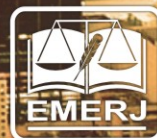


ISSN 1415-4951
(versão impressa)

REVISTA

EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - Vol. 10 - N 37 - 2007



ISSN 1415-4951
(versão impressa)

REVISTA DA

EMERJ

v. 10 - n. 37 - 2007
Janeiro/Fevereiro/Março

Rio de Janeiro

© 2007, EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

Min. Carlos Alberto Menezes Direito; Des. Semy Glanz; Des. Laerson Mauro; Des. Sergio Cavalieri Filho; Des. Wilson Marques; Des. Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento; Des. Jorge de Miranda Magalhães; Des. Paulo Roberto Leite Ventura; Min. Luiz Fux; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. José Carlos Barbosa Moreira; Des. Décio Xavier Gama; Des. Jessé Torres Pereira Júnior.

Coordenador Editorial: Des. Décio Xavier Gama

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); *Editoração:* Valéria Monteiro de Andrade; *Editoração website:* Jaqueline Diniz; *Capa:* André Amora; *Revisão ortográfica:* Suely Lima, Thereza Andrade e Wanderlei Lemos.

Apoio Cultural: Banco do Brasil

Impressão: Editora Espaço Jurídico.

Tiragem: 4.000 exemplares

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -
EMERJ, 1998.

v.

Trimestral -
ISSN 1415-4951

V. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

Número Especial 2003. Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho 2002.

Número Especial 2004. Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.

1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

Rio de Janeiro:

CDD 340.05

CDU 34(05)

Todos os direitos reservados à

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Av. Erasmo Braga, 115/4º andar - CEP: 20020-903 - Rio de Janeiro - RJ

Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-3471 / 3133-3376 - Fax: (21) 2533-4860

www.emerj.rj.gov.br - emerjpublicacoes@tj.rj.gov.br



Diretoria da EMERJ

Diretor-Geral

Des. Paulo Roberto Leite Ventura

Conselho Consultivo

Des. Roberto Wider

Des. Ronald dos Santos Valladares

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Des. Murilo Andrade de Carvalho

Des. Nildson Araújo da Cruz

Des. José Carlos Maldonado de Carvalho

Presidente da Comissão Acadêmica

Des. Newton Paulo Azeredo da Silveira

Presidente da Comissão de Iniciação e

Aperfeiçoamento de Magistrados

Des. Índio Brasileiro Rocha

Coordenador dos Núcleos de Representação

Des. Amaury Arruda de Souza

Coordenador da Revista da EMERJ

Des. Décio Xavier Gama

Secretária-Geral de Ensino

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

Assessora do Diretor-Geral

Maria de Lourdes Cardoso da Rocha



EMERJ

APRESENTAÇÃO

Registramos, com prazer, que o Desembargador PAULO ROBERTO LEITE VENTURA foi reeleito para as altas funções de DIRETOR-GERAL da ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, pelo E. Órgão Especial do Tribunal de Justiça e tomou posse no cargo no dia 1º de fevereiro deste ano. O fato foi motivo de regozijo geral e ensejou encontro de confraternização do eminente Diretor reeleito com funcionários e estagiários, pela continuidade do sistema de administração que imprime.

A posse do Doutor Paulo Roberto Leite Ventura se deu no momento em que toda a nova composição de Desembargadores, também eleita a 17 de dezembro último, assumiu a direção do Tribunal de Justiça, sob a Presidência do Desembargador JOSÉ CARLOS SCHMIDT MURTA RIBEIRO. Os demais membros do Tribunal, também empossados no mesmo dia 1º de fevereiro, foram os Desembargadores Sylvio Capanema de Souza - 1º Vice-Presidente, Celso Muniz Guedes - 2º Vice-Presidente e Marianna Pereira Nunes Feteira Gonçalves - 3º Vice-Presidente e Luis Zveiter - Corregedor Geral da Justiça.

