

PROCESSO E DIREITOS FUNDAMENTAIS (LADO B)

— NOVAS ABORDAGENS —

MIRIAM FECCHIO CHUEIRI
(UNIPAR)

LUIZ MANOEL GOMES JUNIOR
(UNIPAR)

CLÁUDIO IANNOTTI DA ROCHA
(Universidade Federal do Espírito Santo - UFES)

PAULINA GONZÁLEZ VERGARA
(Pontificia Universidad Católica de Chile)

(Organizadores)



PROCESSO E DIREITOS FUNDAMENTAIS (LADO B)

NOVAS ABORDAGENS

Miriam Fecchio Chueiri (UNIPAR)
Luiz Manoel Gomes Junior (UNIPAR)
Cláudio Iannotti da Rocha (Universidade Federal do Espírito Santo - UFES)
Paulina González Vergara (Pontificia Universidad Católica de Chile)
(Organizadores)

PROCESSO E DIREITOS FUNDAMENTAIS (LADO B)

NOVAS ABORDAGENS



Belo Horizonte
2024

CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Ricardo de Souza Cruz	Jean Carlos Fernandes
André Cordeiro Leal	Jorge Bacelar Gouveia – Portugal
André Lipp Pinto Basto Lupi	Jorge M. Lasmar
Antônio Márcio da Cunha Guimarães	Jose Antonio Moreno Molina – Espanha
Antônio Rodrigues de Freitas Junior	José Luiz Quadros de Magalhães
Bernardo G. B. Nogueira	Kiwonghi Bizawu
Carlos Augusto Canedo G. da Silva	Leandro Eustáquio de Matos Monteiro
Carlos Bruno Ferreira da Silva	Luciano Stoller de Faria
Carlos Henrique Soares	Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Claudia Rosane Roesler	Luiz Manoel Gomes Júnior
Clémerson Merlin Clève	Luiz Moreira
David França Ribeiro de Carvalho	Márcio Luís de Oliveira
Dhenis Cruz Madeira	Maria de Fátima Freire Sá
Dircêo Torrecillas Ramos	Mário Lúcio Quintão Soares
Edson Ricardo Saleme	Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
Eliane M. Octaviano Martins	Nelson Rosenvald
Emerson Garcia	Renato Caram
Felipe Chiarello de Souza Pinto	Roberto Correia da Silva Gomes Caldas
Florisbal de Souza Del'Olmo	Rodolfo Viana Pereira
Frederico Barbosa Gomes	Rodrigo Almeida Magalhães
Gilberto Bercovici	Rogério Filippetto de Oliveira
Gregório Assagra de Almeida	Rubens Beçak
Gustavo Corgosinho	Sergio André Rocha
Gustavo Silveira Siqueira	Sidney Guerra
Herta Rani Teles Santos	Vladmir Oliveira da Silveira
Jamile Bergamaschine Mata Diz	Wagner Menezes
Janaína Rigo Santin	William Eduardo Freire

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Arraes Editores Ltda., 2024.

Coordenação Editorial: Fabiana Carvalho
Produção Editorial e Capa: Cumbuca Studio
Revisão: Responsabilidade do autor
Conversão para Ebook: Cumbuca Studio

341.27 Processo e direitos fundamentais (lado b): novas abordagens / [Organizado por] Miriam Fecchio Chueiri...
P963 [et al]. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2024.
2024 214 p.

ISBN: 978-65-5929-512-8
ISBN: 978-65-5929-519-7 (E-book)
Vários autores.

1. Direito. 2. Direitos fundamentais. 3. Chile – Direito. 4. Chile – Acesso à justiça. 5. Juizado especial cível.
6. Cotas raciais. 7. Improbidade administrativa. 8. Magistrados – Deveres protetivos. I. Chueiri, Miriam Fecchio (Org.). II. Gomes Júnior, Luiz Manoel (Org.). III. Rocha, Cláudio Iannotti da (Org.). IV. Vergara, Paulina González (Org.). V. Título.

CDDir – 341.27
CDD (23. ed.) – 342.08501

Elaborada por: Fátima Falci
CRB/6-700

MATRIZ

Av. Nossa Senhora do Carmo, 1650/loja 29 - Bairro Sion
Belo Horizonte/MG - CEP 30330-000
Tel: (31) 3031-2330

FILIAL

Rua Senador Feijó, 154/cj 64 – Bairro Sé
São Paulo/SP - CEP 01006-000
Tel: (11) 3105-6370

www.arraeseditores.com.br
arraes@arraeseditores.com.br

Belo Horizonte
2024

SUMÁRIO

Apresentação	VII
Derecho a La Acción, Acceso a La Justicia y Acceso al Derecho En El Ordenamiento Chileno Rodrigo Bordachar Urrutia Manuel Rodríguez Vega	1
El Efecto de La Forma de Estado Social En La Garantía Judicial: Una Revisión De La Jurisprudencia De Colombia Y Chile Felipe Bravo Alliende	19
Desafios do Acesso à Justiça e a Exclusão do Preso no Juizado Especial Cível Karine Sanches Santos	37
A Tutela Jurisdicional para Garantia das Cotas e Ações Afirmativas Raciais Jonatas Luiz Moreira de Paula Reginaldo Bonifácio Marques	51
Tutela Estatal Del Cumplimiento De La Obligación De Alimentos En Chile: Desafíos Para Un Mayor Acceso A La Justicia Carolina Inés Salinas Suárez	65
Processo e Direitos Fundamentais: Novas Abordagens em Vista da Humanização e dos Deveres Protetivos do Magistrado Gilberto Ferreira Marchetti Filho	83

O Dever de Colaboração e a Busca por um Juízo Justo e Leal Nair de Fátima Gome	105
O Direito de não ser Processado Administrativamente: Mandado de Segurança para Impedir a Instauração de Processo Administrativo Disciplinar sem Justa Causa Gilberto Fachetti Silvestre	117
Lei de Improbidade Administrativa e o Termo de Ajuste de Conduta: Regras Gerais, Implicações e Perspectivas João José Baptista Cleber Cosmo Batista	137
A Desjudicialização da Execução Civil e o Acesso À Justiça Flavia Juliana Spinelli De Medeiros Guilherme Druciak de Castro Kelly Cardoso	151
Desjudicialização de Operações de Capital de Giro Pessoa Jurídica sem Garantia Real por Meio da Dação em Pagamento: Uma Abordagem Amigável Wagner Alcantara Ferreira	167
El Principio De Proporcionalidad En El Proceso Civil Y Los Contextos Históricos Néstor Leandro Guzmán	183
Abolitio Delicti na Improbidade Administrativa Francisco Vieira Lima Neto	201

APRESENTAÇÃO

É com muita satisfação que apresentamos a obra de Processo e Direitos Fundamentais (lado b): novas abordagens, primeira edição de uma obra coletiva publicada pela Universidade Paranaense – UNIPAR em parceria com a Universidade Federal do Espírito Santo – UFES e Universidad de los Andes – Chile.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temáticas diversas atinentes ao processo civil e a direitos fundamentais, baseados em pesquisas realizadas pelos autores. Compõem-se de artigos doutrinários escritos por professores das universidades parceiras, alunos ingressos e egressos do Programa de Mestrado em Processo e Cidadania da Universidade Paranaense, bem como, colaboradores de outras instituições criando um vínculo crítico e argumentativo construtivo como forma de contribuição acadêmica.

O primeiro artigo com o título “DERECHO A LA ACCIÓN, ACCESO A LA JUSTICIA Y ACCESO AL DERECHO EN EL ORDENAMIENTO CHILENO”, dos autores Rodrigo Bordachar Urrutia e Manuel Rodríguez Vega, analisa a consagração dos direitos fundamentais, sob a perspectiva do processo, seja ele civil, contencioso-administrativo ou penal, no âmbito do Chile, e tratados internacionais. Neste sentido, os direitos fundamentais estariam garantidos por meio do direito a tutela efetiva, ao promover a equidade ao exercício dos direitos do cidadão, que se perfaz mediante o acesso à justiça e ao direito. Garantias englobadas por tratados internacionais de maneira explícita para a proteção de certos grupos que podem sofrer limitações no exercício desses direitos.

O segundo artigo “EL EFECTO DE LA FORMA DE ESTADO SOCIAL EN LA GARANTÍA JUDICIAL: UNA REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE COLOMBIA Y CHILE”, do autor Felipe Bravo Alliende, apresenta a importância do acesso à justiça como meio adequado de garantir os

direitos fundamentais, sendo, portanto, o poder judicial um “guardião natural”. Para isso, parte da perspectiva do constitucionalismo latino-americano e a formação do estado social na Colômbia e do Chile.

O terceiro artigo “DESAFIOS DO ACESSO À JUSTIÇA E A EXCLUSÃO DO PRESO NO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL”, da autora Karine Sanches Santos, apresenta a perspectiva do legislador, ao prever na lei de juizados especiais, a impossibilidade do preso e seu acesso à justiça no juizado especial cível. Entendendo que tal limitação do exercício de acesso à justiça, neste caso específico, não seria um efetivo cerceamento da garantia de direito fundamental.

O quarto artigo “A TUTELA JURISDICIONAL PARA GARANTIA DAS COTAS E AÇÕES AFIRMATIVAS RACIAIS”, de autoria de Jonatas Luiz Moreira de Paula e Reginaldo Bonifácio Marques, traz à discussão de que mesmo após o surgimento da lei de garantia de cotas raciais como meio de ingressos nas universidades, ainda requer-se a figura do poder judiciário para a construção de caminhos de efetivação de programas afirmativos.

O quinto artigo “TUTELA ESTATAL DEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS EN CHILE: DESAFÍOS PARA UN MAYOR ACCESO A LA JUSTICIA”, da autora Carolina Inés Salinas Suárez, parte da perspectiva de falta de regulamentação adequada no Chile para a efetivação do cumprimento de pagamento de alimentos pelos genitores. Discorre sobre problemas substantivos e processuais que incidem na falta de cumprimento do direito fundamental à sobrevivência do alimentando.

O sexto artigo “PROCESSO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: NOVAS ABORDAGENS EM VISTA DA HUMANIZAÇÃO E DOS DEVERES PROTETIVOS DO MAGISTRADO”, do autor Gilberto Ferreira Marchetti Filho, analisa o processo dentro de uma visão garantista de direitos fundamentais, democrática e de humanização, bem assim as consequências disso para a atuação do magistrado dentro de seus deveres protetivos na direção do processo.

O sétimo artigo “O DEVER DE COLABORAÇÃO E A BUSCA POR UM JUÍZO JUSTO E LEAL” da autora Nair de Fátima Gomes, analisa o dever de colaboração processual e a imparcialidade tanto das partes quanto do juiz como meio de promoção de eficiência processual, consequentemente gera uma igualdade de tratamento, um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, contribuindo para a legitimidade das decisões judiciais.

O oitavo artigo “O DIREITO DE NÃO SER PROCESSADO ADMINISTRATIVAMENTE: MANDADO DE SEGURANÇA PARA IMPEDIR A INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR SEM JUSTA CAUSA”, do autor Gilberto Fachetti Silvestre, apresenta uma análise a partir de julgados e de casos concretos para defender a tese de ins-

tauração de uma sede correcional disciplinar em face de um servidor público, sem um profundo e consistente juízo de admissibilidade por parte da autoridade titular do *jus puniendi*, no qual se averigüe a existência de justa causa para a existência do feito jurisdicional administrativo, pode ser extinguida via mandado de segurança.

O nono artigo “LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA: REGRAS GERAIS, IMPLICAÇÕES E PERSPECTIVAS”, dos autores João José Baptista e Cleber Cosmo Batista, parte da análise da Lei de Improbidade Administrativa o cabimento do Termo de Ajuste de Conduta (TAC), visto que os crimes contra a administração pública podem gerar distorções econômicas, políticas e sociais, o que comprometeria a garantia da plena existência do Estado Democrático de Direito.

O décimo artigo “A DESJUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO CIVIL E O ACESSO À JUSTIÇA”, dos autores Flavia Juliana Spinelli De Medeiros, Guilherme Druciak de Castro e Kelly Cardoso, promove uma discussão de que diante da necessidade da garantia do acesso à justiça, o Estado e o Poder Judiciário passaram a criar meios extrajudiciais de acesso, como a execução civil, mas que necessariamente pode não ser efetivo às partes em razão de entraves da própria legislação.

O décimo primeiro artigo, “DESJUDICIALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES DE CAPITAL DE GIRO PESSOA JURÍDICA SEM GARANTIA REAL POR MEIO DA DAÇÃO EM PAGAMENTO: UMA ABORDAGEM AMIGÁVEL”, de autoria de Wagner Alcantara Ferreira, também aborda a desjudicialização de meios de acesso à justiça, partindo da análise da dação em pagamento como uma solução não litigiosa estratégica e inovadora para a resolução de inadimplências e gestão de débitos sem a necessidade de litígios.

O décimo segundo artigo, EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL PROCESO CIVIL Y LOS CONTEXTOS HISTÓRICOS, do autor Néstor Leandro Guzmán, reflete sobre a matriz explicativa do princípio da proporcionalidade na gestão de processos, a partir de uma descrição histórica do significado sócio-político da função judicial desde finais do século XIX até à atualidade, como fator decisivo, com intuito de contextualizar a relação empírica entre os fins e os meios na administração da justiça, por meio do processo histórico - político e social - econômico através do qual a cultura jurídica se desenvolveu num determinado período e sociedade.

O décimo terceiro artigo, “ABOLITIO DELICTI NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA”, do autor Francisco Vieira Lima Neto, objetiva pontuar sobre ao julgamento ARE 843989 (Tema 1199), em dezembro de 2022, pelo Supremo Tribunal Federal, que estabeleceu a impossibilidade de condenação

baseada em tipo culposos, ainda que o ato classificado como ímprobo tenha sido praticado anteriormente à Lei nº 14.230/2021.

Profª. Dra. Miriam Fecchio Chueiri

- Doutora em Direito pela PUC-SP, Mestre em Direito pela UEL e Professora do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR

Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Junior

- Pós-Doutorando em Processo Civil Coletivo pela USP, Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP e Professor do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR

Prof. Dr. Cláudio Iannotti da Rocha

- Pós-Doutor em Direito pela UFBA, Doutor e Mestre em Direito pela PUC-MG e Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES

Prof. Dra. Paulina González Vergara

- Doutora e Mestra pela PUC-Chile e Professora do Doutorado em Direito Processual da PUC-Chile

DERECHO A LA ACCIÓN, ACCESO A LA JUSTICIA Y ACCESO AL DERECHO EN EL ORDENAMIENTO CHILENO¹

Rodrigo Bordachar Urrutia²

Manuel Rodríguez Vega³

1. INTRODUCCIÓN

Tanto la jurisprudencia de los tribunales internacionales como la de los chilenos ha ampliado progresivamente el sentido y alcance del debido proceso en tanto derecho fundamental. Por esto es cada vez más complejo determinar su contenido y extensión. Los profesores CARBONELL y LETELIER destacan que en la doctrina y en aquellas decisiones judiciales en que el debido proceso tiene un rol relevante hay una “hipertrofia o ampliación exagerada de sus contornos, que se refleja en la elaboración de listados abultados y heterogéneos de los derechos que la integrarían o de las situaciones supuestamente protegidas por la referida garantía”⁴.

Lo dicho por ellos no sorprende si atendemos a la forma en que se consagra la garantía del debido proceso en nuestra Constitución Política de la Re-

¹ Este artículo corresponde a parte de libro “Debido Proceso. Garantías fundamentales para una buena justicia”, (Santiago, 2024, Editorial Jurídica de Chile,), adaptado para esta publicación y cuya autoría corresponde a los mismos autores.

² Máster en Derecho con especialidad en Litigios, Arbitraje y Métodos Alternativos de Solución de Conflictos por la Universidad de París II (Panthéon-Assas). Profesor asistente adjunto de la Pontificia Universidad Católica de Chile. correo: rbordachar@bam.cl

³ Doctor en Derecho por la Universidad de Chile. Profesor asistente adjunto de la Pontificia Universidad Católica de Chile. correo: merodrig@uc.cl.

⁴ CARBONELL, Flavia y LETELIER, Raúl (2021): “Debido proceso y garantías jurisdiccionales”, en CONTRERAS, Pablo y SALGADO, Constanza (eds.), *Curso de derechos fundamentales* (Santiago: Tirant lo Blanch), p. 347.

pública (CPR), al prescindir el constituyente de 1980 de una enumeración de derechos asociados a la garantía, para que fuera la jurisprudencia la que le diera contenido material, pues este podía ir evolucionando con el tiempo.

Ambos autores citados consideran que en Chile la garantía del debido proceso se circunscribe a cuatro grupos de derechos, los cuales están explícitamente consagrados en la CPR y en los tratados internacionales ratificados por nuestro país. Estos son aplicables tanto a procesos civiles⁵, contencioso-administrativos y penales. En primer término, mencionan el derecho a un juez independiente, imparcial, predeterminado por la ley y competente, que estaría considerado en el artículo 19 N° 3 inciso quinto de la CPR y en los artículos 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

El segundo derecho reconocido será el derecho a un proceso legalmente tramitado, que encontraría su base en el inciso sexto del N° 3 del artículo 19 de la CPR y que sería la concreción, en el ámbito jurisdiccional, del principio de legalidad (artículo 6° de la CPR).

En tercer lugar, está el derecho a un proceso público. Aunque reconocen que en la CPR no hay una consagración explícita respecto de los procesos judiciales, sí lo estaría por la extensión del artículo 8° inciso segundo de esta. Si todos los actos, resoluciones de los órganos del Estado y sus fundamentos son públicos, el proceso, en tanto acto de un órgano del Estado como lo es un tribunal, también sería público, salvo las excepciones legales. Ahora bien, el artículo 14.1 del PIDCP sí dispone que “toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente”⁶.

El cuarto grupo de derechos fundamentales que integran la garantía del debido proceso estaría dado por el derecho a la defensa. Los autores afirman que se refiere a la defensa material —como la oportunidad de las partes de un proceso de presentar su caso— y a la defensa técnica, como el acceso del justiciable a un abogado defensor.

Aun cuando esta sistematización parece interesante, se hace necesario abrir la garantía del debido proceso para conocer de mejor manera cómo la doctrina y

⁵ Debemos entender la jurisdicción civil en sentido amplio, incluyendo los procesos judiciales ante tribunales de familia y del trabajo.

⁶ Con todo, el mismo artículo establece limitaciones a la regla general de publicidad que buscan resguardar otros derechos que podrían ponerse en riesgo con la publicidad de los juicios: “[...] La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”. En Chile, por ejemplo, las causas de familia son de acceso restringido y no son visibles para los terceros ajenos al juicio, estando a tono con la prescripción del artículo 14.1 del PIDCP recién transcrito.

decisiones judiciales han expandido el concepto. Al respecto, nos concentraremos en dos derechos integrantes del debido proceso que requieren especial atención, pues su efectiva garantía no aparece suficientemente asegurada por las correspondientes instituciones procesales en el ordenamiento chileno, esto es, el derecho a la acción o tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia y acceso al derecho, proponiendo a lo largo de este trabajo los alcances que deben darse a esos derechos a fin de satisfacer los estándares impuestos por el derecho internacional.

2. EL DERECHO A LA ACCIÓN O TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Partamos de una base conceptual, contemplada en el inciso cuarto del artículo 1° de la CPR:

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Esta base de la institucionalidad impone lo que algunos autores han llamado el principio de servicialidad. El Tribunal Constitucional chileno ha dicho que la “consagración del principio de servicialidad del Estado es una garantía de buena fe y lealtad estatal que vendría a complementar los elementos puramente formalistas reconocidos en el artículo 7° de la Constitución, de una manera sustancialista, reconociendo la primacía del sentido finalista propersona”⁷.

Producto del principio de separación de poderes se tiende a olvidar que los tribunales de justicia forman parte del Estado y, por ende, se encuentran igualmente vinculados al principio de servicialidad, de modo que su acción debe poner a las personas en el centro. El Tribunal Constitucional dice también que el principio de servicialidad:

Irradia su funcionalidad al resto de las normas constitucionales. De tal suerte que aquellas ‘funciones y atribuciones’ que las leyes confieren a los diferentes organismos de la administración del Estado, conllevan en sí mismas el deber de ejercerlas, sobre todo cuando son otorgadas con el fin de concretar derechos especialmente reconocidos por la Constitución. Así, el retardo o demora de la administración en atender dichas funciones y atribuciones, concebidas para garantizar los derechos de los ciudadanos y la utilidad de las personas, no puede

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2693, considerando decimoctavo, y, en el mismo sentido, sentencias del Tribunal Constitucional, Roles N° 2921, considerando octavo y, y N° 3028.

generar una situación de menoscabo o perjuicio para ellas, siempre que esa dilación no les sea imputable⁸.

Siguiendo esta doctrina, el principio de servicialidad del Estado aplica también a los tribunales de justicia. Esto queda de manifiesto en el artículo 76 de la CPR que consagra que los tribunales de justicia tienen la facultad exclusiva de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de ejecutar lo juzgado y que, una vez reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, estos no pueden excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de una ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión.

Esta expresión sirve para entender el rol que les cabe a los tribunales en la protección de los derechos de las personas y nos vincula a la primera y más básica de las expresiones del debido proceso: el derecho a la acción, también denominado tutela judicial efectiva. No puede haber un proceso debido sin el proceso y no puede existir sin que se ejerza una acción.

Aguirrezábal Grünstein⁹ entiende el derecho a la tutela judicial efectiva como el derecho de toda persona de requerir a un órgano jurisdiccional para que atienda la pretensión que se tiene contra otra persona, por medio de un proceso con garantías mínimas. Si bien esta definición parece apropiada, deja fuera aquellos casos en que el justiciable requiere la intervención judicial por aspectos meramente declarativos, donde no hay una contraparte contra quien hacer valer ese derecho, sino respecto de toda la comunidad, o cuando requiere la intervención de los tribunales para la jurisdicción voluntaria.

La tutela judicial efectiva debe entenderse como un derecho que tiene una obligación correlativa en que el titular obligado es el Estado y, particularmente, el órgano jurisdiccional.

Según García Pino y Contreras Vásquez:

La noción de ‘derecho a la tutela judicial’ importa el reconocimiento de un derecho prestacional que recaba del Estado la protección jurídica debida, en el igual ejercicio de los derechos ante la justicia, proscribiendo la autotutela, y garantizando una respuesta a la pretensión de derechos e intereses legítimos con autoridad de cosa juzgada y con la eficacia coactiva que demanda la satisfacción de derechos fundamentales¹⁰.

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 3146, considerandos decimoctavo y decimonoveno, y sentencias Roles N°s. 3874, 5025, 5654 y 7015.

⁹ AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, Maite (2013): *Tutela judicial efectiva y acceso a la justicia* (Santiago: Instituto Chileno de Derecho Procesal). Disponible en línea: <<https://bit.ly/46nEKL4>>.

¹⁰ GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo (2013): “El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 11, N° 2, p. 244.

En nuestro ordenamiento no hay una consagración explícita de un derecho a la acción o la tutela judicial efectiva. Con todo, la doctrina lo entiende implícito dentro del artículo 19 N° 3 de la CPR, concretamente en su inciso primero, cuando señala que la Constitución asegura a todas las personas “la igual protección en el ejercicio de sus derechos”, puesto que, como lo asegura Bordalí Salamanca, “se podría entender que relaciona los derechos de los individuos con la actividad jurisdiccional”¹¹.

Por su parte, Silva Bascuñán, respecto del inciso primero del artículo 19 N° 3 ha afirmado:

La norma en análisis busca asegurar a todos, en un plano de igualdad jurídica y sin discriminación, la posibilidad de recurrir ante cualquiera autoridad –incluyendo por cierto a los tribunales– para pedir la protección de sus derechos. Se trata, por lo tanto, de entregar a cada persona la posibilidad de actuar en el ejercicio de sus derechos, de que nadie esté impedido de ejercer esa actividad, de remover los obstáculos que impidan que, en el hecho, se accione ante la jurisdicción que corresponda para lograr que los derechos asegurados por la Carta efectivamente puedan ejercerse”¹².

Para Evans de la Cuadra, la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos deriva en el aseguramiento y disponibilidad de un órgano jurisdiccional para tutelar dicho ejercicio legítimo que se ha visto embarazado, “dentro de la idea de la igual protección de los derechos y en el evento de que uno de ellos sea atropellado o en los casos en que se produzcan discriminaciones [...] y no exista ley o tribunal que regule el cómo y ante quién accionar, el conocimiento y fallo del reclamo pertinente corresponden a los tribunales ordinarios de justicia”¹³.

La norma establecida en el inciso primero del artículo 19 N° 3 viene a establecer, a falta de otro órgano competente, que los tribunales de justicia serán quienes presten la debida tutela de los derechos que puedan verse afectados por terceros distintos de su titular.

A nivel internacional, la Declaración Universal de los Derechos Humano (DUDH) señala que “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal” (artículo 10), mientras que el PIDCP consagra en el artículo 14.1 que “toda persona tendrá

¹¹ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2010): “El derecho fundamental de acción: Un intento de configuración en el orden constitucional chileno”, en TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (ed.), *Revista de Derecho y Jurisprudencia. Edición Bicentenario. Doctrinas esenciales. Vol. Derecho constitucional* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile-Punto Lex-Thomson Reuters), p. 717.

¹² SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2006): *Tratado de derecho constitucional*, vol. 11: *De los derechos y deberes constitucionales*, 2ª edición (Santiago: Editorial Jurídica de Chile), p. 142.

¹³ EVANS DE LA CUADRA, Enrique (2004): *Los derechos constitucionales*, vol. 2, 3ª edición (Santiago: Editorial Jurídica de Chile), p. 140.

derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal”. Se complementan estas disposiciones con las de los artículos 8.1 y 25 de la CADH, que expresan el mismo derecho y el derecho al recurso.

La tutela judicial efectiva se refiere también al aseguramiento de los medios a través de los cuales se ejerce la acción, de manera que no basta con tener reglas o establecer formalidades para su ejercicio o con tener los órganos jurisdiccionales a disposición de las personas. Como dice CEA EGAÑA, la igual protección de la ley presupone, además de lo anterior, que “la gente, en especial la de modestos recursos o de los grupos infraprotegidos, disponga, en la realidad, de medios adecuados para lograr que sus derechos sean legalmente cautelados”¹⁴. Es decir, la tutela judicial no podría ser efectiva si con el establecimiento del órgano encargado de cautelar los derechos de las personas no se disponen de los medios para ejercer efectivamente el derecho que será objeto de la acción.

Tales medios no son, por cierto, puramente económicos, como cuando se garantiza que la administración de justicia será gratuita o que, a falta de medios económicos, las personas tendrán de igual manera acceso a defensa letrada. El derecho a la tutela judicial efectiva debe incluir todos los medios que permitan el acceso de todas las personas, incluidos los grupos más desfavorecidos, a los tribunales para la determinación de sus derechos subjetivos. De allí que se suele incluir el acceso al derecho entendido como el acercamiento al conocimiento y entendimiento de la norma jurídica.

En consonancia con esta materialización efectiva del derecho a tutela judicial, diversos tratados internacionales lo han incorporado de manera explícita en favor de ciertos grupos que pueden sufrir limitaciones de base en el ejercicio de sus derechos, como son, por ejemplo, las personas mayores o los niños, niñas y adolescentes. Estas limitaciones pueden ser físicas, cognitivas o derivadas de la falta de capacidad de ejercicio según las normas generales. Al depender de terceros, los Estados se comprometen a cautelar especialmente las garantías y derechos de esos grupos.

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPDHPM), de 2015, contiene, por ejemplo, la protección judicial efectiva de las personas mayores como uno de sus principios generales (artículo 3 letra n)¹⁵. También se impone como deber de los Estados Parte la adopción y fortalecimiento “de todas las medidas legislativas, administrativas, *judiciales*, presupuestarias y de cualquier otra índole, *incluido un adecuado*

¹⁴ CEA EGAÑA, José Luis (2012): *Derecho constitucional chileno*, vol. II (Santiago: Ediciones UC), p. 144.

¹⁵ Promulgada por el Decreto N° 162, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1 de septiembre de 2017, publicado en el *Diario Oficial* de 7 de octubre de 2017. Texto oficial disponible en línea: <<https://bcn.cl/2fl09>>.

acceso a la justicia a fin garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos” [énfasis añadido].

Finalmente, el artículo 31 de dicha convención reitera casi de manera literal lo que expresan los demás textos internacionales precitados en torno a la tutela judicial. En tal sentido, pareciera que no aporta mayormente en torno a la tutela judicial efectiva en cuanto consagra el derecho de las personas mayores a ser oída por un juez o tribunal. Sin embargo, los Estados Parte suben el estándar de protección, comprometiéndose a ajustar los procedimientos en los procesos judiciales y administrativos en cualquiera de sus etapas. De esta manera se asegura que la protección judicial de los derechos sea efectiva.

Los niños, niñas y adolescentes son otro grupo al que los tratados internacionales dan, respecto de la tutela judicial efectiva, una protección especial. El artículo 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) confiere a este grupo la “oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo”¹⁶ que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. Coherentemente, la Ley N° 21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia dispone en el inciso primero de su artículo 50, bajo el título: “Debido proceso, tutela judicial efectiva y especialización”, que:

Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a que en todos los procedimientos administrativos y judiciales se le respeten las garantías de un proceso racional y justo, y se le aseguren, entre otros, el derecho de tutela judicial; el derecho a ser oído; el derecho a ser informado del procedimiento aplicable y de los derechos que le corresponden en el proceso; el derecho a una representación jurídica y/o judicial distinta de la de sus padres y/o madres, representantes legales, o de quienes los tengan legalmente bajo sus cuidado, en caso de intereses incompatibles; el derecho a una representación judicial especializada para la defensa de sus derechos; el derecho a presentar pruebas idóneas e independientes; el derecho a recurrir; así como los derechos y garantías que le confieren la Constitución Política de la República, los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y las leyes.

Del texto expreso de la norma se puede observar que el legislador ha concretado por vía legislativa el derecho a la tutela judicial efectiva, estatuyendo en favor de los niños, niñas y adolescentes el derecho a ser oído y a ser informado del procedimiento y de los derechos que le corresponden en el proceso.

¹⁶ Promulgada por el Decreto N° 830, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 14 de agosto de 1990, publicada en el *Diario Oficial* de 27 de septiembre de 1990. Texto oficial disponible en línea: <<https://bcn.cl/2fel2>>.

Ahora bien, como su nombre lo indica, el derecho a una tutela judicial impone la obligación de que la protección sea efectiva.

No basta con la posibilidad de acceder al órgano jurisdiccional o con el derecho a defensa o con todas las derivaciones sustantivas y adjetivas que este tiene. Para que se entienda que hay tutela judicial efectiva debe expresarse desde el principio, durante su desarrollo y hasta el final del proceso: en la sentencia. Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de una apelación de la sentencia recaída en una reclamación tributaria dictada por un tribunal tributario y aduanero, no acogió la apelación, sino que la anuló de oficio y ordenó emitir un nuevo fallo, precisamente porque se había privado al reclamante de una tutela judicial efectiva, el que comprende el derecho a tener una sentencia motivada y fundamentada, en la cual se analice la prueba rendida, lo que en la sentencia recurrida se omitía¹⁷.

En un sentido similar, la Corte Suprema reafirma que el derecho a la tutela judicial efectiva trasciende el mero ejercicio de la acción y se encuentra amparado desde que la acción judicial se provee hasta el pronunciamiento de una decisión judicial definitiva:

Por último, no se debe olvidar que el derecho a la acción está amparado constitucionalmente desde que se provee, para la protección de los derechos e intereses legítimos, la tutela referida al ejercicio de la acción en el marco de un debido proceso. Pero más allá de eso, la tutela judicial efectiva de los derechos de las personas trasciende el mero ejercicio de la acción y el inicio del procedimiento destinado a que aquella sea sustanciada; la efectividad en la protección cubre también el espectro de que sea totalmente tramitado el proceso, se obtenga una sentencia definitiva que decida el conflicto, y que la misma se pueda cumplir. Bajo esta mirada del derecho a la acción y a la sustanciación integral del proceso para obtener la decisión judicial definitiva y ejecutarla, vuelve a cobrar relevancia la excepcionalidad de las sanciones procesales que impiden la prosecución del juicio, y, el imperativo de interpretar restrictivamente las normas que las consagran. Es en relación a los límites en el ejercicio de la acción que el profesor Alejandro Romero ha expresado que: ‘Se podría decir que en relación al ejercicio de este derecho existe como pauta rectora el principio *pro actione* en virtud del cual los órganos judiciales deben interpretar los diferentes requisitos y presupuestos procesales de un modo más favorable con el derecho constitucional a obtener la protección judicial de los derechos, debiendo rechazarse *in limine litis* las tesis rígidas o formalistas que puedan privar a las personas de obtener una tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos’ (Alejandro Romero Seguel, *Curso de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Santiago, Thompson Reuters, 2014, p. 69)¹⁸.

¹⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 180-2022, de 4 de enero de 2023.

¹⁸ Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 32275-2022, de 30 de diciembre de 2022.

3. ACCESO A LA JUSTICIA Y ACCESO AL DERECHO

Todas las expresiones del debido proceso se entrelazan. No es posible concebirlas de manera autónoma e independiente, por eso se considera como un derecho complejo en su contenido. La base conceptual de toda protección de derechos está dada por el respeto a la dignidad de la persona humana, que le viene dada por su propia naturaleza, como lo reafirma la primera parte del inciso segundo del artículo quinto de la CPR.

El catálogo de derechos y garantías que esta reconoce es una manifestación de aquello, pero también existen otros instrumentos jurídicos de aplicación necesaria por los órganos del Estado en el ejercicio de su función pública como son los tratados internacionales ratificados por Chile.

En tal sentido, los tratados y convenciones internacionales vienen a complementar las garantías fundamentales reconocidas de manera directa por nuestra CPR. Debe, por tanto, considerarse el contenido de los derechos fundamentales en un sentido amplio, tomando como base los reconocidos expresamente por el constituyente, pero incorporando conceptos e incluso garantías establecidas en esos tratados confirmados por nuestro país y que se refieran a la protección de los derechos humanos.

Las garantías judiciales son un ejemplo de ello. De inmediato pensamos en el artículo 19 N° 3 de la CPR, y en otras disposiciones aisladas, como el establecimiento de una acción indemnizatoria en casos de error judicial (artículo 19 N° 7) y la organización del Poder Judicial, contemplada en el capítulo VI, donde se recogen algunos imperativos para los órganos jurisdiccionales, relacionados precisamente a las garantías judiciales, como, por ejemplo, la inexcusabilidad para conocer de las causas en que se requiera su intervención.

El artículo 19 N° 3, como se ha dicho, refiere directa y explícitamente a una igual protección de la ley en el ejercicio del derecho a defensa, de la legalidad del procedimiento y del tribunal y, en materia penal, a la irretroactividad de la ley penal y la tipicidad previa del delito. El debido proceso se entiende incorporado por medio de la garantía de un justo y debido procedimiento. Ahora bien, existe otra expresión del debido proceso que tampoco se agota en el derecho a la tutela judicial efectiva ni en el derecho a defensa. Se trata del acceso a la justicia. Es cierto: este se vincula al derecho a la tutela judicial efectiva, pero no se limita al derecho a la acción. El acceso a la justicia se ha transformado en un concepto que, sobre todo a través de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), se ha ido dotando de contenido propio.

También se vincula, por cierto, al principio de inexcusabilidad de los tribunales, contemplado en el artículo 76 de la CPR. El acceso a la justicia y la inexcusabilidad van íntimamente ligados de manera que, si un tribunal se excusa de conocer un asunto, deniega el acceso a la justicia.

En diciembre de 2022, la Corte Suprema declaró que el:

principio de inexcusabilidad debe necesariamente ser vinculado a la noción de debido proceso y, específicamente con el ejercicio del derecho de acción, en cuanto prerrogativa de naturaleza fundamental que incluye no solo el acceso a la justicia sino también el amparo y tutela efectiva del derecho sustantivo que se reclama [...] Ninguna duda cabe que en la especie se está en presencia de un conflicto de relevancia jurídica que genera y hace operativo el poder deber entregado a los tribunales para conocer de él y de resolverlo por la vía del instrumento denominado proceso, y con efecto de cosa juzgada.

En este fallo se confirma que los tribunales deben garantizar el acceso a la justicia cada vez que hay un conflicto de relevancia jurídica.

Algunos podrán sostener que el derecho de acceso a la justicia está implícito en el inciso primero del artículo 19 N° 3 de la CPR, cuando se garantiza a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Sin embargo, del texto mismo de esta garantía solo aparece de forma manifiesta del derecho a la defensa letrada (o defensa técnica), asegurándole también a los y las justiciables que la ley arbitrará “los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos”.

Como lo reconoce Vargas Pavez, el derecho de acceso a la justicia se sostiene en una concepción “más amplia y acorde a las tendencias procesales modernas que incluye –además de la asesoría jurídica y la representación judicial– el empoderamiento legal y los mecanismos colaborativos de resolución de conflictos, todo ello con una clara orientación hacia los usuarios y usuarias”¹⁹. Un derecho verdaderamente garantizado es el que se expresa de manera concreta, y que de otro modo quedaría al amparo de una interpretación judicial o constitucional, tanto en su existencia, como en su contenido.

El acceso a la justicia comprende distintos aspectos, partiendo por el más evidente, que es el derecho a la tutela judicial efectiva de los órganos jurisdiccionales del Estado. Y por ser un concepto que abarca diversos contenidos, el acceso a la justicia, según Lovatón Palacios:

Debería contemplar medidas de promoción de otros mecanismos no judiciales o no estatales de respuesta satisfactoria a las necesidades jurídicas de los ciudadanos y ciudadanas [...] que, con frecuencia, ni siquiera tienen la posibilidad de acudir a los tribunales, como es el caso de muchos pueblos indígenas²⁰.

¹⁹ VARGAS PAVEZ, Macarena (2021), *passim*. Disponible en línea: <<https://bit.ly/3Q2YUUN>>. O

²⁰ LOVATÓN PALACIOS, David (2009): “Experiencias de acceso a la justicia en América Latina”, en *Revista IIDH*, N° 50. Disponible en línea: <<https://bit.ly/44XWfQO>>, p. 230.

En el mismo sentido, la ya citada CIPDHPM, en su artículo 31, contiene dos disposiciones claras: una, el aseguramiento de que las personas mayores tengan acceso efectivo a la justicia, incluso mediante la adopción de ajustes de procedimientos. Luego, impone a los Estados parte el desarrollo y fortalecimiento de políticas públicas y programas dirigidos a promover mecanismos alternativos de solución de controversias.

Se presenta aquí un aspecto relevante del acceso a la justicia, y es que este no se agota en la decisión de un órgano jurisdiccional, en una sentencia. También puede satisfacerse con salidas derivadas de modos alternativos de solución de conflictos, como la mediación. El acceso a la justicia debe entenderse en un sentido amplio, ya que en la medida que las y los justiciables encuentren satisfacción su pretensión, se habrá cumplido con el objetivo de protección.

A nivel interamericano, la construcción del derecho de acceso a la justicia se ha hecho a partir de la vinculación entre los artículos 8 y 25 de la CADH. El artículo 8.1 establece la base del justo y debido procedimiento:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Como lo manifiesta el expresidente de la Corte IDH, CANÇADO TRINDADE, la consagración del derecho de acceso a la justicia en el sistema interamericano “no se reduce al acceso formal, *stricto sensu*, a la instancia judicial (tanto interna como internacional), sino comprende, además, el derecho a la prestación jurisdiccional [...]. El derecho de acceso a la justicia, dotado de contenido jurídico propio, significa, *lato sensu*, el derecho a obtener justicia. Configurase, así, en suma, como el derecho a la propia realización de la justicia”²¹.

Nótese que, a diferencia de la CPR, esta garantía se expresa en términos más amplios, pues incorpora la obligación de los Estados parte de la CADH de que se haga justicia, pero dentro de un plazo razonable. La norma, por lo demás, es equivalente a la del artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos, donde el acceso oportuno a la justicia ha sido desarrollado en numerosos fallos.

Por su parte, el artículo 25 de la CADH consagra el derecho a la protección judicial. Esta se manifiesta a través del “derecho al recurso” e insiste en la celeridad como componente, estableciendo que el recurso debe ser “sencillo y

²¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio (2012): *El derecho de acceso a la justicia en su amplia dimensión*, 2ª edición (Santiago: Librotecnia), pp. 297-298.

rápido”, pero también “efectivo”, lo que significa que debe permitir la tutela judicial de los derechos del afectado.

Según Cançado Trindade, “uno de los componentes principales de ese derecho es precisamente el acceso directo a un tribunal competente, mediante un recurso efectivo y rápido, y el derecho a ser prontamente oído por dicho tribunal, independiente e imparcial, a niveles tanto nacional como internacional (artículos 25 y 8 de la Convención Americana)”. El derecho de acceso a la justicia viene a ser, en sus palabras, “un verdadero derecho al Derecho, o sea, el derecho al ordenamiento jurídico –a niveles tanto nacional como internacional– que efectivamente salvaguarde los derechos fundamentales de la persona humana”²².

Más allá de la construcción teórica del derecho de acceso a la justicia como autónomo de las demás garantías procesales y de debido proceso, las sentencias de la Corte IDH dan cuenta de la forma en que los Estados deben expresar dicho derecho de acceso. Así se recogen por ejemplo sentencias que establecen que²³:

- a) Es un derecho que le cabe tanto a la víctima como a sus familiares, sobre todo en casos de derechos humanos, donde el directamente afectado puede estar muerto o desaparecido.
- b) El derecho de acceso a la justicia busca impedir la impunidad.
- c) Los Estados deben adoptar las medidas que sean necesarias para facilitar el acceso a la justicia y eliminar los obstáculos para ello. Los ordenamientos jurídicos deben contemplar que los tribunales actúen de oficio o a petición de parte, de acuerdo con las necesidades del proceso.²⁴
- d) Que el recurso sea efectivo, es decir, que sea idóneo para la solución del conflicto.²⁵

²² CANÇADO TRINDADE, Antônio (2012): *El derecho de acceso a la justicia en su amplia dimensión*, 2ª edición (Santiago: Librotecnia), p. 298.

²³ Un completo desarrollo puede encontrarse en BERNALES ROJAS, Gerardo (2019): “El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en *Ius et Praxis*, vol. 25, N° 3. Disponible en línea: DOI: <10.4067/S0718-00122019000300277>.

²⁴ Un ejemplo clásico de obstáculos de acceso a la justicia es la obligación de pago de derechos (2 unidades tributarias mensuales) para apelar en casos de propiedad industrial contemplado en el artículo 18 bis C del Decreto con Fuerza de Ley N° 3, del Ministerio de Economía de 2006, que fijó el texto refundido de la Ley de Propiedad Industrial.

²⁵ Hasta cierto punto, la existencia del Tribunal de Contratación Pública podría considerarse como una expresión del deber del Estado de ampliar la oferta de justicia, sobre todo especializada. Pero al revisar su competencia y el sentido y alcance de sus fallos, se extraña justamente la efectividad de sus decisiones, por cuanto ante una declaración de ilegalidad de una determinada licitación viene luego la expresión de que, por razones de utilidad pública, no se pueden retrotraer los efectos del acto nulo, manteniéndose una adjudicación ilegal. El afectado queda, por lo pronto, a merced de iniciar una nueva acción, ahora de indemnización, con resultados inciertos y extendiendo el tiempo de obtención de justicia.

- e) Todo proceso debe ser realizado dentro de un plazo razonable.²⁶
- f) El Estado debe eliminar toda forma de discriminación en el acceso a la justicia, permitiendo el acceso igualitario de grupos vulnerables, sea económicamente o por cualquier otra razón (discapacidad, edad, sexo, etcétera).

El derecho de acceso a la justicia debe extenderse más allá de los tribunales de justicia, en lo formal, sean ordinarios o especiales, y alcanzar a todo órgano de la administración o que goce de autonomía, y que tome decisiones respecto de derechos de las personas, como, por ejemplo, el Ministerio Público o cualquier servicio u organismo público, estos últimos, en la expresión del derecho administrativo sancionador o en la resolución de peticiones según el procedimiento administrativo (Ley N° 19.880). Es bastante común el incumplimiento de los plazos de resolución de solicitudes lo que obliga a los justiciables a recurrir a la Contraloría General de la República. Otro caso recurrente es la pervivencia de casos de arbitraje forzoso que limitan, al ser una justicia pagada, el acceso a la justicia y afectan el derecho de propiedad de los justiciables por imposición del legislador.

Cabe hacer presente que, según Loayza Tamayo, “del derecho al acceso a la jurisdicción se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos”²⁷. Sin embargo, aquello no significa que los Estados y su legislación interna no puedan establecer requisitos o exigencias formales para el ejercicio de su acción. Pero, según la misma autora, si lo hacen, estos no deben ser “excesivos ni desproporcionados, justificados en razonables necesidades propias de la administración de justicia, así como en los fines legítimos de la misma”.

²⁶ A partir de decisiones del Tribunal Constitucional se ha discutido la vinculación del principio de oficialidad, contemplado en los procedimientos laborales en el artículo 429 del Código del Trabajo, con la prohibición expresa de alegar y conceder el abandono del procedimiento (inciso primero del artículo 429). Ahí se han ventilado las consecuencias de esta aparente colisión respecto al derecho a la justicia dentro de un plazo razonable, dando cuenta, en numerosos fallos, de que la imposibilidad de poner término a un proceso por la vía del abandono contraviene el derecho de acceso a la justicia y que, al mismo tiempo, no se opone a la obligación de actuar de oficio y de levantar los obstáculos. Es posible, por cierto, pensar en un sistema procesal que combine la oficialidad, entendida como la obligación del juez y, por ende, del Estado, de dar respuesta al requerimiento de justicia, pero que no signifique, al mismo tiempo, la anulación del derecho del otro a obtener el cierre de un proceso judicial.

²⁷ LOAYZA-TAMAYO, Carolina (2012): “El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en *LEX, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, vol. 10, N° 9. Disponible en línea: DOI: <10.21503/lex.v10i9.319>, p. 96.

En el caso “Cantos con Argentina” de 2002, la Corte IDH ha expresado que:

49. La Corte Interamericana ha establecido que los Estados tienen, como parte de sus obligaciones generales, un deber positivo de garantía con respecto a los individuos sometidos a su jurisdicción. Ello supone tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención.” Agrega que el artículo 8.1 de la CIDH “consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención.” Y sobre el artículo 25 indica que “este establece la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Y ha observado, además, que la garantía allí consagrada se aplica no solo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley [...] Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata constituye una violación del derecho al acceso a la justicia, bajo la modalidad consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana²⁸.

Asimismo, según Cox Urrejola, no hay que olvidar que el acceso a la justicia:

Ha pasado también a ser considerado como principio y condición esencial del Estado de derecho: todos(as) los(as) ciudadanos(as) deben poder conocer y ejercer sus derechos y, además, asegurar que sus conflictos sean tratados y ojalá solucionados, eficaz y oportunamente. Además de la jurisdicción de tutela estatal, la prevención de conflictos, la promoción de derechos y de mecanismos colaborativos de solución de controversias, donde participan variados actores sociales, del sector público y privado, constituyen áreas esenciales del acceso a la justicia²⁹.

En definitiva, el derecho de acceso a la justicia no solo consiste en el derecho de toda persona de acceder al órgano jurisdiccional, sino que también inclu-

²⁸ Caso “Cantos con Argentina” (2002).

²⁹ COX URREJOLA, Sebastián (2006): Acceso a la justicia en Chile: Realidades-tendencias y propuestas. Reunión de expertos en Acceso a la Justicia. Conferencia de ministros de Justicia de los países Iberoamericanos y Ministerio de Justicia de Chile (28, 29 y 30 de noviembre 2007) (Santiago). Disponible en línea: <<https://bit.ly/3XrOcJk>>, p. 50.

ye que el sistema pueda darle a los justiciables el acceso a la norma, al derecho aplicable, luego, a una respuesta efectiva y, de ese modo, garantizar los derechos humanos de todas las personas.

4. CONCLUSIONES

Al consagrarse la garantía del debido proceso en nuestra CPR se prescinde de una enumeración de derechos asociados a la misma, para que fuera la jurisprudencia la que le diera contenido material, pues este podía ir evolucionando con el tiempo. En ese marco, la jurisprudencia nacional, siguiendo la senda marcada por los tribunales internacionales, ha ampliado progresivamente el sentido y alcance del debido proceso en tanto derecho fundamental, lo que de paso conlleva que sea cada vez más complejo determinar su contenido y extensión.

Sin embargo, no es controvertido que dentro de los derechos integrantes del debido proceso, ocupa un lugar principal el derecho a la acción o tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia y acceso al derecho

El derecho a la acción o la tutela judicial efectiva no cuenta con una consagración explícita en el ordenamiento chileno, sin embargo, la doctrina lo entiende implícito dentro del artículo 19 N° 3 de la CPR, concretamente en su inciso primero, cuando señala que la Constitución asegura a todas las personas “la igual protección en el ejercicio de sus derechos”. Esta norma establece, a falta de otro órgano competente, que los tribunales de justicia serán quienes presten la debida tutela de los derechos que puedan verse afectados por terceros distintos de su titular.

Este derecho se refiere también al aseguramiento de los medios a través de los cuales se ejerce la acción, los que no son puramente económicos, como cuando se garantiza que la administración de justicia será gratuita o que, a falta de medios económicos, las personas tendrán de igual manera acceso a defensa letrada. El derecho a la tutela judicial efectiva debe incluir todos los medios que permitan el acceso de todas las personas, incluidos los grupos más desfavorecidos, a los tribunales para la determinación de sus derechos subjetivos.

Es así como diversos tratados internacionales lo han incorporado de manera explícita en favor de ciertos grupos que pueden sufrir limitaciones de base en el ejercicio de sus derechos, como lo son las personas mayores o los niños, niñas y adolescentes.

Por su parte, el derecho al acceso a la justicia se vincula al derecho a la tutela judicial efectiva, pero no se limita al derecho a la acción, pues posee un contenido propio que incluye —además de la asesoría jurídica y la representación judicial— el empoderamiento legal y los mecanismos colaborativos de resolución de conflictos, todo ello con una clara orientación hacia los usuarios y usuarias.

De ese modo, este derecho no se agota en la decisión de un órgano jurisdiccional, en una sentencia. También puede satisfacerse con salidas derivadas de modos alternativos de solución de conflictos, ya que en la medida que las y los justiciables encuentren satisfecha su pretensión, se habrá cumplido con el objetivo de protección.

El derecho de acceso a la justicia se extiende más allá de los tribunales de justicia, a todo órgano de la administración o que goce de autonomía, y que tome decisiones respecto de derechos de las personas. En definitiva, no solo consiste en el derecho de toda persona de acceder al órgano jurisdiccional, sino que también incluye que el sistema pueda darle a los justiciables el acceso a la norma, al derecho aplicable, luego, a una respuesta efectiva y, de ese modo, garantizar los derechos humanos de todas las personas.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, Maite (2013): *Tutela judicial efectiva y acceso a la justicia* (Santiago: Instituto Chileno de Derecho Procesal). Disponible en línea: <<https://bit.ly/46nEKL4>>

BERNALES ROJAS, Gerardo (2019): “El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en *Ius et Praxis*, vol. 25, N° 3. Disponible en línea: DOI: <10.4067/S0718-00122019000300277>.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2010): “El derecho fundamental de acción: Un intento de configuración en el orden constitucional chileno”, en TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (ed.), *Revista de Derecho y Jurisprudencia. Edición Bicentenario. Doctrinas esenciales. Vol. Derecho constitucional* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile-Punto Lex-Thomson Reuters).

CANÇADO TRINDADE, Antônio (2012): *El derecho de acceso a la justicia en su amplia dimensión*, 2ª edición (Santiago: Librotecnia).

CARBONELL, Flavia y LETELIER, Raúl (2021): “Debido proceso y garantías jurisdiccionales”, en CONTRERAS, Pablo y SALGADO, Constanza (eds.), *Curso de derechos fundamentales* (Santiago: Tirant lo Blanch)

CEA EGAÑA, José Luis (2012): *Derecho constitucional chileno*, vol. II (Santiago: Ediciones UC)

COX URREJOLA, Sebastián (2006): Acceso a la justicia en Chile: Realidades-tendencias y propuestas. Reunión de expertos en Acceso a la Justicia. Conferencia de ministros de Justicia de los países Iberoamericanos y Ministerio de Justicia de Chile (28, 29 y 30 de noviembre 2007) (Santiago). Disponible en línea: <<https://bit.ly/3XrOcjK>>

EVANS DE LA CUADRA, Enrique (2004): *Los derechos constitucionales*, vol. 2, 3ª edición (Santiago: Editorial Jurídica de Chile)

LOAYZA-TAMAYO, Carolina (2012): “El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en *LEX, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, vol. 10, N° 9. Disponible en línea: DOI: <10.21503/lex.v10i9.319>

LOVATÓN PALACIOS, David (2009): “Experiencias de acceso a la justicia en América Latina”, en *Revista IIDH*, N° 50. Disponible en línea: <<https://bit.ly/44XWfQO>>

GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo (2013): “El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 11, N° 2.

SILVA BASCUNÁN, Alejandro (2006): *Tratado de derecho constitucional*, vol. 11: *De los derechos y deberes constitucionales*, 2ª edición (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

VARGAS PAVEZ, Macarena (2021), Disponible en línea: <<https://bit.ly/3Q2YUUN>>.

COX URREJOLA (2006), p. 50.

JURISPRUDENCIA CITADA

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2693, de 13 de octubre de 2015.

Sentencias del Tribunal Constitucional, Rol N° 2921, de 13 de octubre de 2016.

Sentencias del Tribunal Constitucional, Rol N° 3028, de 15 de noviembre de 2016.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 3146, de 4 de julio de 2017.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 3874, de 12 de marzo de 2019.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 5025, de 27 de agosto de 2019.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 5654, de 24 de septiembre de 2019.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 7015, de 12 de diciembre de 2019.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 180-2022, de 4 de enero de 2023.

Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 32275-2022, de 30 de diciembre de 2022.

Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 135557-2022, de 30 de diciembre de 2022.

Sentencia de la CIDH, Caso “Cantos con Argentina”, de 28 de noviembre de 2002.

EL EFECTO DE LA FORMA DE ESTADO SOCIAL EN LA GARANTÍA JUDICIAL: UNA REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE COLOMBIA Y CHILE

Felipe Bravo Alliende¹

1. INTRODUCCIÓN

La garantía judicial y el nuevo constitucionalismo latinoamericano

La garantía judicial es un elemento esencial del Estado de Derecho. La Comisión de Venecia ha destacado la importancia del acceso a la justicia como uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho², y en nuestros días, no hay duda de que la garantía de los derechos fundamentales a través de la actuación judicial es la más extendida y valorada por la doctrina, calificándola como “su protección natural.”³ El propio Tribunal Constitucional de España se ha referido al Poder Judicial como el “guardián natural” de los derechos fundamentales.⁴

¹ Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y de la Universitat Ramon Llull, Esade, España. Correo electrónico: felipe.bravo@esade.edu

² COMISIÓN DE VENECIA, *Rule of Law Checklist*, CDL-AD(2016)007, párrafo 18.

³ En este sentido, COTINO HUESO, Lorenzo (2023): “Las garantías de los derechos fundamentales”, en CASTELLÀ ANDREU, Josep María (editor): *Derecho Constitucional Básico* (Barcelona, Huygens), p. 521.

⁴ STC 115/1987, F.J. 1., aunque la sentencia se refiere en particular al juez como el “guardián natural de la libertad individual” en el contexto de un recurso de inconstitucionalidad de cuatro artículos de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. De todas maneras, la expresión ha sido utilizada por la doctrina expandiendo su alcance a los derechos fundamentales en general. PÉREZ-ROYO, Javier, y CARRASCO DURÁN, Manuel (2021): *Curso de derecho constitucional* (Madrid, Marcial Pons), p. 444.

Aunque según Luis Prieto Sanchís la garantía judicial y la aplicación directa de la constitución son parte del neoconstitucionalismo europeo,⁵ en América Latina este modelo ha otorgado una importancia fundamental al rol de la judicatura desde una visión “transformadora” de la Constitución.⁶ Esta mirada del texto constitucional pretende profundizar el elemento de refundación social a través de distintos mecanismos, como el reconocimiento de derechos sociales y el refuerzo de las garantías judiciales para su protección derivadas de una aplicación directa del texto constitucional. Es en este punto donde entra en juego la forma de Estado – la “Constitución de la Constitución”, en la famosa frase de Ángel Garrorena⁷ –, y cómo su configuración implícita o explícita en las constituciones puede significar una lectura distinta del rol de la judicatura.

El objetivo de este trabajo es la revisión de la forma de Estado social en relación con la garantía judicial, y cómo esta adjetivación del Estado produce efectos en la propia comprensión del rol de la judicatura. Para ello, nos enfocaremos en la revisión de dos casos en que la forma de Estado social se presenta de forma explícita e implícita, como son las Constituciones de Colombia y Chile, respectivamente. En el caso de Colombia, existe una consagración explícita de la cláusula de Estado social en su texto, y un rol activo de la Corte Constitucional de dicho país como su garante. En el caso de Chile no hay una consagración directa de la cláusula, pero resulta interesante que ello no ha impedido que dicho concepto sea utilizado por la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional de dicho país.

2. EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO Y LA FORMA DE ESTADO SOCIAL

El influjo neconstitucionalista llegó a América Latina desde España. La visión transformadora de las constituciones se separa de la tradición europea central⁸ – Alemania, Italia, e España – y, en cambio, llega al nuevo continente

⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis (2017): “Neoconstitucionalismos. Un catálogo de problemas y argumentos”, en PRIETO SANCHÍS, Luis: *El constitucionalismo de los derechos* (Madrid, Trotta), pp. 24-32.

⁶ Sobre la función “transformadora” de las constituciones, ver a DE ESTEBAN, Jorge (1977): “La Constitución en el mundo actual”, en DE ESTEBAN, Jorge (editor): *Constituciones españolas y extranjeras* (Madrid, Taurus), pp. 11-47.

⁷ GARRORENA MORALES, Ángel (1991): *El Estado español como Estado social y democrático de derecho* (Madrid, Tecnos), p. 22.

⁸ VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel (2012): “El Derecho Constitucional del Siglo XXI en Latinoamérica: Un cambio de paradigma”, en VICIANO PASTOR, Roberto (editor): *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano* (Valencia, Tirant Lo Blanch), p. 74.

criticando la supuesta debilidad en la configuración del Estado social.⁹ Bajo la influencia del neoconstitucionalismo europeo, desde las reformas constitucionales de Ecuador en 1978, Chile y Brasil en 1989, Colombia en 1991, Paraguay en 1992, Perú y Bolivia en 1993, Argentina, Guatemala y Nicaragua en 1994, autores latinoamericanos como Roberto Gargarella comenzaron a hablar de un “nuevo constitucionalismo” en la región.¹⁰ Luego, los procesos constitucionales que dan origen a las constituciones de Venezuela de 1999; Ecuador de 2008 y Bolivia en 2009 han caracterizado definitivamente a esta corriente del neoconstitucionalismo como el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”.

En este nuevo constitucionalismo latinoamericano, la idea de fuerza normativa de la Constitución se radicalizó para convertirse en una aplicación directa total: esto es, desde cualquier norma constitucional sería posible deducir una regla que permita decidir un asunto controvertido o derivar un mandato para el legislador o los poderes públicos. Bajo esta concepción de un constitucionalismo transformador, la consagración de la fórmula de Estado social en el texto se convirtió en un elemento de garantía directa, permitiendo una interpretación y derivación de efectos normativos desde una cláusula que, en sí mismo, no tiene un contenido claro o unívoco, y con ello, asume la función de transformación o refundación necesaria para dejar atrás las «viejas estructuras» de garantía del orden conservador - el sistema judicial y los órganos de la Administración latinoamericanos. Con ello, el Estado social permitía convertir el núcleo básico de la organización de poder - la “sala de máquinas” - a uno destinado a la garantía de los nuevos derechos y transformar el orden social.¹¹ El objetivo no es directamente la protección individual de los derechos, sino constitucionalizar un proyecto de vida social que representa, en estricto sentido, no un “cambio social”, sino “un cambio de sociedad”.¹²

Como mencionamos, en este marco la forma de Estado social ha jugado un rol fundamental. Aunque la incorporación de la cláusula de Estado social en las constituciones de América Latina se da con mayor preponderancia desde la década de 1990, distintos autores de esa región consideraban que las consti-

⁹ PALACIOS ROMEO, Francisco (2009): “Quiebra del Estado liberal-aleatorio, constitucionalización material del Estado social y apertura de un nuevo sistema comunitario”, en PALACIOS ROMEO, Francisco, y VELÁSQUEZ REQUE, Dixies (coordinadores): *Estudios sobre la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. X Aniversario* (Caracas, Procuraduría General de la República), pp. 88, 91-95.

¹⁰ GARGARELLA, Roberto (1997): “Recientes reformas constitucionales en América Latina: una primera aproximación”, en *Desarrollo Económico*, volumen 36, número 144, p. 972.

¹¹ GARGARELLA, *Sobre el ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano...’*, pp. 125-126.

¹² NOVOA MONREAL, Eduardo (2007): *El derecho como obstáculo al cambio social* (Ciudad de México, Siglo Veintiuno Editores), p. 204. La frase final, caracterizando la interpretación transformadora de un Estado social en España desde una visión crítica, es de HERRERO DE MIÑÓN, Miguel (1993): *Memorias de estío* (Madrid, Temas de Hoy), pp. 139.

tuciones latinoamericanas contenían elementos implícitos de un Estado social desde principios del siglo XX, siendo la Constitución de México de 1917 el caso más representativo, caracterizándose como el origen del “constitucionalismo social”.¹³

En este grupo, la Constitución de Colombia de 1991 destacó tanto por su creación a través de un proceso democrático participativo, como por ser la primera de este segundo período en consagrar explícitamente al país como un Estado social de derecho, prescribiendo que: “Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”¹⁴ Aunque no es la primera constitución de América Latina en contener dicha cláusula de forma explícita – previamente lo había hecho Perú, en un contexto distinto, en 1979 –, ni tampoco fue la última, sí es el texto más importante del punto de vista cualitativo en su incorporación e implementación. La inclusión de la cláusula de Estado social en las constituciones de Ecuador en 1998, Venezuela en 1999, nuevamente Ecuador en 2008 y Bolivia de 2009 ha sido estimada positivamente por sectores de la doctrina española, valorando el rescate en América Latina de un Estado social que en España había sido “expulsado del espacio constitucional [y] restando solo como un residuo nominal, desde el punto de vista constitucional”.¹⁵

Un elemento común a la interpretación de la cláusula de Estado social en estos países fue sido la exacerbación de la garantía judicial como mecanismo de tutela de derechos fundamentales, lo que se ha logrado en el nuevo constitucionalismo latinoamericano a través de distintos mecanismos, incluyendo la sustitución de la formulación tradicional de “Estado social de Derecho” por otros adjetivos. Así, por ejemplo, en la Constitución de Ecuador de 2008 se reemplazó la palabra “Derecho” del final de la fórmula de 1998, por “derechos y justicia”, y en la de Venezuela de 1999, se configuró al país como un “Estado democrático y social de Derecho y de Justicia”. Que la palabra en estas formulaciones sea “derechos” en plural, y no “Derecho”, o que se asocie el adjetivo “justicia” en ambos casos, tiene a nuestro entender dos explicaciones.

