, o credor não terá título para fazer atuar a responsabilidade patrimonial daquele que não é devedor, e como é de elementar sabença, não há, no direito moderno, execução sem título.²³

Portanto, a desconsideração sempre envolve questão de mérito, sendo possível estender o objeto do processo. Em razão disso, forma-se coisa julgada material e, após esgotadas as possibilidades recursais, apenas é cabível a ação rescisória para rever essa decisão.

Quando *“acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente”*, conforme o artigo 137 do CPC. O “acolhido” não significa que precisa ser a procedência do incidente, mas podendo ser apenas o deferimento do processamento do pedido de desconsideração da personalidade jurídica, ou seja, antes de observar a penhora, os credores são dotados da presunção legal de fraude, na hipótese de que ocorra alienação ou desvio de bens pelas pessoas corresponsabilizadas.

Assim, já que a penhora só pode ser feita depois da decisão do instituto, o artigo 137 protege a garantia que pretende atingir através da desconsideração. Dessa forma, a fraude na execução ordinária e a presunção legal de fraude mencionado nesse mesmo artigo, há a ideia de que o sujeito passivo da desconsideração tenha sido

²³ THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1. 59ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 413.

citado para o incidente quando praticar o ato da disposição, nos termos do artigo 792, §3º, isso porque o sujeito passivo só se integra ao processo com a citação. Dessa forma, só pode fraudar a execução quem já faz parte da mesma.

Antes de ser realizada a citação, o devedor ou o responsável não está sujeito às consequências da fraude à execução, porém poderá configurar fraude contra credores. Entende-se que existe mecanismos para proteger o credor acerca do desvio de bens e da insolvência do devedor, podendo ser usado ainda que antes da citação executiva.

Verifica-se que o negócio jurídico efetuado depois de iniciar o incidente será ineficaz – e não nulo –, ou seja, não produz efeitos ao credor requerente. Assim, pode-se penhorar os bens desviados para garantir a execução contra a pessoa jurídica, sócios ou de seus administradores.

Há críticas no sentido de precisar um incidente prévio com contraditório para que possa aplicar a desconsideração sob o argumento de que a duração do procedimento faz com que dê tempo para que haja o esvaziamento patrimonial dos novos responsáveis. Porém, Theodoro Jr. entende que não é assim, pois o exequente possui a tutela de urgência para se proteger das fraudes, além de possuir a presunção de fraude mencionada anteriormente que está prevista no artigo 137²⁴. Nesse sentido, o autor destaca:

Com efeito, demonstrado o risco concreto de desvio de bens, seguido da temida insolvência dos codevedores, o exequente terá, ainda, a seu alcance a proteção cautelar genérica, que, no caso de execução, pode ser pleiteada cumulativamente na própria petição inicial, desde que se aponte, objetivamente, o motivo que justifique seu pedido.²⁵

²⁴ THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1. 59ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 414.

²⁵ *Ibidem*. p. 414.

Portanto, é possível rebaterem-se as críticas de que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica possibilita que haja desvios patrimoniais em fraude dos direitos dos credores devido ao seu procedimento.

2.2.5 *Amicus Curiae*

Por fim, temos o instituto do *amicus curiae*, também denominado de amigo da corte, que é conhecido pela doutrina majoritária como um auxiliar do juízo em causas de relevância social, repercussão geral, ou cujo objeto seja bastante específico, de modo que o magistrado necessite de apoio técnico.²⁶

O art. 138 do CPC estabelece que o juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias de sua intimação.

Desta forma, esse terceiro, em sua atuação, não tem um interesse jurídico propriamente dito, mas tem o objetivo de auxiliar o juiz. Ainda sobre essa perspectiva conceitual tem-se:

O *amicus curiae* é o amigo da corte, que atua em benefício da jurisdição, colaborando com a Justiça, pontualmente participando do processo, por ter sido convocado pelo magistrado ou pelo fato de este ter acolhido requerimento formulado pela(s) parte(s) para auxiliar o julgador na compreensão dos fatos controvertidos, facilitando a solução do conflito de interesses.²⁷

²⁶ THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. Vol. 1. 59ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 404.

²⁷ MISAEL, Montenegro Filho. **Processo civil sintetizado**. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Forense, 2018. p. 43.

Em outras palavras, o terceiro que intervém no processo na condição de *amicus curiae* não atua em defesa de um indivíduo, como ocorre na assistência, mas atua em prol de um interesse que pode não ser titularizado por alguém, desempenhando uma função importantíssima que é a de melhorar o debate processual, contribuindo para uma decisão justa e fundamentada.

No que diz respeito ao procedimento, pode se dizer que a intervenção do *amicus curiae* poderá se dar por iniciativa do juiz ou relator de ofício, ou ainda poderá ser requerida pelas partes, ou pelo próprio amigo do tribunal, e deverá cumprir os requisitos presentes no art. 138, *caput*, CPC.

Esse terceiro, que atuará na condição de *amicus curiae*, poderá ser tanto pessoa natural (física), pessoa jurídica, órgão ou entidade especializada com representatividade adequada, ingressando nos autos no prazo de 15 (quinze) dias a contar de sua intimação.

É importante ressaltar que esses sujeitos elencados devem ter conhecimento notório e específico sobre a matéria objeto da lide, propiciando assim ao juiz informações relevantes para uma melhor decisão ao caso concreto²⁸.

Considerando que a legislação processual civil não previu limitação ao ingresso do *amicus curiae*, poderia-se argumentar que, a princípio, sua atuação estaria autorizada a se dar a qualquer tempo, desde que seja oportuna e pertinente a intervenção desse instituto.

Contudo, pondera Humberto Theodoro Júnior que “[...] é intuitivo que sua manifestação somente é cabível no processo de conhecimento, mesmo porque, a atuação do *amicus curiae*, como intervenção de terceiro, é voltada, naturalmente, para

²⁸ THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. Vol. 1. 59ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 411.

*contribuir para o proferimento de melhor julgamento a causa. Assim, não há lugar para sua participação nos processos executivos, que não se destinam a julgar a lide”.*²⁹

Tal conclusão do referido processualista parte do pressuposto que, na realidade, a função do amigo do tribunal é justamente prestar informações e dados técnicos acerca da sua especialidade, que serão importantes para a solução daquele caso.

Embora intimado a ingressar na lide em 15 dias, caso o amigo da corte não o faça, a interpretação do art. 138 do CPC indica que não há preclusão uma vez que sua função é meramente colaborativa.

Ainda, estabelece o parágrafo 2º do citado dispositivo legal que cabe ao juiz ou relator definir os poderes do *amicus curiae*, fazendo-o na própria decisão que solicita ou admite a intervenção. Para tanto, o julgador precisa considerar a função e a adequação de sua representatividade, de modo que os poderes serão definidos de acordo com o caso concreto

Consoante já antecipado, embora o Código de Processo Civil não estabeleça o momento em que pode se processar essa modalidade de intervenção de terceiros, fato é que seu ingresso na lide deve respeitar o contraditório.

Para Cassio Scarpinella Bueno, o ingresso do amigo do tribunal deve ocorrer até o julgamento das ações, sendo que, quando o processo tramita nos tribunais, o ingresso do terceiro encerra-se no momento em que os autos foram incluídos em pauta de julgamento³⁰. O STF inclusive permite que haja sustentação oral, bem como apresentação de informações e memoriais nos autos³¹.

²⁹ *Idem. Ibidem.*

³⁰ Apud THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1. 57ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 413.

³¹ THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1. 59ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 422.

Ainda sobre as ações sujeitas à essa intervenção de terceiros, considerando sua finalidade consultiva, conclui-se que a legislação não criou qualquer empecilho, podendo se dar em qualquer tipo de procedimento.

Partindo desta premissa, pode-se pressupor inclusive o ingresso do amigo da corte em procedimentos executivos, bem como em cumprimentos de obrigações de fazer e não fazer, tendo em vista que em casos complexos, a sua atuação pode ser relevante e importante para melhor resolver a demanda.

No que tange à possibilidade recursal, o §1º do art. 138, CPC é expresso ao vedar a interposição de recursos pelo amigo da corte, salvo a interposição de embargos de declaração. Excepcionam-se, entretanto, as demandas repetitivas, casos em que se autorizou o apelo do *amicus curiae*, a teor do §3º. do citado dispositivo processual.

Cuidou ainda a legislação processual civil de impedir o deslocamento de competência em razão da intervenção do amigo da corte. Em outras palavras, se o terceiro for ente da administração pública federal, não haverá o deslocamento para a Justiça Federal, sendo que isso ocorre justamente porque o interveniente não é parte do processo.

Sobre a representação do interveniente, tem-se que quando feita de forma espontânea, necessita-se da regular representação processual, através de advogado; mas quando a iniciativa for do órgão judicial, na qual o próprio julgador busca contribuição técnica para decidir, não tem como sujeitar à representação para que faça a manifestação pedida pelo juízo.

Por fim, no que tange ao pagamento de custas, despesas e honorários processuais, entende-se que como o *amicus curiae* cumpre a função de colaborador, este não precisa arcar com tais ônus. Isso não impede, entretanto, eventual aplicação das penas de litigância de má-fé, consoante aplicação dos arts. 79 e 80 do CPC.

3 A INTERVENÇÃO DE TERCEIROS NO PROCESSO DO TRABALHO

Uma vez revisitadas as modalidades de intervenção de terceiros no ordenamento processual comum, cumpre-se ainda analisar sua aplicabilidade na seara especializada do direito processual do trabalho.

À semelhança do que ocorre no processo civil, as lides trabalhistas também se compõem de uma relação jurídica normalmente estabelecida entre autor e réu, ainda que estes recebam outra nomenclatura pela Consolidação das Leis do Trabalho - qual seja, reclamante e reclamado.

Por vezes, entretanto, pode ocorrer de terceiros intervirem em processos de natureza trabalhista, conforme bem leciona César Reinaldo O. Basile, ao afirmar que: *“Além das partes, terão legitimidade para recorrer, no âmbito trabalhista, os terceiros cuja intervenção no processo fora deferida (tais como assistentes, chamados ao processo etc.)”*.³²

Entretanto, diferentemente do CPC, que previu expressamente a possibilidade de terceiros intervirem em processos judiciais, a CLT ficou-se praticamente silente sobre o tema³³, abrindo-se flanco de intensas discussões jurisprudenciais e doutrinárias a respeito da possibilidade de aplicação subsidiária do processo comum ao processo laboral.

³² BASILE, César Reinaldo Offa. **Processo do Trabalho: recursos trabalhistas, execução trabalhista e ações de rito especial**. – 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 26.

³³ A única menção trazida pela CLT sobre a possibilidade de um terceiro intervir em uma ação trabalhista consta do art. 486, §1º., que trata da paralisação temporária ou definitiva do trabalho, motivada por ato de autoridade municipal, estadual ou federal, ou pela promulgação de norma legal que impossibilite a continuação da atividade. Neste caso, se o empregador alegar em sua defesa que a paralisação da atividade empresarial decorreu desta situação, o magistrado trabalhista notificará a pessoa de direito público apontada como responsável, para que ela, em 30 dias, alegue o que entender direito e passando a figurar no processo como chamada à autoria.

A adoção de regras oriundas do processo civil ao processo do trabalho revela-se um dos temas mais pulsantes e atuais deste ramo especializado, notadamente após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, o qual previu expressamente sua adoção, em caráter supletivo e subsidiário, às normas processuais trabalhistas, consoante literalidade do art. 15 do CPC: *“Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”*.

Mesmo sob a égide dos Códigos de Processo Civil anteriores (1939 e 1973), ao uso do processo comum, em caráter subsidiário, já estava expressamente autorizado pelo próprio texto celetário, cujo art. 769 da CLT dispõe: *“Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”*.

Se de um lado a existência de lacuna normativa é evidente, autorizando, em tese, a invocação de institutos oriundos do processo comum, o atendimento ao segundo requisito previsto no citado dispositivo legal trabalhista – **compatibilidade** – já não é tão evidente.

A intervenção de um terceiro em uma ação trabalhista pode ensejar discussões sobre eventuais prejuízos aos princípios da celeridade e da simplicidade, que são as molas propulsoras do direito processual do trabalho.

Partindo desta premissa, tanto doutrina quanto jurisprudência trabalhistas foram refratárias por décadas a respeito deste instituto. Exemplo desta conduta poderia ser observado no próprio Tribunal Superior do Trabalho, o qual possuía entendimento consolidado pelo não cabimento de denunciação da lide no processo do trabalho, pois tal instituto oriundo do processo comum era incompatível com o processo do trabalho.

Tal posicionamento constava da Orientação Jurisprudencial 227 da Seção de Dissídios Individuais I do TST, a qual fora cancelada no ano de 2005:

**1 - Orientação Jurisprudencial 227/TST-SDI-I - 20/06/2001.
Denúnciação da lide. Processo do trabalho. Incompatibilidade.
CPC/1973, art. 70 (cancelada DJ 22/11/2005).**

Por outro lado, o próprio TST permita a adoção de assistência simples nas ações trabalhistas, o que deixava evidente quão controvertida era a aplicação da intervenção de terceiros no processo do trabalho, senão vejamos:

Súmula n. 82 do TST

ASSISTÊNCIA (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

A intervenção assistencial, simples ou adesiva, só é admissível se demonstrado o interesse jurídico e não o meramente econômico.

Portanto, há no direito processual do trabalho uma problemática a ser enfrentada sobre o cabimento da intervenção de terceiro nas reclamações trabalhistas, como bem sinaliza Carlos Henrique Bezerra Leite:

Amauri Mascaro Nascimento, em artigo doutrinário, já destacava que as figuras de intervenção de terceiros, previstas no Código de Processo Civil de 1973, “não resolvem uma necessidade do processo trabalhista: a integração de terceiro apontado pelo reclamado na defesa como empregador”. Frisa esse autor, portanto, que o Direito Processual do Trabalho precisa de uma figura própria, [...].³⁴

O mesmo ponto nevrálgico também é apontado por Leone Pereira, lembrando que, “além de termos que enfrentar a mesma problemática, o grande desafio é

³⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **CPC – Repercussões no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 110.

estudarmos o cabimento ou a incompatibilidade da intervenção de terceiros na Justiça do Trabalho”³⁵.

Conforme restará demonstrado na sequência do presente estudo, a jurisprudência pátria ainda é muito volátil sobre o tema, especialmente se considerarmos que a intervenção de terceiros passou a ser discutida com mais frequência no processo do trabalho apenas nos últimos anos, notadamente após a ampliação da competência material da Justiça do Trabalho, trazida pela Emenda Constitucional 45/2004.

Isso porque a referida emenda constitucional alterou a redação do art. 114 da Carta Magna, deslocando matérias que antes eram discutidas na Justiça Comum (estadual e federal) para a Justiça Especializada.

Com a vinda destas novas demandas, as quais antes se sujeitavam ao processo comum, mas com a alteração de competência material passaram tramitar na Justiça do Trabalho, mediante o rito processual trabalhista, surgiu a discussão sobre a necessidade de revisão da aplicação da intervenção de terceiros no direito processual do trabalho.

Os argumentos favoráveis à adoção da intervenção de terceiros no processo do trabalho ganharam reforço após os debates jurídicos havidos durante a I Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, realizada em Brasília no ano de 2007. Ao final deste grande evento jurídico, do qual participaram as mais diversas entidades representativas dos atores do processo do trabalho (Magistratura, Advocacia e Ministério Público do Trabalho), suas conclusões foram consolidadas em enunciados temáticos, dentre os quais o Enunciado 68, *in verbis*³⁶:

Enunciado 68 – INTERVENÇÃO DE TERCEIROS.

³⁵ PEREIRA, Leone. **Manual de Processo do Trabalho**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 391.

³⁶ www.anamatra.org.br – acessado em 29.05.2019

I – Admissibilidade da intervenção de terceiros nos processos submetidos à jurisdição da Justiça do Trabalho.

II – Nos processos que envolvem crédito de natureza privilegiada, a compatibilidade da intervenção de terceiros está subordinada ao interesse do autor, delimitado pela utilidade do provimento final.

III – Admitida a denúncia da lide, é possível à decisão judicial estabelecer a condenação do denunciado como co-responsável.

O Tribunal Superior do Trabalho também contribuiu para o retorno da discussão sobre o cabimento da intervenção de terceiros no processo do trabalho ao cancelar a já citada OJ 227 da SDI-1 no ano de 2005, ou seja, posteriormente à ampliação de competência material da Justiça do Trabalho (EC 45/2004).

A partir de então, observa-se uma jurisprudência fragmentada nos Tribunais Trabalhistas, não havendo, até o momento, sinalização de pacificação do tema por parte do Tribunal Superior do Trabalho.

Em verdade, o estudo da jurisprudência pátria demonstra que a aceitação ou não da intervenção de terceiros no processo do trabalho tem sido realizada conforme o caso concreto apresentado em juízo.

Explicando melhor: quando restar demonstrado que a intervenção de terceiros poderá contribuir para a solução da lide, trazendo maior segurança ao credor trabalhista, por exemplo, vem se permitindo a atuação do terceiro.

Por outro lado, quando a vinda de um interveniente atende apenas ao interesse do réu, e se o atendimento a esse interesse for trazer complexidade, demora ou qualquer outro prejuízo processual ao credor trabalhista, a sua adoção tem sido rechaçada.

Este parâmetro inclusive já constava expressado no citado Enunciado 68 da I Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, ao estabelecer que “II – Nos processos que envolvem crédito de natureza privilegiada, a compatibilidade da

intervenção de terceiros está subordinada ao interesse do autor, delimitado pela utilidade do provimento final.”

Esclarecida a polêmica sobre a (in)aplicabilidade da intervenção de terceiros no processo do trabalho, passa-se à análise de suas principais possibilidades concretas de adoção.

3.1 Assistência

Dentre todas as modalidades de intervenção de terceiros, a assistência é a mais aceita no processo do trabalho, inclusive sendo objeto de matéria já sumulada pelo Tribunal Superior do Trabalho – Súmula 82.

A aceitação da assistência justifica-se não apenas pela omissão da Consolidação das Leis do Trabalho a respeito, mas também porque sua compatibilidade com os princípios processuais trabalhistas é mais evidente, já que normalmente ela se traduz na presença do sindicato em juízo para assistir o empregado,³⁷ ou ainda na vinda de um sócio ou de empresa componente de grupo econômico, os quais já poderiam ser responsabilizados de qualquer modo por eventual inadimplemento do real empregador.

Para melhor compreender a utilidade da assistência no direito processual do trabalho, Leone Pereira traz os seguintes exemplos: i) sócio que ingressa nos autos como assistente da empresa; ii) empresa pertencente a grupo econômico que ingressa nos autos como assistente de outra empresa do mesmo grupo; e iii) empregado que ingressa nos autos como assistente do sindicato, que atua na qualidade de substituto processual³⁸.

Em todas essas situações concretas, observa-se que a vinda de um assistente pode contribuir para a adequada solução da lide, de modo que se utilizam os

³⁷ ALMEIDA, Amador Paes de. Curso prático de processo do trabalho. p. 131.

³⁸ PEREIRA, Leone. **Manual de Processo do Trabalho**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 408.

dispositivos legais oriundos do processo comum, e já analisados anteriormente no presente estudo.

Em conclusão, tem-se que possível a adoção da modalidade de assistência como intervenção de terceiro no processo do trabalho.

3.2 Denúnciação da Lide

A aplicabilidade da denúnciação da lide no processo do trabalho já não é tão evidente quanto à assistência, mesmo após o cancelamento da já citada OJ 227 da SDI-1 do TST.

Primeiramente, porque embora tenha havido o cancelamento da orientação da impedia a sua adoção, não foi fixada uma jurisprudência pacífica de aceitação em seu lugar, de modo que o tema continua no “limbo jurídico”.

Paes de Almeida sustenta que a permissão para que um terceiro seja denunciado à lide em ação trabalhista resta mais evidente após a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, ante a inequívoca ampliação da competência material da Justiça do Trabalho. Sob esse ponto de vista é o seguinte argumento:

É de ressaltar, porém, que a Emenda Constitucional n. 45/2004, ampliando sensivelmente a competência material da Justiça do Trabalho, altera profundamente esse quadro, tornando absolutamente passível a denúnciação da lide naquelas relações de trabalho que envolvam obrigação de indenização em ação regressiva.³⁹

Leone Pereira⁴⁰ compartilha dessa premissa, afirmando que a denúnciação da lide é compatível com o processo do trabalho, mas esclarece que na hipótese de encurtamento do exercício do direito de regresso é que seria viável sua adoção na

³⁹ ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso prático de processo do trabalho**. 24. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 136.

⁴⁰ PEREIRA, Leone. **Manual de Processo do Trabalho**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 421.

Justiça do Trabalho. O referido o autor traz os seguintes exemplos em que pode ocorrer a denunciação da lide:

i) o empregado ingressa com reclamação trabalhista em face da empresa sucessora, e esta denúncia da lide a empresa sucedida; ii) o empregado ou a viúva ingressa com ação de indenização por danos materiais ou morais decorrentes de acidente de trabalho em face do empregador, e este denuncia da lide a seguradora; [...] ⁴¹.

A permissão para a denunciação da lide ainda possui outro entrave no processo do trabalho: a exigência de que o juiz do trabalho seja competente para conhecer das duas relações jurídicas que se apresentam. Ou seja, tanto a relação entre reclamante e reclamado tem que estar entre as matérias elencadas pelo art. 114 da Constituição Federal, quando a relação entre o reclamado e o denunciado.

Tal condição resta bem evidenciada pelos recorrentes posicionamentos do Tribunal Superior do Trabalho a respeito do tema, como se observa pelos arestos a seguir apresentados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. REGIDO PELA LEI 13.015/2014. 1. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. ANÁLISE DO CABIMENTO À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E DA ECONOMIA PROCESSUAL E, SOBRETUDO, DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. A partir da Emenda Constitucional 45/2004, esta Corte Superior passou a considerar possível a aplicação da denunciação da lide no processo do trabalho e cancelou a Orientação Jurisprudencial 227 da SBDI-1. No entanto, a aplicação do referido instituto exige a análise do caso concreto para que não haja vulneração dos princípios basilares da celeridade e economia processual. **Exige, ainda, que esta Justiça Especializada seja competente também para julgar eventual controvérsia originária da relação jurídica**

⁴¹ PEREIRA, Leone. **Manual de Processo do Trabalho**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 421.

entre o denunciante e o denunciado. No caso, a discussão a respeito do direito de regresso que eventualmente exista entre as Reclamadas e o suposto agente causador do acidente de trânsito que vitimou o trabalhador e a empresa proprietária do veículo por ele conduzido não se insere na competência da Justiça do Trabalho, o que torna inviável o processamento do recurso de revista quanto à denunciação da lide. Julgados do TST. [...] (ARR - 20679-21.2015.5.04.0305, Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 10/04/2019, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/04/2019). – Sem grifos no original

II - RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. DENUNCIÇÃO À LIDE. Embora tenha sido cancelada a Orientação Jurisprudencial 227 da SBDI-1 do TST, que vedava a denunciação da lide no processo do trabalho, o cabimento do instituto deve ser analisado caso a caso, à luz da competência desta Justiça Especializada para dirimir a controvérsia entre denunciante e denunciado e dos princípios que norteiam o Processo do Trabalho. **No caso, a questão da responsabilidade da empresa causadora do acidente, alheia à relação de emprego, é de natureza eminentemente civil, não sendo da competência desta justiça especializada,** nos termos da jurisprudência desta Corte. Logo, não há violação do art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal. Recurso de revista não conhecido. (...). (RR - 12651-69.2013.5.18.0103 Data de Julgamento: 13/02/2019, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/02/2019). – sem grifos no original

Em ambos os casos concretos, tanto a sua 5ª. quanto a sua 3ª Turmas rejeitaram a denunciação da lide sob o argumento de que o liame jurídico havido entre o denunciante e o denunciado era estranho à competência material da Justiça do Trabalho.

Idêntico fundamento tem sido utilizado por diversos Tribunais Regionais do Trabalho, a exemplo do TRT da 12ª. Região, para rejeitar a aplicabilidade da

denúncia da lide à seguradora, nas ações de indenizações decorrentes de acidente ou doença ocupacional. Sustenta-se que a Justiça do Trabalho não possui competência material para analisar a relação jurídica entre a empresa empregadora e a seguradora, vejamos:

ACIDENTE DE TRABALHO. DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO
O quantum devido a título reparatório do dano moral deve considerar a capacidade financeira do causador e da vítima, a gravidade da lesão e o caráter pedagógico da condenação.[...] Inteiro Teor: modo, por força do disposto no art. 114 da Constituição da República, não há falar em reforma da sentença. Cito, por fim, recente precedente do TST acerca do tema: (...) **DENÚNCIAÇÃO À LIDE - SEGURADORA - ACIDENTE DE TRABALHO - IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO - CONTRATO DE NATUREZA CIVIL - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Não obstante o cancelamento da Orientação Jurisprudencial nº 227 da SBDI-1 desta Corte, prevalece o entendimento no sentido de que a denúncia da lide somente é compatível no processo trabalhista nas hipóteses afetas à competência desta Justiça Especial**, considerando-se que as matérias em debate envolvem créditos de natureza alimentar. No caso, não é possível concluir que a relação jurídica que surgiria com a denúncia da lide estaria abrangida pela competência desta.⁴²

Este posicionamento restritivo tem se sobreposto ao entendimento anteriormente firmado no Enunciado 68 da I Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, o qual permitiria inclusive a condenação direta do co-responsável, como constava do seu item II: *“III – Admitida a denúncia da lide, é possível à decisão judicial estabelecer a condenação do denunciado como co-responsável.”*

⁴²In:<http://www.trt12.jus.br/busca/acordaos/browse?q=denuncia%C3%A7%C3%A3o+da+lide&from=&to=&fq=>.