Abrimos este número da REVISTA, que tem merecido aceitação e boas referências de colegas e eminentes colaboradores, com o artigo de destaque sobre as **Medidas de Segurança** do eminente penalista e Desembargador Álvaro Mayrink da Costa. Seguem-se outras colaborações de professores dedicados há muito ao ensino jurídico profissional, que muito honram à ESCOLA DA MAGISTRATURA.

Estão os trabalhos deste número a justificar, como tantos outros que divulgamos em nove anos da REVISTA da EMERJ, o conceito manifestado pelos que lêem este órgão de cultura jurídica. A referência especial que fazemos ao Doutor Álvaro Mayrink, professor universitário devotado há anos ao ensino do Direito Penal e autor de obras consagradas por alunos e tantos juristas que militam

na área criminal, tem a ver mais, com a sua presença de professor da primeira hora da EMERJ e persistente freqüência em nossas páginas, desde os primórdios da REVISTA e naturalmente dos seus difíceis primeiros momentos.

Décio Xavier Gama

Desembargador - Coordenador da REVISTA da EMERJ

SUMÁRIO

Medidas de Segurança **17**

Álvaro Mayrink da Costa

Desembargador aposentado do TJ/RJ, Professor da EMERJ e Presidente do Fórum Permanente de Execução Penal. Advogado.

1. Visão Crítica Normativa. 2. Conceito. Pressupostos. Princípios. Execução. 3. Espécies de Medidas de Segurança. 4. Finalidade da Medida de Segurança. 5. Duração das Medidas de Segurança. 6. Cessação de periculosidade. 7. Prescrição. 8. Direitos do Internado. 9. Conclusão.

A Sumarização Razoável do Processo **41**

Afonso Henrique Castrioto Botelho

Juiz de Direito do TJ/RJ.

O número mais elevado de Juizados Especiais. A facilitação da informatização do serviç o judiciário, e a simplificação dos atos pela supressão das formalidades exigidas na lei ordinária. Os princípios constitucionais (art. 5 , inc. XXXV). As normas do Direito do Consumidor. As modificações das leis do processo, inclusive do Agravo de Instrumento, de caráter desburocratizante. A réplica quase sempre desnecessária. Não há obrigatoriedade de se mandar que as partes especifiquem provas. A tentativa de conciliação. O saneamento do processo quando necessário, deve definir os pontos da controvérsia e as provas que ainda poderão ser produzidas.

O Desaforamento (Breves Observa es) **54**

Sergio Demoro Hamilton

Procurador de Justiç a aposentado do RJ.

A competência pelo lugar da infração (art. 69, I e 70 do C.P.P.).

Bom senso e razões de ordem prática. Os crimes da competência do júri. O afastamento do juiz do processo (impedimento, suspeição). A competência do foro. A representação para desaforamento, nos casos previstos no Código e as causas para desaforar. Causas distintas. O "interesse de ordem pública". As recusas típicas do júri. O caráter excepcional da medida. A segurança pessoal do réu. O caso de grande atraso no julgamento (mais de um ano). Competência do Tribunal para tomar a medida. Recurso contra o ato que indefere o desaforamento. A hipótese de efeito suspensivo do pedido. Requerimento quando preparado o processo para o julgamento pelo júri. Não cabe o reaforamento. Desaforamento só para outra Comarca do mesmo estado. Nem mesmo por analogia pode-se invocar desaforamento de processo de juiz singular.

Tutela Jurisdicional

76

Antonio Sebastião de Lima

Juiz de Direito aposentado. Mestre em Ciências Jurídicas - Professor da EMERJ (Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional).

Introdução. Magistratura. Advocacia. Ministério Público. Polícia. Auxiliares da Justiça. Privilégios. Celeridade processual. Conclusão.

Termo Inicial da Obrigação Alimentar na Ação de Alimentos e na Investigação de Paternidade.

97

Maria Berenice Dias

Desembargadora do TJ/RS e Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro do Direito de Família - IBDFAM.