Una primera explicación para el uso de “derechos” en plural sería la intención de remarcar una etapa superior del Estado social “de Derecho”, que

¹³ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (2017): “Un siglo del nacimiento de una nueva era constitucional, la del constitucionalismo social: la carta de Querétaro de 1917”, en *Revista de las Cortes Generales* N° 100-101-102, p. 182.

¹⁴ Constitución de Colombia de 1991, artículo 1.

¹⁵ MAESTRO BUELGA, Gonzalo (2012): “Estado y mercado en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Revista General de Derecho Público Comparado*, número 11, p. 3.

acentúa el carácter prestacional del Estado social. En Ecuador, se entendió esta modificación como una “radical innovación en materia constitucional”, en que la “transformación privilegia la figura del Estado como responsable de la realización de los derechos, y al hacerlo, modifica el sentido que la Constitución tiene frente al proceso político; ésta abandona su función de estructura de protección de la sociedad frente al poder político, y pasa a convertirse en instrumento del poder político para la realización de los derechos.”¹⁶

Una segunda explicación es que la alternación del Estado social “de Derecho” por “derechos” también se encuentra vinculada a la incorporación de adjetivo de “justicia”, pretendiendo reforzar el sentido de garantía judicial de derechos, pero también marcando la superación del Estado de Derecho propiamente tal y de las limitaciones que significaría el imperio de la ley.

La vinculación entre derechos, garantía judicial, tutela directa y una pretensión de “superación” de la rigidez de la separación de poderes y del Estado de Derecho, son a nuestro parecer una característica propia del nuevo constitucionalismo latinoamericano y su interpretación de la forma de Estado social.

3. ESTADO SOCIAL Y GARANTÍA JUDICIAL EN LA CONSTITUCIÓN DE COLOMBIA

El artículo 1 de la Constitución de Colombia de 1991 declara de forma explícita que “Colombia es un Estado social de derecho”. La doctrina constitucional colombiana ha destacado que la incorporación de la cláusula del Estado social fue una de las mayores innovaciones de la Constitución de 1991.¹⁷ A la luz de los objetivos planteados en la Asamblea Nacional, la fórmula de Estado social se interpretó como una atribución de identidad al Estado y un deber del poder político para lograr una justicia material mínima a través de la acción pública.¹⁸ Esta idea de “social” como adjetivo del Estado no hacía por tanto refe-

¹⁶ ECHEVERRÍA, Julio (2009): “El Estado en la nueva Constitución”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín, y STORINI, Claudia (editores): *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones* (Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional), p. 28. pp. 14-19. En el caso ecuatoriano también se podría explicar la mención a un Estado “de derechos” para resaltar desde la forma de Estado la existencia de una pluralidad de sistemas jurídicos bajo la misma Constitución – es decir, pluralidad “en derechos”. ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (2008): “Ecuador, Estado constitucional de derechos y justicia”, en ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (editor): *La Constitución de 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado* (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos) pp. 19-38, pp. 28 y 37.

¹⁷ VILLAR BORDA, Luis (2007): “Estado de Derecho y Estado social de Derecho”, en *Revista Derecho del Estado* N° 20, p. 73.

¹⁸ UPRIMNY YEPES, Rodrigo (1995): “La motivación de las sentencias y el papel del Juez en el Estado Social y Democrático de Derecho”, en *Pensamiento Jurídico*, N° 4, p. 132.

rencia directa a la sociedad, sino a la garantía y promoción de derechos sociales por parte de los poderes públicos.¹⁹

La limitación – o inactividad – en la ejecución política de lo que se entendía como el contenido mínimo del Estado social, derechos sociales que aseguraran un mínimo vital para los ciudadanos colombianos, cedió el liderazgo en la interpretación y concreción de la idea de Estado social – o como señala un autor, “la suerte de la Constitución” – en manos de la nueva Corte Constitucional.

²⁰ Esto explica que, a diferencia de la experiencia alemana y española donde el desarrollo del Estado social corresponde al legislador, en el caso colombiano la carga de esa configuración se ha desplazado hacia la Corte Constitucional, a través de su abundante doctrina en torno a temas directa o indirectamente relacionados con la condición de Estado social; en particular, con la tutela de derechos fundamentales.²¹ Para los autores, el ámbito de la acción de tutela de derechos que conoce la Corte Constitucional de Colombia se amplía desde la interpretación de la cláusula de Estado social, que “supone un rol de los jueces que vaya más allá de la aplicación silogística o mecánica del derecho, pues se espera que éstos, a través de sus decisiones, puedan materializar realmente las garantías constitucionales consagradas en la Carta Magna, so pena de que se conviertan en simples declaraciones discursivas”.²²

De esta manera, la Corte Constitucional definió tempranamente al Estado social como “la forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándoles asistencia y protección.”²³ En el Estado social, el juez tendría una importancia decisiva en la transformación cuantitativa y cualitativa de la creación jurídica constitucional. La Corte entiende el rol del juez constitucional como “el órgano más eficaz en la defensa de los derechos de los ciudadanos y los principios democráticos”²⁴, porque “también es un portador de la visión institucional del interés general.”²⁵

¹⁹ VELASCO CANO, Nicole (2016): “Constitucionalismo y Estado social de Derecho en Colombia”, en *Revista Diálogos de Saberes*, N° 45, p. 51; RUEDA VÁSQUEZ, José Miguel; MOLINA GÓMEZ, Julián R., y CUBILLOS RUIZ, Álvaro (2022): “Estado social de derecho, ¿aplicación discrecional?”, en *Dikaion* 31-2, p. 27.

²⁰ MARÍN CASTILLO, Juan Carlos y TRUJILLO GONZÁLEZ, José Saúl (2016): “El Estado Social de Derecho: un paradigma aún por consolidar”, en *Revista Jurídica Derecho*, volumen 3, N° 4, p. 69; ALARCÓN PEÑA, Andrea (2018): “Economía social de mercado como sistema económico colombiano. Un análisis a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en *Estudios Constitucionales*, año 16, número 2, p. 155.

²¹ VILLAR BORDA, *Estado de Derecho y Estado social de Derecho...*, p. 84.

²² RUEDA VÁSQUEZ, MOLINA GÓMEZ y CUBILLOS RUIZ, *Estado social de derecho, ¿aplicación discrecional?...*, p. 27.

²³ Corte Constitucional de Colombia, T-426-1992, número 5.

²⁴ Corte Constitucional de Colombia, T-406-1992, número 9.

²⁵ Corte Constitucional de Colombia, T-426-1992, número 10.

Esto se une a la transformación de la interpretación del derecho que conlleva un Estado social, en que resulta fundamental la labor jurisdiccional. El juez del Estado social de derecho ya no es el “frío funcionario que aplica irreflexivamente la ley”²⁶, porque ha existido una “pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular”²⁷. En cambio, el juez en el Estado social “se proyecta más allá de las formas jurídicas, para así atender la agitada realidad subyacente y asumir su responsabilidad como un servidor vigilante, activo y garante de los derechos materiales. El Juez que reclama el pueblo colombiano a través de su Carta Política ha sido encomendado con dos tareas imperiosas: (i) la obtención del derecho sustancial y (ii) la búsqueda de la verdad. Estos dos mandatos, a su vez, constituyen el ideal de la justicia material”²⁸.

Por lo anterior es que el juez constitucional – a la par con el legislador – es operador válido de creación del derecho; más aún, tratándose de normas abstractas que requieren de una comunicación entre el derecho y la realidad que favorezca el logro del valor justicia.²⁹ Este “nuevo papel del juez en el Estado social de derecho es la consecuencia directa de la enérgica pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la Constitución”.³⁰

La función de creación del derecho por el juez constitucional se manifiesta en el control de la inacción del legislador, a través de una forma de control de la omisión legislativa en la garantía de derechos sociales. De esta forma, la Corte se pregunta retóricamente: “ante la falta de intervención legislativa que desarrolle los derechos-prestación del capítulo segundo título segundo de la Constitución, ¿debe el juez permanecer a la espera de que se produzca dicho desarrollo, y en tal caso, considerar los textos que consagran tales derechos como desprovisto de fuerza normativa, o por el contrario, debe el juez definir el contenido de tales derechos, anticipándose al legislador y aplicándolos de manera directa a partir del propio texto constitucional?”³¹

La Corte ha considerado que debe intervenir cuando “sea indispensable para hacer respetar un principio constitucional o un derecho fundamental”, lo que corresponde en principio al legislador, pero “la falta de solución proveniente del órgano que tiene la facultad de decidir, implica la posibilidad de que otro órgano, en este caso el judicial, decida, para un caso específico, con la única pretensión de garantizar la validez y efectividad de la norma constitucional.”³²

²⁶ Corte Constitucional de Colombia, T-264-09.

²⁷ Corte Constitucional de Colombia, T-406-1992, número 3.

²⁸ Corte Constitucional de Colombia, SU-768-14.

²⁹ Corte Constitucional de Colombia, T-406-1992, números 3 y 4.

³⁰ Corte Constitucional de Colombia, T-716-17, número 66.

³¹ Corte Constitucional de Colombia, T-406-1992, título 19.

³² Corte Constitucional de Colombia, T-406-1992, título 19.

No intervenir, a juicio de la Corte, sería desconocer los valores y principios constitucionales que consagran la efectividad de los derechos y la prevalencia del derecho sustantivo por sobre los procedimientos.³³

Con un rol activo de la judicatura constitucional en la protección de los derechos el juez se transforma en un contrapeso real, y se convierte “en un instrumento de presión frente al legislador, de tal manera que este, si no desea ver su espacio de decisión invadido por otros órganos, adopte las responsabilidades de desarrollo legal que le corresponden y expida las normas del caso. Este contrapeso de poderes, que emergen de la dinámica institucional, es la mejor garantía de la protección efectiva de los derechos de los asociados.”³⁴

El control de la omisión que realiza la Corte Constitucional tiene como contrapartida que su deber, ante la constatación de esta inacción, es la aplicación directa de la Constitución. Esta aplicación directa se predica de toda la Constitución, tanto del catálogo de derechos fundamentales como también de su derivación de principios, desde donde el juez está autorizado para extraer de ellos prestaciones obligatorias para el Estado.³⁵ “[S]ostener que los derechos sociales, económicos y culturales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, es no sólo una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución. Si la responsabilidad de la eficacia de los derechos mencionados estuviese sólo en manos del legislador, la norma constitucional no tendría ningún valor y la validez de la voluntad constituyente quedaría supeditada a la voluntad legislativa.”³⁶

Esto redundaría en la creación por la Corte del principio de “efectividad de los derechos fundamentales”, el cual “obliga al juez de tutela a definir, dentro del proceso, el medio más eficaz para promover su cumplimiento, máxime cuando la

³³ Corte Constitucional de Colombia, T-406-1992, título 19.

³⁴ Corte Constitucional de Colombia, T-406-1992, número 18. La Corte argumenta sobre la diferencia de los efectos normativos de los valores y principios para el juez constitucional. Los valores expresan fines jurídicos hacia el futuro, y por tanto, es deber del legislador, “de manera prioritaria, la tarea de establecer la delimitación de dichos valores a través de leyes” y establecer el alcance general de ellos, por lo que no son normas de aplicación inmediata suficientes por sí solas para fundamentar la decisión judicial. La importancia del valor es su rol “definitorios a la hora de resolver un problema de interpretación en el cual está en juego el sentido del derecho, [pero] no son normas de aplicación directa que puedan resolver, aisladamente, un asunto.” En cambio, los principios “expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden”, y por tanto, están dotadas de fuerza normativa y de aplicación inmediata tanto para el legislador como para el juez constitucional. Su textura abierta no les resta su efecto de aplicación directa, sino que solo puede significar, en ocasiones, un límite a su eficacia. Corte Constitucional de Colombia, T-406-1992, número 7, letras a) y b).

³⁵ Corte Constitucional de Colombia, T-406-1992, título B).

³⁶ Corte Constitucional de Colombia, T-406-1992, título 20.

ley no lo contempla o lo hace de manera genérica.”³⁷ La idea de generación de un derecho público subjetivo desde un derecho fundamental que se entiende como programático ha sido denominada como “transmutación” de los derechos sociales. En la actualidad, la Corte considera que esta transmutación ocurre cuando el derecho social supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo.³⁸

La Corte ha puntualizado que esta transmutación ocurre, fundamentalmente, en “(i) hipótesis referidas a la faceta de abstención o derecho de defensa de la vivienda digna, (ii) pretensiones relativas al respeto de derechos subjetivos previstos en el marco de desarrollos legales o reglamentarios que conlleven a superar la indeterminación inicial en cuanto al contenido normativo propio del derecho a la vivienda digna y (iii) eventos en los cuales las circunstancias de debilidad manifiesta en los que se encuentran los sujetos considerados de especial protección constitucional, a la luz de las normas superiores y de la jurisprudencia de esta Corporación, tornan imperiosa la intervención del juez de tutela con miras a la adopción de medidas que permitan poner a estas personas en condiciones de igualdad material haciendo efectiva, en el caso concreto, la vigencia de la cláusula del Estado Social de Derecho.”³⁹

En suma, el Estado social de la Constitución de 1991 entrega “una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales. En el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela.”⁴⁰

Como se aprecia de lo anterior, la amplitud del mandato construido por la Corte Constitucional de Colombia para el control de la constitucionalidad y omisión de los poderes públicos ha significado que la primera fuente de contenido para la cláusula de Estado social y la tutela de derechos fundamentales provenga, directamente, de su jurisprudencia.

4. ESTADO SOCIAL Y GARANTÍA JUDICIAL EN LA CONSTITUCIÓN DE CHILE

A diferencia del caso colombiano, la Constitución de Chile de 1980 no sigue explícitamente la fórmula de Estado social para su forma de Estado. Por ello, mientras parte de la doctrina y la jurisprudencia entienden que el Estado

³⁷ Corte Constitucional de Colombia, T-533-92, número 7.

³⁸ Corte Constitucional de Colombia, T-859-03, número 12.

³⁹ Corte Constitucional de Colombia, T-585-08, título 2.1.

⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia, T-406-92, número 12.

social se encuentra implícitamente incluido en el sistema constitucional en normas de principios, valores y mandatos de acción al Estado que se encuentran en el artículo 1, y adicionalmente con el catálogo de derechos del artículo 19, otra visión rechaza esta idea, apoyándose en una interpretación del Estado social en que no resulta compatible con dicha forma de Estado la prestación de derechos sociales o servicios públicos por los privados.

El criterio común de los autores que estiman que la Constitución de 1980 configura un Estado social implícito es la existencia en su texto de valores, principios y derechos que dotaban al Estado de una orientación material y finalista.⁴¹ Esta finalidad sustantiva se encontraría en los párrafos primero, tercero y cuarto del artículo 1 de la Constitución de 1980, los que señalan que “[l]as personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”; luego, que “[e]l Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”, y finalmente, que “[e]s deber del Estado (...) dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.”⁴²

Además de esta declaración del artículo 1, el texto constitucional contiene un catálogo de derechos en su artículo 19 que no, siendo exhaustivo, sí permitiría configurar una garantía normativa de derechos fundamentales e incluso derivar prestaciones directas del Estado, entregando al juez constitucional un rol de garante en la tutela de derechos.⁴³

Una muestra de esta posición se aprecia en distintas sentencias del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Chile, en que resulta llamativo que ambos tribunales argumenten en sus sentencias utilizando la cláusula de Esta-

⁴¹ Algunos elementos para la argumentación en el contexto histórico que se desarrollan se encuentran en CEA EGAÑA, José Luis (1983): “Garantías constitucionales en el Estado social de Derecho”, en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 10, p. 15; SOLARI ALLIENDE, Enzo (1993): “Recepción en Chile del Estado social de Derecho”, en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 20, N° 2-3, p. 344.

⁴² En este sentido, NOGUEIRA, Humberto, y CUMPLIDO, Francisco (1987): *Derecho Político. Introducción a la política y teoría del Estado* (Santiago, Instituto Chileno de Estudios Humanísticos), p. 237; VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio, y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1994): *Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo I, p. 137.

⁴³ SILVA GALLINATO, *El Estado social de derecho en la Constitución chilena...*, p. 31; PEÑA TORRES, Marisol (2015): “¿Es necesario regular la materia económica en la Constitución?”, en HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam, y SILVA GALLINATO, María Pía (coordinadoras): *La Constitución económica* (Santiago, Thomson Reuters), p. 58.

do social y democrático de Derecho tanto directa o indirectamente en asuntos sometidos a su consideración. Dentro de la jurisprudencia de ambos tribunales que utilizan la cláusula del Estado social de Derecho podemos distinguir tres formas de aplicación.

Una primera forma de aplicación de la cláusula de Estado social por la jurisprudencia de Chile es a través del uso de los tribunales de justicia de sentencias, doctrina o legislación extranjera que explícitamente hace referencia al Estado social de Derecho, pero que nuestros jueces han estimado que sí puede tener aplicación en los casos concretos que se encuentran resolviendo. En una revisión exhaustiva de la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema como del Tribunal Constitucional de Chile,⁴⁴ vemos que el uso de la cláusula de Estado social se da mayoritariamente en la resolución de asuntos penales, donde se incorporan a la decisión del tribunal argumentos de cortes y doctrinas españolas que aplican su propia cláusula del Estado social y democrático de Derecho. En estas situaciones, no se aprecia que el tribunal chileno se haya cuestionado si la fórmula de Estado social de Derecho utilizada en las fuentes del derecho citadas puede haber tenido alguna incidencia en la conclusión que utilizan en su argumentación.

Una segunda manera de utilizarla se da cuando los tribunales aplican directamente la fórmula de Estado social de Derecho, pese a que nuestra Constitución no la consagra expresamente. Bajo esta concepción, se infiere que los tribunales han considerado que nuestra Carta Fundamental contiene de manera implícita el Estado social como su forma de Estado, sin reparar si esto puede tener algún efecto relevante en la forma de interpretación de la Constitución o las leyes.

Finalmente, en tercer lugar, en algunas sentencias la mención al Estado social se utiliza como una argumentación de *obiter dictum*, es decir, a modo ilustrativo o adicional, pero sin tener incidencia en la decisión del asunto controvertido.

El Tribunal Constitucional ha sido el órgano jurisdiccional que mayor uso y efecto práctico le ha dado al concepto de Estado social en Chile, pese a la ausencia de su consagración explícita. La primera vez que el Tribunal Constitucional utilizó el concepto de Estado social en una de sus sentencias fue en 2008, para resolver asuntos donde se discutió la constitucionalidad de normas que permitían a las aseguradoras de salud el aumento del precio de los seguros en relación con la edad y sexo de los contratantes.⁴⁵ El Tribunal Constitucional razonó señalando que esta normativa vulneraba el derecho a la salud, el cual, por su naturaleza, es un derecho social de prestación. Para esta argumentación,

⁴⁴ En el caso del Tribunal Constitucional de Chile, la revisión abarcó todas sus sentencias definitivas hasta el 9 de agosto de 2024. En la Corte Suprema, todas las sentencias definitivas disponibles en el sitio web <http://juris.pjud.cl> hasta el 9 de agosto de 2024.

⁴⁵ Tribunal Constitucional, sentencia rol 976, 26 de junio de 2008, considerandos 28 y 29.

la sentencia cita expresamente los trabajos de académicos españoles sobre el Estado social de Derecho en la Constitución española. En ambos casos, las citas buscan interpretar la norma constitucional chilena desde la configuración de un Estado social y democrático de Derecho como es España desde 1978.

Esta sentencia es relevante porque desde el fundamento jurídico vigésimo-segundo se argumenta indirectamente sobre la consagración de ciertos deberes materiales que orientan el actuar del Estado y que tienen base en el texto de la Constitución, para luego justificar cómo dichas normas tienen un valor normativo de aplicación directa, y finalmente interpretarlos desde la perspectiva de un Estado social de Derecho; esto es, entendiendo que implícitamente estamos frente a él en la Constitución de 1980. De estas dos premisas, el Tribunal Constitucional menciona que una “la amplia mayoría de la doctrina nacional y extranjera” reconoce que los derechos sociales, llamados también derechos de prestación o de la segunda generación, son tales y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica, citando al efecto la doctrina académica española sobre los derechos sociales y su protección jurídica.⁴⁶

En dicha sentencia – y luego del análisis referido anteriormente – el Tribunal concluye que, “coincidiendo con lo sostenido por la doctrina citada”, es decir, la doctrina española interpretando la cláusula de Estado social de Derecho:

(...) cabe reconocer que los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social son de naturaleza prestacional o de la segunda generación, involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlos en la práctica, habida consideración de que la satisfacción de tales exigencias representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social en la democracia constitucional contemporánea.⁴⁷

⁴⁶ Las citas del Tribunal Constitucional – que contiene algunas erratas en el texto de la sentencia que hemos corregido para este trabajo – son de los siguientes autores y libros: LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco Javier (2004): “Los Derechos sociales y su protección jurídica. Introducción al problema”, en BETEGÓN CARRILLO, Jerónimo; LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco Javier, PRIETO SANCHÍS, Luis, y DE PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón (coordinadores): *Constitución y Derechos Fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), pp. 299 y 301; luego, a CARMONA CUENCA, Encarnación (2000): *El Estado Social de Derecho en la Constitución* (Consejo Económico y Social, España), p. 150; PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (1999): *Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General* (Boletín Oficial del Estado y Universidad Carlos III de Madrid), pp. 460, y MUÑOZ MACHADO, Santiago (2004): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* (Madrid, Editorial Thomson-Civitas), p. 1026.

⁴⁷ Tribunal Constitucional, sentencia rol 976, 26 de junio de 2008, considerandos 28 y 29.

En el razonamiento anterior, la consideración del Tribunal a la existencia de un Estado social en Chile es fundamental para la conclusión a la que llegó posteriormente – la inconstitucionalidad de las normas aplicadas en el caso concreto. El Tribunal Constitucional interpretó el derecho a la protección de la salud en la Constitución de Chile desde el principio de Estado social – inexistente explícitamente en su texto-, llevándolo a concluir que se trata de un derecho de naturaleza prestacional y “un rasgo distintivo” de un Estado social que, insistimos, no se encuentra explícito en el texto.

Del análisis que realiza el Tribunal Constitucional entendemos que éste, conociendo las diferencias entre la normativa constitucional chilena y española, interpreta que el principio de Estado social resulta aplicable en el orden constitucional chileno aún sin existir consagración expresa en su texto. Por esto, debemos concluir que el Tribunal Constitucional tiene una interpretación de la existencia de un Estado social implícito en la Constitución de 1980, que se deriva de las normas de los artículos 1, 5 y 6 de su texto.

Asimismo, el Tribunal Constitucional de Chile ha utilizado indirectamente la cláusula de Estado social en la argumentación de distintos casos, principalmente a través de la aplicación de doctrina extranjera que se refiere expresamente al Estado social para justificar su decisión de constitucionalidad o inconstitucionalidad de diversas normas. En algunas sentencias las referencias son de poca relevancia para la decisión del asunto.⁴⁸ Sin embargo, los efectos más importantes de la aplicación del principio de Estado social en el Tribunal Constitucional han sido en materia penal, y en particular, para justificar el principio de proporcionalidad como criterio para definir la constitucionalidad de la aplicación de sanciones.

Desde 2014 el Tribunal Constitucional comenzó el uso de la argumentación basada en un principio de Estado social para la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de normas penales. Analizando la infracción constitucional al principio de proporcionalidad en materia penal que tendría un delito, el Tribunal cita como sustento de ellos la proclamación del artículo 1.1 de la Constitución española de constituirse en “un Estado social y democrático de derecho que propugna la justicia como uno de los valores superiores de su ordenamiento jurídico, en el reconocimiento que el artículo 10 de la Constitución efectúa de la dignidad, y en el principio de culpabilidad (STC 150/1991)”.⁴⁹

⁴⁸ Por ejemplo, en 2013, para argumentar el cuestionamiento a la naturaleza de servicio público de una Universidad, el Tribunal utilizó como fuente el trabajo del profesor Carlos Vidal Prado respecto al derecho a la educación, contenido en la obra del profesor Terol Becerra sobre El Estado social y sus exigencias constitucionales. Tribunal Constitucional, sentencia rol 2252, considerando 23.

⁴⁹ Tribunal Constitucional, sentencia rol 2744, considerando 34. En el mismo sentido, para justificar la ausencia de proporcionalidad en materia penal, la sentencia rol 2922, considerando 31.

Luego, en 2016, el Tribunal Constitucional de Chile declaró que la Constitución no solo delimita el campo de acción del Derecho Penal, sino que, además, fundamenta y limita la actuación de los poderes públicos, entendiendo que la obligación de cautelar valores de titularidad social, comunitaria o supraindividual como bienes jurídicos protegidos se deriva del Estado social de Derecho y de su aplicación a través del artículo 9.2 de la Constitución española.⁵⁰

De manera similar al Tribunal Constitucional, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha utilizado de manera indirecta el principio de Estado social; es decir, en general no lo utiliza como una norma *decisoria litis*, sino que más bien citando jurisprudencia o doctrina extranjera con relación al Estado social, aplicándola en la argumentación de un asunto sometido a su conocimiento, como también de forma accesoria o complementaria al razonamiento en el caso concreto.

En algunos casos, la fórmula de Estado social ha sido interpretada por la Corte Suprema como fuente de la obligación de los tribunales de ejercer sus potestades respetando el principio de igualdad y no discriminación. Esta conclusión podría desprenderse sin problemas de los principios constitucionales expresos en la Constitución de 1980. Sin embargo, la Corte Suprema ha señalado que “[e]l Estado social y democrático de derecho impone a quien ejerce funciones jurisdiccionales hacerlo con criterios objetivos de igualdad, evitando toda discriminación y privilegiando las interpretaciones normativas que redunden en la posibilidad de emitir pronunciamiento sobre el fondo, por sobre aquellas que, por razones procesales o de forma, impidan llegar a ella, puesto que el fin último es decidir los conflictos jurídicos y dar respuesta a los planteamientos que formulen las partes.”⁵¹

En materia laboral, la Corte Suprema ha utilizado el principio de Estado social para reforzar la aplicación de la normativa de protección de la legislación del trabajo, declarado que resulta útil no solo recurrir la interpretación del texto normativo, sino también “a la necesaria conjugación de los principios que informan el ordenamiento jurídico laboral, entre ellos, el de primacía de la realidad (...) lo anterior, es además coherente en el contexto de un Estado social y democrático de derecho, en particular, tratándose de reglas protectoras como son las contenidas en el Código del Trabajo.”⁵²

Ante la posibilidad que un órgano de la Administración exija en las bases de licitación de un servicio que la empresa privada que se adjudique el contrato cumpla con ciertos beneficios laborales para los trabajadores de dicha empresa, la Corte Suprema ha dicho que tal obligación “debe verse desde el punto de

⁵⁰ Tribunal Constitucional, sentencia rol 2953, considerando 26. En el mismo sentido, rol 3306, considerando 13.

⁵¹ Corte Suprema, sentencia rol 4960-2009, 12 de julio de 2010.

⁵² Corte Suprema, sentencia rol 5699-2015, 19 de abril de 2016, considerando quinto de la sentencia de reemplazo.

vista de un Estado social, por lo que el legislador ha orientado, mediante la disposición transcrita, el establecimiento de derechos y beneficios laborales para los trabajadores que la empresa que se adjudique la licitación deberá contratar. Se trata en este caso, de una norma que vela por la fijación de estándares sociales en el marco de las actividades que le compete desarrollar a él, mediante terceros, a través de procesos de licitación pública.”⁵³

La Corte Suprema ha utilizado el principio de Estado social, también, en la argumentación de sentencias en materia de libertad de expresión y protección del derecho a la honra de las personas. Sobre la libertad de expresión, ha declarado que es una libertad “fundamental en el progreso de un Estado social y democrático de Derecho”.⁵⁴ En la tutela del derecho a la honra, la Corte Suprema argumentó que “no parece discutible que la prevención del daño [al honor] en un Estado social y democrático de Derecho constituye una de las finalidades esenciales del sistema jurídico.”⁵⁵

Finalmente, respecto al ejercicio de la función judicial, la Corte Suprema señaló que tan importante como la fundamentación de la sentencia es “la legitimación con la sociedad y el escrutinio que puede hacer cualquier ciudadano de lo expuesto por el juez, siendo ésta una de las formas cómo el Poder Judicial se legitima día a día en sus decisiones y se concretizan los principios de transparencia y publicidad, pilares fundamentales del Estado democrático y social de Derecho.”⁵⁶

5. CONCLUSIONES

La consagración de la forma de Estado produce un efecto relevante en la garantía judicial, tanto en la comprensión del propio rol de la judicatura como en su argumentación al momento de decidir un caso. El análisis comparativo entre Colombia y Chile sobre la relación entre el Estado social y la garantía judicial revela importantes diferencias en la configuración constitucional y el rol de la judicatura en ambos países, a nuestro entender, desde la propia interpretación de dicha forma de Estado.

En Colombia, la forma de Estado social está explícitamente consagrada en la Constitución de 1991, lo que ha sido interpretado por la Corte Constitucional como una habilitación para un rol activo en la garantía judicial de derechos y una lectura expansiva de sus facultades, incluyendo el control de la inacción legislativa y la aplicación directa de la Constitución para garantizar la efectividad

⁵³ Corte Suprema, sentencia rol 19139-2021, 5 de agosto de 2021.

⁵⁴ Corte Suprema, sentencia rol 37821-2017, 2 de enero de 2018, considerando decimotercero.

⁵⁵ Corte Suprema, sentencia rol 39972-2017, 4 de noviembre de 2017, considerando tercero.

⁵⁶ Corte Suprema, sentencia rol 5763-2005, de 29 de noviembre de 2007. En este mismo sentido hay variadas sentencias, siendo la más reciente la sentencia rol 14707-2020, de 4 de junio de 2021, considerando cuarto.

de los derechos fundamentales. En esta interpretación, el rol del juez no puede ser el “frío funcionario que aplica irreflexivamente la ley” del Estado liberal, y en cambio, se convierte en un garante de justicia material y de presión a la función política.

Por otro lado, en Chile, aunque la Constitución de 1980 no consagra explícitamente la forma de Estado social, la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema como del Tribunal Constitucional ha reconocido su existencia implícita, basándose en principios y valores que orientan la actuación del Estado en la promoción del bien común y la protección de los derechos fundamentales. A pesar de las diferencias normativas, los tribunales chilenos han aplicado el concepto del Estado social de manera indirecta, incorporando doctrina y jurisprudencia extranjeras, en particular españolas, para fundamentar sus decisiones en áreas como la salud, el trabajo y la protección de derechos fundamentales.

REFERENCIAS

- ALARCÓN PEÑA, Andrea (2018): “Economía social de mercado como sistema económico colombiano. Un análisis a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en *Estudios Constitucionales*, año 16, número 2, pp. 141-182.
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (2008): “Ecuador, Estado constitucional de derechos y justicia”, en ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (editor): *La Constitución de 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado* (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos) pp. 19-38.
- CEA EGAÑA, José Luis (1983): “Garantías constitucionales en el Estado social de Derecho”, en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 10, pp. 7-19.
- COMISIÓN EUROPEA PARA LA DEMOCRACIA POR EL DERECHO (2016): *Rule of law checklist* (CDL-AD(2016)007), 18 de marzo de 2016, 53 pp.
- COTINO HUESO, Lorenzo (2023): “Las garantías de los derechos fundamentales”, en CASTELLÀ ANDREU, Josep María (editor): *Derecho Constitucional Básico* (Barcelona, Huygens), pp. 511-539.
- DE ESTEBAN, Jorge (1977): “La Constitución en el mundo actual”, en DE ESTEBAN, Jorge (editor): *Constituciones españolas y extranjeras* (Madrid, Taurus), pp. 11-47.
- ECHEVERRÍA, Julio (2009): “El Estado en la nueva Constitución”, en ANDRADE, Santiago, GRIJALVA, Agustín, y STORINI, Claudia (editores): *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones* (Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional), p. 28. pp. 11-20.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (2017): “Un siglo del nacimiento de una nueva era constitucional, la del constitucionalismo social: la carta de Querétaro de 1917”, en *Revista de las Cortes Generales* N° 100-101-102, pp. 181-245.
- GARGARELLA, Roberto (1997): “Recientes reformas constitucionales en América Latina: una primera aproximación”, en *Desarrollo Económico*, volumen 36, número 144, pp. 971-990.
- GARRORENA MORALES, Ángel (1991): *El Estado español como Estado social y democrático de derecho* (Madrid, Tecnos), 254 pp.
- HERRERO DE MIÑÓN, Miguel (1993): *Memorias de estío* (Madrid, Temas de Hoy) 399 pp.
- MAESTRO BUELGA, Gonzalo (2012): “Estado y mercado en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Revista General de Derecho Público Comparado*, número 11, pp. 1-31.
- MARÍN CASTILLO, Juan Carlos y TRUJILLO GONZÁLEZ, José Saúl (2016): “El Estado Social de Derecho: un paradigma aún por consolidar”, en *Revista Jurídica Derecho*, volumen 3, N° 4, pp. 53-70.
- NOGUEIRA, Humberto, y CUMPLIDO, Francisco (1987): *Derecho Político. Introducción a la política y teoría del Estado* (Santiago, Instituto Chileno de Estudios Humanísticos), 329 pp.

NOVOA MONREAL, Eduardo (2007): El derecho como obstáculo al cambio social (Ciudad de México, Siglo Veintiuno Editores), 255 pp.

PALACIOS ROMEO, Francisco (2009): “Quiebra del Estado liberal-aleatorio, constitucionalización material del Estado social y apertura de un nuevo sistema comunitario”, en PALACIOS ROMEO, Francisco, y VELÁSQUEZ REQUE, Dixies (coordinadores): *Estudios sobre la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. X Aniversario* (Caracas, Procuraduría General de la República), pp. 87-135.

PEÑA TORRES, Marisol (2015): “¿Es necesario regular la materia económica en la Constitución?”, en HENRÍQUEZ VÍNAS, Miriam, y SILVA GALLINATO, María Pía (coordinadoras): *La Constitución económica* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 53-73.

PÉREZ-ROYO, Javier, y CARRASCO DURÁN, Manuel (2021): *Curso de derecho constitucional* (Madrid, Marcial Pons) 894 pp.

PRIETO SANCHÍS, Luis (2017): “Neoconstitucionalismos. Un catálogo de problemas y argumentos”, en PRIETO SANCHÍS, Luis: *El constitucionalismo de los derechos* (Madrid, Trotta), pp. 24-32.

RUEDA VÁSQUEZ, José Miguel; MOLINA GÓMEZ, Julián R., y CUBILLOS RUIZ, Álvaro (2022): “Estado social de derecho, ¿aplicación discrecional?”, en *Dikaion* 31-2, 38 pp.

SILVA GALLINATO, María Pía (2012): “El Estado social de derecho en la Constitución chilena”, en Aguilar Cavallo, Gonzalo (coordinador): *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno* (Santiago, Librotecnia) pp. 29-48.

SOLARI ALLIENDE, Enzo (1993): “Recepción en Chile del Estado social de Derecho”, en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 20, N° 2-3, pp. 333-344.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo (1995): “La motivación de las sentencias y el papel del Juez en el Estado Social y Democrático de Derecho”, en *Pensamiento Jurídico*, N° 4, p. 131-139.

VELASCO CANO, Nicole (2016): “Constitucionalismo y Estado social de Derecho en Colombia”, en *Revista Diálogos de Saberes*, N° 45, pp. 49-65.

VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio, y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1994): *Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo I, 369 pp.

VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel (2012): “El Derecho Constitucional del Siglo XXI en Latinoamérica: Un cambio de paradigma”, en VICIANO PASTOR, Roberto (editor): *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano* (Valencia, Tirant Lo Blanch), pp. 51-75.

VILLAR BORDA, Luis (2007): “Estado de Derecho y Estado social de Derecho”, en *Revista Derecho del Estado* N° 20, pp. 74-96.

DESAFIOS DO ACESSO À JUSTIÇA E A EXCLUSÃO DO PRESO NO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

Karine Sanches Santos¹

1. INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é compreendido como um direito fundamental, previsto na Constituição Federal, na qual todos os cidadãos detêm o direito subjetivo de buscar assistência ao Poder Judiciário para a resolução de litígios, devendo ser justo, adequado e efetivo.

Neste contexto, diante dos infortúnios e limitações à possibilidade de acessar o sistema Judiciário e visando uma prestação jurisdicional mais acessível, célere, simples e igualitária àqueles que não possuem condições econômicas de suportar as custas do processo, foram instituídos os Juizados Especiais Cíveis e Penais, que abarcam o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo.

Todavia, há pessoas que não podem figurar como parte no Juizado, em qualquer situação, e de maneira explícita a Lei nº 9.099/1995 dispõe a impossibilidade de o preso como parte no Juizado Especial Cível.

Destarte, nesse artigo serão explorados os instrumentos processuais no intento de se buscar a compreensão do tratamento processual adequado, analisando no contexto do acesso à justiça e a criação dos Juizados Especiais, outrossim, perante novos paradigmas legais, se fazendo necessário repensar quanto à exclusão do preso como parte no Juizado Especial Cível. Ao compreender melhor tais mecanismos, é possível considerar alternativas que promovam especialmente a desburocratização e a simplificação dos procedimentos judiciais, diante das inovações

¹ Mestranda no Curso de Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense - UNIPAR. Bolsista PROSUP/CAPES. E-mail: karine.san@edu.unipar.br

e transformações tecnológicas e da participação de todos os cidadãos, incluindo os presos, para a concepção de uma sociedade mais justa e equitativa.

Para a pesquisa, utilizou-se de revisão bibliográfica e de artigos de Lei, por meio de análise comparativa para identificar convergências e divergências na abordagem da situação do preso perante os Juizados Especiais.

2 CONCEITO DE ACESSO À JUSTIÇA

O termo acesso à justiça não está expressamente previsto no texto da Constituição Federal, todavia presume-se pelo artigo 5º, inciso XXXV, na qual prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Brasil, 1988), sendo compreendido como um direito fundamental, por meio do qual o indivíduo frui do direito subjetivo de assistência pelo Poder Judiciário.

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais - tanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais - formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático (Mendes, 1999, p. 36).

O acesso à justiça é considerado um direito base, devendo tal acesso ser socialmente igualitário e justo, pressupondo o efetivo acesso, pelo qual são pleiteados os direitos dos cidadãos, bem como a resolução dos litígios através de um sistema jurídico (Capelletti; Garth, 1988).

Conforme Kazuo Watanabe (1988, p. 129-130), mais propriamente, o acesso à ordem jurídica justa significa proporcionar a todos os indivíduos, sem qualquer ressalva, a possibilidade de pleitear a tutela jurisdicional do Estado, eis que o ingresso ao Judiciário não pode se confundir com acesso à justiça, mas sim conter uma resolução plausível no processo, que seja adequada e efetiva. Portanto, direito à obtenção de uma estrutura judicial devidamente organizada, eliminando quaisquer obstáculos sociais, culturais e econômicos.

Assim, toda vez que o cidadão se sentir lesado poderá buscar amparo no Poder Judiciário, mantendo-se o princípio do contraditório e da boa-fé², não devendo ser visto apenas como acesso ao sistema judicial, mas como elemento para assegurar a cidadania e dignidade social.

Importante mencionar que delineando a efetivação de um direito social básico, visando aperfeiçoar o acesso à justiça e aprimorar soluções práticas, Mauro

² Constituição Federal/1988, artigo 5º, inciso LV - “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Cappelletti e Bryan Garth (1988) desenvolveram ondas revolucionárias, uma espécie de onda Cappellettiana.

De acordo com Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988, p. 31-73), a primeira onda delineia a assistência judiciária aos menos favorecidos economicamente, que não podiam arcar com as custas processuais de modo a possibilitar o acesso ao Poder Judiciário em condições de igualdade como qualquer outro litigante, eis que o acesso à justiça não era efetiva. A segunda onda concerne à representação dos interesses difusos, fazendo referência aos interesses coletivos como um todo. E, a terceira onda propensa para uma reforma na qual inclui advocacia, judicial ou extrajudicial, englobando a efetividade da tutela jurisdicional, por meio de aprimoramento e desburocratização do processo, compreensão dos meios alternativos de resolução de conflitos.

Destarte, no contexto de acesso à justiça e renovação, apresentam-se os Juizados, regido por legislação própria, com o intento de uma prestação jurisdicional rápida e acessível.

3. JUIZADO DE PEQUENAS CAUSAS

De acordo com Kazuo Watanabe (1985, p. 02) na sociedade da década de 80 era normal os conflitos serem solucionados sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário diante da convicção generalizada de uma justiça morosa e de custo processual elevado, os conflitos sucediam através de negociações diretas entre as partes interessadas ou por intermediação de terceiros, todavia, nas comunidades mais populosas aumentavam-se os conflitos não solucionados através dos mecanismos de solução extrajudicial e outros sanados de maneira inadequada.

Perante “tratamento processual inadequado das causas de reduzido valor econômico e consequente inaptidão do Judiciário atual para a solução barata e rápida desta espécie de controvérsia” (Watanabe; et al, 1985, p. 03) a proposta de criação do Juizado de Pequenas Causas pretendia modificar tal conjuntura, para fazer-se valer os direitos e interesses dos cidadãos, reavendo a credibilidade do Judiciário, uma prestação jurisdicional mais eficiente, a confiança na justiça, e para à população menos favorecida o pleno e igual acesso, considerando que o acesso à justiça é um exercício de cidadania.

A Lei nº 7.244/1984 - Juizado Especial de Pequenas Causas abarcava a competência para o processo e julgamento das causas cíveis cujo valor econômico restringia-se à 20 (vinte) vezes o salário mínimo vigente no País (artigo 3º) e orientava-se pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (artigo 2º).

Assim, buscou-se a simplificação, facilidade e sobretudo acelerar o processo, tendendo a conciliação entre as partes. Ademais, o acesso à justiça ficou faci-

litado de modo que se dispensou a participação de advogado em primeiro grau de jurisdição (artigo 9º, da Lei nº 7.244/1984) sendo tal assistência facultativa.

O artigo 8º da Lei nº 7.244/1984 dispõe a impossibilidade de ser parte dos Juizados, o preso, o incapaz, as pessoas jurídicas de direito público, o civil insolvente e a massa falida.

Neste viés, eis que a competência da Lei nº 7.244/1984 foi aditada na Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, conforme será discorrido na sequência.

3.1 Juizados Especiais Cíveis e Criminais

A Constituição Federal de 1988 previu em seu artigo 98, inciso I, a criação dos juizados especiais, em que constituiu as infrações penais de menor potencial ofensivo e da execução de causas cíveis de menor complexidade por meio de procedimento oral e sumaríssimo (Brasil, 1988).

Alguns Estados da Federação possuíam Juizados ordenados nos moldes do Juizado Especial de Pequenas Causas, como o Rio Grande do Sul, por meio da Lei Estadual nº 9.442/1991, e o Mato Grosso do Sul, através da Lei Estadual nº 1.071/1990.

A Lei nº 9.099/1995 foi sancionada versando a regulamentação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, substituindo a Lei nº 7.244/1984 pertinente aos Juizados Especiais de Pequenas Causas.

O Juizado Especial instituído pela Lei nº 9.099/95 não possui competência absoluta, ao contrário do Juizado Especial Federal (artigo 3º, § 3º, da Lei nº 10.259/2001) e do Juizado Especial da Fazenda Pública (artigo 2º, § 4º, da Lei nº 12.153/2009).

Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, têm competência para a conciliação, o processamento, o julgamento e a execução das causas cíveis de menor complexidade, à exemplo, as causas cujo valor não superior a 40 (quarenta) vezes o salário mínimo (artigo 3º, da Lei nº 9.099/95), e das infrações penais de menor potencial ofensivo, assim dizendo, as contravenções penais e os crimes para os quais a lei defina pena máxima não superior a 2 (dois) anos. Ademais, abrangendo os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (artigo 2º, da Lei nº 9.099/95), na qual depreende-se uma organização processual.

Para a propositura do pedido inicial será competente o foro do Juizado do domicílio do autor ou réu, do local do ato ou do fato, ou do lugar em que a obrigação deva ser satisfeita (artigo 4º, incisos, da Lei nº 9.099/95), tornando

facultativo ao autor³ da demanda processual a propositura em qualquer foro do Juizado competente.

A participação de advogado em primeiro grau de jurisdição nas causas cíveis de valor econômico até 20 (vinte) salários mínimos, é facultativa, todavia, nas causas de valor superior a assistência profissional é obrigatória (artigo 9º, da Lei nº 9.099/95). No entanto, em caso de inconformidade com a sentença⁴, será cabível apenas o recurso da apelação e interposto no prazo de dez dias, onde as partes deverão ser obrigatoriamente representadas por advogado, e será julgado por uma turma recursal (artigo 41, da Lei nº 9.099/95).

Vale mencionar que o acesso ao Juizado Especial independe do pagamento de custas processuais, exceto na hipótese de interposição de recurso que compreenderá o preparo e as despesas, incluindo aquelas dispensadas em primeiro grau de jurisdição, ressalvado quando a parte for beneficiária da assistência judiciária gratuita (artigo 54, da Lei nº 9.099/95).

Nos termos do artigo 8º da Lei nº 9.099/95 está vedado o acesso aos Juizados Especiais às pessoas jurídicas de direito público, incluindo-se as empresas públicas, o civil insolvente, o preso e o incapaz.

4. A EXCLUSÃO DO PRESO COMO PARTE NO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

O artigo 8º da Lei nº 9.099/1995 estabelece um rol taxativo quanto a impossibilidade de serem parte no Juizado Especial, na qual de maneira explícita exclui absolutamente os presos (aqueles indivíduos que se encontram em privação de liberdade) como parte no Juizado Especial Cível em qualquer situação, isto é, seja como autor ou réu no processo, suscitando a imediata extinção do feito sem a análise do mérito (artigo 51, inciso IV, da Lei nº 9.099/1995). E se a parte for presa após a citação, no decorrer do processo? Assim sendo, a Lei não menciona exatamente, porém segue interpretando o texto da legislação em que quando inadmissível o procedimento ou prosseguimento do processo extingue-se sem julgamento do mérito, com fulcro no artigo 51, inciso I e seguintes, da Lei nº 9.099/1995.

Contudo, a vedação estabelecida no artigo 8º da Lei nº 9.099/95 sucede em razão da indispensabilidade do comparecimento presencial da parte. Em que, a presença física do preso demandaria de um aparato de segurança e outras providências burocráticas, gerando despesas ao Estado e ainda podendo

³ Enunciado 1 do FONAJE: “O exercício do direito de ação no Juizado Especial Cível é facultativo para o autor”.

⁴ Lei nº 9.099/1995, artigo 38. “A sentença mencionará os elementos de convicção do Juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório”.

causar morosidade aos processos. Como bem discorre João Roberto Parizatto (1996, p. 34):

O preso. Pela própria finalidade da Lei dos Juizados Especiais, de se propiciar a outorga da prestação jurisdicional de forma rápida e simples, excluiu-se o preso das pessoas que podem figurar no pólo ativo ou passivo das ações afetadas a tal Juizado, porquanto além dos inconvenientes para sua apresentação no Juízo Especial, às vezes à noite, com escolta policial e demais providências tendentes à segurança, ao preso por força do art. 9º, II, do Código de Processo Civil, haveria necessidade de se dar curador especial, tudo inviabilizando a finalidade do Juizado.

A justificação está atrelada a *mens legislatoris* na época da elaboração e promulgação da Lei nº 9.099/95, pelo fato de o preso encontrar-se privado de liberdade e ser preciso toda uma movimentação do sistema prisional, com agentes penitenciários e equipe policial, para sua condução até o Fórum da Comarca a fim de participar das audiências, versando ao princípio da pessoalidade imposta pelo artigo 9º da referida Lei.

Após o vigor da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, com as relevantes transformações e evolução social surgiram novas normativas, que neste contexto é o caso da Lei 11.419/2006 (Lei do processo eletrônico) na qual dispõe sobre a informatização do processo judicial e, além da desburocratização, o processo eletrônico propicia maior celeridade na comunicação dos atos processuais.

Ademais, o Código de Processo Civil de 2015 abarcou disposições para o aprimoramento do processo eletrônico, como o uso de assinatura eletrônica (artigo 199), a possibilidade da realização de audiências por meio eletrônico (artigo 334, § 7º) e atribuiu ao Conselho Nacional de Justiça a competência para regulamentar a prática e a comunicação oficial de atos processuais disciplinando a incorporação progressiva com os avanços digitais (artigo 196).

Destarte, que por consequência da pandemia da COVID-19, as audiências com indivíduos presos passaram a ser realizadas por videoconferências. Logo, os estabelecimentos prisionais estão compostos de equipamentos eletrônicos para atender tal finalidade.

Diante dos avanços tecnológicos, a Resolução nº 345/2020 do Conselho Nacional de Justiça em que dispõe sobre o “Juízo 100% Digital”, que instituiu a gestão de processo eletrônico no Judiciário brasileiro, demanda mecanismos por meio do uso da tecnologia que efetivem o princípio constitucional de acesso à justiça considerando a celeridade processual, assegurar a razoável duração do processo, visando à economicidade e otimização da prestação jurisdicional. Importante mencionar o impacto positivo na celeridade processual proporcionado pela tramitação dos processos eletrônicos, conforme apontado no recente re-

latório Justiça em números 2024 publicado pelo Conselho Nacional de Justiça, no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por exemplo, o tempo médio de tramitação eletrônica é de 3 anos e 1 mês (CNJ, 2024, p. 245).

Nos autos nº 0006405-65.2021.8.16.0173, com decisão proferida em 04/04/2022, que tramitou perante o Juizado Especial Cível da Comarca de Umuarama - Estado do Paraná, entendeu o julgador que o preso pode figurar como parte no Juizado Especial Cível, fundamentando que o impedimento se daria apenas pelo comparecimento da parte, diante do complexo deslocamento do preso para a participação nas audiências. Veja-se:

[...] Não há dúvida, portanto, que os tempos são outros e já não se pensa mais o processo como nos idos dos anos 90. Creio até que, diante da possibilidade, legalmente admitida, da realização de audiências virtuais, impedir o preso de ser parte nos Juizados Especiais implicaria em cerceamento de seu direito de acesso ao judiciário garantido constitucionalmente (CF, art. 5º XXXV). Não se olvida do entendimento jurisprudencial assente no Tribunal de Justiça deste Estado, segundo o qual, o preso não pode figurar como parte em processo perante o Juizado Especial, em razão de expressa vedação legal (art. 8º, da Lei 9.099/95). Contudo, observa-se que muitos caput, dos v. Acórdãos proferidos justificam esse impedimento ao argumento de que: “Dada a necessidade de comparecimento pessoal do autor nas audiências do Juizado Especial, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 51, da Lei nº 9.099/1995), seriam exigidos atos concertados com o Juízo da Execução Penal – sem mencionar o estabelecimento penal e uso de escolta policial – para o efetivo comparecimento do autor, o que, é certo, poderia se afastar da desejada celeridade colimada pelos Juizados Especiais”. Todavia, com o máximo respeito às decisões superiores, no modesto entendimento deste Magistrado, **a nova sistemática estabelecida para as audiências judiciais, possibilitando que sejam realizadas virtualmente, repita-se, torna letra morta a vedação legal a que o preso possa demandar nos Juizados Especiais.** Posto isso, indefiro o pedido de extinção do processo formulado pela corrê (Paraná, 2022) (grifo nosso).

Não se pode ignorar que a criação do Sistema dos Juizados Especiais está baseada na democratização do acesso à justiça e na garantia de uma prestação jurisdicional menos onerosa para aqueles que não possuem condições de arcar com os custos diversos que envolvem a tramitação do processo na Justiça Comum. Restringir o acesso da pessoa presa ao Juizado Especial Cível, alegando apenas a necessidade de comparecimento pessoal da parte nas audiências, não implica necessariamente na impossibilidade de participação do preso nestes Juizados, uma vez que sua participação pode ocorrer efetivamente por meio de videoconferência.

Outrossim, a utilização de videoconferências não só viabiliza a participação do preso nos Juizados Especiais Cíveis, como também fortalece os princípios da celeridade e economia processual, essenciais às próprias finalidades e objetivos do microssistema.

Além disso, constata-se nos dados do relatório Justiça em números 2024 (Conselho Nacional de Justiça) que nos Juizados Especiais Cíveis a média de processos baixados é de 3.705 e em tramitação 5.583, sendo 60% a taxa de congestionamento. Comparando os

percentuais, os processos pendentes são 42% e os baixados 53%, depreendendo que a tramitação processual não seria mais lenta pelo fato de o preso ser parte no processo deste Juizado.

Diante da possibilidade de realização de audiências por meios virtuais, legalmente admitida, impedir o preso de ser parte nos Juizados Especiais poderia resultar em cerceamento de seu direito de acesso ao Judiciário, garantido constitucionalmente pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Portanto, garantir o acesso das pessoas presas aos Juizados Especiais, mesmo que de forma remota, é uma medida que atende aos direitos fundamentais, promove a inclusão e assegura que a justiça seja acessível a todos, independentemente da condição de liberdade do indivíduo.

Posto isso, devido a vedação legal expressa no artigo 8º da Lei nº 9.099/95, conforme determina a Constituição Federal em seu artigo 59, compete exclusivamente ao Poder Legislativo a alteração do texto normativo, visto que o referido dispositivo está vigente. Logo, diante do contexto da contemporaneidade se faz oportuno uma proposta de reforma do texto da legislação, para que os Juizados Especiais Cíveis possam também contemplar os processos que envolvam autores e réus presos.

4.1 O preso no Juizado Especial da Fazenda Pública

Os Juizados Especiais da Fazenda Pública são unidades da justiça comum, integrantes do sistema dos Juizados Especiais, foram instituídos pela Lei nº 12.153/2009, com competência para processar, conciliar, julgar e executar as causas cíveis com o valor de até 60 (sessenta) salários mínimos (artigo 2º).

O artigo 5º inciso I da Lei nº 12.153/2009, prevê que poderão ser autores no Juizado Especial da Fazenda Pública, “as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006”. Logo, não há previsão expressa na referida legislação quanto à impossibilidade de a pessoa presa figurar no polo ativo das ações de competência do Juizado Especial da Fazenda Pública.

No entanto, diante do artigo 8º da Lei nº 9.099/1995 que estabelece de maneira explícita a exclusão absoluta do preso como parte no Juizado Especial, existindo divergências no entendimento jurisprudencial de que a pessoa presa também não possui legitimidade para ser parte no Juizado Especial da Fazenda Pública, vez que nos termos do artigo 27 da Lei nº 12.153/2009 aplica-se sub-

sidiariamente a Lei nº 9.099/95. Logo, não havendo compreensão harmônica sobre o tema, cabível a transcrição dos seguintes julgados:

MANDADO DE SEGURANÇA – DEMANDA AJUIZADA, POR PRESO, NO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA – IMPOSSIBILIDADE – COMPETÊNCIA – VARAS DA FAZENDA PÚBLICA – **APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI Nº 9099/95** – PRECEDENTE DESTES TRIBUNAL DE JUSTIÇA – PRESENÇA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - SEGURANÇA CONCEDIDA (TJPR - 1ª Câmara Cível - 0055175-31.2018.8.16.0000 - Rel.: Desembargador Guilherme Luiz Gomes - J. 13/08/2019)(grifo nosso).

MANDADO DE SEGURANÇA. SENTENÇA ANULADA. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. AÇÃO PROPOSTA POR RECLAMANTE PRESO. DECISÃO ABUSIVA E ILEGAL. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NORMATIVA NA LEI Nº 12.153/2009 (ARTIGO 5º, I). “PESSOAS FÍSICAS” PODEM DEMANDAR NO JEFP. **APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ARTIGO 8º, POR FORÇA DO ARTIGO 27, DA LEI Nº 12.153/2009 REPELIDA**. ENTENDIMENTO DO STJ NO RESP Nº 1.372.034/RO AO MANTER O PROCESSAMENTO DA AÇÃO DE INTERESSE DE INCAPAZ NO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. SEGURANÇA DENEGADA (TJPR - 2ª Câmara Cível - 0055070-54.2018.8.16.0000 - Rel.: Desembargador Stewalt Camargo Filho - J. 04/11/2020)(grifo nosso).

A ausência de normas específicas para reger determinadas situações concretas permite ao intérprete ou julgador recorrer às fontes subsidiárias do direito, conforme o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (Brasil, 1942).

Dessa forma, a utilização de normas subsidiárias ocorre em caso de omissão legal, ou seja, quando uma situação não é regulada pela lei específica. Todavia, a Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública é clara ao tratar da legitimidade ativa para as demandas que lhe são submetidas, sem fazer qualquer ressalva, admitindo toda e qualquer pessoa física, sem excluir explicitamente os presos.

A fim de harmonizar o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR) acerca da possibilidade de a pessoa presa figurar no polo ativo de demanda ajuizada no Juizado Especial da Fazenda Pública, em data de 22 de março de 2021 sucedeu a publicação de admissibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas⁵ nº 30 TJPR, com tese firmada: “A pessoa presa é parte legítima para figurar no polo ativo de demanda ajuizada no Juiza-

⁵ Previsão Legal: Artigos 976 a 987, do Código de Processo Civil.

do Especial da Fazenda Pública”, eleito o mandado de segurança nº 0055198-74.2018.8.16.0000 como processo paradigma.

4.2 O preso na Justiça Comum Estadual

O Código de Processo Civil expressa quanto à nomeação de curador especial:

Art. 72. O juiz nomeará curador especial ao:

I - incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade;

II - **réu preso revel**, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado.

Parágrafo único. A curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei (grito nosso)

Assim, o curador especial que será o Defensor Público ou um Advogado dativo exercerá as manifestações no processo para a defesa do réu preso, garantindo que o processo prossiga normalmente e assegurando as garantias processuais previstas. O princípio da eventualidade, que determina a apresentação simultânea de todas as defesas e argumentos possíveis pela parte, sofre uma exceção no caso do réu preso para proteger seu direito de defesa.

Segundo Fabio Caldas de Araújo (2016, p. 207):

A relação processual necessita ser desenvolvida por etapas, com o fim de possibilitar o ato sentencial. Da mesma forma que o juiz não pode surpreender as partes no processo (art. 10 do CPC), as partes também têm o dever de expor suas razões de modo claro e objetivo na primeira oportunidade de manifestação no processo. [...] A eventualidade informa que as partes devem concentrar suas manifestações processuais nas respectivas fases, sob pena de preclusão. É uma necessidade prática e lógica, sob pena de se eternizar a demanda.

Entretanto, as manifestações processuais realizadas por curador especial podem ser realizadas de maneira genérica, conforme o artigo 341 do Código de Processo Civil. Isso constitui uma exceção ao princípio da eventualidade, demonstrando que a regra da eventualidade não é absoluta. Tal disposição é uma precaução da lei para garantir a efetivação dos princípios da igualdade, do contraditório e da ampla defesa.

Todavia, nas causas processuais dos Juizados Especiais Cíveis não há a possibilidade de nomeação de curador especial.

É importante destacar a existência do Projeto de Lei nº 3.796 de 2 de julho de 2019 (PL 3.796/2019) que propõe uma alteração na Lei nº 9.099/95. Essa mudança visa permitir a representação do réu em audiências dos Juizados Especiais Cíveis realizadas em comarca diversa da sua residência. Atualmente, o pro-

jeto já foi aprovado pela Câmara dos Deputados e está aguardando a apreciação do Senado, conforme o sistema bicameral, para sua aprovação final.

5. PROPOSTA DE *LEGE FERENDA*

A proposta de alteração legislativa no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis visa modernizar e ampliar o acesso à justiça, garantindo maior eficiência e inclusão social no sistema Judiciário. Consistindo nos princípios da celeridade, informalidade, simplicidade e economia processual, propõe-se a implementação de modificações que possam atender de forma mais eficaz às demandas da sociedade contemporânea.

Logo, preconiza a inclusão da possibilidade de pessoas presas figurarem como partes nos Juizados Especiais Cíveis, para assegurar que estes indivíduos possam exercer plenamente seus direitos processuais, garantindo o princípio do amplo acesso à justiça.

Ante ao exposto, diante da presença legal e da impossibilidade de interpretação diversa da normativa vigente, faz-se relevante que o Poder Legislativo opere com uma reforma ou revogação do texto normativo, quanto à impossibilidade de o preso ser parte no Juizado Especial Cível, ante as regulamentações de participação das partes por videoconferência em audiências ou de recursos tecnológicos nos atos processuais.

Devido a eventualmente ocasionar debates quanto a isonomia de acesso à justiça, uma vez que os presos fruam de direitos e interesses que podem necessitar de tutela jurisdicional, sendo ponderoso considerar alternativas para esta parcela da população, buscando uma justiça mais inclusiva e acessível, inclusive aos que estejam momentaneamente privados de liberdade.

Destarte, no sentido de uma proposta de Lei quanto a democratizar os procedimentos judiciais adequando a Lei nº 9.099/95 para tutelar o direito de todos os cidadãos, abarcando também os presos.

6. CONCLUSÃO

O acesso à justiça é um direito fundamental consagrado na Constituição Federal, concebido como garantias individuais, assegurando aos cidadãos, sem exceção, a possibilidade de buscar tutela jurisdicional. Assim, é dever do Estado implementar mecanismos com o intuito de preservar o exercício pleno e efetivo de acesso à justiça.

O Juizado foi criado como um meio de ampliar e facilitar o acesso ao Poder Judiciário, uma tentativa de otimizar a prestação jurisdicional, possibilitando ao indivíduo lesado em direitos de menor complexidade e de reduzido valor econômico a resolução de seus conflitos, objetivando uma justiça acessível, eficaz e de igual acesso para todos os cidadãos.

A Constituição Federal de 1988 dispôs quanto à criação dos juizados especiais, abrangendo às infrações penais de menor potencial ofensivo, além da execução de causas cíveis de menor complexidade. Sendo assim, promulgada a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, sucedendo acessibilidade à toda população, eis que pondera pela gratuidade da demanda, bem como seus princípios tendem a celeridade, informalidade, simplicidade, oralidade e economia processual.

Logo, diante de vedação expressa a Lei exclui absolutamente os presos como parte no Juizado Especial Cível, sendo o processo extinto sem julgamento do mérito. A justificação histórica para tal exclusão baseava-se na dificuldade logística e nos custos associados ao deslocamento do preso para audiência. Contudo, com os avanços tecnológicos e a implementação de audiência virtuais, tal justificativa faz-se obsoleta.

Nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, não havendo exclusão expressa no texto normativo, decisões judiciais divergem entre o entendimento de que as pessoas presas podem integrar o polo ativo, enquanto outros discordam da participação. Logo, a tese firmada no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 30 TJPR afirma a legitimidade dos presos como autores nesses Juizados.

O Código de Processo Civil determina a nomeação de curador especial para réus presos revels, garantindo a defesa de seus direitos. Quanto à possível nomeação de curador especial no Juizado Especial Cível é notável que não tornaria o processo moroso, apenas seria possibilitado o direito de uma ampla defesa, assim como ocorre na Justiça Comum.

Diante da possibilidade da realização de audiências por videoconferência, legalmente anuídas, surgem novas possibilidades para a participação dos presos em processos no âmbito dos Juizados Especiais.