De qualquer modo, ainda que se entenda que possível a denunciação da lide no processo do trabalho, seu uso estaria limitado à hipótese prevista no inciso II do art. 125 do CPC, posto que o disposto no inciso I – evicção – nitidamente não possui vinculação com as matérias passíveis de discussão perante a Justiça do Trabalho.

Considerando, por fim, que ainda não houve a edição de nenhuma súmula ou orientação jurisprudencial sobre o tema, persiste a enorme polêmica sobre a possibilidade ou não de denunciação da lide no processo do trabalho.

3.3 Chamamento ao processo

Assim como no processo civil, o chamamento ao processo é uma modalidade de intervenção que tem exclusiva utilização pelo réu.

Contudo, justamente pela limitação das matérias afetas à Justiça Especializada, pode-se cogitar da sua aplicação apenas no que tange aos devedores solidários – inciso III do art. 130 do CPC, restando prejudicadas as hipóteses previstas nos incisos I (afiançado) e II (demais fiadores).

Um exemplo de chamamento ao processo trazido pelo autor Leone Pereira⁴³ é o caso do empregado que ingressa com reclamação trabalhista em face de uma empresa pertencente a um grupo econômico, e este chama ao processo as demais empresas pertencentes ao grupo; e também o caso do empregado ingressar com reclamação trabalhista em face do empreiteiro principal, e este chama ao processo o subempreiteiro.

Embora não tão corriqueiros os processos trabalhistas em que se discuta o chamamento ao processo, a jurisprudência pátria vem admitindo o seu uso, desde que efetivamente esteja-se diante das hipótese de devedor solidário:

⁴³ PEREIRA, Leone. **Manual de Processo do Trabalho**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 424.

CHAMAMENTO AO PROCESSO. INCOMPATIBILIDADE COM O PROCESSO DO TRABALHO. PROCESSO EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, EM FACE DO CHAMADO. **O chamamento ao processo só tem aplicação quando houver responsabilidade solidária entre aquele que chama e o chamado**, na hipótese de ter sido a lide proposta perante apenas um deles, e serve a decidir a relação entre chamante e chamado, para o que sequer é competente esta Especializada. Recurso patronal não provido. (Recurso Ordinário 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região) – sem grifos no original

Uma vez admitida, tal modalidade de intervenção de terceiros pode bem atender ao interesse tanto do credor, que passa a ter mais um devedor como corresponsável no processo, quanto ao devedor originário, o qual pode compartilhar a responsabilidade pelo adimplemento.

3.4 Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica

Outro tema que atualmente vem sendo muito discutido no processo do trabalho diz respeito à adoção do incidente de desconsideração de personalidade jurídica, notadamente em razão da agora expressa menção a ele na Consolidação das Leis do Trabalho após a denominada “Reforma Trabalhista” – Lei 13.467/2017.

A desconsideração da personalidade jurídica do empregador há muitos anos era um tema bastante conhecido da doutrina e jurisprudência trabalhistas, e estava presente no dia-a-dia dos operadores do processo do trabalho.

O tema, contudo, voltou a ser palco de intenso debate após a inclusão do art. 855-A da CLT, com o seguinte texto: “Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil”.

A justificativa apresentada pelo legislador reformista foi de trazer maior segurança e padronização na adoção da desconsideração nos casos concretos, visto

que anteriormente a afetação do patrimônio pessoal dos réus era realizada, em grande medida, ao arbítrio do magistrado em cada caso concreto, ante a inexistência de disciplina legal específica.

Parte da doutrina, a exemplo de Rodolfo Carlos Neto e Gleice Domingues de Souza, entendem que se trata de mais um avanço apto a tentar reduzir a insegurança jurídica havida até então, pois a reforma trabalhista incluiu o artigo 855-A, que impõe a necessidade de interposição de incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nos termos da legislação processual civil (artigos 133 a 137 do NCPC), quando não atingidos os bens da empresa em eventual execução⁴⁴.

Por outro lado, existem fortes críticas à alteração legislativa, argumentando que a necessidade de instauração do incidente tornou mais complexa a responsabilização dos sócios, contrariando os princípios básicos aplicáveis ao processo do trabalho, como da celeridade, simplicidade das formas e proteção ao trabalhador. Além disso, desconsiderou a construção jurisprudencial de décadas realizada pelos Tribunais trabalhistas do país. Neste sentido, argumenta André Gonçalves Zipperer:

O legislador da reforma deixou de lado a rica construção jurisprudencial trabalhista sobre o tema, preferindo trazer a totalidade do texto do Processo Civil para dentro da CLT sem se preocupar também com o tratamento do direito material.⁴⁵

Não é objeto do presente estudo aprofundar-se nessa discussão, pois isso por si só já exigiria outra pesquisa jurídica autônoma, mas apenas cita-se tais controvérsias para que se possa compreender adequadamente o tema.

⁴⁴ NETO, Rodolfo Carlos W.; SOUZA, Gleice Domingues de;. **Reforma trabalhista** [livro eletrônico]: impacto no cotidiano das empresas. São Paulo: Trevisan Editora, 2018.

⁴⁵ ZIPPERER, André Gonçalves. A desconsideração da personalidade jurídica de acordo com a Lei 13.467/2017 – Reforma Trabalhista. **Reforma Trabalhista Ponto a Ponto. Estudos em Homenagem ao Professor Luiz Eduardo Gunther**. São Paulo: LTr, 2018. p. 353.

O novo regramento jurídico vem sendo aplicado com certa tranquilidade pela jurisprudência pátria, como se observa da seguinte decisão proferida pela 12ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, que acolheu tal modalidade para que o sócio retirante respondesse pelas obrigações trabalhistas, *in verbis*:

AGRAVO DE PETIÇÃO. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO EM FACE DE SÓCIO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA. POSSIBILIDADE. Com o advento do Novo Código de Processo Civil instituído pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que passou a vigorar em 17/3/2016, a constrição de bens do sócio exige a instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica em que seja franqueada a ampla defesa aos réus nos termos dos artigos 133 a 137. Essa exigência foi reforçada pela Lei nº 13.467/2017 que introduziu no âmbito do processo trabalhista o art. 855-A da CLT que estabelece expressamente a exigência de se observar o incidente previsto nos artigos 133 a 137 do CPC. O sócio retirante responde pelas obrigações trabalhistas da sociedade relativas ao período no qual figurou como sócio somente em ações ajuizadas até 2 anos depois de averbada a modificação do contrato, conforme o art. 10-A da CLT c/c artigos 1.003 e 1.032 do Código Civil.⁴⁶

Fato é que o recém incluído art. 855-A da CLT procurou inclusive disciplinar como se processaria tal incidente oriundo do processo comum, procurando adequá-los às peculiaridades do processo do trabalho, notadamente no que tange aos aspectos recursais.

Esclareceu-se que a decisão que acolhe ou rejeita o incidente terá natureza interlocutória (§1º. do art. 855-A CLT). Portanto, caso tenha sido proferida na fase de cognição, não comportará qualquer recurso de imediato, ante a regra da

⁴⁶ In: <http://search.trtsp.jus.br/EasySearchFrontEnd/AcordaosEletronicosEmentados.jsp>.

irrecorribilidade imediata de decisão interlocutória estabelecida no art. 893, §1º. Da CLT.

Contudo, se o incidente foi requerido já em execução, a decisão que dele apreciou comporta agravo de petição, ainda que o juízo não tenha sido garantido pelo devedor. Trata-se de uma inovação ao modelo recursal de execução trabalhista, visto que em regra o agravo de petição pressupõe a anterior garantia do juízo pelo devedor.

Ainda estabeleceu a legislação celetária reformada que se o incidente tiver sido instaurado originalmente no tribunal, da decisão que o admite ou rejeita caberá agravo interno.

Por fim, uma vez instaurado o incidente de descon sideração da personalidade jurídica, o processo ficará suspenso, ainda que possa ser manejada uma tutela de urgência de natureza cautelar, caso satisfeitos os requisitos do art. 301 do CPC.

3.5 *Amicus Curiae*

Embora a legislação processual trabalhista também seja omissa a respeito desta modalidade de intervenção de terceiros, a jurisprudência jus laboralista rapidamente acolheu sua aplicação nas ações em trâmite na Justiça do Trabalho.

O fundamento de compatibilidade revela-se na finalidade do próprio instituto, pois ao contribuir com o julgador, assegura-se um processo mais democrático e colaborativo. Neste sentido, são esclarecedoras as lições de Louise Moura Ribeiro:

A Lei nº 13.105/2015, como visto alhures, levou a normatização do instituto do *amicus curiae* ao processo do trabalho, com tal nomenclatura, através da integração supletiva e subsidiária implantada pelo artigo 15. “Parece-nos que o *amicus curiae* poderá ser admitido no processo do trabalho, tendo em vista

a lacuna do processo do trabalho e a ausência de incompatibilidade com a sua principiologia (CLT, art. 769; NCP, art. 15).⁴⁷

A presença do *amicus curiae* pode ser verificada nos mais diversos Regionais do país, a exemplo do TRT da 2ª Região:

ACORDAM os Ministros do Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho: I) por maioria, **acolher a manifestação, como amicus curiae, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**, em parecer juntado aos autos e nas contrarrazões aos embargos de declaração opostos, e acolher, parcialmente, os embargos de declaração opostos pelo Município de Gravataí, pela União, pelo SINDIENERGIA, pelo Conselho Federal da OAB, pela FIEAC e pela CNI, para, atribuindo efeito modificativo ao julgado, no que toca aos efeitos produzidos pela decisão que acolheu a inconstitucionalidade, fixá-los a partir de 25 de março de 2015, coincidindo com a data estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, além de prestar os esclarecimentos contidos na fundamentação; II) à unanimidade, rejeitar os demais embargos de declaração; à unanimidade, em face da liminar concedida pelo Exmo. Ministro do STF, Dias Tóffoli, excluir a determinação contida na decisão embargada, para reedição da Tabela Única de cálculo de débitos trabalhistas, a fim de que fosse adotado o índice questionado (IPCA-E); IV) à unanimidade, retificar a autuação pra incluir os assistentes simples admitidos na lide e excluir a 7ª Turma do TST do rol de embargados. (Processo: ED-ArgInc - 479-60.2011.5.04.0231 Data de Julgamento: 20/03/2017, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DEJT 30/06/2017).

A Ordem dos Advogados do Brasil é uma das entidades de classe que mais frequentemente participam de ações na condição de amigo da corte.

⁴⁷ RIBEIRO, Louise Moura. **O instituto do Amicus Curiae no Processo do Trabalho: uma análise acerca da inovação trazida pelo código de processo civil**. vol. 20, pp 375-424. Salvador: Revista do CEPEJ, 2017. p. 406, 407.

CONCLUSÃO

O instituto da intervenção de terceiros encontra-se atualmente regulado pelo Livro III, Título III do Código de Processo Civil de 2015, tendo apresentado algumas alterações em relação à sistemática constante do código revogado, especialmente considerando o deslocamento da nomeação à autora (antes intervenção de terceiros e agora preliminar de contestação) e da oposição (art. 682 do CPC).

A legislação processual trabalhista mostra-se praticamente omissa quanto ao tema, à exceção de uma breve menção no art. 486 da CLT e, agora, com a recente introdução do art. 855-A da CLT, trazido com a Lei 13.467/2017 – também denominada de Reforma Trabalhista.

Tal ausência de regramento específico fez surgir diversos questionamentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito da possibilidade de adoção supletiva e subsidiária das modalidades de intervenção de terceiros nas ações em trâmite na Justiça do Trabalho.

Ao longo do presente estudo, verificou-se a importância da aplicação dessas modalidades processuais na seara trabalhista, uma vez que com o seu uso, pode-se contar com um instrumento de economia processual e uniformização das decisões, evitando o ajuizamento de ações autônomas que poderiam ser resolvidas de forma cumulada.

Como todo instituto oriundo do direito processual comum, a sua adoção na seara trabalhista exige adaptações, a fim de atender aos princípios próprios deste ramo processual especializado.

A jurisprudência encontra-se ainda em construção, mas já há contornos bem delineados sobre o tema, como, por exemplo, a necessidade de analisar o caso

concreto para o magistrado então decidir se deve ou não aplicar aquele instituto, já que este deve beneficiar o processo.

Deste modo, conclui-se que, bem aplicado e ajustando-se às peculiaridades do processo do trabalho, o manejo das modalidades de intervenção de terceiros nas ações trabalhistas podem contribuir para a condução de um processo mais colaborativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso prático de processo do trabalho**. 24. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis de Trabalho**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 21 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 21 mar. 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: volume único. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **CPC – Repercussões no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PEREIRA, Leone. **Manual de Processo do Trabalho**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RIBEIRO, Louise Moura. **O instituto do Amicus Curiae no Processo do Trabalho: uma análise acerca da inovação trazida pelo código de processo civil**. vol. 20, pp 375-424. Salvador: Revista do CEPEJ, 2017.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. Vol. 1. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 59ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ZIPPERER, André Gonçalves. A desconsideração da personalidade jurídica de acordo com a Lei 13.467/2017 – Reforma Trabalhista. **Reforma Trabalhista Ponto a Ponto. Estudos em Homenagem ao Professor Luiz Eduardo Gunther**. São Paulo: LTr, 2018.

**O JOGO COMO MÉTODO ATIVO DE APRENDIZAGEM DO DIREITO
PROCESSUAL CIVIL**

*THE GAME AS AN ACTIVE METHOD FOR LEARNING LAW CIVIL
PROCEDURE*

Fernando SCHUMAK MELO¹

RESUMO

O engajamento estudantil é de longe o mais complicado componente à aplicação bem-sucedida do aprendizado ativo. Obter este engajamento em matérias mais pesadas, aparentemente mais pragmáticas e menos flexíveis à formulação de atividades diferenciadas de ensino exigem um professor ainda mais criativo e disposto. O presente trabalho traz alguns modelos de jogos capazes de obter tal engajamento dos alunos envolvendo-os de modo leve e divertido nos temas mais densos do Processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE: Aprendizado ativo. Gameficação. Processo Civil.

ABSTRACT

Student engagement is by far the most complicated component to the successful application of active learning. Obtaining this engagement in heavier, seemingly more pragmatic, and less flexible disciplines to formulate differentiated teaching activities require a even more creativity and willing teacher. The present work brings some

¹ Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/PR. Professor de Processo Civil e Direito e Políticas Públicas da FAE - Centro Universitário. Membro da Associação Brasileira de Ciência Política - ABCP e da Associação Brasileira de Lawtech e Legaltechs - AB2L.

models of games capable of obtaining such engagement of students leading them in a light and fun way through the most dense subjects of the Civil Procedure.

KEYWORDS: Active learning. Gamefication. Civil procedure.

INTRODUÇÃO

Intuições Superiores de Ensino comungam de mesmos desejos e mesmas mazelas com relação ao ensino. Déficit de formação secundária, inadimplência, mas, se considerarmos a principal função das IES como sendo o ensino, o problema central é a falta de engajamento e a má formação dos seus alunos. Mesmo diante desse cenário, várias instituições têm somado esforços para promover um ensino transformador, focado em metodologias e estratégias de ensino que estimulem motivação em seus professores e alunos. Nesse sentido, foi criado Consórcio STHEM Brasil, que congrega aproximadamente 50 IES no Brasil preocupadas com a capacitação docente para a promoção de um ensino de excelência. O presente texto bem como os modelos de jogos nele apresentados surgiram após as atividades desenvolvidas na 5ª Formação de Professores do Consórcio STHEM Brasil, ocorrida em 2018 na cidade de Lorena-SP. São, portanto, reflexos criativos do congresso de ensino ativo realizado e provas de seu sucesso e impacto.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Das dificuldades de implementação do aprendizado ativo nos cursos de direito

O direito, além de todas as dificuldades típicas das ciências sociais, tem outra quase que insuperável: ele não se destina a resolver problemas. Como assim? Explica-se. Por mais paradoxal que possa parecer, o direito investiga problemas sociais, condutas sociais, e, grosso modo, ou as pune, as regula, ou estimula. Assim

sendo, é de sua natureza a incapacidade de resolver problemas práticos que representem uma melhoria e um avanço de imediato impacto na sociedade. Em outras palavras, ao contrário da lâmpada, que, uma vez definido e descoberto seu mecanismo, sempre acenderá, independentemente de quem o faça, o direito é integralmente dependente de quem o pratica, seja criando, aplicando ou interpretando. É, neste ponto, o direito, a ciência de mim e do outro, é dependente dos nossos nem sempre belos interesses. São as normas positivas estabelecidas de maiorias e minorias, corretoras de injustiças e geradoras de outras tantas, e, por fim, incapaz de, como a física, gerar incontestáveis leis de indiscutível aplicação e clara interpretação, ainda que desnecessária.

Essa condição intrínseca à ciência jurídica é o ponto nevrálgico da dificuldade de aplicação das aprendizagens ativas na academia. Vejam bem que dissemos dificuldade, e não impossibilidade tampouco inviabilidade, pois essa mesma condição deixa o trabalho do jurista professor mais fácil já que ele não tem a obrigação imediata de comprovar o sucesso do aprendizado ativo. Reside o trabalho mais difícil do jurista professor em não poder simplesmente aplicar as ferramentas ativas já utilizadas nas ciências criativas e exatas, e ter de desenvolver um método, empiricamente comprovado, repetidamente testado, ao longo de um recorte de tempo viável, que se comprove eficiente, ou seja, que gere aprendizagem e garanta conhecimento.

Outro ponto relevante – reparem que estamos destacando primeiramente as dificuldades – é que não se pode exigir do professor (não sem ao menos apoio institucional incondicional e pesquisa empírica embasadora) que altere sua metodologia se ela vem sendo bem avaliada e se de fato ela vem dando resultado. *“Se logras éxito en la aprendijage, siga el método que quieres!”* O que importa é a aprendizagem (JEREZ, Maio/2018, LORENA-SP).

Outro obstáculo à aplicação das metodologias ativas no direito são as formas de avaliação dos cursos em si, especialmente os exames do ENADE e da OAB, além dos concursos públicos da área jurídica, pretensão de muitos que optam pelos cursos

jurídicos. Ora, se as avaliações que determinam a quantidade de vestibulandos e também a quantidade de profissionais habilitados a trabalhar – se mal ou bem formados não importa – são tradicionais e em nada prestigiam a capacidade de solução de problemas, trabalho em equipe, etc., como seria possível conceber um curso de direito que estimule práticas não preparatórias a estes testes? Tal fato possui nexo de causalidade com o dano correspondente ao preconceito estabelecido às metodologias ativas² e isso também passa pela cultura profundamente incrustada na sociedade que considera o estudo um mero e chato passo ao sucesso financeiro, que leva os alunos à ojeriza pelo cargo de professor e asco do de pesquisador.

Para não dizer que não falamos das flores, o sistema adotado por diversas faculdades, qual seja “pay-per-pass” garante a aquisição de matéria prima de qualidade inferior que ao ingressar na universidade ganha automaticamente status de cliente, e que, por também não ter sido cultivada ativamente no “High School” sofrerá ainda mais para colaborar em sala de aula (DOURMASHKIN, Maio/2018, LORENA-SP). O tragicômico deste processo é que esta mesma matéria-prima tosca, estabelecerá, via CPA, o padrão de qualidade do produto final recebido.

A “desperiodização”, ou seja, o fato da instituição deixar o aluno escolher quase que livremente o período e as matérias, também causado pelo sistema “pay-and-go” de muitas IES, é nefasta à implementação das atividades inovadoras de ensino, pois, se o aluno não se sente pertencente nem a uma turma, como se engajará por esta mesma turma, este professor, ou por si mesmo? A desperiodização é mais similar ao EAD, que ao ensino presencial. Gera o individualismo acadêmico, que não só prejudica o indivíduo que pode começar o ano fazendo Processo Civil IV e acabar

² Insta destacar nesse ponto que, nenhum dos estudiosos do tema presentes no congresso STHEM – sobretudo os letrados de Harvard e do MIT, DR. Mur-Miranda e Dr. Dourmashkin, deu ênfase ao termo “metodologias ativas” e sim Aprendizagem ativa. Essa expressão reforça duas categorias/objetivos fundamentais à ativação do ensino: engajamento e foco central no discente.

fazendo Teoria Geral do Processo, mas também inviabiliza as monitorias, os trabalhos em grupo, enfim, toda a vida acadêmica.

A postura que, não só no direito, mas, em todas as áreas é nefasta a qualquer método docente, é aquele que demoniza o estudante, culpando-o por não estar interessado. É sabido que o perfil do estudante é variado, que ele pode ser mais ou menos rápido, pouco ou muito atento, ter mais ou menos tempo, mais ele não tem dentro de si a desmotivação. Não se pode dizer que o aluno é desmotivado, ainda que o contrário seja possível, vale dizer, a motivação pode ser intrínseca, a desmotivação, no entanto, é a incapacidade do mediador de despertar no sujeito interesse pelo objeto. Pesquisas mostram que, o modo ativo de aprendizagem, tem facilitado a vida dos professores nesse sentido, e dos alunos, claro. (MUR-MIRANDA, Maio/2018, LORENA-SP)

Mesmo diante desse cenário de dificuldades exposto, várias instituições tem somado esforços para promover um ensino transformador, focado em metodologias e estratégias de ensino que estimulem motivação em seus professores e alunos. Nesse sentido, foi criado Consórcio STHEM Brasil, que congrega aproximadamente 50 instituições de ensino superior no Brasil preocupadas com a capacitação docente para a promoção de um ensino de excelência.³

O Consórcio promove uma formação anual para professores das IES consorciadas. Em 2018, a 5ª edição do evento ocorreu na cidade de Lorena-SP, e contou com mais de 150 professores das mais diversas IES e regiões do Brasil, com cursos promovidos especialmente pelos professores da LASPAU, braço da universidade de Havard na América Latina.⁴

Destaca-se que, em grata surpresa, verificou-se diversos professores e coordenadores do curso do direito participando do evento, interessados em melhorar

³ Mais informações sobre o consórcio em <http://sthembrasil.com/o-que-e-sthem/>.

⁴ Mais informações em <https://www.laspau.harvard.edu/>.

ou diversificar o ensino jurídico em suas instituições. Ainda que em pequeno número, o direito esteve no evento, e, em conversas de bastidores não documentadas, quase que “suspirando pelas alcovas”, seus representantes em maior ou menor grau, concordam com as ideias acerca da necessidade de evolução do ensino jurídico com a inserção de novos métodos de aprendizagem.

O presente trabalho tem por objetivo expor, de maneira objetiva, a percepção de dois professores de direito sobre algumas atividades desenvolvidas na 5ª Formação de Professores do Consórcio STHM Brasil. Os docentes, ora autores, são de instituições de regiões extremas do Brasil, e a partir da troca de ideias resolveram produzir este texto, que se justifica pela necessidade de impulsionar o uso de métodos diferenciados no ensino jurídico. Dito isso, nesse exato ponto, recomenda-se que você leitor, coordenador, professor, reitor ou aluno, que considera impossível superar quaisquer das adversidades que nos prendem num ensino jurídico convencional, pare imediatamente de ler, sob pena de estar perdendo tempo. Agora, se você acredita que os desafios podem ser superados e tem uma instigante vontade de melhorar suas práticas, que acredita que o centro da aula é o aluno e não o professor, ou quer apenas conhecer as ações ativas de aprendizagem e engajamento, para poder – com propriedade e conhecimento - rechaça-las, prossiga lendo.

2.2 Do jogo e do engajamento

O jogo enquanto metodologia de ensino ativa tem suas particularidade e concepção conceitual própria. Deve ser provido de requisitos específicos para que possa ser considerado jogo e não uma metodologia ativa qualquer dentre as várias existentes. Tendo em conta o objetivo prático do texto e do livro, não levaremos muito tempo para expor que jogo consiste na conjugação de elementos como narrativa, sistema de feedback, sistema de recompensas, conflito, cooperação, competição, objetivos e regras claras, níveis, tentativa e erro, diversão, interação, interatividade, entre outros, em outras atividades que não são diretamente associadas aos games,

com a finalidade de tentar obter o mesmo grau de envolvimento e motivação que normalmente encontramos nos jogadores quando em interação com bons games.” (FARDO, 2012)

Gameficar, por conseguinte é a utilização de elementos dos games (mecânicas, estratégias, pensamentos) fora do contexto dos games, com a finalidade de motivar os indivíduos à ação, auxiliar na solução de problemas e promover aprendizagens (KAPP, 2012).

Fato verificável após realização prática de diversas atividades de *gameificação* é que, os alunos não devem apenas jogar, mas participar de todo o processo de construção do jogo, sendo o ato de jogar em si, o capítulo final, a consagração do trabalho em conjunto realizado pela sala de aula.

Alguns passos devem ser seguidos para que se logre êxito no intento de ensinar via *gameificação*;

1) é preciso que haja exposição prévia do conteúdo e/ou a realização de uma sala de aula invertida sobre a matéria a ser *gameificada*; Não é possível conceber que os alunos joguem ou sequer queiram jogar algo baseado em que não sabem.

2) A matéria a ser ministrada via jogo deve ser complexa, pois que matérias de fácil compreensão não merecem que se dedique tanto tempo e esforço para seu ministério. Porém a matéria a ser *gameificada* não pode ser muito polêmica e/ou contraditória, sob pena de os diferentes pontos de vista sobre o caso – que devem ser respeitados – criarem problemas ao estabelecimento de regras claras e objetivas sobre o jogo.

2.1) Um exemplo do mundo do direito sobre o que se diz é que é muito mais fácil *gameificar* matérias ou de processo (civil, penal administrativo, constitucional, etc.) do que matérias de direito material, ou decisões dos Tribunais superiores, pois que conceitos precisos e procedimentos bem definidos auxiliam na criação, compreensão e aceitação das regras do jogo. Mas nada é impossível de ser *gameificado*.

