

A aplicação do duplo grau de legalidade como forma de preservação dos Direitos Fundamentais na fase de cumprimento de sentença.

Sumário.

1. Introdução.
2. A Nova formação do Direito Civil.
3. Aplicação dos Princípios como forma de interpretação da norma.
4. Conflito entre normas Constitucionais e Internacionais.
5. O Princípio da Proporcionalidade.
6. A Função Social.
7. A Preservação dos Direitos Humanos.
8. O Supremo Tribunal Federal e a interpretação do artigo 139 do Código de Processo Civil para autorizar o bloqueio do passaporte e da CNH do devedor.
9. Conclusão.
10. Bibliografia.

Introdução.

Na atual sociedade globalizada e internetizada a velocidade das informações que resulta em ações positivas para sociedade pode, também, resultar em novos desafios e insegurança para os seus atores.

No dia a dia, onde as pessoas precisam disponibilizar seus dados para serem inseridas na nova realidade e por ela transitarem livremente, há de se considerar os riscos dessa exposição, tal como: a utilização abusiva desses dados pelas plataformas para tentativa de conversão de vendas de produtos.

Considerando que a citada exposição de dados pode não trazer segurança plena aos usuários de plataformas colocando a sua personalidade em risco (intimidade) e, de forma reflexa, seus

direitos fundamentais, há a necessidade, segundo o autor Danilo Doneda de criar mecanismos de proteção.

Entender que as informações pessoais, quando publicadas, devem ser menos expostas quanto maior for a importância dos termos expostos (relação de proporcionalidade) pode ser um dos mecanismos.

No Direito, há conflito para a manutenção da equação (maior publicidade para informações que menos exponham seus titulares) frente a necessidade de acesso aos dados armazenados por órgãos públicos. Isso ocorre porque outros Direitos passam a se colidir com o da personalidade, cabendo ao operador do Direito temperar a sua decisão.

No judiciário, esse conflito também pode ser observado.

Como muito bem exposto por André Ramos de Tavares na sua obra O Juiz Digital¹, de um lado, a implantação de sistemas de computadores, internet e inteligência artificial foram bem recebidos pelos usuários que de imediato perceberam que o processamento de informações e a agilidade na publicidade dos atos mudariam, para melhor, o dia a dia forense. Quem não se lembra do período que os advogados se deslocavam diariamente até o Fórum para conferir os andamentos processuais?

Ao mesmo tempo, novos problemas derivaram do rápido avanço tecnológico. Um atual exemplo é a validade das audiências de tentativa de conciliação realizadas de forma virtual em ações de competência da Lei 9.099/95, que tem como base o Princípio da Pessoalidade (artigo 9º da Lei Especial e artigo 20 do FONAGE).

Tanto nas situações positivas quanto nas negativas, deverá existir a resposta Estatal para definição de corretos padrões e reflexa manutenção da segurança social.

Ocorre que com o avanço da sociedade, há a necessidade do Estado mudar a sua atuação. A plasticidade é normal para uma ciência social que só existe em função desta e necessária para a garantia da ordem.

A norma positivada visa manter a ordem social através de comandos diretos. A máxima romana *dura lex, sed lex* reflete esta afirmação.

¹ O Juiz Digital: da atuação em rede à Justiça algorítmica / André Ramos Tavares. – São Paulo: Expressa, 2022.

Porém, a nova formação social embasada na velocidade da informação, nem sempre verídica, resulta em duas consequências que antes não eram experimentadas. Quais sejam: Conflitos sociais não previamente tutelados pelo Estado e a consequente anomia das normas.

Esse artigo tratará, ao final, de um tema atual que reflete todo o exposto até este momento. Vejamos: Considerando que a fase de cumprimento de sentença onde o rol do artigo 835 do Código de Processo Civil, que dita todas as medidas diretas de constrição patrimonial e a sua correta ordem para que seja empregado o meio menos gravoso ao Executado, não foi suficiente para a efetivação do cumprimento de sentença, qual o limite de atuação do Juiz embasado no artigo 139, IV, do Código de Processo Civil?

Decisões já positivaram, por exemplo, o bloqueio de passaporte e o bloqueio da CNH do Executado como forma de satisfação indireta do cumprimento de sentença.

A pergunta que se quer responder: Há lesão aos Direitos Humanos e a efetivação da Função social (satisfação da sociedade decorrente da certeza da efetivação do poder do Estado frente uma lesão civil) no ato do Estado Juiz?