1. Na ação de alimentos. 2. Na ação investigatória de paternidade.

O Perfil do Novo Juiz da Infância e da Juventude como Ator Social 105

Inês Joaquina Sant'Ana Santos Coutinho

Juíza de Direito do TJ/RJ, Titular da Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca de Teresópolis, com a colaboração do serventuário da Justiça Denílson Cardoso de Araújo.

1. Novo Direito - Novos Juízes. 2. A realidade social e o estado ainda programático do ECA. 3. Interpretação teleológica do ECA. 5. Princípio da precaução. 6. Competência formal do magistrado, em interpretação restritiva da lei. 7. Ativismo do magistrado, quando necessário para priorização dos direitos. 8. Especial poder de polícia do magistrado. 9. O "Super-Juiz". 10. Falhas no princípio da responsabilidade solidária que o legislador pretendeu inaugurar. 11. Realidade de nossos fóruns, relativismo do princípio da inércia na jurisdição. 12. Relações do magistrado da infância e da juventude com os outros órgãos da proteção. 13. Conclusão: efetivo garantismo do ECA. O Juiz da Infância e da Juventude não é um nostálgico do Código de Menores!

Breves Comentários sobre a Lei nº 11.280/06. 119

Reformas do Código de Processo Civil

Natacha Nascimento Gomes Tostes Gonçalves de Oliveira

Juíza de Direito do TJ/RJ.

1. Da alteração em questões de competência. 2. Das alterações quanto ao sistema eletrônico de processamento. 3. Da prescrição. 4. Do controle da distribuição e da prevenção. 5. Da contagem dos prazos processuais para o revel. 6. Da restrição da suspensividade das cartas precatórias/rogatórias. 7. Da previsão expressa de antecipação de tutela/tutela cautelar na ação rescisória. 8. Das alterações na ordem dos processos nos tribunais.

A Violência Doméstica contra a Mulher e a Lei nº 11.340/06 **134**

Marcelo Lessa Bastos

Promotor de Justiça no RJ e Professor de D.P.P. da Faculdade de Direito de Campos (RJ).

1. Considerações iniciais. Antecedentes legislativos. Origens da norma. 2. É Constitucional afastarem-se os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 na hipótese de violência doméstica? Pode a Lei Federal impor aos Estados regra de competência de Juízo? Análise dos arts. 33 e 41 da Lei nº 11.340/06. 3. A restrição à aplicação de penas de multa e de cestas básicas. 4. Definição de violência doméstica e familiar contra a mulher. Competência da Justiça Estadual e eventual deslocamento de competência. Os arts. 5º, 6º, e 7º da citada Lei. 5. As medidas específicas de proteção. Natureza jurídica. Iniciativa. 6. Prisão preventiva. Aplicação excepcional. Análise sistemática do art. 313 do C.P.P. com a sua atual redação decorrente do acréscimo de inciso determinado pela Lei mencionada. 7. A questão da representação (art. 16). 8. Epílogo.

Responsabilidade Civil das Pessoas Jurídicas de Direito Público e o Código Civil de 2002 **160**

Flavio de Araújo Willeman

Procurador do Estado do RJ. Professor da UCAM, EMERJ, da ESAP, da FGV e UFF.

I. Introdução. II. Evolução histórica e síntese da Responsabilidade Civil do Estado Brasileiro: a) a fase da total irresponsabilidade das Pessoas Jurídicas de Direito Público; b) a responsabilidade civil das Pessoas Jurídicas de Direito Público com fundamento na teoria civilista da culpa civil; c) teorias da culpa anônima administrativa e da falta

do serviço (*faute du service publique*); d) a responsabilidade civil estatal sem culpa (objetiva). III. A responsabilidade civil das Pessoas Jurídicas de Direito Público em razão da edição de atos ilícitos. IV. O Código Civil de 2002 e a Responsabilidade Civil das Pessoas Jurídicas de Direito Público. V. A Responsabilidade Civil do Estado por omissões administrativas. VI. Prescrição.