3) Se o jogo já estiver pronto, o processo de criação deve ser exposto e validado pelos alunos. O professor deve despir-se de suas inseguranças e eventuais estratégias

REVISTA DIREITO FAE

autoritárias de imposição de comando, sob pena de não conseguir receber feedback real e sincero dos alunos.

4) No jogo, não deve existir professor e aluno, apenas “parceiros de mesa”. Entre iguais, ainda que apenas durante o período de jogo, é que as partes envolvidas poderão desfrutar melhor da experiência acadêmica gamificada.

Os passos supra foram seguidos ao longo de dois semestres para aprendizagem de temas relacionados a matéria de Processo Civil do curso de Direito⁵ da FAE - Campus São José dos Pinhais e os resultados foram excelentes:



⁵ Vídeos com as atividades estão disponíveis no youtube: <https://youtu.be/u1DR5jAeOiM>, <https://youtu.be/Jw2Lo3Up1GM> e <https://youtu.be/OJI-GYKlemo>

Mesmo seguindo todas essas recomendações – que são de fato apenas sugestões pois que a gameficação deve ser um processo livre e criativo, tão solto e desmedido quanto o poder constituinte - ainda assim não é possível garantir o engajamento de todos na realização da atividade. Mesmo se tudo for feito em parceria por todos, existirão sempre os caroneiros, ou “free-riders” (DOURMASHKIN, Maio/2018, LORENA-SP). São alunos que, num cálculo puramente racional de perdas e ganhos, optam por, quando num trabalho em grupo, seja ativa ou passiva a aprendizagem, nada fazer, e, ainda assim, obter a mesma nota que os demais componentes.

É um cálculo, comportamento típico daquele que a teoria econômica – inclusive estudando a democracia – convencionou chamar de *homo economicus* (DOWNS, 1960). Tal indivíduo não se importa com o fundo da questão, a aprendizagem, ou acha inútil o método, preocupando-se exclusiva e praticamente com a nota. Para esse indivíduo não importa, a priori, qual o método se utiliza em sala de aula, pois, a ele não importa o meio, e sim o fim, ainda que o fim (nota suficiente) não reflita seu real aprendizado.

Destaque-se que esta constatação não exime os professores de lutar pelo interesse e motivação desse aluno, tampouco permite que o docente exile o aluno mandando-o à Ilha dos desmotivados, pródigos e desinteressados. Essas pessoas, claramente mais difíceis de “sensibilizar e engajar, precisam de mais *inputs* e mais constantes e recompensadores *outputs*. Precisam de provas mais concretas da importância da obtenção de certas habilidades necessárias à solução do desafio que ela também deve de igual forma desejar resolver (DOURMASHKIN, Maio/2018, LORENA-SP). Ou ainda de meios mais divertidos de aprender, como a “gameficação” (MUR-MIRANDA, Maio/2018, LORENA-SP).

Indivíduos podem ser mais ou menos interessados, indo da completa falta de motivação, *amotivation*, passando pela motivação extrínseca, ou seja, faço por que me mandam ou, porque “é assim que tem que ser”; porque preciso, *regulated*

motivation, até chegar à motivação intrínseca, ou seja, o aluno quer fazer o projeto, quer se engajar, característica mais facilmente encontrada nos cursos de pós-graduação e profissionalizantes.

3 DOS MODELOS DE JOGOS

Os jogos devem ser tão simples quanto recompensadores, e tão educativos quanto divertidos. A seriedade do jogador deve vir única e exclusivamente de sua vontade de aprender que para ele virá disfarçada de vontade de ganhar. Jogos podem envolver sistemas de premiação, competição e recompensas para “apenas” provocar mudanças no comportamento do aluno, tirando-o do estado inicial que muitas vezes é de apatia. (LADLEY, 2011 apud FARDO 2012), ou pode construir uma experiência significativa que vá muito além do que as mecânicas básicas dos games oferecem e motivar intrinsecamente os indivíduos a desempenharem os seus papéis da melhor forma possível dentro do contexto em que se encontram (WERBACH e HUNTER, 2012 apud FARDO 2012).

O jogo pode ser uma criação totalmente nova, ou uma adaptação e releitura de jogos consagrados como ocorre nos exemplos abaixo.

3.1 Adedonha Recursal

“Adedonha” (“Stop”, “Estrelão”, ou qualquer outro nome que a depender da região o jogo possa vir a ter) é uma brincadeira que utiliza basicamente o alfabeto, as mãos, lápis e caneta. Simples e efetiva produz resultados visíveis quando aplicadas à compreensão de matérias com uma profusão de conceitos, requisitos, efeitos, como é a Teoria Geral dos Recursos.

Não convém aqui explicar o que é e para que serve essa teoria por completo, até seria impossível em via tão exígua, mas trata-se, em leiga síntese, de tudo o que

se precisa saber antes de utilizar as espécies de recurso contra as diversas decisões proferidas num processo judicial.

3.1.1 Regras e Objetivos

a) Os alunos criam uma tabela, no papel ou computador com as categorias⁶ a serem preenchidas de acordo com a letra do alfabeto sorteada

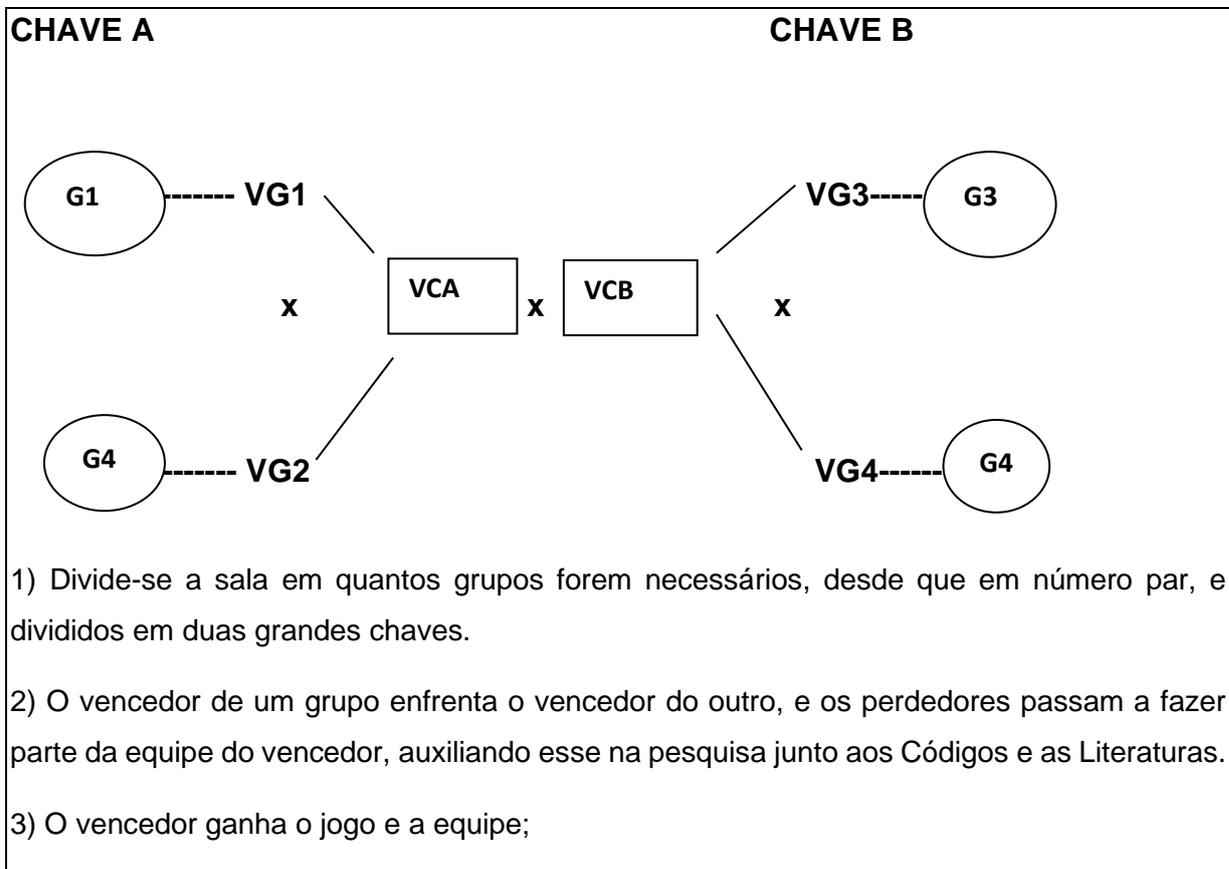
Nome do Recurso	Sucedâneo Recursal	Técnica de Julgamento	Princípio	Nome da parte
Classificação	Efeito do Recurso	Cidade/Tribunal/ Estado/ Foro Competente	Cor da camisa do Professor	Requisito de admissibilidade

b) Para escolha da letra, os jogadores – enquanto falam “adedonha” – colocam suas mãos à frente, e cada dedo representa uma letra do alfabeto. Quando contados todos os dedos, a letra final correspondente será a letra inicial de cada palavra a ser colocada nos quadros acima. Ex.



⁶ Podem existir mais ou menos categorias, ou até todas as categorias, de acordo com a evolução do cumprimento do plano de ensino

- c) Cada palavra escrita corretamente no local correto vale, por exemplo, 10 pontos;
- d) Ganha quem fizer um número arbitrariamente definido de pontos primeiro, ou quem tiver mais pontos ao final de determinado tempo.
- e) É permitido consultar o Código de Processo Civil durante o jogo, bem como a literatura sobre o tema. Aliás, é nesse momento que o aprendizado ocorre e os conceitos se fixam. A busca pelas respostas é que ensina o aluno a manusear o código de Leis e, mais importante, ler e interpretar a doutrina sobre o tema.
- f) O Objetivo é Apresentar o aluno ao sistema recursal e familiarizá-lo com os termos. Acaba por desenvolver espírito de equipe e ativa a memória.
- g) O Jogo é modular, ou seja, pode ser realizado entre dois alunos ou trezentos alunos divididos em grupos e chaves, como no exemplo prático abaixo:



- 4) O grupo vencedor enfrenta o outro grupo vencedor VG1, VG2, VG3 e VG4, e, finalmente o grupo vencedor da chave A (VCA e VCB) – já com a equipe de todos os grupos ao seu lado - enfrente o vencedor da Chave B para definir quem será o grande líder e vencedor formador da equipe única da sala;
- 5) O objetivo não é apenas vencer, mas sim tornar-se líder e representante do grupo a partir do conhecimento e competência do indivíduo.

3.2 Pôquer Recursal

O jogo, como o próprio nome sugere é baseado no homônimo na modalidade Texas Hold'em, e possibilita a familiarização do aluno com os requisitos e condições necessárias à propositura de cada recurso e com as diversas decisões passíveis de recurso, momentos de interposição e análise dinâmica do sistema recursal.

Ao aguçar o tirocínio – raciocínio jurídico – desenvolve a capacidade de análise da problemática jurídica e diagnóstico da solução recursal correspondente.

Deve ser utilizado para ensino dos Recursos em Espécie, ou seja, quando o aluno já teve contato com a Teoria Geral dos Recursos. Com o game, o aluno aprende sobre o cabimento e a previsão legal dos recursos, e a diferença entre esses e as técnicas de julgamento e os sucedâneos recursais.

3.2.1 Das Regras

- a) O aluno recebe duas cartas no início;
 - b) A mesa coloca mais 3 cartas (FLOP)
 - c) A mesa coloca mais uma carta (The Turn)
 - d) A mesa coloca mais uma carta (The River)
 - e) Apostas e desistências
- **FOLD**
 - **RAISE**

- **CALL**

Em cada momento acima (recebimento das duas cartas, flop, turn e river), o jogador pode desistir do jogo (fold), aumentar a aposta (raise), ou, pode pagar pra ver (call).

f) O nome da moeda do jogo é ASTREINTE⁷ e as cores e valores se dividem em

verde - 1 astreinte

amarela – 10 astreintes

azul – 100 astreintes

branca – 1000 astreintes

g) – valores das cartas individuais

Cada carta tem um número. Um recurso de valor mais alto ganha de um recurso de valor mais baixo, se o outro jogador não tiver:

- um par (dois recursos, dois requisitos, etc);
- dois pares;
- três do mesmo tipo;
- quatro do mesmo tipo;

h) mãos especiais: As mãos especiais (jogadas clássicas) devem conter no mínimo **1 carta recurso + 1 carta efeito + 1 carta requisito de admissibilidade + 1 carta requisito de mérito**; obviamente que, efeitos e requisitos devem ser relativos à carta recurso que o jogador possui. Qualquer mão especial ganha das cartas individuais e dos pares da alínea “g”.

As mãos especiais são as seguintes:

ÁGUIA DE AIA – Em homenagem ao mestre Rui Barbosa, essa é a maior mão do Pôquer recursal pois é “LIMPA”, ou seja, contém 1 RECURSO + 1 MÉRITO + 1

⁷ Astreinte é o nome jurídico da multa coercitiva comumente utilizada nos processos de conhecimento e execução para incentivar o devedor a cumprir a obrigação definida em liminar ou em sentença, respectivamente.

EFEITO + COMPETÊNCIA. Nada bate esta mão. Se os jogadores tiverem águias de diferentes recursos, ganha quem tiver o recurso de valor mais alto.

TEREZÃO – Em homenagem à mestre Tereza Arruda Alvim, organizadora da Revista de Processo e fundamental na elaboração do NPC. Essa é a segunda maior mão do Pôquer recursal. 1 RECURSO + 1 MÉRITO + 1 ADM + 1 EFEITO. Se os jogadores tiverem “terezões” de diferentes recursos, ganha quem tiver o recurso de valor mais alto.

MIRANDINHA em homenagem ao mestre Pontes de Miranda, essa é a terceira maior mão do Pôquer recursal. 1 RECURSO + 1 MÉRITO + 1 ADM. Se os jogadores tiverem “terezões” de diferentes recursos, ganha quem tiver o recurso de valor mais alto.

ABUZADINHO – em homenagem ao professor Alfredo Buzaid, é a 4ª e última mão especial, composta por 1 RECURSO + 1 REQUISITO, OU ‘ EFEITO, OU 1 COMPETÊNCIA. Se os jogadores tiverem “Mãoironis” de diferentes recursos, ganha quem tiver o recurso de valor mais alto.

O jogo pode ser praticado por diversos alunos, simultaneamente, em diversas meses consecutivas, basta que haja baralho disponível para todos. As cartas, as astreintes são as seguintes representadas pelas formas e tabela abaixo:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO 1	APELAÇÃO 2.5	AGRAVO DE INSTRUMENTO 2
RECURSO ESPECIAL 3	RECURSO EXTRAORDINÁRIO 4	EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA 3.1
DECISÃO Sentença	DECISÃO Acórdão	DECISÃO Monocrática do relator
Instrumento obrigatório Requisito de ADM	Regularidade formal Requisito de ADM	Legitimidade Requisito de ADM

Legalidade Art. 994 Cabimento Art. 1.009.	Legalidade Art. 994 Cabimento Art. 1.015.	Legalidade Art. 994 Cabimento Art. 1.021.
Legalidade Art. 994 Cabimento Art. 1.022.	Legalidade Art. 994 Cabimento Art. 1.027.	Legalidade Art. 994 Cabimento Art. 1.043.
Legalidade Art. 994 Cabimento Art. 1.042.	Competência para Julgar Tribunal <i>Ad quem</i>	Competência para julgar Órgão pleno conforme Regimento Interno do Tribunal
Reclamação 4,5	Recursos e demandas repetitivas Requisitos de fundamentação	Questão relevante Sem recursos repetidos Requisitos de fundamentação
Ofensa à CF/88 Requisitos de fundamentação	Omissão Obscuridade Contradição Requisitos de fundamentação	Reforma Decisão interlocutória Requisitos de fundamentação
Efeito translativo quanto a matéria analisada pelo órgão julgador - de ofício, ordem pública	Efeito interruptivo – quanto ao prazo à interposição de outros recursos	Efeito infringente – O recurso não era para isso inicialmente mas acabou mudando a decisão
Analisa matéria fática - Juízo de Mérito	Analisa matéria só de direito - Juízo de Mérito	Inexistência de fato impeditivo - Juízo de Mérito
Pedido – error in procedendo e in judicando - Juízo de Mérito	Causa de pedir - Juízo de Mérito	CORINGA - Justiça Gratuita - Substitui o preparo
Coringa - GILMAR MENDES – substitui qualquer carta.	Recurso adesivo 0,5	Decisão Interlocutória

Agravo Interno 1,5	5 dias - Juízo de ADM	15 dias Juízo de ADM
Legalidade Art. 947. cabimento	Competência para Julgar Tribunal <i>ad quo</i>	legalidade cabimento Art. 976
Agravo em Recurso Especial ou Extraordinário 3,7	DECISÃO - Despacho de Mero Expediente	IAC 5
IRDR 5	Ofensa à lei federal - Requisitos de fundamentação	Desrespeito a precedente em qualquer instância Requisitos de fundamentação
Efeito devolutivo e suspensivo Via de regra Da decisão recorrida	Tutela provisória recursal Requisito de fundamentação	Efeito obstativo à ocorrência da coisa julgada (trânsito em julgado);
Efeito substitutivo se provido o recurso, a nova decisão substitui a antiga – total ou parcialmente	Adequação - Juízo de Mérito	Interesse recursal - Juízo de Mérito
NPJ - Substitui prazo e preparo CORINGA	Adm Publica - Substitui o prazo -CORINGA	

As cartas coringas, como nos jogos de pife, cacheta, substituem a carta necessária à formação do jogo que o jogador tem em sua mão. As cartas devem ser coloridas para facilitar a compreensão do jogo e a formação das mãos especiais. Jogadores mais avançados podem utilizar baralhos preto e branco, até mesmo para

evitar interferências externas quando em disputas, o que é terminantemente proibido nos torneios de pôquer.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito vive um momento de transição provocada pela quarta revolução industrial. A advocacia, a jurisdição, a burocracia estatal, a relação contratual entre atores privados não serão (já não são) mais como antes. Profissionais que realizam tarefas de complexidade mediana tendem a ser substituído por robôs que terão por incumbência a realização das tarefas lógicas, repetitivas e comezinhas. Alunos medianos, que se tornam profissionais medianos, também deixarão de existir, ou se chegarem a ingressar no curso, em brevíssimo tempo evadir-se-ão.

Aplicar a Lei, consultar jurisprudência, calcular penas e valores de condenação são trabalhos que um software pode fazer muito melhor e mais rápido do que um ser humano. É por isso que *inteligência artificial, robotização, blockchain, smart contracts, jurimetria*, são exemplos de matérias que deverão obrigatoriamente estar presente nos planos de ensino dos cursos de direito, sob pena destes se tornarem obsoletos ou até mesmo serem extintos e substituídos por cursos técnicos.

Mas o que isso tem a ver com *gameificação*? Ora, tudo! Ao ser humano jurista restará a atribuição honrosa de criar legislação, refletir sobre ela, compará-la com a realidade verificada e os resultados estatísticos dela extraídos. E para isso ele precisa ser criativo, inventivo, raciocinar, estar focado em trabalhos em equipe, pesquisar e sobretudo ser lecionado via casos práticos e métodos ativos entre os quais destacamos sobremaneira a *gameificação*. Os Núcleos de Prática Jurídica, ouso dizer, quando tratados da forma que merecem, como laboratórios jurídicos de experimentação e aproximação dos alunos com a realidade que lhes espera após a graduação, tal qual a residência faz aos graduandos em medicina, serão a grande

sala de aula dos cursos do direito, pois, para decorar artigos e diferentes conceitos hoje já existem computadores capazes.

O direito atual mantém as falhas no sistema, as burocracias, os entraves e as lentidões que de fato, agradam a maioria, pois, é por conta delas e através delas que se sustentam os advogados, os juízes, os cursos de direito e todo esse mercado que vive das brechas de um intrincado e moroso sistema legal. A tecnologia obrigará o direito a procurar soluções definitivas e respostas concretas aos problemas, para que não se precise recorrer de novo e outra vez ao judiciário para resolve-los novamente.

Por conta da mercantilização e do “jurismo” – que é um misto de corporativismo, protecionismo e egocentrismo dos juristas – o direito que nasceu para corrigir distorções e evitar abusos, hoje é quase que uma religião, uma seita elitista formando uma casta de notáveis, que devem ser consultados diversas vezes sobre o mesmo problema, que não se resolve. Apenas é interpretado de acordo com o caso concreto. Por que isso ocorre? Não seria interessante resolver de fato os problemas jurídicos que dão sustento a tanta gente? Claro que não.

Para exemplificar, peguemos a fórmula de Bhaskara: uma vez que a matemática resolveu essa equação, ela é utilizada para todos os casos, assim é na engenharia, física, química etc. Nenhum matemático vai cobrar de você para resolver o problema solucionado pela fórmula de Bhaskara. O direito – em que pese o seu objeto sociedade seja de fato muito mais complicado e volátil – não é uma ciência que cria soluções, mas sim e apenas, meios de resolução de conflitos que, muitas vezes, além de idênticos, se repetem ao longo do tempo. E essa solução nunca é tão simples como a aplicação de uma fórmula como a do Bhaskara, envolve diversas pessoas, custos e, pior, quase sempre acaba com uma decisão de outro ser humano falível com seus vícios e preconceitos impondo-se sobre capacidade de resolução autônoma das partes. É como se para curar-se de uma doença, não existisse remédio certo, apenas o médico e sua infinidade de opções incertas. E o remédio só pudesse ser ministrado, de diferentes formas, após a ordem ou autorização do médico-mor, o Juiz. Isso tudo

sem garantia de cura, e, sem pressa, pois que não raras vezes o remédio chega ao paciente após sua morte.

Enfim, esse quadro o jurista do futuro não irá encontrar. Então ou ele se adapta e toma as rédeas da mudança, ou será escanteado e substituído como um artesão oitocentista. O buraco é muito mais embaixo do que aparenta ser, a quarta revolução industrial e a invasão da tecnologia nas ciências e relações sociais será tão ou mais drástica que a provocada pela invenção das máquinas no início do século XIX. É preciso estar preparado e os “games”, por ativar criatividade e aguçar o tirocínio devem ser levados a sério e utilizados sempre que possível como meio de transmissão do conhecimento. Se decorar é para robôs; pensar, refletir, criar, e buscar de fato um mundo mais justo é o que “sobrará” ao humano jurista gamer.

REFERÊNCIAS

DOWNS, Anthony. **Uma teoria econômica da democracia**. Edusp, São Paulo, 1999, pp. 25-70; 103-116; 135-162.

FARDO, M. L. (2013). A gamificação aplicada em ambientes de aprendizagem. *Novas Tecnologias na Educação*.

STHEM Brasil, **Palestras em Congresso realizado na UNISAL**, Lorena/SP. Ed. 2018.



REVISTA
DIREITO

FAE

**A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E A SOBERANIA
DO ESTADO**

*THE INTERNATIONALIZATION OF CRIMINAL LAW AND THE
SOVEREIGNTY OF THE STATE*

Victor Chemin Branco LIPINSKI¹

Daniel Tempski FERREIRA DA COSTA²

RESUMO

O presente estudo visa analisar a nova formatação do Estado por meio da aferição da nova configuração da soberania do ente político, em razão do processo de internacionalização do Direito Penal, no bojo da globalização derivada do mundo pós-moderno. Procedido tal expediente, será analisada a correlação entre as modificações causadas às atividades normativas e jurisdicionais, inerentes ao exercício da soberania, em razão do processo gradual de internacionalização do ramo penal, originário de um mundo globalizado. Por fim, será identificada a nova organização do Estado, pela afetação causada a sua soberania, um de seus elementos de composição.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Estado. Internacionalização. Soberania.

¹ Assistente de Juiz de Direito Substituto. Advogado licenciado. Pós-Graduado em Relações Internacionais e Diplomacia pelo Centro Universitário Curitiba e Pós-Graduado em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. E-mail para contato: victorcblipinski@gmail.com

² Magistrado (TJPR). Professor da Escola da Magistratura do Paraná. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires. Pós-Graduado em Ciências Criminais pela rede LFG. E-mail: professorsordaniel@globo.com

SUMMARY

The present study aims at analyzing the new formatting of the State, through the measurement of the new configuration of the sovereignty of the political entity, due to the process of internationalization of Criminal Law, originating from the globalization of the postmodern world. Once this expedient has been carried out, it will analyze the correlation between the changes caused to the normative and jurisdictional activities inherent to the exercise of sovereignty, due to the gradual process of Criminal Law's internationalization, from a globalized world. Finally, the new organization of the State will be identified, due to the affectation caused to one of its elements of composition, the sovereignty.

KEY-WORDS: Criminal Law. State. Internationalization. Sovereignty

INTRODUÇÃO

A formatação clássica de um Estado pressupõe que a soberania estatal, entre os seus diversos ramos, na seara Jurídica, manifesta-se na capacidade de um ente prestar, isoladamente, a função jurisdicional dentro de seus limites geográficos e dos territórios os quais o integram, com fulcro nas normativas por si criadas.

Este conceito clássico, contudo, está em mutação diante do próprio fenômeno de internacionalização do Direito, o qual acomete todas as searas jurídicas, com ênfase no âmbito criminal, diante do desenvolvimento de normativas internacionais absorvidas pelos ordenamentos jurídicos de diversos Estados, assim como da função jurisdicional por tribunais internacionais.

Constata-se, portanto, que tal fenômeno recai, propositalmente, sobre figuras intrínsecas à própria formalização da figura do Estado, pois interfere no exercício de competências inerentes à própria soberania estatal, causando uma perturbação na capacidade normativa e no exercício da prerrogativa jurisdicional.