Byung-Chul Han² defende sobre esse avanço social e os novos mecanismos de aplicação da norma, sendo que o século passado foi uma época imunológica na qual se estabeleceu uma divisão muito evidente entre o próprio e o estranho, entre o certo e o errado. Desta forma, a ação imunológica definida por ataque e defesa era analisada pelo Estado Justiça com base em normas previamente definidas e prontas para entregarem a resposta Estatal de resolução do conflito e restabelecimento da ordem social.

Para o autor, a sociedade do século XXI, é castigada pelo adoecimento neural causado pelo excesso de positividade e não mais estranheza.

A violência do igual embasada no excesso de informação, de comunicação e de produção gera enormes conflitos sociais (esgotamento), mesmo porque o ataque vindo de iguais é de difícil combate, ou nas palavras do autor: *O igual não leva a formação de anticorpos.*

O resultado é uma sociedade doente e repleta de novos problemas que o Estado não está preparado para enfrentar por ausência de normas. Ao mesmo tempo a Constituição Federal

² Sociedade do cansaço / Byung-Chul Han; tradução de Enio Paulo Giachini. 2º edição ampliada – Petrópolis, RJ: Vozes, 2017, p. 8-9

tem como objetivo fundamental ³ uma sociedade livre e justa que tem a garantia de receber do Estado a proteção dos seus direitos em casos de ilegalidade⁴.

Há de se lembrar, também, que a Constituição Federal obriga os aplicadores do direito a respeitarem a produção normativa internacional. O artigo 4º, incisos I e II, ditam expressamente que *a República Federativa do Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, pelos, mas não somente Princípios da Soberania e Prevalência dos Direitos Humanos.*

Em interpretação topográfica, necessário lembrar que os parágrafos segundo e terceiro do artigo 5º da Constituição Federal trazem a forma de internalização das normas internacionais que tratam de Direitos Humanos.

Por fim, lembramos, ainda, que a Convenção de Viena da qual o Brasil é signatário desde 25 de outubro de 2009, dita, respectivamente, em seus artigos 26 e 27 que:

Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé.

Um Estado-parte de um tratado não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.

Esse artigo tem como desiderato analisar a forma utilizada pelos criadores e aplicadores do Direito para, diante de uma nova realidade social, garantirem tanto na fase de produção legislativa, quanto na fase de aplicação da norma ao caso concreto, a proteção do indivíduo (sentido lato) e da sociedade.

A Nova formação do Direito Civil e Processual Civil.

Diante das novas e constantes necessidades sociais envolvendo, por exemplo: a criação de novas plataformas tecnológicas e dispositivos de interação social, onde os dados dos seus usuários são armazenados por empresas internacionais que, por questões de proteção do produto e de estratégias operacionais, não divulgam como os irão utilizar, o legislador passou a adotar cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados que trazem maior flexibilidade

³ Constituição Federal artigo 3º, I.

⁴ Constituição Federal artigo 5º, XXXIV, a.

para o aplicador do Direito e permitem a importante comunicação entre as normas de Direito Privado e as diretrizes da Constituição Federal e das normas internacionais de proteção aos Direitos Humanos.

Sobre a nova técnica do Direito Civil os professores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁵ ensinam que é possível afirmar que as cláusulas gerais são normas de conteúdo aberto que possuem diretrizes a serem fixadas em cada caso concreto. Desta maneira, seu conteúdo e os seus efeitos são dotados de grande plasticidade. Podem ser citados como exemplos para clarificar o tema os artigos 421 e 422, ambos do Código Civil, que determinam a utilização da boa fé objetiva e o respeito à função social nas relações privadas.

Como antes dito, outro exemplo a ser explorado é o artigo 139, IV, do Código de Processo Civil que entrega ao Juiz a possibilidade de *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 prestações pecuniárias.*

Nitidamente o Juiz assume uma posição de grande relevância, pois caberá a ele diante da análise de um caso concreto (i) mitigar a extensão que se pode dar a norma geral (ii) ou resolver o conflito entre normas nacionais e internacionais visando a satisfação do conflito.

O artigo 489, § 1º do Código de Processo Civil determina os fundamentos obrigatórios que o Juiz deve fazer constar na sentença, ou seja, não pode o Juiz introduzir valores pessoais, afastando-se de ideologias que tenham reflexo na Constituição Federal.