Por fim, não havendo mudança legislativa até o presente e estando válido o rol taxativo de inadmissibilidade quanto ao preso figurar como parte, apesar das transformações tecnológicas que poderiam facilitar a inclusão dos presos nos processos do Juizado Especial Cível, faz-se preciso uma proposta *de lege ferenda* para adequar a Lei nº 9.099/95 às demandas contemporâneas, garantindo que o acesso à justiça seja pleno e igualitário para todos os cidadãos, independentemente de sua condição de liberdade.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Fabio Caldas de. **Curso de Processo Civil**: parte geral atualizado com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. Assembléia Legislativa. **Projeto de Lei nº 3.796, de 02 de julho de 2019**. Altera a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para tornar possíveis, nos Juizados Especiais Cíveis, a representação do réu em audiências realizadas em comarca diversa daquela em que ele resida e o uso da videoconferência ou de recursos tecnológicos

análogos para a prática de atos processuais. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoes-web/fichadetramitacao?idProposicao=2210110>.

Acesso em: 10 jun. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 345/2020**, de 09 de outubro de 2020. Dispõe sobre o “Juízo 100% Digital” e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3512>. Acesso em: 10 jun. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2024**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2024.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jun. 2024.

BRASIL. Lei nº 4.657/1942. Institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 11 jun. 2024.

BRASIL. Lei nº 7.244/1984. Institui o Juizado Especial de Pequenas Causas. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17244.htm. Acesso em: 10 jun. 2024.

BRASIL. Lei nº 9.099/1995. Institui os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 10 jun. 2024.

BRASIL. Lei nº 10.259/2001. Institui os Juizados Especiais Federal. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110259.htm. Acesso em: 10 jun. 2024.

BRASIL. Lei nº 12.153/2009. Institui os Juizados Especiais da Fazenda Pública. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112153.htm. Acesso em: 10 jun. 2024.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

PARANÁ. Juizado Especial Cível da Comarca de Umuarama/PR. **Processo n. 0006405-65.2021.8.16.0173 (Decisão Interlocutória)**, Juiz Jair Antonio Botura, Data da decisão: 04/04/2022, Data de Publicação: 10/04/2022. Disponível em: https://consulta.tjpr.jus.br/projudi_consulta/arquivo.do?_tj=8a6c53f8698c7ff7e57a8effb7e252194c6ab850ac017e100ec2b914f2617e58e9dd0b0b975d50f7. Acesso em: 11 jun. 2024.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas Julgados**. Disponível em: <https://11nq.com/9PXF5>. Acesso em: 20 jun. 2024.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança Cível nº 0055198-74.2018.8.16.0000**. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas Suscitado em mandado de segurança impetrado contra Acórdão da Turma Recursal [...]. Impetrante: Estado do Paraná. Impetrada: 4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Estado do Paraná.

Relator: Des. Rogério Luis Nielsen Kanayama. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000008310731/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0055198-74.2018.8.16.0000>. Acesso em: 20 jun. 2024.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança Cível nº 0055175-31.2018.8.16.0000**. Mandado de segurança – Demanda ajuizada, por preso, no Juizado Especial da Fazenda Pública – Impossibilidade – Competência – Varas da Fazenda Pública – Aplicação subsidiária da Lei nº 9099/95 [...]. Impetrante: Estado do Paraná.

Impetrada: 4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Estado do Paraná. Relator: Des. Guilherme Luiz Gomes, 13 de agosto de 2019. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000008310431/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0055175-31.2018.8.16.0000>. Acesso em: 20 jun. 2024.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança Cível nº 0055070-54.2018.8.16.0000**. Mandado de segurança. Sentença anulada. Competência do Juizado Especial da Fazenda Pública. Ação proposta por reclamante preso. Decisão abusiva e ilegal. Inocorrência. Ausência de omissão normativa na Lei nº 12.153/2009 (artigo 5º, i). “pessoas físicas” podem demandar no JEFP. Impetrante: Estado do Paraná. Impetrada: 4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Estado do Paraná. Relator: Des. Stewart Camargo Filho. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000008309051/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0055070-54.2018.8.16.0000>. Acesso em: 20 jun. 2024.

PARIZATTO, João Roberto. **Comentários à lei dos juizados especiais: cíveis e criminais** de acordo com a Lei nº 9.099, de 26-09-1995. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1996.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WATANABE, Kazuo. Filosofia e características básicas do juizado especial de pequenas causas. In: WATANABE, Kazuo; et al. **Juizado especial de pequenas causas: Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

A TUTELA JURISDICIONAL PARA GARANTIA DAS COTAS E AÇÕES AFIRMATIVAS RACIAIS¹

Jonatas Luiz Moreira de Paula²

Reginaldo Bonifácio Marques³

1 INTRODUÇÃO

O pensamento científico deve permear os fatos ocorridos buscando a interpretação da realidade atual e estudando as trajetórias dos institutos presentes. Assim, o estudo proposto visa analisar os embates jurídicos que envolvem as ações afirmativas que tratam da inclusão étnico-racial.

Diante das inferências levantadas, em um primeiro momento, mostra-se salutar um apanhado histórico introdutório da situação do negro na formação da sociedade brasileira. Em meio a estigma e o preconceito, o braço do negro ajudou a formação econômica.

Com o advento das leis antiescravagistas, permaneceu a segregação racial e o cerceamento dos direitos sociais basilares aos recém libertos. Em meio ao desfavorecimento social das minorias representadas, surgiram as políticas públicas afirmativas com a intenção de diminuir as desigualdades sociais.

Destacam-se, para esse estudo, as reservas de vagas pautadas nas cotas raciais com meio de ingresso as universidades. A relevância da cientificidade do tema está nos desdobramentos que surgiram, pois palpitou no cenário nacional

¹ Este artigo foi submetido e aprovado no VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI 2024.

² Professor Titular da UNIPAR-Universidade Paranaense nos cursos de graduação e pós-graduação. Fundador do Curso de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da UNIPAR (2001). Atualmente é Coordenador do Curso de Direito da FACCAR-Faculdade Paranaense. Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela UFPR. Mestre em Direito pela UEL e Advogado.

³ Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR. Professor de Graduação da Unipar *campus* de Guaíra. Advogado

o controle da constitucionalidade das reservas de vagas, a criação de leis, a ampliação de medidas de implementação e a utilização da tutela jurisdicional como instrumento para dirimir conflitos existentes quanto a temática.

Com os avanços sociais, surgem novos enfrentamentos, como a identificação dos beneficiários dos programas de reservas de vagas em instituições públicas. Com isso, o Poder Judiciário passa a ter um papel relevante na construção de caminhos de efetivação dos programas afirmativos.

Por fim, por meio do método indutivo, a presente literatura observou a necessidade da atuação do Poder Judiciário como uma força moderadora no combate das desigualdades sociais.

2 A FORMAÇÃO HISTÓRICA DA SOCIEDADE BRASILEIRA

O processo de formação social e econômica brasileira teve a base na exploração do trabalho escravo. Nessa feita, as principais culturas agrícolas difundidas no período do Brasil colônia utilizaram-se da mão de obra negra, trazendo lucros na produção (Schwartz, 1988. p. 42). Nesse contexto, negro e escravo eram praticamente tomados pela mesma imagem, submetidos a uma condição de indivíduos sem autonomia ou mesmo liberdade (Correa, 2000, p. 87)

Diante disso, o lucrativo tráfico e comércio do negro já pré-estabelecido no final do século XVI, associada a imposição do trabalho forçado ao africano na agricultura, com melhor adaptação a cultura canavieira, frente a experiência dessa exploração anteriormente, foram fatores que introduziram os negros no cenário nacional. Em diapasão, para se ter uma ideia, em torno de 4 milhões de africanos foram trazidos para o Brasil de 1550 a 1855, como escravos. (Faus- to, 2006, p. 50)

Não por menos, os direitos sociais não alcançavam os negros. Assim, ao longo do período escravocrata, a esses, era negado o acesso à educação.

Nesse contexto histórico de marginalizado, mesmo após as leis abolicionistas, permanecia quase inexistente a presença dos negros nos bancos acadêmicos. O cerceamento ao direito era legitimado pelas autoridades da época, como o caso do juiz de órfãos, em Mariana/MG, que negou o acesso a instrução dos filhos de uma viúva parda sobre a alegação que por serem pardos, deveriam trabalhar (Villalta, *apud* Silva, 2000. P. 25).

Inobstante, o ex-escravo passou a figurar na sociedade como homem livre, porém ainda com a estigma do preconceito. (Costa, 2008, p. 12). Nesse contexto, a inserção social do negro era um trauma deixado pelo processo escravocrata. Emília Viotti da Costa (2008, p. 12) lecionou que

Os ex-escravos foram abandonados à sua própria sorte. Caberia a eles, daí por diante, converter sua emancipação em realidade. Se a lei garantia o status jurídico de homens livres, ela não lhes fornecia os meios para tornar sua liberdade

efetiva. A igualdade jurídica não era suficiente para eliminar as enormes distâncias sociais e os preconceitos que mais de trezentos anos de cativeiro haviam criado. (Costa, 2008, p. 12)

A condição de liberdade do negro não lhe garantia espaço social, permanecendo ainda a segregação. Assim, os negros foram tolhidos de gozar em pé de igualdade com os brancos dos direitos sociais (Costa, 2008, p. 366).

Na condição do negro livre, Boris Fausto (2006, p. 206) relatou que “a mudança no eixo econômico após as leis abolicionistas não possibilitava a inserção do negro escravo diante do preconceito”. Portanto, mesmo com o advento da liberdade, a desvantagem do negro ao acesso aos direitos básicos levou uma condição de empobrecimento e desprestígio social.

Não houve um processo de transição, destituindo os escravos de assistência e garantias que protegessem da transição para o sistema de trabalho livre. (Fernandes, 1964 p.76).

Nesse cenário desfavorável as classes excluídas que cresceu no pensamento nacional para a criação de ações afirmativas, pautadas na justiça social e na busca da superação do preconceito. Para tanto, José Claudio Monteiro de Brito Filho (2023, p. 63) lecionou que as ações afirmativas eram uma das alternativas para o combate da discriminação e a colocação dos segregados no meio social.

Não obstante a discussão não tenha sido travada, de forma direta, até agora, é certo que a exclusão social, que leva alguns indivíduos à condição de vulneráveis, é motivada por diversos fenômenos, estranhos, de início, ao Direito, como o estigma, o estereótipo e o preconceito, sendo o último e mais abrangente de todos, quando exteriorizado, denominado de discriminação, esta, sim, uma categoria jurídica de análise. Sendo as ações afirmativas uma das respostas possíveis contra a discriminação, é preciso compreender, sob esse prisma, o contexto maior em que estão inseridas. (Brito Filho, 2023, p. 23)

Assim, as medidas tomadas pelo Poder Público como forma de minimizar as desigualdades sociais nasceram de um fator histórico de segregação e cerceamento de acesso os direitos sociais necessários a dignidade da pessoa humana.

3 AS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO FORMA DE MITIGAR AS DESIGUALDADES

Os negros, agora libertos, passam a viver da sorte, mendigando pelas ruas, desprezados, sem trabalho e esquecidos pela sociedade (Edmundo, 1938, p. 246 a 247). Os traços deixados pelo período de distinção, legitimado pelo tratamento desigual, elevam as ações afirmativa ao nível de necessidade imperiosa de balancear os desníveis existentes. Nessa senda, José Claudio Monteiro de Brito Filho Brito Filho (2023, p. 74) lecionou que

Não se pode ignorar que, entre brancos e negros – especialmente os que se autodeclararam pretos – há um desnível causado diretamente por um tratamento desigual, que iniciou com a situação jurídica distinta de uns e de outros durante o período de escravidão e persistiu depois, pela não adoção dos últimos na sociedade, bem como pela utilização de uma série de artifícios (...) (Brito Filho, 2023, p. 74)

Os debates sobre superação racial tomam força a partir da década de 30, despertando as políticas afirmativas para inclusão social (Fonseca, 2016, p. 331).

Nesse cenário de inclusão, na década de 60 surgiu um significativo instituto na construção normativa brasileira das ações afirmativas, o Decreto 65.810/1969. Trazido pela Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, na qual o Brasil é signatário, observa-se os movimentos assim um cenário favorável para integração dos povos segregados.

Emprestado do contexto estadunidense, o conceito de “discriminação positiva” ganha força nas discussões no cenário brasileiro (Feres Junior, 2018, p. 57). Coadunado ao exposto, o Poder Público tornou-se protagonista no papel de tutelar as ações visando mitigar as desigualdades étnico-sociais, bem como fomentar políticas afirmativas de superação dos principais problemas para a concretização da justiça social (Brasil, 2012). É possível notar a aproximação dos conceitos da justiça social aos elementos de direito multiculturais (Feres Junior, 2018, p. 83).

Para John Rawls (1997 p. 107), ao observar que “desigualdades imerecidas exigem reparação”. Assim, a reparação funciona como uma ferramenta de isonomia em detrimento das descompensações de oportunidades.

Em Ronald Dworkin (2002, p. 350), a forma de tratamento de igualdade busca o respeito e as considerações de cada indivíduo, sendo que em determinadas situações, a diferenciação pode ser justificável. O autor em destaque salientou a redução de conflitos quando as oportunidades são bem distribuídas. Nessa lógica, o autor coloca que com maior representatividade de uma classe minoritária, haveria “maior discussões sobre os problemas sociais” desses grupos, com melhor compreensão das realidades, podendo configurar melhores efetividade as ações afirmativas. É dizer, existindo oportunidades para todos, melhor representatividade, produzindo melhor compreensão social, com políticas públicas mais efetivas que estimule novos comportamentos dos pares daquela comunidade, diminuindo as desigualdades sociais (Dworkin, 2002, p. 351)

O fato é que, no Brasil, segundo Sabrina Moehleck (2002, p. 211), um importante marco no fortalecimento quanto as ações afirmativas foi a Constituição Federal de 1988. Nesse viés, o Legislador constituinte de 88 expôs que um dos objetivos fundamentais da Carta Magna, artigo 3º, inciso IV, é promover o bem-estar de todos, sem preconceitos ou discriminação de qualquer ordem.

Como forma de mitigar os entraves sociais que visavam a efetivação de políticas públicas de inclusão, surgiram os primeiros casos de implementação de ações afirmativas raciais. Inicialmente, a Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ - e a Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro – UENF - foram palco das iniciativas de reserva de vagas as minorias. As iniciativas encontravam respaldo nas leis 3.524 (28/12/2000) e 3.708 (09/11/2001). Embora as cotas, inicialmente, ofertavam 90% das vagas para de origem sociais e com viés raciais, posteriormente, foram alteradas por lei visando a proporcionalidade no patamar de 25% (Feres Junior, 2018, p. 75)

A discussão em torna das ações afirmativas tomou âmbito nacional quando a Universidade de Brasília - UNB - adotou a reserva de vagas com forma de ingresso aos cursos de graduação, estabelecendo a proporção de 20% das vagas, com requisitos específicos para esses candidatos. (Brito Filho, 2023, p. 122).

A iniciativa foi recebida com críticas e não tardou a judicialização do tema, questionando a constitucionalidade da discriminação positiva.

Nessa desenrolar, uma lei importante na contribuição de valorização de grupos étnicos desfavorecidos foi a promulgação da lei 12.288/2010, denominado Estatuto da Igualdade racial, sendo um marco na busca do combate ao preconceito e discriminação.

Assim, na subsunção das leis de tutela das ações afirmativas, o Poder Judiciário assumiu um ativismo considerável tanto no esforço hermenêutica legal quanto na garantia da concretização das políticas de inclusão. Nesse ponto, Lênio Luiz Streck (1999, p. 38) registrou que nos casos em que os outros Poderes não são atuantes, urge a atuação do Judiciário como mecanismo jurídico para a proteção do Estado de Direito. Nesse sentido, destacou o autor supra que “na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados”.

Coadunado ao exposto, um enfrentamento histórico do Supremo Tribunal Federal quanto a implementação das ações afirmativas foi no controle da constitucionalidade das vagas raciais na Universidade de Brasília, por meio da ADPF 186/DF, julgada em 26/04/2012. Certo está que a decisão foi significativa para pavimentar o caminho para o significado do princípio da dignidade humana, da isonomia e equidade. Quanto a esse ponto, a decisão unânime da Corte Suprema, enfraqueceu a criticidade jurídica da reserva de vagas étnicas, dirimindo, em princípio, embates raciais (Feres Junior, 2018, p.128). A temática racial trazida pelo STF apontou os estudos sobre a justiça distributiva de *Jonh Rawls* e *Ronald Dworkin* (Brito Filho, 2023, p. 120). Na composição do voto do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, ficou configurado três aspectos importantes a ser vencido: a questão do mérito para ingresso no ensino superior, a temporariedade da

ação afirmativa de cotas raciais e a proporcionalidade entre os meios e os fins das medidas positivas. (Brito Filho, 2023, p. 120).

Posterior a decisão do STF, a temática chegou ao Congresso Nacional que regulamentou o acesso das minorias as vagas em universidades e instituições federais, pautadas no requisito étnico, por meio da criação da lei 12.711/2012. Dessa forma, expandiu-se no âmbito nacional o acesso à educação, possibilitando o ingresso ao ensino superior de camadas outrora desfavorecidas.

Em apoio, com a lei 12.990/2014, foram ampliadas as vagas pautadas também no requisito étnico-racial para concursos públicos. Diante da lei supracitada, mais uma vez o Poder Judiciário é suscitado para enfrentar a temática, por meio da ADC 41/DF, sendo que a decisão desencadeou uma nova interpretativa favorável para garantias de direitos fundamentais.

Entremeios, destaca-se o Decreto 10.932/2022 na construção história no combate ao racismo, a discriminação e preconceito racial, surgindo discussões significativas no Poder Legislativo e levando em consideração a necessidade de proteção das vítimas do racismo, em grande parte, ligadas a étnico-racial.

Coronários das questões em debate, o estudo das tutelas jurisdicionais na garantia de ações afirmativas, visando o combate à discriminação e ao preconceito, torna-se elemento fundamental na irradicação do racismo estrutural e institucional haja vista que as decisões fortalecem a cultura de equidade, concretizando no âmbito social a representatividade efetiva tão cara para a democracia brasileira.

5 AS TUTELAS JURISDICIONAIS EM RELAÇÃO AS COTAS RACIAIS

Diante das discussões levantadas para compreender a situação das classes segregadas após do período escravocrata, das iniciativas no âmbito social para dirimir as desigualdades sociais, da imposição constitucional da reciprocidade dos Poderes na minimização das pobreza e da atividade do Poder Judiciário no enfrentamento da constitucionalidade dos institutos legais integrativas, surge a necessidade de dar maior atenção as tutelas jurisdicionais que visam efetivar as políticas públicas afirmativas.

Entremeios, observa-se a atuação dos órgãos jurisdicionados no controle da constitucionalidade, provocando as discussões sociais e, principalmente, fomentando debates nas casas representativas do povo para a criação de leis. Certo está que os institutos de verificação das normas são funções típicas do Poder Judiciário e essenciais para orientar o pensamento crítico.

Como apresentado no item anterior, o enfrentamento da questão das ações afirmativas se deu por meio de uma ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – instrumento previsto na Constituição Federal.

Assim, com a adesão das reservas de vagas para ingresso na Universidade de Brasília – UNB - e a repercussão geral, aquele remédio constitucional teve julgamento decisivo para a construção de políticas inclusivas no cenário das ações afirmativas.

Com o advento das leis assecuratórias afirmativas, lei 12.711/2012 e a 12.990/2014, regulando as implementações do acesso aos direitos sociais, a atuação do Poder Jurídico passa a ser importante na busca de um direito líquido e certo positivado. Portanto, a violação do direito a reserva de vagas étnico-raciais afronta a norma infraconstitucional e as garantias fundamentais, tem-se aqui o direito do violado ao mandado de segurança.

Em outro Norte, percebe-se que na inércia do Poder Público no cumprimento da efetividade de um programa que visa beneficiar os envolvidos, a decisão do Magistrado serve de base para a exigência do cumprimento. Conforme Jônatas Luiz Moreira de Paula (2002, p. 207):

A decisão judicial é a criação do direito objetivo e prima por impor uma sanção jurídica ao dever jurídico descumprido, fato gerador do direito espontaneamente ineficaz. Esse argumento também justifica a possibilidade do Poder Judiciário intervir nos cofres públicos, a fim de executar os compromissos assumidos em lei orçamentária. (Paula, p. 207)

Nesse caminho, a concretização de uma política afirmativa torna-se consistente ao passo que a lei, de força mandamental, legitima o credor do direito frente ao descumprimento do Poder estatal.

Pensando nas cotas raciais para ingresso nas universidades e visando aprimorar os mecanismos de efetividade, uma problemática apontada pelos Ministros do STF quando decidiram a improcedência da ADPF 186/12 pairou sobre a necessidade de uma análise complementar da autodeclaração do candidato para as vagas estipuladas as minorias. Em meio as críticas, a presença da comissão de heteroidentificação foi considerado constitucional pela Suprema Corte (Brito Filho, 2023, p. 127)

Roger Raupp Rios (2018, p. 39) apontou a dificuldade de se chegar à identidade do beneficiário das ações afirmativas. Ressaltou que “essa resposta, que depende da compreensão do fenômeno identitário, revela-se assaz desafiadora, sobretudo em uma nação onde, ao mesmo tempo que a mestiçagem é fenômeno marcante, a injustiça racial é tão pronunciada.”

Assim, a busca de parâmetros para identificação dos credores das cotas raciais, transpassam o significado de raça na visão biológica (Guimarães, 1999, p. 29). No ordenamento jurídico a respeito da identificação étnico-racial, duas técnicas são levadas em conta: a autodeclaração e a análise heteroidentificativa. No entanto, a prática normativa tem demonstrado a prevalência daquela em relação a esta (Rios, 2018, p. 46).

Dessa forma, o prestígio da autodeclaração não descartou o sistema de heteroidentificação, conforme destacou o Ministro Ricardo Lewandowski no enfrentamento da ADPF 186/2012. Não por menos, o Estatuto da Igualdade Racial – lei 12.288/2010 – trouxe a previsão da autodeclaração como meio de identificação de pertença do indivíduo a um grupo social. (Rios, 2018, p.47).

Não por menos, o critério complementar de heteroidentificação foi regrado pela Portaria Normativa nº 4, de 16/05/2018, pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão/ Secretaria de Gestão de Pessoas. A discussão em análise envolve-se em conceitos complexos e pouco explorado nos bancos acadêmicos, segundo Roger Raupp Rios (*apud* Rich, 2013-2014)

Diante dessa complexidade inerente à raça, percebe-se a insuficiência de modelos e compreensões que trabalham com conceitos rígidos e fixos. Assim, há a necessidade, do ponto de vista institucional, de que as normas e as decisões judiciais se conformem para dar conta dessas identidades inconstantes, reconhecendo-as e protegendo-as da discriminação.

Por outro lado, visando o combate de práticas que venham fraudar o sistema de cotas os órgãos públicos têm estudado forma para estabelecer parâmetros de implementação das políticas de cotas raciais, bem como atuar de forma repressiva, coibindo práticas violatórias. Nessa visão protetiva, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Recomendação 41, de 9/08/2016. O documento recomendou a atuação mais enérgica do Ministério Público para reprimir ações fraudulentas, cobrar a efetividade no combate violações ao sistema de cotas e estimular mecanismos para fiscalizar as implementações das reservas de vagas.

Deve-se levar em conta para coibir práticas fraudulentas a reprimenda das circunstâncias dolosas comprovadas. Para tanto, ressalta-se que a autodeclaração, cuja as circunstâncias levam a entender que se enquadra nas reservas de vagas raciais por outros fatores, não implica uma declaração falsa, com rigor da aplicação pena (Sandy; Santana, 2017, p. 655)

Não obstante ao papel investigativo do Ministério Público, conforme disposto supra, o Poder Judiciário tem buscado solucionar os conflitos existentes, ante ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. Nesse compasso, a atividade jurisdicional, por meio do devido processo legal, encontra meios de coibir práticas que visam fraudar o sistema de cotas, mas também garantir que os direitos cheguem aqueles que necessitam.

Para Ada Pellegrini Grinover (2012, p. 137) a figura do Judiciário passa a ser uma peça fundamental para aplicação das políticas públicas que visem o benefício

Conclui-se daí, com relação à intervenção do Judiciário nas políticas públicas, que, por meio de utilização de regras de proporcionalidade e razoabilidade, o

juiz analisará a situação em concreto e dirá se o legislador ou o administrador público pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição. (Grinover, 2012, p. 137)

Quanto a utilização do processo como meio efetivação das políticas públicas, Jônatas da Luis Moreira de Paula (2002, p. 5) lecionou que

Portanto, o processo é um instrumento de efetivação da sanção jurídica, a fim de conferir eficácia forçada a direitos materiais espontaneamente ineficazes. É no ambiente da relação da relação processual que tal efetivação se dará, posto que, como é de amplo conhecimento, ao cidadão é vedada a prática da justiça com as próprias mãos (CP, arts. 345-346). Como é indispensável a figura da jurisdição para possibilitar a efetivação da sanção, a relação processual é o único e necessário ambiente para a sua realização.

É por meio do processo que o Magistrado decidirá sobre a identificação do beneficiário das vagas destinadas aos grupos étnico-raciais. Como dito, a auto-declaração configura-se como um instrumento de pertença, de identificação do indivíduo com o grupo. No entanto, a heteroidentificação, outrora já registrado, tem o caráter suplementar perante terceiros. (Rios, 2018, 47).

Ante tudo já relatado, a apreciação do Juiz em casos de revisão das decisões administrativas de incompatibilidade entre a autodeclaração e a verificação da heteroidentidade justifica-se pela princípio da inafastabilidade da jurisdição, mas também pelo aparelhamento dos mecanismos processuais disponíveis em juízo. Assim na percepção de Roger Raupp Rios (2018, p. 62) asseverou que

Nesse diapasão, admitida por hipótese a revisão judicial do mérito da deliberação administrativa, o procedimento judicial há que se cercar de todas as cautelas inerentes à atividade jurisdicional, em especial a prudência na produção probatória, a distribuição dos ônus argumentativos (visto que a comissão tem caráter deliberativo na política pública) e a necessária fundamentação de mérito que não pode furtar-se a considerar os aportes das ciências sociais para a compreensão da rica, complexa e contextual realidade fática subjacente ao litígio, tudo, evidentemente, informado pelos comandos constitucionais antidiscriminatórios e indicativos na adoção e implementação de ações afirmativas (Rios, 2018, p.62)

Portanto, a atuação jurisdicional deve pautar-se na profundidade da situação, buscando evidenciar por meio da produção de provas, a averiguação adequada ao caso concreto. Nesse sentido Roger Raupp Rios (2018, p. 62) disciplinou que

No eventual cabimento de exame judicial de mérito, portanto, há que se empregar extremada cautela e ponderação. Devem-se evitar juízos apressados ou simplistas, dada a falta de formação nas questões étnico-raciais e as dificuldades

culturais disseminadas no senso comum em face das políticas públicas positivas, no que não se distingue, em geral, os operadores do direito. (Rios, 2018, p. 62)

Diante da necessidade de verificação de evidências concretas do presente estudo, uma decisão do STF, em 13/11/2023, tratou do sistema de heteroidentificação por meio da medida cautelar na Reclamação 62.861. Na decisão, a Segunda Turma do Pretório Excelso referendou a liminar concedida para restabelecer uma candidata no certame da IX Prova oral do Concurso Público e Títulos para a Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

No caso, a candidata concorria nas vagas reservadas aos autodeclarados negros, quando tomou ciência da exclusão do concurso pois não possuía os requisitos para figurar nas vagas raciais. Ademais, o procedimento de heteroidentificação não cabia recurso.

Diante do conflito, o Ministro Relator Nunes Marques votou que na decisão era cabível o referendo a liminar, pois a decisão do tribunal inferior ofendia os postulados da ADC 41. Inobstante, fundamentou o Ministro que mesmo sendo legítima a verificação de heteroidentificação, deveria ser oportunizado o direito da ampla defesa e do contraditório, em homenagem ao princípio constitucional.

Portanto, a adoção de comissões de heteroidentificação, mesmo em meio as críticas, produz um efeito assecuratório contra fraudes ou violações ao sistema de cotas raciais. Nas palavras de Najara Lima Costa (2018, p. 98-99) “Cabe dizer que a segurança jurídica traçada a partir do deferimento da ADC ao tratar sobre os processos de heteroidentificação, fortaleceu não só a política, mas sua própria execução”. Assim o mecanismo supracitado foi considerado constitucional no Julgamento do controle constitucional outrora mencionado.

Destacou o Ministro Nunes as palavras do Ministro Roberto Barroso, na ADC 41, que ponderou que “o mecanismo escolhido para controlar fraudes deve sempre ser idealizado e implementado de modo a respeitar a dignidade da pessoa humana dos candidatos”.

Tem-se aqui pontos necessários a discussão. Em primeiro momento a existência da autodeclaração do candidato e, por outro, o princípio da ampla defesa e do contraditório.

Quanto ao cerne da questão envolvendo a autodeclaração, a discussão paira sobre a complexidade de definição racial, torna-se situacional e imprevisível, prestigiando a esse sabor a autodeclaração (Fry, 2005. p. 336).

Ainda nessa discussão, Antônio Sergio Alfredo Guimarães (p. 46):

É desse modo que a “cor”, no Brasil, funciona como uma imagem figurada de “raça”. Quando os estudiosos incorporam ao seu discurso a cor, como critério para referir-se a grupos objetivos”, eles estão recusando a perceber o racismo brasileiro. Suas conclusões não podem deixar de ser formais, circulares e

superficiais: sem regras claras de descendência não haveria “raças”, mas apenas grupos de cor.

No trecho acima fica evidente que a caracterização do beneficiário das reservas de vagas para cotistas ultrapassa a aparência física, passando para um fenômeno ideológico racial, anteriormente estabelecido.

Os traços da ancestralidade africana são importantes para a definição dos receptores dos benefícios das reservas de vagas, mas também guardam maior identificação das vítimas do estigma e do preconceito (Osório, 2004, p. 114-115)

Na busca de adequar a autodeclaração ao sistema de heteroidentificação, na visão de Daniela Ikawa (2008, p. 129-130) é possível a adoção de outros mecanismos complementares como: a elaboração de formulários, declarações, entrevistas e formação sobressalente após a autodeclaração do verificador.

Portanto, entende-se que as interpretações voltadas para a inclusão social devem ser ampliadas, com vistas a buscar maior efetividade. Nesse patamar, conforme Jonatas Luiz Moreira de Paula (2002, p. 91) concluiu que a inclusão social deve ser entendida com um mecanismo que visa eliminar as desigualdades, num processo.

O conceito de inclusão social é um conceito que conota um processo, atinente a eliminar a manutenção da exclusão. Por isso, a inclusão social é um processo que visa eliminar a manutenção de pessoas e grupos sociais à margem dos benefícios do sistema político-econômico. (Paula, 2002, p. 91)

Outro ponto evidenciado na decisão do Ministro Nunes Marques, na medida cautelar na reclamação nº 62.861, foi o resguardo do princípio do contraditório e da ampla defesa. Este instituto encontra guarida na Constituição Federal, artigo 5º, inciso LV.

Na subsunção da lei por meio do processo, observa-se a necessidade de verificar as provas essenciais, haja vista que a divergência quanto à identificação do indivíduo ao grupo beneficiário das cotas perpassa pelos conceitos jurídicos indeterminados. Assim, com a fase probatória, há uma condução decisória mais satisfativa. Nesse sentido pode ser estudado

Aqui, tem lugar outro importante termo desta equação: a ampla defesa. Caso haja divergência entre as opiniões do candidato e da comissão, aquele deve ter a oportunidade de apresentar todos os elementos que o levaram a formar sua convicção, tais como documentos, genealogia, avaliação médica, contexto sociocultural, etc. O critério deve ser misto, afinal, sendo a classificação racial um conceito jurídico indeterminado, quanto mais meios de informação, maiores as chances de se obter o resultado equivalente à realidade, reduzindo, assim, a subjetividade pública existente (margem de livre apreciação) (Sandy; Santana, 2017, p. 655)

Portanto, o Poder Judiciário busca compreender a realidade apresentada, criando caminhos necessários à interpretação de institutos complexos ao direito.

Nesse viés, o estudo e o aprimoramento para dar respostas de punho pragmático pelo Poder Judiciário vem sendo fomentado cada vez mais forte. Assim se apresentou a I Jornada Justiça e Equidade Racial, ocorrida de 20 a 24 de novembro de 2023, no Tribunal Superior Eleitoral e no Tribunal Superior do Trabalho. O evento teve o objetivo de ampliar o acesso das populações negras ao judiciário e pensar mecanismos para o combate do racismo estrutural e estudar formas de implementar políticas públicas para fortalecer a presença das representações étnico/raciais no Judiciário.

Coadunado ao exposto, no evento supra, foram firmados pactos que estimulavam eixos de ações para produzir uma mudança no quadro discriminatório na esfera jurídica. Destaca-se nesses eixos a criação nos tribunais de comissões de heteroidentificação para melhor compreensão da realidade, bem como estudar as complexidades que envolvem a temática da identidade dos beneficiários das reservas de vagas.

Portanto, a inclusão social é um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil e os Poderes incumbidos dessa tarefa passam a ser corresponsáveis na luta de implementação de políticas públicas para diminuir a pobreza e as desigualdades sociais.

6 CONCLUSÃO

A Constituição federal ao mesmo tempo que estipulou objetivos para os Poderes Públicos, garantiu aos cidadãos garantias fundamentais. O fato é que a não prestação da essencialidade dos direitos estampados na Carta Maior, condiciona aos cidadãos a figura de credores das prestações objetivadas. Nesse meio, como forma de mitigar as desigualdades sociais e combater a discriminação surgem as políticas afirmativas integrativas.

Diante do desfavorecimento histórico, grande parte da população negra ficou desassistida de direitos sociais fundamentais ao desenvolvimento. Assumindo o papel de fomentador de políticas, bem como das práticas ativas para as implementações de políticas públicas, o Poder Judiciário torna-se uma ferramenta na essencial no combate aos diversos tipos de desrespeito aos vulneráveis.

Como instrumento de efetivação, as portas do Judiciário devem estar sempre abertas para socorrer os mais necessitados e que buscam uma tutela jurisdicional para a implementação das ações afirmativas.

Em meio a mais de 30 anos de implementação das cotas raciais para ingresso no ensino superior, os entraves ainda permanecem, carecendo de estudos mais aprofundados e institutos regulamentadores da legislação já existente.

Embora as decisões judiciais caminhem para um norte, certo está que a problemática da sistêmica heteroidentificação ainda persiste. Os indicadores consubstanciam a subjetividade da apreciação frente a miscigenação brasileira e da dificuldade de estabelecer parâmetros.

À primeira vista é que os estudos envolvendo racionalismo e análise heteroindicativo precisam avançar, criando um banco de dados e grupos de estudos envolvendo o tema. Nesse sentido, um grande passo a ser destacado foi a I Jornada Justiça e Equidade Racial, ocorrida de 20 a 24 de novembro de 2023, no Tribunal Superior Eleitoral e no Tribunal Superior do Trabalho. O evento teve o objetivo de ampliar o acesso das populações negras ao judiciário e pensar mecanismos para o combate do racismo estrutural. Naquele contexto, firmou-se o pacto nacional do judiciário pela Equidade Racial dentro os eixos está a regulamentação de Comissões de Heteroidentificação nos Tribunais. O passo em destaque torna-se importante quanto se trata de tutela Jurisdicional que visam garantir a efetividade das ações afirmativas, pois contribui com a melhoria do sistema combativo das desigualdades.

Por fim, a superação de alguns desafios sociais deve contar com apoio de todos os setores sociais. O combate as formas de discriminações devem ser enfrentadas com base na oportunidade de todos terem representatividade nos meios sociais. Portanto todos os esforços devem convergir para esse ideal.

REFERÊNCIA

BRASIL. Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010. **Institui o Estatuto da Igualdade Racial**; altera as Leis n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 26 abr. 2012a.

BRASIL. **Lei n. 12.711**, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2012b.

BRASIL. **Lei n. 12.990**, de 9 de junho de 2014. Reserva aos negros 20,0% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Brasília, DF: Presidência da República, 2014.

BRASIL. **Recomendação n. 41**, de 9 de agosto de 2016. Define parâmetros para a atuação dos membros do Ministério Público brasileiro para a correta implementação da política de cotas étnico-raciais em vestibulares e concursos públicos. Brasília, DF: Conselho Nacional do Ministério Público, 2016a

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Reclamação 62.861**. Relator: Min. Nunes Marques. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 13 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 41**. Relator: Min. Roberto Barroso. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 17 ago. 2017.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Ações afirmativas** [livro eletrônico]. – 5ª ed. - São Paulo: LTr Editora, 2023.

COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república: momentos decisivos**. – 6.ed. – São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1999. ———, Emília Viotti da. **A abolição**. – 8ª ed. ver. E ampl. – São Paulo: Editora UNESP, 2008.

COSTA, Najara Lima. **Implantação da lei de cotas raciais nos concursos públicos federais: Análises dos processos de execução da ação afirmativa**. In: DIAS, G. R. M.; TAVARES JUNIOR, P. R. F. (org.). **Heteroidentificação e cotas raciais: dúvidas metodologias e procedimentos**. Canoas: IFRS, 2018. p. 215-250.

CORREA, Silvio M. de Souza. **O negro e a historiografia brasileira**. Revista Ágora. Santa Cruz do Sul, n. 1, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**: tradução e notas Nelson Boeira. – São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 12 ed. 1 reimpr. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006

FERES JÚNIOR, J., CAMPOS, L.A., DAFLON, V.T., and VENTURINI, A.C. **Ação afirmativa: conceito, história e debates** [online]. Rio de Janeiro: EDUERJ, 2018, 190 p. Sociedade e política collection. ISBN: 978-65990364-7-7. <https://doi.org/10.7476/9786599036477>.

FERNANDES, FLORESTAN. **A integração do negro na sociedade de classes: O legado da “raça branca”**, volume I. – 5ª ed. – São Paulo: Globo, 2008.

FONSECA, Marcus Vinícius. **A história dos negros no Brasil**/ Marcus Vinícius Fonseca; Surua Aaranovich Pombo de Barros (Orgs.) – Niterói: EdUFF, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. - 2 ed. - Rio de Janeiro: Editora Forense. 2012.

GUIMARÃES. Antônio Sérgio Alfredo. **Racismo e anti-racismo no Brasil**. São Paulo: ed. 34, 1999.

IKAWA, Daniela. **Direito às Ações Afirmativas em Universidades Brasileiras, in Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**, Lumen Juris, 2008.

MOEHLECKE, Sabrina. **“Ação afirmativa: história e debates no Brasil”**. Cadernos de Pesquisa, n. 117, pp. 197-217, São Paulo, nov. 2002.

OSÓRIO, Rafael Guerreiro. **O sistema classificatório de “cor ou raça” no IBGE**. In: BERNARDINO, Joaze; GALDINO, Daniela. **Levando a raça a sério: ação afirmativa e universidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A Jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático**. São Paulo: Editora Manole, 2002.

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. – São Paulo : Martins Fontes, 1997.

RIOS, R. R. **Pretos e pardos nas ações afirmativas: desafios e respostas da autodeclaração e da heteroidentificação**. In: DIAS, G. R. M.; TAVARES JUNIOR, P. R. F. (org.). **Heteroidentificação e cotas raciais: dúvidas metodologias e procedimentos**. Canoas: IFRS, 2018. p. 215-250.

SADDY, André e SANTANA, Stephan Bertollo. **A questão da autodeclaração racial prestada por candidatos de concursos públicos**. Revista Jurídica da Presidência Brasília v. 18 n. 116 Out. 2016./Jan. 2017 p. 633-665.

SCHWARTZ, Stuart B. **Segredos internos: engenhos e escravos na sociedade colonial 1550- 1835**. São Paulo : Companhia das Letras, 1988.

SILVA, Adriana Maria Paulo da. **Aprenda com a perfeição e sem coação: uma escola para meninos pretos e pardos na corte**. Brasília : Editora Plano, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) CRISE: uma exploração hermenêutica da construção do Direito** /. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TUTELA ESTATAL DEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS EN CHILE: DESAFÍOS PARA UN MAYOR ACCESO A LA JUSTICIA

Carolina Inés Salinas Suárez¹

1. INTRODUCCIÓN

En Chile, el estatuto jurídico que regula el derecho de alimentos se aplica sin distinción a los diferentes titulares del mismo, sean adultos o niños. No obstante, su aplicación respecto de los niños exige una atención especial en cuanto al cumplimiento. La mayor exigencia deriva no sólo de evidencia fáctica relativa a la alta cifra de incumplimientos del alimentante cuando es el padre del alimentario, sino del rango jurídico que debe reconocerse al derecho de alimentos, en particular el que detentan los niños.

El problema del incumplimiento se explica por la falta de una legislación adecuada, capacidad de atención y de los tribunales de familia, la carencia de defensa técnica de los alimentarios, las maniobras evasivas de los deudores y lo restringidas y limitadas que son las medidas de apremio y sanciones aplicables a los casos de incumplimiento (LEPIN, 2024). Entendemos que la problemática relativa al incumplimiento es uno de los aspectos centrales del derecho de acceso a la justicia, pues éste “no sólo consiste en el derecho de toda persona de acceder al órgano jurisdiccional, sino que también incluye que el sistema pueda darle a los justiciables el acceso a la norma, al derecho aplicable, luego, **a una respuesta efectiva** y, de ese modo, garantizar los derechos humanos

¹ Abogada y Mediadora Familiar, Licenciada en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Master en Ciencias del Matrimonio y la Familia del Pontificio Instituto Juan Pablo II, sección española, Profesora docente Asociada Facultad de Derecho de la Pontificia universidad Católica de Chile. Correo electrónico: csalinau@uc.cl

de todas las personas.”. (El destacado es nuestro. BORDACHAR y RODRIGUEZ, 2023, p.44).

En las siguientes líneas analizaremos algunos problemas sustantivos y procesales que inciden en el problema del incumplimiento, el impacto de las recientes reformas a la principal ley que regula la materia y las especiales consideraciones que deben tenerse en cuenta, para estimar el rol que debe jugar el Estado y sus instituciones.

2. CONSIDERACIONES GENERALES

El marco legal que rige las pensiones alimenticias en Chile está regulado por el Código Civil y por la ley 14.908 de 1962, Sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, con sus respectivas modificaciones posteriores, en particular la ley 21.389 de noviembre de 2021, y la ley 21.484 de septiembre de 2022.

Dicha regulación garantiza el pago de un monto que, en teoría, permita cubrir las necesidades esenciales de quien detenta el derecho, incluidos alimentación, vivienda, educación, atención médica y actividades recreativas, entre otros, con el fin de permitir su adecuado desarrollo físico, educativo y emocional, por parte de quien tiene capacidad económica para otorgarlo.

La regulación de los alimentos forma parte relevante del derecho de familia sustantivo, en el encarnan los principales principios de esa rama del derecho privado: de protección a la familia, de protección al matrimonio, de protección al cónyuge más débil y de interés superior del niño. Como efecto tanto del matrimonio como de la filiación, posee, una regulación autónoma que considera en su aplicación las particularidades propias de la relación jurídica a la que se aplique, confluyendo en ambos casos un trasfondo que lo identifica como un derecho humano básico, recíproco y consecuente con el principio de solidaridad familiar que rige nuestro derecho.

Desde un punto de vista de interés social y bien común, el derecho de alimentos, cuando los titulares son menores de edad, pone en juego principios, valores y derechos fundamentales, puesto que este derecho es indispensable y esencial para el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, los cuales se hallan inhabilitados para proveer su propio sostenimiento y se encuentran en una situación de indefensión y vulnerabilidad por ser menores de edad o por otras razones señaladas por el legislador. En efecto, así como los padres tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos que desean tener, consecuentemente y conforme al Código Civil chileno, les asiste la obligación de cuidarlos, sostenerlos y alimentarlos desde su concepción, durante el embarazo y parto, y mientras sean menores de edad, con el fin de garantizarles una vida digna y el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales.

3. FUNDAMENTOS EN QUE SE BASA LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA Y EL ROL DEL ESTADO

A lo largo del siglo XX Chile ha adherido a variados instrumentos internacionales que coinciden en otorgar a los alimentos un rango de derecho humano fundamental². En efecto, la normativa internacional, delimita este derecho en dos vías, la primera se trata sobre la protección contra el hambre, vinculado con el derecho a la vida, considerándose como el mínimo que debe garantizarse a todas las personas. Por otro lado, considera el derecho a una alimentación adecuada y la necesidad de constituir un entorno económico, político y social que permita a las personas alcanzar la seguridad alimentaria por sus propios medios.

Pero es en particular, en algunas disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Chile en 1990, donde encontramos un catálogo de derechos que relevan que no solo se trata de declaraciones programáticas, sino que de derechos que deben ser garantizados por los Estados

² La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25.1 señala: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...”. Posteriormente, en 1974 la Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición, estableció que “(c)ada hombre, mujer y niña o niño tiene el derecho inalienable a estar libre de hambre y malnutrición para poder desarrollar sus facultades físicas y mentales (...)”.

Seguidamente, en 1976 el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, mediante el artículo 11, reiteró que la alimentación hace parte de un nivel de vida adecuado y los Estados deben tomar medidas apropiadas para asegurar su efectividad. En desarrollo de este artículo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señaló que “el derecho a una alimentación adecuada está inseparablemente vinculado a la dignidad humana y requiere la adopción de políticas económicas, ambientales y sociales adecuadas en los planos nacional e internacional”.

Por último, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 consagró como deberes de los Estados: (a) combatir la malnutrición; (b) suministrar los alimentos nutritivos adecuados; (c) adoptar las medidas pertinentes para apoyar a los padres y a otras personas responsables del niño en la realización efectiva de su derecho a un nivel de vida adecuado y, si es necesario, proporcionar asistencia material y programas de apoyo, especialmente, en relación con la nutrición; y (d) adoptar las medidas necesarias, con el máximo de los recursos de los que disponga “para dar efectividad” a los derechos sociales, económicos y culturales de los niños, niñas y adolescentes, entre otros. En concordancia, en la Observación General No. 15 del Comité de los Derechos del Niño se estableció la importancia de adoptar medidas encaminadas a que los Estados garanticen el acceso a alimentos nutricionalmente adecuados y culturalmente apropiados. El Comité considera que el contenido básico del derecho a la alimentación adecuada comprende lo siguiente: la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada y la accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos”.

firmantes, porque precisamente son los garantes de la efectividad de los mismos, entre ellos:

- Deber de los Estados parte de garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y desarrollo del niño (art. 6 N°2);
- Derecho del niño a tener un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (art. 27 N°1);
- Deber primordial de los padres o personas a cargo del cuidado de los niños a proporcionar dentro de sus posibilidades las condiciones de vida necesarias para el desarrollo del niño (art. 27 N°2); y
- Deber de los Estados Partes de adoptar medidas para asegurar el pago de la pensión alimenticia, por parte de los padres o personas encargadas del niño, tanto si viven en el Estado Parte o en el extranjero (art. 27 N°4).

En otras palabras, el derecho internacional de los derechos humanos, releva que los derechos a la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, la educación, la recreación y todo el catálogo de derechos fundamentales, dependen del derecho fundamental básico a una alimentación equilibrada, que procura asegurar los medios para que niños, niñas y adolescentes, desarrollen su potencial físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social. En la misma línea lo destaca la Observación General N°36 del Pacto Internacional De Derechos Civiles y Políticos al señalar que esto exige que el derecho a la vida no se interprete en sentido restrictivo. Este derecho contiene también el derecho a no ser objeto de acciones u omisiones que causen o puedan causar una muerte no natural o prematura y a disfrutar de una vida digna (COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, 2019).

Es a partir de estas disposiciones que algunos proponen como obligaciones para el Estado de Chile: reconocer el derecho de alimentos como un derecho humano del niño y el deber de adaptar la legislación nacional a la internacional, entre otras (GREEVEN, 2018 y VARGAS, 2021). Respecto de ambas, se anotan deficiencias en su cumplimiento, considerando las críticas a su eficacia en sede judicial, donde su abordaje procedimental en etapa declarativa y de cumplimiento no difiere mucho tratándose de niños y adultos en esta materia, como también por la tardanza de las reformas que desde hace mucho venían proponiéndose.

Es en este último punto, donde, las recientes reformas experimentadas por el Código Civil y por la Ley 14.908 con la entrada en vigencia de las leyes 21.389 y 21.484, y, antes de ellas, la promulgación de la Ley 21.430 sobre Garantías de Derechos de la Niñez, deberían suponer una nueva comprensión de la cuestión de los alimentos entendida como de interés social y por tanto llevar al Estado a encarnar la responsabilidad última en torno a su efectividad.

En efecto, justamente la ley 21.430 de 2022, sobre Garantías de Derechos de la niñez y adolescencia, además de reconocer el principio de corresponsabilidad parental en la crianza y desarrollo de los hijos, impone al Estado de Chile obligaciones concretas tanto para asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los niños, niñas y adolescentes, cuando los padres y madres tuvieren dificultades para hacerlo, en lo que respecta a nutrición, agua potable, alcantarillado, vivienda, vestuario, atención médica y educación, entre otros³; como también para adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el pago de las pensiones alimenticias por parte de los padres o personas encargadas del niño o niña.

4. ALGUNAS CUESTIONES RELEVANTES DEL PROCEDIMIENTO DECLARATIVO DE LOS ALIMENTOS

Los juicios de alimentos se tramitan acorde con las normas del procedimiento ordinario establecido en la Ley 19.968 en lo no previsto por la 14.908, pues por tratarse de ley especial sus disposiciones priman sobre aquella, aplicarán también en lo no dispuesto por dichas leyes, las normas del Código de Procedimiento Civil, en carácter de supletorias.

Conforme lo dispone el artículo 8 de la Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia, estos serán competentes para conocer y resolver las causas relativas al derecho de alimentos. Por su parte, señala el artículo 1 de la Ley 14.908 que será competente el tribunal de familia del domicilio del alimentante o del alimentario, a elección de este último. Respecto de las demandas de rebaja o cese de la pensión alimenticia, estas deben ser conocidas por el mismo tribunal que las ha decretado, o el del nuevo domicilio del alimentario, también a elección de este último⁴. Estas normas, que confieren al demandante de alimentos -y por ende entre ellos a los menores-, la facultad de elegir entre el tribunal del domicilio del demandando o del demandante, protegen el interés superior de los menores, y en tal caso, sus representantes, presumiblemente optarán por litigar ante el juez que corresponda al domicilio de dichos menores.

Se debe tener presente que en Chile los alimentos es una materia de mediación previa y obligatoria, así lo dispone el artículo 106 de la Ley 19.968, por lo que antes de la interposición de la demanda debe cumplirse con el requisito de obtener el correspondiente certificado de mediación frustrada.

³ Artículo 25 Ley 21.430.

⁴ Coherente con ello, el artículo. 147.1 del Código Orgánico del Tribunales: Será juez competente para conocer de las demandas de alimentos el del domicilio del alimentante o alimentario, a elección de este último. Asimismo, ello se aplicará a las solicitudes de aumento de pensiones alimenticias decretadas.

La obligación alimenticia⁵ que tienen los padres para con los hijos, se enmarca en el ejercicio de la autoridad parental derivada de la filiación: los deberes de crianza y educación, que comprenden el que tienen ambos padres de cubrir todo tipo de necesidades de sus hijos y que resultan indispensables para un adecuado desarrollo, incluso el proporcionar regularmente al hijo sus estudios básicos, medios y aún superiores, hasta que cumpla 28 años (art. 332, inc. 2° del Código Civil). La extensión del derecho de los hijos hasta tan avanzada edad, ha supuesto algunas discusiones acerca de la escasa autonomía económica de los jóvenes chilenos. Al respecto la Corte Suprema ha señalado que el fin perseguido es dotar al alimentario de alguna profesión u oficio que le permita autovalerse con sus propios ingresos y es improcedente sostener que hasta alcanzar los 28 años el descendiente puede reclamar de sus ascendientes el sostén o financiamiento de todos los proyectos o desafíos y constituiría directamente un “abuso si el alimentario pretende estudiar otra carrera por haber errado su vocación o resultarle más beneficioso, en circunstancias que siempre podrá costearse mayores estudios por sí mismo”.⁶

En materia de efectos filiativos el principio imperante es el de la corresponsabilidad o coparentalidad (ACUÑA, 2013), y si bien la ley no hace diferencia alguna entre la filiación matrimonial y no matrimonial para reconocer el derecho

⁵ Se trata de una obligación pecuniaria pero que deviene de un deber más amplio, el de socorro, que como la doctrina chilena lo ha señalado se trata de deberes “que están más allá de la voluntad del legislador, de la autonomía de la voluntad que encuentra fuerte limitación en el orden público familiar, entendido este en su sentido clásico, pero agregando hoy que implica el deber del Estado y de la sociedad de respetar los derechos fundamentales. Finalmente, la conducta que se exige a quien debe alimentos es personalísima, no puede cumplirla otro por él, por lo cual deriva en imperativa, ineludible e inexcusable” (Schmidt, 2014)

⁶ Sexto: (...) Como ha quedado dicho, el límite etario que ha previsto el precepto señalado (28 años) ha sido establecido como un término razonable para extender la obligación alimenticia a fin de que el alimentario concluya una formación que le permita abrazar una profesión u oficio que le otorgue independencia y autonomía financiera. No ha sido, entonces, el sentido de la regla establecer que hasta alcanzar los 28 años el descendiente puede reclamar de sus ascendientes el sostén o financiamiento de todos los proyectos o desafíos de perfeccionamiento que puedan completarse durante ese tiempo. Sí ha sido el sentido de hacerla aplicable, en cambio, en un escenario en que el oficio o profesión inicialmente abrazados no le permitan al descendiente obtener oportunidades laborales que le generen ingresos para alcanzar esa independencia o autonomía financiera, y que precisamente para ese fin sea necesario emprender el desafío de una nueva formación, pero ello exigía que se encontrase establecido en autos la concurrencia de esas circunstancias, esto es, y en otros términos, que se hubiere acreditado por el demandado la búsqueda de esas oportunidades laborales, o que la coyuntura pandémica había cerrado o impedido en extremo las ofertas laborales para esa formación, propia por cierto del área de la salud, o que la nueva formación profesional, en cambio, sí le permitiría una inserción laboral sin obstáculos, fundamentos todos que reprocha el recurrente a la sentencia no haber considerado, acusando por ello una errada aplicación del artículo 332, inciso 2° del Código Civil.

de alimentos, al determinar el aporte que a cada uno corresponde, deberá distinguirse si los padres viven juntos o separados y si media entre ellos matrimonio.

- Si los padres viven juntos y entre ellos existe sociedad conyugal, los gastos de educación, crianza y establecimiento serán de cargo de la sociedad conyugal, conforme al art. 230 del Código Civil. Dichos gastos pesan sobre el pasivo definitivo de la sociedad conyugal. Si el hijo tiene bienes propios, los gastos correspondientes al establecimiento y las expensas extraordinarias podrán sacarse de ellos, conservándose en lo posible los capitales íntegros.

- Si no viven juntos, no existe matrimonio o habiéndolo no hay sociedad conyugal los padres contribuirán en proporción a sus respectivas facultades económicas, así lo dispone el 230, inc. 1º del Código Civil.

Tratándose de otros ascendientes, el artículo 232 dispone que eventualmente la obligación de alimentar al hijo que carece de bienes, puede pasar a los abuelos en dos casos: Por la falta y por la insuficiencia de uno o ambos padres. En caso de insuficiencia de uno de los padres, la obligación pasará en primer lugar a los abuelos de la línea del padre o madre que no provee, y en subsidio de éstos, a los abuelos de la otra línea, siempre y cuando estos no tengan, como única fuente de ingreso, una pensión de vejez o sobrevivencia.

Esta es una obligación legal, subsidiaria y simplemente conjunta (NUÑEZ, 2013). Al ser subsidiaria, como ha dicho la jurisprudencia, supedita el ejercicio de la acción al hecho de la falta o insuficiencia de uno o ambos padres por ser deudores preferentes. Al respecto la Corte Suprema ha refrendado las hipótesis en que procede la demanda a los abuelos:

los supuestos en que los abuelos contraen esta obligación subsidiaria son dos: (i) cuando falta el padre o madre respectivo, entendiéndose por tal la ausencia del mismo, sea por muerte, invalidez, desconocimiento de su paradero u otra causa análoga, como podría ser si se encuentra privado (a) de libertad, y (ii), en caso de insuficiencia, expresión que se ha interpretado en un sentido amplio, que comprende tanto el incumplimiento de la obligación de pago ya decretada, como la “insuficiencia” propiamente tal, es decir, cuando la obligación impuesta al alimentante no alcanza a cubrir las necesidades de los alimentarios, o “la fijada no alcanza a comprender todos los desembolsos en que se debe incurrir para satisfacerlas.”⁷

⁷ Corte Suprema. Sentencia de 29 de mayo de 2020, Rol N° 13905-2019. Considerando cuarto: (...)A la luz de lo dispuesto en la norma citada, y en relación al aspecto que aquí interesa dilucidar, es menester precisar que las hipótesis en virtud de las cuales los abuelos contraen esta obligación subsidiaria son dos: (i) cuando falta el padre o madre respectivo, entendiéndose por tal la ausencia del mismo, sea por muerte, invalidez, desconocimiento de su paradero u otra causa análoga, como podría ser si se encuentra privado (a) de libertad, y (ii), en caso de insuficiencia, expresión que se ha interpretado en un sentido amplio, que comprende tanto el incumplimiento de la obligación de pago ya decretada, como la “insuficiencia” propiamente tal, es decir, cuando la obligación impuesta al alimentante no alcanza a cubrir las necesidades de los alimentarios, o “la fijada no alcanza a comprender todos los desembolsos en que se debe

Sobre la legitimación activa para demandar los alimentos, el legislador contempla que los alimentos que se demandan en favor de los hijos pueden ser solicitados por uno de los padres en su representación⁸. Lo anterior, conforme a las facultades que emanan de la patria potestad que ejercen los padres (que incluye la representación legal de los hijos), se refuerza con lo establecido por la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, respecto de los padres en cuyo hogar vive el alimentario mayor de edad, y por lo propio que hace la Ley N° 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, respecto de las madres⁹.

incurrir para satisfacerlas” (C.S., rol 76.375 2016). En la misma línea, el artículo 3° inciso final de la ley 14.908, también denunciado por el recurso, dispone que “Cuando los alimentos decretados no fueren pagados o no fueren suficientes para solventar las necesidades del hijo, el alimentario podrá demandar a los abuelos, de conformidad con lo que establece el artículo 232 del Código Civil”, que si bien, tradicionalmente, ha sido asumida como una simple reiteración del citado artículo 232, hay voces que sostienen que es la norma general y que aquella contenida en la Ley de Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, contempla una situación particular, lo que tendría importancia para aspectos que en estos autos no interesa analizar, como es la posibilidad de demandar directamente a los abuelos (Memoria de Grado U. de Chile, Javier Alberto Lea Plaza Micheli, 2019, pág. 23).

⁸ Artículo 19 Ley N° 19.968, “Representación: En todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas, adolescentes, o incapaces, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados. El juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación. La persona así designada será el curador ad litem del niño, niña, adolescente o incapaz, por el solo ministerio de la ley, y su representación se extenderá a todas las actuaciones judiciales, incluyendo el ejercicio de la acción penal prevista como un derecho de la víctima en el artículo 109 letra b) del Código Procesal Penal. De la falta de designación del representante de que trata este artículo, podrán reclamar las instituciones mencionadas en el inciso segundo o cualquier persona que tenga interés en ello. En los casos del inciso segundo del artículo 332 del Código Civil, aquél de los padres en cuyo hogar vive el alimentario mayor de edad se entenderá legitimado, por el solo ministerio de la ley, para demandar, cobrar y percibir alimentos de quien corresponda, en interés del alimentario, sin perjuicio del derecho de éste para actuar personalmente, si lo estima conveniente. Si el alimentario no actúa personalmente se entenderá que acepta la legitimación activa del padre o madre junto a quien vive.

⁹ En efecto, de acuerdo a lo señalado por el artículo 19, inciso quinto, de la Ley N° 19.968 “En los casos del inciso segundo del artículo 332 del Código Civil, aquél de los padres en cuyo hogar vive el alimentario mayor de edad se entenderá legitimado, por el solo ministerio de la ley, para demandar, cobrar y percibir alimentos de quien corresponda, en interés del alimentario, sin perjuicio del derecho de éste para actuar personalmente, si lo estima conveniente. Si el alimentario no actúa personalmente se entenderá que acepta la legitimación activa del padre o madre junto a quien vive”.

Asimismo, el artículo 1°, inciso cuarto, de la Ley N° 14.908 dispone que “La madre, cualquiera sea su edad, podrá solicitar alimentos para el hijo ya nacido o que está por nacer. Si aquélla es menor, el juez deberá ejercer la facultad que le otorga el artículo 19 de la ley N° 19.968, en interés de la madre”.

Por otro lado, respecto de los alimentos que deben los padres a sus hijos, la ley contempla una presunción simplemente legal de que el alimentante tiene los medios para otorgar alimentos necesarios cuando un menor los solicite de su padre o madre, estableciendo montos mínimos de fijación de la pensión respectiva. El efecto de este precepto es que invierte la carga de la prueba, aliviando el despliegue procesal probatorio que debe realizar el representante del hijo, aunque no solucionaba la dificultad de probar.

En la misma línea, dentro de las reformas que introdujo la ley 21.389 de 2021, se consideró darle más atribuciones al tribunal para obtener información sobre la situación económica y patrimonial de los demandados. El tribunal puede solicitar de oficio información al Servicio de Impuestos Internos y otras entidades previsionales, a entidades bancarias, a los Conservadores de Bienes Raíces, a la Comisión para el Mercado Financiero, a la Superintendencia de Pensiones y a otras entidades, antecedentes que permitan establecer la capacidad económica del demandado. Pese a lo anterior, uno de los mayores nudos críticos del juicio de alimentos continúa siendo la dificultad de probar, en ciertos casos, la real capacidad económica del alimentante.

Las normas de representación han sido establecidas, por un lado, para asegurar el ejercicio del derecho de alimentos por parte de los hijos, quienes, por las limitaciones propias de su edad, se ven impedidos de ejercer acciones judiciales. Respecto a los niños, niñas o adolescentes, o incapaces, el juez debe velar porque éstos se encuentren debidamente representados (REY GALINDO, 2019). Para ello el Juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, en los siguientes casos:

- i.- Cuando los menores o incapaces carezcan de representante legal; o
- ii.- Cuando teniéndolo, el juez, por motivos fundados, estime que el interés del menor o del incapaz es independiente o contradictorio con el interés de aquél a quien corresponda legalmente su representación.

Cabe señalar, que, en Chile la mayor parte de los patrocinios judiciales ante tribunales de familia en esta materia, son desempeñados por abogados de la Corporación de Asistencia Judicial, costeados por el Estado y gratuita para el patrocinado, pero con grave demora en la atención de los casos e irregular calidad y desempeño del servicio que otorgan, lo que impacta muchas veces de forma negativa en el resultado de un juicio.