O Direito, até então, no ápice do positivismo jurídico, era visto como um conjunto de normas instituído pelo Estado para regulamentar as práticas do cotidiano, e, portanto, adotado como uma ferramenta desprovida de qualquer protagonismo. Assim, acabava corrompido por qualquer ideologia dominante em uma sociedade, que possuísse a capacidade suficiente de impregnar os setores estatais. Logo, a capacidade normativa e a função jurisdicional eram instrumentalizadas para legitimar ações estatais corrompidas por ideologias e interesses escusos.

Outrossim, o Direito, em sua formatação clássica estatal, fundado no exercício imperativo da soberania estatal, dentro do território do Estado, servia como um instrumento à legitimação do próprio ente criado.

Em relação ao Direito Penal, a situação era ainda mais drástica do que outros ramos jurídicos, conforme faculdade exclusiva do Estado em tipificar as condutas tidas como intoleráveis e a natureza e o grau da extensão da reprimenda a ser aplicada, que possuía como destinatário o próprio ser humano.

Tem-se que o modelo clássico prega que a atividade normativa penal e a jurisdição desta são exclusivas de um Estado tido como soberano, contudo, a realidade globalizada e complexa da atualidade vai na contramão, dada a inexistência de tais monopólios e pelo seu exercício análogo por órgãos internacionais.

Destaca-se o processo gradual de internacionalização dos ramos jurídicos, iniciado no século XX, traduzida nas tentativas primárias de editar normas internacionais por meio de convenções de igual origem voltadas para temas de natureza ampla, como o Direito Castrense, por exemplo.

Diante da celeuma resultante entre a formatação clássica estatal e o processo em tela surgiu a necessidade de desenvolver um novo modelo, objetivando a conjugação das searas interna e externa no ramo penalista, alheio ao conceito clássico, não mais condizente com a nova realidade vigorante.

Estar-se-á diante de um processo irreversível, em que determinadas atividades, outrora tidas como imperativas dentro de um limite territorial, são objeto de complementação e respaldo de órgãos internacionais dotados das mesmas prerrogativas e com um alcance que transcende fronteiras, com a imperiosa análise dos reflexos à soberania estatal pela afetação causada no Direito Penal.

2 A PROBLEMÁTICA DE CONCEITUAÇÃO DO ESTADO

Diante da abstrativização da própria figura do Estado, a busca por um conceito capaz de exprimir a sua essência perante os diversos ramos do conhecimento humano é uma tarefa hercúlea. Na semântica do termo, originário do latim “*Status*”, verifica-se que o seu emprego genérico originário dizia respeito “à *uma condição geral de estabilidade*”³, empregada⁴ à época na sociedade romana em variados contextos. Martin Loughlin⁵ identificou que o seu uso acabou restrito à esfera pública, envolvendo a representação de ações e assuntos relacionados ao governo, até que passou a expressar o próprio.

Até então, as funções mais essenciais dos pequenos agrupamentos recaíam apenas sobre os instintos mais básicos do ser humano e eram exercidas em um caráter estritamente comunitário. Todavia, a gradativa complexidade das relações sociais diante do desenvolvimento das sociedades, implicou na alteração de sua organização, havendo a necessidade de eleição de indivíduos para que exercessem encargos hierárquicos, como também o desenvolvimento de estruturas, além dos próprios indivíduos, responsáveis pelo cumprimento de determinadas funções.

³ LOUGHLIN, Martin. **Fundations of Public Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 187.

⁴ Em tradução livre de: “to a general condition of stability”.

⁵ *Ibidem*, p. 187.

Montesquieu⁶ atribui ao exercício da capacidade cognitiva do ser humano, identificada como a razão, o processo de reorganização e modernização das sociedades primitivas em novas estruturas complexas. Em seguida, o uso excepcional da razão humana para criar e ampliar as estruturas desenvolvidas para pacificar e organizar a sociedade, dará ensejo, primeiramente, na pacificação daquele núcleo em torno da sobrevivência de todos, em razão da interrupção de conflitos internos. Ato contínuo, diante da estabilidade interna causada, haverá uma coesão dirigida à projeção externa, em que os indivíduos passarão a guerrear com outros, objetivando a expansão e dominação de seus territórios, sob uma premissa de superioridade sobre outros grupos desorganizados⁷.

O Estado embrionário, em seu sentido histórico e político, advém deste contexto paradigmático descrito por Montesquieu. Em um primeiro momento, o agrupamento humano, em atenção a sua própria natureza, buscará a pacificação social por meio do desenvolvimento de entidades e órgãos complexos, dotados da prerrogativa do exercício de atividades genéricas relacionadas ao cotidiano daquele núcleo populacional, como a administração e gerenciamento. Atingido tal estágio, a pacificação é convertida em um sentimento de conquista, haja vista a manifestação de uma força aquém do estado natural do homem, originária de um estágio considerável de coesão social de uma sociedade, fruto da razão, mediante imposição desta ordem perante outros grupos, ordenados ou não, seja através da destruição ou de sua absorção, em um claro viés darwinista.

No contexto paradoxal de pacificação e conflito é que o termo *Status* apresenta a semântica mais adequada, haja vista a necessidade de que uma

⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. P. 14.

⁷ *Ibidem*, p. 15.

sociedade embrionária presente forte higidez interna, para sobreviver ao processo de pacificação interna e os conflitos seguintes.

Na tentativa de buscar uma classificação para o termo Estado, Hans Kelsen⁸ constata sua dificuldade e imprecisão, uma vez este é utilizado para denotar diversos objetos jurídicos, além do próprio governo.

Primeiramente, esse autor⁹ verifica pelo predomínio do seu emprego para explicar, de forma coloquial, a sociedade. Noutro giro, também verifica pela adoção de seu termo para expressar, de forma abstrata, uma instância específica desta, como o seu governo, ou até mesmo os órgãos que compõem a cúpula responsável pela administração e gerenciamento do agrupamento humano. Tratam-se de empregos obviamente idênticos, mas para substratos completamente distintos de uma sociedade integrada dentro de um território.

Para a solução da imprecisão da conceituação, Kelsen¹⁰ defende que a figura do Estado seja analisada, interpretada e conceituada, unicamente do ponto de vista jurídico, sob a premissa de que é um fenômeno jurídico. Assim, conceituará a concepção jurídica do ente político como¹¹ *“uma comunidade criada por uma ordem jurídica nacional. O Estado como uma pessoa jurídica é a personificação desta comunidade, ou, a ordem jurídica nacional constituída desta comunidade”*.¹²

O conceito apresentado por Kelsen, conforme analisam Cudworth, Hall e McGovern¹³, possui influência weberiana, na qual Max Weber já conceituava o Estado

⁸ KELSEN, Hans. **General Theory of Law and State**. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 181.

⁹ *Ibidem*, p. 182.

¹⁰ *Ibidem*, p. 181.

¹¹ Em tradução livre de: “(...) is the community created by a national legal order. The State as a juristic person is a personification of this community or the national legal order constituting this community”.

¹² *Ibidem*, p. 181.

¹³ CUDWORTH, Erika; HALL, Timothy; MCGOVERN, John. **The Modern State: Theories and Ideologies**. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2007. p. 95.

como uma figura abstrata adotada para representar uma entidade política centralizada e definida para expressar um povo, dentro de um limite geográfico, em caráter compulsório e imperativo, com o monopólio do uso legítimo da força. Diferencia-se apenas o fato de que Kelsen recorre ao Direito, como um critério de fundamento e validade ao Estado, para afastá-lo da conclusão do ente político como resultado da conjugação de território, povo e poder.

2.1 A soberania como elemento qualificativo ao Estado

Karen Gevorgyan leciona que¹⁴ *“a soberania é uma propriedade política e legal necessária e inalienável para qualquer Estado”*.¹⁵ Apontando, assim, por uma vinculação entre a figura estatal e tal atributo de natureza complementar.

Sobre sua função, Darcy Azambuja¹⁶ delimita que a soberania é a instância máxima do exercício do poder político exercido por um ente estatal, porque confere legitimidade e autoridade às ações praticadas no plano interno. Justifica, também, que não se trata de uma prerrogativa absoluta, uma vez que *“embora seja o mais alto poder dentro da coletividade organizada no Estado, não é um poder arbitrário e despótico. O Estado edita o direito positivo e a ele se subordina, equilibrando assim o poder, que necessariamente tem de possuir, com os direitos dos indivíduos”*¹⁷.

Na linha estabelecida, ao conceituar a figura da soberania, Miguel Reale a identificará como *“um poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de*

¹⁴ Em tradução livre de: “Sovereignty is a necessary and inalienable political and legal property of any state”.

¹⁵ GEVORGYAN, Karen. **Concept of State Sovereignty: Modern attitudes. Materials of conference devoted to 80th of the Faculty of Law of the Yerevan State University**. Yerevan YSU Press, 2014, pp. 431 - 448. Disponível em: <http://ysu.am/files/Karen_Gevorgyan.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2019. p. 431.

¹⁶ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 2ªed. São Paulo: Globo, 2008. p. 88.

¹⁷ *Ibidem*, p. 89.

seu território a universalidade de decisões nos limites dos fins éticos de convivência”.

18

De análise rasa, verifica-se que, apesar da imperatividade de tal elemento, sob a premissa de um monopólio, existem elementos de contenção ao seu exercício, no plano interno, em razão do seu poderio.

Sobre o sistema de contenção da soberania, Carl Schmitt¹⁹ sustenta que a soberania estatal deve ser observada, no seu escopo jurídico, como o exercício exclusivo da faculdade decisória de última instância de qualquer tema social, ou, de uma eventual necessidade manifesta no seio de uma sociedade. Seguindo tal linha, constatar-se-á que um determinado ente possui uma faculdade, plenamente reconhecida, de pacificar a sociedade, expondo a resposta definitiva para um determinado tema ou ação, manifesta no âmbito das discussões acaloradas entre os integrantes de um agrupamento.

Há, por óbvio, o reconhecimento de que as atividades imperativas estariam implícitas na faculdade do Estado em executar a decisão definitiva manifesta, seja editando normativas para pacificação e regulamentação de temas controversos, ou, da execução de atos após o esgotamento das instâncias administrativas e jurídicas do tema em voga, por exemplo.

O reconhecimento social e a ausência de insurgência interna, no que concerne à decisão e sua subsequente execução, são situações que denotam pelo reconhecimento do critério valorativo soberano ao ente dotado da prerrogativa do monopólio do exercício da faculdade de decidir, em caráter definitivo, eventual celeuma gerada na sociedade sem qualquer embaraço.

¹⁸ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ªed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 127.

¹⁹ SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006. p. 14.

2.3 A necessária convalidação externa à soberania

Em crítica direta ao conceito dado por Carl Schmitt, Zygmunt Bauman²⁰ aduz que, a soberania vista como a prerrogativa exclusiva de um ente político deter a capacidade de proferir uma decisão definitiva sobre um tema, não pode ser admitida como preponderante, ainda que num contexto interno.

Ao analisar o contexto excessivamente complexo do mundo moderno, dando maior ênfase ao processo de globalização, Bauman²¹ afirma que o exercício da soberania interna vem sendo gradativamente suplantada por outros agentes, tais como as empresas financeiras, industriais e comerciais multinacionais. Reconhecendo, também, que são dotadas de grande protagonismo no comércio internacional, com um poder econômico capaz de conflitar, por exemplo, com um Estado de médio a pequeno porte.

Confrontando a disposição teórica com a realidade observada, Bauman afirma que *“o direito de proclamar as leis, de suspendê-las e estabelecer exceções a sua aplicação segundo sua vontade e o poder de impor e efetivar essas decisões – é, para qualquer território dado e para qualquer aspecto da vida, fragmentado, disperso e disseminado numa multiplicidade de centros. Por essa razão, ela é questionável e passível de contestação”*²².

Verifica-se que sua conclusão traz uma crítica aos modelos arcaicos, que conceituavam soberania como um fenômeno interno, excessivamente imperial, restrito ao território do Estado, preponderante a qualquer elemento interno e alheio a fenômenos externos. Traz, também, a concepção de que agentes externos não apenas influenciam o seu exercício, como são capazes de rivalizá-la.

²⁰ BAUMAN, Zygmunt. **44 cartas do mundo líquido moderno**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 148.

²¹ *Ibidem*, p. 148.

²² *Ibidem*, p. 148.

A globalização é citada por Carlos Alberto Tomaz²³ como impeditivo à visão clássica kelseniana, fundada na premissa do poder político soberano ser exercido por uma atuação imperativa estatal, com fulcro nos limites jurídicos instituídos por sua Lei Fundamental. Tal brocardo não encontraria mais qualquer amparo na vigente complexidade das relações estabelecidas, as quais não mais restam restritas ao campo normativo interno. Noutra linha, a globalização tornaria defesa a legitimação do exercício de um poder político imperativo, delimitado apenas por critérios de validade internos, considerando a transnacionalidade instituída em diversos ramos acobertados por ações estatais.

Em outros termos, uma atuação negativa ou positiva de um Estado não deve, como não pode buscar validade apenas em seu ordenamento jurídico interno. A legitimidade não mais resta adstrita ao texto constitucional interno, mas em uma nova ordem internacional instituída.

Valendo-se de uma figura de linguagem para justificar o exercício da soberania de um Estado europeu membro da União Europeia, Patrícia Fragoso Martins²⁴ leciona que a realidade pós-moderna e comunitária da atualidade, não deve ser vista como algo que resulte na transferência da soberania de um ente para outro, ou, na redução do alcance das ações de um Estado. Na prática, a soberania de um país deve ser vista como um envelope vazio, preenchido por elementos provenientes de elementos estrangeiros.

Nesse contexto, verifica-se que a hierarquia instituída no plano interno e tida como soberana, projeta-se para um campo externo, buscando validade e convalidação além de suas fronteiras.

²³ TOMAZ, Carlos Alberto Simões. **Democracia e Jurisdição entre Texto e Contexto**. São Paulo: Baraúna, 2012. p. 92.

²⁴ MARTINS, Patrícia Fragoso. **O Princípio do Primado do Direito Comunitário sobre as Normas Constitucionais dos Estados-Membros: Dos Tratados ao Projecto de Constituição Europeia**. 1ªed. Estoril: Editora Princípiã, 2006. p. 45.

Outro critério valorativo às ações estatais, como também fundamental ao desenvolvimento das integrações entre países, é a busca da paz perpétua, citada por Habermas²⁵ como “*um sintoma da condição cosmopolita*”. Trata-se, aqui, de um crivo do que seria certo e errado, visando à pacificação pretendida nas relações estabelecidas entre Estados, no mesmo posto hierárquico, e terceiros, com o condão de possibilitar juízo de valor sobre o exercício da soberania.

Assim, a soberania, como um elemento qualitativo ao Estado, manifesta-se em sua plenitude conforme respaldo em ambiente extraterritorial, e não como uma prerrogativa inerente à administração de um território. Logo, a fundação e manutenção de um Estado não implicam na imediata conquista de sua soberania, meramente por sua própria existência, mas de um processo *a posteriori* ao seu desenvolvimento, conforme reconhecimento por outros e desempenho de suas atividades em atenção aos valores imperativos do plano internacional.

2.4 O conceito e exercício de jurisdição, sob a ótica de um monopólio estatal

Diante da necessidade de assentar e regradar a vida em sociedade dentro de limites territoriais, em estrita obediência aos ditames atribuídos ao ente político, por óbvio, houve a necessidade de monopolizar tal atividade, para obstar interrupções e intromissões de outros entes ou indivíduos. Nessa linha, Karl August Betterman²⁶ afirma que a jurisdição, basicamente, é vista como a prerrogativa estatal de reconhecer ou decidir o que é certo ou errado, em amparo à legislação e ao conflito resultante desta.

²⁵ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro: Estudos de teoria política**. Tradução de Georger Sperber; Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 196.

²⁶ BETTERMAN, Karl August. “**Rechtsprechung/rechtsprechende Gewalt**” In ISENSEE, Josef; KIRCHOF, Paul (org.). **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Band III. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1996. p. 38.

Logo, o ente político confere a si próprio, por meio de sua divisão, a função jurisdicional, transmutando-se, assim, em um Estado-Juiz. Pelo que extrai-se a concepção de função jurisdicional como prerrogativa monopolizada, condicionada à solução de conflitos por uma única entidade.

Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes²⁷ assentam que a função jurisdicional narrada deve ser vista como expressão de poder estatal, de exercício imperativo e decorrente da premissa de que exista uma parte dissociada do conflito para resolvê-lo. Ato contínuo, recorrem ao imperativo da soberania para pontuar que o exercício da função jurisdicional deve ser monopolizado, porque é *“uma expressão do poder estatal, o qual é uno e não comporta qualquer ramificação em uma pluralidade de poderes diversificados”*²⁸.

Logo, ambos deduzem que soberania, como atributo do Estado, e jurisdição, como atividade, são vinculadas, na medida em que a segunda necessita da primeira para se expressar, e esta última se perfaz pela própria atividade desempenhada pela segunda.

Sua aplicabilidade é aprofundada por Cintra, Grinover e Dinamarco²⁹. Os doutrinadores fundamentam a concepção do Estado em exercer de forma individualizada a função jurisdicional, com a sua própria capacidade normativa. Nesse contexto, o ente positiva determinadas regras de convívio em sociedade, estipula obrigações e direitos, determina o que é aceitável ou não, e conforme surjam os conflitos sociais decorrentes de tais normas, avoca para si, por meio de seu Poder Judiciário, a função de aplicar a norma ao caso prático, sob a premissa de solução do conflito, já prevista na própria normativa.

²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 77.

²⁸ *Ibidem*, p. 77.

²⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 26ªed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 44.

Desprende-se de tal enxerto, que os doutrinadores vinculam duas funções exclusivas do Estado, a produção normativa e a jurisdição, buscando, em seus exercícios concomitantes, dar-lhes vazão. Nessa esteira, não haveria propósito na edição normativa se não houvesse qualquer expectativa de aplicá-las. Noutra banda, sem a necessária segurança jurídica calcada no diploma normativo que fundamenta uma pretensão, não haveria sentido no Estado tutelar os conflitos sociais, pois a sociedade recairia no exercício da autotutela, em descompasso à própria finalidade da pacificação social.

Há, assim, uma interdependência entre dois poderes do Estado, o Legislativo e o Judiciário, para que as normas, assentadas pelo primeiro, sejam aplicadas pelo segundo.

Cintra, Grinover e Dinamarco, após definirem a jurisdição como função estatal, ao exemplificarem a sua manifestação, decantam tal figura em três vértices: poder, função e atividade, concluindo que a sua manifestação, em conformidade com o seu próprio postulado de existência, deve se perfazer em tais prismas. Observa-se o seguinte:

Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete ³⁰.

Sem os necessários vértices apresentados, a jurisdição, em consonância ao seu propósito, perfaz-se em uma mera liberalidade de algum órgão protoestatal, porquanto não se materializa nos moldes da função estatal outrora delineada.

³⁰ *Ibidem*, p. 149.

Diante desses pontos, José Adércio Leite Sampaio conclui que a jurisdição “é uma das maiores manifestações da soberania de um Estado”³¹, pela constatação inequívoca de sua essencialidade monopolizada, que resulta na expressão magnânima dos anseios de uma sociedade que se perfectibiliza na constituição de um ente político.

3 A SEARA PENAL COMO EXPRESSÃO DA SOBERANIA DE UM ESTADO

Consagrada a ideia de que o Estado advém da formação dos primeiros núcleos populacionais, o ente político, por iniciativa própria orientada à sua própria subsistência, avocou para si tarefas específicas para o controle e administração do próprio agrupamento formado no seu entorno. Dentre um rol de funções, destacam-se o controle e a administração da sociedade.

Outrossim, o Direito Penal surge, inicialmente, com uma visão estruturalista da sociedade, buscando a manutenção da hierarquia criada entre o ente político e a sociedade, manifesta na intervenção no tecido social, por meio da ordenança sobre determinadas condutas, que a estabilize.

Udo Ebert aduz que, independentemente do avanço e progresso civilizatório humano, a função principiológica do Direito Penal é a³² “*proteção da convivência pacífica dos seres humanos na sociedade*” (2005, p. 1)³³, mediante o combate de condutas capazes de ferir o convívio social harmônio.

³¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002. p. 21.

³² Tradução livre de: “protección de la convivencia pacífica de los seres humanos en sociedade”.

³³ EBERT, Udo. **Derecho Penal: Parte General**. Tradução de Said Escudero Irra. Pachuca: Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, 2005. p. 1.

Arzt, Roxin e Tiedemann³⁴ preceituam que o Direito Penal, em sua concepção mais primitiva, seria a normatização de proibições e o respectivo direito de punição atinente. Por sua vez, a fundamentação para tais atividades residia na moral, nos costumes e na religião.

A atividade legislativa, portanto, era norteadada pelos valores consagrados e definidos pela sociedade, referendados por ocasião da positivação da norma. Por seu turno, a reprimenda, em sua concepção integralmente retributiva, também derivava de tais figuras, que apontavam ao legislador qual o grau da punição para o injusto. Nesse campo, os autores ³⁵ destacam que a função proibicionista nada mais era do que a instrumentalização dos valores de uma sociedade, citando o injusto como consenso.

Assim, para punir, o ente necessita, primeiramente, criminalizar uma conduta. Sobre tal expediente, explica Nicola Monaghan³⁶ que a criminalização é o processo pelo qual, por meio de uma figura normativa derivada de um processo legislativo, o Estado determina que a prática de uma conduta resulta no cometimento de um delito, com previsão de reprimenda.

Na mesma linha, Günther Jakobs³⁷ pontua que a finalidade do Direito Penal deve ser a busca pela manutenção e a reafirmação de direitos dos cidadãos e do próprio Estado, punindo a conduta negativa capaz de lesionar tais figuras, ainda que em contexto abstrato.

Na esteira da doutrina exposta, haveria, portanto, uma correlação entre a atividade repressiva estatal, com o controle social de um determinado território, monopolizada sob o prisma de igualdade. Ou seja, todos estariam submetidos ao

³⁴ ARZT, Gunther; ROXIN, Claus; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao estudo do Direito**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007. p. 5.

³⁵ *Ibidem*, p. 5.

³⁶ MONAGHAN, Nicola. *Criminal Law*. 5ªed. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 3.

³⁷ JAKOBS, Günther. **A Imputação Penal da Ação e da Omissão**. Barueri: Manole, 2003. p. 8.

mesmo ordenamento repressivo, e às possíveis reprimendas, com o fim único de garantir a estabilidade social, lesionada pela conduta criminal.

A imperatividade de tais atividades, em contexto monopolizado, resultou na própria modificação da formatação do Estado para abrigar o seu exercício, tendo em vista a impossibilidade de que o mesmo vértice do poder central desempenhasse tais atividades inerentes ao Direito Penal. Em outros termos, tendo em vista a insegurança jurídica e a arbitrariedade, houve, por bem, fragmentar o poder estatal, sem afetar a sua soberania, para que vértices distintos desempenhassem as suas atividades, em contrariedade ao absolutismo vigente.

Ao analisar a Teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu, Christoph Möllers³⁸ concluiu que a fragmentação do poder estatal não visou, de forma alguma, dirimir o poder do ente, o qual continuaria a desempenhar determinadas prerrogativas, ainda que por outros meios. Na verdade, visava ao decote de determinadas atividades estatais em substratos específicos, para conceder ao cidadão maior liberdade política, ao resguardá-lo da incerteza e arbitrariedade, manifestas na excessiva concentração de poderes.

Logo, o poderio estatal deveria ser mantido, não havendo necessidade de sua derrocada, todavia, o exercício deveria ser fracionado. Assim, a atividade normativa não poderia estar atrelada com a respectiva aplicação da lei ao caso concreto, de modo que as atividades embrionárias do Direito Penal deveriam ser repartidas entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, para que não restassem contaminadas entre si ou obrigatoriamente vinculadas.

Falar em Direito Penal, portanto, resulta no reconhecimento da expressão da soberania do ente, pela premissa de controle social, identificado na busca da pacificação social, conforme as atividades punitivas do Estado. Em outros termos, a

³⁸ MÖLLERS, Christoph. **The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers**. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 18.

análise do ordenamento jurídico repressivo permite inferir os próprios valores momentâneos e pretéritos de uma determinada sociedade, consagrados no ordenamento jurídico local.

3.1 O Estado democrático de Direito e o seu reflexo no Direito Penal

O avanço civilizatório do ser humano freou prévias concepções do Estado como uma espécie de propriedade de determinados grupos ou líderes, até então orientado ao bel-prazer e a conveniência momentânea.

Entre todo o avanço histórico que resultou na concepção pós-moderna do ente político, cumpre destacar o Estado Democrático de Direito como imperativo à consolidação da supremacia da norma fundamental e seus respectivos valores implícitos e explícitos como vértices ao funcionamento e limites do Estado.

O controle das atividades estatais por meio de uma norma fundamental, eivada de valores e princípios, traduz, não apenas a necessária segurança jurídica à ordem jurídica instituída, como também, nas palavras de Aloízio Araújo no *“estágio do estabelecimento definitivo da paz perpétua entre os homens”*³⁹.

Sem embargo, ao preceituar o Estado Democrático de Direito como regra, Ronaldo Dias⁴⁰ disciplina que a submissão do ente ao ordenamento constitucional, prevê, como garantia ao cidadão, a responsabilização do Estado por suas atividades, definidas previamente na lei, e controladas por norma jurídica de instância máxima.

Não se mostra mais satisfatório que as ações estatais sejam previamente definidas e limitadas na legislação, mas que encontrem respaldo em valores

³⁹ ARAÚJO, Aloízio Gonzaga de Andrade. **O Direito e o Estado como Estruturas e Sistemas: Um Contributo à Teoria Geral do Direito e do Estado**. Belo Horizonte: Ubirajara Coelho Neto, 2013. p. 277.