Sobre a necessidade da fundamentação, o professor Daniel Amorim Assumpção Neves ensina que *a fundamentação da decisão é essencial, sendo um Princípio constitucional previsto no artigo 93, IX, da CF. Sendo a sentença um ato declaratório de extrema importância no processo, é evidente que a fundamentação não pode ser dispensada. Na fundamentação, o juiz deve enfrentar todas as questões de fato e de direito que sejam relevantes para a solução da demanda, justificando a conclusão que chegará no dispositivo.*

E reconhecida a insuficiência da sua fundamentação, o tribunal decretará a nulidade da sentença (Enunciado 307 do FPPC).

⁵ Curso de direito civil: parte geral e LINDB / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald – 20º ed.. ver. ampl. e atual. – Salvador: Ed.Juspodivm, 2022, p 57.

Para isso, há a necessidade de se fazer a correta interpretação de todo o sistema com o apoio de Princípios. É a denominada Constitucionalização do Direito Civil e Processual Civil.

Aplicação dos Princípios como forma de interpretação da norma.

Num primeiro momento, importante conceituar “Princípio”, o que pode ser feito *como fonte de direito conforme previsão do artigo 4º da Lei de Introdução, o que denota o seu caráter normativo. Analisando os seus fins, os princípios gerais são regramentos básicos aplicáveis a um determinado instituto ou ramo jurídico para auxiliar o aplicador do direito na busca da justiça e da pacificação social.*⁶

Na prática, é possível observar que normas de conteúdos abertos conflitam, em alguns casos, com outras normas do mesmo patamar. Aliás, até mesmo entre normas constitucionais e internacionais é possível observar tais conflitos.

É nesse momento (conflito de normas do mesmo patamar) que a técnica da ponderação de interesses deve ser utilizada (esse tema será detalhado a seguir em tópico específico).

A ponderação dos interesses é uma técnica utilizada para solução de conflitos entre normas, devendo ser considerado o resultado, quer seja com a aplicação de uma ou de outra norma, para a preservação da dignidade humana.

O Princípio da proporcionalidade pode ser utilizado como forma de aplicação da técnica da ponderação e sobre ele é necessário considerar que *no particular das relações privadas, como consequência da constitucionalização das relações de Direito Civil e da natural exigência de uma interpretação conforme a Constituição, é necessário desenvolver técnicas capazes de produzir soluções que, operando multidirecionalmente, respeitem os mais diversos valores fundamentais presentes em cada conflito de interesses.*⁷

⁶ Manual de direito civil: volume único / Flavio Tartuce. – 8. Ed. rev, atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2028. P. 23.

⁷ Curso de direito civil: parte geral e LINDB / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald – 20º ed.. ver. ampl. e atual. – Salvador: Ed.Juspodivm, 2022, p 116.

Em síntese, diante de um caso concreto, onde o Princípio da Proporcionalidade poderá ser aplicado para resolução de um conflito de normas (em alguns casos de mesma grandeza) deve ser buscada a preservação dos elementos constitutivos da personalidade (artigo 5º, X, CF), pois, a efetivação destes direitos fundamentais garantirá, de forma reflexa, a preservação da dignidade da pessoa humana (resultado primário), logo restará preservada a Função Social (resultado secundário) que será pulverizada sobre toda a sociedade.

A proteção dos Direitos humanos, quando preservados os direitos fundamentais também será preservada. Esse é a Teoria do Controle de Constitucionalidade.

Conflito entre normas Constitucionais e Internacionais.

Quando trazemos para o estudo as normas internacionais temos que entender o tamanho do seu manto, ou seja, qual a sua cobertura nos Estados e a força da sua aplicabilidade.

O ponto de partida é entendermos que o Estado é quem ratifica as normas internacionais as internalizando (a força coercitiva da internalização será analisada a seguir), porém o cidadão é o destinatário final.

Essa compreensão é o que afasta a equivocada interpretação de que o Princípio da Soberania (artigo 4º, I, Constituição Federal) é uma pedra de toque não mitigável quando o tema em tela é a recepção e a observância das normas internacionais.

Sobre esse tema Hannah Arendt ⁸ defende que *os direitos do homem haviam sido considerados inalienáveis porque se propunha serem independentes de todos os governos, mas sucedia que, no momento em que seres humanos deixavam de ter um governo próprio, não restava nenhuma autoridade para protegê-los e nenhuma instituição disposta a garanti-los.*

⁸ O Declínio do Estado Nação e o fim dos direitos do homem. Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo e totalitarismo / Hannah Arendt – São Paulo: Companhia das Letras, 1989. P. 305

A conclusão direta é que, em que pese haja a incidência das normas internacionais de proteção aos Direitos Humanos aos apátridas, o que não há é um Estado que os acolha e os proteja (garantindo a aplicabilidade dos Direitos Humanos).