En suma, dentro de las reformas recientes incorporadas a la normativa, constituyen aportes reales aquellas modificaciones que facilitan las notificaciones al alimentante lo que permite agilizar el proceso; las que permiten facilitar la prueba de la capacidad económica del mismo incluso desde la presentación de la demanda, impidiendo intentos de ocultamiento de bienes o de información;

las que aseguran un estándar razonable de contenidos mínimos y uniformes a las sentencias que conceden alimentos o los acuerdos presentados a aprobación judicial y las que agilizan el trámite de liquidación de deuda asegurando que esta se realice periódicamente y de oficio. Otras menores pero novedosas y con impacto muy eficiente son: la posibilidad de imputar el pago de gastos extraordinarios, la reajustabilidad asegurada de la pensión, la fijación de intereses a la deuda, la fijación de plazos de prescripción de la deuda (SALINAS, 2024).

5. PROCEDIMIENTO DE CUMPLIMIENTO DE LOS ALIMENTOS Y ALGUNOS NUDOS CRÍTICOS

El sistema de cobro de las pensiones en Chile no contempla únicamente la vía ejecutiva sino además un complejo sistema de mecanismos de apremio y cautelares a los cuales puede recurrir el alimentario acreedor y está contenido en normas de diversos cuerpos legales¹⁰. Además de un procedimiento ejecutivo propiamente tal, hoy existe además un procedimiento especial para la retención y pago de las deudas de alimentos con cargo a cuentas bancarias o similares del deudor; y un procedimiento extraordinario que tiene el mismo objetivo pero con cargo a los fondos acumulados en la cuenta de capitalización individual de ahorros para la vejez (en manos de las Administradoras de Fondos de Pensiones), y se puede activar sólo cuando han fallado los mecanismos anteriores y se trate de un deudor en etapa activa y con ahorros previsionales.

En la aplicación de la normativa por parte de nuestros tribunales, ha quedado claro que la legislación en materia de familia, previo a la dictación de la Ley N° 21.398, no consagraba un procedimiento de carácter ejecutivo propiamente tal para obtener el pago compulsivo de las pensiones alimenticias.

Actualmente, el artículo 11 de la Ley N° 14.908 señala, que toda resolución judicial que fije una pensión de alimentos o que apruebe una transacción bajo las condiciones que establece, tendrá mérito ejecutivo, siendo competente para conocer de la ejecución el tribunal que la dictó en única o en primera instancia

¹⁰ - Ley N° 14.908 sobre Abandono de familia y Pago de pensiones alimenticias. Tiene su génesis en la Ley N° 5.750 de 1935, y luego una serie de reformas, la Ley N° 14.908 del año 1962, que fija el texto definitivo y refundido de esta. Recientemente las reformas más importantes se encuentran en dos leyes: La Ley 21.389 Sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y crea el Registro Nacional de Deudores de Pensiones de Alimentos (2021) y la 21.484 para permitir la retención que se indica, en caso de deudas alimentarias (2022).

- Ley N° 19.968 del año 2004, que crea la judicatura especializada en familia y el marco procedimental de todos los asuntos de familia.

- Código de Procedimiento Civil, que es supletorio en la ejecución patrimonial; el Código Civil, que contiene algunas normas rituales sobre legitimación, subsidiariedad y prescripción.

o el del nuevo domicilio del alimentario. Además, el artículo 12 dispone que el requerimiento de pago se notificará al ejecutado; que solamente será admisible la excepción de pago y siempre que se funde en un antecedente escrito; si no se opusieran excepciones en el plazo legal, se omitirá la sentencia y bastará el mandamiento para que el acreedor haga uso de su derecho en conformidad al procedimiento de apremio del juicio ejecutivo; si las excepciones opuestas fueren declaradas inadmisibles, el tribunal lo declarará así y ordenará seguir la ejecución adelante.

En el evento que no se opongan excepciones en el plazo legal, señala que basta el mandamiento para que el acreedor haga uso de su derecho, lo que debe hacer en conformidad al procedimiento de apremio del juicio ejecutivo, remisión, que, por lo indicado, debe entenderse efectuado a aquél que está reglado en los artículos 231 a 241 del Código de Procedimiento Civil.

La Corte Suprema ha señalado, además que:

(...) se puede inferir que en sede de familia para obtener el cumplimiento compulsivo de las pensiones alimenticias adeudadas, antes de la dictación de la Ley N° 21.389, se podía recurrir a un procedimiento de tipo incidental, con sus particularidades propias, que, obviamente, superadas las etapas de discusión y de prueba, si procediera, debe concluir con una sentencia que debe acatar los requisitos que establece el artículo 66 de la Ley N° 19.968, que son los que también consagra el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, y el Auto Acordado de esta Corte sobre la forma de las sentencias de fecha 30 de septiembre de 1920. Además, para el mismo propósito se puede utilizar el procedimiento del juicio ejecutivo en las obligaciones de dar que establece el Libro Tercero, Título I, apartado 1, del Código de Procedimiento Civil, con las peculiaridades que señala el artículo 12 de la Ley N° 14.908, que, en el evento que se opongan excepciones a la ejecución, debe terminar con una sentencia definitiva que debe cumplir los requisitos a que aluden los artículos y el auto acordado mencionados precedentemente; procedimientos que, como se advierte, dan cuenta de un orden consecutivo legal¹¹.

Si el alimentante no cumple con los alimentos establecidos en la sentencia, el legislador ha previsto un conjunto de mecanismos tendientes a cautelar, de manera directa o indirecta, que se obtenga por parte del deudor, el pago cabal de la obligación alimenticia. Están establecidas en los artículos 14, 15 y 16 de la ley 14.908.

Se trata de un catálogo vasto de medidas de diversa naturaleza, es que admite clasificación atendido el objetivo y consecuencia directa que logra el mecanismo: por una parte aquellas medidas de apremio al deudor que no obstante no tiene una consecuencia patrimonial directa que obtener el pago de lo adeudado y por la otra, aquellas medidas cautelares propiamente tal que tienen consecuencia patrimonial para el deudor y permiten obtener el pago de la obligación.

¹¹ Sentencia de Corte Suprema de fecha 21 de diciembre de 2022, Rol N° 11.630-22

Medidas de apremio sin consecuencia patrimonial directa

Arresto del alimentante.

Arraigo del deudor de alimentos.

Suspensión de la licencia para conducir vehículos motorizados.

Responsabilidad solidaria de ciertas personas que presten colaboración al alimentante, para que éste eluda el cumplimiento de su obligación.

Denegación de la demanda de divorcio deducida por el cónyuge alimentante.

Penalización de ciertas conductas en que incurre el alimentante o terceros, lesivas a los intereses del alimentario.

Medidas cautelares propiamente tal

Rescisión de los actos ejecutados por el alimentante, con el propósito de disminuir su patrimonio y eludir de esa forma el cumplimiento de la obligación alimenticia.

Nulidad de los actos simulados ejecutados por el alimentante, con el mismo objetivo señalado en la letra precedente.

Retención de fondos que el alimentante tenga en cuentas bancarias u otras.

Constitución de cauciones por parte del alimentante.

Retención de la devolución anual de impuestos a la renta.

Retención del precio en la compraventa de vehículos y de inmuebles.

Retención de la pensión por empleadores, entidades pagadoras de pensiones de vejez, invalidez o sobrevivencia o por quien debe pagar honorarios al alimentante.

Separación judicial de bienes, en el evento de haberse decretado apremios en dos oportunidades en contra del marido.

Resulta interesante constatar que las recientes reformas, suponen una compleja trama de mecanismos que podrían jerarquizarse y en el tiempo dejar sin aplicación las que hoy son más comunes, como el arresto y el arraigo, medidas de apremio que podrían tender a desaparecer atendida la eficacia de los nuevos mecanismos.

Al respecto, reciente jurisprudencia ha sostenido que la existencia de retenciones de dinero haría innecesaria la aplicación de apremios de otra naturaleza¹².

¹² TERCERO: Que, efectivamente, La ley 14.908, en su artículo 14, faculta a la judicatura a decretar las medidas de apremio que denuncia el recurrente; sin embargo, es menester que la deuda

Acerca de la legitimidad activa para solicitar la activación de los mecanismos de cobro y cumplimiento, es necesario señalar que el alimentante puede hacerlo personalmente o representado, en los casos de un menor de edad al momento del incumplimiento, lo hará su madre o padre que tengan la patria potestad. Al respecto la Corte Suprema en fallo reciente ha sostenido que, en estos casos, aplican plenamente las normas relativas al pago con subrogación, que permitan establecer que el derecho a la acción ejecutiva de cobro de la deuda alimentaria se encontraba radicado en aquel de los padres que mantuvo al hijo solventando todo lo que el padre incumplidor no aportó durante la minoría de edad de aquel¹³.

que mantenga el alimentante no sea posible extinguirlo por algún otro medio pues, si como sucede en la especie, se encuentra retenida por orden del mismo Tribunal de Familia, en la cuenta corriente del alimentante del Banco Falabella, la suma de \$4.730.290.- la que es suficiente para extinguir la obligación, el arresto decretado junto con los demás apremios pierde su sustento. CUARTO: Que, en estas circunstancias, pudiendo extinguirse la obligación con el dinero retenido, según se ha dicho, las medidas decretadas, si bien tienen un sustento legal, no parecen ser necesarias, lo que llevará a acoger el habeas corpus. Por estas consideraciones y de conformidad, además, a lo dispuesto en el artículo 21 de la Carta Fundamental y Auto Acordado sobre tramitación de la presente acción cautelar, se acoge el presente recurso de amparo, y se dejan sin efecto los apremios de arresto, arraigo, suspensión de licencia de conducir y envío de antecedentes al registro de deudores del amparado. Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 27 de febrero de 2023, Rol Amparo: 393-2023.

¹³ Sentencia de Corte Suprema de fecha 1 febrero 2023, Rol N° 91.731-2021, señala en lo pertinente que “Séptimo: Que, en el caso que nos ocupa, con fecha 17 de julio de 2008, el padre de Luis se obligó a pagar una pensión de alimentos en favor de su hijo, que se encontraba al cuidado de su madre, por la suma de \$90.000 mensuales, reajustables anualmente según variación experimentada del IPC, mediante un avenimiento celebrado ante el Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, en causa Rit C-7519-2007, obligación que no cumplió y que, de acuerdo a la liquidación practicada en esos autos, con fecha 18 de noviembre de 2019, ascendía a un total de \$7.889.788. Considerando que mientras el niño fue menor de edad se encontraba al cuidado de su madre y que, ante la falta de contribución económica del padre, debió ella subvenir íntegramente, con dineros propios, todas las necesidades y gastos de manutención del hijo para otorgarle las condiciones de vida necesarias para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, circunstancia que el padre no podía menos que saber y permite presumir, en forma inequívoca, que tácitamente aceptó que la madre solucionara las obligaciones alimenticias que le correspondían, debe colegirse que con su actuación ésta extinguió las obligaciones del padre para con su hijo, subsistiendo el crédito en ella por la vía de la subrogación, para cobrarlo a quien era el obligado. Dicho en otros términos, el padre deudor fue liberado de sus obligaciones con relación a su acreedor originario, el hijo, para pasar a ser deudor de la madre (tercero), quien ha pagado la deuda por él, con fondos propios, además de hacerse cargo de la que tenía que soportar por su parte. Octavo: Que, como se ha explicado latamente, la subrogación operó de pleno derecho, en cuanto la madre pagó las pensiones de alimentos que correspondían al padre, trasladándose a su patrimonio los créditos de su hijo, ya que la obligación del deudor subsistió respecto de quien pagó por él. En consecuencia, Luis no pudo renunciar a una acreencia que ya no estaba en su patrimonio, ni tampoco condonar una deuda inexistente, desde que fue extinguida por su madre previamente. La condonación es un modo de extinguir obligaciones, pero ello supone que la obligación exista, y el crédito que pretende dar por extinguido el hijo -por la vía de la condonación al padre- ya no existe en su patrimonio, pasó al de la madre, por el efecto de la subrogación que operó por el sólo ministerio de la ley respecto del crédito del que, en su momento, era titular el hijo. Considerando

El sistema de cumplimiento chileno, fue coronado con la novedad más interesante incorporada por la reforma de la ley 21.389: la creación del Registro Nacional de Deudores de Pensiones de Alimentos, que ya cuenta con más de 200 mil deudores registrados, lo que muestra la magnitud del problema de incumplimiento, cabe señalar que al registro se ingresa cuando ya existen más de 3 deudas impagas consecutivas o 5 no consecutivas. El objetivo del Registro definido por la ley, es articular diversas medidas legales, a fin de promover y garantizar el cumplimiento de las pensiones de alimentos. Este Registro es electrónico y de acceso remoto, gratuito e inmediato, para cualquier persona con interés

la amplitud de sus efectos, al operar la subrogación, éste le transfirió a su madre, aún contra su voluntad, todos los derechos y acciones para su cobro, entre ellos, el del título que sirve de base a la presente ejecución.

Undécimo: Que, como muestra de la pertinencia de la aplicación de las normas del pago con subrogación en casos en que la madre cuidadora de hijos menores de edad ha debido asumir los gastos de mantención de sus hijos e hijas, con su propio patrimonio, producto del incumplimiento de las pensiones de alimentos por parte de los padres, es útil mencionar jurisprudencia de tribunales de la República Argentina, que corrobora dicho criterio, como lo evidencia la sentencia dictada por la Cámara Civil, sala H, de la ciudad de Buenos Aires, con fecha 11 de septiembre de 2015, conociendo de la apelación de una resolución que desestimó la ejecución de los alimentos devengados en favor de la hija común, promovida por la madre, dándole valor a la defensa del padre, que opuso la carta de pago que le otorgó su hija. (causa 99057/2010. Incidente N°1- A.M.J.C/N.F.M. s/Ejecución de Alimentos – Incidente). La sentencia da cuenta de pronunciamientos de diversos fallos sobre la materia, con sus respectivas citas, reiterando que “Se ha señalado que la madre está legitimada para la ejecución de la deuda por las cuotas de alimentos que se devengaron durante la minoridad del hijo, subrogándose en su respectivo derecho de cobro, porque ante tal situación cabe presumir que ella –a falta de contribución del padre– anticipó todo lo necesario para atender las necesidades del menor”... “En definitiva, se trata de resarcir a la madre –con quien habitó el hijo– por las erogaciones que hizo para atender los diversos rubros alimentarios por los meses en que el alimentante no hizo el debido pago”... “En lo sustancial, la cuota alimentaria tiende a solventar necesidades impostergables, por lo que se presume que cuando el obligado no cumple con esa prestación, los gastos que éste debe cubrir son afrontados por el progenitor conviviente del alimentado”. “De manera que tratándose de necesidades del hijo de las partes, que debieron ser solventadas por la madre, el hecho que el menor haya alcanzado la mayoría de edad, no lo torna en acreedor de los alimentos atrasados sino que dicha acreencia queda en cabeza de su madre con quien aquél convivió mientras era menor”. En mérito de lo razonado, el fallo declara que los agravios de la ejecutante resultan procedentes por lo que revoca la decisión apelada, admite la legitimación de la actora para formular el reclamo de autos, declara ineficaz el pago efectuado por el demandado a la hija de las partes y aprueba, en cuanto ha lugar por derecho, la liquidación practicada. Duodécimo: Que, en tales circunstancias, yerra la sentencia impugnada al confirmar la resolución de primera instancia que hizo lugar al desistimiento de la acción ejecutiva promovida por la recurrente, contrariando las normas relativas al pago con subrogación que se han analizado precedentemente, que permitían establecer que el derecho a la acción ejecutiva de cobro de la deuda alimentaria se encontraba radicado en la madre de Luis, lo que hacía improcedente el desistimiento ejercido por éste. Dicho error influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que condujo a poner término a la acción de cobro deducida por quien estaba legitimada, lo que acarrea la invalidación del fallo.

legítimo en la consulta. Además, entre las principales consecuencias que acarrea el ser incluido en el Registro están la retención de devoluciones de impuestos, la retención del dinero de operaciones de créditos, la imposibilidad de inscribir el dominio de un automóvil (o bien inmueble) en los registros correspondientes si el comprador o vendedor están en el Registro, y la imposibilidad de obtener o renovar la licencia de conducir y el pasaporte, entre otras.

6. EL PROBLEMA DEL ACCESO A LA JUSTICIA

Para completar el análisis del sistema chileno de pensiones de alimentos, frente a la crisis del incumplimiento de las mismas, no podemos dejar de considerar que uno de los factores más relevantes sobre la regulación jurídica de las pensiones de alimentos se refiere al acceso a la justicia y la percepción de los usuarios respecto de su ineficacia, principalmente de grupos vulnerables como mujeres, personas con discapacidad y adultos mayores, que son los principalmente afectados por el problema del incumplimiento, lo que cobra especial importancia si se trata de proteger un derecho fundamental como es el derecho de alimentos.

Las altas tasas de incumplimiento han venido a comprobar de modo irrefragable que las sentencias son ineficaces (GREEVEN, 2018 y SAAVEDRA 2019) y que los métodos de apremio tradicionales para perseguir al deudor/a (arresto, retención judicial del impuesto a la renta, etc.) no bastan y es necesario considerar y concordar que el Estado tiene un rol de garante que le es propio y que dadas las dimensiones culturales del derecho que influyen en el incumplimiento como la arraigada irresponsabilidad paterna (AGUAYO, 2016), la pobreza, la actitud refractaria a la norma legal se hace imprescindible que el Estado intervenga de modo aún más activo.

Parece indiscutible que el Estado tiene el deber de garantizar el derecho a la justicia de las personas que se encuentran en situación de no poder satisfacer sus necesidades básicas y desde nuestro punto de vista los problemas se manifiestan todavía de variadas formas:

- a) la garantía de la tutela judicial efectiva en la etapa procesal declarativa: excesiva duración de los procedimientos dada la falta de “agenda” de los tribunales provocada por la escasa dotación de jueces y funcionarios, más la gran carga laboral de los mismos. Si bien este problema no afecta sólo a las causas de alimentos pues se trata de un problema más estructural del sistema judicial chileno, tiene una especial connotación en estos casos pues lo que los requirentes necesitan es contar a la brevedad con recursos para la subsistencia.

- b) la garantía de la tutela judicial efectiva en la etapa procesal de cumplimiento: pese a la cantidad y variedad de mecanismos a disposición de los acreedores, los tiempos de respuesta son lentos y no siempre se obtienen resultados lo que no cumple con los estándares internacionales y vulnera la perspectiva normativa constitucional (CORTEZ-MONROY, 2020).
- c) derecho a la defensa técnica en la etapa de cumplimiento o ejecución de las sentencias: en este punto resulta necesario considerar que un grupo importante de mujeres debe realizar trámites personalmente (presencialmente o en línea), muchas veces son trámites técnicos y en atención que las instituciones que prestan asesoría gratuita no ingresan causas por este de este tipo, la falta de representación técnica explica la confusión existente la aplicación del procedimiento ejecutivo o las medidas de apremio,
- d) la falta de una perspectiva de género y de infancia para que, tanto tribunales como los organismos colaboradores, prioricen y resuelvan estos asuntos tutelando los derechos fundamentales de los demandados o solicitantes. Al respecto destaca la carencia en tribunales de familia de protocolos o métodos de trabajo que permitan implementar la garantía judicial, o medidas que otorguen un trato diferenciado a los niños, desde la perspectiva de derechos de la infancia (PÉREZ Y VARGAS, 2021). Con la dictación de la Ley de Garantías de Derechos de la Niñez deberían tomarse medidas activas, en todos los órganos del Estado, para establecer cómo los derechos e intereses de los niños se ven afectados por las decisiones que se toman, incluso aquellas que no refieran a los niños pero los afecten directamente,
- e) la falta de sinergia entre lo judicial y administrativo, para asegurar que las ordenes judiciales serán cumplidas y ejecutadas en un corto tiempo,
- f) pervivencia de una diversidad de criterios, procedimientos y plazos dispuestos para el funcionamiento interno, lo que ya era un nudo crítico hace una década (VALDIVIA, C. CORTEZ-MONROY, F. ESCÁRATE, C. SALINAS, C. 2014)

7. CONCLUSIONES

La necesidad de asegurar el pago oportuno y cabal de una pensión de alimentos nace del reconocimiento como un derecho humano esencial el de recibir alimentos, derecho que ha sido refrendado por tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado de Chile.

El efectivo goce de los derechos está íntimamente relacionado con la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia, acceso que debe ir desde contar con la representación jurídica necesaria con estándares internacionales adecuados.

El Estado de Chile ha posibilitado a través de las reformas recientes ciertas mejoras a un sistema que no sólo tenía graves deficiencias normativas sino también estructurales de un sistema judicial poco eficaz.

Las exigencias que aún con los cambios, se plantean al sistema de cumplimiento para la efectividad de los alimentos desde la perspectiva del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo, implica que los Estados no pueden excusarse de esta obligación aduciendo problemas de sobrecarga de trabajo de los tribunales o razones de otra índole (VARGAS y PÉREZ, 2021).

Lo anterior debiera considerar la experiencia comparada, no solo en cuanto a la que detentan países que nos antecedieron en mecanismos tales como el registro de deudores¹⁴, sino en la que exhiben otros que optaron por aceptar la carga de garantizar la sobrevivencia de niños y adolescentes mediante mecanismos de cobro ejecutados por agencias estatales, o de anticipos con posteriores reembolsos¹⁵, por poner sólo dos ejemplos.

En conjunto con ello, es necesario educar y sensibilizar a los padres, proveerles de educación parental que aliente relaciones positivas y la comprensión de derechos de los hijos. El Estado debería inyectar recursos en esta medida, para así hacerse cargo de un problema cultural basado en la poca educación y falta de corresponsabilidad parental arraigada culturalmente.

Los alimentos no son solo una obligación entre particulares sino una cuestión de derechos fundamentales. Es relevante reforzar el rol del Estado, garan-

¹⁴ En Perú, según cifras del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, aun habiéndose creado el Registro Nacional de Deudores, y contar con la tipificación del delito de omisión a la asistencia familiar, el sistema no ha sido efectivo. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, el Registro depende del Gobierno; en Perú, depende del Poder Judicial, y en Colombia, la ley entrega al Ejecutivo la designación del órgano competente para implementar, administrar y mantener el Registro. En Perú y Colombia, los requisitos para la inscripción son similares, pero de exigencia mayor. La inscripción o eliminación del Registro es ordenado por Tribunales de Justicia establecen efectos limitantes e impedimentos para el deudor registrado; establecen obligaciones a entidades públicas y se regula el tipo de información del Registro, así como su uso. (TORRES, M. 2016. El Registro de Deudores Alimentarios Morosos (REDAM). Balance y perspectivas a futuro. Universidad Nacional Mayor de San Carlos.)

¹⁵ En Francia, existe la Agencia de Cobro de Deudas de Pensiones Alimentarias (ARIPA), creada en el año 2017 para recuperar las pensiones no pagadas. En Alemania, las familias monoparentales cuentan con un anticipo del mantenimiento. Este anticipo es un beneficio estatal para los hijos e hijas menores de edad cuyos progenitores adeuden los alimentos. El deudor es quien reembolsa el anticipo al Estado. Este mismo sistema existe en otros países europeos como Francia y España. En el Reino Unido, quienes pagan o reciben pensión de alimentos, cuentan con un servicio que les permite acceder a su cuenta y realizar gestiones.

tizar su participación activa en la protección de la infancia. Se debe concientizar a los padres, a la sociedad, al legislador, a los operadores de justicia que el niño es un ser humano digno, el cual tiene derecho a una supervivencia adecuada. Si esto no se logra, las reformas no tendrán nunca el efecto esperado.

REFERENCIAS

- ACUÑA, Marcela (2013). El Principio de Corresponsabilidad Parental. En: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Año 20-Nº2.
- AGUAYO, F., BARKER, G. y EKIMELMAN, E. (2016). Paternidad y Cuidado en América Latina: Ausencias, Presencias y Transformaciones, En: *Masculinities and Social Change*, 5(2), 98-106.
- CARRETA, F., y GREEVEN, N. (2020) Régimen de Alimentos, Cuidado personal y Relación directa y regular en la decisión judicial, en Serie de Documentos Materiales Docentes de la Academia Judicial de Chile, Nº 14, Santiago, Academia Judicial.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General Nº36, 2019.
- GREEVEN, N. y ORREGO, J.A. (2018) Alimentos y su Ejecución en materia de familia, Santiago, Ediciones DER pp.42-57
- GREEVEN BOBADILLA, N. (2018). Derecho de alimentos como Derecho Humano y apremios para obtener el cumplimiento. Santiago, Chile. Editorial Librotecnia, p.28
- JARUFE CONTRERAS, D (2016). Alimentos, capítulo de libro en Derecho de Familia, director Jorge del Picó, Santiago, Thomson Reuters.
- LEPIN MOLINA, C (2024): “(In)cumplimiento de las pensiones de alimentos. Aspectos procesales” En Carmen Domínguez y Francisco Rubio (2024), Derecho de alimentos en Chile y visión comparada en los sistemas latinoamericanos, español y portugués. Tirant lo Blanch, Valencia.
- NUÑEZ JIMENEZ, C. (2013) “La obligación de alimentos de los abuelos”, en Estudio jurisprudencial y dogmático, en Revista Chilena de Derecho Privado, Santiago de Chile, Número 21, pag.52.
- REY-GALINDO, M. (2019) “El Abogado del Niño. Representación de una garantía procesal básica”, en Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, vol. 17, núm. 1.
- SALINAS SUÁREZ, C.(2024): “El cumplimiento de los alimentos: rol del Estado y otros factores extrajurídicos”. En Carmen Domínguez y Francisco Rubio (2024), Derecho de alimentos en Chile y visión comparada en los sistemas latinoamericanos, español y portugués. Tirant lo Blanch, Valencia.
- SCHMIDT HOTT, C. (2009) El Derecho Alimentario Familiar en la Filiación, Santiago, Editorial Thomson Reuters.
- SAAVEDRA, Geraldine. (2019). Incumplimiento de la pensión de alimentos: El arresto y otras sanciones. Santiago, Rubicón Editores. pp. 51.
- VARGAS PAVEZ, MACARENA, & PÉREZ AHUMADA, PAZ. (2021). Pensiones de alimentos. Algunas razones para explicar el fenómeno del incumplimiento. En: *Revista de derecho (Concepción)*, 89(250), 219-258.

LEYES CITADAS

- Constitución Política de la República. Código Civil, Decreto con Fuerza de Ley Nº 1 de 2000 del Ministerio de Justicia que fija su texto refundido, coordinado y sistematizado. Código Penal. Código Orgánico de Tribunales. Decreto Ley Nº 645 de 1925 sobre el Registro General de Condenas.
- Ley Nº 14.908 sobre Pago de Pensiones de Alimentos. Modificada por Ley 21.389 y Ley 21.484.
- Ley 19.968 que Crea los Tribunales de Familia
- Ley Nº 20.066 de Violencia Intrafamiliar

PROCESSO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: NOVAS ABORDAGENS EM VISTA DA HUMANIZAÇÃO E DOS DEVERES PROTETIVOS DO MAGISTRADO

Gilberto Ferreira Marchetti Filho¹⁶

1 INTRODUÇÃO

Estamos no oitavo ano de vigência do Código de Processo Civil de 2015, que trouxe profundas alterações na visualização do processo civil brasileiro, muitas delas interligadas com o próprio fundamento constitucional do processo e de sua principiologia assim considerada como direito fundamental, a exemplo do devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

Dentro dessa temática, ainda persiste a necessidade de se debater os direitos fundamentais e a sua incidência no processo civil, dentro de uma visão humanística e democrática do processo e as consequências práticas disso na atuação do magistrado na direção do processo, notadamente no campo dos deveres de proteção e garantia dos direitos fundamentais.

Nessa senda, esse estudo tem por objetivo analisar o processo dentro de uma visão garantista de direitos fundamentais, democrática e de humanização, bem assim as consequências disso para a atuação do magistrado dentro de seus deveres protetivos na direção do processo.

Logo, diante do tema e objetivo propostos, observando essa metódica exploratória descritiva, dentro do campo dedutivo, sistêmico e axiológico, bem como utilizando-se a revisão bibliográfica para construção teórica do estudo, buscou-se pontuar, em primeiro, algumas considerações sobre os direitos fun-

¹⁶ Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Processo Civil e Cidadania pela UNIPAR em 2018. Bolsista Prosup/Capes. Professor de Direito. E-mail: gilberto.marchetti@unigran.br

damentais e sua eficácia, bem como o diálogo desses direitos fundamentais com as normas do processo civil da codificação de 2015.

Firmados esses parâmetros iniciais, adentra-se especificamente no tema para estabelecer uma análise sobre a humanização e democratização do processo e os deveres protetivos do magistrado como instrumento garantidor do acesso à justiça e dos direitos fundamentais.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO BRASILEIRO: SIGNIFICADO, CONTEÚDO E ABRANGÊNCIA

Os direitos fundamentais e sua efetividade têm importância destacada na cena jurídica nacional, notadamente na sua relação com o direito privado. Passados mais de 30 anos da vigência da Constituição Federal de 1988, ainda há discussões se os direitos fundamentais têm aplicabilidade e efetividade nas relações. Parte dessa concepção tem origem na pressuposição equivocada de que a Constituição Federal e as legislações infraconstitucionais são estatutos separados e que não se comunicam, principalmente no campo do direito privado com o Código Civil, com influências diretas no Processo Civil. Diante disso e para a percepção exata da noção de direitos fundamentais necessária para esse estudo, tecer-se-á alguns apontamentos sobre o tema de suma importância no Estado Constitucional de Direito.

De início, importa estabelecer três pontos norteadores da análise dos direitos fundamentais, que, por abrangentes, não se tem por propósito aprofundamento da teoria geral, mas somente demarcar o essencial para a compreensão do tema. Sendo assim, primeiro firmar-se-á um significado dos direitos fundamentais, para, então, compreender-se o seu conteúdo e, dessa forma, atentar-se para sua abrangência na ordem constitucional brasileira.

Canotilho (2003, p. 1253) afirma que os direitos fundamentais constituem uma categoria dogmática e seu sentido expressa-se em três perspectivas: a) analítico-dogmática; b) empírico-dogmática; c) normativo-dogmática. Na perspectiva analítico-dogmática, são analisados conceitos fundamentais inerentes à construção e investigação do sistema jurídico e sua relação com os direitos fundamentais, considerando ainda a ponderação nos conflitos entre direitos. Na concepção empírico-analítica, interessa saber a força normativa dos direitos fundamentais, tendo em conta sua eficácia nas três esferas – executivo, legislativo e judiciário. Por fim, na ótica normativo-dogmática, sobleva a aplicação dos direitos fundamentais, no aspecto da interpretação e concretização desses direitos – ponto esse que interessa ao estudo.

Quanto ao seu significado, sob uma visualização constitucional – até porque não poderia ser diferente disso –, é certo que o constituinte originário as-

sumiu que “os direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição” (Mendes, 2006, p. 1). Por isso, a própria Constituição veda qualquer reforma que objetiva aboli-los. Tanto que é observável também pela relevância dos direitos fundamentais, porquanto tratados logo no início de seu texto com um título exclusivo – “dos direitos e garantias fundamentais”. Nesse sentido, sob o enfoque formal e material – sem adentrar especificamente nas peculiaridades de cada uma –, os direitos fundamentais são “os direitos ou as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material” (Miranda, 1998, t. IV, p. 7).

Observa-se, porquanto, que os direitos fundamentais atentam tanto para o aspecto subjetivo da pessoa, marcada como ser único, individual, como para o aspecto objetivo, considerando a pessoa como um ser social e institucional. E nisso se nota a presença das três perspectivas distinguidas por Canotilho. Isso porque os sistemas jurídicos hoje não podem deixar de lado a importância dos direitos fundamentais e sua análise na solução de conflitos – perspectiva analítico-dogmática. Também, cabe observar a normatividade dessa categoria de direito, na qual se deve pautar o Poder Constituído, nas suas três esferas – concepção empírico-analítica. E, por fim, sobreleva a aplicação e concretização dos direitos fundamentais tanto no campo individual, quanto coletivo – ótica normativo-dogmática (Canotilho, 2003, p. 1253).

Diante disso, os direitos fundamentais alcançam, na previsão constitucional, lugar específico, referindo-se à posição das pessoas, assim determinadas:

São todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto constitucional e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo). (Sarlet, 1998, p. 80).

Delineado esse contorno, destaca-se, que na teoria constitucional, os direitos fundamentais podem ser analisados sob duas dimensões: a objetiva e a subjetiva. Esta “se refere ao significado ou relevância da norma consagradora de um direito fundamental para o indivíduo, para os seus interesses, para a sua situação da vida, para sua liberdade” (Canotilho, 2003, p. 1256). Já a objetiva tem em vista o significado daquela norma para a coletividade, para o interesse público, para a vida comunitária.

Frise-se que, no Brasil, tem-se recepcionado a ideia de que a “função dos direitos fundamentais não se limita a serem direitos subjetivos, já que também

representam decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, que se projetam em todo o ordenamento jurídico”. Noutro falar, os direitos fundamentais tornaram-se no âmbito da ordem constitucional, “um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas (e positivas) dos interesses individuais” (Canotilho *et. al.*, 2013, p. 186). Disso é possível extrair uma gama de funções e efeitos, tais como deveres de proteção estatal e o próprio reconhecimento da dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais (Sarlet, 2006, p. 18). Também efeito disso – considerado principal, diga-se de passagem –, a eficácia irradiante, ou o efeito de irradiação dos direitos fundamentais, está, inclusive, atrelada à constitucionalização do direito privado (leia-se, relações entre particulares), além de exercerem uma função de complementação entre si.

Chegado a esse patamar de intelecção, é pacífico na cena jurídica que todos os direitos e garantias positivados na Carta de Outubro são fundamentais. “Em favor da opção expressa do Constituinte milita uma presunção em prol da fundamentalidade tanto dos assim designados direitos e deveres individuais e coletivos, quanto dos direitos sociais [...], dos direitos de nacionalidade e dos direitos políticos” (Sarlet, 1998, p. 77).

Trata-se, pois, de uma opção do constituinte originário, que traz no mundo dos direitos a concepção de que todos os direitos e garantias insculpidos na Constituição da República são fundamentais. Esse avanço do direito constitucional, hoje, resulta da “afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivizar as normas asseguradoras dessas pretensões” (Mendes; Branco, 2014, p. 135). Por essa razão que se tem a centralidade dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, acompanhando o desenvolvimento do direito constitucional, sobretudo na Europa, bem como ao percurso do Estado Liberal ao Estado Social, especialmente pós-2ª Guerra Mundial (Giudicelli, 2016).

Traçados esses contornos de posicionamento sobre os direitos fundamentais, passa-se, pois, ao enfoque da aplicabilidade desses direitos, notadamente no campo processual civil.

3 O DIÁLOGO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROCESSO CIVIL: A EFICÁCIA DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO CIVIL

A visualização moderna de atuação dos direitos fundamentais deve ser considerada não apenas na sua eficácia vertical, no tocante ao direito público – leia-se, nas questões que envolvem o Estado, como saúde e educação –, mas numa eficácia horizontal que, promove a aplicação desses direitos fundamentais

nas relações privadas, guardadas as devidas proporções distintivas de atuação numa e noutra esfera. Essa eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações públicas e, principalmente, privadas faz gerar uma série de consequências. E uma delas é a necessidade de se ter um processo pró-ativo, onde o juiz não fica estático, como espectador e à espera do que vai ocorrer no tramitar processual. Essa atuação direta dos direitos fundamentais, como se disse, faz criar ao magistrado deveres protetivos, deveres esses consistentes “na obrigação que o Estado tem de adotar medidas protetivas e de promoção do exercício das liberdades civis e dos demais direitos fundamentais” (Martins-costa, 2006, p. 84). Diante disso, “a atividade jurisdicional passa por uma releitura, em vista da necessidade da participação ativa do juiz nos mecanismos de efetivação dos direitos fundamentais” (Araújo, 2016, t. I, p. 44).

Como afirma Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, v. 1, p. 100), Chiovenda trouxe a visão de que “o direito nada mais era do que a lei, isto é do que a norma geral e preexistente a ser aplicada aos casos concretos” e que “ao juiz bastaria aplicar a norma geral criada pelo legislador”, com uma nítida separação entre criação e aplicação da norma. Essa forma de pensar estava insculpida no Código de 1973 e partia da premissa de que o ordenamento jurídico era completo e seria capaz de solucionar qualquer conflito. Ao se afirmar isso, não quer dizer que a visão de Chiovenda estava equivocada. Pelo contrário. Retrataba o que tinha de mais inovador para a época, quando “os casos conflitivos continham características homogêneas, o que não exigia do juiz uma especial compreensão das suas particularidades”. Em outro falar, essa ideia de processo era adequada e suficiente para a sociedade do século XIX.

Por outro lado, ainda na visão clássica dantes tratada, Canelutti afirmava que o ofício do magistrado era a justa composição do litígio. Ou seja, “cria a norma individual que regula o caso concreto. A sentença, ou a norma individual, faz concreta a norma geral, passando a integrar o ordenamento jurídico; a composição da lide ocorre quando a sentença torna a norma geral particular para as partes”. Nessa linha, tem-se a teoria que afirma que o juiz declara a vontade da norma geral no caso individual e outra que defende que o juiz efetivamente cria a norma individual, tendo por fundamento a norma geral. Mas as duas “estão igualmente subordinadas ao princípio da supremacia da lei”. Mais uma vez aqui se está diante da mesma cultura social do pensamento de Chiovenda. “Na época em que se falava de ‘lei genérica e abstrata’, não se podia sequer imaginar que um dia o juiz teria de ‘compreender’ e atribuir ‘sentido’ e ‘valor’ aos casos concretos” (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2016, v. 1, p. 100-101).

Entrementes, em tempos modernos, essa forma de pensar não tem mais espaço, principalmente considerando a complexidade dos conflitos da sociedade atual. “A crise do Legalismo, a insuficiência do Positivismo estéril e o seu descomprometimento com os valores que informam a sociedade plural exigem

um redimensionamento do papel do julgador” (Araújo, 2016, t. I, p. 44). A atuação do “juiz no processo contemporâneo alterou-se radicalmente. Em vez da subsunção, da aplicação de normas de conteúdo semântico (supostamente) rígido [...] sobreveio-lhe a difícil empreitada da concreção ou concretização” (Assis, 2016, v. 1, p. 279).

Nessa nova ordem, “a figura passiva, distante e solitária do magistrado preso na constelação de processos foi substituída pela figura do julgador comprometido em converter as garantias e prerrogativas constitucionais em soluções materiais e eficazes” (Araújo, 2016, t. I, p. 44). Assim, o magistrado não pode mais viver recluso, afastado da realidade social que o cerca, como no passado. Agora precisa conhecer essa realidade social em que vive, na sociedade da informação e de evolução constante e rápida.

Se a percepção das novas situações, derivadas do avanço cultural e tecnológico da sociedade, é fundamental para a atribuição de sentido aos casos que não estão na cartilha do judiciário, a apreensão dos novos fatos sociais, que atingem a família, a empresa, o trabalho etc., é igualmente imprescindível para a atribuição de um sentido contemporâneo aos velhos modelos capazes de ser estratificados em casos. (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2016, v. 1, p. 103)

Isso aliado à incidência direta dos direitos fundamentais nas relações públicas e privadas provocou uma alteração profunda no funcionamento da Jurisdição dentro do Estado Constitucional de Direito. “O órgão jurisdicional passa atuar com o desiderato de proteger direitos fundamentais, não apenas através do processo, mas, também, no processo” (Medina, 2016a, p. 74), que se transforma num instrumento de concretização dos direitos, aqui compreendido pela “aplicação de normas semanticamente flexíveis, em cuja interpretação a influência dos valores é fundamental” (Assis, 2016, v. 1, p. 279). Trilhando em tanto, “o balizamento desta atuação toma como critério essencial o resguardo e a proteção dos direitos fundamentais, os quais podem ser visualizados basicamente em dois campos segmentados: direitos de prestação e direitos de defesa” (Araújo, 2016, t. I, p. 44).

O direito processual civil moderno não deixa de levar em consideração estes novos matizes. O Positivismo, enquanto modelo pautado pela aplicação pura e simples da lei ao caso concreto, está superado. Trata-se de realidade que abarca não só a esfera processual, mas o próprio direito material. O ponto essencial desta afirmação reside no fenômeno da constitucionalização do processo civil na segunda metade do século XX, cujo reflexo exigiu uma mudança conceitual e do próprio marco teórico do acesso à Justiça. (Araújo, 2016, t. I, p. 44)

Essa mudança impõe dois aspectos importantes da atuação comunicativa dos direitos fundamentais com o processo civil moderno. Primeiro, a incidência

de princípios informativos do processo, alçados à categoria de garantias fundamentais. O devido processo legal e a ampla defesa e contraditório efetivos (CF, art. 5º), elevados à condição de garantias fundamentais expressam exatamente essa atuação comunicativa dos direitos fundamentais com o processo civil. Noutro modo de falar, o processo civil moderno exige o exame dos sistemas processuais e dos institutos do processo sob a luzerna da Constituição e das relações mantidas com elas, o que implica no “estudo das recíprocas influências existentes entre Constituição e processo”, numa verdadeira linha comunicativa entre a norma constitucional e a processual. E tanto, dentro do processo, se representa “pelos princípios e garantias que, vindos da Constituição, ditam padrões políticos para a vida daquele. Trata-se de imperativos cuja observância é penhor de fidelidade do sistema processual à ordem político-constitucional do país” (Dinamarco, 2016, v. 1, p. 316-317).

É o chamado processo garantista, que “respeitará o devido processo, integrado pelas regras abstratas do procedimento, além do contraditório e da motivação obrigatória”. Não se admite mais – como já referenciado – o juiz meramente espectador, ditador ou diretor, mas um juiz participativo, que atua num processo cooperativo que tem a pessoa no seu caráter individual, único e singular, como centro das atenções. “A cooperação paritária entre os sujeitos do processo é o único modo constitucionalmente admissível para legitimar as resoluções que sua autoridade permite tomar em desfavor de uma das partes” (Assis, 2016, v. 1, p. 293).

Em segundo, o processo deve ser refletido como meio de efetivação dos direitos fundamentais insculpidos na Carta de Outubro. Deveras, “os direitos subjetivos individuais ou coletivos expressam direitos fundamentais como a vida, a propriedade e a liberdade e encontram proteção efetiva no direito processual pela garantia de acesso à Justiça em caso de ameaça ou privação” (Araújo, 2016, t. I, p. 47).

Significa dizer que aquela eficácia direta e imediata, vertical e horizontal, dos direitos fundamentais, tanto na relação com o Estado, quanto nas relações particulares, ganha prevenção, proteção e repressão no sistema processual. Tal “aplicação das normas processuais assume relevo e densidade na prevenção assim como na repressão dos conflitos”, como mostra o art. 3º do CPC, c/c art. 5º, XXXV, da CF/88, tendo “como principais objetivos: a proteção dos direitos subjetivos individuais e coletivos, a realização do direito material e a manutenção da paz jurídica”. Nessa ordem de ideias, é missão do processo dar efetividade aos preceitos e garantias constitucionais de toda ordem. E nesse atuar, “a defesa e a proteção dos direitos fundamentais revelam a necessidade de repensar categorias processuais para o exercício do direito de ação”. Aliás, a imprescindibilidade “de proteção imediata e eficaz para a garantia dos direitos fundamentais propicia um repensar sobre a necessidade de coincidência entre a

capacidade jurídica e processual (*Rechtsfähigkeit und Prozessfähigkeit*) com a capacidade para a tutela de direitos fundamentais (*Grundrechtsfähigkeit*)”. E nisso, “o juiz deve minorar o rigor para dar ensejo à tutela efetiva e imediata dos direitos essenciais” (Araújo, 2016, t. I, p. 47 e 57-56).

Portanto, diante da amplitude do direito material com a incidência direta e imediata dos direitos fundamentais, tanto nas relações públicas quanto privadas, o processo no Estado Constitucional de Direito deve estar preparado para atender e dar essa efetividade. “Um Código de Processo Civil só pode ser visto, em outras palavras, como uma concretização dos direitos fundamentais processuais civis na Constituição” (Marinoni, 1996, p. 15). Nisso se tem a relação comunicativa do processo com os direitos fundamentais, tanto nas normas processuais – com princípios que garantem o acesso ao processo humano, democrático, justo, efetivo e eficiente –, quanto como meio de prevenção e repressão à violação desses direitos. Por isso, a importância do CPC de 2015, que no primeiro artigo trouxe a necessidade de comunicação do processo civil com os direitos fundamentais garantidos na Constituição. Mas “as relações entre o processo civil e a Constituição nem sempre foram óbvias” (Marinoni; Mitidiero, 2016, v.1, p. 97-98).

Se antes havia alguma dúvida, hoje já não há mais espaço para discussão contrária no tocante a esse tema. Agora o óbvio está expresso no art. 1º: “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”. Inexiste lugar para leitura e interpretação diversa da que se resulta da literalidade do texto do art. 1º. Está evidenciada “a necessidade de se pensar o processo civil em uma perspectiva constitucionalizada” (Marinoni; Mitidiero, 2016, v.1, p. 97). Isto é, “os princípios e valores dispostos na Constituição Federal constituem o ponto de partida do trabalho do processualista” (Medina, 2016b, p. 33).

Nessa marcha, “a atuação das partes e a função jurisdicional devem ser estudadas a partir da compreensão de que o processo é um espaço em que devem se materializar os princípios inerentes a um Estado que se intitula ‘Democrático de Direito’” (Medina, 2016b, p. 33). Todavia, essa previsão inicial do CPC de 2015 não é em si um demérito ao processo. Busca “deixar claro que ele não representa um fim em si mesmo, mas um meio para efetivação de valores constitucionais que no peculiar exercício da atividade jurisdicional deve resultar, via de regra, em um julgamento de mérito justo, eficaz e rápido” (Wambier *et al.*, 2016a, p. 71).

Nessa relação, entra necessariamente a humanização e a democratização do processo, à vista da nova acepção do acesso à justiça formal e material, esse no campo da efetividade, justiça propriamente dita, eficiência e adequação.

4 A HUMANIZAÇÃO E A DEMOCRATIZAÇÃO DO DIREITO: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

A compreensão da atuação dos direitos fundamentais, tanto no aspecto conceitual, quanto na sua abrangência, aplicação e eficácia, no direito material e processual, traz a necessidade de se entender a humanização e a democratização do direito, a partir da análise dessa incidência dos direitos fundamentais. Para isso, é necessária a apresentação de alguns pontos. É preciso entender que por um bom tempo, o direito – processual, inclusive –, rompeu com os fatores culturais da sociedade. Isso se retratou pela busca da técnica científica do direito, no campo processual, bem desenvolvida por Bülow, que retratava o “espírito de toda uma época: o processualismo científico, período de efetiva construção científica processual civil” (Mitidiero, 2015, p. 21).

No Brasil, isso se retrata pela lição de Buzaid, alinhada ao pensamento de Liebman e outros doutrinadores italianos e germânicos, quando afirma que “um Código de Processo é uma instituição eminentemente técnica. E a técnica não é apanágio de um povo, senão conquista de um valor universal” (Buzaid, 1972). Com isso, tem-se clara a “mesma ideia central: o processo como fenômeno técnico, como algo em larga medida independente de fatores culturais” (Mitidiero, 2015, p. 22). Tal fato ocorreu dessa forma porque “toda construção científica se deu na denominada fase autonomista, em que, devido à necessidade de afirmação da independência do direito processual, valorizou demasiadamente a técnica” (Bedaque, 1995, p. 13), o que atendeu por muito tempo a necessidade da sociedade europeia daquela época.

Deveras, “a compreensão do direito como um conjunto de normas formais e abstratas, deduzidas conceitualmente, teve como consequência a sua própria colocação fora do âmbito cultural” (Mitidiero, 2015, p. 25). Naquele período de instalação do processo como ciência, “passou-se a conceber o instrumento pelo próprio instrumento, sem a necessária preocupação com seus objetivos, que, obviamente, lhe são externos” (Bedaque, 1995, p. 13). Isso trouxe uma forte consequência para a sociedade: a estagnação do fenômeno jurídico no tempo e no espaço, colocando-o fora da realidade social, de seus problemas e suas respectivas soluções. Ou seja, houve um inevitável “alheamento da ciência jurídica em relação às realidades sociais, políticas e morais do direito” (Mitidiero, 2015, p. 26).

Entretanto, a modernização do direito e a incidência dos direitos fundamentais acabaram por mostrar o descompasso dessa forma rígida de pensar o direito e o processo. A despeito do direito processual ter uma estrutura técnica, não pode ele se afastar da fenomenologia cultural que envolve a própria formação do direito, principalmente no que tange à solução dos conflitos sociais, que não são estáticos, mas evolutivos. Não se pode elidir “o caráter cultural das

opções técnicas eleitas para conformação do próprio processo, viés que acaba condicionando a organização do tecido processual” (Mitidiero, 2015, p. 23). Nesse tocante, não se pode afastar a teoria do ser, aqui compreendida a teoria processual da própria pessoa que nela está inserida.

Verdadeiramente, quando um conhecimento é cristalizado “através de signos, afasta-se de sua causa. O pensar o direito, no entanto, tornou-se um pensar pelo próprio pensar. Um pensar distante da causa que levou ao *cogito* do direito”. Nesse trilhar, a teoria que nega sua causa acaba por distanciar-se do próprio fim para o qual foi criada. E isso foi exatamente o que ocorreu com o direito processual. “A demonstração do direito de autonomia de ação, é certo, foi importante para evoluir o direito processual [...] O que não é possível é que em nome da ciência exista o esquecimento do homem. O pensar qualquer ramo do direito deve ser o pensar o direito que serve para o homem” (Marinoni, 1996, p. 18). Assim, feito por pessoas, o direito, material e processual, não foge de uma premissa básica: é fruto da compreensão de mundo das pessoas. Em outro falar, o direito civil e o processo civil não escapam “a sorte do direito em geral: compete à autonomia da pessoa humana, sendo fruto dessa percepção do mundo” (Mitidiero, 2015, p. 23-24). Diante disso, o Direito é um fenômeno humano e social (Bedaque, 1995, p. 9).

Seguindo essa linha de raciocínio, a visão clássica do processo, dentro da ideia do século XIX, voltado exclusivamente para a técnica, considerava a pessoa dentro da idealização do direito material daquela época, ou seja, universal, igual (igualdade formal), unívoca, unidimensional e unidirecional. O que hoje não é mais concebível. A humanização do direito material, como visto, principalmente com a instalação dos direitos fundamentais e a materialização dos direitos da personalidade, insculpidos na Carta de Outubro e reverberados na Codificação Civil de 2002, representa uma nova visão do conceito de pessoa que tem se desenvolvido desde meados do século XX e que, modernamente, ganha importância e representação em todas as áreas do direito, no processo inclusive.

Disso se tem a humanização do processo civil. Aquela visão clássica e técnica do processo, voltado para o conceito de pessoa do passado, transmuta-se para atender ao novo modo de visualizar. Não cabe mais o processo para pessoas representadas simplesmente como “sujeitos de direitos”. Mesmo porque, “pessoa não é personagem. A chamada qualificação pessoal [...] é mera exterioridade, que nada diz da essência própria do indivíduo. Cada qual possui uma identidade singular, inconfundível com a de outro qualquer” (Comparato, 2007, p. 27).

Nesse ser assim, “o pensar qualquer ramo do direito deve ser o pensar o direito que serve para o homem” (Marinoni, 1996, p. 12). Isto é, o direito é feito pelo homem, em razão dele e para ele. Uma “teoria que nega sua causa

distancia-se de seus fins. Isso aconteceu com o Direito Processual. A autonomia do direito de ação foi importante para a evolução do Direito Processual. Mas em nome da ciência não pode haver o esquecimento do homem” (Herkenhoff, 2001, p. 145).

Portanto, dentro dessa humanização, o processo deve atender uma pessoa observada na sua individualidade, no seu aspecto mais humano, como ser singular, desigual (igualdade material), único, com suas necessidades básicas, anseios, desejos exclusivos de cada um e com reflexos diretos na sociedade moderna. Essa visão humanista do processo civil “viabiliza um modelo de atividade jurisdicional centrada na pessoa humana, efetivamente capaz de assegurar a todos os homens o mínimo existencial, com a implementação dos direitos sociais já reconhecidos pela comunidade global organizada” (Vidigal, 2013, p. 614).

Compreendido, pois, que “o processo não é mero instrumento técnico, nem o direito processual constitui ciência neutra, indiferente às opções ideológicas do Estado” (Bedaque, 1995, p. 19), mas uma ciência viva, que deve acompanhar a evolução da sociedade e que deve servi-la, tendo por base a pessoa no seu caráter mais humano possível – visão humanista do processo civil –, e como instrumento de materialização concreta dos direitos fundamentais, tem-se, então, o fato da democratização do direito tendo em vista a constitucionalização do processo. Com efeito, “o Processo Civil Humanista, enquanto modelo interpretativo, guarda a incumbência de refletir a plataforma jurídica capaz de possibilitar a aplicação das normas processuais de maneira democrática, instrumental e efetiva” (Vidigal, 2013, p. 614-615). Nessa toada, o processualista moderno deve ter a “consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático do Estado-de-direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório)” (Dinamarco, 2008, p. 27). Tem-se, pois, o processo constitucional democrático.

Nessa concepção, o processo ganha um caráter pensado numa visão mais ampla do direito, superando a análise simples das leis processuais e “investindo na compreensão dos fundamentos estatais e paradigmáticos de problemas envolvendo a própria concepção do processo e da Jurisdição, mas, também, do Estado democrático, das litigiosidades e da leitura dos direitos fundamentais” (Nunes, 2014, p. 354).

Como consequência da humanização e democratização do processo dentro de uma visão constitucional, pode-se mencionar três pontos fundamentais: o acesso à justiça como instrumento garantidor das liberdades individuais, a segurança jurídica como garantidora da igualdade e a efetividade da paz social por meio da atividade jurisdicional.

5 OS DEVERES PROTETIVOS DO MAGISTRADO COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DO ACESSO À JUSTIÇA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A atuação do juiz, hoje, não é a de simples expectador no processo. Sua forma de agir no processo moderno deve ser proativa, participativa, num trabalho de cooperação, a fim de se buscar o acesso à justiça efetiva, justa, eficiente e adequada. Dessarte, essa atuação proativa do magistrado ganha ainda mais relevância quando visa garantir exatamente a efetividade, a justiça e a eficácia das suas decisões num sistema adequado de solução de conflitos, notadamente quando se envolve os direitos fundamentais, seja em sua eficácia direta vertical ou horizontal. Verdadeiramente, diante dessa visão do acesso à justiça material, o Código de Processo de 2015 exige do operador do direito muito mais do que um pensar na tutela dos direitos em si. Requer “uma reformulação dos conceitos processuais básicos para a sua apropriada interpretação. Em outras palavras, é preciso pensar o processo civil na perspectiva da tutela dos direitos, isto é, pensar a técnica processual a serviço do direito material” (Marinoni; Mitidiero, 2016, v.1, p. 61).

Nessa linha de contada e na cena do processo justo, “o magistrado assume a direção efetiva – e não apenas formal – do processo, abandonando a posição de mero fiscalizador da observância das normas legais, passando a ativo participante”. Tudo com a finalidade de, através de ações ativas e coativas, “evitar tanto a perda da causa pela escassa habilidade da parte ou de seu representante quanto o perecimento indevido e involuntário de um direito relevante do jurisdicionado” (Menezes, 2011, p. 194-195).

Importa destacar ainda que a complexidade do problema da atuação coativa dos direitos deve ser compreendida “no sentido de que as formas e as técnicas de execução são aspectos dos sistemas da tutela, compreensível somente se se leva em conta a individuação das situações substanciais tuteláveis e dos remédios processuais que a estas situações se ligam” (Taruffo, 1990). É verdade que, dentro do campo da efetividade do acesso à justiça, os deveres protetivos do magistrado na atuação proativa, como instrumento garantidor dos direitos fundamentais, é tema de grande relevância no cenário jurídico.

Na esfera privada, a eficácia direta dos direitos fundamentais ganha destaque na atuação do juiz com mecanismo de proteção, a fim de garantir que os direitos fundamentais não sejam violados nas relações privadas, logicamente, guardando-se as devidas proporções e ressalvas que são próprias desse tipo de relação. Mesmo porque “o modo pelo qual se opera a aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares não é uniforme, reclamando soluções diferenciadas” (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2013, p. 337).

No âmbito da problemática da vinculação dos particulares, as hipóteses de um conflito entre os direitos fundamentais e entre estes e o princípio da autonomia privada reclamam sempre uma análise calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto, devendo ser tratada de forma similar às colisões entre direitos fundamentais de diversos titulares, isto é, buscando-se uma solução norteada – quando for o caso – pela ponderação, almejando obter um equilíbrio e uma concordância prática, caracterizados, em última análise, pelo não sacrifício completo dos direitos fundamentais em pauta, bem como pela preservação, na medida do possível, do seu conteúdo essencial. (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2013, p. 337)

Nesse campo e “embora não exclusivamente, a função de proteção se põe, em princípio, na relação entre particulares em que um dos polos se encontre numa posição fragilizada frente ao outro” (Martins-costa, 2006, p. 84). Logo, a teoria dos deveres de proteção, no direito privado, viabiliza um tratamento suficientemente diferenciado, pois, ao ser edificada sobre suas estruturas, resulta na conclusão de que “os deveres específicos de proteção não podem ser determinados previamente e em abstrato, de forma genérica, carecendo de concretização de acordo com seu respectivo conteúdo e apenas nessa medida gerando direitos subjetivos” (Sarlet, 2000, p. 127).

Todavia, o maior fator da discussão da atuação protetiva e garantista do acesso à justiça efetivo e dos direitos fundamentais ainda está no seu aspecto vertical, ou seja, nas relações que envolvem o Estado e o Direito Público. A razão disso não poderia ser diferente, eis que são nessas relações que se encontram, hoje, as maiores violações da efetividade da justiça e dos direitos fundamentais, reclamando, assim, a atuação mais incisiva do Judiciário, o que tem se tornado fonte de grandes debates na doutrina e jurisprudência, principalmente quando se tem a ingerência nas políticas públicas e no poder discricionário do administrador público.

A explicação para tanto é óbvia: O art. 2º da Constituição Federal trata dos poderes que compõem o Estado, estabelecendo a independência e harmonia entre eles, conceito esse criado por Montesquieu no século XVIII e que permanece até os dias de hoje, praticamente na sua mesma formatação. Em verdade, o momento histórico daquela época – o liberalismo – justificou a estruturação da tripartição bem definida dos poderes (Grinover, 2008).

Segundo a redação original da teoria, cada poder tem sua função pela qual deve nortear sua atividade, sem interferir um na atividade do outro, como afirmava Montesquieu. Aliás, para ele, o Judiciário era “a boca que pronuncia as palavras da lei em razão da necessidade ética de ser justo, imparcial” (Montesquieu, 1996, p. 27). Tratava-se de uma forma de visualização que se coadunava com o antigo conceito de jurisdição, litígio e processo, propagado principalmente por Carnelutti, que, lembrando, tratava a jurisdição e o processo como

“uma operação mediante a qual se obtém a composição do litígio”, sendo litígio o “conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro” (Carnelutti, 2000, v. 1, p. 98 e 93).

Esse modo de vislumbrar não mais se compatibiliza com o processo civil moderno dentro de um Estado Constitucional de Direito, lastreado nos direitos fundamentais com eficácia direta e que, por representar posições subjetivas das pessoas como tais, assentes na Constituição – formal e material (Miranda, 1998, t. IV, p. 7), dizendo respeito ao homem como pessoa humana e que por isso “são direitos anteriores e superiores ao Estado, isto é, direitos que o homem opõe ao Estado, limitando o poder de governo” (Maluf, 1986, p. 363), exige uma participação proativa do Judiciário na resolução de conflitos de acordo com as necessidades do caso concreto. Com efeito, o Judiciário deve, num determinado processo e diante da necessidade de se solucionar um caso concreto, suprir uma lacuna ou falha legislativa deixada pelo Poder respectivo, principalmente em questões envolvendo direitos fundamentais. É “uma atitude, a escolha de modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance” (Barroso, 2012, p. 25).

Tecidas essas premissas, em continuação de raciocínio, tem-se que a propagada independência e harmonia dos Poderes do art. 2º da Constituição existe quando não há falha na atuação da função de tais poderes, sendo excetuada na hipótese de violação de direitos fundamentais. Significa dizer que, havendo déficit na atuação do legislador ou até mesmo do Poder Executivo no cumprimento das políticas públicas que envolvem direitos fundamentais, poderá o Judiciário, nessa atuação proativa e dentro de critérios objetivos de razoabilidade e proporcionalidade, interferir na atividade-fim dos demais poderes para garantir direitos fundamentais intangíveis presentes na Carta Magna, tendo em conta o acesso efetivo à justiça.

Deveras, quando se fala de separação de poderes, o norte deve ser “o controle do poder pelo próprio poder, um sistema de fiscalização e limitação recíprocas, o denominado sistema de freios e contrapesos”. Isso porque se entende que “a separação não é propriamente do poder político-jurídico, considerado uno, indivisível, e sim das funções”. Diante disso, “a separação dos poderes tem por âncora a aceção de discricionariedade: um poder está proibido de invadir a discricionariedade dos outros” (Canotilho *et. al.*, 2013, p. 145). O equilíbrio entre Executivo, Legislativo e Judiciário está aí. Mas a visão moderna da discricionariedade é que tem causado uma revolução nesse equilíbrio. De fato, no entendimento contemporâneo, ganha contornos diversos do entendimento clássico de outrora.

Discrecionariedade não significa liberdade total, ao sabor da opinião individual do agente, refém do subjetivismo (solipsismo), onipotência, juízo fora ou ignorante do Direito, sem parâmetros, sem balizas. Juízo discrecionário somente ocorre quando comprovadamente existem duas ou mais condutas equivalentes, igualmente admitidas pelo Direito, não sendo possível determinar, com certeza ou precisão, qual o melhor comportamento, o mais em conformidade com o Direito. Discrecionariedade, nesse sentido, também não se confunde com ‘discrecionariedade interpretativa’, valendo sempre lembrar a aguda crítica feita por Dworkin ao positivismo de Herbert Hart, aplicável ao decisionismo de Hans Kelsen. (Canotilho *et. al.*, 2013, p. 145)

Nesse contexto, há “uma reengenharia da separação de poderes, com o Judiciário promovendo a sindicância de hipóteses até pouco tempo consideradas proibidas”. Aqui entra a nova visualização da jurisdição como criativa. “Exige-se do judiciário, quando dessa sindicância, o respeito à integridade e a coerência, assim como a preservação da autonomia do direito, tão duramente conquistada a partir do segundo pós-guerra” (Canotilho *et. al.*, 2013, p. 145).

Caminhando nisso, a “sindicância” deve ser promovida pela atividade jurisdicional dentro da tripartição dos poderes, sem ofender sua harmonia e independência, mas para garantir o respeito aos direitos fundamentais insculpidos na Constituição da República, bem como para controle da moralidade administrativa, o qual “não pode ser feito sem o exame do mérito do ato guerreado. Trata-se, aqui, de mera lesividade, sem o requisito da ilegalidade” (Grinover, 2008).