⁴⁰ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004. p. 215.

genéricos, fundamentados na própria condição de ser humano, previstos na norma máxima e diretriz do ente político.

Nesse íterim, o controle de constitucionalidade como estrutura de coesão do Estado, proposto por Kelsen, é uma salvaguarda para as atividades estatais, incluindo, aí, o próprio Direito Penal, visto que há uma profunda alteração na concepção da norma, que deixa de ser um fim em si mesma, para significar uma estrutura dependente de algum critério que lhe confira a validade. Por conseguinte, tal atribuição restaria assentada no texto constitucional, do qual a reunião de valores e princípios seria capaz de autorizar ou desautorizar uma norma emanada do Poder Legislativo.

Seria indispensável, portanto, a consolidação de uma hierarquia entre as normas, para que a expressão normativa máxima de um ente político, calcada na consolidação dos valores e costumes de um Estado, corroborasse, ou não, algum diploma normativo. Não haveria, portanto, um conflito entre normas, mas a sobreposição de uma sobre a outra, o que obrigaria a de patamar inferior se adequar.

A necessidade de estipulação de regras mínimas como critérios de qualificação e fundamentação à atividade punitiva e possibilidade de controle e reanálise da reprimenda são basilares à democracia e à atividade punitiva do ente político. O subsequente desenvolvimento civilizatório do ser humano não mais tolera o absolutismo e a arbitrariedade, especialmente em uma seara de natureza tão delicada. Há de se reconhecer que o Estado Democrático de Direito, na área do Direito Penal, institui um Efeito *Cliquet* no tocante à vedação de qualquer retrocesso acerca do agravamento da imperatividade entre o ente político e o cidadão.

Sobre o conceito da instituição deste novo paradigma, como do encargo repassado ao Poder Judiciário acerca de sua defesa, leciona Cláudia Gonçalves ⁴¹

⁴¹ GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos Fundamentais Sociais: Releitura de uma Constituição Dirigente**. 4ªed. Curitiba: Juruá, 2015. p. 199.

que o Efeito *Cliquet* visa à garantia do frequente movimento em busca de patamares mais democráticos e humanistas, proibindo eventual retrocesso acerca da remoção de direitos já conquistado. Nesse contexto, o êxito de determinado direito deve estar consolidado. Não obstante, a sua implementação também deve estar garantida, para o fim de evitar qualquer vácuo ou rompimento na estabilização das relações entre particulares e o Estado. Em outros termos, após a conquista da prerrogativa e sua aplicação, é vedado qualquer retrocesso, a remoção de tal atividade.

4 O CARÁTER TRANSNACIONAL DO DIREITO PENAL SOB A ÉGIDE DA GLOBALIZAÇÃO

Até então, sob o prisma da soberania em seu conceito delineado, o Direito Penal gozava de expressiva relevância atinente à expressão de soberania do Estado. Visto, assim, sob a égide do ente político deliberar, de acordo com a sua conveniência, as condutas intoleráveis e as reprimendas adequadas, nos moldes definidos pela extensão de sua competência legislativa.

Todavia, em que pesem reações protecionistas e isolacionistas, verifica-se que a realidade descrita não mais coaduna com a realidade integrativa de um mundo que prima pela derrocada de fronteiras.

A instituição da globalização provocou profundas reformas na expressão da soberania do Estado, em especial sobre as atividades repressivas. Nessa esteira, Érica Ferreira⁴² leciona que o processo de descentralização do fluxo econômico e do capital, resultou no rompimento do paradigma do Estado exercer de forma pacífica a soberania relacionada ao controle social das atividades desempenhadas em seu território. A descentralização de tais figuras provocou um êxodo de indivíduos e

⁴² FERREIRA, Érica Lourenço de Lima. **Internet - Macrocriminalidade e Jurisdição Internacional**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 23.

atividades, sem qualquer vinculação ou referência com um Estado, em sentido nômade, dirigindo-se de acordo com o fluxo do capital, sem vinculação ao ente político originário do qual adveio, ou do qual se encontra. Ato contínuo, a aludida autora⁴³ aponta que as noções clássicas de jurisdição e competência, derivadas do conceito clássico de soberania, não se amoldam à realidade multilateral e multicultural assentada, já que analisadas ainda sob o prisma do Estado-Nação.

Por sua vez, Carlos Eduardo Pellegrini⁴⁴ afirma que diante da nova configuração da sociedade internacional, dos Estados e das próprias atividades delitivas, restou aos entes políticos a busca pela cooperação internacional, por meio de mecanismos diversos, para sua adequação. Nesse sentido, a cooperação entre países e a busca de objetivos comuns, acerca da contenção e repressão de tais atividades, cinge como pressuposto de relativização da própria soberania, diante do reconhecimento tácito do ente político, de que suas atividades privativas e isoladas não são mais capazes de conter a citada criminalidade dissociada de fronteiras.

No tocante ao rompimento do paradigma até então dominante, Luigi Ferrajoli⁴⁵ leciona que a globalização resultou em uma inversão de forças entre o Estado e a criminalidade. Até então, a soberania resultava em uma força imperativa preponderante sobre as atividades criminosas. Contudo, quando esta última passou a atuar de forma fragmentada e coordenada, conjugando forças além das fronteiras estatais, o Estado passou a enfrentar um poderio no mínimo equiparável.

O impacto causado por grupos delitivos, nas palavras de Luigi Ferrajoli resulta no surgimento da⁴⁶ “*criminalidade do poder*”⁴⁷, a qual teria o poder de lesionar direitos humanos, a democracia, vista como o regime político adotado por um Estado, a paz,

⁴³ *Ibidem*, p. 23.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 55.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo Penal**. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 71.

⁴⁶ Em tradução livre de: “*criminalidad del poder*”.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 71.

compreendida como a urbanidade social e o futuro, visto como a estabilidade de uma sociedade.

Infere-se, destarte, que tais atividades lesivas recaem justamente sobre os vértices de atuação do próprio ente político. Em outros termos, ainda que se reconheça que a globalização dirimiu o isolacionismo dos entes políticos, no campo do Direito Penal esta resultou no surgimento de uma faceta de certa forma negativa, já que atenta contra o próprio ente político.

4.1 A internacionalização do Direito Penal

O efeito provocado pela globalização à soberania dos Estados, por óbvio, também alcançou o Direito Penal, o qual passou a ser permeado por um tecido transnacional, rompendo com o prévio carácter nacionalista do ordenamento jurídico repressivo, nos moldes da doutrina clássica.

Diante da globalização no contexto pós-moderno da atualidade a seara criminal foi submetida a uma cisão, havendo um vértice nacional expressado na legislação interna de um Estado, e, noutro lado, um vértice internacional dissociado das limitações causadas pelo carácter nacional do ordenamento jurídico repressivo.

M. Cherif Bassouni⁴⁸ afirma que transcorrida a Segunda Guerra Mundial, o acordo de Londres, datado de 8 de agosto de 1945, o qual preceituava a criação de um tribunal *ad hoc* em continente europeu e positivamente de normas coesas sobre crimes de guerra, nas palavras do autor⁴⁹ se transmutou na primeira norma positivada no tocante à internacionalização do Direito Penal, pelo seu efeito vinculante.

Tal marco histórico sedimentou as bases futuras à internacionalização de normativas penais internacionais. Vale dizer, diante de todo o impacto deixado pela

⁴⁸ BASSOUNI, M. Cheriff. **Crimes Against Humanity in International Criminal Law**. 2ªed. Haia: Kluwer Law International, 1999. p. 1.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 2.

Segunda Guerra Mundial, pela primeira vez acordos multilaterais foram desenvolvidos pelos próprios Estados, sem a iniciativa de organismos internacionais, visando disciplinar o tema e aplicá-lo em prática.

Na esteira da doutrina exposta verifica-se que a Segunda Guerra Mundial é um marco paradigmático à consolidação, e ao reconhecimento, do progressivo efeito de internacionalização do Direito Penal (aqui visto em sentido lato), considerando que derivou de um conflito militar de abrangência internacional. Há, assim, uma diferença fulcral com as antigas disciplinas fundadas nas Convenções Internacionais de Genebra estimuladas por organismos internacionais e barradas pela própria soberania dos Estados, sem aplicabilidade fática no tocante à aplicação individualizada de um órgão dotado de função jurisdiciona atinente.

Edwin Bikundo⁵⁰ defende tal concepção, partindo do escopo de que as normativas realizadas por convenções internacionais eram definitivamente precárias, sem qualquer executividade, uma vez que dois conflitos mundiais do século XX foram permeados por situações de lesa-humanidade, em desamparo às legislações repressivas internas.

Tomando como parâmetro o marco histórico da Segunda Guerra Mundial, verifica-se que tal conflito, norteador por ações que encontravam amparo nos ordenamentos jurídicos instituídos, implicou no desenvolvimento de estruturas para frear o exercício imperativo da soberania dos Estados.

A título exemplificativo, vale mencionar o próprio interrogatório de Adolf Eichmann, descrito por Hannah Arendt⁵¹, por ocasião de seu julgamento, no qual este se escorava no cumprimento das obrigações que lhe eram passadas, previstas no próprio ordenamento jurídico da Alemanha Nazista. Como exposto, não existia mais

⁵⁰ BIKUNDO, Edwin. **International Criminal Law: Using or Abusing Legality?**. London: Routledge, 2014. p. 69

⁵¹ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 153.

qualquer crivo moral que permitisse a Eichmann questionar a natureza das obrigações fixadas, em razão dos “*vícios da obediência cega, ou a ‘obediência cadavérica’ (kadaverrgehorsam), como ele (Eichmann) próprio a chamou*”⁵².

A abstrativização excessiva do Estado, capaz de possibilitar que as suas respectivas competências fossem permeadas por ideologias ou interesses escusos, possibilitava, assim, a corrupção do exercício imperativo da soberania do ente político. Logo, o legado da Segunda Guerra Mundial sedimentou a ideia de que filtros analíticos e qualitativos, na seara criminal internacional, deveriam ser desenvolvidos para frear o ímpeto delitivo exacerbado, especialmente quando este se manifestava pelo próprio Estado.

4.2 O princípio da complementariedade da jurisdição penal internacional

Em um primeiro momento, questiona-se, pelo prisma clássico da soberania, como seria possível coexistirem duas jurisdições penais em um mesmo Estado (partindo da análise de um país membro do Tribunal Penal Internacional), no que se refere a um eventual delito positivado, seja no ordenamento jurídico interno ou por normativa internacional.

Também cingiriam questionamentos entre a concomitância do exercício da função jurisdicional atinente ao mesmo fato, considerando que o exercício da jurisdição penal internacional é corolário à existência de tal órgão.

Mohamed El Zeidy⁵³ leciona que a adoção de um modelo complementar de jurisdição, deriva do reconhecimento da impossibilidade de sua imposição sobre os países membros do Tribunal Penal Internacional. Na concepção do autor⁵⁴ a Corte adotou um mecanismo de subsidiariedade, resguardando a atuação prévia e inicial

⁵² *Ibidem*, p. 153.

⁵³ EL ZEIDY, Mohamed M. **The Principle of Complementarity in International Criminal Law: Origin, Development and Practice**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008. p. 157.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 158.

dos países-membros, os quais já possuem positivados em seus ordenamentos jurídicos os mesmos tipos penais e possuem a prerrogativa de exercer, inicialmente, a jurisdição penal.

Não haveria, portanto, uma suplementação da jurisdição interna ou externa, mas uma compatibilização entre ambas, resguardando-se a iniciativa do país-membro em exercer a sua. Ato contínuo, a Corte Internacional Penal não deve ser observada como uma instância recursal, visto que não integraria a jurisdição interna de um Estado, já que é uma via própria dotada da mesma prerrogativa de um país. Não haveria, assim, a exclusão de uma jurisdição, mas a sua complementação por outra.

Sobre esta característica, Jo Stigen⁵⁵ pontua que seu caráter complementar, abre diversas possibilidades de incidência da jurisdição penal internacional, de acordo com a compatibilização exercida pelo país-membro da Corte Penal Internacional. Ato contínuo, pugna⁵⁶ que, apesar de a jurisdição possuir natureza complementar, no plano fático esta pode ser compulsória ou opcional.

Sua natureza compulsória se manifestaria quando o próprio Estado adota uma postura omissiva, relegando, propositalmente, a sua jurisdição para um segundo plano e anuindo com a atuação estrangeira em seu território⁵⁷. Assim, trata-se da abstenção de uma faculdade, para que um órgão supranacional atue em seu lugar. A renúncia poderia se dar pela ausência de atuação, consciente de seus efeitos, ou por meio da modificação do ordenamento jurídico, pugnando que para determinados fatos a competência jurisdicional seria exclusiva da Corte Penal Internacional.

Já a hipótese opcional é a mais comum, e traduz, na prática, o conceito complementar da jurisdição. Tratar-se da análise individualizada de cada um dos casos, em que o ente político, ciente de que sua inércia não impedirá a atuação da

⁵⁵ STIGEN, Jo. **The Relationship Between the International Criminal Court and National Jurisdictions: The Principle of Complementarity**. Leidein: Martinus Nijhoff Publishers, 2008. p. 5.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 5.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 5.

Corte Penal Internacional, escolhe se pretende exercer a sua jurisdição ou não⁵⁸. Diferentemente da natureza compulsória, não há qualquer inércia do Estado, assim como não há normatização atinente. Vigem, assim, o princípio da complementariedade em sua plenitude, a ponto do ente político analisar, minuciosamente, cada caso, para decidir se irá exercer ou não a sua jurisdição, facultando ao Tribunal Penal Internacional o exercício de sua jurisdição, de acordo com a decisão tomada.

Todas as hipóteses descritas por Jo Stigen se reproduzem na própria análise em abstrato da soberania de um Estado. O caráter compulsório, o qual, em um primeiro momento resulta na conclusão de que a jurisdição internacional iria se sobrepor à jurisdição interna, na verdade só decorre pela conveniência do ente político⁵⁹. Esta só se materializaria na hipótese de o ente político alterar, de forma voluntária, o seu ordenamento jurídico para causar uma limitação própria ou ficar inerte.

O acolhimento deste modelo modifica, completamente, as antigas concepções existentes de soberania, porquanto a atividade jurisdicional, para os países-membros do Estatuto de Roma, deixou de ser uma atividade obrigatória e autoafirmativa. Não há obrigatoriedade em seu exercício, mediante o seu monopólio, mas a

⁵⁸ *Ibidem*, p. 5.

⁵⁹ DOMINGOS, Fernanda Teixeira Souza. A obtenção das provas digitais na investigação dos delitos de violência e exploração sexual infantil online. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da (Org.). Crimes Cibernéticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 247-248. A título exemplificativo: “Nos delitos cibernéticos de disseminação de **pornografia infantil via web**, é comum que no bojo dessas investigações em determinado país sejam identificados IPs e dados de conexão utilizados na **prática criminosa de usuários de Internet pertencentes a outro país**. Situação em que a polícia desse país envia as informações para o país onde os IPs identificados são alocados para que as investigações sejam desenvolvidas com relação às imagens e vídeos disseminados a partir desse local, **tanto por ser de atribuição do país investigar e processar os delitos cometidos a partir de seu próprio território, quanto por ser mais provável que o criminoso seja identificado no local de onde disseminou as imagens e vídeos. Nesses casos, em que há a troca pelas autoridades competentes de diferentes estados de informações relevantes às investigações que ocorre em geral por intermédio da INTERPOL, há a presunção de regularidade na obtenção e transmissão de tais informações conforme a legislação do país de origem. No entanto, afigura-se prudente que os investigadores submetam a prova ao Judiciário para validação e autorização de uso.**” (grifo nosso)

discricionariedade, seja ela reproduzida pela inércia, ou, positivada no ordenamento jurídico correspondente.

5 CONCLUSÃO

Pode-se dizer que a globalização, por suas próprias características intrínsecas e explícitas, ceifou a concepção *sine qua non* do isolamento do Estado soberano. A adaptação, portanto, virou uma condição de sobrevivência para qualquer ente político, independentemente dos efeitos provocados à formatação do Estado.

Nesse contexto, o Direito era a última fronteira de defesa de um ente político dotado de uma soberania imperativa. Contudo, sua submissão ao processo de internacionalização, e aqui destacando o Direito Penal, resultou na reconfiguração e readequação da soberania.

As vozes que pregam pela relativização da soberania, justificam que o ente político ainda conservou o seu poder, a ponto de decidir se pretende integrar-se à sociedade internacional, e até qual grau. Já as vozes que defendem por sua diminuição, defendem que a simples impossibilidade de seu exercício imperativo, resultou no surgimento de um vácuo o qual foi preenchido pelo processo de internacionalização de determinadas facetas.

O debate ainda prossegue. Todavia, mesmo no bojo da divergência, há um consenso de que a imperatividade do Direito Penal, devido à sua relativização ou diminuição, não mais se manifesta pela nova configuração pós-moderna. Inclusive, pela afetação causada, houve uma flagrante modificação na configuração estatal, pois seu critério qualificativo não mais se perfaz como outrora. Seu impacto, ademais, pode ser comparável com a queda dos Estados Absolutistas, mediante o fracionamento das atividades legislativas e jurisdicionais.

Para se garantir a sobrevivência do ente político houve necessidade de dividir os poderes exercidos, influenciando em uma nova configuração. O modelo de separação de poderes ainda persiste, contudo, pela nova configuração da sociedade internacional, dessa vez a soberania necessitou ser reconfigurada, individualmente, para acomodar os Estados na realidade vigente, sem prejuízo das conquistas pretéritas.

Nesse contexto, houve uma profunda alteração de toda a concepção clássica do Direito Penal, o qual deixou de ser visto apenas por uma só dimensão de cunho estatista, afigurando-se, na atualidade, como uma seara jurídica bidimensional, manifesta pelo prisma interno e externo.

A formatação atual do Direito Penal possui o condão de possibilitar ao Estado o ingresso e participação na sociedade internacional, exigindo, assim, a sua adequação aos parâmetros estabelecidos, concernentes à produção normativa no estrangeiro e o exercício jurisdicional por outro órgão, de modo que o acolhimento a um posicionamento contrário significa levar o ente político a uma posição de completo isolamento na seara globalizada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Aloízio Gonzaga de Andrade. O Direito e o Estado como Estruturas e Sistemas: Um Contributo à Teoria Geral do Direito e do Estado. Belo Horizonte: Ubirajara Coelho Neto, 2013.

ARENDR, Hannah. Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

ARZT, Gunther; ROXIN, Claus; TIEDEMANN, Klaus. Introdução ao estudo do Direito. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

AZAMBUJA, Darcy. Teoria Geral do Estado. 2ªed. São Paulo: Globo, 2008.

BASSOUNI, M. Cheriff. Crimes Against Humanity in International Criminal Law. 2ªed. Haia: Kluwer Law International, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. 44 cartas do mundo líquido moderno. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BETTERMAN, Karl August. "Rechtsprechung/rechtsprechende Gewalt" In ISENSEE, Josef; KIRCHOF, Paul (org.). Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1996.

BIKUNDO, Edwin. International Criminal Law: Using or Abusing Legality?. London: Routledge, 2014.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 26ªed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CUDWORTH, Erika; HALL, Timothy; MCGOVERN, John. The Modern State: Theories and Ideologies. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2007.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria Geral do novo processo civil. São Paulo: Malheiros, 2016.

DOMINGOS, Fernanda Teixeira Souza. A obtenção das provas digitais na investigação dos delitos de violência e exploração sexual infantil online. In:

EBERT, Udo. Derecho Penal: Parte General. Tradução de Said Escudero Irra. Pachuca: Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, 2005.

EL ZEIDY, Mohamed M. The Principle of Complementarity in International Criminal Law: Origin, Development and Practice. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. Garantismo Penal. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

FERREIRA, Érica Lourenço de Lima. Internet - Macrocriminalidade e Jurisdição Internacional. Curitiba: Juruá, 2007.

GEVORGYAN, Karen. Concept of State Sovereignty: Modern attitudes. Materials of conference devoted to 80th of the Faculty of Law of the Yerevan State University. Yerevan YSU Press, 2014, pp. 431 - 448. Disponível em: <http://ysu.am/files/Karen_Gevorgyan.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2019.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. Direitos Fundamentais Sociais: Releitura de uma Constituição Dirigente. 4ªed. Curitiba: Juruá, 2015.

HABERMAS, Jürgen. A Inclusão do Outro: estudos de teoria política. Tradução de Georger Sperber; Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

JAKOBS, Günther. A Imputação Penal da Ação e da Omissão. Barueri: Manole, 2003.

KELSEN, Hans. General Theory of Law and State. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

LOUGHLIN, Martin. Foundations of Public Law. Oxford: Oxford University Press, 2012.

MARTINS, Patrícia Fragoso. O Princípio do Primado do Direito Comunitário sobre as Normas Constitucionais dos Estados-Membros: Dos Tratados ao Projecto de Constituição Europeia. 1ªed. Estoril: Editora Princípia, 2006.

MÖLLERS, Christoph. The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers. Oxford: Oxford University Press, 2014.

MONAGHAN, Nicola. Criminal Law. 5ªed. Oxford: Oxford University Press, 2017.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O Espírito das Leis. Tradução de Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PELLEGRINI, Carlos Eduardo. Direito Penal Transnacional. São Paulo: Editora Baraúna, 2017.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ªed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da (Org.). Crimes Cibernéticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

SCHMITT, Carl. Teologia Política. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

STIGEN, Jo. The Relationship Between the International Criminal Court and National Jurisdictions: The Principle of Complementarity. Leidein: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões. Democracia e Jurisdição entre Texto e Contexto. São Paulo: Baraúna, 2012.

**INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
AO USO DE PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS NO DIREITO
BRASILEIRO**

*INOVATIONS INTRODUCED BY THE NEW CODE OF CIVIL
PROCEDURE TO USE OF PRECEDENTS JURISPRUDENTIAL IN
BRAZILIAN LAW*

Amanda BORTOLOTTI¹

Guilherme Helfenberger Galino CASSI²

RESUMO

O presente trabalho busca elucidar o uso dos precedentes judiciais no cenário brasileiro ante a normatização acerca do tema no Código de Processo Civil. Nesta senda, a ilustração do funcionamento no sistema americano é parte integrante do trabalho, eis que é dele que foi importado a teoria jurisprudencial ao Brasil. Para tanto, os fundamentos da decisão, apesar de não serem vinculantes, embasam os precedentes, visto que constituem a *ratio decidendi* de um processo, ou seja, as razões determinantes que levaram o magistrado a proferir aquele entendimento. Percebe-se, como resultado da pesquisa, que o que legitima um precedente na ordem jurídica é o amplo debate realizado pelas partes interessadas no processo, de modo que o contraditório se mostra de suma relevância, já que está previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e no Código de Processo Civil em vigência.

¹ Graduada em Direito pela FAE Centro Universitário. E-mail: bortolotti.amd@gmail.com

² Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental e Especialista em Direito Civil e Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado e professor universitário. E-mail: guilhermecassi@hotmail.com

Logo, os precedentes no Brasil possuem essas bases, contraditório e fundamentação, conceitos a partir dos quais este estudo é desenvolvido, especialmente para demonstrar as inovações trazidas na Lei nº 13.105/2015, conhecido como Novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Precedentes; Novo Código de Processo Civil; *ratio decidendi*.

ABSTRACT

This paper intends to elucidate the use of judicial precedents in the Brazilian scenario in view of the normalization about the subject in the Code of Civil Procedure. In this sense, the illustration of the operation in the American system is part of the work, because it is from it that the jurisprudential theory was imported into Brazil. Therefore, the grounds of the decision, while not binding, are based on precedents, whereas they constitute the *ratio decidendi* of a procedure, that is, the decisive reasons that led the magistrate to pronounce that understanding. It is perceived, as a result of the research, that what legitimates a precedent in the juridical order is the ample debate carried out by the interested parties in the process, so that the contradictory is shown of the utmost importance, since it is foreseen in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 and in the Code of Civil Procedure in force. Therefore, the precedents in Brazil have these bases, contradictory and grounding, concepts from which this study is developed, especially to demonstrate the innovations brought in Law 13.105/ 2015, known as New Code of Civil Procedure.

Keywords: Precedents; New Code of Civil Procedure; *Ratio decidendi*.

1 INTRODUÇÃO

Os precedentes judiciais não iniciaram a sua trajetória no Brasil somente após o advento da Lei nº 13.105/2015, todavia ganharam mais expressão no cenário

processual civil com a mencionada legislação. Isso porque o Código de Processo Civil atual buscou regular situações processuais de utilização compulsória de precedentes, especialmente com o conteúdo dos artigos 489, §1º, e bem como 926 e 927.

O problema a ser resolvido na presente pesquisa, ao seu turno, é responder se existiram alterações significativas frente à prática judicial antes consolidada no Brasil, bem como qual seria, diante da nova sistemática, a discricionariedade dos operadores do direito (sobretudo julgadores) para aplicar ou contrariar decisões anteriores em casos paradigmas.

Logo, com o intuito de iniciar a análise da sistemática dos precedentes na nova legislação, apresenta-se, nesta parte introdutória, os assuntos abordados ao longo deste estudo, bem como a ordem em que serão apresentados, o que sugere um pensamento crescente, desde a ideia da *ratio decidendi*, advinda da *common law*, até a fundamentação jurídica que gera o precedente na esfera do *civil law*, com os precedentes inseridos ou apenas normatizados no ordenamento jurídico brasileiro.

Adiante, no capítulo derradeiro, relata-se a força vinculante dos precedentes, de que maneira ocorre e quais os institutos adotados pelo Novo Código de Processo Civil, os quais podem ser entendidos como precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, tais como o incidente de resolução de demandas repetitivas e assunção de competência.

A sua abordagem foi primordialmente prática, com a apresentação dos precedentes no ordenamento jurídico (artigo 927 do Código de Processo Civil) com o conceito e exemplo de cada um deles, a fim de tornar este trabalho, inicialmente teórico, mais substancial.