O que se quer mostrar é que a proteção dos Direitos Humanos é tão natural, tão basilar que se aplica a todos.

Pensar de forma distinta seria criar um ambiente paradoxal, visto que, ao mesmo tempo em que a Declaração Universal de Direitos Humanos edita normas de proteções, estas não são aplicadas de forma universal, pois um ou outro cidadão seria desconsiderado.

Com relação à forma de recebimento ou de internalização das normas internacionais e a sua força de coercitividade em território nacional temos que criar alguns grupos. Vejamos de forma detalhada o que já foi citado:

Artigo 5º, § 2º, Constituição Federal. *Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes de regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.* O Supremo Tribunal Federal entendeu ⁹ que a recepção desse bloco amplo os dá por força de Lei ordinária.

Com o Artigo 5º, § 3º, Constituição Federal, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Com a edição da Emenda constitucional 45/04, uma nova forma de recepção das normas internacionais foi instaurada no Brasil, criando, para os aplicadores do Direito, um duplo grau de filtragem para análise do caso específico sobre Direitos Humanos, sendo eles o constitucionalismo e o convencionalismo.

O controle de convencionalidade, segundo o professor André de Carvalho Ramos, consiste na análise da compatibilidade dos atos internos em face das normas internacionais. Esse controle pode ter efeito negativo quando consiste na inviabilidade das normas e decisões nacionais contrárias às normas internacionais (controle saneador de convencionalidade). O efeito positivo se opera quando há a interpretação adequada das normas nacionais com relação as internacionais (controle construtivo de convencionalidade).

⁹ ADI 595 / ES.

A análise ou a interpretação da adequação das normas nacionais com relação às internacionais pode ser realizada sobre dois distintos focos. No primeiro, a análise é feita pelos tribunais internacionais de direitos humanos (Corte Europeia, Corte Interamericana e Africana que são julgadores e fiscais independentes e que atuam sobre os Estados signatários) e recebe o nome de Controle de Convencionalidade de Matriz Internacional.

Já no Controle de Convencionalidade de Matriz Nacional, os tribunais nacionais fazem o controle da adequação das normas do ordenamento interno às normas internacionais, ou seja, o exercício do Controle de Constitucionalidade.

O citado professor faz uma crítica quando dita que o controle de Constitucionalidade nem sempre respeita a aplicação das normas internacionais de direitos humanos das Convenções que o Brasil é signatário. Desrespeita, portanto, o Princípio da Soberania Internacional.

Há, em alguns casos, um conflito entre os Princípios da Soberania Nacional e Internacional.

No Caso Lund, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, há um voto que bem resolve esse conflito. Vejamos: se aos tribunais supremos ou constitucionais nacionais incumbe o controle de constitucionalidade e a última palavra judicial no âmbito interno dos Estados, à Corte Interamericana de Direitos Humanos cabe o controle de convencionalidade e a última palavra quando o tema encerre debate sobre direitos humanos. É o que decorre do reconhecimento formal da competência jurisdicional da Corte por um Estado.

Ratifica esta decisão o já citado artigo 27 da Convenção de Viena: Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado.

Adota-se, portanto, a necessidade de uma interpretação cruzada entre os tribunais internos e internacionais, ou seja, uma interpretação internacionalista.

O Brasil para realização do duplo grau de controle de legalidade (convencionalidade e constitucionalidade) reconheceu a jurisdição obrigatória e vinculante da Convenção Americana de Direitos Humanos, aderiu ao Protocolo Facultativo à Convenção para eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher e racial entre diversas outras normas internacionais.

Essa base normativa e a fiscalizatória delas decorrentes é de suma importância para evitar o denominado “truque do ilusionista”, ou seja, os Estados assumem obrigações internacionais,

as descumprem, mas alegam que as estão cumprindo, de acordo com a sua própria interpretação.

O referido truque pode resultar na internacionalização ambígua ou imperfeita dos direitos humanos, pois os Estados ratificam os tratados de direitos humanos, porém os aplicam internamente de acordo com a sua interpretação e não com a interpretação original, que só será conhecida quando o Estado, no momento da aplicação da norma internacional, citar os precedentes de aplicação.