Indo um pouco mais além, a Constituição de 1988 fixou, no art. 3º, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Mas não é só! Nos termos do art. 4º, II, da Constituição Federal, a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pela prevalência dos direitos humanos, estes considerados os direitos básicos da pessoa humana, reconhecido e tutelado no âmbito do direito internacional (Sarlet, 2006, p. 17). Diante disso, “para atingir esses objetivos fundamentais [...], o Estado tem que se organizar no *facere* e *praestare*, incidindo sobre a realidade social. É aí que o Estado social de direito transforma-se em Estado democrático de direito” (Grinover, 2008). Nessa toada, “formulado o comando constitucional, gerador dos núcleos constitucionais de irradiação, cumpre ao Estado a promoção de ações necessárias para a implementação dos objetivos traçados no art. 3º da Constituição Federal”. Para tanto, é necessária “a realização de metas, ou programas, que implicam o estabelecimento de funções específicas aos Poderes Públicos, para a consecução dos objetivos predeterminados pelas Constituições e pelas leis” (Canela Junior, 2009, p. 66-67).

Em suma, “o Poder Judiciário pode exercer o controle das políticas públicas para aferir sua compatibilização com os objetivos fundamentais da Re-

pública Federativa do Brasil (art. 3º CF)". Tal "controle não fere o princípio da separação dos Poderes, entendido como vedação de interferência recíproca no exercício das funções do Estado" (Grinover, 2008). De conseguinte, "o Judiciário pode intervir nas políticas públicas – entendidas como programas e ações do Poder Públicos objetivando atingir os objetivos fundamentais do Estado – quer para implementá-las, quer para corrigi-las quando equivocadas". Para que isso ocorra, deve-se observar os limites à intervenção do Judiciário em políticas públicas, a saber: "i. a restrição à garantia do mínimo existencial; ii. a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a irrazoabilidade da escolha do agente público; iii. a reserva do possível". Assim, "a estrita observância desses limites, assim como o correto entendimento do que sejam políticas públicas, são necessários e suficientes para coibir os excessos do Poder Judiciário" (Grinover, 2008).

Nesse contexto, política estatal, ou políticas públicas, é o complexo de atividades do Estado com o objetivo de cumprir suas finalidades. "Ajusta-se ao conceito de *standard*, ou meta a ser atingida. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) tendentes à realização dos fins primordiais do Estado" e todos esses atos devem se compatibilizar com a Constituição Federal (Canela Junior, 2009, p. 69).

Desponta claro, então, que "o controle da constitucionalidade das políticas públicas pelo Poder Judiciário [...] não se faz apenas sob o prisma da infringência frontal à Constituição pelos atos do Poder Público, mas também por intermédio do cotejo desses atos com os fins do Estado" (Grinover, 2008). Essa compreensão serve para realçar a importância da atuação dos deveres protetivos do juiz no direito público e que também mostra sua relevância no direito privado. Até porque esses deveres protetivos devem ocorrer tanto num quanto noutro, tendo por fim a busca pela efetivação da tutela jurisdicional e assim garantir o acesso à justiça efetivo. Aliás, pouca diferença há entre um e outro, considerando a "tendência moderna de intersecção dos regimes jurídicos próprios do Direito Público e Privado. A todo instante vem crescendo a publicização do Direito Privado [...] e, por outro lado, a privatização do Direito Público" (Brasil, 2013).

À vista disso, o Código de Processo Civil de 2015 amplia a disciplina dos "deveres-poderes do juiz na condução formal e material do processo civil" (Streck; Nunes; Cunha, 2016, p. 217). Dentre eles, traz em seu bojo uma série de disposições que atribuem ao juiz poderes para aplicar medidas protetivas com o objetivo de trazer a efetividade ao provimento jurisdicional e garantir a tutela dos direitos, principalmente dos fundamentais. Isso porque, em primeiro lugar, trata a busca pela efetividade e eficiência como norma fundamental do processo civil, colocada nos arts. 6º e 8º, sendo, portanto, dever das partes e do magistrado. Mas é no art. 139, IV, que esses deveres protetivos ganham ainda mais relevância, porquanto "explicita os poderes de *imperium* conferidos ao juiz

para concretizar suas ordens” (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2016, p. 273). Se antes havia questionamentos acerca da possibilidade do juiz atuar eficazmente na tutela dos direitos – por meio do que se chama de “poder geral de cautela” no Código de 1973 –, hoje essas questões não encontram mais guarida – pelo menos não acerca da possibilidade.

Com efeito, o art. 139, IV, da Processual Civil estabelece que “o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe”, dentre outras providências, “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. A abrangência dessa disposição é importantíssima. Trata-se do “princípio da atipicidade das medidas executivas. Esse princípio já vinha, cada vez com mais veemência, ocupando o espaço do princípio que lhe é oposto, o da tipicidade das medidas executivas”. Por ele, “impõe ao magistrado atuar de modo a assegurar que os efeitos da decisão que proferiu – ou que está em vias de proferir – se produzam” (Medina, 2016b, p. 255-256).

Nesse esteio, “ao atribuir ao juiz a responsabilidade de assegurar o cumprimento das suas próprias ordens judiciais – inclusive de ofício –, o novo CPC confirma que a efetividade do processo é um dos valores centrais do novo direito processual civil brasileiro” (Wambier *et. al.*, 2016a, p. 479). Mesmo porque, o que se tem na prática atual da sociedade é o reinante e malicioso descumprimento de ordens judiciais, o que, evidentemente, acarreta na inefetividade da tutela. Trata-se de prática que está irradiada, incrustada na sociedade brasileira (Wambier *et. al.*, 2016b, p. 300). No contexto atual, o magistrado poderá, de ofício, inclusive, “lançar mão de medidas indutivas e coercitivas, as quais são utilizadas basicamente para o cumprimento de ordens judiciais em decisões interlocutórias ou finais, com natureza condenatória, mandamental ou executiva” (Araújo, 2016, t. I, p. 640).

Destaca-se que a redação do inciso mostra excesso no português empregado. Isso porque “medidas coercitivas são espécie de medidas indutivas [...]”. Há também confusão de categorias, já que o efeito mandamental – ao lado do efeito executivo – é o efeito típico das ordens judiciais”. Entrementes, percebe-se que a intenção do legislador foi deixar o dispositivo mais abrangente possível, sem qualquer margem para interpretação dúbia, ou restritiva. Logo, a falta de rigor técnico “não compromete a intenção do preceito, que é dotar o magistrado de amplo espectro de instrumentos para o cumprimento das ordens judiciais, inclusive para a tutela de prestações pecuniárias (art. 536, CPC)” (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2016, p. 273).

Por tais contornos e considerando se tratar de norma plasmada em uma cláusula geral, o magistrado é livre para adotar as medidas que entender necessárias para a efetivação da tutela jurisdicional. Não fica, pois, restrito à aplicação

de multa. Em muitos casos, esta, na verdade, não tem qualquer efeito prático equivalente. Por isso, a prática processual tem mostrado diversas medidas com resultado satisfatório na efetivação do direito tutelado.

No campo do direito público, cita-se, por exemplo, o bloqueio de verbas públicas para garantir o cumprimento de decisões referentes à tutela de direitos fundamentais, como a saúde. De fato, o STJ tem admitido “as medidas de multa e bloqueio de valores [...] com o propósito de garantir que se forneça medicamento ou tratamento médico à pessoa necessitada, quando há o risco de grave comprometimento da saúde do demandante” (Brasil, 2017). Do mesmo modo, tem se admitido o bloqueio de verbas públicas quando, no caso de precatório de pequeno valor (CPC, art. 535, § 3º, II), a fazenda pública deixa de adimpli-lo no prazo de dois meses. Trata-se de aplicação da mesma medida já presente no art. 13, § 1º, da Lei Federal n. 12.153/2009, que trata do Juizado Especial da Fazenda Pública. Apesar da falta dessa previsão no CPC de 2015, à luz do art. 139, IV, nada impede a providência. Mas não é só. É crescente o número de decisões judiciais no sentido de interferir no poder discricionário do administrador público, com ingerência até em despesas, para garantir a tutela de direitos fundamentais em face de gastos que são de segunda ou terceira importância, como gastos com publicidade e eventos festivos.

No âmbito do direito privado, decisões recentes têm aplicado medidas variadas com o intuito de fazer cumprir e efetivar a tutela do direito, tais como recolhimento de passaporte e carteira nacional de habilitação, bloqueio de cartão de crédito, dentre outras, que são veiculadas nos mais diversos canais de comunicação relacionados ao direito.

Todavia, um cuidado deve ser observado. A mesma liberdade que lhe é conferida na aplicação das medidas, também lhe são exigidas a responsabilidade e a cautela. A adoção dessas medidas não deve ser de qualquer modo. Há de se dar em decisão devidamente fundamentada – como exige o processo de natureza constitucional, no qual todos os pronunciamentos judiciais devem ser fundamentados –, guardadas as regras gerais da proporcionalidade e razoabilidade, tendo em vista as especialidades do caso concreto, a natureza do direito que se visa proteger e a recalcitrância no cumprimento da tutela pela pessoa obrigada. Tendo esse cuidado, o magistrado está autorizado a usar “qualquer medida voltada à efetivação da decisão judicial, inclusive em demandas de caráter pecuniário, o que reforça a ideia de [...] flexibilização da regra da congruência entre pedido e sentença” (Streck; Nunes; Cunha, 2016, p. 217).

Nessa ordem de ideias, a atuação do magistrado para fins de proteger o acesso à justiça efetivo e de garantir a tutela adequada dos direitos, principalmente dos fundamentais, é importantíssima no processo constitucional, e está bem instrumentada no Código de Processo Civil de 2015, com vista à busca de sua finalidade, ou seja, a pacificação social.

6 CONCLUSÕES

Como dito no início, o CPC de 2015 completou 8 anos de vigência. E há muito trabalho pela frente. Trata-se de um novo Código, com uma nova forma de visualizar o processo, alinhado às garantias fundamentais insculpidas na Carta de Outubro. Mais do que isso, o Código busca, em sua essência, implantar uma atual forma de resolução de conflitos, dentro do conceito democrático e humanístico do processo civil e do acesso à justiça, aqui considerado com garantia fundamental a um acesso efetivo, justo, eficiente e adequado.

A cultura da litigiosidade existente até março de 2016, durante a vigência do Código de 1973, isto é, a velha ideia de que o acesso à justiça é meramente ingressar com ações intermináveis num Judiciário que já não suporta a carga de demandas – e que muitas vezes não põe fim ao conflito, mas apenas acirra a disputa entre os litigantes, mesmo após a sentença – não pode mais prevalecer, diante de uma jurisdição social, com seu escopo social, que nada mais é do que promover a pacificação da sociedade.

Certo é que, muito mais do que resolver um conflito, é imprescindível, no Estado Constitucional de Direito, fundado na dignidade da pessoa e nas garantias fundamentais, entender esse conflito em todos os seus aspectos – jurídico, social e psicológico –, desde suas origens e natureza, considerando as pessoas envolvidas no seu conceito mais único, íntimo e individual. E, por óbvio, a sistemática processual de outrora, manifestada no processo formalístico e rígido como instrumento fomentador de litígios, já não é mais suficiente (Marchetti Filho, 2018).

É nessa visão que está inserido o texto do CPC de 2015: um processo insculpido nas garantias fundamentais, de natureza justa, como instrumento de tutela dos direitos, preventiva e repressivamente. A codificação atual não é perfeita, mas moderna nas suas bases ideológicas e redação, que fortaleceu e aprimorou institutos importantes, além de criar novos e aprimorar aqueles que precisavam de melhorias.

Dentro dessa abordagem, o processo deve ser tratado e interpretado à luz dos direitos fundamentais. Mais do que isso, deve também se colocado como instrumento garantidor da eficácia desses direitos fundamentais. Por isso, a importância dos deveres protetivos do magistrado, que dentro da sua atuação na direção do processo, deve se colocar como instrumento garantidor do acesso à justiça e dos direitos fundamentais, utilizando-se, para tanto, das ferramentas e técnicas que o CPC de 2015 lhe deu.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, F. C. **Curso de Processo Civil**: parte geral. São Paulo: Malheiros, 2016. t. I.

ASSIS, A. de. **Processo Civil Brasileiro**: parte geral: fundamentos e distribuição dos conflitos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 1.

BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista [Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BEDAQUE, J. R. dos S. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1126515/PR. Relator Ministro Herman Benjamin, 3 dez. 2013. **Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 16 dez. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1680715/MT. Relator Ministro Herman Benjamin, 3. out. 2017. **Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 11 out. 2017.

BUZAID, A. **Exposição de motivos**, 31 jul. 1972. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>. Acesso em 11 out. 2017.

CANELA JUNIOR, O. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. 2009. 151 f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. G. *et. al.* (coords.). **Comentários à Constituição Federal do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARNELUTTI, F. **Sistemas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1.

CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do Processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DINAMARCO, C. R. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. v. 1.

GIUDICELLI, G. Os Direitos Fundamentais na era da pós-(in)efetividade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 95/2016, p. 103-123, Abr-Jul 2016.

GRINOVER, A. P. O controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. **Revista de processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 164/2008, p. 9-28, out. 2008.

HERKENHOFF, J. B. **O direito processual e o resgate do humanismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2001.

MALUF, S. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Literárias, 1986.

MARCHETTI FILHO, G. F. **Os direitos fundamentais, a pacificação dos conflitos sociais e o Código de processo civil**. Campo Grande: Contemplar, 2018.

MARINONI, L. G. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: RT, 1996.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. v. 1.

MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º ao 69**. São Paulo: RT, 2016. v.1.

MARTINS-COSTA, J. **Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil**. In: SARLET, I. W. (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MEDINA, J. M. G. **Direito Processual Civil Moderno**. 2. ed. São Paulo: RT, 2016a.

MEDINA, J. M. G. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 4. ed. São Paulo, RT, 2016b.

MENDES, G. F. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENEZES, G. Q. T. de. **A atuação do juiz na direção do processo**. In: FUX, L. (coord.). **O novo Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1998. t. IV.

MITIDIERO, D. F. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3 ed. São Paulo: RT, 2015.

MONTESQUIEU, C. de S. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NUNES, D. **Direito Fundamental a um efetivo processo civil constitucionalizado**. In: CLÈVE, C. M.; FREIRE, A. **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: RT, 2014.

SARLET, I. W. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, I. W. **Direitos fundamentais e direito privado**: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, I. W. (org.). **A Constituição concretizada – construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, I. W. **Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado**: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, I. W. (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo, RT, 2013.

STRECK, L. L.; NUNES, D.; CUNHA, L. C. (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

TARUFFO, M. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. **Revista de processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 59/1990, p. 72-97, jul./set. 1990.

VIDIGAL, E. **O novo CPC e a dignidade da pessoa humana**: primeiros passos rumo à construção de uma doutrina humanista de direito processo civil. In: FREIRE, A. *et. al.* (orgs.). **Novas Tendências do Processo Civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2013.

WAMBIER, T. A. A. *et. al.* **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2016a.

WAMBIER, T. A. A. *et. al.* **Primeiros Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2016b.

O DEVER DE COLABORAÇÃO E A BUSCA POR UM JUÍZO JUSTO E LEAL

Nair de Fátima Gome¹⁷

1 INTRODUÇÃO

A obrigação de cooperação e a busca por um julgamento justo são pilares básicos para a garantia da imparcialidade, transparência e eficiência do sistema judiciário. Ao colaborar de maneira construtiva, as partes envolvidas no processo contribuem, significativamente, para a descoberta da verdade e para a resolução equitativa dos litígios. Da mesma forma, um juiz imparcial, honesto e independente é essencial para assegurar a confiança da sociedade no sistema judicial, promovendo a igualdade de tratamento e a legitimidade das decisões judiciais. Nesse contexto, o presente trabalho visa a explorar a importância da obrigação de cooperação no sistema judicial brasileiro e suas implicações na busca por um julgamento justo e na realização da justiça, contribuindo para o conhecimento jurídico sobre o tema. Para alcançar esse objetivo, foi realizada uma análise da jurisprudência, um exame doutrinário e uma pesquisa bibliográfica de artigos científicos. Esses estudos reforçam que os deveres de probidade e lealdade desempenham um papel crucial no processo civil, garantindo a integridade, a ética e a justiça ao longo de todo o procedimento judicial.

Além disso, a colaboração efetiva entre as partes e a condução imparcial, por parte dos juízes, não só promovem a eficiência processual, mas também consolidam a confiança pública no sistema de justiça, mostrando-se indispensáveis para um judiciário que aspire à excelência. O princípio da lealdade processual, previsto no artigo 5º do Código de Processo Civil (CPC), dispõe:

¹⁷ Mestranda em Direito Processual Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Advogada, professora da rede pública de ensino. E-mail: nair.gomes@edu.unipar.br

“aquele que participa de qualquer forma do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.” Esse princípio é essencial para garantir a integridade e a eficácia do sistema judicial. A boa-fé, nesse contexto, exige que todas as partes envolvidas no processo ajam com honestidade, transparência e respeito mútuo, evitando condutas abusivas ou fraudulentas que possam comprometer a justiça do julgamento.

A lealdade processual não se aplica apenas às partes litigantes, mas também a todos os profissionais que atuam no processo, incluindo advogados, promotores e peritos. Esses atores devem conduzir-se, de maneira ética, abstendo-se de manipular ou distorcer fatos e provas, e comprometendo-se a colaborar para a descoberta da verdade material. A lealdade processual, portanto, funciona como um pilar na busca da manutenção da ordem e da justiça no processo judicial.

Da mesma forma, um juízo leal, imparcial e independente é crucial para assegurar a confiança da sociedade no sistema judicial. A imparcialidade do juiz significa que deve decidir as causas que lhe são submetidas com base nos fatos e nas provas apresentadas, sem se deixar influenciar por interesses pessoais, pressões externas ou preconceitos. A independência do magistrado é igualmente importante, garantindo-lhe exercer sua função livre de interferências políticas ou econômicas.

A lealdade do juízo reflete-se na forma como o magistrado conduz o processo, assegurando que todas as partes tenham igual oportunidade de apresentar suas alegações e provas. Isso promove a igualdade de tratamento, um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, e contribui para a legitimidade das decisões judiciais. A transparência e a previsibilidade das decisões judiciais são essenciais para que a sociedade mantenha a confiança no Judiciário.

A busca por um juízo justo e leal envolve também a necessidade de constante aprimoramento dos mecanismos processuais e das práticas judiciais. É importante que o sistema judicial seja capaz de se adaptar às mudanças sociais e tecnológicas, promovendo a celeridade processual sem sacrificar a justiça e a qualidade das decisões. A capacitação contínua dos magistrados e demais operadores do direito é um fator determinante para a realização desse ideal.

2. DO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ

Trata-se da garantia de um julgamento prolatado por um juiz isento e equidistante das partes. A distribuição da justiça por um magistrado, pessoalmente interessado na causa implica em grave prejuízo, não só para as partes que ficariam sujeitas a uma sentença influenciada pelo sentimento do juiz, mas também para o próprio interesse público na justa composição dos conflitos, uma vez que o escopo primordial da função jurisdicional é a paz social. Um juiz parcial compromete a confiança da sociedade no sistema judicial e mina a legitimidade

das decisões judiciais, impactando negativamente a ordem e a harmonia social. (Melo, 2016, p. 54- 55).

O juiz deverá ter imparcialidade, no sentido de não estar predisposto ou pré-intencionado na condução do feito, ou seja, deve tratar as partes com igualdade. O tratamento igualitário, inclusive, é o primeiro dever do juiz, elencado no art. 139, I do CPC. Os três pressupostos processuais que dizem respeito ao juiz (jurisdição, competência e imparcialidade) correspondem, respectivamente, aos três princípios da jurisdição (investidura, improrrogabilidade e juiz natural), visto que o juiz é a própria “encarnação” da jurisdição (Mota, 2020, p. 33).

A imparcialidade é crucial para assegurar a confiança pública no sistema judicial e garantir que as decisões sejam justas e equitativas. Assim, a figura do juiz imparcial é central para a efetivação da justiça e a manutenção da ordem social, promovendo a paz e a segurança jurídica.

O juiz, devido à sua posição, ocupa um papel superior na relação processual e deve manter uma postura desinteressada. Assim, dirige o processo com base na lei, devendo agir com imparcialidade. Na condução do processo, o juiz exerce diversos poderes, embora também tenha deveres correspondentes (Alvim, 1936, p. 30).

Além disso, é essencial que o juiz mantenha um comportamento ético e transparente, garantindo que todas as suas ações e decisões sejam fundamentadas na justiça e na equidade. A imparcialidade do juiz é crucial para assegurar que o processo seja conduzido de maneira justa e equilibrada, protegendo os direitos das partes envolvidas.

O juiz deve também assegurar que o princípio do contraditório e da ampla defesa seja respeitado, proporcionando a todos os envolvidos a oportunidade de apresentar suas alegações e provas. Além de exercer seus poderes com responsabilidade, o juiz deve estar constantemente atualizado sobre as mudanças na legislação e na jurisprudência, para garantir que suas decisões reflitam o entendimento mais recente e preciso do direito. O compromisso contínuo com a justiça e a imparcialidade reforça a confiança da sociedade no sistema judicial, promovendo a legitimidade e a autoridade das decisões judiciais.

Na nossa Constituição, o princípio do juiz natural é uma garantia assegurada pelo artigo 5º, incisos XXXVII (“não haverá juízo ou tribunal de exceção”) e LIII («ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente»). Todos têm o direito de serem julgados por juízes devidamente designados para suas competências. Assim, nem o autor nem o réu têm qualquer influência sobre a escolha do juiz. Isso porque os critérios para designação do juiz para um caso são estabelecidos pela legislação, tanto no CPC quanto na Constituição. A atividade jurisdicional está vinculada a critérios objetivos predefinidos, garantindo tratamento igual a todos os envolvidos no processo judicial. (Araújo, 2016, p. 137-138).

Dessa forma, um juiz imparcial deve decidir com base na lei, nos fatos e nos argumentos apresentados pelas partes, sem qualquer favorecimento ou preconceito, garantindo a igualdade de tratamento e a justiça para todos os envolvidos. Além disso, outras partes no processo, como peritos e outros profissionais que colaboram para o esclarecimento da demanda, também estão sujeitos a esses deveres. Por conseguinte, devem conduzir suas atividades de forma técnica, ética e imparcial, contribuindo assim para a produção de provas legítimas e para a formação de uma decisão judicial fundamentada e justa.

É crucial que todos os envolvidos no processo mantenham uma postura íntegra e transparente, assegurando que as informações fornecidas sejam precisas e confiáveis. A ética profissional e a imparcialidade dos peritos, advogados e demais colaboradores são fundamentais para que o sistema judiciário funcione de maneira eficaz e justa.

Além disso, o compromisso com a verdade e a justiça por parte de todos os participantes do processo fortalece a confiança da sociedade nas decisões judiciais, promovendo um ambiente de respeito e credibilidade. A formação contínua e o aprimoramento das práticas profissionais desses atores também são essenciais para a manutenção de altos padrões de ética e imparcialidade no judiciário.

3. DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ

O processo civil brasileiro adotou como sistema de valoração das provas o da persuasão racional, também chamado sistema do livre convencimento motivado, segundo o qual o magistrado é livre para formar seu convencimento, exigindo-se apenas que apresente os fundamentos de fato e de direito.

Ademais, o juiz é o destinatário da instrução probatória e o dirigente do processo, sendo de sua incumbência determinar as providências e as diligências imprescindíveis à instrução do processo, bem como decidir sobre os termos e os atos processuais, desde que não atue em contrariedade à disposição legal, poderes que lhes são garantidos pelos artigos 370 e 371 do CPC.

Esse sistema assegura que o juiz, ao exercer sua função, considere todas as provas de maneira equânime e transparente, promovendo uma justiça mais justa e fundamentada. Ademais, garante que o processo seja conduzido de forma ordenada e eficiente, preservando os direitos das partes envolvidas e contribuindo para a confiança no sistema judicial. De igual forma, pronunciou o Tribunal de Justiça do Distrito Federal que:

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. AUTO INFRACIONAL AMBIENTAL. MADEIRA. INCONSISTÊNCIA VOLUMÉTRICA. DOF. SANÇÃO PECUNIÁRIA. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E LEGALIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. 1. O processo

civil brasileiro adotou como sistema de valoração das provas o da persuasão racional, também chamado sistema do livre convencimento motivado, segundo o qual o magistrado é livre para formar seu convencimento, exigindo-se apenas que apresente os fundamentos de fato e de direito. Ademais, o Juiz é o destinatário da instrução probatória e o dirigente do processo, sendo de sua incumbência determinar as providências e as diligências imprescindíveis à instrução do processo, bem como decidir sobre os termos e os atos processuais, desde que não atue em contrariedade à disposição legal, poderes que lhes são garantidos pelos artigos 370 e 371 do CPC. 2. A teor da Lei 12.651/12, no desempenho da atividade lucrativa a qual empreende, exigível a apresentação do DOF- Documento de Origem Florestal, que deve, obrigatoriamente, vir acompanhado de todo material adquiridos para fins comerciais até o beneficiamento final, com a devida especificação do material, volume, origem e destinação. Nos casos em que prescindida da emissão de DOF, necessário a informação no Módulo de Utilização de Recursos Florestais do Sinaflor até o dia subsequente à operação, sob pena das sanções previstas nas legislações ambientais. 3. Diante da inconsistência apurada no controle de madeira serrada em estoque, resta configurada a infração ambiental prevista nos arts. 47, § 1º, e 82 do Decreto n.º 6.514/2008, que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente e a qual comina, dentre outras, a sanção pecuniária. 4. O auto de infração ambiental tem natureza jurídica de ato administrativo e goza do atributo da presunção de legitimidade. Assim, presume-se que o ato está de acordo com o princípio da legalidade, bem como a sua veracidade, que diz respeito à certeza dos fatos consignados na motivação. 5. Negou-se provimento ao recurso (Distrito Federal, 2022).

A motivação das decisões judiciais é essencial para garantir a transparência e o controle sobre o raciocínio do julgador. No Estado de Direito, a motivação não pode ser arbitrária, mas deve estar fundamentada na norma jurídica e nas provas apresentadas no processo, após amplo contraditório. A motivação deve refletir toda a atividade processual das partes, sendo explicada de forma analítica pelo juiz em sua decisão. Isso assegura a justiça e a legitimidade das decisões judiciais, proporcionando clareza sobre os fundamentos que conduziram à sentença. (Araújo, 2016, p. 154).

O princípio da persuasão racional ou livre convencimento fundamentado é uma pedra angular no direito processual, derivando da independência intelectual do juiz ao interpretar fatos e normas jurídicas para formar sua convicção no momento do julgamento. Essa independência é realçada pelo sistema, situando entre a certeza legal e o julgamento segundo a consciência íntima. Por isso, espera-se que o julgador avalie o valor das provas de maneira cuidadosa, fundamentando sua decisão em uma lógica convincente. Esse sistema é essencial para garantir a justiça e a equidade nas decisões judiciais. (Paula, 2012, p. 283).

Apesar da independência do juiz na formação de sua convicção jurídica, ele não pode se desvincular do processo e das provas obtidas, pois essas servem de embasamento para sua convicção. O artigo 131 do CPC e o artigo 157

do CPP fundamentam legalmente esse princípio. A falta de fundamentação é condição para a validade jurídica do livre convencimento judicial, conforme previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, no artigo 458, inciso II, do CPC. Em tais situações, a ausência ou deficiência na fundamentação pode acarretar a nulidade da decisão, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão. (Paula, 2012, p. 284).

Precisamente, é devido à preocupação com a descoberta da verdade material que o sistema fundamental de apreciação das provas é chamado de apreciação livre e racional, ou livre convencimento motivado por parte do juiz (Alvim, 1936, p. 471). Portanto, o juiz tem a liberdade, como regra geral, de avaliar as diversas provas apresentadas e até de solicitar sua complementação, sempre que necessário para seu convencimento, especialmente nos casos em que a produção de provas pelos litigantes não esclarece suficientemente as questões de fato (Alvim, 1936, p. 471).

Esse sistema permite que o juiz utilize sua discricionariedade para assegurar que todas as provas relevantes sejam consideradas, promovendo um julgamento justo e completo. Além disso, essa liberdade de avaliação exige que o juiz justifique suas decisões, proporcionando transparência e fundamentação jurídica que fortalecem a legitimidade do processo.

O livre convencimento motivado implica que cada decisão do juiz deve ser detalhadamente explicada, mostrando como e por que determinadas provas foram valoradas de forma específica. Isso não apenas promove a confiança das partes envolvidas no processo, mas também assegura que a justiça seja feita de maneira clara e compreensível. Em última análise, o compromisso com a verdade material e a flexibilidade na avaliação das provas são pilares que sustentam a busca por uma justiça mais precisa e equânime.

4. O PRINCÍPIO DA COLABORAÇÃO DAS PARTES E DEMAIS ENVOLVIDOS NO PROCESSO

O princípio da colaboração, previsto expressamente no artigo 6º do Código de Processo Civil, estabelece que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justo e efetiva”. Isso significa que as partes têm o dever de apresentar fatos verídicos, documentos autênticos e argumentos fundamentados, evitando qualquer forma de fraude, falsidade ou má-fé.

Essa colaboração é essencial para garantir a celeridade e a eficiência processual, permitindo que o judiciário alcance decisões que realmente reflitam a verdade dos fatos. A cooperação mútua entre as partes e o juiz não só acelera o processo, mas também reforça a integridade e a confiança no sistema judicial, assegurando que a justiça seja feita de maneira justa e transparente.

A doutrina de Wambier e Talamini (2016, p. 86), esclarece que o comportamento das partes e de todos os envolvidos no processo deve respeitar os preceitos relativos à boa-fé, repudiando veementemente o comportamento desleal. Se o processo visa à realização do direito no caso específico, é inadmissível alcançar tal desiderato por meio de artimanhas e comportamentos levianos. Assim, a legislação prevê severas punições para condutas que destoem desse princípio fundamental de justiça e ética processual.

Vale destacar que a importância do princípio da cooperação no processo civil reside no fato de que esse exige que todos os sujeitos processuais desempenhem esforços conjuntos para a solução rápida e justa do litígio. A cooperação entre as partes e o juiz é fundamental para a obtenção, em tempo razoável, de uma decisão justa e efetiva (Art. 6º. CPC).

Por conseguinte, todos os sujeitos do processo, incluindo as partes, o órgão jurisdicional e também terceiros, devem colaborar entre si para que o processo atinja seu objetivo em um tempo razoável. Isso significa que o processo não precisa ser necessariamente célere, a ponto de sacrificar a justiça, mas sim eficiente (Medina, 2016, p. 132).

A colaboração entre todos os envolvidos é essencial para garantir um procedimento justo, equilibrado e que respeite os direitos das partes, promovendo a eficácia da justiça. Soma-se a isso, uma atuação coordenada e harmoniosa contribui para a redução de entraves processuais e para a celeridade necessária, sem comprometer a qualidade das decisões judiciais. A aplicação desses princípios processuais garante um processo ético e seguro, assegurando a igualdade entre as partes e a busca pela verdade dos fatos. Além disso, promove um ambiente de respeito mútuo e confiança, essencial para a legitimidade e a eficácia das decisões judiciais. A cooperação processual é, portanto, um pilar essencial para a justiça, permitindo que o sistema judicial funcione de maneira mais harmoniosa e eficiente.

O princípio da lealdade processual é aplicado de forma meticulosa no artigo 77 e seguintes do Código de Processo Civil (CPC). De acordo com o artigo 77 do CPC, é incumbência das partes, seus representantes legais e todos os envolvidos no processo, apresentar os fatos perante o tribunal com sinceridade; abstendo-se de formular demandas ou apresentar defesas sabendo que não têm base; evitar a produção de provas desnecessárias ou atos fúteis; acatar fielmente as decisões judiciais, sejam elas temporárias ou definitivas, e não criar obstáculos à sua aplicação; informar prontamente ao tribunal seu endereço residencial ou profissional para recebimento de intimações, e atualizá-lo sempre que necessário; e não realizar mudanças ilegais na situação de bens ou direitos em disputa.

Assim, o dever de probidade se refere à honestidade, à integridade e à boa-fé que devem guiar a conduta de todos os envolvidos no processo judicial. Isso implica agir de maneira ética, transparente e respeitando os princípios constitu-

cionais do contraditório e da ampla defesa, claramente estabelecidos no artigo 5º, inciso LV da CF/88. As partes têm a obrigação de apresentar fatos verídicos, documentos autênticos e argumentos bem fundamentados, evitando qualquer forma de fraude, falsidade ou má-fé.

Ademais, o dever de lealdade é igualmente crucial, exigindo que as partes e seus representantes legais atuem de forma leal e cooperativa durante o processo. Isso inclui o respeito às decisões judiciais, a não utilização de manobras protelatórias e a adoção de uma postura colaborativa na busca por uma solução justa e eficiente para o litígio.

Os advogados, por sua vez, devem orientar sua atuação pela lealdade ao cliente, mas sempre dentro dos limites éticos e legais, evitando conflitos de interesses e garantindo a confiança no sistema judiciário. Em relação aos magistrados, o dever de probidade e lealdade se manifesta na imparcialidade, na independência e na integridade ao proferir suas decisões.

De tal modo, é fundamental que juízes, advogados e demais profissionais envolvidos no processo judicial estejam constantemente se atualizando e aprimorando suas práticas, garantindo assim um elevado padrão de ética e justiça. O compromisso contínuo com a formação e a transparência reforça a confiança da sociedade no sistema judiciário, promovendo a credibilidade e o respeito nas decisões proferidas.

As consequências para os litigantes que agem de má-fé estão previstas nos §§ 1º e 2º do art. 77 do Código de Processo Civil (CPC), que dispõem:

§ 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça.

§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta (Brasil, 2015).

Vale acrescentar que o art. 81 do CPC estabelece que o litigante de má-fé será condenado a pagar multa superior a 1% (um por cento) e inferior a 10% (dez por cento) do valor corrigido da causa. O parágrafo 2º desse artigo inibe ainda mais a tentativa de litigar de má-fé, ao fixar, para causas de valor irrisório ou inestimável, uma multa que poderá ser estabelecida em até 10 (dez) vezes o valor do salário mínimo.

Essas disposições são essenciais para manter a integridade e a eficiência do sistema judicial, pois servem como um mecanismo de controle para assegurar que as partes atuem de forma ética e responsável durante o processo. A imposição de multas e outras sanções disciplinares não só desestimula condutas desonestas e abusivas, mas também protege os direitos das partes que agem de

boa-fé, promovendo um ambiente de respeito e justiça. A rigorosa aplicação dessas sanções reforça a confiança da sociedade no judiciário, garantindo que a justiça seja alcançada de maneira equitativa e transparente.

Acerca da litigância de má-fé, manifestou o TJPR:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO PELO RECONHECIMENTO DE LITISPENDÊNCIA. RECURSO INTERPOSTO PELA AUTORA. 1. ALEGAÇÃO DE DISTINÇÃO DAS AÇÕES, POIS EM UMA A PRETENSÃO SE VOLTA CONTRA A INSCRIÇÃO REALIZADA PELO SCPC E EM OUTRA PELO SERASA. NÃO ACOLHIMENTO. IDENTIDADE DE PARTES, PEDIDO E CAUSA DE PEDIR. LITISPENDÊNCIA CONFIGURADA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 2. **LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ CARACTERIZADA. DEMANDANTE QUE AJUIZOU OS DOIS PROCESSOS COM MINUTOS DE DIFERENÇA, PRETENDENDO INDENIZAÇÃO EM AMBOS PELAS MESMAS DÍVIDAS SUPOSTAMENTE NÃO CONTRAÍDAS. MULTA DEVIDA.** APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E DESPROVIDA (Paraná, 2022). (grifo nosso).

Nesta decisão, a litigância de má-fé restou caracterizada, uma vez que o demandante ajuizou dois processos com minutos de diferença, pretendendo indenização em ambos pelas mesmas dívidas supostamente não contraídas. A tentativa deliberada de obter vantagem indevida por meio de múltiplos processos demonstra uma clara intenção de enganar o sistema judicial. Por conta disso, foi aplicada a multa devida e a condenação por litigância de má-fé, configurada de acordo com o artigo 80 do Código de Processo Civil.

Essa decisão busca não apenas penalizar o comportamento inadequado do demandante, mas também dissuadir outros litigantes de adotarem práticas semelhantes no futuro, promovendo a integridade e a honestidade no uso do sistema judicial.

Seguindo nessa linha, pronunciou o TJPR que:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA CUMULADA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPATÓRIA, EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. **DECISÃO AGRAVADA QUE CONDENOU O EXECUTADO AO PAGAMENTO DE MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. PLEITO DE AFASTAMENTO DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – REJEIÇÃO – AGRAVANTE QUE ALTERA A VERDADE DOS FATOS E PROCEDE DE MODO TEMERÁRIO NOS AUTOS – MÁ-FÉ CONFIGURADA NO CASO – DECISÃO MANTIDA.** RECURSO DESPROVIDO. 1. Agravante que não observou o contido nas decisões proferidas no processo, para realização dos cálculos, agindo de forma temerária, que poderia induzir o juízo em erro, uma vez que não observou fato incontro-

verso nos autos e mesmo assim levou em conta valores não condizentes com o título executivo judicial. 2. Aplicação do artigo 80, incisos I e V do Código de Processo Civil (Paraná, 2023). (grifo nosso)

Na supradecisão, o agravante não observou as determinações contidas nas decisões proferidas no processo para a realização dos cálculos, agindo de forma temerária, o que poderia

induzir o juízo a erro. A agravante desconsiderou um fato incontroverso nos autos e, mesmo assim, levou em conta valores que não condizem com o título executivo judicial.

Essa conduta temerária demonstra uma falta de atenção e respeito às decisões já estabelecidas, potencialmente comprometendo a integridade do julgamento e a correta aplicação da justiça. Tal comportamento configura litigância de má-fé, conforme previsto no artigo 80, incisos I e V, do Código de Processo Civil, justificando a aplicação das sanções correspondentes. A aplicação dessas sanções visa não apenas corrigir o erro específico, mas também prevenir futuras condutas inadequadas que possam prejudicar o andamento e a credibilidade do processo judicial.

E reiterou o TJPR que:

RECURSO INOMINADO. CARTÃO DE CRÉDITO. CONTRATAÇÃO DIGITAL. INSCRIÇÃO DO NOME DA RECLAMANTE PERANTE OS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. VENDA CASADA NÃO CARACTERIZADA NO CASO CONCRETO. FATURAS QUE RETRATAM A UTILIZAÇÃO CONCRETA DO CARTÃO DE CRÉDITO. FATURAS ADIMPLIDAS PELA CONSUMIDORA DURANTE VÁRIOS MESES. VALIDADE DA CONTRATAÇÃO. **RECLAMANTE QUE SE VALEU DE TESES CONTRADITÓRIAS, ORA NEGANDO A CIÊNCIA DA CONTRATAÇÃO, ORA ADMITINDO A CONTRATAÇÃO, MAS PAS-SANDO A ALEGAR A TESE DE VENDA CASADA. RECLAMAN-TE FALTANDO DE MANEIRA OSTENSIVA COM A VERDADE. COMPORTAMENTO ERRÁTICO REPROVÁVEL. VIOLAÇÃO FLA-GRANTE DO DEVER DE LEALDADE E BOA-FÉ PROCESSUAL. ALTERAÇÃO DA VERDADE DOS FATOS E CONDUTA TEMERÁ-RIA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. IMPOSIÇÃO DE MULTA DE OFÍCIO.** RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (Paraná, 2024, grifo nosso).

O reclamante utilizou teses contraditórias, ora negando ter conhecimento da contratação, ora admitindo-a, mas alegando venda casada. Tal comportamento errático, faltando ostensivamente com a verdade, é altamente reprovável. Isso constitui um flagrante violação do dever de lealdade e boa-fé processual, com alteração dos fatos e conduta temerária. A litigância de má-fé foi configurada, resultando na imposição de multa de ofício.

Desse modo, as partes envolvidas no processo que agir com litigância de má-fé, segundo o Código de Processo Civil acarretará diversas consequências adversas para quem a pratica. Entre elas, estão a imposição de multas, a perda de direitos processuais, como a impossibilidade de recorrer, além da responsabilização por danos morais e materiais causados à parte contrária.

5. CONCLUSÃO

Os deveres de probidade e de lealdade no processo civil brasileiro são essenciais para a efetivação da justiça e para a manutenção da confiança no sistema judiciário. Quando as partes e profissionais envolvidos cumprem tais deveres, é possível garantir um ambiente processual equilibrado, respeitoso e capaz de alcançar soluções justas e satisfatórias para os litigantes.

A aplicação rigorosa do princípio da lealdade processual assegura que todos os envolvidos no processo ajam com integridade, promovendo a justiça e a efetividade do sistema judicial. Isso porque esse princípio é fundamental para garantir que o processo ocorra de forma transparente e justa, contribuindo para a confiança das partes no resultado final. Além disso, essa lealdade evita o desperdício de recursos e tempo, promovendo uma resolução mais célere e eficiente dos litígios, o que é essencial para a credibilidade e legitimidade no Poder Judiciário.

Soma-se a isso, a integridade e a transparência são pilares que asseguram a legitimidade das decisões judiciais e a confiança pública no Judiciário. Portanto, a observância desses princípios deve ser sempre incentivada e valorizada em qualquer procedimento judicial. Assim, a promoção contínua da ética e da responsabilidade entre os operadores do direito contribui para a eficiência processual, reduzindo abusos e fraudes, e reforçando a importância de um sistema judicial justo e confiável para toda a sociedade.

Em resumo, a lealdade processual e a busca por um juízo justo e imparcial são pilares que sustentam a credibilidade e a eficácia do sistema judicial. Portanto, a aplicação rigorosa desses princípios é essencial para garantir a justiça e a igualdade no processo judicial, promovendo a confiança da sociedade nas instituições jurídicas.

Por último, é crucial salientar que a implementação desses princípios não deve ser encarada como uma responsabilidade exclusiva das partes envolvidas. É incumbência do Poder Judiciário, por meio de seus juízes, exercer uma ação firme e eficaz na manutenção da boa-fé e da lealdade processual, impondo as sanções apropriadas sempre que esses princípios forem infringidos.

Sendo assim, entende-se que apenas desta forma, assegura-se a construção de uma sociedade mais justa e ética. Outrossim, é necessário que o Poder Judiciário esteja sempre atento às mudanças sociais e jurídicas, adaptando-se

continuamente para garantir que a aplicação desses princípios acompanhe as transformações da sociedade, promovendo a equidade e a justiça em todas as suas decisões. A efetividade das sanções e a vigilância constante são fundamentais para o fortalecimento da confiança pública no sistema judiciário, tornando-o um verdadeiro guardião da ética e da justiça.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: processo de conhecimento. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Curso de processo civil**: parte geral. Atualizado com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 8 de outubro de 1988. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil de 2002. Brasília: Senado Federal, 2002.

BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2015.

BRASIL. **Código de Processo Penal de 1941**. Brasília: Senado Federal, 1941.

BARONOVSKY, Ricardo. **Direito processual civil**. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2022. E-book. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br>. Acesso em: 17 maio 2024.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e direitos fundamentais**: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013. 188 p.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Acórdão 1406285, 07054497120208070018**, Relator: FABRÍCIO FONTOURA BEZERRA, Sétima

Turma Cível, data de julgamento: 16/3/2022, publicado no PJe: 4/4/2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/2100147399> Acesso em: 15 abril. 2024.

MEDINA, José Miguel García. **Direito Processual Civil Moderno**. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MELO, Manuel Maria Antunes de. **Manual de Direito Processual Civil**. 2.ed. CL EDIJUR: Leme/SP, 2016.

MOTA, André. **Lições essenciais de processo civil**. 2.ed. São Paulo: Rideel, 2020. E-book. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br>. Acesso em: 15 maio. 2024.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. 10ª Câmara Cível. **Acórdão 0002531- 06.2021.8.16.0098** - Jacarezinho - Rel.: DESEMBARGADOR GUILHERME FREIRE DE BARROS TEIXEIRA - J. 05.05.2022

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000020485761/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0002531-06.2021.8.16.0098;jsessionid=8ae15cdbf84834ecb8e4da03da71#> Acesso em: 15 abril. 2024.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. 9ª Câmara Cível. **Acórdão 0075774- 49.2022.8.16.0000** - Andirá - Rel.: DESEMBARGADOR ROBERTO PORTUGAL BACELLAR - J. 02.05.2023

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000023408091/Ac%C3%83%C2%B3rd%C3%83%C2%A3o-0075774-49.2022.8.16.0000;jsessionid=24cdb90fab28fcdcdf5f793e8690#> Acesso em: 15 abril. 2024.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. 3ª Turma Recursal. **Acórdão 0000935- 83.2023.8.16.0108** - Mandaguçu - Rel.: JUIZ DE DIREITO DA TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS JUAN DANIEL PEREIRA SOBREIRO - J. 18.03.2024. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/2100000027115941/Ac%C3%83%C2%B3rd%C3%83%C2%A3o-0004784-58.2023.8.16.0045;jsessionid=0393afad60ecec8eb2c2fef52147>. Acesso em: 15 abril. 2024.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Manual do Processo do Conhecimento**. Curitiba: Juruá, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; e TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. v. 1. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

O DIREITO DE NÃO SER PROCESSADO ADMINISTRATIVAMENTE: MANDADO DE SEGURANÇA PARA IMPEDIR A INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR SEM JUSTA CAUSA¹

Gilberto Fachetti Silvestre²

1. INTRODUÇÃO

Esse trabalho é um ensaio elaborado a partir de análise de julgados e de casos concretos e que defende a seguinte tese: a instauração de uma sede corre-

¹ Este é um estudo que complementa a série de pesquisas sobre as consequências da indevida instauração (sem justa causa) de procedimento administrativo disciplinar, que se iniciou com os seguintes trabalhos: 1) SILVESTRE, Gilberto Fachetti. O dano moral do servidor público decorrente da instauração de procedimento correccional sem justa causa. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 24, p. 342-371, 2022; 2) SILVESTRE, Gilberto Fachetti. Impetração de *mandamus* para trancamento do procedimento administrativo correccional disciplinar ou acusatório por ausência de justa causa de instauração. In: BUFULIN, Augusto Passamani; JORGE, Flavio Cheim; MATTOS, Marianne Júdice de. (Org.). **Estudos em homenagem ao Professor Manoel Alves Rabelo**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2023, p. 707-730; e 3) SILVESTRE, Gilberto Fachetti; LIMA NETO, Francisco Vieira. O abuso do poder de denunciar e o direito de não ser réu: uma leitura a partir do novo art. 28 do Código de Processo Penal (Lei n.º 13.964/2019). **Revista de Processo**, v. 45, p. 33-52, 2020.

² Professor do Departamento de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Bolsista Pesquisador Capixaba da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo (FAPES); Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e em Educação pela UFES; Professor Visitante do Instituto Superior de Direito Canônico de Londrina – Pontifícia Università Gregoriana de Roma; Pesquisador na Școala Doctorală – Facultatea de Drept a Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Romênia; Advogado. E-mail: gilberto.silvestre@ufes.br.

cional disciplinar em face de um servidor público, sem um profundo e consistente juízo de admissibilidade por parte da autoridade titular do *jus puniendi*, no qual se averigüe a existência de justa causa para a existência do feito jurisdicional administrativo, pode ser extinguida via mandado de segurança.

A escolha do tema está intimamente associada à relevância social da matéria. Em primeiro lugar, os processos correccionais possuem alto custo pecuniário; e em segundo, há uma potencial repercussão negativa na esfera funcional e pessoal do servidor processado.

Nesse diapasão, mostrou-se imperativo analisar o estado d'arte de julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e de algumas instâncias de apelação, para entender como os tribunais se posicionaram ao enfrentar a matéria e, principalmente, quais seus fundamentos e precedentes.

O objetivo geral dessa pesquisa foi identificar se existe no momento presente direito líquido e certo e ato coator ou abuso na instauração da sede correccional que fundamente a impetração de *mandamus* para trancamento do procedimento. Se constatado que aqueles requisitos existem, *pari passu* se analisou como seriam em processo disciplinar (PAD ou sindicância acusatória).

Para o implemento desse objetivo, procedeu-se a análise de julgados para verificar se há jurisprudência em torno do tema. Por óbvio, a pesquisa aprofundou, como premissa, as noções identificadas na literatura jurídica. Nesse sentido, a pesquisa foi desenvolvida como uma abordagem de caráter qualitativo.

Não houve revisão de bibliografia porque o intuito não foi explorar os conceitos explorados no que concerne especificamente a essa matéria. Trata-se de tema pouco abordado na literatura jurídica. Mas, a pesquisa adotou a metodologia de revisão sistemática de julgados, especificamente recorrendo à análise dos acórdãos da instância superior e, por vezes, da instância suprema.

O método utilizado foi o indutivo, buscando estabelecer uma referência geral com base no conhecimento de certo número de dados singulares, ou seja, partindo de dados singulares para a elaboração de uma conclusão de cunho genérico.

A pesquisa, assim, pretende oferecer aos operadores do Direito o entendimento recente e hodierno das instâncias especial e suprema e de alguns órgãos de apelação acerca da viabilidade e operabilidade da impetração de *mandamus* para trancamento do processo administrativo disciplinar por ausência de justa causa de instauração. Com isso, a tese aqui defendida pretende oferecer recursos práticos à comunidade jurídica para a operabilidade da matéria em sede judicial.

2. A JUSTA CAUSA PARA INSTAURAÇÃO DA SEDE DISCIPLINAR

A instauração de um Processo Administrativo Disciplinar deve seguir as diretrizes da Instrução Normativa n.º 14/2018 do Ministério da Transparên-

cia e Controladoria-Geral da União, que regulamenta a atividade correcional no sistema de correição do Poder Executivo Federal de que trata o Decreto n.º 5.480/2005.

O art. 4.º da IN n.º 14/2018 estabelece duas categorias de instrumentos de correição no Poder Executivo Federal: “Art. 4º Os procedimentos correccionais podem ter natureza investigativa ou acusatória”.

Os instrumentos investigativos têm natureza meramente inquisitorial e deles não pode resultar aplicação de penalidade, conforme dispõe o *caput* do art. 5.º da IN n.º 14/2018:

Art. 5º São procedimentos correccionais investigativos:

- I - a investigação preliminar (IP);
 - II - a sindicância investigativa (SINVE); e
 - III - a sindicância patrimonial (SINPA).
- [...].

O art. 6.º da IN n.º 14/2018, por sua vez, elenca em *numerus clausus* os instrumentos acusatórios, que têm natureza contraditória e dos quais pode resultar aplicação de penalidade:

Art. 6º São procedimentos correccionais acusatórios:

- I - a sindicância acusatória (SINAC);
- II - o processo administrativo disciplinar (PAD);
- III - o processo administrativo disciplinar sumário;
- IV - a sindicância disciplinar para servidores temporários regidos pela Lei n.º 8.745, de 9 de dezembro de 1993;
- V - o procedimento disciplinar para empregados públicos regidos pela Lei n.º 9.962, de 22 de fevereiro de 2000;
- VI - o processo administrativo sancionador relativo aos empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista (PAS); e
- VII - o processo administrativo de responsabilização (PAR).

Ao receber a denúncia, a autoridade competente procederá ao juízo de admissibilidade, para constatar se há indícios de autoria e materialidade consistentes para a instauração de algum dos instrumentos correccionais. Tal é assim por disposição do *caput* do art. 9.º da IN n.º 14/2018:

Art. 9º O juízo de admissibilidade é ato administrativo por meio do qual a autoridade competente decide, de forma fundamentada, pelo arquivamento ou instauração de procedimento correcional, conforme previsto nos arts. 5º e 6º desta Instrução Normativa.

[...].

O Manual de Processo Administrativo Disciplinar (2016, p. 48) da Controladoria Geral da União (CGU) orienta que a instauração de um PAD não é obrigatória somente pela chegada de uma denúncia:

Colocada a questão da obrigatoriedade de apuração da irregularidade que chegar ao conhecimento da autoridade competente, é importante observar que tal obrigação não é absoluta, já que nem todas as notícias de irregularidade, após a devida análise, levarão a aludida autoridade a concluir pela existência de infração disciplinarmente censurável.

Pari passu, o mesmo Manual de Processo Administrativo Disciplinar da CGU (2016, p. 48-49) recomenda que denúncias com pouca consistência sejam, antes da instauração de PAD, objeto de uma apuração (investigação) preliminar:

também acontece de a notícia da eventual irregularidade ser pontual, mas incompleta, requerendo, assim, uma verificação mais aprofundada de seus elementos para delimitação inicial da materialidade (fato supostamente irregular) e autoria (eventual autor do fato). Nessa situação, a autoridade competente deverá coletar informações com o objetivo de confirmar ou não a plausibilidade da notícia, ou seja, se de fato há indícios que apontem para a ocorrência da infração disciplinar relatada, conforme determina o art. 143 da Lei nº 8.112/90: “a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata (...)”.

Nesse contexto exemplificativo, percebe-se que é indispensável fazer uma análise prévia da notícia de irregularidade recebida, utilizando-se, caso necessário, dos procedimentos investigativos (conceituados no item 6.1), para que só então possa ser tomada a decisão adequada: cumprir o disposto no citado parágrafo único do art. 144, arquivando a denúncia ou representação inepta; ou cumprir o disposto no referido art. 143, quando esse estabelece a utilização da sindicância contraditória ou do processo administrativo disciplinar para a apuração dos fatos. A essa análise prévia da notícia de irregularidade exigida de forma indireta pela Lei nº 8.112/90, e à subsequente decisão adotada pela autoridade competente, denomina-se juízo ou exame de admissibilidade.

Em seu juízo de admissibilidade para a instauração da sede investigativa, sindicante ou disciplinar, a autoridade administrativa não pode instaurar *incontinenti* um processo administrativo disciplinar pelo simples fato de receber uma denúncia, especialmente quando a rotina da repartição permite perceber que tal notícia é inconsistente. Isso se deve ao fato de que o PAD, pelo disposto no art. 32 da IN n.º 14/2018, somente deve ser instaurado quando houver *fortes e consistentes* indícios de materialidade e autoria da prática de infração disciplinar:

Art. 32. O PAD é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração disciplinar praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.

Parágrafo único. Do PAD poderá resultar a aplicação de penalidade de advertência, suspensão de até 90 (noventa) dias, demissão, destituição do cargo em comissão ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Observe, outrossim, que pela formulação normativa do *caput* do art. 32 o sintagma “apurar responsabilidade de servidor” indica que o fato é evidente ou já foi apurado. É que, embora haja uma fase de inquérito no processo administrativo disciplinar, seu objeto principal é a análise da infração, o indiciamento e a imputação ou não de responsabilidade.

Cabe à sindicância investigativa ou preparatória, nos termos dos arts. 19 a 22 da IN n.º 14/2018, a apuração preliminar de fatos infracionais. É bom destacar, aqui, as formulações dos arts. 19 e 22:

Art. 19. A SINVE constitui procedimento de caráter preparatório, destinado a investigar falta disciplinar praticada por servidor ou empregado público federal, quando a complexidade ou os indícios de autoria ou materialidade não justificarem a instauração imediata de procedimento disciplinar acusatório.

Parágrafo único. Da SINVE não poderá resultar aplicação de penalidade, sendo prescindível a observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Art. 22. O relatório final da SINVE deverá ser conclusivo quanto à existência ou não de indícios de autoria e materialidade de infração disciplinar, devendo recomendar a instauração do procedimento disciplinar cabível ou o arquivamento, conforme o caso.

O juízo de admissibilidade pela autoridade administrativa deve ser aprofundado, e não baseado apenas em denúncia ou recomendação do Ministério Público. Segundo Mauro Roberto Gomes de Mattos (2010, p. 577), a autoridade deve, no juízo de admissibilidade, partir de critérios aprofundados e detalhados de análise do contexto fático:

No juízo de admissibilidade do processo administrativo disciplinar devem ser empregados pela Autoridade administrativa competentes critérios aprofundados e detalhados de análise do contexto fático, para cotejá-los com os possíveis documentos e provas que o instruem, objetivando que se evite a instauração de processos com falta de objeto, onde a representação ou denúncia que deram causa aos mesmos são flagrantemente improcedentes ou inoportunas.

Há denúncias que não devem prosperar e devem ser arquivadas *incontinenti*. O parágrafo único do art. 144 da Lei n.º 8.112/1990 obriga o arquivamento se o fato descrito na peça acusatória não seja evidente infração disciplinar ou ilícito penal. Se tal evidência não existir, será caso de arquivamento por falta de objeto:

Art. 144. As denúncias sobre irregularidades serão objeto de apuração, desde que contenham a identificação e o endereço do denunciante e sejam formuladas por escrito, confirmada a autenticidade.

Parágrafo único. Quando o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a denúncia será arquivada, por falta de objeto.

O sintagma “falta de objeto” do parágrafo único do art. 144 significa ausência de justa causa. Nesse sentido, José Armando da Costa (2002, p. 203) assim escreve:

Vê-se, assim, que, sem esses conectivos pré-processuais, resta ilegítima a iniciativa da administração pública consistente na abertura desses expedientes apuratórios de faltas disciplinares, pois que tais elementos prévios indiciários (*fumus boni iuris*) não apenas constituem uma exigência jurídico-processual sinalizadora da plausibilidade de condenação do servidor imputado, como também configura uma garantia em favor deste, que não poderá, sem o mínimo de motivação, ser submetido a inquietadores procedimentos como tais.

Em matéria correcional existe a necessidade de verificar a existência de indícios de autoria e materialidade de infração disciplinar antes que seja determinada a instauração de procedimento disciplinar que irá confirmar ou não essa primeira impressão da autoridade administrativa, haja vista os efeitos de natureza moral imputados ao agente público decorrente da apuração de irregularidade funcional. Além de ser colocado sob suspeita, vários direitos do servidor são suprimidos: não pode assumir cargos de confiança, seus direitos de gozar licenças são suspensos, e, também, não pode pedir exoneração nem aposentadoria voluntária no período em que responde o PAD (*caput* do art. 172 da Lei n.º 8.112/1990).

Quanto ao dever de apurar que está prescrito no art. 143 da Lei n.º 8.112/1990, a Controladoria Geral da União (CGU) (2012) entende que se trata de ato com duplo aspecto:

- 1) vinculado: objetiva promover a apuração imediata das irregularidades; não há alternativa, pois a autoridade deve necessariamente instaurar o procedimento cabível *havendo indícios de autoria e materialidade*; e
- 2) discricionário: a autoridade deve escolher o procedimento disciplinar cabível conforme parâmetros normativos vigentes (princípios e regras).

Ainda de acordo com a CGU (2012), no juízo de admissibilidade, feito a partir das notícias de possível irregularidade que chegam à autoridade competente, é necessária uma análise prévia pela autoridade, com o “levantamento dos elementos relacionados à suposta irregularidade e, ato contínuo, com a ponderação à vista da necessidade e utilidade de determinar a instauração da sede disciplinar”. Deverá, pois, a autoridade, certificar-se da presença de in-

dícios de materialidade — *id est*, identificar a extensão do fato irregular (ação ou omissão em afronta ao ordenamento jurídico) relacionado ao exercício do cargo — e de indícios de autoria — identificar o servidor envolvido com o possível fato irregular.

Para a instauração da sede disciplinar (PAD ou sindicância acusatória) é necessária a existência de justa causa para instauração de procedimento punitivo. A instauração do respectivo procedimento disciplinar deve ser precedida de uma análise sobre a existência de indicativos do cometimento de irregularidade administrativa. E, para isso, não basta uma denúncia ou recomendação do *Parquet* para se presumir, *de per si*, existirem os indícios da materialidade.

A respeito do que consiste em a justa causa para um PAD, assim define Antonio Carlos Alencar Carvalho (2016, p. 100):

a instauração de processo administrativo disciplinar pressupõe a autoria e a materialidade evidenciadas quanto ao cometimento de falta funcional por servidor público, de sorte que, demonstrada indiscutivelmente a inexistência de justa causa, como no caso de o fato não caracterizar infração disciplinar, o funcionário acusado pode requerer, na via administrativa ou judicial, o trancamento do feito apenador indevidamente aberto.

Veja que a instauração do PAD depende de *materialidade evidente*. Somente assim existirá uma justa causa.

O PAD objetiva apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo (Controladoria-Geral Da União, 2016). Ou seja, a sede disciplinar já parte do pressuposto de que o servidor, em tese, cometeu infrações, sendo a fase contraditória o momento de se verificar se tais percepções são verdadeiras ou falsas.

Já a sindicância investigativa objetiva apurar a existência de irregularidades funcionais e precede ao processo administrativo disciplinar, sendo o meio sumário de apuração ou elucidação de irregularidades no serviço para posterior instauração de processo e punição ao infrator (Controladoria-Geral da União, 2016). Isso é, a sindicância investigativa/preparatória irá verificar se há ou não infração, ainda que em tese, no caso concreto: “Ao final, de posse das informações obtidas, a autoridade competente decidirá pela instauração da sede disciplinar através de uma sindicância contraditória ou processo administrativo disciplinar ou pelo arquivamento do feito” (Controladoria-Geral da União, 2016, p. 55).

A título de exemplo, tome-se a seguinte situação hipotética:

Um docente de universidade federal é denunciado e acusado por não cumprir o mínimo legal de 8h semanais em sala de aula e por não cumprir o restante da carga horária do seu regime de trabalho com os encargos extraclasse. Cabe à autarquia, antes da imediata instauração do processo disciplinar, verificar, exemplificativamente:

- 1) se, de fato, o professor descumpria a carga horária didática mínima e o porquê de tal descumprimento, investigando quem lhe atribuía a quantidade deficitária de turmas, afinal, a atribuição dos encargos didáticos é feita pela própria instituição; e
- 2) se o docente cumpria com as tarefas extraclasse, consultando os indicadores do seu *curriculum vitae* na Plataforma Lattes.

Somente após as verificações — por meio de investigação — desses questionamentos é que se poderia falar, talvez, em PAD.

Ainda no caso do exemplo dado, as autoridades universitárias conhecem seu funcionamento e têm condições de identificar as denúncias que são equivocadas e falaciosas.

O Manual de Processo Administrativo Disciplinar (2016, p. 14-18) da Controladoria Geral da União (CGU) elenca seis princípios fundamentais da sede disciplinar, quais sejam: devido processo legal, ampla defesa, contraditório, informalismo moderado, verdade real, presunção de inocência ou de não culpabilidade e motivação.

Um processo administrativo disciplinar instaurado sem justa causa e uma apuração preliminar que demonstre a consistência da denúncia infringe os princípios do devido processo legal, da presunção de inocência ou de não culpabilidade e da motivação. Assim se depreende a partir do que dispõe a Controladoria Geral da União (2016, p. 49):

o juízo ou exame de admissibilidade constitui-se em uma espécie de análise prévia da notícia de irregularidade funcional, cumprindo-se assim o que determina o mencionado art. 143 quanto ao dever de apurar, sem que, para isso, a autoridade competente precise instaurar açodadamente a sede disciplinar propriamente dita, com o risco de descumprir princípios muito caros à Administração Pública, como os da eficiência e economicidade.

O Manual de Processo Administrativo Disciplinar da CGU (2016, p. 15) define o devido processo legal como a obediência aos ritos legais para o processamento disciplinar:

Por esse princípio, nenhuma decisão gravosa a um determinado sujeito poderá ser imposta sem que, antes, tenha sido submetido a um processo cujo procedimento esteja previamente previsto em lei, ou seja, impõe-se o cumprimento dos ritos legalmente previstos para a aplicação da penalidade.