Será a partir desses temas que se desenvolverá o presente estudo, com base na parte histórica, componentes e o que são os precedentes dentro do ordenamento jurídico brasileiro, na seara do que o Código de Processo Civil elenca.

2 PRECEDENTES E SEUS COMPONENTES ESSENCIAIS

Entende-se por precedente uma decisão judicial proferida com base em um caso concreto, cujo elemento normativo poderá – ou, conforme o caso, deverá – servir como orientação para o julgamento de casos futuros³. Em outras palavras, pode ser conceituado como a decisão de um tribunal ou juiz, tomada após um raciocínio sobre um caso jurídico concreto, e que posteriormente se converte em uma autoridade para o tribunal que decidiu a questão bem como para os demais tribunais de igual ou inferior instância, em demandas seguintes que versem sobre igual conteúdo.⁴

Sobre o tema, Medina analisa que, de uma decisão judicial, “deve se extrair uma *ratio* relativamente geral, embora obtida a partir do julgamento de um caso, que poderá ser replicada em outros julgamentos”⁵. Tal modelo é útil para “afastar a ideia de que, a cada nova decisão, o texto legal pode ser considerado como se não houvesse um histórico sobre como deve ser interpretado e aplicado”.⁶

Ao poderem ser replicados pelo Poder Judiciário, “os precedentes passam a ser um volante que direciona a atividade processual, em uma perspectiva do todo, com o claro intuito de fornecer maior racionalidade à atividade jurisdicional”.⁷

Os precedentes podem ser inicialmente exemplificados com as súmulas dos tribunais superiores, pois constituem enunciado normativo, o qual se revela com a

³ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil 2 – Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 10ª ed. Salvador Editora JusPodivm. 2015, p. 441.

⁴ RAMIRES, Maurício; **Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro**, Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2010, p. 68

⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**, 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 894.

⁶ *Ibidem*, p. 898.

⁷ DE MACÊDO, Lucas Buril. **O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo | vol. 237/2014 | p. 369-392 | Nov / 2014DTR\2014\17948.

ratio decidendi (norma geral), de uma jurisprudência dominante, logo, pode ser entendido como reintegração de precedente.⁸

Esses comandos são tomados como a própria *ratio decidendi*, pois a concretização de uma súmula é feita à luz de casos concretos⁹, que ocorreram de maneira reiterada, o que demandou o tribunal superior elaborar um entendimento preciso e simples sobre aquele assunto.

Destaque importante faz-se ao fato de que a doutrina costuma decompor o precedente judicial em duas partes: (a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia e (b) a tese ou princípio jurídico assentado na motivação, ou seja, a *ratio decidendi* do provimento judicial.¹⁰

Tem-se que o precedente versa exclusivamente acerca de uma questão jurídica encadeada sobre um caso concreto, desse modo, o direito não pode desvincular do caso que lhe deu origem¹¹.

Assim, a *ratio decidendi* pode ser definida como a essência da decisão, sendo que na sua ausência o pronunciamento judicial perderia sua razão e significado¹². Dessa forma, ao encontrar a *ratio* o precedente está descrito e poderá confrontar com demais casos a fim de verificar a identidade para eventual aplicação.

Ainda, para Michele Taruffo, a *ratio* compreende na regra de direito que foi posta como direito fundamento da decisão acerca de fatos específicos do caso em

⁸ DIDIER JR, Fredie. **Op. cit**, p. 487.

⁹ **Idem**

¹⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito, cit., p. 1 2. Apud DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil 2 – Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 10ª ed. Salvador Editora JusPodivm. 2015, p. 441.

¹¹ BORTOLOTTI, Amanda. VETORAZZI, Karlo Messa. **Direito Jurisprudencial e fundamentação decisória**. Caderno PAIC FAE Centro Universitário, v. 18, n. 1, 2017.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 196.

análise, sendo a razão jurídica efetiva da decisão.¹³ Já William Pugliese adota o entendimento que esse instituto refere-se às premissas necessárias à decisão.¹⁴

Com base nos costumes, é correto afirmar que a única “parte” do precedente que é formalmente vinculante é a *ratio decidendi*.¹⁵

Importante destacar que há, ainda, outro elemento das decisões judiciais denominado *dictum*¹⁶, cujo conceito, todavia, não se confunde com o de *ratio decidendi*. Em realidade, *dictum* corresponde à afirmações feitas na decisão que, porém, não se mostram necessárias para o deslinde do litígio.

Para Fredie Didier Jr. são argumentos expostos somente na motivação do pronunciamento judicial, sendo juízos normativos acessórios, provisórios e secundários que não influenciam de forma relevante a decisão¹⁷. Na mesma linha, Pugliese afirma que o *dictum*, ou *obiter dicta* são argumentos de passagem, que não se revelam essenciais para a manutenção do julgado.¹⁸

Tem-se, por exemplo, digressões, exemplos, simulações ou conjecturas apresentadas por órgão julgador em uma determinada decisão. No entanto, esta figura não merece ser desprezada do precedente, uma vez que embora não seja um, pode sinalizar uma futura orientação do tribunal.¹⁹

¹³ TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Tra. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez. 2014. Disponível em:<<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em 14 abr. 2018.

¹⁴ PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.79.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Op. cit.**, p. 223.

¹⁶ RAMIRES, Maurício. **Op. cit.**, p. 69.

¹⁷ DIDIER JR, Fredie. **Op. cit.**, p.430.

¹⁸ PUGLIESE, William. **Op. cit.**, p. 79.

¹⁹ DIDIER JR, Fredie. **Op. cit.**, p. 445.

Diferentemente da *ratio decidendi*, o *dictum* não é vinculante (é tido como meramente circunstancial no caso), ou seja, é visto como uma opinião.

2.1 Diferença entre *Ratio Decidendi* e Coisa Julgada

A ideia dos precedentes judiciais vem juntamente atrelada a sua vinculação, como explicado, mas o que está por trás desse enlace com decisões passadas é a coisa julgada a qual se forma no dispositivo.

O próprio Código de Processo Civil traz o conceito de coisa julgada em seu artigo 502: “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.”²⁰ Este enunciado normativo recai acerca do pedido, ou seja, sobre o mérito da ação.²¹

Para Fredie Didier Jr., a coisa julgada seria uma “autoridade”, no sentido de que esta possui força para determinar a decisão judicial como obrigatória e definitiva.²²

No mais, a coisa julgada tem como seu limite objetivo o dispositivo da decisão, o comando judicial, por exemplo, “pague-se”; e o limite subjetivo *inter partes* (artigo 506, Código de Processo Civil), nesse sentido, somente vale para as partes envolvidas no processo que participaram do contraditório.²³

De outro lado, o precedente apresenta efeitos jurídicos diversos. No que tange ao limite objetivo, a eficácia vinculante refere-se a *ratio decidendi* presente na fundamentação; subjetivo equivale com efeito *erga omnes*; já os instrumentos de controle perpassam sobre dois aspectos, preventivo e repressivo. O primeiro possui a

²⁰ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**, Brasília, DF, Código de Processo Civil. Artigo 502. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 14 abr. 2018.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre a questão**. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 241.

²² DIDIER JR, Fredie. **Op. cit.**, p. 513.

²³ **Ibidem**, p. 473.

intervenção do *amicus curie* antes da formação do precedente; já este é o mecanismo de superação, conhecido como *overruling*, ou superação do precedente.²⁴

2.2 Precedentes e Segurança Jurídica

Como observado anteriormente, a existência dos precedentes se justifica pela busca de confiança do jurisdicionado, a fim de garantir da segurança jurídica e a estabilidade do ordenamento jurídico. Vale destacar, porém, que a confiança no Poder Judiciário não advém da imutabilidade da decisão, da coisa julgada, já que a confiança é gerada pela prestação jurisdicional, assim como ocorreu a fundamentação e de como os casos semelhantes são decididos de forma idêntica²⁵. O que justifica o respeito aos precedentes é a igualdade, segurança jurídica e a previsibilidade.²⁶

A segurança jurídica pode ser analisada de uma visão objetiva, segundo Marinoni, para que os pronunciamentos judiciais tenham estabilidade. Dessa maneira, é importante frisar que a estabilidade não se configura apenas na continuidade do direito legislado, mas também no respeito às decisões judiciais, isto é, precedentes. Visto que de pouco adiantaria existir uma legislação estável e ao mesmo tempo uma intensa alternância das decisões judiciais.²⁷

O que torna interessante a utilização deste instituto é a orientação que traz ao cidadão, consoante ensinamentos de Marinoni, uma vez que lhes diz a maneira como devem se comportar. Além disso, traz a previsibilidade sobre o resultado das demandas judiciais, ofertando, assim, segurança maior que a legislação do direito positivo.²⁸

Essa orientação jurídica é importante para que as pessoas extraiam das decisões a maneira como devem agir em determinar situações, eis que se ocorrer

²⁴ *Idem*

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**, p. 140.

²⁶ *Idem*, p. 79.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**, p. 130.

²⁸ *Ibidem*, p. 95.

algo que extrapole a legislação e o entendimento do Poder Judiciário ela saberá que certamente haverá consequências e não que eventualmente poderá lhe algo.

Ocorre muitas vezes que após a comparação do precedente com o caso sob julgamento percebe-se que há diferenças e o precedente arguido não poderá ser utilizado, o que significa uma diferenciação de casos, então fala-se, no *common law*, em *distinguishing*.²⁹

As situações fáticas nem sempre são suficientes para verificar que o precedente não é aplicável. Para realizar o *distinguishing*, não é suficiente o julgador indicar fatos diferentes, é necessário argumentar para demonstrar que a distinção é material, e assim concluir que não é possível aplicar o precedente. Desse modo, percebe-se que não é qualquer diferença que irá justificar o *distinguishing*.³⁰

Assim, a distinção explicada é essencial no universo dos precedentes, uma vez que não deixa o direito estático, sendo que o juiz é livre para atuar dentro dos limites impostos pelas decisões anteriores e o caso em discussão.

3 A EVOLUÇÃO DOS PRECEDENTES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E O POTENCIAL CONFLITO COM OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS

A evolução dos precedentes na Lei nº 13.105/2015 é percebida sensivelmente quando comparada com os diplomas anteriores, especialmente ao se verificar que, anteriormente, a *ratio decidendi* das decisões dos Tribunais Superiores não se mostrava obrigatória, o que reduzia a praticidade e rapidez do sistema.³¹

²⁹ *Ibidem*, p. 326.

³⁰ *Ibidem*, p. 327-328.

³¹ BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; THEODORO JUNIOR, Humberto. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 328.

O Decreto-Lei nº 1.608/1939 (Código de Processo Civil de 1939) tinha como tendência dar maiores poderes ao magistrado, principalmente instrutórios, bem como a busca pela oralidade³², como percebe-se com a leitura dos artigos 120, parágrafo único; 227; 245; e 246.

Em termos de fundamentação, o artigo desta legislação a ser observado é o artigo 118, parágrafo único, cujo teor prescreve que “o juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento”.³³

Cumprido ressaltar que, da mesma forma que inexistia instituto para a vinculação das decisões judiciais, tampouco o Código era repressivo em caso descumprimento de tese vinculante dos tribunais superiores. Logo, a fundamentação do magistrado não estava atrelada a pronunciamentos judiciais prolatados por tribunais hierarquicamente acima do juiz de primeiro grau, porém deveria motivar seu posicionamento.

Dessa forma, havia um limite para as atuações jurisdicionais desde o Código de 1939, o que cada vez mais vinculativo e restritivo com os Códigos de 1973 e 2015.

Já o Código revogado, Lei nº 5.869/1973, previa em seu artigo 131 que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”³⁴

A partir da leitura desse dispositivo infere-se que a apreciação de provas pelo magistrado ocorria de maneira livre, no entanto, motivada. Assim, o julgador tinha o

³² VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **História do Processo: Uma Análise do Código de Processo Civil De 1939 Sob o Prisma Terminológico**. BuscaLegis.ccj.ufsc.br / Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9201-9200-1-PB.pdf>> Acesso:21/07/2018.

³³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**, Brasília, DF, Código de Processo Civil. Artigo 118. 6. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De1608.htm> Acesso em: 19 abr. 2018.

³⁴ BRASIL. **Lei nº 5.869, 11 de janeiro de 1973**. Artigo 131. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869/impresao.htm>. Acesso em: 19 abr. 2018.

poder discricionário para valorar as provas, e a partir delas, criava seu próprio convencimento, uma vez que determinava quais eram mais relevantes.³⁵

Todavia com a entrada em vigência da Lei nº 13.105/2015, as provas devem ser apreciadas na seguinte maneira, na forma do artigo 371: “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões de formação de seu convencimento.”³⁶

Assim, conforme infere-se do texto legal, não há mais a presença da liberdade no convencimento. A justificativa para essa mudança foi que os magistrados utilizavam essa ferramenta do livre convencimento como mero artifício para esconder suas objeções pessoais.³⁷

No entanto, ocorre que, em que pese não haja mais previsão do livre convencimento motivado, este não deixou de existir, consoante observa-se com a leitura do artigo 372 do CPC/2015: “o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.”

3.1 Princípios Processuais Aplicável no Âmbito dos Precedentes

Os princípios processuais estão intimamente ligados a ideia de precedentes, principalmente no que tange ao contraditório, pois é dever do julgador dar a oportunidade às partes influenciarem na sua decisão. Sua aplicação é de suma

³⁵ RAMOS, Gustavo Henrique de Souza. **A força vinculativa dos precedentes judiciais sobre o livre convencimento do magistrado.** Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, 169-196, 2017, p. 174. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/169/158>> Acesso em: 04 abr. 2018.

³⁶ BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015.** Artigo 371. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 23 abr. 2018.

³⁷ RAMOS, Gustavo Henrique de Souza. **Op. cit.**

importância, especialmente quando um dos litigantes indica a aplicação de determinado precedente, logo será por meio do contraditório que a parte adversa poderá invocar o *distinguishing* ou até mesmo o *overruling*.

O contraditório é o direito de participação em igualdade na preparação do provimento (simétrica paridade de armas).³⁸ Este princípio está substanciado na Constituição da República Federativa do Brasil no artigo 5º, inciso LV³⁹, logo, reveste-se como uma garantia fundamental.

Com a vigência do Código de Processo Civil, este princípio é uma “condição institucional de realização de uma argumentação jurídica consistente e adequada [...]”⁴⁰, eis que possibilita a influência da parte na decisão judicial (dimensão substancial) ou a participação em atos processuais, como audiência, ser comunicado (dimensão formal).⁴¹

Com o contraditório substancial há o impedimento de decisão surpresa, conforme artigo 9º do Código de Processo Civil, que se entende que as decisões judiciais não podem surpreender a parte que terá que suportar as consequências⁴², o ônus do pronunciamento judicial e sua decisão.

Este princípio mostra-se necessário no universo dos precedentes judiciais, pois o juiz é um dos sujeitos do contraditório, seja para concordar com precedentes

³⁸ FAZZALARI, Elio. *Intituzioni di diritto processuale*. 8. Ed. Pádua: Cedam, 1996. Apud BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; THEODORO JUNIOR, Humberto. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 112.

³⁹ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.: Acesso em: 23 abr 2018.

⁴⁰ BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; THEODORO JUNIOR, Humberto. **Op. cit.**, p. 112.

⁴¹ DIDIER JR, Fredie. **Op. cit.**, p. 92.

⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – teoria geral do processo civil, processo de conhecimento, procedimento comum**. 58ª edição, editora Forense, volume 1, Rio de Janeiro, 2016, p. 102.

aventados pelas partes ou discordar (*distinguishing*) até mesmo para eventual superação (*overruling*)⁴³.

3.2 Dever de Fundamentar

De acordo com o artigo 93, inciso IX da Constituição da República Federativa do Brasil, toda decisão deve ser fundamentada, sob pena de nulidade e com o sistema jurídico pautado em precedentes, a fundamentação é o núcleo, a fim de exigir maior qualidade dos atos decisórios.⁴⁴

Em que pese a vigência deste artigo na Constituição, anteriormente ao Código de Processo Civil de 2015, era comum pronunciamento judicial que apenas limitavam-se a repetir os termos postos na lei ou de ementas e excertos jurisprudenciais ou doutrinários, o que não é mais aceito.⁴⁵

Ocorre que o diploma processual civil atual inseriu o artigo 489, parágrafo primeiro, o que declara que as hipóteses lá elencadas não serão consideradas como fundamentos de uma decisão judicial.⁴⁶

Assim, para ter um pronunciamento judicial acertadamente fundamentado é preciso que o juiz de maneira explícita identifique as questões de fato essenciais da causa e aponte a tese jurídica adotada a fim de chegar a sua conclusão. Não se pode deixar de indicar os motivos que adotou ou não precedente, uma tese jurídica

⁴³ BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; THEODORO JUNIOR, Humberto. **Op. cit.**, p. 157.

⁴⁴ BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria; DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. 10ª edição, editora JusPodivm, 2015, Salvador, p. 470.

⁴⁵ BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; THEODORO JUNIOR, Humberto. **Op. cit.**, p. 332.

⁴⁶ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**, Brasília, DF, Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>; Acesso em: 25 abr. 2018.

aventada pela parte litigante, isto respeita os artigos 489, §1º e 927, §1º do Código de Processo Civil.⁴⁷

Para expor a sua convicção deve o magistrado fundamentar.⁴⁸ Essa fundamentação decorre de um processo democrático, sintetizado na cooperação dos atores processuais envolvidos⁴⁹ e na publicidade da decisão judicial.⁵⁰ Vale ressaltar que nesse ambiente construído de devido processo legal, a fundamentação não deve ser limitada ao magistrado, mas, também, aos litigantes.⁵¹

Nesse cenário, como fundamentação entende-se como “aquela que leva a sério os argumentos, teses e provas de ambas as partes e, portanto, não é sinônimo de decisão longa e de difícil compreensão.”⁵²

Um ponto necessário fundamentação é a lógica e a organização da exposição de seu conteúdo, por exemplo, a análise das questões de admissibilidade deve ser feita antes do mérito, sendo que na sequência deve-se observar as questões de fato e posteriormente de direito.⁵³

Ao invocar um precedente judicial em sua fundamentação o magistrado está dispensado de enfrentar os fundamentos jurídicos já discutidos e consolidados no precedente, conforme dispõe o Enunciado 524 do Fórum Permanente de

⁴⁷ BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria; DIDIER JR, Fredie. **Op. cit.**, p. 471.

⁴⁸ **Ibidem**, p. 314.

⁴⁹ BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; THEODORO JUNIOR, Humberto. **Op. cit.**, p. 328.

⁵⁰ ARENHART, Sergio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil – Tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II**. 2ª edição, São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 415.

⁵¹ BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; THEODORO JUNIOR, Humberto. **Op. cit.**, p. 332.

⁵² **Ibidem**, p. 328.

⁵³ BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria; DIDIER JR, Fredie. **Op. cit.**, p. 319.

Processualistas Civis de 2017⁵⁴ e Enunciado 13⁵⁵ e 19⁵⁶ da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam).

Tal segmento entra em consonância a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual já previa que todo ato emanado do Poder Público deve ser fundamentado (artigo 93, IX). Assim, em que pese a determinação constitucional desta ordem, o órgão julgante o ignorava e decidia de forma arbitrária e voluntária.⁵⁷

Dessa forma, uma parte da doutrina entende que a positivação dos precedentes e a necessidade do juiz de observar decisões das Cortes Superiores limitá-lo-ia, eis que o magistrado não estaria exercendo a sua função, qual seja, julgar.⁵⁸

4 SISTEMA DE PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

⁵⁴ EFPPC. **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis:** Enunciado 524. Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. “O art. 489, §1º, IV, não obriga o órgão julgador a enfrentar os fundamentos jurídicos deduzidos no processo e já enfrentados na formação da decisão paradigma, sendo necessário demonstrar a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele já apreciado.” Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPCC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso: 12 out. 2018.

⁵⁵ EFAM. **Enunciados aprovados no seminário: O poder judiciário e o novo código de processo civil.** Enunciado 13. “O art. 489, § 1.º, IV, do CPC/2015 não obriga o juiz a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido enfrentados na formação dos precedentes obrigatórios. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2018.

⁵⁶ EFAM. **Enunciados aprovados no seminário: O poder judiciário e o novo código de processo civil.** Enunciado 19. “A decisão que aplica a tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos não precisa enfrentar os fundamentos já analisados na decisão paradigma, sendo suficiente, para fins de atendimento das exigências constantes no art. 489, § 1.º, do CPC/2015, a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele apreciado no incidente de solução concentrada” Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2018.

⁵⁷ LUNELLI, Guilherme. **Direito sumular e fundamentação decisória no CPC/2015.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 25.

⁵⁸ RAMOS, Gustavo Henrique de Souza. *Op. cit.*, p. 160.

Os precedentes fazem parte significativa do ordenamento jurídico com a vigência da Lei nº 13.105/2015, a fim de uniformizar o sentido das decisões judiciais, com o objetivo de oferecer segurança jurídica ao jurisdicionado.

Foram instituídos dois artigos na Lei Adjetiva Civil que positivam os precedentes e ordenam a sua vinculação com o seguimento pelos tribunais inferiores: artigos 926 e 927.

O conceito de precedente no sistema jurídico brasileiro e conseqüentemente a obrigatoriedade em seguir precedentes está inserido no artigo 926 no Código de Processo Civil o qual estabelece que os tribunais devem zelar pela sua jurisprudência para que esta se mantenha uniforme, íntegra e coerente.⁵⁹

Este artigo traz como paradigma a necessidade do magistrado observar a orientação do plenário ou do órgão especial do tribunal ao qual estiver vinculado para fundamentar corretamente seu pronunciamento⁶⁰.

O artigo 927 da Lei nº 13.105/2015 definitivamente instituiu os precedentes judiciais no sistema *civil law*, com o objetivo de enfrentar a litigiosidade repetitiva no sistema jurídico brasileiro, logo merece uma atenção diferenciada.

Os itens propostos neste artigo devem ser entendidos como vinculantes obrigatórios⁶¹, assim, na interpretação deste artigo, conclui-se que tanto o juiz de primeiro grau como o de tribunais devem observar as súmulas, acórdãos e entendimentos considerados vinculantes.⁶²

⁵⁹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, Brasília, DF, Código de Processo Civil. Artigo 926. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 28 set. 2018.

⁶⁰ FERNANDES, Luis Eduardo Simardi. Artigo 927. In: APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; CRUZ E TUCCI, José Rogério; DOTI, Rogéria Fagundes; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; MARTINS, Sandro Gilbert (orgs.). **Código de Processo Civil Anotado**. Associação dos Advogados de São Paulo. OAB Paraná, 2015, p. 1452.

⁶¹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. Artigo. 927. In: _____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1222.

⁶² PUGLIESE, William. *Op. cit.*, p. 94.

Para tanto, passa-se a análise de cada um dos incisos do artigo 927 do Código de Processo Civil.⁶³

4.1 Decisões do Supremo Tribunal Federal em Controle Concentrado de Constitucionalidade

São as decisões oriundas do julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.⁶⁴

Nesse sentido, as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, tem eficácia contra todos - *erga omnes* - e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário bem como à Administração Pública direta e indireta, em todas as esferas de governo. O objeto do julgamento consiste em desfazer os efeitos normativos (efeitos gerais) da lei ou ato - a eficácia da sentença tem exatamente esse efeito, e isto tem valor geral, evidentemente, e vincula a todos.⁶⁵

Esse dispositivo já encontrava respaldo no ordenamento jurídico no artigo 102, §2º da Constituição da República Federativa do Brasil/1988, logo a Lei nº 13.105/2015 apenas entrou em consonância com a Carta Magna no que tange a vinculação e a ideia de precedente quanto a este item.

⁶³ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**, Brasília, DF, Código de Processo Civil. Artigo 927. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 23 set. 2018.

⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. Artigo 927. In: _____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Op. cit.*, p. 1222.

⁶⁵ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 54.

Como exemplo desse precedente pode ser citado a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 recebida em parte como Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-DF⁶⁶, a qual reconheceu a união homoafetiva.

4.2 Enunciados de Súmula Vinculante

A súmula vinculante foi instituída no ordenamento jurídico brasileiro com a Emenda Constitucional nº 45/2004, com a inclusão do artigo 103-A na CRFB/1988.⁶⁷

Esse instituto busca resolver casos idênticos, por meio de simples silogismo, com o objetivo de invocar a sua utilização sempre que houve situações iguais ao jurisdicionado.⁶⁸

A súmula vinculante tem o objetivo dar validade a interpretação e a eficácia de normas determinadas de multiplicidade de casos idênticos das quais tenha controvérsia entre os órgãos do Poder Judiciário ou da Administração Pública que decorre em insegurança jurídica.⁶⁹

Em outro sentido, Streck e Abboud relatam que as súmulas vinculantes não tem poder de precedentes, pois igualam-se às normas legais, uma vez que possui texto abstrato e direto, sem fazer qualquer menção ao caso que lhe originou.⁷⁰

⁶⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-DF. Relator: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198. Divulgado 13-10-2011. Publicação 14-10-2011. Ementa Vol-02607-01 PP-00001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>> Acesso em: 30 set. 2018.

⁶⁷ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF. Artigo 103-A. Disponível Acesso em: 23 set 2018.

⁶⁸ ABOUD, Georges. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado. 2ª edição, 2014, p. 54.

⁶⁹ TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Manual de Direito Constitucional**. 2ª edição, São Paulo: editoria Saraiva, 2015, p. 206.

⁷⁰ ABOUD, Georges. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**... p. 59.

Portanto, a súmula vinculante, como seu próprio nome sugere vincula a todos do Poder Judiciário bem como da Administração Pública, logo, deve ser aplicada no caso em que foi editada.