A observação diária de diversos casos de descumprimento de direitos humanos proíbe o retrocesso. Necessária a indivisibilidade, a interdependência, a eficácia horizontal dos direitos humanos, bem como o princípio da proporcionalidade e da interpretação internacionalista.

Ou seja, deve ser observada na prática a aplicação pelo Estado Justiça do duplo controle de legalidade quando diante de temas de direitos humanos.

Em que pese à definição da forma de recepção das normas pelo Estado Brasileiro e da sua coercitividade (variando com a classificação dado quando da sua internalização) há a necessidade de criarmos padrões para serem aplicados em casos onde o judiciário se depara com um conflito de normas de igual relevância, e a necessidade de escolher uma em detrimento da outra para pacificação do caso.

O Princípio da Proporcionalidade.

Importante mecanismo para resolução de conflitos entre normas constitucionais que, segundo o Princípio da Hierarquização das normas previsto no artigo 59 da Constituição Federal possuem a mesma força normativa e entre normas nacionais e internacionais de Direitos Humanos.

Para melhor compreensão do Princípio da Proporcionalidade, é importante entendermos que ele tem que ser analisado sob três prismas ou subprincípios, sendo eles: Proporcionalidade em sentido estrito, adequação e exigibilidade.

Antes da análise dos prismas é necessário fixar que estas devem ser realizadas sempre com base em um caso concreto, visto que impossível se fazer no campo da ideia.

O aspecto “proporcionalidade estrita” se observa quando o meio utilizado para obtenção do resultado (extinção da agressão ou reparação do dano causado ao bem da vida tutelado) se mostra o mais adequado entre todos os existentes, de forma a garantir que o Princípio constitucional colidente não seja totalmente afastado e o bem por ele tutelado garantido, pois do contrário haverá desrespeito a Direito Fundamental.

*Evidente que sempre haverá desvantagens para o interesse de pessoas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens, na perspectiva de maior preservação daquele núcleo essencial, onde se encontra entronizada a dignidade*¹⁰.

Os aspectos “adequação e exigibilidade” indicam que há a necessidade de se entender quais proteções as normas constitucionais em conflito entregam, ou seja, quais Direitos fundamentais estão em choque para que se possa direcionar a interpretação do caso concreto e se exigir um meio em detrimento do outro. O menos gravoso em detrimento do mais gravoso.

A Função Social.

O professor Humberto Theodoro Junior¹¹ lembra-nos que a função social deve ser verificada sobre dois prismas:

O primeiro é o intrínseco, sendo este o contato visto com relação jurídica entre as partes de uma relação, impondo-se respeito e lealdade.

O segundo é o extrínseco, onde o que se observa é o impacto da relação na sociedade em que fora celebrado.

Essa definição é muito importante porque resultante do avanço da ciência do Direito brasileiro de forma a melhor atender as necessidade sociais.

¹⁰ Princípio da proporcionalidade no direito do trabalho; teoria e prática / Ricardo Pereira de Freitas Guimarães. – São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2015. p 89.

¹¹ O Contrato e a sua Função Social / Humberto Theodoro Junior – Rio de Janeiro: Forense, 2003. P. 43.

Se compararmos a base da criação do Código Civil de 1916, com o de 2002, teremos que aquele teve influência no Direito Romano, no Código Civil Francês e no Alemão, sendo a defesa do patrimônio a sua base.

Já o atual Código Civil, tem sua base de criação norteadada pela defesa dos direitos da pessoa em primeiro plano.

Sua origem se deu em 1975 com o projeto de Lei 634- D, com base de trabalho composta por uma comissão de sete membros liderada por Miguel Reale.

Dentre todos os elementos constitutivos da exposição de motivos da nova codificação, dois chamam a atenção devido ao tema neste em análise:

- a. Alteração principiológica do Direito Privado, em relação aos ditames básicos que constam na codificação anterior, buscando a nova codificação valorizar a eticidade, a socialidade e a operabilidade.
- b. Valorizar um sistema baseado em cláusulas gerais que dão certa margem de interpretação ao julgador. Essa pode ser tida como a principal diferença filosófica entre o Código Civil de 2002 e o anterior.