Princípios de Governança Corporativa

198

Jorge Lobo

Professor da EMERJ e Advogado.

1. Introdução. 2. Princípio da Eticidade. 3. Princípio da Moralidade. 4. Princípio do Ativismo Societário. 5. Princípio da Proteção ao Acionista Minoritário. 6. Princípio do Tratamento Equitativo. 7. Princípio da Transparência. 8. Princípio da Independência dos Administradores. 9. Princípio da Responsabilidade do Administrador. 10. Princípio da Razoabilidade. 11. Princípio da Função Social da Empresa.

Princípios de Direito Administrativo Tributário

221

Aurélio Pitanga Seixas Filho

Professor Titular de Direito Financeiro e Tributário da UFF, da Universidade Cândido Mendes e da Faculdade de Direito de Campos/RJ.

1. Características da função administrativo-fiscal. 2. Dever jurídico de exigir o pagamento do tributo. 3. Potestade administrativa. 4. Princípios que regem a função do fisco - Princípio da legalidade objetiva - Imparcialidade. 5. Princípio da legalidade objetiva - Oficialidade - Dever de inspeção. 6. Princípio da verdade material. 7. Verdade material - Informalidade. 8. O Dever de provar e a verdade formal. 9. Dever de comprovação. 10. Dever de regulamentar. 11. Constituição do crédito tributário. 12. Controle da legalidade do lançamento tributário - Autocontrole por dever de ofício. 13. Direito de petição.

O Sistema Recursal e o Direito à Tutela à Luz do Inc. LXXVIII, do Art. 5º, da CF (E.C. nº 45/2004) 238

Marcelo Pereira de Almeida

Professor da EMERJ e da UNESA.

1. Introdução. 2. A tutela jurisdicional. 3. A tutela jurisdicional tempestiva como direito fundamental. 4. A tutela jurisdicional tempestiva para o réu. 5. Razoável duração do processo. 6. Meios que garantem a celeridade do processo. 7. A necessária interpretação conforme a Constituição dos dispositivos legais que formam o sistema recursal. 8. Conclusão.

Imputação Alternativa no Processo Penal: Exercício Abusivo do Direito de Ação Penal? 258

Alexander Araújo de Souza

Promotor de Justiça no RJ e Professor da EMERJ.

Direito abusivo de ação, a imputação alternativa? Uma ou outra prática de comportamentos delituosos são excludentes entre si? A legislação espanhola e a italiana. A Doutrina (Sergio Demoro e Afrânio Silva Jardim), segundo a qual deve ser admitida a imputação alternativa no processo penal, tanto no caráter objetivo, quanto no subjetivo.

Crimes Hediondos e Progressão do Regime 266

Paulo César Corrêa Borges

Promotor de Justiça em SP e Professor de Direito Penal da UNESP.

1. Introdução. II. Individualização da pena e crime hediondo. III. Exame criminológico. IV - Conclusão.

A Constitucionalização do Direito Previdenciário **279**

Marcelo Leonardo Tavares

Juiz Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Constitucional da EMERJ.

1. Introdução. 2. Histórico da Previdência Social no Brasil. 3. A Constitucionalização do Direito Previdenciário na Carta de 1988. 4. Estudo de dois casos. 4.1. Cassação de aposentadoria nos regimes previdenciários dos servidores por motivos funcionais. 4.2. Aposentadoria como sanção disciplinar aplicada em magistrados. 5. Conclusão.