A infração ao *due process of law* diz respeito à instauração de processo administrativo disciplinar sem prévio juízo de admissibilidade exaustivo ou sem sindicância investigativa, conforme preceitua a Instrução Normativa n.º 14/2018 do Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União.

A presunção de inocência ou de não culpabilidade consiste em não se considerar ninguém como culpado até a decisão processual definitiva (inciso LVII do *caput* do art. 5.º da Constituição da República) (Controladoria-Geral da União, 2016, p. 18). Tal não se verifica quando o servidor é tratado como infrator em decorrência de conclusões inconsistentes de denúncia ou recomendação. A instauração da prévia sindicância investigativa possibilitaria verificar se haveria, em tese, infração para ser atribuída ao servidor.

A motivação também foi ignorada. Esse princípio consiste em “uma forma de publicidade da vontade da Administração estampada nos seus atos. Portanto, a razão e os fundamentos de qualquer decisão administrativa que implique restrições a direitos dos cidadãos devem obrigatoriamente ser explicitados” (Controladoria-Geral da União, 2016, p. 19).

A exigência de motivação está prescrita no art. 50 da Lei n.º 9.784/1999, destacando para a tese aqui defendida os incisos I e II: “Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; [...]”.

3. O TRANCAMENTO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR POR MEIO DE MANDADO DE SEGURANÇA: POSSIBILIDADE

A sede disciplinar deve ser instaurada em face do servidor público de maneira regular, auferida pela verificação dos seguintes elementos na situação *in concreto*, ainda que perfunctoriamente:

- 1) adequação às disposições normativas da Lei n.º 8.112/1990, que determina, no parágrafo único do art. 143, o arquivamento da denúncia em caso de ausência de indícios de autoria e materialidade;
- 2) obediência aos ritos preliminares à instauração da sede correccional que estão estabelecidos nas normas regulamentares da Instrução Normativa n.º 14/2018 do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, que trata da atividade correccional no sistema de correição do Poder Executivo Federal de que trata o Decreto n.º 5.480/2005, já que, por ela, deve existir uma profunda investigação (preliminar) do *fumus boni juris* de infração disciplinar; e
- 3) cumprimento das orientações da Controladoria Geral da União (CGU) contidas no *Manual de Processo Administrativo Disciplinar* (2016), que determina um juízo de admissibilidade profundo antes da instauração da sede disciplinar.

É certo que um PAD decorre do juízo discricionário da autoridade. Porém, o titular do *imperium* deve admitir a denúncia a partir de três critérios:

- 1) *consistente motivação* para a instauração, sem já partir do pressuposto de que as denúncias são verdadeiras, afinal, a regra é a presunção de inocência;
- 2) *oportunidade*, verificando se há nexo de oficialidade, ou seja, se o servidor praticou o ato no desempenho do cargo ou função (art. 124 da Lei n.º 8.112/1990) e se a conduta realmente está em desacordo com o que se conhece do funcionamento do órgão; e
- 3) *conveniência*, para aqueles casos em que o processo é sabidamente nati-morto, principalmente naqueles casos em que a autoridade instaura o PAD com receio de ser responsabilizado por omissão ou naqueles casos de denúncia fundada em torpeza e perseguição maquiavélica (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

Uma pesquisa de julgados revelou que já existiram situações em que se impetrou *mandamus* para o trancamento de PAD e a ordem foi concedida.

De se asseverar, antes da abordagem dos julgados, que não se pode dizer tratar-se de jurisprudência e de medida unânime nos tribunais. Deixa-se claro que os julgados a seguir trabalhados são apresentados como elemento de convicção para constatar a operabilidade da tese aqui defendida em casos concretos da vida.

Preliminarmente, é importante esclarecer que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu no Mandado de Segurança n.º 12.927/DF a possibilidade de o Judiciário proceder ao controle de discricionariedade no processo administrativo disciplinar:

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. DISCRICIONARIEDADE. INOCORRÊNCIA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA AUSENTE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA. I - Tendo em vista o regime jurídico disciplinar, especialmente os princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e proporcionalidade, inexistente aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar. II - Inexistindo discricionariedade no ato disciplinar, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais. [...]. (STJ, MS n.º 12.927/DF, 3ª Seção, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 12/12/2007).

Ainda em sede preliminar, é importante destacar o seguinte:

- 1) o mandado de segurança para trancamento de procedimento correcional disciplinar é medida excepcional;

- 2) não pode ser utilizado contra uma sindicância investigativa: primeiro porque a investigação é um ato necessário e salutar; e segundo porque nesse procedimento correccional não há acusado, indiciado ou processado, ou seja, não há o equivalente a um “réu”; e
- 3) não pode ser impetrado para discutir mérito do juízo de admissibilidade, da instauração ou da própria sede disciplinar (PAD ou sindicância acusatória), restringindo-se apenas a analisar ilegalidades formais do instauratório (como, *exempli gratia*, atipicidade, apurar matéria prescrita, juízo de admissibilidade raso ou superficial, ausência de provas ou instrução probatória diabólica).

Pois bem. No Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 48.583/MS, o STJ entendeu, quanto ao trancamento de PAD, que o Judiciário pode atuar nesse sentido para controle de situações de ilegalidade:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CONTROLE JURISDICIONAL. PORTARIA QUE INSTAURA SINDICÂNCIA PARA APURAR ATUAÇÃO DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM PROCESSO JUDICIAL. PODER DISCIPLINAR DA CORREGEDORIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUTONOMIA FUNCIONAL NAS MANIFESTAÇÕES PROCESSUAIS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FORMAL E MATERIAL NO PROCEDIMENTO INSTAURADO. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA. NÃO PROVIMENTO DO RECURSO. 1. A abertura de processos administrativos disciplinares para apuração de possíveis infrações cometidas por membros do *Parquet* consiste em exercício regular do poder disciplinar conferido pela Constituição Federal ao Ministério Público em relação a seus membros e servidores. Somente está autorizado o STJ a rever eventual ato administrativo na matéria em situações de descumprimento de questões formais e nos casos de patente ilegalidade, quando o procedimento instaurado não tenha observado, por exemplo, os direitos e as garantias individuais constitucionais, como o contraditório, a ampla defesa (ambos no inciso LV, art. 5º da CF/1988) e o devido processo legal (inciso LIV, art. 5º da CF/1988). Precedentes. 2. A Portaria que instaurou a sindicância não desafiou aspectos formais ou de legalidade, nem mesmo em relação à suposta violação de princípios informadores do processo administrativo disciplinar. O fato de conter a narrativa detalhada dos fatos não corresponde a prejulgamento do processo; ao oposto, contribui para o exercício da ampla defesa e do contraditório. [...]. (STJ, RMS n.º 48.583/MS, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 20/02/2018).

Em igual sentido, os seguintes julgados: STJ, MS n.º 16.121/DF, 1.ª Seção, Rel. Min. Mauro Campbell, julgado em 25/02/2016; STJ, MS n.º 20.875/DF, Corte Especial, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 03/11/2014; STJ, MS n.º 14.891/DF, 3.ª Seção, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 19/04/2016;

STJ, MS n.º 13.161/DF, 3.ª Seção, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 30/08/2011; STJ, RMS n.º 38.446/SP, 2.ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 06/03/2014; e STF, Recurso em Mandado de Segurança n.º 26.371, 1.ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 18/05/2007.

No Mandado de Segurança n.º 9.004/DF, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu cabível o trancamento do PAD ante a ausência de intenção de praticar infração disciplinar. Observe que, aí, até se adentrou no mérito apuratório da matéria:

Mandado de Segurança. Procurador da República. Promoção. Mudança de domicílio. Acúmulo de cargo públicos. Docência. Universidade do Pará. Abandono de cargo. Processo administrativo disciplinar. “*Animus abandonandi*”. Inexistência. Atipicidade. Cessão para a Universidade de Brasília. Não apreciação pela Universidade do Pará. Configura-se admissível o trancamento do processo administrativo disciplinar em face da manifesta e inequívoca ausência do elemento subjetivo da conduta. Não cabe ao Judiciário suprimir a instância administrativa e apreciar o pedido de cessão funcional, quando a Administração relegou tal análise para momento posterior à realização do processo administrativo disciplinar. Superado o óbice à apreciação do pedido, deve a Administração analisá-lo. Ordem parcialmente concedida. (STJ, MS n.º 9.004/DF, 3ª Seção, Rel. Min. Paulo Medina, julgado em 22/10/2003).

A ausência ou a presença do *animus infringendi* — semelhantemente ao que ocorreu no MS n.º 9.004/DF — deve ser previamente aventada *prima facie* quando da instauração da sede correcional.

Retomando e especificando mais o exemplo do docente do regime de trabalho de 40h semanais sem dedicação exclusiva de instituição de ensino superior federal, realiza 8h de orientações e estudos de casos na residência médica, mas é acusado de não ministrar as 8h em sala de aula e de não cumprir presencialmente a carga horária de 32h em atividades extraclasse (Lei n.º 12.772/2012).

A autoridade pública autárquica conseqüente, de plano, verificar a ausência de *animus infringendi* do professor, uma vez que: 1) conhece o funcionamento e as normas regulamentares da IES e, por isso, sabe que residência médica é curso de especialização oferecido pela instituição (conforme *caput* do art. 1.º da Lei n.º 6.932/1981) e que as atividades docentes lá desenvolvidas têm natureza didática (ou seja, é uma forma peculiar de aula); 2) pode consultar o *curriculum vitae* da Plataforma Lattes do docente e constatar seus indicadores de produtividade para verificar se as 32h de pesquisa, planejamento e orientação estão sendo cumpridas; 3) conhece que, pelas normas internas, os encargos didáticos são atribuídos pelos Departamentos de Ensino de lotação do servidor-docente, de modo que o professor não pode ser responsabilizado por ato que não praticou; e 4) tem conhecimento de que não há obrigatoriedade de cumprimento da carga horária de 32h em atividades extraclasse no espaço físico da repartição.

Retornando à análise do MS n.º 9.004/DF, o Relator deferiu a medida *ab ovo* do *writ* para suspender a instauração de procedimento administrativo disciplinar até julgamento definitivo do *mandamus*, a fim de resguardar a eficácia do provimento final, uma vez que eventual demissão prejudicaria o pedido de cessão funcional discutida no âmbito daquele mandado de segurança.

Hely Lopes Meirelles (2001, p. 655-656) entende que o Poder Judiciário pode proceder ao controle dos elementos essenciais de um processo administrativo disciplinar para além daqueles inerentes à defesa:

Permitido é ao Poder Judiciário examinar o processo administrativo disciplinar para verificar se a sanção imposta é legítima e se a apuração da infração atendeu ao devido procedimento legal. Essa verificação importa conhecer os motivos da punição e saber se foram atendidas as formalidades procedimentais essenciais, notadamente a oportunidade de defesa ao acusado e a contenção da comissão processante e da autoridade julgadora nos limites de sua competência funcional, isto sem tolher o discricionarismo da Administração quanto à escolha da pena aplicável dentre as consignadas na lei ou regulamento do serviço, à graduação quantitativa da sanção e à conveniência ou oportunidade de sua imposição. O que se nega ao Judiciário é o poder de substituir ou modificar penalidade disciplinar a pretexto de fazer justiça, pois, ou a punição é legal, e deve ser confirmada, ou é ilegal, e há que ser anulada; inadmissível é a substituição da discricionariedade legítima do administrador por arbítrio ilegítimo do juiz.

Pois bem. É jurisprudência que o Poder Judiciário não pode proceder ao reexame do mérito administrativo de um PAD, exceto quando demonstrado abuso de poder na atuação da autoridade, ou a flagrante ilegalidade da sanção aplicada quando esta é fixada com base em situação fática inexistente.

Nesse sentido, o Relator do Mandado de Segurança n.º 10.442/DF, que tramitou no Superior Tribunal de Justiça, asseverou que “tendo em vista a repercussão negativa na esfera funcional, familiar e pessoal do servidor público e, ainda, os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, mostra-se indispensável a necessidade de justa causa para a abertura de sindicância ou processo disciplinar” (STJ, MS n.º 10.442/DF, 3.ª Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, julgado em 24/08/2005).

Assim, nas hipóteses de instauração sem justa causa, estão presentes os requisitos essenciais exigidos pelo *caput* do art. 1.º da Lei n.º 12.016/2009 para a propositura e para a concessão de liminar em mandado de segurança:

Art. 1º. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. [...].

A presença dos requisitos pode ser vislumbrada da seguinte maneira:

- *Direitos líquidos e certos*: presunção de inocência; não ter registro em ficha funcional para impossibilitar exoneração ou aposentadoria (*caput* do art. 34 c/c *caput* do art. 172, todos da Lei n.º 8.112/1990); promoção funcional nos níveis da carreira por merecimento; licenças e afastamentos que não sejam por motivo de saúde; assumir cargos ou funções de confiança ou comissão (Lei Complementar n.º 135/2010 c/c Decreto n.º 9.727/2019). *Verbi gratia*, a exoneração do cargo efetivo é ato voluntário unilateral do servidor público, constituindo verdadeira *potestade* (direito potestativo), conforme *caput* do art. 34 da Lei n.º 8.112/1990: ou seja, não há condições a serem preenchidas para o exercício desse direito, a não ser não estar respondendo a um procedimento disciplinar (*caput* do art. 172, todos da Lei n.º 8.112/1990) ou ter que cumprir período igual ao do afastamento (§ 2.º do art. 95 da Lei n.º 8.112/1990); e
- *Ato coator e abusivo*: indevida instauração de sede disciplinar sem indícios de materialidade e para apurar fatos atípicos, ou seja, abertura de processo administrativo disciplinar sem justa causa e sem observância dos ritos preliminares à instauração da sede correccional que estão estabelecidos nas normas regulamentares da Instrução

Normativa n.º 14/2018 do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União.

Na Apelação n.º 1033259-14.2017.8.26.0053, que tramitou no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), foi admitido o trancamento do PAD por ausência de justa causa na sua instauração:

APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA PAD – Alegação de violação de direito ilíquido e certo ante a instauração de PAD sem justa causa para tanto – Sentença de primeiro grau que denegou a segurança Descabimento Fatos narrados que impõe a concessão da segurança pleiteada Ausência de justa causa para a instauração do PAD Impetrante que agiu em prol do bem público Necessidade de ponderação de valores Sigilo de documentos que não pode se prestar a encobrir condutas criminosas e ímprobos Encaminhamento dos documentos ao Ministério Público que resultou na responsabilização dos envolvidas nas práticas ilícitas Prosseguimento do PAD que implicaria imposição de verdadeira sanção a servidor público que agiu com lisura e probidade Trancamento do PAD por ausência de justa causa que é medida que se impõe - Segurança concedida – Recurso provido. (TJSP, Apelação n.º 1033259-14.2017.8.26.0053, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Rubens Rihl, julgado em 09/04/2019).

A propósito, o TJSP já decidiu semelhantemente pelo trancamento do PAD em outras situações, a exemplo do que ocorreu na Apelação Cível n.º 1003500- 09.2015.8.26.0236: “Mandado de segurança. Processo administrativo. Autuação de municipalidade. Apuração de eventual culpa de servidor. Motivos determinantes não configurados. Trancamento do expediente. Sentença mantida. Recurso e reexame necessário desprovidos” (TJSP, Apelação Cível n.º 1003500- 09.2015.8.26.0236, 13.ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Borelli Thomaz, julgado em 28/09/2016).

É bom destacar, novamente, que não se trata de intervenção do Poder Judiciário no mérito do processo administrativo disciplinar, uma vez que é da sua competência apreciar tão-somente a regularidade dos atos administrativos. Nesse aspecto, sendo clarividente a ausência de motivação determinantes para a instauração da sede disciplinar, adequado é o trancamento do processo administrativo.

Ainda na Apelação n.º 1033259-14.2017.8.26.0053 no TJSP, o relator consignou em seu voto a possibilidade de trancar um PAD via *writ*:

O trancamento de Processo Administrativo Disciplinar por meio da impetração de Mandado de Segurança se mostra medida possível e adequada, desde que reste caracterizada a ausência de justa causa, de motivos determinantes para a instauração do procedimento, o que permitiria ao Poder Judiciário impedir o seguimento do ato administrativo em razão da ilegalidade patente.

A Justiça Federal de São Paulo (Tribunal Regional Federal da 3.ª Região), na Remessa Necessária Cível n.º 40.267, também já decidiu pelo trancamento de um processo administrativo disciplinar por ausência de justa causa:

ADMINISTRATIVO. TRANCAMENTO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MÉDICO NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE PARLAMENTAR DE VEREADOR. DENÚNCIAS QUE NÃO SE CONFUNDEM COM O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. 1. Objetiva-se a sustação de processo ético-profissional, instaurado pelo Conselho Regional de Medicina do Mato Grosso do Sul, por ter o impetrante denunciado, publicamente, na condição de vereador, irregularidades em hospital Municipal. 2. Ao denunciar irregularidades relativas a saúde pública, ao atendimento da população carente, não estava o impetrante o fazendo no exercício da profissão de médico, mas sim, de vereador, defendendo interesses de seus munícipes, estando aí acobertado pelo manto da inviolabilidade, garantida pela Constituição Federal, art. 29, VI. 3. Precedentes. 4. Remessa oficial não provida. (TRF-3, Remessa Necessária Cível n.º 40.267 - 0002577-23.1990.4.03.6000, 3ª Turma, Rel. Juíza Convocada Eliana Marcelo, julgado em 18/10/2006).

Em caso semelhante, envolvendo uma médica que atuava como vereadora e era processada pelo Conselho Regional de Medicina por opiniões manifes-

tadas como edil, o TRF da 3.^a Região também determinou a sustação do processo disciplinar:

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR MOVIDO PELO CREMESP/SP. MÉDICO NO EXERCÍCIO DE MANDATO DE VEREADOR. INVIOABILIDADE DAS OPINIÕES. ARTIGO 29, VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. TRANCAMENTO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MANUTENÇÃO. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO. - A hipótese comporta julgamento monocrático, na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil. - Os autos versam sobre pedido de trancamento de processo ético-disciplinar, instaurado para fins de apuração de suposta infração ao código de ética médica. - O impetrado alega em suas informações (fls. 61/137) que a impetrante, que é médica, se manifestou na Câmara Municipal e em jornal da localidade, citando informações obtidas não somente como vereadora, mas como médica em exercício da sua função, expondo publicamente situação de paciente, e que o processo está sendo movido na condição de médica e não de vereadora, não sendo sua conduta isenta da responsabilidade administrativa, uma vez que seu comportamento não se subsume ao âmbito de incidência da proteção constitucional de imunidade material. - Quanto às garantias constitucionais, cumpre lembrar os termos dispostos no artigo 29 da Constituição Federal, *in verbis*: “Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: I - eleição do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores, para mandato de quatro anos, mediante pleito direto e simultâneo realizado em todo o País; (...) VIII - inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município; (Renumerado do inciso VI, pela Emenda Constitucional nº 1, de 1992)”. - Eventual alegação de suposta ilegalidade envolvendo conduta médica não autoriza o Conselho a instaurar processo administrativo ou punir o autor da denúncia, uma vez que o processo ético - disciplinar visa apurar as infrações previstas pelo Código de Ética Médica, e não com base nas declarações prestadas pela impetrante, na qualidade de vereadora, ainda que publicadas na imprensa local. - A impetrante, ao denunciar as dificuldades encontradas por pacientes que eram submetidos à perícia junto ao INSS daquele município (fls. 20/22 e 28), não o estava fazendo no exercício da profissão de médica, mas sim, de vereadora, defendendo interesses de seus munícipes, estando aí acobertada pelo manto da inviolabilidade, garantida pela Constituição Federal (art. 29, VI), bem como pela Lei Orgânica do seu Município. Visualizando assim a melhora efetiva do atendimento à população que dependia de apenas um profissional, fato que dificultava a agilização dos procedimentos previdenciários de concessão de auxílio-doença. - Não se cogita da figura do médico, com o dever de denunciar irregularidades perante a respectiva autarquia da classe, mas sim da figura do vereador o qual, como mandatário do povo, goza da prerrogativa da inviola-

bilidade em razão de suas opiniões, palavras e votos. - Não compete ao CRE-MESP julgar atos praticados por vereador no exercício de seu mandato, cujas opiniões, palavras e votos têm inviolabilidade assegurada pela Constituição Federal (art. 29, VIII). - Se fosse admitido ao médico-vereador que somente pudesse denunciar irregularidades frente ao Conselho Regional de Medicina ou junto à Comissão de Ética da autarquia, estar-se-ia restringindo o múnus público que lhe foi acometido, de sorte a subjugar os interesses maiores da comunidade em relação aos interesses particulares de uma classe. Precedentes. - Considerando os termos da Resolução CFM nº 1931/2009 dispondo que as normas do Código de Ética Médica devem submeter-se aos dispositivos constitucionais vigentes e, tendo em vista a garantia de inviolabilidade das opiniões, palavras e votos proferidos por vereadores no exercício de seus mandatos, na circunscrição do Município em que atuam, deve ser mantida a r. sentença que determinou o trancamento do processo administrativo disciplinar interposto em face da impetrante. - As razões recursais não contrapõem os fundamentos do decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida. -Agravos legais improvidos. (TRF-3, Apelação Cível nº 295889-0002816-56.2006.4.03.6100, 4ª Turma, Rel. Des. Fed. Mônica Nobre, julgado em 02/03/2016. Semelhantemente: TRF-3, Remessa Necessária Cível nº 170.258, 6ª Turma, Rel. Des. Fed. Lazarano Neto, julgado em 27/07/2005).

Conforme aponta Mauro Roberto Gomes de Matos (2005, p. 745), o administrador não tem ampla discricionariedade para a instauração do PAD:

A boa-fé e a segurança jurídica retiram do administrador público a faculdade da instauração do procedimento administrativo genérico, sem que haja aparente transgressão aos princípios disciplinares que regem a vida funcional. Não funciona o processo disciplinar como “uma caixa de surpresas” onde a ausência de materialidade de uma possível falta funcional poderia proporcionar a instauração de inquérito administrativo para devassar a vida do servidor, no afã de se encontrar algo que possa ser usado contra ele. Não é assim que funciona.

Se a autoridade titular do *jus puniendi* não procedeu a um juízo de admissibilidade ou a uma investigação preliminar consistentes para afastar a instauração da sede disciplinar, então, não age com boa-fé, pois essas medidas preparatórias são *conditio sine quibus non* para a instauração do PAD.

Assim, se demonstrada a ausência *in totum* — independentemente do prosseguimento das apurações — de improbidade no exercício das funções do cargo pelo servidor, não se reputa devidamente demonstrada a justa causa para a instauração do PAD, e seu trancamento é medida que se impõe.

Pois bem. Há, agora — para além do direito líquido e certo e do ato coator ou abusivo —, um outro problema que precisa ser enfrentado para a impetração do *mandamus* com a finalidade de extinguir a sede correccional disciplinar, qual

seja, a necessidade de pré-constituição de provas, uma vez que há limitação da instrução probatória em mandado de segurança.

Para resolver esse impasse, é extremamente importante estabelecer uma ação estratégica no âmbito do processo disciplinar: que o acusado requeira o máximo de produção de provas. A hipótese recai, principalmente, nas hipóteses em que se pede oitiva de testemunhas e tal ato é negado pelo presidente da comissão sob o argumento de serem provas impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos (§ 1.º do art. 156 da Lei n.º 8.112/1990). Se necessário for, que se proponha um primeiro mandado de segurança para se ouvir as testemunhas. Os termos de depoimentos, posteriormente, serão utilizados como prova documental pré-constituída e poderão ser considerados no *mandamus* para a demonstração de ausência de justa causa na instauração da sede correcional. Ou seja, com isso será possível transformar a prova testemunhal em prova documental para ser utilizada em um mandado de segurança com o propósito de extinguir (trancar) o PAD.

Assim, por vezes, é salutar que se deixe o PAD ou sindicância acusatória seguir até certo ponto, para que os autos integrem como documentos os autos do mandado de segurança.

É necessário produzir essa documentação para que o *writ* já tenha em seu bojo as provas pré-constituídas. Além disso, esses requerimentos reiniciam a contagem de novo prazo para o mandado de segurança.

A propósito, quanto ao prazo de 120 dias para a impetração do *mandamus* a que se refere o art. 23 da Lei n.º 12.016/2009, considera-se a instauração do PAD como sendo o ato coator. Se, porém, tiver implementado o *dies ad quem* desse período, já entendeu o Superior Tribunal de Justiça que a recondução da trinca processante renova o prazo decadencial do mandado de segurança: “A prorrogação do prazo para conclusão do PAD veiculado por meio de Portaria, reconduzindo os trabalhos de apuração da Comissão Processante, renova o prazo decadencial para impetração da ação mandamental contra referido procedimento administrativo” (STJ, AgRg. no AgRg. no MS n.º 14.336/DF, 3.ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 26/08/2009).

4. CONCLUSÃO

A instauração de uma sede correcional é custosa para a Administração Pública e traumática para o servidor processado ou acusado.

Vive-se hoje no Brasil um período em que a presunção de inocência é uma mera formalidade do texto legal, que não vivenciada em substância e não é a regra. Hoje, ser denunciado, investigado, citado e processado já é uma pena, pois a falta de uma presunção de inocência efetiva, real e verdadeira faz com que

ao sujeito seja imputada a culpa e a condenação de plano. Sempre se noticia a denúncia, mas quase nunca se noticia o arquivamento ou a absolvição.

Também na jurisdição administrativa deve-se clamar por prudência e cautela na instauração de uma sede correcional em face de um servidor público. A autoridade titular do *jus puniendi* não pode se deixar padecer das atitudes irascíveis que se testemunha em outras autoridades dos órgãos de controle.

Outrossim, a Controladoria Geral da União (2012) chamava a atenção já em 2012 para os altos custos de um processo administrativo disciplinar e de uma sindicância aos cofres públicos. O órgão estimou que o custo médio unitário de um PAD pode chegar a R\$ 153.970,43. Se se considerar a média unitária dos procedimentos correccionais em geral, pode-se alcançar a cifra de R\$ 153.968,01.

Logo, antes de mais nada, a instauração de um processo disciplinar sem justa causa é, além de uma falta de humanidade para com o servidor, uma irresponsabilidade no gasto dos dinheiros públicos.

Analizando argumentos e alguns julgados que serviram como elemento de convicção, a tese que essa pesquisa defende é que cabe a impetração de mandado de segurança para trancamento de uma sede correcional indevidamente instaurada em face de um servidor. Isso ocorrerá naquelas hipóteses em que não há justa causa para a instauração do procedimento, tampouco há um consistente e motivado juízo de admissibilidade pela autoridade pública titular do *jus puniendi*.

O ato coator ou abusivo será verificado pelo vício do juízo de admissibilidade, e o direito líquido e certo é um conjunto de poderes que o servidor tem e que ficará limitado ou impossibilitado de exercer por causa do registro do processo em ficha funcional.

Portanto, em um momento em que se precisa resgatar a presunção de inocência, proteger a dignidade da pessoa humana e ter frugalidade com os recursos públicos, a instauração da sede correcional não é mais a regra, mas sim a exceção. Daí que o juízo de admissibilidade não pode ser “superficial” — para não dizer inexistente —; deve ser ponderado e profundo, constatando se há *ex ante*, deveras, justa causa para um procedimento correcional.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. **Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância**: à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública. 5.^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Juízo de Admissibilidade e a Escolha do Procedimento Disciplinar Cabível**. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/sobre/institucional/eventos/anos-anteriores/2012/encontro-de-corregedorias-do-poder-executivo-federal/arquivos/apresentacao-oficinaiv-rafael-e-gustavo.pdf>. Acesso em 04/05/2024.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar/CGU**. Brasília: CGU, 2016.

COSTA, José Armando da. **Controle Judicial e Ato Disciplinar**. Brasília: Jurídica, 2002.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Tratado de Direito Administrativo Disciplinar**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. Impetração de *mandamus* para trancamento do procedimento administrativo correccional disciplinar ou acusatório por ausência de justa causa de instauração. In: BUFULIN, Augusto Passamani; JORGE, Flavio Cheim; MATTOS, Marianne Júdice de. (Org.). **Estudos em homenagem ao Professor Manoel Alves Rabelo**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2023, p. 707-730.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. O dano moral do servidor público decorrente da instauração de procedimento correccional sem justa causa. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 24, p. 342-371, 2022.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; LIMA NETO, Francisco Vieira. O abuso do poder de denunciar e o direito de não ser réu: uma leitura a partir do novo art. 28 do Código de Processo Penal (Lei n.º 13.964/2019). **Revista de Processo**, v. 45, p. 33-52, 2020.

LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA: REGRAS GERAIS, IMPLICAÇÕES E PERSPECTIVAS¹

João José Baptista²
Cleber Cosmo Batista³

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, dos múltiplos e complexos problemas que dificultam a gestão dos interesses coletivos, se listados em um ranking, segundo aponta pesquisa realizada pelo Instituto Datafolha, em 2015, pela primeira vez na história, a corrupção estaria evidenciada como o maior e principal obstáculo, na opinião dos brasileiros, superando até mesmo os problemas ligados à saúde, educação, violência e desemprego.

Nesse sentido, a corrupção seria tanto um problema de caráter moral quanto um provocador que, de tal maneira, implicaria em uma ou mais ações de fundo jurídico. Isto porque, mediante a aplicação de leis cuja finalidade seja a liberdade, a paz e o bem comum, quando usadas para imputar sanções, mitigariam a sanha daqueles que cobiçam a coisa pública.

¹ Este artigo foi submetido e aprovado no VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI 2024.

² Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Especialista em Direito Público – DAMÁSIO. Vice- Presidente da Comissão de Direitos Humanos da OAB Subseção de Paranavaí – PR. Advogado. E-mail: joao_rh@hotmail.com.

³ Mestrando em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário da Universidade Paranaense – UNIPAR. Especialista em Direito Previdenciário e Processo Previdenciário com capacitação para o Ensino no Magistério na Faculdade IBMEC São Paulo de Pós-Graduação (2022). Diretor do Patrimônio da Associação dos Advogados do Noroeste do Paraná – Paranavaí -PR (ADVOG); Presidente da Comissão de Direitos Humanos – da OAB Subseção de Paranavaí – PR. Advogado. E-mail: dr.cleberbatista@hotmail.com.

Ainda que muitos brasileiros confundam o conceito de corrupção, improbidade administrativa e crimes contra a Administração Pública, tal equívoco se dá em virtude da existência complexa e múltipla relativa às formas que o braço do Poder Público pode “pesar” sobre o indivíduo que, pelo emprego da corrupção enquanto um instrumento que promove distorções econômicas, políticas e sociais, comprometeria a garantia da plena existência do Estado Democrático de Direito.

Então, tendo a seara jurídica pátria promulgado decretos e leis que tratem da matéria, mais especificamente, a Lei nº 13.105/2015, o Código de Processo Civil, a Lei nº 8.429/1992, denominada Lei de Improbidade Administrativa, e, também a Lei nº 14.230/2021, essa a mais atual face do Sistema Jurídico na lide da temática, quais seriam as regras gerais, as implicações e as perspectivas acerca da improbidade administrativa, sobretudo, se cabe o Termo de Ajuste de Conduta?

Visando alcançar o percurso jurídico que satisfaça à questão de pesquisa, este estudo apresenta como objetivo geral: analisar mediante o pressuposto esculpido nas duas leis que dirimem sobre improbidade administrativa o cabimento do Termo de Ajuste de Conduta (TAC). E, como objetivos específicos: salientar a diferença dos conceitos de corrupção, improbidade administrativa e crimes contra a Administração Pública à luz da Carta Republicana de 1988 e diplomas infralegais, detalhar o cabimento do documento de TAC segundo Código de Processo Civil, e, analisar a aplicabilidade deste instrumento mediante a Lei nº 14.230/2021 que alterou substancialmente o entendimento da responsabilidade por improbidade administrativa.

Hipoteticamente, o Termo de Ajuste de Conduta (TAC) se configuraria em documento procedimental celebrado entre órgãos públicos, como o Ministério Público ou o Ministério do Trabalho, e aquele que se comprometeria a um ajuste de conduta, ou seja, a partir desta celebração documental, teria o acionado o compromisso de ajustar alguma conduta considerada ilegal, passando, então, a cumprir a lei.

Assim sendo, este breve estudo aborda a possibilidade da aplicação do Termo de Ajuste de Conduta nas hipóteses de atos de improbidade administrativa, mediante a análise e interpretação da legislação pátria que tratam desta matéria e repercutem sanções quando de condutas ímprobas.

Para tanto, foram realizadas buscas em repositórios de universidades, em periódicos eletrônico, em livros físicos e digitais, visando alcançar os pontos específicos e salutares da temática, tratando-se de pesquisa exploratória, qualitativa, cujo caráter é documental, bibliográfico, adotando-se o procedimento metodológico dedutivo, relativo aos estudos que compuseram esta pesquisa e das normativas consultadas.

2. A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, O CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A CORRUPÇÃO: PARA ALÉM DOS EQUÍVOCOS E À LUZ DAS NORMATIVAS JURÍDICAS

Estudos recentes em diferentes áreas como a Psicologia, a Propaganda, o Direito, dentre outras, disponibilizaram resultados alarmantes acerca da conduta ou do comportamento corrupto apresentado por indivíduos dentro e fora das esferas de Poder, podendo ser citado que, em 2023, o Brasil despencou dez posições, passando a ocupar o 104º lugar entre 180 países no Índice de Percepção da Corrupção, segundo divulgado pela ONG Transparência Internacional. E, também que, em 2014, de acordo com índices apresentados pelo *Journal of Cross-Cultural Psychology*, no artigo intitulado “Cultura de Corrupção? Os efeitos do *priming* de imagens de corrupção em um contexto altamente corrupto”, revelou que, há uma evidência salutar de que existem símbolos culturais, reconhecidos implicitamente por um grande contingente de cidadãos brasileiros, que produzem um aumento do endosso de comportamentos corruptos (Braun, 2024) (Rodrigues, 2017).

Nesse sentido, muitos brasileiros incorreriam no equívoco de igualar como sinônimos a corrupção, a improbidade administrativa e o crime contra a Administração Pública, relegando- os ao senso comum de que tais conceitos apontam para a prática lesiva perpetrada por algum político ou servidor público, no âmbito de suas funções.

Todavia, o comportamento ou atitude corrupta não seria exclusividade de um só povo ou grupo, mas, idiosincrasia, uma vez que, segundo assinala Rodrigues (2017, p. 1), “lamentavelmente, a corrupção faz parte da cultura das nações e, portanto, isto não é exclusividade da cultura brasileira. No entanto, as evidências de que vivemos em uma cultura que promove um contexto social altamente suscetível à corrupção são muito fortes”.

Nesse sentido, pode-se compreender que:

[...] temos no Brasil dois tipos de corrupção: uma praticada de forma comum, dentro da Administração Pública, por servidores e alguns particulares, como nas fraudes à licitação, por exemplo, onde são pagas propinas para que determinada empresa vença uma licitação e um outro tipo de corrupção, bem maior e sofisticada, cometida por uma elite poderosa, mas invisível, por meio de grandes corporações e até governos estrangeiros que interferem em algumas atividades no Brasil, dentro de uma relação de colonização. Visam, principalmente, à espoliação de nossas riquezas naturais (Farias, 2021, p. 4).

Embora eventos de corrupção passiva e ativa⁴ façam parte do noticiário atual, relatos encontrados em documentos históricos atestam a existência de atos de corrupção em períodos passados da existência humana, praticados nas mais distintas formas de organização social, não apenas nas esferas políticas ou administrativas como concebe a maioria. Então, o fenômeno do corrompimento comportamental, portanto, existe desde o surgimento da humanidade (Carneiro, 2021, p. 96).

Previsto no Código Penal, corrupção, em linhas gerais, configura-se em vocábulo utilizado para designar o mau uso da função pública com o objetivo de obter uma vantagem, cujo conceito em si seria amplo, empregado para apontar pessoas que procedem com graus diferenciados de reprovabilidade em situações de caráter sexual (no caso de corrupção de menores, por exemplo) até a corrupção eleitoral, desportiva, tributária, dentre outras (Brasil, 1940) (Cammarosano, 2022) (Carneiro, 2021).

Conforme aduz Cammarosano (2022), um mesmo cidadão, quando comprovado seu comportamento ou conduta a qual lapide o erário público, pode receber sanção nos termos da lei penal, ser alcançado também por coimas disciplinares administrativamente, e, ainda, responder perante a justiça cível. Nisto revelando os alcances do “braço” do Poder Público.

Alcances mais bem delineados a partir da promulgação da Carta Republicana de 1988, uma vez que, encapsulado, sobretudo, em seu artigo 37, apresentaria um capítulo específico sobre o tema, esculpindo, pelo uso da ética enquanto formão, no ordenamento jurídico, um novo ideal a ser impresso na condução da vida pública e da moralidade administrativa, tendo como preocupação a criação de princípios norteadores da atuação administrativa (Brasil, 1988) (Carneiro, 2021).

Então, no Brasil, passava-se a discutir e aprovar regramentos infraconstitucionais cuja finalidade seria o enfrentamento e o combate à corrupção, um conjunto de diplomas jurídicos tidos como “remédios” contra este mal, nos quais os princípios constitucionais de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, e, eficiência agiriam não apenas como pilares fundamentais, mas, também, como sancionadores⁵.

⁴ Quando um agente público solicita dinheiro ou outra vantagem para fazer algo ou deixar de fazer, trata-se de **corrupção passiva**. É o caso, por exemplo, de um policial receber dinheiro para fazer vista grossa diante de uma ocorrência. Já a **corrupção ativa** se dá quando um cidadão oferece uma vantagem financeira ou de outra natureza a um agente público, visando a um benefício. Seria o caso de um motorista que oferece dinheiro a um fiscal de trânsito para não ser multado (Cammarosano, 2022, online).

⁵ *jus puniendi* (direito de punir) estatal por meio de sanções administrativas, visto que a Constituição Federal/1988 define como cível a natureza jurídica da improbidade administrativa, ao colecionar as sanções aplicáveis aos agentes ímprobos (Carneiro, 2021, p. 97) (Brasil, 1988).

Segundo definem Sordi e Campos Silva (2022, p. 89), antes de se alcançar o conceito de improbidade, deve-se atinar que, “a probidade administrativa seria um interesse comum de toda a sociedade, sendo um bem jurídico indivisível, de modo que as vítimas diretas de sua afronta são, indiretamente, toda a coletividade”. Nesse interim, Tavares (2023, p. 40) infere que, probidade pode ser também concebida como sinônimo de integridade, honestidade ou retidão, nisto divergindo à “doutrina quanto ao sentido de probidade e moralidade, visto que há quem considere distintos os sentidos, compreendendo que a probidade é subprincípio da moralidade”.

Por conseguinte, há, em oposição a esta supradefinição, ações lesivas praticadas quando da lide das vontades e bens coletivos definidas no conjunto de regramentos infraconstitucionais como atos ímprobos e também existindo um rol dos crimes praticados contra a Administração Pública os quais repercutem sobre estes, as sanções e multas, bem como, uma salutar complexidade envolvendo mais de uma face da Justiça Pátria, visto que, alguns destes atos lesivos culminam em ação penal, criminal ou administrativa.

Segundo conceituam Martins, Cruz e Silva (2021), a improbidade administrativa já demonstra em sua etimologia, estrita relação a aquilo que é de má qualidade, imoralidade ou malícia, por conseguinte, fato jurídico ilícito, amoral, que:

[...] se consubstancia em uma conduta antiética por parte de determinado agente do Poder Público, na condução da coisa pública, enquanto promove o desvirtuamento da administração e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica, revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas a expensas do Erário, pelo exercício nocivo das funções públicas e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos (Martins; Cruz; Silva, 2021, p. 59).

Assim sendo, em 1992, mediante a promulgação da Lei n.º 8.429 ou Lei do Colarinho Branco, que definia os atos e punições àqueles que exercessem seus cargos públicos com má-fé, recentemente fora alterada pela Lei n.º 14.230, de 25 de outubro de 2021, caracteriza improbidade administrativa como a conduta ou ação que culmine em agravos ao erário, enriquecimento ilícito e violação aos princípios administrativos (Brasil, 1992) (Brasil, 2021) (Fachini, 2020).

Entendimento indeferido no trecho que segue, alcançando-se que:

A maioria dos doutrinadores entende que o ato de improbidade administrativa trata de uma violação aos deveres de honestidade, legalidade e lealdade por parte de agente público e considera que a Lei em comento [n.º 14.230/2021] tem o condão de combater a corrupção no país, exigindo dos governantes e dos agentes públicos uma conduta proba, prevendo sanções pela prática de atos ilícitos que venham a ser praticados contra a Administração Pública (Carneiro, 2021, p. 98).

Segundo comenta Cammarosano (2022), enquanto as ações de improbidade administrativa são analisadas na esfera cível, atos lesivos como o exercício arbitrário ou abuso de poder, a falsificação de papéis públicos, a má-gestão praticada por administradores públicos, a apropriação indébita previdenciária, a lavagem ou ocultação de bens oriundos de corrupção, emprego irregular de verbas ou rendas públicas, contrabando ou descaminho, a corrupção ativa, dentre outros tantos exemplos, são definidos e penalizados pelo Código Penal (Brasil, 1940).

De tal modo, os crimes contra a administração pública pertencem à esfera criminal, em cuja letra também se considera funcionário público⁶ quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública. Funcionário ou servidor que, subtrai um bem móvel valendo-se da sua condição de agente público, incorre em Peculato, tipo de crime contra a Administração Pública. Crime que, caso seja cometido por um cidadão comum, será considerado como furto (Cammarosano, 2022).

Mediante o presumido na atualização promovida pela Lei nº 14.230/2021, passa-se a compreender que haveria a exigência de dolo (intenção) para que os agentes públicos sejam responsabilizados, logo, danos causados por imprudência, imperícia ou negligência já não mais seriam configurados como improbidade. Esta, só caracterizada mediante a comprovação da vontade livre e consciente do agente público em alcançar o resultado ilícito, não bastando a voluntariedade ou o mero exercício da função, não podendo ser punida a ação ou omissão decorrente de divergência na interpretação da lei (Brasil, 2021) (Cammarosano, 2022).

Nesse sentido, conforme assinala Cammarosano (2022, p. 10), “para a configuração de improbidade, que não é sinônimo de mera ilegalidade, é necessário que a ofensa à ordem jurídica se apresente especialmente qualificada”. Entendimento do qual se ocupou, *ab initio*, o legislador ao proceder a revisão da Lei n.º 8.429/92, comenta o autor.

3. LEI Nº 14.230/2021 E O CABIMENTO DO TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA (TAC)

Leis e normativas são alteradas mediante as mudanças tácitas da sociedade, ou ainda, em decorrência da procrastinação por parte de grupos ou setores em se adequar às leis para acompanhar às mudanças sociais, o que explicaria a exis-

⁶ No mais, para efeitos que não apenas reparatórios de danos que venham a causar, agentes públicos só podem ser responsabilizados pessoalmente, sujeitando-se a sanções de qualquer natureza, se tiverem violado a ordem jurídica com dolo ou erro grosseiro, ou seja, intencionalmente, conscientes da antijuridicidade de seu proceder, ou com culpa grave (Cammarosano, 2022, p. 10).

tência de tantas leis e de tantas mudanças legislativas no decorrer da história do sistema jurídico brasileiro.

Mudanças que, segundo asseveram Sordi e Campos Silva (2022, p. 82), hodiernamente, acontecem em decorrência da “evolução tecnológica e as mudanças na vida social que acabaram por contribuir para o aumento do potencial lesivo dos indivíduos na sociedade”.

De tal maneira, Martins, Cruz e Silva (2021) ressaltam que, a discussão e promoção de normativas como as Lei nº 8.429/1992 e nº 14.230/2021, revelam a tácita intenção tanto do Poder Legislativo quanto do Sistema Jurídico Brasileiro em viabilizar o enfrentamento das consequências geradas pelas práticas corruptivas, traduzidas pela desonestidade e desrespeito no trato da coisa pública que minam a credibilidade das instituições governamentais.

Exatamente em virtude de alterações sociais, houve a alteração da Lei nº 8.429 de 1992 pela Lei nº 14.230 de 2021 acerca da temática da improbidade administrativa, sendo alterados, sobretudo, o rol das condutas consideradas ímprobas e as medidas quanto o rito processual, dando ao Ministério Público a exclusividade para propor ação de improbidade e a possibilidade de celebrar acordos, bem como, possibilitando ao juiz a opção de converter sanções em multas (Brasil, 1992) (Brasil, 2021) (Cammarosano, 2022).

A exclusividade dada ao Ministério Público para propor ação de improbidade administrativa também fora salientada no teor da Súmula 329 do Superior Tribunal de Justiça a qual dispõe que “o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público” (Farias, 2021, p. 6).

Conforme salienta Carneiro (2021), mediante o presumido na Lei nº 8.429/1992, a sanção aplicável ao agente público ímprobo a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens ao erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Martins, Cruz e Silva (2021) ampliam o debate acerca das sanções previstas, apontando que, a suspensão dos direitos políticos seriam de 8 a 10 anos, conforme a hipótese, existindo ainda a proibição de contratar com o poder público⁷.

Entendimento alterado mediante a promulgação da Lei nº 14.230/2021 que aumentou o prazo máximo de suspensão – antes a previsão máxima que pode chegar até os 14 anos (Fachini, 2024).

⁷ Para exemplificar, em 2021, em primeiro grau, o Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Capital condenou o ex- secretário de Estado do Meio Ambiente, Ricardo de Aquino Salles, e, a Federação das Indústrias de São Paulo (Fiesp), por atos de improbidade administrativa. A sentença, impôs a Ricardo Salles a suspensão dos direitos políticos por três anos; pagamento de multa civil em valor equivalente a dez vezes a remuneração mensal recebida no cargo de secretário; e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos (Martins; Cruz; Silva, 2021, p. 67).

Contudo, se considerada a alteração dada pela Lei nº 14.230/2021, há a possibilidade de celebração de acordos, levando-se em consideração aspectos tais como: a personalidade do agente e a natureza, a circunstância, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade. Para tanto, sendo obrigatória a existência de ressarcimento integral do dano e reversão da vantagem indevida obtida (Brasil, 2021).

Esta nova Lei de Improbidade Administrativa tece ainda consideração sobre a separação entre o que se considera como atividade de controle e o que é atividade de responsabilização (Brasil, 2021) (Tavares, 2023).

Entendimento presumido também no excerto a seguir no qual se lê:

A razão da existência da Lei de Improbidade Administrativa se dá pelo princípio de que todo o agente público deve trabalhar na Administração Pública com boa-fé e honestidade, procurando atender ao interesse público, e não a interesses próprios ou escusos. Dessa forma, a lei procura punir não só aquele que utiliza de seu cargo para obter algum tipo de vantagem ilícita para si ou para outrem, mas pune também aquele que se omite e não age em situações onde o bem público ou a integridade da Administração Pública se encontram em risco (Fachini, 2024, online).

Exatamente nesse sentido da aplicabilidade de sanções em diferentes searas que emergem dificuldades ao Sistema Jurídico Pátrio, uma vez que, conforme assinala Bastos (2021), a possibilidade da adoção de mais de um sistema punitivo que pode abarcar o mesmo fato em duas ou mais searas diversas, a exemplo do que pode acontecer com atos de improbidade ou crimes contra a Administração Pública pelas vias da persecução cível e penal, implicaria em questionamentos basilares, os quais implicariam em morosidade, medidas extraprocessuais, dentre outras.

Sendo assim, segundo aduz Bastos (2021, p. 120), Direito Processual⁸ (ramo jurídico do Direito Público que trata dos processos, isto é, dos atos jurídicos que se destinam a um fim) se preocuparia, nos dias atuais, com a efetividade dos mecanismos de tutela jurisdicional, e, principalmente, com a celeridade da atuação interventiva e garantidora do Estado-Juiz, de modo a considerar ímpar a máxima de que “o processo deve dar a quem tem um direito, individual ou coletivamente considerado, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele pode e deve obter”.

Fachini (2021) compreende que, mediante o entendimento de que a improbidade administrativa seria fato cujas sanções envolvam lides distintas, urgiria, então, claro objetivo de haver pacificação social, sendo, de tal modo, trabalhado

⁸ O Direito Processual apresenta as diretrizes para que as instituições solicitem juízo de um determinado direito. Ou seja, é a resposta para restabelecer o que rege o Direito Civil em forma de processos e consequências (Fachini, 2021, online).

o processo, cujo alvo estaria em solucionar diferentes lides, estas emergindo enquanto consequência das relações sociais.

Entendendo-se a necessidade, para tanto, da existência de regras formais para que não haja coibição dos direitos das partes envolvidas na relação, logo, disciplinando a forma dos processos judiciais na área cível, isto é, de fazer valer o respeito às leis de forma definitiva e coativa (Fachini, 2021).

Em se tratando das duas leis em comento, em resumo, ambos os textos legais contribuem para promover o respeito ao interesse público que os cargos demandam, bem como, servem para definir as punições cabíveis a quaisquer atos de improbidade administrativa.

Embora que, em virtude da promulgação da Lei nº 14.230/2021, mais de 20 artigos foram modificados ou revogados, além de que, muitos dos trechos dessa nova edição da LIA sofreram alterações, como é o caso do artigo 1º, justamente tratando sobre a definição do ato ilícito (Fachini, 2024).

Sem contar que, talvez, mediante as alterações trazidas pela nova Lei de Improbidade Administrativa nº 14.230/2021, nos incisos do seu artigo 11, sendo que a maior novidade estaria na instituição de condutas que caracterizariam atos de improbidade contra os princípios da administração pública.

Fachini (2024, online), acerca das alterações trazidas pelo texto infraconstitucional nº 14.230/2021, assim as enumera:

1. deixar de prestar contas, quando estas são responsabilidade do agente, para ocultar irregularidades;
2. revelar, antes da respectiva divulgação oficial, o teor de medidas políticas ou econômicas capazes de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço;
3. revelar fato ou circunstância de quem tem conhecimento e que deveria permanecer em segredo (informação privilegiada ou que coloca em risco a segurança);
4. nomear cônjuge, companheiro ou parente (até o terceiro grau) da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão, cargo de confiança ou função gratificada na administração pública direta ou indireta;
5. praticar, com recursos do erário, publicidade que contrarie o disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, para promover ou enaltecer o agente público, com a personalização de atos, de programas, de obras, de serviços ou de campanhas dos órgãos públicos.

Vale ser destacado que, a nova lei aumentou o prazo máximo de suspensão, o qual antes figurava o entendimento da previsão máxima de 10 anos, mediante o texto atual, esta pode chegar até os 14 anos Fachini, 2024)..

De tal modo, conforme compreendem Cardoso, Zupelli e Rodrigues (2022), improbidade enquanto ato lesivo encontra-se regido pela LIA e corresponde aos agravos ao erário, bem como, a violação aos princípios administrati-

vos, podendo haver ou não enriquecimento ilícito, não sendo mais admissível a acusação meramente genérica, como forma de garantir efetividade aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Equivalendo-se, assim, ao entendimento de que, as sentenças civis e penas produzirão efeitos em relação à ação de improbidade, quando concluírem pela inexistência da conduta ou pela negativa da autoria e a absolvição criminal do acusado confirmada por órgão colegiado, em ação que discuta os mesmos fatos, o impedimento do trâmite da ação de improbidade administrativa (Cardoso; Zupelli; Rodrigues, 2022).

De modo geral, observa-se que as principais alterações introduzidas na LIA são de natureza principiológica (trazendo para o plano axiológico a discussão sobre essa colisão de direitos, impossibilitando, então, a utilização dos critérios tradicionalmente empregados na solução de conflitos entre regras) conforme apontam Cardoso, Zupelli e Rodrigues (2022).

Estes autores supramencionados consideram que, na medida em que se buscou submeter a LIA aos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador, seriam evitados os abusos e arbitrariedades no processamento da apuração dos atos de improbidade, de modo a garantir, através de preceitos sólidos, o direito à ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência.

3.1 O Termo de Ajuste de Conduta e os atos de improbidade administrativa

Das alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021, a possibilidade dada ao Ministério Público e ao juiz acerca da conduta improba em estabelecer acordos e multas, analisa-se o cabimento do Termo de Ajuste de Conduta (TAC) nos termos previstos em lei.

Cabimento o qual emerge dentre a crescente adoção de mecanismos e instrumentos na própria legislação, no sentido de solucionar conflitos de forma alternativa.

Assim, o Termo de Ajuste de Conduta está previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, o Código de Processo Civil, artigo 174, enquanto mecanismo ou acordo no qual o Ministério Público celebra com o violador de determinado direito coletivo, mediante a tríplice finalidade de: impedir a continuidade da situação de ilegalidade, reparar o dano ao direito coletivo, e, evitar a ação judicial (Brasil, 2015).

De acordo com Oliveira (2011, p. 3), enquanto instrumento jurídico cujo fim seria a solução extrajudicial de conflitos de direitos transindividuais, o Termo de Ajustamento de Conduta se configuraria em um compromisso celebrado com o objetivo de obrigar o “legitimado passivo a fazer, deixar de fazer ou

indenizar, num prazo determinado, por ter incorrido em uma atitude que tenha afrontado algum direito difuso, coletivo ou individual homogêneo”.

Para que este “remédio jurídico” possa ser aplicado, alguns aspectos devem ser observados, uma vez que, deve existir um fato concreto (objeto de uma relação jurídica submetida a exame, discussão e julgamento), podendo este ser fruto de uma ação ou omissão, que poderá causar lesão a um interesse difuso ou coletivo, implicando, assim, na realização dessa espécie de acordo com o responsável por tal fato, tentando, então, se evitar que o dano ocorra ou ainda, enquanto movimento que intente repará-lo, quando este já tiver ocorrido ou for inevitável (Oliveira, 2011).

Assim como um remédio, o Termo de Ajuste de Conduta pressupõe deveres e obrigações às partes celebrantes do acordo em virtude, exatamente, da responsabilidade civil da qual comentara Cammarosano (2022), e não administrativa.

Segundo destaca Oliveira (2011), em decorrência da eficácia executiva (documento escrito de onde possa se extrair o reconhecimento, pelo réu, da pretensão posta em juízo), difere dos demais possíveis compromissos firmados na esfera administrativa.

Esculpido no artigo 174, da Lei nº 13.105/2015, o Código de Processo Civil, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

- I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;
- II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;
- III - promover, quando couber, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (Brasil, 2015).

No entanto, a doutrina pátria estaria dividida em duas correntes divergentes quanto à determinação da natureza jurídica do Termo de Ajuste de Conduta: uma primeira corrente entenderia que, este instrumento se configuraria uma transação (tratando-se de uma transação especial, por cuidar de direitos transindividuais indisponíveis, por ter legitimados diversos para celebrá-lo e a titularidade do direito material em tela). Já a outra corrente, o considera instrumento mais amplo, constituindo um ato jurídico diverso. Existindo ainda, alguns doutrinadores que o considere uma forma de acordo (Oliveira, 2011).

Ainda assim, em 2019, mediante texto do veto presidencial acerca do emprego de “remédios jurídicos” em sua natureza jurídica como o Termo de Ajuste de Conduta, observa-se que, a adoção de instrumento de controle consensual no âmbito da improbidade administrativa fica patente a possibilidade de solução

de conflito por meio de tal instituto, se pautado no princípio da consensualidade, conforme aduzido no trecho abaixo no qual se percebe que:

Veto oposto pelo Presidente da República ao art. 17-A do projeto de lei do qual se originou a Lei 13.964/19.4 Ditos acordos são semelhantes, para não dizer idênticos, aos termos de ajustamento de conduta e outros afins, podendo ser utilizados para entabular consensualmente compromissos entre as partes que levem à extinção do inquérito ou da ação de improbidade administrativa (Zufelato; Carvalho, 2020, online).

Em suma, conforme inferem Alonso, Batista e Bitencourt Jorge (2023, p. 12), a recente alteração da Lei de Improbidade Administrativa em seus impactos, culmina num determinado fortalecimento “da proteção do patrimônio público e da moralidade administrativa, e tem como objetivo garantir a ética e a transparência no exercício do cargo público”.

Portanto, existindo normativas e textos sobre a Administração pública e o interesse público, com destaque aos instrumentos necessários para a satisfação do interesse público e para o aumento da eficiência, da transparência, da fiscalização, da participação social e do tratamento isonômico na prestação de serviços públicos aos cidadãos, verifica-se o movimento do Sistema Jurídico Brasileiro em discutir, promover, enfrentar e combater a corrupção de modo a apaziguar conflitos, promover equidade e, sobretudo, guardar a cidadania.

4. CONCLUSÃO

Estudos contemporâneos, originados de múltiplas disciplinas, reconhecem a corrupção como uma adversidade que demanda enfrentamento, repressão e regulação por meio de mecanismos legislativos e normativos. Embora haja associação com a improbidade administrativa e delitos contra a Administração Pública, tais conceitos não são sinônimos.

A investigação atual concluiu que, conforme as disposições das duas legislações examinadas, que tratam de improbidade administrativa, é admissível a aplicação do Termo de Ajuste de Conduta (TAC) quando as condições específicas da legislação são satisfeitas.

Conforme interpretado à luz da Constituição Federal de 1988 e normas infraconstitucionais, os conceitos de corrupção, improbidade administrativa e delitos contra a Administração Pública caracterizam-se pela prática de improbidade associada ao uso indevido de função pública, infringindo primordialmente os princípios enumerados no artigo 37 da Constituição.

Os ilícitos contra a Administração Pública e os atos de corrupção estão sujeitos a sanções aplicáveis nas esferas criminal, civil e administrativa. Ademais, a legislação prevê a utilização de “instrumentos de consensualidade”, tais

como o Termo de Ajuste de Conduta, cuja natureza jurídica ainda é objeto de divergência doutrinária, seja como acordo, transação ou outro mecanismo legal.

Portanto, a admissibilidade do TAC como instrumento jurídico destinado à resolução extrajudicial de conflitos envolvendo direitos transindividuais, conforme estabelecido pelo Código de Processo Civil, e a viabilidade de sua aplicação, mesmo na ausência de previsão explícita na Lei nº 14.230/2021 que alterou significativamente a interpretação da responsabilidade por improbidade administrativa é considerada possível, desde que observados os deveres e obrigações legais pertinentes.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Ricardo Pinha; BATISTA, Jéssica Charamitara de; BITENCOURT JORGE,

Carlos Francisco. Contratos públicos municipais acima do valor de mercado e a responsabilidade do gestor público municipal. **VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI - DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II**, 2023. Disponível em: <<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/4k6wgq8v/9d14tf59/5qi2D523074Sx9m4.pdf>> Acesso em: 20 abr. 2024.

BASTOS, Fabrício Rocha. A interface entre a seara penal e a improbidade administrativa. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 82, p. 113-127, out./dez. 2021. Disponível em: <<https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2490901/Fabr%20Rocha%20Basto.s.pdf>> Acesso em: 19 abr. 2024.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 19 abr. 2024.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 que institui o Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 19 abr. 2024.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 que institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm> Acesso em: 22 abr. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 que institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 19 abr. 2024.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992 que dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.429%2C%20DE%20%20DE%20JUNHO%20DE%201992&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20san%C3%A7%C3%B5es%20aplic%C3%A1veis,fundacional%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias.> Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL. Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021 que altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14230.htm> Acesso em 20 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 329. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/doc.jsp?livre=%22329%22.num.&b=SUMU&p=false&l=10&i=1&operador=E&ordenacao=-@NUM>> Acesso em: 22 abr. 2024.

BRAUN, Julia. 7 motivos que fizeram Brasil piorar em ranking de corrupção em 2023. **BBC News Brasil**, jan. 2024. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/articles/cn0nv24r346o>> Acesso em: 21 abr. 2024.

BUENO, Cassio Scarpinella; OLIVEIRA NETO, Olavo de. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. Processo Civil, tomo 3 (recurso eletrônico). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/procedimento_5b1d9921a382c.pdf> Acesso em: 18 abr. 2024.

CAMMAROSANO, Márcio. **Inovações na tipificação do ato de improbidade**. Fórum Conhecimento Jurídico [e-book], 2022. Disponível em: <https://editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2022/07/EV_Curso_Improbidade_conteudo-gratuito-1-1.pdf> Acesso em: 20 abr. 2024.

CARDOSO, Flávia; RODRIGUES, Karina Nunes; ZUPELLI, Lucca. O que representam as mudanças da nova lei de improbidade administrativa: os principais pontos levantados pelas alterações na Lei nº 14.230/2021 (LIA) e os avanços que representam. **Migalhas de Peso**, 30 mar. 2022. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/362647/o-que-representam-asmudancas-da-lei-de-improbidade-administrativa>> Acesso em: 20 abr. 2024.

CARNEIRO, Fernanda Maria Afonso. Análise da lei de improbidade administrativa sob a perspectiva do combate à corrupção. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, v. 7, n. 2, p. 95 –115, jul./dez. 2021. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/8237/pdf>> Acesso em: 20 abr. 2024.

FACHINI, Tiago. Direito Processual Civil: tudo o que um advogado precisa saber. **Projuris**, fev. 2021. Disponível em: <<https://www.projuris.com.br/blog/direito-processual-civil/>> Acesso em: 18 abr. 2024.

FACHINI, Tiago. Improbidade Administrativa: regras gerais e o que diz a nova lei. **Projuris**, abr. 2024. Disponível em: <<https://www.projuris.com.br/blog/improbidade-administrativa/>> Acesso em: 18 abr. 2024.

FARIAS, Marcio de Almeida. Indisponibilidade cautelar de bens em ações civis públicas por atos de improbidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, v. 7, nº 2, p. 01-20, jul./dez. 2021. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/8147/pdf>> Acesso em: 20 abr. 2024.

G1. **Corrupção é vista como o maior problema do país, diz Datafolha**, out. 2015. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2015/11/corruptao-e-vista-como-o-maior-problema-do-pais-diz-datafolha.html>> Acesso em: 20 abr. 2024.

MARTINS, Andressa Keszia; SILVA, Raissa Almeida; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. Improbidade administrativa ambiental: análise do julgamento por improbidade administrativa do ex-ministro do Meio Ambiente do Estado de São Paulo: Ricardo Aquino Salles. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, v. 7, nº 2, p. 56-76, jul./dez. 2021. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/8212/pdf>> Acesso em: 20 abr. 2024.

OLIVEIRA, Carolina Cury Martins de. **A efetividade do Termo de Ajuste de Conduta na Tutela do Meio Ambiente**. Artigo Científico em Pós-graduação apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2011, 30f. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2011/trabalhos_12011/C_rolinaCuryMartinsdeOliveira.pdf> Acesso em: 22 abr. 2024.

RODRIGUES, Ronaldo Pilati. O Brasil e sua cultura de corrupção. **Sociedade Brasileira de Psicologia**, jul. 2017. Disponível em: <<https://www.sbponline.org.br/2017/07/o-brasil-e-sua-cultura-de-corrupcao>> Acesso em: 21 abr. 2024.

SORDI, Ana Flávia Costa; CAMPOS SILVA, Nilson Tadeu Reis. Improbidade administrativa e coletivização do dano moral. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, v. 8, nº 2, p. 81-96, jul./dez. 2022. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/9455/pdf>> Acesso em: 20 abr. 2024.