Especificamente sobre o Princípio da Socialidade, o professor Flavio Tartuce entende que o Código Civil de 2002 procura superar o caráter individualista e egoísta que imperava na codificação anterior, valorizando a palavra *nos*, em detrimento da palavra *eu*. Os grandes ícones do Direito Privado receberam uma denominação social.¹²

Atualmente, muitos Estados Democráticos absorvem em seus textos constitucionais os direitos fundamentais e, desde então, tais direitos adquirem caráter normativo, ou seja, estão inseridos no Direito positivado.

Desta maneira, é necessário que os Estados, como dito no capítulo anterior (Aplicação dos Princípios como forma de interpretação da norma) consigam estabelecer os métodos de solução de conflitos entre normas do mesmo patamar num caso prático.

¹² Manual de direito civil: volume único / Flavio Tartuce. – 8. Ed. ver. atual. e ampl.. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p 50.

Sobre o tema, o professor Ricardo Pereira de Freitas Guimarães¹³ ensina que *a restrição a qualquer direito fundamental deve, necessariamente, observar o princípio da proibição do excesso (princípio da proporcionalidade). Isto é, toda restrição a direito fundamental deve ser proporcional.*

A escolha por este ou aquele direito não é fácil, quanto mais porque são de mesma ordem.

Considerando somente os cinco primeiros artigos da Constituição Federal, teremos como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade humana (artigo 1º, III), como um dos Princípios a liberdade e o desenvolvimento nacional (artigo 3º, I e II), como norte para relações internacionais os direitos humanos (4º, II) e como garantias individuais a intimidade, a proteção às informações eletrônicas, o sigilo de correspondência, o patrimônio entre outros (artigo 5º).

O artigo 113, CC determina que os negócios jurídicos tenham como norte a boa-fé, os artigos 421 e 422, ambos CC exigem o respeito a boa-fé e a função social, o artigo 5º CPC cita o dever de obediência a boa-fé entre as partes litigantes e o artigo 4º, CDC cria a relação de equilíbrio entre as partes lastreada pela boa-fé.

Necessário conceituar que a Boa-fé serve para indicar um dever de conduta entre os agentes da relação jurídica, baseada na confiança e lealdade, ou seja, o dever fica atrelado as partes envolvidas na relação. Ocorre, porém, que a boa-fé é uma extensão da função social, pois também baseada na relação de confiança e lealdade, atingindo terceiros não envolvidos diretamente na relação.

Diante de uma provocação, o Estado- Justiça tem o dever constitucional de apresentar a sua resposta e findar o conflito, porém, devido à modernidade dos temas experimentados pela sociedade, o julgador pode se deparar com os fenômenos da (i) anomia ou do (ii) conflito de normas.

Com base no Constitucionalismo, no Convencionismo e das regras de Lei de Introdução ao Estudo Brasileiro, o julgador irá decidir, tendo como regra que qualquer lesão a elementos decorrentes da personalidade (supra exemplificados com base nos cinco iniciais artigos da

¹³ Princípio da proporcionalidade no direito do trabalho; teoria e prática / Ricardo Pereira de Freitas Guimarães. – São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2015. p 75.

CF), irão resultar em lesão aos Direitos Fundamentais, a função social em suas duas formas (intrínsecas e extrínsecas) e logo lesão aos Direitos humanos.

A Preservação dos Direitos Humanos.

De início, é importante a definição de Direitos Humanos. Para maior amplitude desta tarefa (conceituar Direitos Humanos) duas teorias de produção normativa serão analisadas.

A Teoria do jusnaturalismo entende que os direitos do Homem é algo natural e que sua juridicidade é anterior a justificadores do Direito positivo.

Essa ideia, segundo André Ramos Tavares ¹⁴ compreende o processo de positivação dos direitos humanos como a consagração normativa de exigências que são prévias à própria positivação, ou seja, um reconhecimento, no plano das normas jurídicas, de faculdades que correspondem ao homem pelo simples fato de sê-lo, ou seja, em virtude da sua natureza.

Ou seja, o jusnaturalismo defende a existência de direitos naturais do indivíduo que são originários e inalienáveis, em função dos quais, e para segurança, concebe-se o Estado.

A Teoria positiva do Direito se identifica com a lei posta, ou seja, qualquer tentativa de produção normativa só pode ser atrelada ao poder do Estado, pois somente desta forma haverá aplicabilidade e coercitividade.

Inegável que ambas as Teorias se misturam. Os indivíduos demonstram suas necessidades e insatisfações gerando conflitos sociais. Por óbvio que estes mesmos indivíduos possuem suas opiniões de formas de resolução destes conflitos e em alguns casos pactuam entre si (relações intersubjetivas).