4.3 Acórdãos em Incidente de Assunção de Competência ou de Resolução de Demandas Repetitivas e em Julgamento de Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos

O incidente de assunção de competência está no disposto no artigo 947 do Código de Processo Civil e tem como objetivo prevenir ou dirimir controvérsia a respeito de certa matéria além disso orienta os membros do tribunal e os juízes a ele submetidos por meio de formação de precedente ou jurisprudência vinculante.⁷¹

Ainda, o respectivo incidente visa à formação de precedentes vinculantes, no entanto tem papel preventivo, já que se aplica previamente à configuração do indesejável dissídio jurisprudencial.⁷²

A causa a ser debatida envolve questão de direito, com grande repercussão social, a fim de justificar a apreciação do plenário, órgão especial ou outro órgão previsto no regimento interno. O incidente pode ser instaurado em qualquer julgamento jurisdicional cível, desde que respeite os itens retro propostos.⁷³

Neste momento, passe-se a análise do incidente de resolução de demandas repetitivas.

⁷¹ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Op. cit.**, p. 1024.

⁷² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Op. cit.**, p. 916.

⁷³ DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 1230-1231.

Tem como objetivo evitar processos repetitivos, que envolvam a idêntica matéria de direito, a fim de garantir maior isonomia e segurança jurídica.⁷⁴ De acordo com o Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Civil, o incidente “consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta.”⁷⁵

Não se trata de recurso, mas de um incidente instaurado para o julgamento de recursos, remessa necessária ou processo de competência originária. Nesse molde, a tese desenvolvida neste incidente servirá como parâmetro para o julgamento de processos que versem acerca de igual matéria de direito bem como esteja vinculado vertical e horizontalmente à aquele tribunal que decidiu a questão.⁷⁶

Em resumo, com a existência de uma questão comum de direito, repetida em diversos processos poderá ser instaurado o incidente, com o objetivo de ser formado um “modelo” do conflito repetitivo, para que a questão jurídica controvertida seja levada à apreciação do tribunal. Este tribunal deve todos os interessados, para que profira decisão completa. Por outro lado, enquanto tramitar o incidente, todos os processos que versem sobre igual matéria deverão permanecer sobrestados, aguardando a definição da tese jurídica. Com o julgamento, compreendidos os eventuais recursos, a tese jurídica firmada no incidente será aplicável aos processos em curso e aos seguintes, até que haja superação ou revisão.⁷⁷

⁷⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Op. cit.**, , p. 1052.

⁷⁵ **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil /Comissão de Juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.** Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas 2010, p. 28. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1>> Acesso em 14 out 2018.

⁷⁶ DONIZETTI, Elpídio. **Op. cit.**, p. 1280.

⁷⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; TEMER, Sofia. **O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do Novo Código de Processo Civil.** Revista dos Tribunais Online. Vol. 243/2015, p. 283-331, maio-2015, DTR/2015/7913. Disponível em: <www.amatra1.com.br/material/Texto_referencia_ALUISIO.pdf> Acesso: 22 jun. 2018.

Vale ressaltar que o incidente de resolução de demandas repetitivas e assunção de competência tem efeito vinculativo de segundo grau.⁷⁸

Ainda, no inciso III do artigo 927 do Código de Processo Civil há o julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.

As cortes superiores são tribunais de interpretação e formação de precedente, logo analisam em uma única oportunidade questões consideradas repetitivas, com o julgamento em bloco, a fim de harmonizar um novo perfil de entendimento.⁷⁹

Esse julgamento ocorre com a seleção de dois ou mais recursos representativos da controvérsia, que são encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça a depender da matéria a ser julgada.⁸⁰

Neste esteira, a Lei Adjetiva Civil destina esse julgamento para produzir eficácia pacificadora de múltiplos litígios, com o estabelecimento de tese aplicável a todos os recursos em que se debata a mesma questão de direito. Possui com principal objetivo estabelecer a tese de direito a ser aplicada em outros recursos em matéria infraconstitucional ou constitucional.⁸¹

4.4 Enunciados das Súmulas do Supremo Tribunal Federal em Matéria Constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em Matéria Infraconstitucional

Em que pese Streck e Abboud entendam que é temerário adotar as súmulas como precedentes, como explicado anteriormente, o Código as inseriu como modalidade dos tribunais de maneira horizontal e vertical adotarem o posicionamento por elas instituído.

⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. Artigo 927. In: _____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). ..., p. 1242.

⁷⁹ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Op. cit.**, p. 1132.

⁸⁰ DONIZETTI, Elpídio. **Op. cit.**, p. 1387.

⁸¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Op. cit.**, p. 1132.

No mais, o Código de Processo Civil ao adotar esse inciso não demonstra nenhuma distinção entre as súmulas vinculantes e as súmulas “convencionais”, vez que iguala as duas de modo que os tribunais, os juízes de primeiro grau devem adotá-las de forma vinculante. A única diferença relevante acerca dessa discussão é que o Supremo Tribunal Federal definiu por meio de seu julgados que não cabe reclamação contra a súmula “convencional”, de acordo com a Rcl 3.979.⁸²

4.5 Orientação do Plenário ou Do Órgão Especial aos quais Estiverem Vinculados

A orientação do plenário ou do órgão especial deverá vincular os demais órgãos fracionários a que estiver submetido. Esse seguimento impõe a isonomia e a integridade das decisões judiciais daquele determinado tribunal, o que evita decisões dissonantes entre câmaras, seções ou turmas. Nesse mesmo sentido, o próprio Tribunal está ateadado às decisões que foram tomadas pelo Pleno.⁸³

Denomina-se órgão especial aquele que possui atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas pelo tribunal pleno, de acordo com o artigo 93, inciso XI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.⁸⁴

O artigo 927, §§3º e 4º do Código de Processo Civil prevê acerca de futura modificação da jurisprudência ou teses adotadas nos tribunais superiores, neste caso o Código autoriza a modulação dos efeitos dessa alteração, se for do interesse social ou tiver como propósito garantir a segurança jurídica.

⁸² STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. Artigo 927. In: _____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Op. cit.**, p. 1243.

⁸³ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. Artigo 927. In: _____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Op. cit.**, p. 1244.

⁸⁴ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.” Acesso em: 14 out. 2018.

Desta feita, é a partir desses artigos que o Código de Processo Civil inova e traz à tona no sistema *civil law* os precedentes judiciais advindos do *common law*. A fim de haver uma aplicação nobre deste instituto é essencial que os magistrados observem tal normatização evitando decisões conflitantes, desse modo assegurando a segurança jurídica.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve o escopo de demonstrar os precedentes no âmbito do processo civil brasileiro, bem como sua evolução histórica e sua devida aplicação.

Com o advento do Código de Processo Civil, com a vigência a partir de 18 de março de 2016, a utilização dos precedentes ganhou força, com decisões vinculantes, advindas de tribunais superiores, a fim de uniformizar a jurisprudência, conforme ordena o artigo 926 do Código de Processo Civil.

A ideia central dos precedentes e o motivo de sua inserção foi para evitar a “loteria” que existia no Judiciário, uma vez que no momento da distribuição do processo, o advogado almejava que sua demanda fosse encaminhada para determinada vara, pois o entendimento daquele magistrado era favorável ao seu posicionamento.

Este processo feria totalmente a segurança jurídica, já que os juízes decidiam “motivadamente” conforme suas convicções, sem observar qual a posição das cortes superiores acerca daquele tema.

Todavia, com a inserção dos precedentes, essa mudança de mentalidade dos magistrados não ocorrerá repentinamente, já que estes julgadores foram formados na escola do Código de 1973 e poucos até pelo de 1939, os quais não preservavam os precedentes. Logo, percebe-se que a base da Lei nº 13.105/2015 com preceitos na fundamentação voltada ao processo e as discussões ofertadas pelas partes, não

fazem parte da rotina dos gabinetes, o que deve ser mudado, de forma lenta ao longo dos anos.

Dessa forma, com o objetivo de garantir a devida observância e aplicabilidade dos precedentes e toda a sua carga, deve haver uma atuação dos advogados, sem receio de opor embargos de declaração, caso a decisão de não siga os comandos do artigo 489, §1º do Código de Processo Civil e o ajuizamento de reclamação, na forma dos artigos 988 a 993 do mencionado diploma processual para fins de resguardar os precedentes judiciais.

Diante do exposto, o objetivo do Código de Processo Civil de 2015 em trazer como alicerce os precedentes foi exercido de maneira correta, para garantir o que já foi exaustivamente tratado neste estudo: segurança jurídica e previsibilidade dos comandos judiciais, cabe apenas os sujeitos do processo exercê-los.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado. 2ª edição, 2014.

Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil /Comissão de Juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas 2010, p. 28. Disponível em: <

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequencia=1>> Acesso em: 14 out. 2018.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; CRUZ E TUCCI, José Rogério; DOTTI, Rogéria Fagundes; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; MARTINS, Sandro Gilbert (orgs.). **Código de Processo Civil Anotado.** Associação dos Advogados de São Paulo. OAB Paraná, 2015.

ARENHART, Sergio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil – Tutela dos direitos mediante procedimento comum.** Volume II. 2ª edição, São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado.** 3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; THEODORO JUNIOR, Humberto. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BORTOLOTTI, Amanda. VETORAZZI, Karlo Messa. **Direito Jurisprudencial e fundamentação decisória.** Caderno PAIC FAE Centro Universitário, v. 18, n. 1, 2017.

BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria; DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória.** 10ª edição, editora JusPodivm, 2015, Salvador.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939,** Brasília, DF, Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 19 abr. 2018.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973,** Brasília, DF, Código de Processo Civil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em: 04 abr. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**, Brasília, DF, Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 14 abr. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-DF. Relator: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198. Divulgado 13-10-2011. Publicação 14-10-2011. Ementa Vol-02607-01 PP-00001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 30 set. 2018.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DE MACÊDO, Lucas Buriel. **O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo | vol. 237/2014 | p. 369-392 | Nov / 2014DTR\2014\17948.

DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil – **Introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19ª edição, 2017, volume 1, editora JusPodivm, Salvador.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil 2 – Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 10ª ed. Salvador Editora JusPodivm. 2015.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

LUNELLI, Guilherme. **Direito sumular e fundamentação decisória no CPC/2015.**

Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre a questão.** 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**, 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

PUGLIESE, William. **Precedentes e a *civil law* brasileira.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

RAMIRES, Maurício; **Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro,** Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2010.

RAMOS, Gustavo Henrique de Souza. **A força vinculativa dos precedentes judiciais sobre o livre convencimento do magistrado.** Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, 169-196, 2017. Disponível em:

<<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/169/158>> Acesso em: 04 abril 2018.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência.** Tra. Chiara de Teffé.

Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez. 2014. Disponível

em:<<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em 14 abr. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum - vol III.** 47^a ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Manual de Direito Constitucional.** 2^a edição, São Paulo: editoria Saraiva, 2015.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **História do Processo: Uma Análise do Código de Processo Civil De 1939 Sob o Prisma Terminológico.** BuscaLegis.ccj.ufsc.br / Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9201-9200-1-PB.pdf>> Acesso:21/07/2018.

A BILATERALIDADE ATRIBUTIVA NO ATIVISMO JUDICIAL DIANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ATIVISMO JUDICIAL VERSUS PURISMO JURÍDICO, UMA TENTATIVA DE DESCRER O CONCEITO DE BILATERALIDADE ATRIBUTIVA

THE ATTRIBUTIVE BILATERALITY IN JUDICIAL ACTIVISM BEFORE THE SUPREME FEDERAL COURT - JUDICIAL ACTIVISM VERSUS LEGAL PURISM, AN ATTEMPT TO DESCRIBE THE CONCEPT OF ATTRIBUTIVE BILATERALITY

Isis Steuernagel DREYER¹

Thaïs SAVEDRA de Andrade²

RESUMO

Esta composição pretende analisar a aplicação da bilateralidade atributiva no Ativismo Judicial, observando os ditames e diretrizes dos ensinamentos de Kelsen, a fim de não apenas compreender a efetividade dos pilares intersubjetivos que ele instrumentalizou, mas, possibilitar a perspectiva de Ativismo praticada pela Suprema Corte, a fim de designar o dever-de-ser antes do surgimento do conceito de justiça. Além disso, as diretrizes de implementação de Hans Kelsen são necessárias à luz da imperatividade coercível demonstrada pela teoria da bilateralidade atributiva como forma de tornar explícita a essência lógica da norma através da razão e dos princípios positivistas, através dos ditames da teoria de Kelsen e da ideia da moralidade kantiana. Para tanto, propõe-se a perspectiva de uma ruptura da utopia social da

¹ Acadêmica de Direito da FAE – Centro Universitário.

² Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (Jacarezinho). Professora de Direito Tributário, Filosofia do Direito, Antropologia Jurídica, História do Direito do Curso de Direito da FAE Centro Universitário. Advogada e Psicanalista. E-mail: thais.savedra@fae.edu.

justiça, a transmutabilidade do conceito de moralidade e direito e, por conseguinte, a visibilidade dos condutos administrados pelo Poder Legislativo e o ativismo em âmbito cultural. Neste contexto, a admissibilidade do Imperium da teoria da bilateralidade atributiva foi demonstrada, a fim de averiguar a interpretação dos pressupostos de Kelsen. Diante disso, afirmou-se que o ativismo judicial corresponde às idealizações referenciadas pela bilateralidade atributiva, não apenas no aspecto intersubjetivo, mas, também, na concepção de identidade social, impulsionada pelo poder do dever-a-ser, desde a realidade - seja legal ou não - e a estruturação de normas, é exercida pelo axioma da Teoria Bilateral Atributiva.

Palavras-chave: Bilateralidade Atributiva. Ativismo Judicial. Purismo Legal.

ABSTRACT

This composition is intended to analyze the application of attributive bilaterality in Judicial Activism, observing the dictates and directives of Kelsen's teachings, in order not only to understand the effectiveness of the intersubjective pillars that he instrumentalized, but to enable the perspective of Activism practiced by the Supreme Court, in order to designate the duty-to-be before the rise of the concept of justice. Moreover, the implementing guidelines of Hans Kelsen are necessary in the light of the coercible imperativeness demonstrated by the theory of attributive bilaterality as a way to make explicit the logical essence of the norm through reason and positivist principles, through the dictates of Kelsen's theory and the idea of Kantian morality. Therefore, the perspective of a rupture of the social utopia of justice, as well as the transmutability of the concept of morality and law, and thus the visibility of conduits administered by the Legislative Power and activism in a cultural sphere, is proposed. In this context, the admissibility of the Imperium of the theory of attributive bilaterality was demonstrated, in order to ascertain the interpretation of Kelsen's assumptions. Given that, it was affirmed that the judicial activism corresponds to the idealizations referenced by attributive bilaterality, not only in the intersubjective aspect but also to

the conception of social identity, driven by the power of duty-to-be, since reality - whether legal or not - and the structuring of norms, is exercised through the axiom of Attributive Bilateral Theory.

Keywords: Attributive Bilaterality. Judicial Activism. Legal Purism.

INTRODUÇÃO

A imperatividade da coercibilidade e equidade jurídica é elucidada pela pacificação da bilateralidade atributiva através do prelúdio do Positivismo Normativo. Outrora tal manifesto é a enunciação de um mecanismo científico, caracterizado pela investidura do método das ciências exatas nas ciências sociais. Isto é, o direito posiciona-se como um fato social posto pela razão humana. Ou seja, a *razão* é condicionada como valor essencial para a construção lógica, nesta seara introduz-se Hans Kelsen como a principal figura desta corrente da filosofia do direito.

Este se dirigiu contra a maré dos pensamentos antagônicos das teorias naturalista, metafísica, sociológica, histórica, antropológica, uma vez que utiliza a metodologia do positivismo jurídico. Lógica tal, trazida pela busca da pureza, fundada pela ausência de juízos de valores. Sendo assim, afirma-se que Kelsen buscou a autonomia da ciência do direito.

O Positivismo jurídico objetiva atingir o direito como premissa de ciência, estudando-o de acordo com o fato social, ou seja, retirando da metafísica. Por fato, tanto Kelsen como Hart preceituam o juiz como “um produto da metafísica moderna” (STRECK, 2017, p. 166-175). Para o primeiro jurista mencionado, a validade da norma surge como um pressuposto logico-transcendental, em que o juiz apenas exerceria a objetividade da lei.

Admite-se que essa corrente visa a subsunção, processo tal em que juiz concretiza o silogismo – raciocínio dedutivo partir de duas proposições, das quais se obtém por inferência uma conclusão – feito sob forma de interpretação. O jusfilósofo supramencionado ao elaborar a Teoria Pura do Direito (KELSEN, 2003), tinha em mente criticar às concepções dominantes existentes no início do século XX. Tal Teoria é decorrente da decadência do capitalismo-liberal, e objetiva ausentar do campo da ciência jurídica rudimentos puramente sociológicos, concedendo à filosofia do direito parâmetros sobre justiça, bem comum e demais valores.

1 TEXTO E CONTEXTO

De acordo com o doutrinador Reale (2009), a contribuição de Kelsen atinge na delimitação da natureza lógica da norma jurídica. A Teoria Pura do Direito reputa o método e o objeto do direito como um panorama normativo, admite-se o pleno aspecto axiológico na metodologia jurídica, de forma a caracterizar, juntamente com a mencionada ciência, a Teoria da Justiça, contendo como base uma investigação sociológica do Direito.

Afirma-se que Kelsen entendia o jurista como o encaminhador da norma, e desta até a norma hipotética fundamental³, contendo como estrutura a ordem jurídica piramidal. Em outras palavras, tem-se que o legislador, ao criar a lei exerce a norma constitucional, já ao juiz ao elaborar a sentença concretiza a aplicação da lei. Destarte, a Teoria Pura do Direito consiste, em suma, em averiguar o direito na sua mais pura essência.

³ Kelsen (1998) visualiza o Direito como um sistema escalonado de normas, hierarquicamente organizadas em disposição piramidal, sendo cada uma fundamentada pela norma que se encontre superior e, ao mesmo tempo, todas encontrando seu fundamento de validade em uma norma que se encontra fora do sistema positivado, conhecida como norma hipotética fundamental. Esta, é a base de todo o ordenamento jurídico.

A vista disto, a distinção entre a moral e o direito ocorre da mesma forma que o direito e a justiça, de acordo com o jusfilósofo a costumeira dualidade direito-justiça deve ser repelida quando da formulação de um conceito universal do direito. O jurista admite em sua obra que o anseio de justiça é o eterno anseio do homem por felicidade, isto é a Justiça não existe, o que existe são pequenas justiças, restando como alicerce a Regra de Ouro, isto é a ética da reciprocidade.

É a própria felicidade que o homem não pode encontrar como indivíduo isolado e que, portanto, procura em sociedade. Assim, a justiça é a felicidade social. Para ele, caso houvesse justiça objetivamente reconhecível, não haveria Direito Positivo e, conseqüentemente, um Estado, pois não seria necessário coagir as pessoas a serem felizes.

O Purismo, também intitulado como “A Teoria Pura do Direito” é uma teoria do direito positivo, criada pelo mencionado jurista, destaca-se por apresentar uma “conjuntura de interpretação”. É designada como pura uma vez que esta preconiza a exclusão de tudo o que não é direito, de acordo com Kelsen, esta visa excarcerar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são insólitos, sendo assim, uma teoria metodologicamente pura.

O doutrinador explicita que não se versa sobre a pureza do direito em sua forma mais densa e sim uma peculiaridade eminente na essência da ciência jurídica. A intenção foi de impor o direito como autossuficiente, adquirindo uma forma totalmente jurídica. Epistemologicamente, o direito se conceitua na medida de seu objeto de estudo, já no caráter axiológica é garantido a neutralidade.

Neste sentido, Kelsen (2003, p. 1), na obra “Teoria Pura do Direito”, delinea a ciência jurídica tradicional – séculos XIX e XX – como incapaz de corresponder, e até mesmo esclarecer sobre a pureza. Nesta esteira, a jurisprudência é confundida com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Este desalinhamento obscurece e denigre a ciência jurídica na sua forma mais autêntica, obstruindo a barreira da natureza do seu objeto. Garante-se que a doutrina kelsiana realiza o direito

como um instrumento de pleno poder, neste ponto, admite-se que para este, a Justiça é algo inalcançável, uma vez que não está superposto aos valores a conceitos individuais e subjetivos e sim considerando a existência de valores que são de justiça e valores que são de direito.

Pode-se definir o direito como uma ciência totalmente técnica, própria, rígida no seu plano sistemático, caracterizada por uma norma positivada, ou seja, a norma fundamental é pressuposta e hipotética, sendo identificada de forma *ad infinitum*. De acordo com o doutrinador, Silva (2012), o direito e a moral embora tenham elementos em comum, não se confundem.

Há a pretensão que ambas se sustentem, entretanto, é importante destacar que é crível vislumbrar um direito que não seja moral assim como um sistema jurídico pode não ser justo. Destarte, é relevante mencionar, - nas palavras de Kelsen - “se é lei, ela deve ser cumprida, doa a quem doer” (KELSEN *apud* SILVA, 2012, p. 16), sempre visando a segurança jurídica.

Por conseguinte, tendo em vista essa dualidade, Kelsen depreende a norma jurídica como bilateral, caracterizando por “o que é esta norma *versus* qual é a sensação desta”, sendo assim, a coercibilidade – o aspecto psicológico –, assegura a heteronomia – ausência de autonomia –. Reale (2001) assevera que a bilateralidade atributiva é uma proporção intersubjetiva, em função da qual os sujeitos de uma relação ficam autorizados a pretender, exigir, ou a fazer, visando garantir algo.

O referido doutrinador conceitua a moral como a consequência equivalente à paz social, sendo o direito englobado pela moral. Para este, tudo o que é jurídico é moral, mas nem tudo que é moral é jurídico, entretanto as razões puramente técnicas

de utilidade social, de caráter jurídico, não têm motivos de ordem moral. Esta linha de raciocínio é nomeada como o “A Teoria do Mínimo Ético”.⁴

O Ativismo Judicial representa o oposto, posto que é conjecturado por uma justiça hodierna, apta a impor costumes perante os regimentos. Uma interpretação *egomania-socia*⁵ para solucionar casos ainda não elucidados pelo Poder Judiciário. Pode, de certa forma, se ausentar da segurança jurídica, mas procura conforto na paz social, aquela tão relevante para Kelsen. Para esclarecer este complexo, busca-se uma dilatação na bilateralidade atributiva como forma de contemplar a coercibilidade.

Na obra “Lições Preliminares do Direito”, o doutrinador Reale (2009, p.60) aponta os ensinamentos de Del Vecchio – jusfilósofo contemporâneo – “moral se distingue do direito pelo elemento de bilateralidade, lateralidade ou “intersubjetividade”. Sendo assim, aponta-se o conceito de bilateralidade – ou proporção atributiva- como preceito que siga o fluxo da reciprocidade nas relações, assim como nas organizações de um serviço público e contratuais. A vista disso, adere-se a compressão de “que sempre há a proporção e atributividade”, ainda que, algum órgão estatal ou uma sociedade particular seja, inerente ao ato de ordem a atribuição de competências.

Pode-se afirmar, ainda, que a própria bilateralidade atributiva seria a essência do direito aludindo-se a relação jurídica em si. Ao destrinchar esse fundamento encontra-se a relação intersubjetiva como sendo objetivamente proporcional. Tanto a relação intersubjetiva como a proporção objetiva, geram a atributividade, ou seja, uma

⁴ A teoria do mínimo ético foi composta pelo jurista Georg Jellinek. A teoria consiste na idealização de que as normas jurídicas, em sua magnitude são sempre normas morais. Destarte, entende-se que as normas morais mais relevantes para a sociedade são adaptadas em normas jurídicas (NADER, 2012, p. 40).

⁵ Significa a preocupação destinada para o eu, de modo impulsivo, entretanto, moldado para este conceito, como o próprio ser de forma social, em conjunto. Normas sendo interpretadas em soma com a idealização do eu-social, em predisposição da consciência coletiva.

exigibilidade garantida no que lhe concerne seria a dialética entre direito e dever. A bilateralidade atributiva, em vista disto, prognostica, incessantemente, o sujeito ativo (este seria o possuidor o direito) e um sujeito passivo (responsável pelo dever).

Logo, é disposto, axiologicamente, a ideia da existência pura e concreta da bilateralidade atributiva, conseqüentemente esta é proposta com a plena satisfação jurídica, transcendendo a felicidade social. Esclarece-se na obra “Ética a Nicômaco” de Aristóteles (2002), em que a Virtude da Justiça seria a virtude objetiva entre dois sujeitos, construindo uma ponte epistemológica, uma vez que esta é a alteridade, e se realiza através de uma proporção. *In verbis*:

A equidade, portanto, é a adequação da lei ao caso concreto, atendidas suas peculiaridades, tendo em vista o caráter genérico e abstrato da atividade do legislador, atribuindo ao juiz a ponderação proporcional da norma à situação fática (ARISTÓTELES, 2002, p. 213).

Assim, Aristóteles crê a Justiça como uma eficácia ética por si só, utilizada como instrumento do homem na vida social, caracterizando a eudaimonia, ou seja, o bem-estar, e até mesmo a felicidade. Esta última vista como o bem maior⁶ desejado pela sociedade de modo coletivo e individual, assim como a finalidade das ações humanas. A virtude é realizada pela ânsia da parte racional da alma, destarte, a própria Justiça seria o equilíbrio entre a instabilidade e a segurança, tais manipuladas e dispostas pela lei e sua inerente interpretação.