TAVARES, Webster Campos. O sistema interamericano de combate à corrupção e os atos de improbidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, vol. 9, nº 2, p. 38-52, jul./dez. 2023. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/10125>> Acesso em: 19 abr. 2024.

ZUFELATO, Camilo; CARVALHO, Lucas Vieira. “Lei Anticrime” prevê acordos em ação de improbidade administrativa. **Consultor Jurídico**, jan. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-08/lei-anticrime-preve-acordos-acao-improbidade-administrativa/>> Acesso em: 22 abr. 2024.

A DESJUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO CIVIL E O ACESSO À JUSTIÇA¹

Flavia Juliana Spinelli De Medeiros²

Guilherme Druciak de Castro³

Kelly Cardoso⁴

1. INTRODUÇÃO

A sobrecarga do Poder Judiciário em decorrência da necessidade de concretização do princípio constitucional do acesso à justiça, requer dos órgãos públicos a criação contínua de meios para que essa garantia se mantenha, mas de forma célere e efetiva.

O estudo apresenta uma análise do movimento de desjudicialização de processos judiciais, como meio facultativo de resolução de conflitos. Dentre eles, em especial, o projeto extrajudicial de execução civil. Nesse viés, é mister discorrer sobre o princípio do acesso à justiça, base que fundamenta a criação de novos meios para viabilizar esse acesso de forma efetiva e satisfativa.

Para tanto, analisasse o Projeto de Lei nº 6.204/19, cujo tema foi objeto de discussão no senado, referente a desjudiciaização da execução civil, abarcando alguns pontos positivos e negativos do projeto.

¹ Este artigo foi submetido e aprovado no VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI 2024.

² Mestranda de direito processual e cidadania pela UNIPAR. Advogada. Email: spinelli_medeiros@hotmail.com

³ Mestre em direito processual e cidadania pela UNIPAR. Advogado. Email: guilhermedruciack@gmail.com

⁴ Doutora em Direito Privado pela PUC/MINAS. Atuou como bolsista Capes-PNPD (Programa Nacional de Pós-Doutorado) junto ao Programa de Mestrado de Direito Processual e Cidadania da UNIPAR. Mestre em Direito Processual Civil pelo Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito Processual e Cidadania da UNIPAR. Professora do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania e da Graduação UNIPAR. Professora da Graduação da UNIOESTE. Advogada. Email: kelly.cardoso@prof.unipar.br

A desjudicialização, tem sido tema de discussões como meio de reversão do excesso de judicialização e prevenção de litígios, como a criação da Meta nº 9 do Conselho Nacional de Justiça, abordando a possibilidade de os cartórios de registros e tabelionatos promoverem a solução de litígios, como as execuções de títulos.

Neste contexto, é de extrema valia destacar o surgimento dos primeiros indícios ao processo de desjudicialização e a perspectiva desse movimento diante de uma análise doutrinária. No que se refere à desjudicialização civil, se há barreiras a serem enfrentadas, para à aplicabilidade do sistema em nosso ordenamento jurídico e os impactos que poderiam trazer ao sistema jurídico brasileiro.

Nesse sentido, para a construção dos fundamentos da pesquisa, requer-se a utilização de uma metodologia dedutiva por meio da análise doutrinária, legislativa, do projeto legislativo da execução civil extrajudicial, bem como, a perspectiva doutrinária de outros países que criaram leis específicas de processo executivo extrajudicial.

2. ACESSO À JUSTIÇA

O Estado, por meio da Constituição Federal, em seu artigo 5 inciso XXXV, institui o direito fundamental de ação, garantindo desde então o acesso ao cidadão a justiça, sendo este um direito fundamental, para proteger ou muitas vezes reaver direitos suprimidos. Portanto, o Estado exercendo o *munus* público, no âmbito social, empossado na função de conciliador das relações, tem como objetivo abranger a coletividade como um todo, ocorre que a repentina evolução da humanidade, traz à baila, de forma latente as lacunas deixadas pelo legislador.

O acesso à justiça faz parte do rol de princípios constitucionais brasileiro, criado no ordenamento jurídico como uma nova tratativa aos direitos protegendo os cidadãos e suas garantias jurídicas. Tem-se que os primeiros indícios a respeito do assunto, surgiram na Constituição Federal de 1946. Contudo, somente após o término da ditadura, com a Constituição de 1988, a ideia se materializou expressamente em seu artigo 5º, inciso XXXV, trazendo o acesso à justiça como garantia fundamental de todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil.

O direito alemão na visão de Robert Alexy (2012, p. 433), em seu livro Teoria dos Direitos Fundamentais trabalha a visão de acesso a justiça denominada de (direitos a prestações em sentido amplo), classificado como aqueles “destinados, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenção dos Poderes Públicos; eles são direitos de defesa do cidadão contra o Estado”.

O princípio constitucional do acesso à justiça, também chamado de direito de ação ou princípio da inafastabilidade da jurisdição, possibilita que todos reivindiquem seus direitos. Busca garantir uma atuação irrestrita do Estado para

que as medidas necessárias sejam tomadas, caso ocorra a violação de algum direito ou garantia e que estas assegurem uma ordem jurídica justa.

Diversos estudiosos formaram pareceres à respeito do tema, dentre eles o Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p.12), em meados de 1988, em sua obra sobre o acesso a justiça já abordava o tema enaltecendo a importância do acesso a justiça como princípio fundamental, portanto, o mais básico dos direitos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Mauro Capelletti e Bryan Garth (1998, p. 8) lecionam que:

A expressão “acesso à Justiça” [...] serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Há inúmeros posicionamentos a respeito da definição de acesso a justiça. Contudo, é cediço o entendimento de que todo cidadão quando busca o Judiciário com uma demanda, ele recorre à corte como seu último viés para dar fim ao litígio.

A Justiça como figura representante do Estado, deve apresentar não apenas a solução para os conflitos, como também deve possibilitar meios para tal.

Remetendo-se ao princípio do acesso à justiça, a imagem reflete imediatamente aos meandros processuais, de Fóruns, Tribunais, processos, dentre outros, o acesso à tutela jurisdicional em um contexto geral. Longe de ser somente isso, o acesso à justiça é, na visão de Watanabe (1988, p. 128): “a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites dos órgãos judiciais já existentes”. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.

Neste entendimento, a lição de (Greco, 1998, p. 70), defende que não basta ao Estado assegurar o acesso puro e simples ao Judiciário. É necessário enfoque ao acesso à educação, à saúde e demais direitos prioritários.

Antes de assegurar o acesso à proteção judiciária dos direitos fundamentais, deve o Estado investir o cidadão diretamente no gozo de seus direitos, ficando a proteção judiciária, através dos tribunais, como instrumento sancionatório, segundo plano, acionáveis apenas quando ocorrer alguma lesão ou ameaça a um desses direitos.

O acesso à justiça é tema de diversas controvérsias jurídicas, os debates a respeito do tema são de grande relevância no âmbito jurídico, e de extrema valia para a formação jurisprudencial.

Sem sombra de dúvidas, direito ao acesso à justiça é imprescindível para o bom funcionamento do ordenamento jurídico. Para que haja uma aplicabilidade do direito é necessário que caminhem lado a lado, três fatores: sendo a investidura do cidadão em seus direitos, como forma de precaver a demanda de novos litígios, uma vez que a educação social é o início de uma sociedade menos conflitante; o sistema jurisdicional com acesso ao poder Judiciário, por meio de advogados constituídos, sejam eles por instrumentos particulares ou dativos; e por fim, mais considerado de extrema importância, os mecanismos que permitem o acesso ao Judiciário.

Rodolfo de Camargo Mancuso (2011), em sua obra sobre o acesso à justiça, traz uma visão contextualizada, partindo da premissa que o artigo 5º XXXV da Constituição Federal, é interpretado de forma ambígua, colocando em risco o direito de ação, e por pouco não transformou o direito em um dever do acesso à justiça, para Mancuso, a facilidade do acesso ao Judiciário, retroalimenta a demanda, a facilidades proporcionadas pelo sistema jurídico, funciona como um estímulo ao aumento quantitativo dos processos, podendo ser caracterizado como um demandismo jurídico.

Em outras palavras, o fácil acesso ao Poder Judiciário não assegura uma defesa de direitos qualitativa, ao contrário, o processo se torna moroso e desenfreado. A necessidade de revisão do conceito de acesso à justiça caminha lado a lado com a necessidade de elaboração de meios de soluções de conflitos no âmbito extrajudicial.

Na mesma proporção que se caminha para aprimorar os meios de acessos ao Poder Judiciário, é preciso que haja uma crescente melhora do Legislador no âmbito de soluções dos conflitos, seja com a criação de novos mecanismos Judiciários, ou aprimoramento dos meios já existentes, no âmbito judicial ou extrajudicial.

Os meios alternativos extrajudiciais por si só não são capazes de desobstruir o sistema, devido a um enorme problema estrutural. O simples fato de existirem meios alternativos ao processo Judiciário não satisfaz a demanda, visto que o grande problema atual do Sistema é ser deficitário em decorrência do grande número de ingresso de novas ações, a maior parte das demandas são de pequena monta, que em razão das facilidades encontradas na Constituição Federal, a título de exemplificação, temos a criação dos juizados especiais e facilidade de acesso à justiça gratuita, pensado como solução para problemas, acaba por impulsionar as pessoas a ingressarem com demandas judiciais, quando poderiam solucionar tais conflitos de forma extrajudicial.

O Estado “Judiciário” em busca de desafogar os Tribunais, criou critérios para que alguns casos anteriormente solucionados por intermédio de ação judicial, fossem então solucionados na esfera administrativa, como a vigência da Lei nº 11.441/2007 e o Provimento nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, posteriormente, outras alterações advindas com o Código de Processo Civil de 2015.

Os primores da desjudicialização, em evidência nos tempos atuais, já era tida como uma fonte de desafogar o Judiciário, contudo ganhou mais um enfoque, com o Projeto de Lei nº 6.204/2019, que dispõe sobre a execução civil de título executivo judicial e extrajudicial, de criação da Senadora Soraya Thronicke, integrante do Partido Social Liberal do Estado do Mato Grosso.

Em visão totalmente oposta às críticas apresentadas ao projeto, é claro que como todo e qualquer projeto de lei, será preciso adaptações e subtrações de ideias para que se chegue a um resultado satisfatório, referido texto transmite a confiabilidade de que os tabeliões também são competentes para realizarem atos extrajudiciais, garantindo direitos e obrigações perante as partes.

Assim como em situações anteriormente reguladas e atribuídas aos cartórios, tais atividades de desjudicialização de execução e ações cíveis, também seriam regulamentadas por normas, e sofreriam fiscalizações. É salutar mencionar, que já existem leis que permitem alguns atos executivos extrajudiciais sem a homologação judicial - Decreto 70/1966, art. 31 e ss. – execução extrajudicial de cédula hipotecária (alterado pela Lei 14.711/2023 – Protesto Lei 9.492/97, art. 11-A) - Lei 9.514/97, art. 26 e 27 – execução extrajudicial do contrato de alienação fiduciária de bem imóvel.

3. MECANISMOS DE FACILITAÇÃO: GARANTIA AO ACESSO

O constituinte não só concedeu a possibilidade de acesso aos Tribunais, como também estabeleceu a criação de mecanismos adequados para garantir e efetivar esse acesso. Exemplos disso é o reconhecimento do direito à assistência jurídica gratuita (art. 5º, LXXIV) e a criação da Defensoria Pública enquanto órgão autônomo nos âmbitos federal e estadual (art. 134).

O inciso XXXV do artigo 5º é evidente: sem o acesso à justiça para todos, não há democracia. Nesse sentido, o acesso à justiça é um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Em um contexto geral, o acesso à justiça tomou contornos na Constituição Federal de 1988, que abordou o tema de forma prática, garantindo meios de solucionar conflitos, que foram aprimorados, como a criação de novos instrumentos tais quais (França; Mativi; Silveira, 2020):

- i. Assistência judiciária gratuita (Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950): criada para atender aquelas pessoas que não possuem condições financeiras de pagamento de custas e demais despesas decorrentes de uma ação judicial, neste âmbito e possível até mesmo os serviços advocatícios.
- ii. Pro bono: e uma espécie de prestação de serviços jurídicos gratuitos por advogados, regulamentado pela Ordem dos Advogados do Brasil.
- iii. Defensoria Pública (Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994): garante o acesso à justiça para todas as pessoas, com a prestação da assistência

jurídica integral e gratuita. Os defensores públicos prestam assistência jurídica, dão orientação e promovem a defesa de direitos em todas as instâncias e nos âmbitos federal (com a Defensoria Pública da União) e estaduais (Defensorias Públicas dos estados e Distrito Federal).

iv. Juizados especiais (Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995): têm competência para as causas cíveis de menor complexidade e para as infrações penais de menor potencial ofensivo. Os juizados representam uma das maneiras mais efetivas para concretização do acesso à justiça, em razão de sua informalidade, sua eficiência e sua rapidez, pois o interessado, a depender do valor de sua causa, pode propor uma ação sem advogados.

Referidas formas, pretendem o acesso de forma ampla a todos os cidadãos, em especial, dar respaldo à pessoas vulneráveis e hipossuficientes.

4. META N. 9 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

A meta n. 9 criada para o Poder Judiciário, expedida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e aprovada para os anos de 2020 e 2021, tem como objetivo integrar a agenda até o ano de 2030. Para isso, o Tribunal deve realizar ações de prevenção ou desjudicialização de litígios voltadas aos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 (Brasil, 2024).

A meta estabelecida, tem o condão de prevenir o excesso de judicializações, proporcionando de uma forma organizada à solução destes conflitos em uma esfera preventiva, aprimoramento de técnicas de mediação e conciliações, sem que estas medidas mitiguem o acesso à justiça, atribuindo a conotação da desjudicialização uma natureza qualitativa e não quantitativa.

Veja-se o ensinamento de Manoel Ferreira Ramos (2023, p. 111):

A meta 9 consolidou as estratégias que o Poder judiciário nacional já desenvolvia com intuito de conter o quantitativo exorbitante de processos judicializados, e fomentou, dentre outros encaminhamentos, o exercício da política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos, instituída pela Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, do CNJ e o Tribunal Multiportas, não sendo este ultimo uma exclusividade do Brasil, pois a experiência da argentina já adotava a autocomposição posteriormente à jurisdição (Maciel; Santos, 2020) “ A meta 9, aprovada para ao anos de 2020 e 2021, consiste em integrar a Agenda 2030 ao Poder Judiciário. Para isso, o tribunal deve realizar as ações de prevenção ou desjudicialização de litígios voltadas aos ODS da Agenda 2030” (Conselho Nacional de Justiça, 2019, n.p).

A desjudicialização é um procedimento a ser implantado e deverá seguir os caminhos regulamentados por lei, o assunto em pauta, tem como escopo, promover uma diminuição no número de ações de execuções civis, visando des congestionar o poder Judiciário. Para que estes procedimentos possam entrar

em vigor é necessária além de uma estratégia eficaz, à aprovação no Congresso Nacional, de uma medida que contemple este sistema. O tema tem gerado inúmeras discussões e divergências no meio jurídico, imperioso afirmar que existe um equilíbrio nos pareceres, parte dos comentaristas defendem a aprovação, afirmando que os serventuários possuem competência para executarem tais funções, outros acreditam que os processos ainda que iniciados na esfera extrajudicial, não serão solucionados nesta seara.

Na esfera do direito notarial e registral a dogmática é fundamental, não apenas em cumprimento ao Estado Democrático de Direito, mas em decorrência da função já exercida pelos serventuários que exige o conhecimento legalista. A fixação do direito por meio de normas “aumenta a segurança e a precisão de seu entendimento.” (Ferraz Junior, 2015, p. 48). Os serventuários devem seguir fielmente a lei e seu rol taxativo, sendo legalistas no sentido de que não possuem autonomia para realizarem interpretações, o que difere do juiz que fica adstrito a hermenêutica filosófica.

Nesse sentido, o legalismo dos serviços notariais e registrais garante a segurança jurídica, pois não há espaço para solipsismos jurídicos. Diversamente do magistrado, que deve interpretar a norma respeitando uma hermenêutica filosófica adequada, superado o ideal interpretativo positivista kelseniano para não incorrer em solipsismos, os serventuários, não podem realizar qualquer ato que não esteja expresso em lei, e as leis à que são remetidos são taxativas (quanto às atribuições, à competência, aos direitos e deveres, dentre outros). Caso haja obscuridade ou dúvida de como o tabelião ou registrador devem proceder para realizar o ato, não lhes cabe contrariar a lei, criar norma ou decidir conforme sua consciência (solipsismo). Pontua-se como solipsismo, ou subjetivismo positivista, ou ativismo judicial, quando o sujeito que interpreta a norma (dicotomia resistente sujeito-objeto) “valoriza-a” utilizando-se de pré-conceitos próprios, criando normas contrárias aos princípios constitucionais, oriundos de um Estado Democrático (Cardoso; Ferreira, 2021, p. 29).

5. LEI Nº 14.711/2023

Em prol da desjudicialização de vias executivas, a recente Lei nº 14.711/2023 trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de execução extrajudicial de créditos garantidos por hipoteca, garantia imobiliária em concurso de credores, procedimento de busca e apreensão extrajudicial de bens móveis em caso de inadimplemento de contrato de alienação fiduciária, o resgate antecipado de letra financeira, a alíquota de imposto de renda sobre rendimentos no caso de fundos de investimento em participações qualificados que envolvam titulares de cotas com residência ou domicílio no exterior e o procedimento de emissão de debentures.

Nota-se que o objetivo primordial é a busca pelo aprimoramento e atualização das regras e procedimentos atrelados às garantias financeiras e instrumentos de investimento, com o escopo de garantir um processo de execução mais célere, eficiente e transparente.

Além disso detalha-se as medidas específicas propostas para cada uma das áreas mencionadas, o que inclui alterações nos procedimentos de execução extrajudicial, entre outros. Porém tal Lei não abarca todos os tipos de Execução dispostas no Código de Processo Civil.

Com efeito, o texto representa uma tentativa de aprimorar e modernizar o ambiente legal relacionado a garantias financeiras e investimentos, com o objetivo de aumentar a eficiência e segurança jurídica aos processos.

Sobre esse tema o juiz auxiliar do Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro, Marcelo Rubioli, em dada entrevista concedida para a revista CNB do Rio de Janeiro teceu alguns comentários que merecem reflexão (2023).

De acordo com Rubioli, numa análise breve do contexto da lei que regula as funções cartorárias, um dos temas enfatizados como prioritário é a contribuição dos cartórios para a desjudicialização da justiça no Brasil. Os cartórios (agentes da execução) são vistos como facilitadores desse projeto, reconhecendo-se suas atividades como relevantes para a função social, já que garantem segurança, eficácia, autenticidade e publicidade aos atos jurídicos entre as partes, conforme o artigo 1º da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994: “Art. 1º Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos”.

Isso gera confiança nas partes envolvidas e contribui para prevenir ou, pelo menos, reduzir conflitos ou que esses cheguem aos tribunais (Rubioli 2023).

Os tabeliães trabalham de forma preventiva, buscando evitar conflitos e preservar as relações sociais e a vontade das partes. Essa abordagem profilática é uma tentativa de evitar litígios (Rubioli 2023).

O notário tem por obrigação atuar no desenvolvimento do direito, garantindo segurança e certeza jurídica às relações privadas. É atribuído ao notário orientar as partes e sua função social, garantindo que expressem claramente sua vontade na presença do tabelião, para que seja registrada de forma oficial. O documento resultante reflete essa vontade, oferecendo segurança às partes que o escolheram com base na confiança (Rubioli 2023).

Os notários e registradores são profissionais do direito com fé pública, o que significa que seus atos são legalmente reconhecidos como autênticos e verdadeiros (presunção *juris tantum*). Eles desempenham um papel fundamental na garantia da segurança jurídica e na estabilidade das relações sociais e jurídicas (Rubioli 2023).

Esses profissionais são designados pelo Estado para exercer funções privadas, devendo atuar de maneira imparcial, seguindo as regras estabelecidas e sendo fiscalizados pelo Poder Judiciário (Rubioli 2023).

A atividade notarial e registral é privada, delegada pelo Estado, e os profissionais devem ser selecionados por concurso público. Essa imparcialidade é essencial para cumprir adequadamente suas funções como mediadores extrajudiciais (Rubioli 2023).

Reconhece-se a importância dos notários e registradores como colaboradores da justiça, capazes de mediar conflitos com segurança e imparcialidade, tornando os cartórios extrajudiciais uma porta de acesso à justiça. O Conselho Nacional de Justiça reconhece seu papel na ampliação do acesso à justiça (Rubioli 2023).

Com efeito, a atividade registral poderia assumir, de forma integral, a desjudicialização para ações envolvendo determinados tipos de execuções, nos termos da proposta legislativa apresentada. Entretanto, ponto de fundamental destaque e que precisa ser enfrentado com base no direito comparado é se a desjudicialização não seria apenas um retardo ao ingresso com a ação judicial. É totalmente possível levar os meios executivos aos cartórios, contudo, sem as ferramentas eficazes para a satisfação do crédito, tal incentivo poderia gerar custos duplicados, uma vez que ausentes tais ferramentas, a execução será inevitavelmente direcionada para o Poder Judiciário.

6. PROJETO DE LEI Nº 6204/2019: EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL

O projeto foi desenvolvido pela senadora Soraya Thronicke (Partido Social Liberal do Mato Grosso do Sul), com escopo de garantir a eficácia dos direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal, garantido assim a aplicabilidade do Estado de Direito, diante das lacunas presentes no ordenamento jurídico. No entanto alguns pontos precisam ser apreciados com maior ênfase.

O contexto desse Projeto de Lei se dá pelo fato de a jurisdição estatal brasileira, devido ao alto índice de litigiosidade, com o consequente grande número de processos em tramitação (em especial execução fiscais e civis). Dessa forma, referido projeto traz em seu bojo a propositura da desjudicialização da execução de títulos executivos extrajudiciais e judiciais, adotando modelos já praticados no estrangeiro, como no direito Português, onde as execuções são realizadas por agentes de execução, tais como tabeliões de protestos, sem a interferência direta do Poder Judiciário.

De acordo com a justificativa do projeto, a sugestão brasileira outorgaria aos tabeliões de protesto a função de execução dos títulos, podendo, entretanto, o Poder Judiciário atuar em caso de litígio. Em conclusão, com a adoção da desjudicialização, espera-se uma redução nos custos e no tempo de trâmite dessas demandas, melhorando a eficiência do sistema jurídico, além de contribuir para o crescimento econômico do país.

O projeto originou-se da tese de doutorado defendida por Flavia Pereira Ribeiro, denominada “Desjudicialização da Execução Civil”. O trabalho em si tem como objeto de estudo o direito português, em razão dos dispositivos serem compatíveis com o sistema brasileiro. Ademais defende a autora da tese ser este um projeto “nacionalizado e com cores próprias” (Ribeiro, 2022 p. 259-260). Deste modo, o projeto com ênfase no artigo 236, da Constituição Federal, determina que os serviços e atos executivos de competência dos magistrados sejam transferidos aos tabeliões por meio de delegação do poder público não fazendo remissão a qualquer dos poderes.

De uma forma descontextualizada o então credor, após o protesto do título, iniciaria o procedimento de execução perante o tabelionato de protesto, seguiria os mesmos critérios, para pagamento dos emolumentos caso não seja beneficiário de justiça gratuita. Analisadas todas as condições do título, o cartório procederá com a citação do devedor para que no prazo de 5 dias esse efetue o pagamento e, caso não ocorra a liquidação do débito, o agente responsável pela execução poderá iniciar o procedimento de penhora, avaliação, expropriação e adjudicação dos bens, assim até que satisfação a dívida. Inexistindo bens a serem penhorados, o cartório então suspenderia a execução. Mantendo, durante o procedimento, ao devedor todos os mecanismos de contraditório e ampla defesa garantidos pela Constituição federal.

É mister destacar, com base no princípio da legalidade, que o tabelião só poderá exercer seu mister fulcrado no artigo 4º (Brasil, 2024e) que assim dispõe:

Art. 4º. Incumbe ao agente de execução:

- I - examinar o requerimento e os requisitos do título executivo, bem como eventual ocorrência de prescrição e decadência;
- II – consultar a base de dados mínima obrigatória, nos termos do art. 29, para localização do devedor e de seu patrimônio;
- III – efetuar a citação do executado para pagamento do título, com os acréscimos legais;
- IV – efetuar a penhora e a avaliação dos bens;
- V – realizar atos de expropriação;
- VI – realizar o pagamento ao exequente;
- VII – extinguir a execução;
- VIII – suspender a execução diante da ausência de bens suficientes para a satisfação do crédito;
- IX – consultar o juízo competente para sanar dúvida relevante;
- X – encaminhar ao juízo competente as dúvidas suscitadas pelas partes ou terceiros em casos de decisões não reconsideradas.

Entende-se esse artigo como ponto de destaque, pois os poderes que referido projeto entrega ao agente da execução são parcos. O que referido agente pode fazer em caso de não encontrar bens na base de dados mínima obrigató-

ria? Para tal resposta, ao que parece, deve-se suspender a execução diante da ausência de bens.

Veja-se que referida base só terá acesso a dados públicos e não poderá adentrar nos dados sigilosos, situação que só poderá ser realizada perante o Poder Judiciário. Portanto, pode ser que o referido projeto de desjudicialização da execução, tornar-se-ia uma ferramenta, que apesar de inovadora, apenas de retardo a chegada dos processos de execução ao Poder Judiciário. O projeto não foi aprovado e segue sobrestado.

6.1 A desjudicialização da execução civil

A desjudicialização da execução civil no Direito Português, é de grande repercussão e teve início no século XVII, considerando o constante crescimento da pendência processual, então no ano de 2005, o governo português aprovou o Plano de Ação para o Descongestionamento dos Tribunais (PADT), compêndio de medidas, visando a prevenção e eliminação de causas que determinavam o recurso em massa aos tribunais, tendo também como meta redefinir ou atualizar os mecanismos processuais existentes (Portugal, Direção-geral da Política de Justiça-1).

Em Portugal, ao longo do tempo, observou-se que as demandas que tumultuavam os Tribunais, tratavam-se em grande número de execuções de títulos de valores ínfimos e, essas execuções, em grande parte pertenciam a um pequeno número de empresas, com várias ações judicializadas, ou seja, o serviço não estava sendo prestado a comunidade de um modo geral e sim a um pequeno grupo que ocupava de forma indevida o Judiciário.

Com base nessa análise é que o governo português enfim, anunciou o Plano de Ação para o Descongestionamento dos Tribunais (PADT), ressaltou quais os motivos pelos quais se faziam necessárias as medidas adotadas. Disse o Ministro (Costa, 2005) que “os tribunais estão ‘colonizados’ por ações para cobrança de dívidas e pequenas causas, que não se justifica serem resolvidas por um juiz”, sendo essa “uma das principais causas da morosidade judicial”, evidenciando que “estes litígios podem ser evitados ou melhor resolvidos fora do tribunal”. Além disso, defendeu que “o descongestionamento dos tribunais não é um fim em si mesmo”. Para ele,

descongestionar significa prestar um melhor serviço judicial: com menos processos os tribunais ganham tempo para prestar um melhor serviço aos cidadãos e às empresas; com menos processos garante-se um serviço mais célere e de melhor qualidade”. (...) descongestionar os tribunais é também melhorar as condições de trabalho: os magistrados e oficiais de justiça ficam com mais tempo para os processos mais complexos; menos tempo de trabalho burocrático; mais tempo para o estudo dos processos; mais tempo para ouvir as partes; mais tempo para preparar as decisões; isto é, mais tempo para decidir bem (Costa, 2005).

Tendo como ponto de partida esse estudo, é que foi promulgada a Resolução do Conselho de Ministros nº 100/2005 de Portugal, que delimita as ações e atos atribuídos aos cartórios e demais câmaras designadas a solucionar tais tipos de conflitos.

Em decorrência da Resolução do Conselho diversas medidas foram adotadas, dentre elas o decreto-lei n 107/2005; lei 42/ 2005; lei 48/2005, no direito português.

Semelhante ao adotado no direito Português, os Suecos e os Franceses, também acreditam que a natureza das execuções não necessariamente precisam ser jurisdicionais, podendo ter caráter administrativo, e serem solucionadas por entes ligados ao Judiciário, no caso serventuários, ou até mesmo privatizados.

Em países como Portugal e França é aplicado o procedimento da desjudicialização e desjurisdicionalização das execuções, esse mesmo procedimento é aventado como o ideal para ser implantado no Brasil, é desnecessário vincular atos passíveis de solução na esfera judicial, ao poder Judiciário, casos frequentes, são os de penhora e até mesmo leilões, o que é preciso e isso jamais poderá ser objeto de questionamento, é manter o controle jurisdicional (Câmara, 2024).

No Brasil, a desjudicialização foi abordada inicialmente por meio da Lei n. 11.441/2007, responsável por alterar o Código de Processo Civil de 1973, que possibilitou a realização de divórcios, inventários, separações e dissoluções de união estável pela via extrajudicial, entretanto, outras alterações pontuais de resolução de meios alternativos pela via extrajudicial, advieram somente com a criação o Código de Processo Civil de 2015, quando o tema foi abordado com maior ênfase.

Consequentemente, conflitos que anteriormente eram solucionados exclusivamente na esfera judicial, foram delegados aos serviços notariais e registrais, a medida tinha como enfoque reduzir o grande número de processos ajuizados anualmente, coadunando com o ideário do Provimento nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça de “estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade”. Dessa feita, a criação de meios alternativos também realizados por órgãos competentes, que não apenas o poder Judiciário.

Estudiosos levantaram suas teses após a abordagem CPC/2015, dentre eles surgiram correntes favoráveis e também contrárias, dentre as favoráveis se destaca a senadora Soraya Thronicke, autora do Projeto de Lei nº 6204/2019, que sustenta a tese da desjudicialização das execuções civis, o projeto defende que as execuções sejam remanejadas aos cartórios, sendo os cartorários peritos do direito, como assim os denominavam (Brandeli, 2011).

Caso seja aprovado o projeto de lei, haveria uma revolução no plano de reorganização judiciária, a função dos serviços notariais e registrais como evidência, bem como a figura dos conciliadores e mediadores, atribuindo a estes

poderes de solucionarem, desde que dentro da legalidade, conflitos da população, evitando assim que demandas simples cheguem aos tribunais.

É importante destacar que, tal qual afirmado linhas acima, esse projeto de lei, da forma que está, pode encontrar alguns óbices inerentes à falta de ferramentas garantidores do recebimento crédito. Além dessas ferramentas e outros dispositivos legais, o processo de execução deverá ser direcionado para o Poder Judiciário para resolver o conflito. Veja-se o ensinamento de Pedro Furtado de Mendonça Bellas (2021, p. 9):

No que diz respeito à litigiosidade em torno da execução civil extrajudicial o Projeto de Lei n. 6.204/19 não consegue eximir do Poder Judiciário de suas atribuições. Isso porque, caso haja conflito em torno da execução, é dado ao devedor a oposição de embargos à execução, consoante art. 18 do aludido projeto de lei. Nesse ponto, importante lembrar que os embargos à execução possuem natureza de ação, razão pela qual não se poderia cogitar que o “agente da execução” realizasse seu julgamento, uma vez que ele não faz parte do Poder Judiciário e não possui função jurisdicional.

Com efeito, sob o ponto de vista da economia financeira e de evitar ou de retirar processos de execução do Poder Judiciário, pode ser que referido projeto de lei, da forma que está, não cumpra com esse escopo.

No Brasil um estudo com levantamento de dados realizado até data de 31/01/2024, cerca de 1.823.248 novos processos foram ajuizados no Brasil (CNJ, 2024b). Cerca de 82.720.845 estão pendentes, com sentença proferida 1.495.464 processos.

Os números são assustadores, o que se pode observar é que no Brasil a facilidade de acesso à justiça por muitas vezes pode impactar no serviço prestado, o que torna o Judiciário moroso, coaduna-se com Greco (1998) quando introduz no seu conceito de acesso à justiça, a visão de que o estado precisa investir primeiro o cidadão em seus direitos para posteriormente disponibilizar o acesso à justiça, ambos devem caminhar juntos, na medida que uma sociedade com melhor grau de estudo, menor seria o número de conflitos.

Ademais, não se tem total certeza de que a desjudicialização possuirá eficácia consumativa no sentido de garantir ao credor a satisfação do crédito, não servindo apenas como meio de os cartórios ganharem destaque para atividades que não tenham fim garantido.

O tema ainda precisa ser mais aprofundado e debatido internamente pelo Congresso Nacional para que tal ferramenta, como acontece em outros países, como é o caso de Portugal, tenha efetividade.

Acredita-se como medida adequada complementar para, talvez, desjudicializar o processo executivo, a possibilidade de os notários terem acesso às mesmas ferramentas que o juiz possui, excluindo àquelas que não firam a intimidade

da pessoa. Com o acesso a informações sigilosas, o notário já saberá se o futuro processo executivo seria (in)frutífero. Tal afirmação se dá com base na praxis, pois se o notário não possuir as mesmas ferramentas de buscas de bens que estão à disposição dos advogados, torna-se inevitável a propositura da demanda executiva na esfera judicial, uma vez que a esfera extrajudicial restará infrutífera a qualquer tentativa de encontrar bens passíveis de penhora para satisfazer o crédito. Com isso, a desjudicialização tornar-se-ia apenas um retardo para a propositura da demanda junto ao Poder Judiciário.

Além disso, tal inacessibilidade e comunicação de dados, prejudicaria a proposta da Meta nº 9 do Poder Judiciário em viabilizar a prevenção de litígios pois, sem ferramentas adequadas, a meta pode não ser alcançada com efetividade e satisfatividade, características essenciais ao processo executivo.

7. CONCLUSÃO

De acordo com os estudos realizados para a elaboração do presente estudo, a execução civil no Brasil enfrenta grandes percalços, diante da elevada taxa de congestionamento na fase executiva, demonstra-se um descrédito na justiça Brasileira, em muitos casos, ainda que haja o ganho de causa por parte de um dos litigantes, não ocorre a finalização do processo.

A pesquisa permitiu observar que o Projeto de Lei 6.204/19, ainda em tramitação perante o Senado Federal, tem como escopo desjudicializar a execução civil diminuindo o monopólio do Poder Judiciário, transferindo aos tabelionados de notas, na pessoa dos “dos agentes de execução”, a função executiva. Como observado, o projeto necessita de aprimoramentos, razão pela qual não foi aprovado pelo Poder Legislativo, contudo caminha para um desfecho importante na história do direito brasileiro.

Embora necessite de aprimoramentos, o projeto de lei, bem como o processo de desjudicialização, não ferem direitos ou garantias constitucionais como o acesso à justiça, pois, o amplo acesso implicará às condições de procedimentalidade, de forma que havendo um serviço público apto a tutelá-lo, inexistirá interesse em acionar o poder judiciário.

Até mesmo os críticos ao projeto, defendem a necessidade de uma mudança no sistema de execuções. O trabalho no todo buscou abordar temas de relevância no âmbito jurídico social, afim de despertar a atenção dos juristas para o contínuo entrave judiciário brasileiro, caso não haja uma regulamentação das medidas de acesso à justiça eficazes.

Diante das análises, sobre os temas do acesso a justiça, surgimento da meta n.9 do Conselho Nacional de Justiça, aplicabilidade da Lei nº 14 711/2023 e o Projeto de Lei nº 6.204/19, conclui-se que urge ao Poder Judiciário cautela. O projeto é um caminho interessante, e talvez, promissor, porém deverá ser

submetido a melhorias no que tange as fases de execução e prazos, bem como esclarecer pontos ainda obscuros quanto a figura do juiz diante do litígio que não puder ser totalmente satisfeito por vias extrajudiciais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012 p.

ALMEIDA JUNIOR, F. F. A desjudicialização em Portugal: razões oficiais e medidas adotadas pelo governo. **Revista JurisFIB**, volume V, ano V, dez. 2014. Bauro, SP. p. 551- 577.

BELLAS, P. F. M. de. Desjudicialização da Execução Civil: Uma análise à luz do Projeto de Lei n. 6.204/2019, do Senado Federal. **EMERJ: Revista de Artigos Científicos**. Rio de Janeiro, v. 13 n. 2, Tomo II, 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Promulgada em 8 de outubro de 1988. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Paginação Irregular.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/agenda-2030/meta-9-do-poder-judiciario/#:~:text=A%20Meta%209%2C%20aprovada%20para,aos%20ODS%20da%20Agenda%202030.data> acesso em 12/04/2024b.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://painel-estatistica.stg.cloud.cnj.jus.br/estatisticas.html>. acesso em 12/04/2024c.

_____. **Portaria Conjunta GP n. 4/2024**. Institui a iniciativa Desjudicializa Prev. Brasília, 2024d.

_____. **Projeto de Lei 6204/2019**. Dispõe sobre a desjudicialização da execução civil de título executivo judicial e extrajudicial; altera as Leis n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996; 9.492, de 10 de setembro de 1997; 10.169, de 29 de dezembro de 2000; e 13.105 de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2024, disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8049470&ts=1689682066195&disposition=inline>. Acesso em 14/04/2024e.

CAMARA, A, F. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. rev. e atual. Barueri. São Paulo: Atlas, 2024.

CAPPELLETTI, M; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARDOSO, K; FERREIRA, J. S. A. B. N. “Jurisdição” extrajudicial e a tutela da (des)confiança. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 2, p. 25-43, jul. 2021. DOI: 10.5433/2178-8189.2021v25n2p25.

CESAR, A; **Acesso à Justiça e cidadania**. Cuiabá: UFMT, 2002.

COSTA, A, B. **Novas medidas para a reforma do sistema de Justiça**: Plano de descongestionamento dos tribunais: Melhor serviço público aos cidadãos e melhores condições para o trabalho nos tribunais. Lisboa: Ministério da Justiça, 2005.

DINAMARCO, C, R. **A Instrumentalidade do Processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

FERRAZ JUNIOR, T. S. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FRANÇA, B. A; MATIVI, M; SILVEIRA, M. **INCISO XXXV – Princípio Constitucional do acesso à justiça**. Disponível em: <https://www.politize.com.br/artigo-quinto/principio-constitucional-do-acesso-a-justica/#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20constitucional%20do%20acesso,viola%C3%A7%C3%A3o%20de%20algum%20direito%20ou>. Acessado em 04 de abr. 2024.

GRECO, Leonardo. Acesso à Justiça no Brasil. In: **Revista do Curso de Direito da UNIVALE** Universidade do Vale do Rio Doce. Governador Valadares, nº 1, p. 70, jan/jun. 98.

MANCUSO, R. C. de. Acesso à justiça: Condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RAMOS, M.R de. Pensando Convergências entre a Meta n.9 do CNJ e o ODS da agenda 2030: um estudo sobre a tecnologia a serviço da consensualidade no acesso à Justiça. Disponível em: <https://tedbc.ufma.br/jspui/bitstream/tede/4675/2/ManuelFerreiraRamos.pdf>. Acessado em 19 de abr. 2024.

RIBEIRO, Flávia Pereira. **Desjudicialização da Execução Civil**: tese de referência para a PL 6.204/2019. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2022.

RUBIOLI, Marcelo. **O notário contemporâneo**. Disponível em: <https://cnbrj.org.br/wp-content/uploads/2024/03/Revista-CNB-RJ-002.pdf>. Acessado em 11 de abr. 2024.

WATANABE, K. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ad Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel & WATANABE, Kazuo (coords). **Participação e Progresso**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

DESJUDICIALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES DE CAPITAL DE GIRO PESSOA JURÍDICA SEM GARANTIA REAL POR MEIO DA DAÇÃO EM PAGAMENTO: UMA ABORDAGEM AMIGÁVEL¹

Wagner Alcantara Ferreira²

1 INTRODUÇÃO

As operações de capital de giro são fundamentais para sustentar as atividades empresariais, especialmente em ambientes econômicos dinâmicos e desafiadores. Estas operações não apenas facilitam a administração de fluxos de caixa em resposta a variações sazonais e demandas de mercado, mas também são cruciais para a saúde financeira de empresas, influenciando diretamente sua capacidade de inovar e expandir. No entanto, a gestão eficiente do capital de giro é frequentemente prejudicada por desafios relacionados à liquidez e ao acesso a financiamentos adequados, principalmente devido a condições econômicas adversas e exigências rigorosas de garantias que muitas empresas não conseguem atender.

Diante desses desafios, a dação em pagamento surge como uma solução estratégica e inovadora para a resolução de inadimplências e gestão de débitos sem a necessidade de litígios. Este mecanismo jurídico, embora estabelecido, oferece uma alternativa não litigiosa que permite ao devedor extinguir uma obrigação mediante a entrega de bens ao credor, substituindo o pagamento em dinheiro. A aplicabilidade da dação em pagamento em operações de capital de giro sem garantia real apresenta uma oportunidade para aliviar os sistemas

¹ Este artigo foi submetido e aprovado no VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI 2024.

² Mestrando em Direito no Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da UNIPAR. Assistente de negócios do Banco do Brasil.

judiciais sobrecarregados, ao mesmo tempo que oferece flexibilidade financeira e promove relações comerciais duradouras e saudáveis.

Este artigo propõe explorar os diversos aspectos da dação em pagamento, desde seu conceito legal e histórico até as implicações práticas na moderna gestão empresarial. Através de uma análise detalhada, discuti-se como este mecanismo pode ser efetivamente utilizado para maximizar a eficiência operacional, reduzir riscos financeiros e promover um ambiente de negócios mais estável e previsível.

2 OPERAÇÕES DE CAPITAL DE GIRO PARA PESSOA JURÍDICA: IMPORTÂNCIA E DESAFIOS

O capital de giro representa os recursos necessários para a continuidade das operações diárias de uma empresa. Ele cobre despesas operacionais, compra de matérias-primas, pagamento de salários, e outras necessidades de curto prazo. A gestão eficaz do capital de giro é crucial para a saúde financeira de qualquer empresa, pois garante que haja liquidez suficiente para atender a compromissos correntes e imprevistos.

Diante dos desafios de liquidez e financiamento, torna-se essencial para as pessoas jurídicas explorar soluções de financiamento flexíveis que possam se adaptar às suas necessidades e condições específicas. Linhas de crédito rotativas, empréstimos pontuais, financiamento de recebíveis e outras formas de crédito são fundamentais para manter a operacionalidade.

Inovações em produtos financeiros e a adoção de estratégias alternativas, como a dação em pagamento, são cada vez mais relevantes no contexto das operações de capital de giro. Em suma, as operações de capital de giro são um componente essencial da gestão empresarial para pessoas jurídicas. A capacidade de uma empresa em administrar seu capital de giro de forma eficaz determina não só sua estabilidade financeira diária, mas também sua capacidade de investir em oportunidades de crescimento e inovação a longo prazo.

3 A IMPORTÂNCIA DAS GARANTIAS REAIS NAS OPERAÇÕES DE CAPITAL DE GIRO PARA PESSOA JURÍDICA

Garantias reais desempenham um papel crucial nas operações de capital de giro, oferecendo segurança significativa tanto para credores quanto para devedores em transações financeiras, especialmente para pessoas jurídicas que buscam financiamento para sustentar ou expandir suas atividades comerciais. Estas garantias, reduzem substancialmente o risco para o credor, proporcionando um meio confiável de recuperação em caso de inadimplência e podem incluir taxas

de juros mais baixas e prazos de pagamento mais extensos, elementos que podem ser decisivos para a viabilidade financeira de projetos empresariais em fase de crescimento ou reestruturação.

Contudo, o uso de garantias reais não está isento de desafios. A avaliação adequada dos bens oferecidos como garantia é uma questão complexa e crítica, especialmente quando se trata de ativos como equipamentos especializados ou propriedades com valor de mercado difícil de determinar. Além disso, a imobilização de ativos significativos pode limitar a flexibilidade financeira das empresas, restringindo a disponibilidade de recursos para outras oportunidades de investimento ou necessidades operacionais.

Em conclusão, as garantias reais são componentes vitais das operações de financiamento para pessoas jurídicas, trazendo estabilidade e segurança para as transações de capital de giro.

4 DAÇÃO EM PAGAMENTO: CONCEITO E APLICABILIDADE

A dação em pagamento é um mecanismo jurídico consolidado no direito civil brasileiro, que possibilita ao devedor extinguir uma obrigação mediante a entrega de bens ao credor, substituindo o pagamento em dinheiro. Este instrumento legal, de origem antiga, continua a desempenhar um papel fundamental nas transações comerciais e financeiras contemporâneas, especialmente na gestão de dívidas e na resolução de conflitos de maneira não litigiosa.

No contexto das operações de capital de giro para pessoas jurídicas, onde muitas vezes não se exigem garantias reais, a dação em pagamento apresenta-se como uma alternativa estratégica para resolver inadimplências. Utilizar bens em vez de dinheiro não só facilita a liquidação de dívidas em cenários de fluxo de caixa restrito, mas também promove a desjudicialização de conflitos, economizando recursos tanto para o sistema judiciário quanto para as partes envolvidas.

A efetividade da dação em pagamento é sustentada por diversos princípios legais e práticas comerciais que asseguram sua execução de forma justa e equilibrada. Reflete a autonomia da vontade das partes.

Considerando sua relevância, é fundamental explorar em profundidade as diversas dimensões da dação em pagamento. Desde sua definição legal e origens históricas até os desafios práticos de sua implementação, cada aspecto contribui para um entendimento de como esse mecanismo pode ser utilizado eficazmente nas operações de capital de giro sem garantias reais. Essa aplicação não só traz eficiência e segurança jurídica, mas também sustentabilidade econômica para as empresas envolvidas.

Nos sub-tópicos subsequentes, serão explorados a definição e os fundamentos legais da dação em pagamento, aspectos jurídicos pertinentes, aplicabili-

dade prática no contexto de capital de giro, as vantagens e desafios de sua implementação, e as perspectivas futuras que influenciarão sua utilização no cenário empresarial brasileiro. Este exame detalhado visa fornecer uma base sólida para compreender como a dação em pagamento pode ser uma ferramenta valiosa na gestão financeira e na resolução de disputas comerciais.

4.1 Definição Legal e Origens Históricas da Dação em Pagamento

A dação em pagamento, ou “*datio in solutum*”, constitui um mecanismo jurídico profundamente enraizado no direito civil, regulamentado pelos artigos 356 a 359 do Código Civil Brasileiro. Este instituto permite que um devedor extinga uma obrigação mediante a transferência de um bem, não monetário, ao credor. Essa prática é particularmente aplicável em situações onde o devedor enfrenta dificuldades para liquidar suas dívidas financeiras, proporcionando uma alternativa através da entrega de um bem, cuja aceitação é previamente acordada pelo credor.

Legalmente, a transação é validada somente se o bem entregue for aceito pelo credor como suficiente para extinguir a obrigação, um processo que deve ocorrer de imediato. O Código Civil em seu artigo 359, também assegura que essa transferência seja acompanhada das garantias usuais de evicção, e destaca que quaisquer débitos remanescentes após a aceitação do bem continuam devidos, a menos que um acordo alternativo seja explicitamente estabelecido entre as partes envolvidas: “Se o credor for evicto da coisa recebida em pagamento, restabelecer-se-á a obrigação primitiva, ficando sem efeito a quitação dada, ressalvados os direitos de terceiros. Artigo 359 do Código Civil”

Em resumo, a dação em pagamento se estabelece como uma opção legalmente robusta que se adapta às exigências modernas das relações comerciais e contratuais. Este instrumento oferece uma alternativa eficaz e vantajosa para a resolução de dívidas, especialmente em contextos econômicos desafiadores, facilitando acordos que protegem os interesses de todas as partes envolvidas e promovendo a resolução consensual de disputas financeiras.

4.2 Aspectos Jurídicos da Dação em Pagamento

A dação em pagamento, como mecanismo jurídico, está intrinsecamente ligada a uma série de requisitos legais que determinam sua validade e eficácia. Este sub-tópico se dedica a explorar as nuances jurídicas envolvidas na implementação da dação em pagamento, particularmente em transações de capital de giro para pessoas jurídicas sem garantias reais. O entendimento desses aspectos é crucial para a correta aplicação deste instrumento em contextos empresariais.

Para que a dação em pagamento seja reconhecida como válida, é fundamental que haja consenso entre as partes envolvidas. O credor deve aceitar explicitamente o bem oferecido pelo devedor como quitação da dívida, e esse acordo deve ser inequívoco e conforme estipulado pelo Código Civil brasileiro nos artigos 356 a 359. Esses artigos enfatizam que a aceitação do bem pelo credor substitui o pagamento em dinheiro originalmente acordado.

Para Maria Helena Diniz: “A obrigação pecuniária é uma modalidade de obrigação de dar, que se caracteriza pelo valor da quantia devida. Na dívida pecuniária, a prestação não é de coisas, uma vez que é relativa ao valor; daí ser obrigação de soma de valor. (2010, p. 88 – 89).

Além disso, todas as partes envolvidas no acordo devem possuir capacidade legal para contratar. Isto significa que tanto credores quanto devedores devem ser capazes de realizar atos da vida civil independentemente ou estar devidamente representados por procuradores ou representantes legais. Esta capacidade é um pré-requisito para a formação de qualquer contrato válido sob a lei brasileira.

A formalização do acordo de dação em pagamento deve ser meticulosamente documentada, seja por meio de um instrumento público ou particular. Esta documentação deve detalhar o bem transferido, a dívida quitada e quaisquer outras condições relevantes acordadas entre as partes. A correta formalização é vital para garantir a segurança jurídica do acordo, protegendo os interesses de todas as partes envolvidas e prevenindo potenciais litígios futuros.

Por fim, não se pode negligenciar as implicações fiscais e contábeis da dação em pagamento. A transferência de bens pode acarretar obrigações tributárias tanto para o credor quanto para o devedor, incluindo a necessidade de registrar a transferência para fins de impostos sobre transmissão de bens. Essas transações devem ser refletidas adequadamente nas demonstrações financeiras das empresas envolvidas, conforme os princípios contábeis vigentes.

4.3 Aplicabilidade da Dação em Pagamento no Contexto de Operações de Capital de Giro

A dação em pagamento emerge como uma solução alternativa particularmente atraente para a gestão de inadimplências em operações de capital de giro, especialmente quando essas operações não são asseguradas por garantias reais. Esta modalidade permite que as empresas utilizem ativos não essenciais ou subutilizados para saldar dívidas, representando uma opção vital em períodos de fluxo de caixa restrito. Tal flexibilidade é crucial para manter a operacionalidade da empresa, resolvendo obrigações financeiras de maneira eficaz e eficiente.

A dação em pagamento mostra-se particularmente viável quando o devedor possui ativos que, apesar de valiosos, possuem liquidez reduzida ou venda

mais lenta. Tais ativos incluem imóveis, equipamentos especializados, ou participações acionárias. Em vez de forçar uma venda rápida e potencialmente desvantajosa desses ativos para obter liquidez, a dação em pagamento oferece uma solução que maximiza o retorno para o credor enquanto alivia o devedor de suas obrigações imediatas de pagamento em dinheiro.

É imperativo que ambas as partes estejam adequadamente assessoradas por consultores financeiros e legais competentes ao estabelecerem acordos de dação em pagamento. Tal assessoria garante que o acordo não apenas seja justo, mas também esteja em conformidade com todas as regulamentações aplicáveis, mitigando riscos futuros relacionados à transferência de propriedade ou à avaliação de ativos.

Um acordo liberatório que só pode ocorrer após o nascimento da obrigação. Pode consistir na substituição de dinheiro por coisa (rem pro pecuni), como também de uma coisa por outra (rem pro re), assim como a substituição de uma coisa por uma obrigação de fazer. (Venosa, 2004, p. 286)

Em suma, a dação em pagamento, aplicada nas operações de capital de giro sem garantia real, oferece uma estratégia robusta e versátil para a gestão de débitos. Essa abordagem não apenas otimiza os recursos financeiros das empresas envolvidas, mas também promove uma cultura de negociação e acordo, essencial para o dinamismo do ambiente de negócios contemporâneo.

4.4 Vantagens e Desafios na Implementação da Dação em Pagamento

A dação em pagamento oferece uma abordagem alternativa e estratégica para a resolução de dívidas, permitindo a transferência de bens em lugar de dinheiro. Este mecanismo, embora repleto de benefícios potenciais, carrega consigo desafios significativos que necessitam de uma análise cuidadosa pelas partes envolvidas, especialmente em operações de capital de giro sem garantia real. Este sub-tópico aborda tanto as vantagens quanto os desafios associados à dação em pagamento, destacando como esses fatores podem influenciar a decisão empresarial de adotar essa modalidade. “Também em nada afeta a essência da dação em pagamento que a coisa entregue seja móvel ou imóvel, corpórea ou incorpórea, um bem jurídico qualquer, uma coisa ou um direito, como o usufruto. É mister, contudo, que seja diferente da dívida” (Gagliano, Pablo Stolze; Pamplona Filho, Rodolfo, 2008 p. 215 e 216).

4.4.1 Vantagens da Dação em Pagamento

Uma das maiores vantagens da dação em pagamento é a economia substancial de recursos que poderiam ser gastos em litígios prolongados. Ao evitar

o processo judicial, as empresas poupam não só em custos diretos, como honorários advocatícios e custas processuais, mas também em custos indiretos relacionados ao tempo despendido na gestão do litígio. Além disso, a dação em pagamento pode oferecer uma resolução mais rápida para as dívidas, permitindo que as empresas liberem capital de giro retido e realoquem esses recursos em outras áreas críticas de sua operação.

Outro benefício significativo é a preservação de relações comerciais valiosas. Diferente dos processos judiciais, que frequentemente criam uma atmosfera de antagonismo, a dação em pagamento pode manter e até fortalecer laços comerciais através de uma resolução amigável e cooperativa. Isso se revela benéfico para futuras negociações ou parcerias entre as partes.

A flexibilidade é outro ponto forte, visto que permite às partes negociar quais bens serão aceitos como pagamento. Isso é particularmente vantajoso quando o devedor possui ativos subutilizados ou de difícil liquidez, transformando-os em uma ferramenta útil para liquidar dívidas.

Nesta, o devedor se compromete a pagar um ou outro objeto convencionado no ato negocial, já concordou em receber qualquer deles, não podendo retratar tal anuência no momento do resgate do débito, enquanto a dação pressupõe a extinção da obrigação com a entrega de coisa diversa da estipulada, com o consentimento do credor (DINIZ, 2007, p. 281).

4.4.2 Desafios na Implementação

Contudo, a implementação da dação em pagamento não está isenta de desafios. A avaliação correta dos bens a serem usados na quitação da dívida é uma das maiores dificuldades. Estabelecer o valor justo de um ativo, especialmente se for um ativo especializado ou não líquido, pode ser complexo e geralmente requer a intervenção de avaliadores profissionais.

Além disso, pode haver relutância por parte do credor em aceitar o bem oferecido, seja devido à sua natureza, localização, dificuldades logísticas ou falta de utilidade percebida. Em alguns casos, a negociação sobre a aceitação do bem pode se mostrar tão desafiadora quanto a resolução da dívida em si.

A dação também acarreta implicações legais e fiscais, incluindo a transferência de título e a incidência de impostos sobre a transferência de bens, que podem complicar o processo. Ademais, existe o risco de desvalorização do bem aceito em dação, especialmente se não for liquidado imediatamente pelo credor, o que pode resultar em uma perda real para o credor se o valor do bem não cobrir totalmente a dívida.

Para uma implementação bem-sucedida, é essencial a elaboração de contratos detalhados que especificam todas as condições do acordo, como a des-

criação exata do bem, as condições de transferência, e garantias contra possíveis defeitos ou encargos não declarados.

Conforme Sílvia de Salvo Venosa: “Especialmente no campo contratual, a vontade assume um papel de exame dúplice, porque há necessidade de ao menos duas vontades para perfazer um contrato[...] (2015, p.48).

A dação em pagamento é uma ferramenta valiosa para desjudicializar as operações de capital de giro, proporcionando tanto vantagens econômicas quanto operacionais. Contudo, seu sucesso depende de uma implementação meticulosa que considere todos os desafios e vantagens envolvidos. Empresas interessadas nesta opção devem, portanto, pesar cuidadosamente esses fatores ao considerar a dação em pagamento como uma solução para resolver inadimplências, assegurando que a estratégia adotada esteja alinhada com seus objetivos e capacidades operacionais.

4.5 Perspectivas Futuras da Dação em Pagamento

A dação em pagamento, enquanto prática estabelecida, enfrenta um cenário dinâmico de mudanças nas condições econômicas e nas regulamentações jurídicas. À medida que as operações de capital de giro se tornam mais complexas e abrangentes, é imperativo refletir

sobre as futuras perspectivas de utilização da dação em pagamento, adaptando essa prática às novas realidades do mercado e às evoluções legais.

O ambiente econômico volátil apresenta tanto desafios quanto oportunidades para a dação em pagamento. Em períodos de instabilidade econômica, como recessões ou crises financeiras, essa prática pode se tornar particularmente atrativa para empresas que necessitam liquidar dívidas sem comprometer o fluxo de caixa. Contudo, a viabilidade da dação em pagamento depende da flexibilidade dos acordos para se adaptarem às condições de mercado, especialmente no que tange à avaliação de bens, cujos preços podem variar significativamente.

As tendências legislativas e regulatórias também influenciarão significativamente as futuras aplicações da dação em pagamento. Alterações nas leis que regem transações comerciais e financeiras podem ampliar ou restringir a utilização desta prática. É crucial que os legisladores e reguladores compreendam as implicações econômicas e sociais da dação em pagamento, procurando um equilíbrio entre a flexibilidade contratual e a proteção dos direitos de credores e devedores.

Com um enfoque crescente em sustentabilidade e responsabilidade corporativa, a dação em pagamento também pode ser promovida como um mecanismo para fomentar práticas empresariais mais sustentáveis. Ao facilitar que bens subutilizados sejam redirecionados para quitar dívidas, essa prática pode

apoiar uma economia mais circular, otimizando o uso de recursos e minimizando desperdícios.

5. VANTAGENS DA DAÇÃO EM PAGAMENTO NA DESJUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS

A dação em pagamento representa uma alternativa legalmente válida e estrategicamente benéfica para a resolução de conflitos financeiros, especialmente em operações de capital de giro onde garantias reais não são exigidas. Este método não apenas alivia o sistema judiciário, desviando casos que poderiam se transformar em processos prolongados, mas também oferece múltiplas vantagens econômicas e relacionais para as partes envolvidas. Analisa-se, a partir desse momento, as principais vantagens da dação em pagamento na desjudicialização de conflitos:

5.1 Redução de Carga no Sistema Judiciário através da Dação em Pagamento

A dação em pagamento oferece benefícios significativos além da resolução direta de disputas financeiras, destacando-se principalmente pela sua capacidade de aliviar a sobrecarga nos sistemas judiciários. Muitos tribunais ao redor do mundo enfrentam desafios decorrentes do alto volume de casos, que frequentemente resultam em atrasos substanciais na resolução de disputas. Ao promover a dação em pagamento como alternativa ao litígio convencional, é possível mitigar esses desafios de maneiras significativas e multifacetadas.

Quando as partes optam pela dação em pagamento, elas conseguem resolver suas diferenças financeiras fora do ambiente judicial. Este procedimento elimina a necessidade de iniciar processos judiciais, os quais consomem tempo e recursos consideráveis do sistema. Ao reduzir o número de casos novos que entram no sistema judiciário, contribui-se diretamente para a diminuição do congestionamento, permitindo que os tribunais dediquem mais atenção e recursos a casos que requerem uma intervenção judicial mais complexa e detalhada.

A utilização da dação em pagamento não apenas previne a entrada de novos casos no sistema judiciário, como também promove um processo de justiça mais ágil e eficiente. Com um menor volume de casos pendentes, os tribunais têm a capacidade de processar as disputas existentes de maneira mais rápida. Isso é particularmente benéfico para resolver disputas comerciais e financeiras que demandam resoluções rápidas para prevenir impactos econômicos adversos prolongados.

Adicionalmente, a redução da carga de trabalho nos tribunais pode impactar positivamente a qualidade da justiça administrada. Com menos casos para

gerenciar, juízes e funcionários judiciais podem oferecer mais tempo e atenção a cada processo, o que potencialmente resulta em julgamentos mais cuidadosos e fundamentados. Essa melhoria na qualidade da justiça é essencial para sustentar a confiança do público no sistema judicial.

Em suma, a dação em pagamento não só oferece uma solução prática e eficiente para a resolução de disputas financeiras e comerciais, mas também serve como um instrumento valioso para promover um sistema judicial mais ágil, menos sobrecarregado e economicamente sustentável. Ao adotar essa abordagem, as partes envolvidas podem não apenas resolver seus conflitos de forma eficiente, mas também contribuir significativamente para a melhoria do sistema judiciário como um todo.

5.2 Aspectos Econômicos e Financeiros

A dação em pagamento, ao oferecer uma alternativa eficaz à resolução de conflitos por meio de litígios, apresenta benefícios econômicos e financeiros significativos que podem impactar positivamente a liquidez e a saúde financeira das empresas envolvidas. Esta metodologia não só contribui para uma economia menos saturada por disputas judiciais prolongadas, mas também promove uma gestão de recursos mais eficiente.

Primeiramente, a dação em pagamento elimina diversos custos diretos associados aos processos judiciais, como honorários advocatícios, custas judiciais, e despesas com peritos e outros profissionais. Além disso, reduz custos indiretos, como o tempo que as partes dedicariam ao acompanhamento dos casos. Esse tempo poderia ser empregado de maneira mais produtiva nas atividades principais das empresas, aumentando assim sua produtividade e eficiência operacional.

Outra vantagem significativa da dação em pagamento é a melhoria da posição de liquidez para as empresas devedoras. Empresas que enfrentam dificuldades de caixa, mas que possuem ativos tangíveis subutilizados ou não líquidos, podem utilizar esses ativos para quitar dívidas. Para os credores, receber um ativo tangível pode representar uma oportunidade de investimento ou uma forma alternativa de recuperar o valor que poderia ser perdido em um processo de cobrança prolongado e incerto.

A resolução rápida de disputas financeiras por meio da dação em pagamento também minimiza as interrupções operacionais, permitindo que as empresas mantenham ou rapidamente retomem suas operações normais. Esta continuidade é crucial para sustentar as operações empresariais e manter a competitividade e saúde financeira no mercado.

Adicionalmente, a dação em pagamento pode oferecer vantagens fiscais, tais como a possibilidade de dedução de perdas para os devedores, ou otimizá-

ção fiscal na gestão de ativos para os credores. É crucial que as partes envolvidas consultem especialistas fiscais para garantir que essas vantagens sejam exploradas dentro da conformidade legal.

A adoção mais ampla da dação em pagamento pode também estabilizar o mercado, reduzindo o número de empresas que enfrentam dificuldades financeiras e que poderiam entrar em falência ou processos longos de recuperação judicial. Ao facilitar resoluções de conflitos mais rápidas e econômicas, a prática ajuda a manter uma dinâmica de mercado mais saudável e previsível.

Em resumo, os aspectos econômicos e financeiros da dação em pagamento ilustram seu potencial para resolver disputas de maneira eficaz, enquanto promovem uma gestão financeira estratégica e sustentável. Essa prática não apenas beneficia as partes diretamente envolvidas, mas também contribui positivamente para o ambiente econômico mais amplo, reforçando sua viabilidade como ferramenta preferencial para a desjudicialização de conflitos comerciais e financeiros.