Ocorre que os contratos não possuem senso de justiça ampla e coercibilidade porque decorrentes, como antes dito, da vontade de parte da sociedade.

Tarefa do Estado Legislador tutelar as regras de conduta as positivando. Impondo sobre elas a força da justiça e da coercitividade.

¹⁴ Curso de direito constitucional / André Ramos Tavares. 19. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 346

Superada a análise de duas importantes Teorias de produção normativa, verificaremos que a definição de Direitos Humanos dada por Perez Luño ¹⁵contempla seus conceitos quando ensina que se trata de um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, liberdade e igualdade humana, as quais devem ser reconhecidas, positivamente pelos ordenamentos jurídicos, em nível nacional e internacional.

A internacionalização de normas internacionais de direitos humanos demonstra o caráter universal e supraestatal da matéria. Dessa afirmação que se extrai o positivismo das Declarações internacionais de direitos do homem e o conflito entre os Princípios da Soberania estatal e da Soberania dos direitos humanos (tema tratado no tópico “Conflito entre normas Constitucionais e Internacionais”).

Dada a comprovada importância da matéria para os Estados, condutas devem ser praticadas para a preservação dos direitos humanos. Neste sentido, o Brasil reconheceu, mas não somente, a jurisdição obrigatória e vinculante da Corte Interamericana de Direitos Humanos, aderiu ao Protocolo Facultativo à Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, reconheceu a competência do Comitê para Eliminação de Toda Forma de Discriminação Racial, reconheceu a competência do Comitê de Direitos das Pessoas com Deficiência e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Importante lembrar-se de tema já tratado neste estudo, que é a forma de recepção das normas internacionais de Direitos Humanos pela Constituição Nacional (artigo 5, parágrafos 2º e 3º) e a implementação do controle de legalidade pela aplicação do duplo grau formado pela Convencionalidade e pela Constitucionalidade.

Necessário, haja vista a exposição na sequencia dos temas “Função Social” e “Direitos Humanos”, que sejam traçado os seus pontos de convergência e divergência.

Por possuírem como objeto a proteção da dignidade inerente à pessoa humana (artigo 1º, III, CF), há quem entenda que os direitos humanos são sinônimos de função social, o que não merece prosperar. O mais correto é aplicar a ideia de que se completam. Enquanto a função social é aquela inerente ao sentido de preservação da pessoa humana como reflexo de uma relação principal sadia e norteada pela legislação, os direitos humanos também estão

¹⁵ Antônio Henrique Pérez Luño, Delimitación Conceptual de los Derechos Humanos, in Los Derechos Humanos, Sevilla, Publicaciones de la Univesidad de Sevilla, 1979, p. 43.

embutidos na noção de pessoa humana só que goza de eficácia universal e por isso são invioláveis, indisponíveis, históricos, inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis, seriam estes últimos hierarquicamente superiores àqueles.

O Supremo Tribunal Federal e a interpretação do artigo 139 do Código de Processo Civil para autorizar o bloqueio do passaporte e da CNH do devedor.

No dia 09 de fevereiro de 2023, o Supremo Tribunal Federal declarou no julgamento da ADI 5941 proposta pelo Partido dos Trabalhadores – PT a constitucionalidade da utilização do artigo 139, IV, CPC pelos juízes para suspensão de Passaporte e CNH.

O artigo 139, IV do Código de Processo Civil possibilita o juiz utilizar meios indiretos para buscar a satisfação do crédito numa Ação de Execução ou numa fase de Cumprimento de Sentença, visto que ele pode *determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para assegurar o cumprimento da ordem judicial, inclusive ações que tenham por objeto ações pecuniárias.*

Por ser uma medida indireta de satisfação do débito, deve ser demonstrada que a regra geral dos artigos 789 (Princípio da Responsabilidade patrimonial) 835 (fixa a ordem dos bens à serem penhorados), ambos do Código de Processo Civil sejam respeitados.

Outra obrigatoriedade é que seja comprovado que o devedor / executado está se furtando de honrar seu débito, mesmo o podendo fazer, sendo ato atentatório a dignidade da justiça (artigo 774, CPC).

A análise do Supremo Tribunal Federal foi importante porque dois direitos fundamentais estavam em conflito, sendo eles a proteção do patrimônio do credor e a liberdade de ir e vir do executado que poderia ter seu passaporte e a sua CNH bloqueadas.