A Virtude Ética está intrinsecamente acoplada na justiça, sendo o intermédio do âmbito coletivo. As esferas que garantem a justiça trazem ao homem a orientação a felicidade. Aristóteles indaga que o homem mais perfeito não é aquele que exerce sua

⁶ Em “Ética a Nicômaco”, a finalidade é especificada como o “bem”, isto é, as ações tendem a um fim, ou seja, todas as coisas tendem a um bem. Para Aristóteles o “Sumo Bem” – o melhor dos bens – era esclarecida pela política e sua ciência entorno, tal, apenas alcançado pela coletividade (ARISTÓTELES, 2002).

virtude somente para si mesmo, mas aquele que a pratica também, em relação aos outros, e isso é uma obra difícil.

Destarte, a justiça procura o equilíbrio e a equidade na comunidade política, - tal estabelecida na mencionada bilateralidade atributiva – também chamada de “Pólis” em grego, esta seria a ápice entre a ética e a política. Então, as virtudes morais encontram na Justiça sua contemplação absoluta, estruturando-se como o pilar da política na própria moralidade. “Ética a Nicômaco” é estudado a virtude da Justiça, para o autor, a virtude moral é o guia da obediência coletiva, tal estabelecida e consagrada pela lei.

Ao tratar-se sobre a bilateralidade atributiva, dispõe-se a percepção lógica do *dever ser*, menciona-se, outra vez a “Teoria Pura do Direito” (KELSEN, 2003), posto a referenciação da produção normativa, de forma que o *dever* é reconhecido na *norma*. Ou seja, a norma é constituída pelo dever de determinar uma conduta, destarte, se *deve ser* ou *acontecer* algo. Certamente, o *dever ser* designa a subjetividade dos atos de vontade de alguém que tende – a conjecturar – a conduta do outro. Já de forma objetiva, trata-se diretamente à norma, sendo assim, o indivíduo vê a norma como algo que deve ser cumprido – que é devida –, por ele e pela sociedade.

Para Kelsen, o direito nada mais é que uma ciência consolidada, sendo assim, o *dever ser* é, na vertente epistemológica, o estudo do direito como ele é, por conseguinte, tem-se a validade da norma – assim como sua vigência -, como caráter de análise para então ser aplicada, entretanto a discussão de sua moralidade só existe quando há o ato de vontade – referido acima. De forma ontológica, tem-se o direito como forma de averiguar a conduta humana, isto é, como condutor de definir a norma e caracterizar o que é fato. Nesta vertente volta-se a tratar do aspecto objetivo e subjetivo do *dever ser*, o último é sempre consequência da vontade, a partir disto discute-se a legitimidade do ato, ou seja, nenhuma pessoa é obrigada a fazer algo, a não ser em virtude de lei, entretanto o resultado pode ser ou não previsto, este

mecanismo se trata da subjetividade do *dever ser*, a vontade pode ser correspondida ou não. O *dever ser* objetivo trata-se da vontade como dever, ou seja, de maneira hierárquica um sujeito detém autoridade, devendo sua vontade ser cumprida.

Neste aspecto relaciona-se a questão da legitimidade da norma, uma vez que só pode ser exigida se for válida, mas isto não se confunde de forma alguma com a sua eficácia. A Constituição, por essa vez se faz de extrema valia para compreender o fundamento da validade na ordem jurídica, tendo em vista o princípio dinâmico⁷, essa se faz como absoluta, caracterizando como o nascimento do direito positivo de uma nação.

Sendo assim, a norma não pertence a uma natureza verdadeira ou falsa, e sim válida ou inválida. E obviamente, o juízo judicial tem um grande peso, posto que, de acordo com Kelsen (2003), este não impõe a lei como deveria ser imposta, conseqüentemente a sua validade se limita com o caso concreto. Contempla-se o juízo de direito como algo mais intenso, ele é constituído pelo fundamento da norma, e a norma é constituída pelo direito. O juízo de valor é direcionado a uma relação causal, que existe entre fatos e um fim – objetivo ou subjetivo –, essa lógica se interliga à análise do *dever ser*, avaliado em uma vertente objetiva, ou seja, é aquele que *deve ser* realizado por uma norma válida, já o subjetivo, é o fim de si próprio, ou seja, que ele se presta como uma natureza fim. Observa-se um exemplo:

Só quando se sabe que entre A e B existe a relação de causa e efeito, que A é a causa de que B é o efeito, se alcança o juízo de valor subjetivo e o objetivo: **se B é desejado como fim ou é estatuído numa norma como devido (como devendo ser), A é adequado ao fim** (é producente). **O juízo relativo à relação entre A e B é um juízo de valor** – subjetivo ou objetivo – [...] B é pressuposto como fim, isto é [...] estatuído por uma norma. (Grifou-se). (KELSEN, 2003 p.16).

⁷ Para Kelsen (2003), a norma tem como valia maior a harmonia com o universo, sendo assim, toda e qualquer norma que venha após esta, estará referenciando e projetando a esta norma já presumida. Tendo isto em vista, admite-se que o tipo dinâmico é definido pelo fato de a norma fundamental - aquela prevista pelo costume - pressuposta não ter conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de uma autoridade ou uma regra maior que rege outras.

É a partir da ordem normativa que se origina o direito, se uma norma se refere a uma conduta, então ela é vinculativa, ou seja, que ela deve ser seguida assim como prescrito em lei. Desta forma, o fundamento de uma norma válida é pressuposto de validade para outra, e é exatamente a ordem superior do *dever ser* que deve ser seguida, como forma de a premissa maior – Constituição – perante as outras. É neste contexto que se designa a diferença entre *ser* e *dever ser*. Kant (2007) já prescrevia sua diferenciação, em sua obra “A Fundamentação da Metafísica dos Costumes”.

A partir do momento que Kelsen faz a separação do *ser* de o *dever ser*, admite-se que o *dever ser* de algo é relativo ao aspecto subjetivo, ou seja, da vontade, e não como pensava Kant, em quem ambos permaneciam em uma linha tênue, em que *dever ser* é o conhecimento puro da moral. Esta moral surge quando a razão – pura e prática, independente da força externa – desconhece a liberdade.⁸

A liberdade, neste aspecto, é condicionada por todo e qualquer humano capaz de ser consciente de sua razão e vontade. Assim como Kelsen, Kant também acreditava na distinção entre os elementos subjetivos e objetivos, entretanto, os denominava vontade objetivas e vontades subjetivas, derivada da ideia de liberdade. Esta, assim como a autonomia da vontade, são transmutáveis, ou seja, mudam conforme a moral também muda, como por exemplo, a escravidão, que durou três séculos no Brasil, de 1550 até 1888, após 300 anos sendo amplamente aplicada, as modificações estruturais na nossa sociedade, e a conseqüentemente, transição do conceito de moralidade, restou inadmissível a escravização.

Nesta esteira, admite-se os valores relativos, ou seja, nenhum valor ou conceito moral é absoluto, nada é absoluto, e sim relativo. Conseqüentemente,

⁸ Para Kant (2007), a liberdade se define a partir da noção de Moral, ou seja, ao ponto de se distinguir das leis da natureza deve-se ter em mente o que a Moral é essência, colacionado pelo espaço interno de cada ser humano, chamado de imperativo categórico. Posto que a liberdade se origina da Moral, esta última é interligada a ação prática, sendo assim, na própria vontade do homem.

a justiça nunca será absoluta, e sim, relativa. Por isso afirma-se que a ordem jurídica jamais será puramente justa, uma vez que comparado com demais sistemas jurídicos e morais elas podem ser consideradas imorais, ou impossíveis de serem aplicadas.

Destarte, o *dever ser* em nosso ordenamento jurídico nada mais é que a vertente responsável pela nossa noção interpessoal de moralidade e suas obrigações, não só em um aspecto jurídico da palavra, mas em um mecanismo responsável pelo o que *ser* reconhece *dever ser* na vida em sociedade. Mas afinal questiona-se a própria moralidade, qual seria o sentido desta palavra na sociedade como um todo, ou melhor, o que é moralidade para cada um de nós? Posto que a moralidade constitui um conceito totalmente transmutável, e independente em cada sociedade, ou em cada sistema.

Nesta seara, discute-se o direito enquanto ciência, em face da moral e conseqüentemente, da convenção social. Ora, o direito e a moral não são distintos, e sim englobados⁹, a sociedade necessita do mínimo considerado moral para se manter, entretanto contempla-se que tudo é relativo, o considerado ético para um não é o mesmo para o outro e assim por diante. Por conseguinte, essa predisposição de distinção de princípios e ideias se aplica, sem qualquer sombra de dúvidas, no Poder Judiciário brasileiro. Posto que, um juiz na Bahia, não terá a mesma concepção realística de outro julgador de São Paulo – tendo em vista não apenas a diferença de cultura, mas a própria carência de unificação jurisprudencial.

Um ótimo exemplo para ilustrar essa situação seria a discussão da Ação Pública dos Sindicatos dos Petroleiros versus a Fundação de Previdência Privada da Petrobrás, em que as liminares de Tutela de Urgência estão sendo concedidas por

⁹ Teoria dos círculos concêntricos: De acordo com o filósofo e jurista Jeremy Bentham, a ordem jurídica se anexa totalmente no plano da Moral. Os dois círculos (Moral e Direito) seriam concêntricos - que possuem o mesmo centro, com o maior pertencendo à Moral, desta forma o plano designado pelo Direito é revestido e subalternado pela moral (REALE, 2004, p. 3-4).

juízes de alguns estados para afastar o desconto extraordinário no contracheque do petroleiro da ativa – entre eles São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Norte. Entretanto demais estados não alcançaram a mesma interpretação jurídica.

Voltando ao tópico referente, admite-se a moral e o direito como fontes disciplinadas separadamente, porém que não conseguem viver uma sem a outra, pode-se inclusive afirmar, que a relação de ambos se equivale a um casal apaixonado refutam-se incessantemente, ou seja, há paixão entre o direito e a moral, mas isso não significa que elas vivam em plena harmonia.

Reale (2001), afirma que a moral integra o direito, ou seja, o direito nada mais é que um fruto, isto é, uma vertente da moral. Essa é considerada como o resultado da “paz social”, uma vez que tudo o que é jurídico é moral, mas nem tudo o que é moral é jurídico, é neste aspecto que se tem a Teoria do Mínimo Ético.

Esta designa que o direito deve conter o menor número possível de institutos e preceitos morais, apenas as essenciais para que haja o equilíbrio total das relações. Esta ideia se ajusta ao oposto da Teoria Máxima Ética, em que o direito deve pertencer ao máximo dentro da margem da moral, para que assim ela siga o fluxo da consciência social.

A partir do momento que o legislador desenvolve a lei, é impossível essa se concretizar sem utilizar seus próprios preceitos e ideologias, entre elas o que ele considera bom para a sociedade, o que considera correto, ético, por conseguinte, o que é moral em sua visão. Ou seja, neste aspecto, há de convir que não há como evitar da ideia de moral, mesmo que ela seja utilizada de maneira ínfima, ou até mesmo para se estabelecer o que é imoral.

A lei nada mais é que um instrumento de interpretação, admite-se, portanto, que o número de interpretações é infinito, enquanto houver algum tipo de raciocínio lógico distinto do nosso próprio, haverá divergências. Da mesma forma concretiza-se um julgador, em virtude da impossibilidade de se afirmar que o juiz de nada se baseia, além das leis, para realizar seu julgamento.

O filósofo Hegel (1997), definia a moral em duas vertentes, a subjetiva e a objetiva. A primeira é contextualizada como a vontade - a liberdade como fonte de verdade concreta, ou seja, a expressão da vontade como subjetiva ou moral sendo ponderada, de fato, na ação. Destarte, neste prisma, a moral é categorizada como o próprio direito.

O que é moral não se define, antes de tudo, como o oposto do que é imoral, nem o direito como o que imediatamente se opõe ao injusto, mas todo o domínio do moral e também do imoral se funda na subjetividade da vontade (HEGEL, 1997, p. 99).

Neste ínterim, admite-se a ideia do direito da intenção, isto é, a particularidade universal da ação que não é imposta em si, mas sim no agente, uma vez que a vontade é subjetiva. Posto isto, adianta-se que a moral subjetiva nos leva a liberdade, que por autognose, representa a liberdade subjetiva, resultando nas mudanças do mundo – das eras, das formas de pensamento, de cultura e assim por diante.

Para transitar nesta linha tênue entre subjetividade e objetividade, o filósofo Hegel exercita a noção de realidade, impondo a Ideia¹⁰ como condição limitadora. Uma vez que no âmbito da moral objetiva, designa-se como “[...] uma disposição subjetiva da sensibilidade” (HEGEL, 1997, p. 141). Por conseguinte, o conceito de liberdade, nesta dimensão, toma forma do que se tem no mundo real, adquirindo assim, a natureza da consciência de si. À vista disto, entende-se que o caráter moral objetivo é relacionado com a estabilidade, ao inalterável de acordo com a realidade racional.

Logo para Reale (2009), contendo-se à um âmbito menos retórico, o direito tutela muitas questões que são imorais. Ou seja, muitas vezes as razões puramente técnicas de utilidade social, de caráter jurídico, não possui origens na ordem social.

¹⁰ A acepção da “Ideia” nesta conjuntura dispõe o plano da identidade dos conceitos, sendo a essência de cada momento, de cada realidade.

Só há a moral puramente descrita quando o homem, por motivos de essência e internalidade do ser, realizam um ato espontâneo enunciado pela norma, entretanto, não há ato moral forçado, uma vez que a moral e a violência não tem combinação ideal, o doutrinador dá o exemplo do filho obrigado a pagar a pensão aos pais. O filho não está disponibilizando seus bens de livre e espontânea vontade - como um ato de caridade e empatia - e sim por uma obrigação judicial.

Nesta mesma diretriz de raciocínio, colaciona-se a ideologia de Kelsen (2003), que acreditava que assim como o direito e a moral, estas são coisas distintas, que não se cruzam de maneira alguma, tais são autônomas, as validades são diversas, seguindo o entendimento de que as normas não seguem um padrão moral.

O direito e a moral são distinguidos pela coercibilidade, neste ponto volta-se para o início da retórica, posto que a moral é incoercível, já o direito é coercível, algo que se pode conter e esquematizar. A coercibilidade em si é a compatibilidade que existe entre o direito e a força. Tendo isso em vista, afirma-se que o direito é, conseqüentemente, a obediência à norma, posto que em caso contrário há uma penalidade, tal que será exercida pela autoridade representativa do Estado.

Destarte, existiria alguma possibilidade de o direito e a moral se harmonizarem? Ou pelo menos exercer suas essências sem ferir suas próprias autonomias? De forma que a consequência da sociedade seja a *eudaimonia*¹¹? Afinal, é de notório que Sócrates, Platão, Aristóteles¹², assim como seus sucessores, acreditavam na ética exercida pelo direito e, obviamente, que este direito combinado com a moral geraria, nada mais nada menos, que a justiça.

Afirma-se, desparte as teorias aqui mencionadas, que a moral é caracterizada pela essência do ser humano, pela cultura e o meio em que ela está inserida, já o

¹¹ Segundo Aristóteles (2003, p. 7), a *eudaimonia* significa atingir o potencial pleno de realização de cada um, sendo uma expressão da virtude.

¹² Para Aristóteles (2002), a única forma de alcançar o Direito é diante da virtude ética, tal concebida pela felicidade, como bem maior que todos os outros e fim destes, este seria considerado Justiça.

direito pode – nas maiorias das vezes- se revestir deste manto da inconsciência coletiva – também saturada por toda moral laqueada pela sociedade, para ser concebido.¹³

O direito subjetivo, para este mesmo jusfilósofo citado, é comparado com o idioma inglês, em que *right*, significa certo, correto, este designaria à subjetividade do direito, já *law*, traduz como lei, toma-se como o direito objetivo. Sendo assim:

[...] os direitos em sentido subjetivo existiam historicamente [...] antes de uma ordem estadual autoconsciente ter sido elaborada. [...] somente através da abstração é que mais tarde se deveria extrair gradualmente da concepção de direitos subjetivos preexistentes o conceito de norma jurídica (DERNBUR *apud* KELSEN 2003, p. 145)

Portanto, o direito subjetivo correlaciona-se pelo dever jurídico. Para Kant (1993), a moral é autônoma, já o direito é heterônomo. Autônoma uma vez que ela por só já reveste o homem, é a rescendência da consciência humana, já o direito é heterônomo uma vez que é repleto de obrigações que devem ser prestadas e cumpridas, para à sociedade e para terceiros, e ainda é coercível.

Neste ponto destaca-se Nietzsche, em sua obra “Genealogia da Moral”, para este filósofo a moral é compreendida como questão social em que as imposições de valores vindo dos homens são reprimidos. Ou seja, os valores morais são invertidos, concretizados por ressentimentos, culpas, pautados sobre mecanismos de dominação. Portanto, a moral seria revestida pela maldade e crueldade humana,

[...] sem crueldade não há festa: é o que ensina a mais antiga e longa história do homem – e no castigo também há muito de festivo [...] o sofrimento oculto, não descoberto, não testemunhado, pudesse ser abolido do mundo e honestamente negado, o homem se viu então praticamente obrigado a inventar deuses e seres intermediários para todos os céus e abismos, algo em suma, que também vagueia no oculto, que também vê no escuro, que não

¹³ Pode-se afirmar que esta vertente é presa ao Teoria do Mínimo Ético, uma vez que seria ínfima o manto de Moral que reveste o Direito.

dispensa facilmente um espetáculo interessam-te de dor (NIETZSCHE, 1998, p. 56).

Ainda sobre este filósofo, o direito é um instrumento de vingança, de modo que sua função é representada para saciar o desejo por represália. Para Nietzsche (2009), a injustiça é caracterizada perante a impureza do próprio ser. Uma vez que esta seria imposta de maneira incompleta, estruturando, de maneira ilógica, fragmentos diante as experiências humanas. E, se convém expor que, *“Wir sind vorher unlogische Wesen und folglich ungerecht¹⁴”*, assim, nenhuma avaliação será feita de maneira igual por todos, não será feita de maneira global.

Pode-se ainda afirmar que a moral funciona como um mecanismo de origem para a ética (*éthos* da origem grega, referencia-se regras de cunho universal), é nesta questão que relaciona-se ao Biodireito¹⁵ e a Bioética¹⁶. A partir do momento em que se disponibiliza a moral, questiona-se o que seria certo e errado, concebe-se e disponibiliza-se a ética, isto nada mais é que a denominação de uma ciência – diferentemente da moral, em que não se é aplicada como ciência –. A ética por si só constitui princípios próprios, sistematizando a moral – vindo do latim; *moris, moralis*, constitui-se como comportamento, ou morada.

Em consequência, obtém-se um leque de inúmeras possibilidades e de diferentes reações diante um juízo de valor. Nada será disponibilizado de maneira igual, ou decidido de maneira similar. É neste contexto que se menciona, novamente, o grande filósofo Aristóteles, em que a base filosófica social é estabelecida no

¹⁴ De forma, literal; “antes, nós somos seres ilógicos, e conseqüentemente injustos”

¹⁵ Corresponde ao campo das relações jurídicas entre o direito e os progressos tecnológicos inseridos à medicina e à biotecnologia, correspondendo ao princípio da dignidade humana.

¹⁶ A Bioética é um ramo da ética que estuda os conflitos, controvérsias, pesquisas e práticas que visam esclarecer e resolver questões éticas dentro da medicina e da biologia. O seu surgimento foi baseado no impacto, por exemplo, das experiências feitas em seres humanos e animais e a utilização de técnicas desumanas como a clonagem.

tratamento dos iguais de maneira igual e os desiguais de forma desigual, na medida de sua desigualdade. Esta por si só, já é a realização da impossibilidade de haver justiça nos moldes de igualdade para todos, imputa-se, neste ponto da dialética a referenciação do artigo quinto da constituição brasileira, “todos somos iguais perante a lei”.

Há quem se posiciona em retratar justiça como falácia, não só pelos moldes aristotélicos, mas pela própria ideia de justiça de Platão. A chamada República platônica, em que os destinados a trabalhar em setores operacionais de trabalho – base da república – jamais terão a possibilidade de ascensão para a classe de guardiões – ou soldados –, assim como nenhum desses terá a chance de se participar da classe dos filósofos, dedicando-se integralmente ao estudo da filosofia e do mundo das ideias.

Ao contemplar as grandes sociedades, seja a Suméria, Antigo Egito, Cassita, Esparta, Macedônia Antiga, Império Otomano, todas têm algo em comum, a imperfeição humana e a incapacidade de reconhecer o outro ser – similar ou não – de forma justa e solidária, mesmo porque o conceito de justiça é diverso em cada uma dessas civilizações.

E de certa forma, jamais há de saber o que é, de fato, a justiça. A ganância diante do conceito de moralidade e direito das diferentes eras humanas são concretizadas a partir da destruição do que se considera inferior - ou imoral. Assim, objetiva-se a possibilidade de o direito e a moral auxiliarem um ao outro de forma que não haja discrepância na positivação de leis e sim, a equidade e equilíbrio entre ambas. Entretanto, é de maneira clara que o direito pode, em muitos casos, seguir opostamente à moral, é neste ponto em que o Poder Judiciário segue sua sina, a solução de conflitos.

Ao deslumbrar o Ativismo, diante esta perspectiva, percebe-se uma nova era judiciária, em que, o princípio da equidade, assim como as ideologias primordiais dos pensadores modernistas, exerce uma grande influência no atual direito subjetivo. Ou

seja, deslumbra-se o poder do povo em fazer valer seus direitos individuais fora da norma, buscando, através do Ativismo fontes basilares para a concretização intersubjetiva, em que, apesar da possível ilegitimidade democrática, fazem-se valer a possibilidade de satisfação social, de forma a agregar e solucionar disfunções sociais e constitucionais já menosprezadas – ou até esquecidas – pelo Poder Legislativo.

Todavia, revela-se, atualmente, a prática interpretativa positiva-exclusivo, por parte dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, isto é, as decisões são projetadas diante razões não-jurídicas, mas isso não significa que há a ausência da imperiosidade do direito, uma vez que uma não pode ser pautada sem a outra. Disponibiliza-se, assim, a proporcionalidade do Direito Brasileiro a atingir um certo direito *ex post*, ou seja, um direito criado por tribunais – por decisões judiciais. Nesta seara, enaltece-se o jurista e filósofo Kant, por considerar o direito imutável, não em seu aspecto proveniente do âmbito normativista, mas sim que a Justiça é constante, e deverá ser perdurável, prosseguindo um movimento contínuo.

CONCLUSÕES

A bilateralidade atributiva se encaixa de forma intensa aos preceitos relativos ao *dever ser*, de forma que a própria soberania do Estado se lança a compor um dos polos da relação intersubjetiva – a título de exemplo, cita-se ADPF nº 54 e o Mandado de Injunção nº. 712. Outrossim, constata-se que a bilateralidade atributiva assiste com resistência ao Ativismo, mas agarra-se com forças aos ditames jurídicos, e consegue, com certa eiva, aperfeiçoar o seu fado. Tal designada a exercer o *dever ser* de maneira a elevar a justiça e a intersubjetividade à um novo patamar; a da conquista social perante assuntos e situações que, talvez, jamais seriam analisados pelo Poder Legislativo.

Pode-se ainda, concluir que a bilateralidade atributiva, por sua forma e natureza, compõe-se como parte do direito, e este por sua vez, difere-se da moral. Todavia, o Ativismo é o uso do direito, entretanto, sem deixar de considerar a Moral. Assim, comprova-se que essas verdades podem ser estruturadas de forma a serem exercidas de maneira simultânea, dançando a mesma música, mesmo que um pouco desconjuntado.

Dançam apenas pois o Ativismo nasce como uma vertente da Razão, e a música que estas dançam é chamada de Filosofia da Consciência, tal que disponibiliza os padrões de Justiça, assim como os valores sociais. Logo, esta dança é versada diante aos ideais kelsianos, de proporção intersubjetiva. Não obstante, admite-se que o trabalho não possui competência em apresentar uma faceta realista que ditará as razões do amanhã, e sim, aplicar a verdadeira arte da Filosofia no Direito, o “questionamento”. Exercer esta divina esmera, destina-se a inquirir sobre as realidades mundanas, quem somos, o que somos, pautar vícios e virtudes e a partir disso facilitar a vida em grupo.

Finda-se, expondo o ponto de vista crucial de Hart (2011, p. 141), para ele a discricionariedade é uma necessidade na medida em que “tal escolha é lançada sobre nós porque somos homens, não deuses”. Streck (2017, p. 209) diz o contrário, justamente por sermos humanos e não deuses é que não deve-se deixar decisões nas mãos dos homens.

Nesta perspectiva, indagasse, se decisões devem apenas ser proferidas por deuses, assim como julga Streck, qual é o sentido em articular e analisar duas ou mais concepções diferentes para se chegar em uma conclusão? afinal o corpo social estaria fadado ao caos de uma maneira ou de outra. Por ora, a sensatez guia-nos à apreciação de se investir como deuses nas realidades humanas, de forma a compreender que a perfeição é por si é utópica.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

KANT, Emanuel. **Crítica da Razão Prática**. Trad. Afonso Bertagnoli. São Paulo: Editora S.A., 1993. Versão eBook. Disponível em: <<https://www.marxists.org/portugues/kant/1788/mes/pratica.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2018.

KELSEN, Hans (1881-1973). **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Versão condensada pelo próprio autor).

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da Moral: uma polêmica**. São Paulo: Cia. das Letras, 1998.

_____. **Humano, Demasiado Humano**. v. II. São Paulo: Cia. das Letras, 2009.

_____. **O que é Justiça?** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2001.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. ajustada ao novo Código civil, 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2004.

REVISTA
DIREITO

FAE

_____. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, Ivan de Oliveira. **Curso Moderno de Filosofia do Direito**. São Paulo: Altas, 2012.

SOARES, André Marcelo M. **Bioética Secular**: o princípio da gentileza. Ano III, nº 1. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Grupo Editorial Letramento: Casa do Direito, 2017.