6. REQUISITOS E LIMITAÇÕES DA DAÇÃO EM PAGAMENTO

6.1 Requisitos Legais

A dação em pagamento é uma modalidade de extinção de obrigações que permite a quitação de dívidas mediante a transferência de um bem ao credor, substituindo o pagamento tradicional em dinheiro. Esta prática, regulada juridicamente, exige o cumprimento de diversos requisitos legais para garantir sua eficácia e validade. Vamos explorar os requisitos essenciais para a implementação correta da dação em pagamento.

O primeiro requisito fundamental para a validade da dação em pagamento é o consentimento mútuo das partes envolvidas. Tanto o devedor quanto o credor devem concordar explicitamente em substituir o pagamento monetário pelo bem, e este consentimento deve ser livre de qualquer vício, como erro, dolo, coação, estado de perigo ou lesão. Isso garante que ambas as partes tomem sua decisão de maneira informada e voluntária, crucial para a legitimidade do acordo.

O bem transferido como pagamento deve ser claramente especificado no contrato. É necessário que seja um bem existente, tangível ou intangível, e que o devedor possua o direito legal de aliená-lo. A descrição detalhada do bem, incluindo seu estado, localização e outros detalhes pertinentes, deve ser documentada para influenciar adequadamente sua valoração e aceitação pelo credor.

A adequação do bem é outro critério crucial. O valor do bem deve ser suficiente para cobrir a totalidade da dívida. Esta avaliação é fundamental para a aceitação do bem pelo credor; se o valor do bem for inferior ao montante da dívida, o devedor permanece responsável pelo saldo remanescente, a menos que haja um acordo explícito que estipule o contrário.

Embora teoricamente possível realizar uma dação em pagamento de forma verbal, a formalização por escrito é fortemente recomendada. Um contrato escrito proporciona uma evidência clara do acordo e dos termos envolvidos, e deve incluir as assinaturas das partes

envolvidas. Idealmente, o contrato deve ser reconhecido em cartório para assegurar sua força probante e facilitar a execução legal.

Finalmente, o processo de dação em pagamento deve estar em conformidade com as normas tributárias e regulatórias aplicáveis. A correta declaração de impostos sobre a transferência de bens, como o Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) para imóveis, é essencial para prevenir complicações legais e fiscais para ambas as partes no futuro.

Atender a esses requisitos legais não apenas confirma a legalidade da dação em pagamento, mas também protege os interesses de todas as partes envolvidas, garantindo que o acordo seja justo, transparente e efetivamente resolva a obrigação de dívida.

6.2 Idoneidade do Bem

A idoneidade do bem oferecido na dação em pagamento é fundamental para a eficácia e legalidade do acordo. Para que um bem seja considerado adequado para quitar uma dívida, ele deve satisfazer vários critérios que asseguram sua aceitabilidade, tanto do ponto de vista prático quanto legal. Este sub-tópico discute os principais aspectos que determinam a idoneidade do bem em transações de dação em pagamento.

Primeiramente, o bem deve ser apropriado para extinguir a dívida em termos de valor e natureza. Isto implica que o bem deve ser de um tipo e valor que o credor considera aceitável e suficiente para compensar o valor da dívida. Bens como propriedades imobiliárias, veículos, equipamentos ou até ações de uma empresa podem ser considerados adequados, dependendo da natureza da dívida e do acordo específico entre as partes.

Outro aspecto crucial é a liquidez do bem. Bens que podem ser facilmente convertidos em dinheiro são geralmente preferidos, pois oferecem ao credor a capacidade de recuperar o valor da dívida de maneira rápida e eficaz, se necessário. Bens menos líquidos podem ser menos atraentes, a menos que tenham um valor intrínseco específico para o credor ou que condições compensatórias sejam negociadas para equilibrar a transação.

A condição física do bem também é vital. Bens que requerem reparos significativos ou que mostram sinais de desgaste excessivo podem não ser considerados idôneos, uma vez que seu valor de mercado pode estar comprometido. Avaliações profissionais são frequentemente necessárias para determinar o estado real do bem e sua adequação para satisfazer a dívida completamente.

Para que um bem seja utilizado na dação em pagamento, é essencial que o devedor possua a propriedade plena e os direitos de transferência sobre ele. O bem não deve estar envolvido em disputas legais, nem sujeito a gravames, penhoras ou quaisquer outros encargos que possam impedir sua transferência livre e desimpedida. A clareza na propriedade e a ausência de restrições legais são fundamentais para assegurar que o credor receba efetivamente o valor acordado.

A documentação adequada que acompanha o bem é outro componente essencial. Títulos de propriedade, registros e declarações devem estar completos e disponíveis para provar que o devedor tem o direito de dispor do bem. Esta documentação robusta é crucial para prevenir disputas futuras sobre a validade da transferência ou a propriedade do bem.

Finalmente, a avaliação justa do bem, realizada por um profissional qualificado, é imperativa para assegurar que o valor do bem corresponda ao montante da dívida. Uma avaliação imparcial é vital para que ambas as partes estejam cientes e concordem com o valor real do bem, estabelecendo uma base sólida e transparente para o acordo.

A idoneidade do bem é, portanto, um pilar central para o sucesso da dação em pagamento. Certificar-se de que o bem atenda a todos esses critérios não só facilita um acordo justo e equilibrado, mas também protege as partes contra possíveis complicações futuras, garantindo que a transação seja concluída de forma satisfatória e mutuamente benéfica.

6.3 Formalização Adequada

A formalização adequada da dação em pagamento é crucial para assegurar a segurança jurídica do acordo e proteger os direitos das partes envolvidas. Este processo envolve várias etapas detalhadas e a produção de documentos meticulosamente preparados e revisados para garantir que todos os aspectos legais e práticos sejam abordados corretamente.

O primeiro passo na formalização de uma dação em pagamento é a criação de um contrato escrito. Este documento é essencial, pois constitui a prova legal do acordo e especifica todas as suas condições. O contrato deve detalhar explicitamente o bem que está sendo transferido, a dívida que está sendo quitada e quaisquer outras condições relevantes acordadas pelas partes. Elementos como a descrição precisa do bem, seu valor de avaliação, condições de transferência e

a confirmação de que o bem satisfaz total ou parcialmente a dívida, devem ser claramente documentados.

Além disso, o contrato deve ser assinado por todas as partes envolvidas, incluindo representantes legais ou agentes autorizados. As assinaturas confirmam que todos os envolvidos leram, entenderam e concordaram com os termos do contrato. Dependendo da natureza do bem ou do valor da transação, pode ser recomendável autenticar as assinaturas em cartório, proporcionando uma garantia adicional de que o acordo foi devidamente consentido por todos.

Em situações envolvendo bens de alto valor ou grande importância, como imóveis, é essencial registrar o contrato no cartório de registro de imóveis correspondente. Esse registro é vital para conferir eficácia ao acordo perante terceiros e para assegurar a correta transferência da propriedade ou direito sobre o bem. O registro público do contrato garante que o acordo seja oficialmente reconhecido e que qualquer interesse de terceiros no bem seja apropriadamente notificado.

Também é prudente incluir no contrato cláusulas de garantia que ofereçam proteção ao credor contra possíveis defeitos ocultos ou problemas legais relacionados ao bem recebido. Essas cláusulas podem estabelecer medidas como a devolução do bem ou compensações adicionais se o bem não estiver conforme o acordado ou se surgirem questões legais após a transferência.

Devido à complexidade dos aspectos legais envolvidos, é altamente recomendável que as partes busquem orientação jurídica durante a elaboração e revisão do contrato. Um advogado especializado pode ajudar a garantir que o contrato atenda a todos os requisitos legais e proteja efetivamente os interesses das partes.

Em resumo, a formalização adequada da dação em pagamento é um componente fundamental para a efetivação do acordo. Sem uma documentação completa e correta, as partes podem enfrentar incertezas legais e riscos significativos, que poderiam resultar em disputas futuras—exatamente o que o acordo visa prevenir. Uma abordagem metódica e atenta à formalização é, portanto, essencial para o sucesso da dação em pagamento.

7 CONCLUSÃO

Este artigo explorou a prática da dação em pagamento como uma estratégia inovadora e eficaz para a desjudicialização de operações de capital de giro para pessoas jurídicas sem

garantia real. Demonstra-se que, além de oferecer uma alternativa viável para a resolução de inadimplências, a dação em pagamento pode significativamente aliviar o congestionamento do sistema judiciário, promovendo uma resolução de conflitos mais ágil e econômica.

A análise detalhada revelou que a dação em pagamento não apenas simplifica a gestão de débitos em circunstâncias de fluxo de caixa restrito, mas também preserva e potencializa relações comerciais ao evitar os desgastes típicos dos litígios prolongados. A flexibilidade deste mecanismo permite que as empresas utilizem ativos não essenciais para a quitação de dívidas, o que pode ser decisivo em momentos de crise financeira ou quando o acesso a créditos tradicionais está limitado.

No entanto, a implementação da dação em pagamento requer uma consideração cuidadosa de suas limitações práticas e requisitos legais. A aceitabilidade do bem, sua adequação ao valor da dívida, e a clareza na formalização dos acordos são cruciais para garantir a eficácia e a segurança jurídica do processo. Além disso, as implicações fiscais e contábeis devem ser meticulosamente geridas para evitar futuras complicações legais ou financeiras.

Portanto, enquanto a dação em pagamento se apresenta como uma ferramenta valiosa na gestão financeira e na resolução de disputas, é essencial que as partes envolvidas procurem aconselhamento jurídico e financeiro adequado. Isso garante que a implementação dessa prática seja realizada de maneira estratégica e benéfica, alinhada com as necessidades específicas das empresas e as demandas do mercado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n. 10.406 - Código Civil Brasileiro**. 2a edição – Brasília: 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Brasileiro: Teoria das Obrigações**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FUHRER, Maximilianus Cláudio Américo. **Resumo de Obrigações e Contratos (Civis, Empresariais, Consumidor)**. 24 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, vol. II: obrigações**. 9 ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial: Empresa Comercial, Empresários individuais, Microempresas, Sociedades empresárias, Fundo de Comércio**. 31 ed. Ver. atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL PROCESO CIVIL Y LOS CONTEXTOS HISTÓRICOS

Néstor Leandro Guzmán

“Todo lo que decimos aquí es muy sencillo, muy vulgar, demasiado pequeño para llamar la atención de nuestros contemporáneos. La sencillez y la claridad han pasado de moda”. René Girard

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo me interesa reflexionar sobre la matriz explicativa del principio de proporcionalidad en la gestión de casos, desde una descripción histórica del significado socio político de la función judicial desde fines del siglo XIX hasta la actualidad, ya que lo considero un factor decisivo, no el único ni, tal vez el más analizado, que permite contextualizar la relación empírica entre el *fin* y los *medios* en la administración de justicia, a través del proceso histórico - político y social - económico por medio del cual la cultura jurídica se ha desarrollado en un período y en una sociedad determinada.

No intentaré profundizar en las fuentes de la transformación de la sociedad, desde el feudalismo, las monarquías absolutistas, al liberalismo que aconteció bajo diversas circunstancias y tiempos, ya que llevaría la discusión mucho más allá del alcance de este trabajo. Sin embargo, voy a considerar algunos extremos buscando una razón, de sentido común, al crecimiento exponencial de los niveles de litigación y sus posibles lecturas, ya que juegan un papel determinante en el entendimiento de la proporcionalidad en la gestión de casos en la administración de justicia de nuestra época.

La dividiré en tres etapas que, como cualquier otra periodización histórica, tendrá algo de arbitrario. Con esta división, que en cierto modo resulta propositiva y provisional, pretendo identificar algunos puntos de discusión de cada pe-

río para el análisis particular del principio de proporcionalidad en la gestión de casos y para hacernos preguntas sobre cómo contextualizar mejor nuestro presente, para interrogar y examinar las razones instituidas de porque se dice lo que se dice y también las razones de por qué seguimos haciendo lo mismo y creemos que obtendremos distintos resultados.

Expondré algunos argumentos mostrando que el nivel de desarrollo económico y social de cada lugar, afecta al desempeño de los jueces en dos sentidos fundamentales. Por un lado, condiciona el tipo y el grado de litigio social y, como consecuencia, la gestión del litigio judicial. Por lo tanto, una serie de cuestiones sociales y políticas están implicadas y tienen efectos directos en la idea de la proporcionalidad del sistema judicial. Una sociedad dominada por una economía de subsistencia, no genera el mismo tipo (*ni la cantidad*) de litigios que una sociedad con una economía desarrollada.

Por otro lado, aduciré algunas razones para señalar que la relación entre la función judicial y el sistema político, las dos caras de la proporcionalidad en la gestión de casos, en los tres periodos históricos que me propongo analizar, es producto de una compleja interacción económica, política, cultural e incluso antropológica que en su evolución se advierten claramente, diferentes resultados y consecuencias prácticas en cada lugar. Existe un denominador común que está dado por el desplazamiento del núcleo de legitimidad en el Estado, desde el poder político hacia la administración de justicia, implicando a la independencia, capacidad y legitimidad del Poder Judicial. Esto tiene mayor significado tanto por lo muestra como por lo que oculta.

2. CONDICIONAMIENTOS HISTÓRICOS CONTEXTUALES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Cada tipo de Estado configura el modo en que percibimos el fenómeno jurídico, y también, tal como lo señalan Zagrebelsky¹, Farrajoli² o Bobbio³, entre otros, de cómo los contextos políticos, económicos, sociales e históricos adquieren una particular significación en la interpretación del derecho, que en mayor o menor medida, compromete la forma de entender, reformar estructuras del sistema procesal como también, el modo de resolver los casos judiciales.

La idea de proporcionalidad, se sitúa no sobre el concepto del derecho o fines teóricos o ideales del proceso (*textos*), sino sobre el fenómeno del derecho situado en los sistemas jurídicos reales (*contextos*). El sentido común, como se

¹ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho Dúctil, la ley, derechos, justicia*, Madrid, ed. Trotta, 1995.

² Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, ed. Trotta, 1997.

³ Bobbio, Norberto, *Teoría General de la Política*, Madrid, ed. Trotta, 2003. Y del mismo autor, *Derecha e Izquierda, razones y significados de una distinción política*, ed. Taurus, 1995.

suele expresar, señala que en la medida que no observemos el tema del costo y el financiamiento de los derechos, correremos el riesgo de terminar defendiendo fórmulas vacías y sin entender que muchas instituciones y problemáticas sociales, son locales en un lugar y en una dinámica particular.

La proporcionalidad resulta en este sentido, una cuestión problemática y sofisticada con influencias conjugadas, es algo más que describir el tema desde una matriz explicativa, ahistórica, exclusivamente normativa y descontextualizada. Esto significa pensar en prospectiva, es decir, no hacer un diagnóstico de la situación actual teórica, por cierto bastante tratada por los autores, y muchas veces encandilados por las permanentes innovaciones, sino plantear escenarios posibles, que propongan una narrativa realizable.

El proceso civil, señalaba Mauro Cappelletti, siempre ha sido observado como una cuestión técnica del derecho, razón por la cual es extraño que se analicen sus fundamentos ideológicos, sus premisas filosóficas, sus reflejos políticos y sociales y que una vez que se toma conciencia que ninguna técnica jurídica es un fin en sí misma y que ninguna es neutral desde el punto de vista ideológico, se torna indispensable para entender su verdadera dimensión.⁴

De este modo, el proceso es esencialmente un instrumento al servicio de finalidades y objetivos de política jurídica en general, y de política judicial en particular. El diseño de una y otra, a su vez, depende de elecciones que en esencia son *ideológicas* y están influenciadas por valores que se consideran pre-valetientes y dignos de ser realizados en un determinado contexto histórico y sociopolítico, antes que jurídico.⁵

2.1. El Estado liberal: Una justicia retributiva para los jueces

El liberalismo nació en el período premoderno de finales del siglo XVII y siglos XVIII, advirtiendo en términos antropológicos, que no estuvo en juego únicamente un sistema de gobierno, sino también una cultura, una teoría económica, una psicología, una teoría de la ética y también una teoría del conocimiento.⁶

⁴ Cappelletti, Mauro, en *Proceso, Ideología, Sociedad*, ed. EJE, Buenos Aires, 1.974, p. 83 y ss.

⁵ Berizonce, Roberto, *Ideología y Proceso*, Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 11. Volumen 18. Número 2. Maio a Agosto de 2017. También del mismo autor, *Metodología y estrategias para la reforma judicial*, en Revista Universitaria de Derecho Procesal, N° 4 (especial), Madrid, 1990, ps. 83/92.

⁶ Es interesante, para comprender esta cuestión, la teoría del conocimiento de Fleck, que parte del carácter colectivo de la investigación científica. Toda hipótesis -explica el autor-, todo conocimiento y toda teoría científica emergen en el seno de lo que llama un “estilo de pensamiento”, que corresponde al conjunto de normas, de principios, de conceptos y de valores propios a una época. El estilo de pensamiento encarnado en un colectivo dado

En tal contexto, el denominado Estado liberal se desarrolló durante todo el siglo XIX, aproximadamente hasta la primera guerra mundial, resultando de particular importancia, debido a su larga duración histórica, para la consolidación del modelo judicial moderno.

Se caracteriza principalmente por los siguientes extremos: La teoría de la separación de los poderes conforma la organización del poder político de tal manera que, por su parte, el poder legislativo asume un predominio sobre los demás, mientras el poder judicial es, en la práctica, neutralizado políticamente.

La neutralización política del poder judicial se manifestaba a través del *principio de legalidad*, prohibiendo a los jueces que decidan *contra legem* y, en relación directa con esa legalidad, el *principio de subsunción racional-formal*, según el cual la aplicación del derecho es una subsunción lógica de hechos a normas y, como tal, desprovista de referencias sociales, económicas, éticas o políticas.

La idea, fundamentalmente, era concebir un juez aislado del desorden de la política, conformado como el preservador del orden social y facilitador de las relaciones económicas - sociales. De este modo, los jueces actuaban en un marco jurídico-político preconstituido, frente al cual solo les compete garantizar su vigencia. Aplican la ley (*casí*) sin margen de interpretación.⁷

Por esta última razón, el poder de los jueces se realizaba de forma retroactiva, hacia atrás, es decir, con el objetivo de reconstituir una realidad normativa plenamente constituida. Los jueces garantizan, de este modo, que el monopolio estatal de la violencia sea ejercido con legitimidad.

Además, en este período histórico, el poder judicial es reactivo, actúa solo cuando es instado por las partes o por otros sectores del Estado. La disponibilidad de los jueces para resolver los litigios es, de esta manera, abstracta y sólo se convierte en una oferta concreta de solución de litigios en la medida en que haya una demanda social efectiva.⁸

En este período liberal, los jueces no deben hacer nada para influir en el tipo y en el nivel concreto de tal demanda. Los litigios de que se ocupan los jueces son individualizados en un doble sentido: tienen contornos claramente definidos por estrictos criterios de relevancia jurídica y suceden entre individuos.

determina tanto la elaboración teórica como la observación, los modos posibles de acción y lo que pueda tenerse por objetivo. Por esta vía se fundamentará que el estilo de pensamiento no sólo hace posible ver algo, sino que además impide ver otra cosa: aquello que lo contradice, en Flech, Ludwick, *La génesis y el desarrollo de un hecho científico, Introducción a la teoría del estilo de pensamiento y del colectivo de pensamiento*, ed. Alianza, Madrid, 1986, *passim*).

⁷ Tamanaha, Brian, *On the rule of law, Historia, Política, Teoría*, Cambridge University Press The Edinburgh Building, Cambridge CB2 8RU, Reino Unido, Publicado en los Estados Unidos de América por Cambridge University Press, Nueva York, 2004

⁸ Cappelletti, Mauro, *Proceso, Ideología, Sociedad*, ed. EJE, Buenos Aires, 1.974, p. 47 y ss.

Por otro lado, la decisión judicial sobre un litigio sólo es válida para el caso en concreto al cual se aplica.⁹

En la solución de los litigios se da total prioridad al principio de seguridad jurídica, fundada en la generalidad y universalidad de la ley y en la aplicación, idealmente automática, que ella hace posible. La independencia de los jueces reside en el hecho de estar total y exclusivamente sometidos al imperio de la ley. Concebida así, es una garantía eficaz de protección de la libertad, entendida como vínculo negativo, es decir, como prerrogativa de no interferencia.

Por otro lado, la independencia se refiere a la dirección del proceso decisorio y, por eso, puede coexistir con la dependencia financiera y administrativa ante los poderes legislativo y ejecutivo. Esta caracterización de los jueces en el periodo liberal revela su escaso e insignificante peso político, como un poder público, respecto de los poderes legislativo y ejecutivo. Estas son las manifestaciones principales del carácter subordinado de la política judicial.¹⁰

Ahora bien, durante este periodo, se desarrolla la economía capitalista luego de la revolución industrial surgiendo importantes acontecimientos sociales, los más significantes están relacionados con las desigualdades sociales y la aparición de la llamada cuestión social (criminalidad, prostitución, viviendas precarias, insalubridad, desempleo, y un largo etc.). Esto permitió una explosión del conflicto social de tan vastas proporciones que en relación con ella se definieron las grandes divisiones políticas y sociales de la época.¹¹

El conflicto social fue creciendo, como se ha explicado desde el plano constitucional, y la creciente represión estatal al descontento popular, la mayoría marginada de la política durante décadas, comenzó a reclamar un lugar en el mundo político, demandando a su vez, una distribución distinta de los recursos económicos.

Este desarrollo social produjo dos hechos cruciales en relación al sistema constitucional vigente en la época. En primer lugar, se fue generando un desajuste entre el marco constitucional impuesto y la sociedad a la cual dichas instituciones se proponían servir, provocando lo que a comienzos del siglo XX, se denominó la “sobrecarga de demandas democráticas”.¹²

El segundo hecho crucial, se produjo a partir de esta crisis democrática con una oleada de reformas fundamentales, destinadas a paliar la situación y

⁹ Santos, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá, ed. Trotta/ILSA, 2009.

¹⁰ Santos, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá, ed. Trotta/ILSA, 2009, p.92

¹¹ Santos, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá, ed. Trotta/ILSA, 2009, p. 95

¹² Gargarella, Roberto, *La derrota del derecho en América Latina, Siete tesis*, ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2020, ps. 52 y ss

dar respuestas al respecto. Implicaron, en materia económica, el nacimiento del “Estado de bienestar” y en materia política la “universalización del voto”.

De este modo, es necesario tener presente que el denominado “constitucionalismo social”, busco dar cuenta del ideario igualitario que había sido excluido de las discusiones constitucionales originales. Las declaraciones de derechos, alcanzaron dimensiones extraordinarias en los ámbitos sociales, económicos y culturales. Uno de los grandes actores nuevos de la política fue la clase obrera.¹³

Sin embargo, la parte de la constitución relacionadas con la organización del poder, quedo básicamente inmune a los cambios producidos. Así las constituciones del siglo XX, al menos en esta parte del mundo, aparecieron quebradas internamente, pasamos a tener constituciones, como señala Gargarella, con “dos almas”.¹⁴

Es interesante formular la siguiente pregunta al respecto, en base a la tesis de Gargarella: ¿En qué lugar quedo la discusión en torno a la organización del Poder Judicial? .

Los jueces quedaron totalmente neutrales a este proceso, dado que su ámbito de trabajo se limitaba al microlitigio inter-individual, y no al macrolitigio social. Por la misma razón, los jueces quedaron al margen de las grandes luchas políticas acerca del modelo de justicia distributiva que se adoptaría en la nueva sociedad.

Al estar definidos dentro de una administración de justicia retributiva, tuvieron que aceptar los patrones de justicia distributiva adoptados por los otros poderes. Se puede advertir, de este modo, como la justicia retributiva se transformó en una *cuestión de derecho* mientras la justicia distributiva pasó a ser una *cuestión política*.¹⁵

En definitiva, la independencia de los jueces se afirmaba en tres dependencias bien visibles. La dependencia estricta de la ley según el principio de la legalidad. En segundo lugar, la dependencia de la iniciativa, voluntad o capacidad de los ciudadanos para utilizar a los jueces dado el carácter reactivo de su intervención. Y en tercer lugar, la dependencia presupuestaria en relación con

¹³ Gargarella, Roberto, *La derrota del derecho en América Latina, Siete tesis*, ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2020, p. 52 y ss.

¹⁴ Gargarella, Roberto, *La derrota del derecho en América Latina, Siete tesis*, ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2020, p. 52 y ss.

¹⁵ Es interesante, la clasificación de Mirjan Damaska que, por un lado, estudia al Estado reactivo y la función de la administración de justicia (*laissez faire*) relacionada con el modelo “*Adversarial puro o adversary system of litigation*” y por el otro, un modelo “*no-adversarial o inquisitivo*” relacionado con un tipo de Estado que pretende implementar sus políticas a través de la administración de justicia, en *Las caras de la justicia y el poder del Estado, Análisis comparado del proceso legal*, trad. Andrea Morales Vidal, ed. Jurídica de Chile, Chile, 2000, *passim*.

los poderes legislativo y ejecutivo en la determinación de los recursos humanos y materiales considerados para el desempeño adecuado de la función judicial.

La separación de poderes no hizo más que proteger al poder judicial, ais-lándolo como señalábamos, del desorden de la política, disminuyendo simultá-neamente, el potencial desequilibrio que podría provenir que los jueces tengan demasiado poder.¹⁶

Frente a este problema, una de las cuestiones más discutidas del derecho constitucional, es que el *estado de la ley* podría convertirse en *el gobierno de los jueces*. Siempre que las reglas de derecho tengan autoridad y los jueces tengan la última palabra sobre la interpretación y aplicación de la ley, los jueces determinarán las implicaciones de esas reglas de derecho.

Una posible conclusión al respecto, es el hecho de que el siglo XIX fue el desarrollo de la codificación y una comprensión “mecánica” y “formalista” de la adjudicación, mientras que en el siglo XX se reacciona contra el formalismo. La idea del juez como sujeto a la ley y solo a la ley ha hecho crisis y consecuen-temente, la figura del juez, que entiende que su deber es dar a cada uno lo suyo conforme a la ley, es progresivamente vista como una comprensión superada, y en su reemplazo gana cada vez más aceptación la idea del activista, es decir, del que solo tiene por la ley una lealtad derivada: la ley no vincula al juez por ser ley, sino solo si es justa (respecto a los derechos constitucionales o derechos humanos reconocidos por el derecho internacional).¹⁷

2.2. Estado del bienestar: Justicia distributiva también para los jueces

Las condiciones político-jurídicas expuestas en el apartado anterior, co-menzaron a transformarse, con diferentes significados e intensidades en los distintos países, a finales del siglo XIX, consolidándose luego de la segunda guerra mundial en los países centrales, una nueva forma política del Estado: el Estado del bienestar.

Con ello, la teoría de la separación de poderes entra en crisis producto de la sobre-juridicidad de la realidad social afectando la coherencia y la unidad del sistema jurídico haciendo problemático tanto la vigencia del *principio de legalidad* como así también, la aplicación de la *subsunción lógica*.¹⁸

¹⁶ Tamanaha, Brian, *On the rule of law, Historia, Política, Teoría*, Cambridge University Press The Edinburgh Building, Cambridge CB2 8RU, Reino Unido, Publicado en los Es-tados Unidos de América por Cambridge University Press, Nueva York, 2004, p. 65

¹⁷ Atria, Fernando, *La forma del derecho*, ed. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Ai-res, Sao Pablo, 2016, p. 240.

¹⁸ Santos, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá, ed. Trotta/ILSA, 2009, p. 98

Esto demuestra, por ejemplo, que durante buena parte del siglo XIX la escuela de interpretación jurídica más importante fuera la *exégesis*, sosteniendo que el derecho era claro, racional y sin lagunas. Por tanto, el juez no podía, ni debía interpretarlo. Su tarea era exclusivamente aplicar la ley tal cual había salido de los órganos de representación política.

El Estado del bienestar se distingue por su fuerte componente promotor de bienestar. La consagración constitucional de los derechos sociales y económicos, tales como el derecho al trabajo y al salario justo, a la seguridad en el empleo, a la salud, a la educación, a la vivienda, a la seguridad social, etc., significa, entre otras cosas, la juridificación de la justicia distributiva.

De este modo, la protección jurídica de la libertad deja de ser un mero vínculo negativo para pasar a ser un vínculo positivo que sólo se concreta mediante servicios del Estado. Se trata, en suma, de una libertad que lejos de ejercerse contra el Estado, debe ser ejercida por el Estado, asumiendo la tensión que él mismo crea, entre justicia social e igualdad formal, y de esa gestión están encargados, aunque de modo diferente, todos los órganos y poderes de Estado.¹⁹

A su vez, al ser la proliferación de derechos, por lo menos en parte, una consecuencia de la emergencia en la sociedad de actores colectivos (organizaciones de trabajadores, por ejemplo), la distinción entre litigios individuales y colectivos se hace problemática también, en la medida en que los intereses individuales aparecen de una u otra forma articulados con intereses colectivos.

Esta descripción, sugiere de por sí, que el significado sociopolítico de los jueces en este periodo es muy diferente del que detentaban en el primer periodo antes descripto, denominado liberal.²⁰

En primer lugar, la juridificación del bienestar social abrió el camino hacia nuevos ámbitos de litigio en los terrenos laboral, civil, administrativo y de la seguridad social, lo que en unos países más que en otros se tradujo en el aumento exponencial de la demanda judicial y en la explosión de litigiosidad.²¹

Las respuestas a este fenómeno variaron de país a país pero incluyeron, casi siempre algunas de las siguientes cuestiones: informalidad de la justicia; refuerzo de la administración de justicia en recursos humanos y en infraestructura, incluyendo la informatización y la automatización; creación de juzgados especiales para los pequeños litigios tanto en materia civil como criminal; proliferación de mecanismos alternativos de solución de los litigios (mediación, ne-

¹⁹ Santos, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá, ed. Trotta/ILSA, 2009, p. 101

²⁰ Cappelletti, Mauro, *Proceso, Ideología, Sociedad*, ed. EJE, Buenos Aires, 1.974, p. 89.

²¹ Santos, Boaventura de Sousa. *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá: ed. Trotta/ILSA, 2009, p. 132.

gociación, arbitraje); varias reformas procesales (acciones de amparo, acciones populares, protección de intereses difusos, etc.).²²

La explosión del litigio produjo una mayor visibilidad social y política a los jueces. Las dificultades que en general tuvo la oferta de protección judicial para responder al aumento de la demanda, agravaron seriamente el problema de la capacidad y de los temas relacionados con la eficiencia y el acceso al sistema judicial, fundamentalmente porque la estructura que soportaba al servicio de justicia sería la misma que en el periodo liberal.

En segundo lugar, la distribución de las responsabilidades de promoción del Estado por todos sus poderes hizo que la justicia tuviera que encarar la gestión de su cuota de responsabilidad política. A partir de ese momento estaba comprometida la simbiosis entre independencia de los jueces y neutralidad política, que caracterizó el primer periodo.

En el momento en que la justicia social, bajo la forma de derechos, se enfrentó en el terreno judicial con la igualdad formal, entró en crisis la legitimidad procesal-formal en la que los jueces se habían apoyado en el primer periodo. Así, la consagración constitucional de los derechos sociales, como ya hemos señalado, volvió más compleja y más política la relación entre la constitución y el derecho ordinario y los jueces se vieron enfrentados al problema de las condiciones del ejercicio efectivo de esos derechos.²³

En este sentido, los efectos extrajudiciales de la actuación de los jueces pasaron a ser el verdadero criterio de evaluación del desempeño judicial y, en esta medida, este desempeño dejó de ser exclusivamente retrospectivo para pasar a tener una dimensión prospectiva.

Frente a este problema, el dilema en que se vieron los jueces fue el siguiente: si continuaban aceptando la neutralidad política que provenía del periodo liberal, persistiendo en el mismo patrón de actuación clásico, reactivo, de microlitigio, podrían seguramente continuar viendo pacíficamente reconocida su independencia por los otros poderes del Estado, pero lo harían corriendo el riesgo de volverse socialmente irrelevantes.

Por el contrario, si aceptaban su parte de cuota de responsabilidad política en la actuación de promoción del Estado —en especial a través de una vinculación más estrecha del derecho ordinario a la constitución, para garantizar una protección más eficaz de los derechos de la ciudadanía— corrían el riesgo de entrar en competencia con los otros poderes y de comenzar, como poder más débil, a sufrir las presiones del control externo, sea de parte del poder ejecutivo o del poder legislativo. Presiones ejercidas típicamente por una de estas tres

²² Santos, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá, ed. Trotta/ILSA, 2009, p. 95

²³ Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, Ed. Trotta, Madrid, 2011, p 4 y ss.

vías: nombramientos de los jueces para los tribunales superiores, control de los órganos del poder judicial y gestión presupuestaria.²⁴

La independencia de los jueces sólo se convirtió en una verdadera e importante cuestión política cuando el sistema judicial, o algunos de sus sectores, decidió optar por la segunda alternativa. La opción por una u otra alternativa fue el resultado de muchos factores que difieren, de un país a otro. En algunos casos la opción fue clara e inequívoca mientras en otros se transformó en un objeto de lucha en el interior del poder judicial.

Sin embargo, puede afirmarse, en términos generales, que la opción por la segunda alternativa y por la consecuente politización del sistema de garantías judiciales, ocurrió con mayor probabilidad en países donde los movimientos sociales por la conquista de los derechos eran más fuertes, ya sea en términos de implantación social ya en términos de eficacia en la conducción de la agenda política.

El mismo imperativo llevó a los jueces a adoptar posiciones más activas que contrastan de modo más o menos intenso, con las posiciones reactivas del periodo liberal en materia de acceso al derecho y en el ámbito de la legitimidad procesal para solicitar la protección de intereses colectivos y difusos.

Es interesante, por todo lo expuesto, si observamos atentamente las expresiones *politización de la justicia* o *judicialización de la política* que en este contexto, comienzan a ser un lugar común en la doctrina y en la opinión pública, volviendo al eterno debate sobre la legitimidad democrática del Poder Judicial. Además, tales expresiones parecen llamar la atención sobre la transformación de un poder que históricamente nace para aplicar estrictamente la ley, pero que con el tiempo fue ganando terreno a los otros poderes.

2.3. Crisis del Estado del bienestar: Los jueces más como mediadores que como juzgadores

A finales de los años sesenta y principios de la década de los ochenta, en los países centrales comenzaron las primeras manifestaciones de la crisis del Estado del bienestar, la cual se habría de prolongar hasta nuestros días.

Las características principales de esta crisis son bien conocidas entre nosotros: incapacidad financiera del Estado para atender los gastos de la ayuda estatal, alteraciones en los sistemas productivos y en la regulación del trabajo debido a las sucesivos avances tecnológicos; la difusión del modelo neoliberal y de su credo desregulador a partir de la década de los ochenta; la creciente pree-

²⁴ Santos, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá, ed. Trotta/ILSA, 2009, p. 95

minencia de las agencias financieras internacionales (Banco Mundial, FMI) y la globalización de la economía.

La historia reciente de Latinoamérica, más específicamente de la Argentina, es fruto de distintos tipos de articulación de la noción Estado-sociedad. Podríamos reconocer, a grandes rasgos, tres modelos: el constituido a mediados del siglo XIX con el Estado liberal; el que se conforma a partir de los años 40 con el Estado social, y el que comienza a fines de los años 70, con la crisis del Estado de bienestar surgiendo el Estado neoliberal, a fines de los años 80 y comienzos de los 90, con las políticas de ajuste y la nueva integración al mercado mundial.

En este marco, interesa tener presente el impacto de la crisis del Estado de bienestar en el sistema jurídico, en la actividad de los jueces y en el significado sociopolítico del poder judicial. La sobrejuridización de las prácticas sociales que venía del periodo anterior continuó profundizando la pérdida de coherencia y de unión del sistema jurídico.²⁵

En los países centrales, el aumento del litigio originado en el Estado de bienestar, tuvo una cierta tendencia a la estabilidad, a lo que contribuyeron varios factores. En primer lugar, los mecanismos alternativos de solución de conflictos desviaron de los juzgados algún tipo de litigio aunque es discutible hasta qué punto lo lograron, y más aún, entre nosotros. En segundo lugar, la respuesta de los jueces al aumento de la demanda de acceso a la justicia acabó por moderar esa misma demanda, en la medida en que los costos y los atrasos de actuación del sistema hicieron la vía judicial menos atractiva.

Los estudios realizados sobre explosión de litigiosidad obligaron a revisar algunas de las ideas sobre acceso a la justicia. Entre ellas, la tendencia en evaluar el desempeño de los jueces en términos de productividad cuantitativa. Hubo necesidad de averiguar en qué medida el aumento del litigio era resultado de la apertura del sistema jurídico a nuevos litigantes o en cambio era el resultado del uso más intensivo y recurrente de la vía judicial por parte de los mismos litigantes.

En este tercer periodo, el litigio civil sufre un cambio significativo. La aparición sobre todo en aspectos económicos, de una legalidad negociada asentada en normas programáticas, contratos de adhesión, cláusulas generales, conceptos indeterminados.²⁶

La poca preparación o capacitación de los magistrados, combinada con su tendencia a refugiarse en la rutina y en la productividad cuantitativa hizo que la oferta jurídica fuera deficiente en estos litigios, lo que de alguna manera contri-

²⁵ Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable*, ed. Palestra, Lima, 2016 p. 47

²⁶ Guzmán, Néstor Leandro, *Discrecionalidad y Justificación, Entre el juez intérprete y el juez creador en el Código Civil y Comercial*, ed. Astrea, Buenos Aires, 2019.

buyó a la erosión de la legitimidad de los jueces como mecanismo de solución de conflictos.²⁷

Sumando a ello, surgieron nuevas áreas de litigio vinculadas a los derechos de la tercera generación, en especial en el área de protección ambiental y de protección de los consumidores. Estos ámbitos, están integrados en la actividad judicial en la medida en que existen movimientos sociales capaces de movilizar a los jueces, directa o indirectamente, a través de la integración de los nuevos temas en la agenda política o a través de la creación de una opinión pública a su favor.

Este periodo se caracteriza políticamente no sólo por la crisis del Estado de bienestar, sino también por la crisis de la representación política (crisis del sistema partidista, crisis de la participación política). Esta última tiene muchas dimensiones, pero una de ellas sitúa directamente a los jueces ante su función de control social.

El nivel de desarrollo económico y social afecta al desempeño de los jueces en dos sentidos fundamentales. Por un lado, el nivel de desarrollo condiciona el tipo y el grado de litigio social y, como consecuencia, el litigio judicial. Una sociedad rural, dominada por una economía de subsistencia, no genera el mismo tipo de litigios que una sociedad intensamente urbanizada y con una economía desarrollada.²⁸

De todo lo expuesto, podemos señalar que la relación entre la función judicial y el sistema político en los tres periodos analizados, es producto de una larga evolución histórica con diferentes consecuencias en cada país.

De una u otra manera, los países periféricos y semi-periféricos se vieron en la contingencia de consagrar constitucionalmente de una sola vez los derechos que en los países centrales habían sido consagrados secuencialmente a lo largo de un periodo de más de un siglo, es decir, en el periodo liberal, los derechos civiles y políticos, en el periodo del Estado del bienestar, los derechos económicos y sociales y en el periodo del pos-Estado del bienestar, los derechos de los consumidores, de la protección del ambiente y de la calidad de vida en general.²⁹

El análisis comparado de los sistemas judiciales es de suma importancia, especialmente, para comprender cómo, bajo formas organizativas y marcos procesales relativamente semejantes, se desarrollan muchas veces, prácticas judiciales muy distintas, con distintos significados sociopolíticos sobre la función judicial, así como distintas tensiones por la independencia del poder judicial.

²⁷ Santos, Boaventura de Sousa. *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá: ILSA, 2009. p.581, Colección En clave de Sur. p95

²⁸ Santos, Boaventura de Sousa. *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá: ILSA, 2009. p.581, Colección En clave de Sur. p95

²⁹ Gargarella, Roberto, *La derrota del derecho en América Latina, Siete tesis*, ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2020, p. 52 y ss.

Actualmente, si prestamos atención a las prácticas judiciales cotidianas, la creación de derecho en los juzgados, creación precaria e intersticial es, de alguna manera, una característica que parece estar definiendo el tercer periodo. De hecho, la creación intersticial del derecho prospera en la medida en que entran en crisis los principios de subsunción lógica en la aplicación del derecho.³⁰

Muchas de las características del tercer periodo no hacen sino profundizar tal situación, como lo son, entre otras, el surgimiento de la normativa casuística y negociada; la complejidad creciente de los negocios, traducida en el uso cada vez más frecuentes de cláusulas generales, conceptos indeterminados, principios de buena fe y de equidad; la presión formal o informal sobre los jueces para que actúen más como *mediadores* que como *juzgadores*.³¹

Todos estos factores hacen que se atenúen o sean cada vez más difusas las fronteras entre la creación y la aplicación del derecho. En el debate intelectual, como en la realidad, las posiciones se solapan constantemente por lo que no es de extrañar que hayan dado origen a toda una serie de malentendidos.

En la actualidad, el núcleo de la discusión procesal pasaría por una serie de cuestiones, como, por ejemplo, la relativa a los modelos de justicia, a la supuesta ambigüedad del activismo judicial, la eficiencia del proceso, el papel de la verdad y si el sistema oral es o no un mito, por nombrar algunos de los temas centrales en el discurso de los expertos.

La tensión entre dichos planteamientos puede servir para advertir que, actualmente, el criterio tradicional consistente en distinguir categóricamente lo público de lo privado continúa sometido a una profunda revisión crítica.

Es cierto lo que expresa Habermas, en el sentido que la disputa histórica entre el paradigma jurídico liberal y el paradigma jurídico ligado al Estado social pueden también entenderse como una disputa sobre este trazado de límites. Parece cierto también que, cuando la disputa se torna reflexiva, rompe y pone fin al predominio cuasinatural de uno u otro paradigma.³²

Bajo este prisma, la apertura de *la mentalidad social* respecto a cuestiones cruciales como la bioética, moral individual o moral social, intereses colectivos, derechos del consumidor, el derecho a la vida, el medio ambiente, etc, hacen que el derecho en su ámbito de aplicación, el proceso judicial, aparezca desbordado por la realidad, necesitando elaborar respuestas nuevas y equilibradas. Resulta, a fin de cuentas, lo que Habermas llama *juridificación* de la sociedad, siendo la pro-

³⁰ Guzmán, Néstor Leandro, *Discrecionalidad y Justificación, Entre el juez intérprete y el juez creador en el Código Civil y Comercial*, ed. Astrea, Buenos Aires, 2019.

³¹ Guzmán, Néstor Leandro, *Vulnerabilidad y flexibilidad como propiedades relevantes en la sentencia civil*, La Ley, del 23 de agosto 2021.

³² Habermas, *Facticidad y validez, sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, ed. Trotta, Madrid, 2001, pág. 498.

pia forma jurídica –burocrática de tratar administrativamente ciertos problemas lo que acaba impidiendo una correcta solución.³³

En este sentido, resulta interesante como los autores del denominado realismo jurídico, para reemplazar las interpretaciones formalistas, partieron desde una visión instrumental que caracteriza al derecho como una herramienta para lograr los objetivos sociales deseados. Obviamente, nunca tomamos en consideración la ausencia de un acuerdo sobre el *bien*, siendo problemático identificar los objetivos sociales compartidos que la ley debería promover.

Los realistas algunas veces sugirieron, con demasiado optimismo, que las ciencias sociales podrían ser capaces de identificar el *bien social*, o al menos cómo se podría facilitar su logro a través de la ley, pero nada resultó de esto y los debates y desacuerdos perduran. La visión instrumental de la ley, en ausencia de un acuerdo sobre un *bien común*, implica que la ley es una cuestión de compromiso o disputa entre intereses grupales dentro del proceso democrático, sin integridad en sí misma.³⁴

Ahora, en una sociedad profundamente plural, la tan citada explicación de Dworkin en la década del año 70, que expresaba que la ley consiste en algo más que reglas, que también comprende principios morales/políticos inmanentes incorporados dentro o detrás de las reglas y casos, tiene una aceptación cuestionable, ya que hay conjuntos de principios morales que compiten entre sí.

En este sentido, Unger explicó al respecto dos cambios cruciales: En primer lugar, se pidió cada vez más a los jueces que aplicaran estándares abiertos como la equidad, la buena fe, la razonabilidad. En segundo lugar, se pidió cada vez más a los tribunales, que tomaran decisiones sobre la mejor manera de lograr los objetivos de política establecidos por la legislación, un proceso que sumergió a los jueces en la toma de decisiones entre una variedad de medios alternativos con diferentes implicaciones de valor.³⁵

Según Unger, estos dos cambios eran incompatibles con la función judicial tradicional de aplicación de reglas formales apartándose del ideal de un régimen de reglas con las cualidades de generalidad, igualdad y certeza: De este modo, las cláusulas abiertas y los estándares generales obligan a los tribunales a comprometerse en un equilibrio ad hoc de intereses que resiste la reducción a reglas

³³ Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, ed. Taurus, Madrid, 1987, pág. 532 y ss.

³⁴ Tamanaha, Brian, *On the rule of law, Historia, Política, Teoría*, Cambridge University Press The Edinburgh Building, Cambridge CB2 8RU, Reino Unido, Publicado en los Estados Unidos de América por Cambridge University Press, Nueva York, 2004, p. 34

³⁵ Unger, Roberto, *Knowledge and Politics, Law in Modern Society* (Nueva York: Free Press), 1975.

generales. El razonamiento legal intencional y la justicia no formal también causan problemas para el ideal de generalidad.³⁶

Estas nuevas demandas impuestas a los jueces tuvieron el efecto adicional de erosionar la autonomía de la ley, ya que los jueces salían cada vez más del dominio de las normas jurídicas y del razonamiento jurídico para consultar fuentes externas de conocimiento como las ciencias sociales, para discernir el sentido común de la justicia y para participar en el análisis de eficiencia, al tomar decisiones. *“A medida que comenzaron a prevalecer el razonamiento legal intencional y las preocupaciones con la justicia sustantiva, el estilo del discurso legal se acerca al de los argumentos políticos o económicos comunes”*.³⁷

En términos simples Atria señala, que el ciclo sería el siguiente: el Derecho pre-moderno, caracterizado por la flexibilidad y la arbitrariedad, tuvo que ser limitado por reglas formales que generaban certeza y eliminaban la arbitrariedad, pero dado que esta aplicación formal llevaba a su vez a no ver que las reglas generales pueden tener excepciones justificables, el Derecho moderno termina generando inequidad e injusticia, entonces en el nuevo modelo neoconstitucional, que reacciona frente al positivismo, el juzgador puede apelar a la justicia y decidir conforme a criterios sustantivos (moral) o puede apelar a la certeza y decidir conforme a la forma. A esto Atria lo denomina “arbitrariedad hasta la perfección”.³⁸

Es cierto, que lo expuesto hasta aquí puede resultar un análisis algo controvertido, en la medida en que las semejanzas pueden ser la traducción de situaciones sociales totalmente distintas de un país o de una región a otra, debiendo considerarse otros factores, y uno de ellos, tal vez el más importante, es la cultura jurídica dominante de un lugar o país, casi siempre articulada con la cultura política.³⁹

³⁶ En este contexto, resultan interesantes las reflexiones efectuadas por el querido profesor de La Plata, Leandro Saffi al vincular el impulso de oficio con una objeción proporcional señalando que: No es razonable ni proporcional obligar a las partes a litigar por demás, por sobre sus voluntades, juicios de interés privado, cuando quizás ya no lo quieran, con derroche de recursos limitados, que debieran aplicarse a otros casos. Si quien puede lo más puede lo menos, las partes *“no solamente son dueñas de la acción ...pudiendo extinguirla en cualquier momento...sino que...(también)...paralizan o activan la marcha del proceso según...(sus necesidades, en respeto al)... sistema dispositivo”*. En la ponencia “En contra del impulso inquisitivo del proceso civil” XXXI Congreso Nacional de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil, Comisión 3: Principios procesales: estado actual y visión crítica.

³⁷ Unger, Roberto M, *Knowledge and Politics, Law in Modern Society* (Nueva York: Free Press) 1975.

³⁸ Atria, Fernando, *La forma del derecho*, ed. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Pablo, 2016, *passim*

³⁹ Chase, Oscar, *Derecho, cultura y ritual, Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*, ed. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2011, p. 23

Sin embargo, seguimos considerando al cambio legal como panacea del cambio social. Y más aún, intentamos introducir cambios dentro de un sistema judicial pensado en otra sociedad, con otra cultura y para otro tiempo. Seguramente, habrá que prestar atención al hecho de que muchas veces argumentamos o nos ocupamos de ciertos elementos que conforman la idea de proporcionalidad con textos, ideas y doctrinas que pertenecen a sociedades, lugares y momentos históricos muy distintos a los actuales.

3. EPÍLOGO: LA PROPORCIONALIDAD COMO UNA CUESTIÓN MULTICAUSAL

Las consideraciones que anteceden no agotan, como es natural, las perspectivas de un tema que tiene tan estrechas conexiones con problemas capitales de política, cultura, economía y teorías de la organización a los que aquí no podemos siquiera aludir. Sin perjuicio de ello, el propósito ha sido por mi parte exponer esquemáticamente algunas ideas de la cultura jurídica en general, y del proceso en particular, que impactan en el orden práctico.

El motivo principal ha sido reflexionar, en el hecho que no se puede analizar la idea de proporcionalidad en el sistema de justicia sin abordar cuestiones contextuales vinculadas al desempeño judicial de rutina, su ubicación geográfica y la historia local con sus realidades distintas, generalmente invisible a los discursos de los expertos, y de los complejos factores sociales, económicos, organizacionales, políticos y culturales, ahora también los tecnológicos, que condicionan el ámbito y la naturaleza de la judicialización del conflicto social.

En el estudio de los múltiples criterios de proporcionalidad en la gestión de casos, el fenómeno del aumento del litigio que, como señaláramos, si bien trajo una mayor visibilidad social y política a los jueces, agravaron seriamente los problemas vinculados con la capacidad de absorber o atender del Poder Judicial, surgiendo, de este modo, y sin eufemismos, cuestiones más complejas relacionadas con la eficiencia y el acceso al sistema judicial, señalado *genéticamente*, como el íntegro sistema judicial: recursos humanos, infraestructura y demás componentes.⁴⁰

Es decir, un aumento de asuntos que ingresan al sistema de justicia sin posibilidad de contar con un criterio racional de trabajo está dado, fundamentalmente, porque aquella división que tiene su origen en el período liberal, entre justicia retributiva como cuestión de derecho mientras que la justicia distributiva era una cuestión política se mantuvo, tanto en el aspecto real como en los dis-

⁴⁰ Berizonce, Roberto, *El factor humano en la gestión judicial*, en Revista de Derecho Procesal, Gestión e innovación en el proceso, ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2023, p. 137

cursos académicos, pese al evidente cambio de escenario, produciendo, como todos sabemos, un estado pariente de reformas al sistema procesal.

Es cierto también, que no hay solo una justicia, sino que hay varias o distintas. De la local o provincial a la federal o nacional. Desde una primera instancia ordinaria hasta la competencia originaria o extraordinaria de nuestra Corte Suprema de Justicia, desde Ushuaia hasta Jujuy, en todos estos ámbitos y en cada una de esas oficinas judiciales, a lo largo y a lo ancho del territorio, encontraremos grandes similitudes como también diferencias sustanciales dadas por el contexto social, económico y cultural.⁴¹

De este modo, procure mostrar que un nivel alto de generalidad y abstracción en el análisis del rol del juez, su posición activa en mayor o menor medida, los distintos elementos, materiales y humanos, que soportan la estructura de la administración de justicia, factores y costos económicos, formación de los operadores, sumado a la ausencia de mediciones y análisis de datos estadísticos, no logra comprometerse con ningún sistema legal real en su particularidad y termina siendo un elemento demasiado idealizado y abstracto quizás interesante en el plano teórico - académico, pero desentendido de la realidad.

Precisamente por eso me interesó llamar la atención en que la proporcionalidad, se sitúa no sobre el concepto de derecho o fines teóricos o ideales del proceso (*textos*), sino sobre el fenómeno del derecho situado en los sistemas jurídicos reales (*contextos*). El sentido común, como se suele expresar, señala que en la medida que no observemos el tema del costo y el financiamiento de los derechos, correremos el riesgo de terminar, como señale al inicio, defendiendo fórmulas vacías y sin entender que muchas instituciones y problemáticas sociales, son locales en un lugar y en una dinámica particular.⁴²

Se señala de este modo, la necesidad de aceptar que los recursos de la administración de justicia son finitos, tanto como los recursos de todos los otros servicios públicos. La asignación de recursos del tribunal, y la inversión de tiempo y dinero, deben tener una relación razonable con la dificultad, complejidad, el valor y la importancia del asunto. Las responsabilidades de los tribunales se extienden más allá de hacer justicia en los casos individuales y son responsables por la administración de justicia civil como un todo, por los recursos del sistema y por su justa y equitativa distribución.⁴³

⁴¹ de Venezia, Lucas, *Justicia 5.0 y gestión digital en la era de los sesgos Digitalizar personas que transformen organizaciones o culturas organizacionales*, La Ley, 17 de agosto de 2023.

⁴² Holmes, Stephen, Sunstein, Cass, *El costo de los derechos, por qué la libertad depende de los impuestos*, ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

⁴³ *Control Judicial del proceso: case management*, Docente Coordinador: Dr. Ramon García Odgers, Claudio Fuentes Maureira y Rodrigo Silva Goñi, Serie de documentos materiales docentes, Academia Nacional de Chile, 2020, p. 23

La proporcionalidad resulta en este sentido, una cuestión problemática con influencias conjugadas, es algo más que describir el tema desde una matriz explicativa, ahistórica, exclusivamente normativa y descontextualizada. Esto significa pensar en prospectiva, es decir, no hacer un diagnóstico de la situación actual teórica, por cierto, bastante tratado por los autores, sino plantear escenarios posibles, que propongan una narrativa realizable.

Por tales razones, me propuse mostrar, que la proporcionalidad tiene que ser analizada como una cuestión multicausal, con diferentes matices, sin la ingenuidad de adherir irreflexivamente a formatos o experiencias importadas haciendo de este modo, una crítica constructiva al análisis comparativo de modelos o sistemas procesales que han trabajado sobre la búsqueda de racionalidad del sistema procesal. Esto requiere, antes que nada, un cambio perspectival y cultural significativo en el enfoque del litigio y los necesarios límites racionales de la jurisdicción para su estudio.

Todo ello, guarda directa relación con las ideas expuestas por Haack, cuando señala que el derecho no es una entidad metafísica, sino una realidad determinada espacial y geográficamente en lugar de tratar de comprender “el Derecho-en-general”, es preferible centrarse en un sistema jurídico en particular. El Derecho es siempre el Derecho de algún lugar y en un determinado momento, o sea, una realidad histórica que evoluciona en el tiempo y que se va adaptando a las circunstancias, como ocurre con el desarrollo de una planta.⁴⁴

La experiencia muestra que la dialéctica entre racionalidad y crisis de la ley procesal no se sitúa en un momento específico de la historia, sino que tiende a ser una suerte de historia sin fin, en cuanto reflejo de los cambios sociales, económicos y políticos que siempre vuelven a proponer nuevas “necesidades de justicia”.⁴⁵

La estructura decimonónica (el Estado legislativo) no soporta, no logra resistir estos fenómenos; obliga a replantear conceptos, estructuras y sistemas. Y también nos obliga a replantear nuestra visión del derecho. Por tal razón, la reforma procesal, por ejemplo, no es solamente la reforma al Código Procesal; es más amplia, más abarcadora e, indefectiblemente, tarde o temprano, habrá que asumirla, reconociendo nuestros límites, porque nosotros también tendremos que reformarnos, asumiendo de una vez por todas su complejidad.

⁴⁴ Haack, Susan, *Viejo y nuevo pragmatismo*, Revista de Filosofía Diánoia, Vol. 46 núm. 47 (2001)

⁴⁵ Taruffo, Michele, *Racionalidad y crisis de la ley procesal*, Doxa 22 (1999)

ABOLITIO DELICTI NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Francisco Vieira Lima Neto¹

1. INTRODUÇÃO

Em dezembro de 2022, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 843989 (Tema 1199), estabeleceu a impossibilidade de condenação baseada em tipo culposos, ainda que o ato classificado como ímprobo tenha sido praticado anteriormente à Lei nº 14.230/2021. Venceram, portanto, as teses da proibição de ultratividade da norma sancionadora e a da retroatividade da norma revogadora.

2. DESENVOLVIMENTO

A partir de então, surgiram reflexões sobre os efeitos daquele julgamento, especialmente no tocante à possibilidade de ser considerado um precedente que incidiria em causas ajuizadas para reprimir atos praticados com dolo, nas hipóteses de revogação do tipo sancionador.

Naquele mesmo mês, tive a oportunidade de, ao analisar as razões de decidir (*ratio decidendi*) daquele acórdão, concluir que a interpretação da corte suprema, com base no princípio de hermenêutica pelo qual onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito² (Lima Neto, 2023), se estendia aos tipos dolosos extirpados do ordenamento jurídico por aquela nor-

¹ Procurador Federal. Doutor em Direito (USP 2003) Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da UFES.

² *Ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento, razão, haverá o mesmo direito) e *ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio* (onde existe a mesma razão, se aplica o mesmo dispositivo legal). Essa diretriz hermenêutica é de ampla aplicação no STF, como se verifica no RE 602.899 AgR/RS, no RE 661.521/MS e no RE 1.018.911, de 11/11/2021.

ma legal, desde que o respectivo processo não contivesse sentença condenatória transitada em julgado (Lima Neto, 2023).

Assim, se, no curso do processo, em qualquer grau de jurisdição, sobreveio a Lei nº 14.230/2021 e esta extinguiu o tipo doloso cuja prática embasara a inicial, a condenação se torna impossível, devendo ser extinto o processo com improcedência da pretensão dada a atipicidade superveniente.

A interpretação de toda a doutrina, exceto de alguns juristas integrantes do Ministério Público, era em igual direção (Ferraz, 2024).

Pois bem, no presente mês, o plenário do STF seguiu a doutrina e decidiu, ao julgar os Embargos de Declaração no ARE 803568 que, no tocante à art. 11 da Lei de Improbidade, o tipo “violação genérica a Princípios da Administração Pública” (antigo caput desse dispositivo), ainda que doloso o ato do réu, não pode sustentar uma condenação, pois foi extinto pela Lei nº 14.230/2021.

Nos termos do voto do relator, ministro Gilmar Mendes (2024):

Em consulta aos documentos acostados aos autos, verifica-se que o embargante foi condenado por estar incurso no inciso I do art. 11, o qual previa ser considerado ato de improbidade administrativa “praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência”.

(...)

Ocorre que a alteração da Lei de Improbidade Administrativa, promovida pela Lei 14.230/21 revogou o postulado pelo qual condenado o recorrente, deixando de considerar a hipótese anteriormente prevista no art. 11, I, como fato típico, sem que outro semelhante fosse editado para caracterizar a continuidade típico-normativa da matéria.

Além disso, a partir das alterações promovidas no caput do art. 11, passou-se a considerar como taxativas as condutas tipificadas no referido dispositivo, passando-se a exigir a demonstração do elemento subjetivo dolo para as condutas ali descritas.

(...)

O entendimento consagrado naquele julgado paradigmático da repercussão geral – no sentido da impossibilidade de aplicação de norma legal expressamente revogada antes do trânsito em julgado da sentença condenatória –, se aplica perfeitamente ao caso em questão, em que revogado o inciso I do art. 11. Isso porque, conforme já demonstrado, a Lei 14.230/2021 deixou de considerar típica a conduta anteriormente descrita, qual seja, a de “praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência”, motivo pelo qual se mostra inviável a continuidade da presente ação de improbidade administrativa.

Seguiram-se os votos de todos os demais ministros acompanhando o Relator, resultando em julgamento à unanimidade (11 x 0), inclusive com adesão dos novos membros da Corte que não haviam participado do julgamento anterior (Cristiano Zanin e Flávio Dino), rejeitando-se, portanto, a tese do órgão acu-

sador (MPSP), que considerava que os tipos dolosos previstos no art. 11 ainda poderiam sustentar uma condenação, mesmo diante da superveniência da Lei nº 14.230/2021.

Destaque-se que o acórdão do STF se encontra em completa harmonia com a jurisprudência da Corte Americana dos Direitos Humanos: Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, parágrafo 103, São José da Costa Rica, 2 de fevereiro de 2001; Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, parágrafo 68, São José da Costa Rica, 31 de janeiro de 2001; Caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala, parágrafo 89, São José da Costa Rica, 3 de maio de 2001³.

Anteriormente, as duas Turmas do STF já haviam se posicionado em igual sentido (Lima Neto, 2023).

3. CONCLUSÃO

Assim, conclui-se que, em decorrência do julgamento do Plenário no ARE 803568, restou consagrada a ocorrência do fenômeno superveniência de atipicidade, que deve ser reconhecido independentemente do elemento anímico do tipo⁴, graças à inegável abolitio delicti, a beneficiar também os agentes que agiram com dolo⁵, desde que o tipo tenha sido revogado pela Lei nº 14.230/2021 e que a sentença condenatória não tenha transitado em julgado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 803568 AGr-Segundo-EDv**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 2024. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur423035/false>.

FERRAZ, Luciano. **Improbidade administrativa: sem ultratividade da lei antiga, nulla poena sine legem**. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-fev-08/improbidade-administrativa-sem-ultratividade-da-lei-antiga-nulla-poena-sine-legem/>.

LIMA NETO, Francisco Vieira. **Improbidade administrativa e retroatividade: o ato doloso. o ato doloso**. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-dez-13/improbidade-administrativa-e-retroatividade-o-ato-doloso/>.

LIMA NETO, Francisco Vieira. **Improbidade por atos dolosos: o acórdão do STF no ARE 1.346.594**. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-nov-05/francisco-lima-neto-stf-improbidade-atos-dolosos/>.

LIMA NETO, Francisco Vieira. **Improbidade: retroatividade da lei nova e não ultratividade da lei anterior. retroatividade da lei nova e não ultratividade da lei anterior**. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-28/lima-neto-improbidade-administrativa-retroatividade-lei/>.

³ No mesmo sentido, a CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, Plenário, Caso Örtürk vs Germany, Application nº 8544/79, Strasbourg, 21 de fevereiro de 1984.

⁴ Vale dizer, incide também sobre os processos cuja causa de pedir se refere a ato **doloso**.

⁵ Cabe lembrar que a Lei de Improbidade exige dolo específico, não se admitindo mais o genérico.

A obra “*Processo e Direitos Fundamentais (Lado B): Novas Abordagens*” amplia e aprofunda os debates sobre as interseções entre o processo judicial e os direitos fundamentais. Organizado pelo Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da UNIPAR, com a contribuição de pesquisadores da UFES e a PUC-Chile, este volume apresenta novas perspectivas sobre os desafios contemporâneos do Direito, incluindo o acesso à justiça e os direitos coletivos. Ao explorar temas relevantes para a prática jurídica e a sociedade, a obra reforça o compromisso com a pesquisa de excelência e promove reflexões críticas e inovadoras. Um convite instigante para estudiosos e profissionais interessados em compreender os desdobramentos do Direito Processual em uma sociedade em constante transformação.