A corte aprovou a tese do Ministro Luiz Fux relator do caso: *Não se trata de desprezar a dignidade da pessoa humana em casos de abusos de juízes. Mas quaisquer discussões sobre a proporcionalidade da medida só podem ser travadas em concreto, com sopesamento dos bens jurídicos em conflito.*

Decidiu, ainda, que ao impor tais medidas, os juízes devem levar em conta os Princípios da menor onerosidade e da proporcionalidade. No primeiro caso, aplicando determinações menos gravosas. No segundo, considerando o impacto na vida do devedor. Por exemplo, é proporcional suspender a CNH de uma pessoa comum, mas não a de um taxista, que depende do documento para renda.

Fica demonstrada a importância da aplicação do Princípio da Proporcionalidade em casos concretos para auxiliar os juízes a construírem decisões que, em que pese afaste parte de um direito fundamental, o faça da forma menos prejudicial possível.

Sob a ótica normativa internacional, a Declaração Interamericana dos Direitos Humanos em seus artigos seguintes fixa normas que poderiam ter sido aplicadas, ou melhor, foram aplicadas ao caso analisado pelo Supremo Tribunal Federal – STF, haja vista que o ordenamento jurídico brasileiro não divorcia, no caso em estudo, das normas internacionais, garantindo, portanto a aplicação do duplo grau de legalidade e a efetividade da proteção dos Direitos Humanos e da Função Social.

Artigo 7. Direito à liberdade pessoal

1. *Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.*
 2. *Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.*
- ...

Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade

1. *Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.*
 2. *Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.*
- ...

Os dois artigos supra citados são os que tratam dos temas que estavam em aparente conflito.

Ao mesmo tempo em que o Exequente tem garantida a proteção ao seu patrimônio que é uma das bases para concretização da dignidade humana, o Executado tem garantida a sua liberdade de locação e esta seria mitigada com a retirada do seu passaporte e da sua CNH.

Como vimos, o Princípio da Proporcionalidade foi aplicado pelo STF e foi decidido que a proteção do patrimônio do Executado, no caso em comento, deveria ser preservada em detrimento da mitigação parcial do direito de liberdade do Executado.

Conclusão.

Num Estado Democrático Constitucional de Direitos inserido num ambiente globalizado e plástico em decorrência do rápido avanço da tecnologia, do estreitamento das fronteiras e dos novos conflitos sociais decorrentes da anomia normativa são necessárias novas forma de controle Estatal, porém frise-se! Formas que reconhecidas pelo ordenamento internacional.

Os princípios da Soberania Nacional e da Soberania Internacional devem ser observado e equalizados pelo Estado Justiça.

No âmbito do dos Direitos Humanos os tratados internacionais devem ser internalizados para efetivação do duplo grau do controle de legalidade, ou seja, aplicação pelos operadores do Direito da convencionalidade e da constitucionalidade.

Desta maneira, os Direitos fundamentais serão respeitados e a ordem social restabelecida, mesmo na aparente anomia. Respeitando os direitos fundamentais a tutela dos direitos humanos e da função social do Estado serão preservados.

Bibliografia.

ARENDDT, Hannah. O Declínio do Estado Nação e o fim dos direitos do homem. Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo e totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

Constituição Da República Federativa do Brasil.

FARIAS, Cristiano Chaves. Curso de direito civil: parte geral e LINDB. 20. ed. ver. ampl. e atual. Salvador: Ed.Juspodivm, 2022.

GIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. Princípio da proporcionalidade no direito do trabalho; teoria e prática. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2015.

HAN, Byung-Chul. Sociedade do cansaço. tradução de Enio Paulo Giachini. 2. ed. ampl. Petrópolis: Vozes, 2017.

JUNIOR, Antônio Theodoro. O Contrato e a sua Função Social. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LUÑO, Antônio Henrique Pérez. Delimitación Conceptual de los Derechos Humanos, in Los Derechos Humanos. Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979.

TARTUCE, Flavio. Manual de direito civil: volume único. 8. ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2028.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional .19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

TAVARES, André Ramos. O Juiz Digital: da atuação em rede à Justiça algorítmica. São Paulo: Expressa, 2022.

David Gomes Advogado mestrado pela Fadisp e especialista em Direito Imobiliário pela EPD. Consultor de diversos condomínios, construtoras e loteadoras. Desenvolvedor do @gomesdavidp e de diversos cursos