EMERJ

Colaboraram neste Número

Afonso Henrique Castrioto Botelho, 41

Alexander Araújo de Souza, 258

Álvaro Mayrink da Costa, 17

Antonio Sebastião de Lima, 76

Aurélio Pitanga Seixas Filho, 221

Flávio de Araújo Willeman, 160

Inês Joaquina Sant'Ana, 105

Jorge Lobo, 198

Marcelo Leonardo Tavares, 279

Marcelo Lessa Bastos, 134

Marcelo Pereira de Almeida, 238

Maria Berenice Dias, 97

Natacha Nascimento G. T. G. de Oliveira, 119

Paulo César Corrêa Borges, 266

Sergio Demoro Hamilton, 54



Medidas de Segurança

Álvaro Mayrink da Costa

*Desembargador aposentado do TJ/RJ,
Presidente do Fórum Permanente de
Execução Penal e Professor da EMERJ.
Advogado.*

1. VISÃO CRÍTICA NORMATIVA

1.1. A Reforma brasileira da Parte Geral, de 1984, acabou com a distinção entre *periculosidade real* e *periculosidade presumida*, constante dos arts. 77 e 78 do Código Penal de 1940. A *periculosidade real* é verificada pelo juiz penal, ao passo que a *presumida* decorre de lei. A *periculosidade real* é constatada pelo juiz penal através do exame de insanidade mental para saber se o periciado é ou não doente mental ou portador de desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Ao passo que a *periculosidade* é *presumida* por força de norma legal, determinando que o inimputável seja internado em hospital de custódia para tratamento psiquiátrico¹. Assim, os reincidentes em injusto doloso não mais serão *presumidamente* perigosos, apenas os autores inimputáveis de injustos penais continuarão *presumidamente* perigosos, visto que o art. 97, 1ª parte do Código Penal, determina a imposição de medida de segurança ao autor de injusto penal inimputável. Outrossim, inexistente pela Reforma de 1984 qualquer vinculação do juízo penal à *declaração de periculosidade real*, como existia no art. 77, §1º, do Código Penal de 1940, pois como vimos, desapareceu o conceito de *periculosidade real*. Devo lembrar que foi adotado o sistema vicariante e substituído o *duplo binário*, daí só se pode presumir a *periculosidade*

¹ Arts. 26 e 27, do CP.

do inimputável, sendo os semi-imputáveis considerados perigosos por determinação judicial.

1.2. A Reforma deu um grande passo garantista em relação à duração das duas *espécies* de medidas de segurança, inexistindo marcos máximos, perdurando indeterminada, mas a qualquer tempo ser feita a verificação a cessação da periculosidade. Admitiu a *regressão do regime ambulatorial* para o de internação para fins curativos, mas olvidou a *progressão do regime de internação*, isto é, com as saídas terapêuticas para o regime ambulatorial, diante da melhoria e necessidade do tratamento do paciente. Aliás, questiona-se o critério jungido à quantidade da sanção penal para a escolha da medida de segurança, visto que estamos diante de um *doente* e o que importa é a *pessoa do paciente* para fins de tratamento e não, a natureza da pena cominada ao injusto penal. Já há reação pretoriana à vedação em relação aos inimputáveis que praticaram injustos penais a cujo tipo é cominada *pena de reclusão*². A questão mais ampla diz respeito aos *semi-imputáveis*, que segundo o legislador, necessitem de "*especial tratamento curativo*", e em caso afirmativo, admite que o juiz da cognição faça a substituição da pena privativa de liberdade, reduzida de um a dois terços, por internamento ou tratamento ambulatorial. Anote-se que a Lei de Execução Penal estatui que o cumprimento da medida de segurança, só poderá ocorrer com o trânsito em julgado, oportunidade em que é expedida carta de guia de execução, razão pela qual vedou a aplicação de medida de segurança provisória, diante de sua natureza penal³. A Lei de Execução Penal, diante do sistema reformista de 1984, pontua o *princípio da jurisdicionalidade*, reforçando os *prazos legais de duração* com o objetivo garantidor da não-perpetuação da medida de segurança e elencando prazos mínimos de duração, de um a três

² Penal. Medidas de segurança. Capacidade de culpabilidade relativa. Sistema manicomial. Nova política psiquiátrica brasileira. Hospital-dia. Excepcionalidade da internação. Fatores deletérios do confinamento manicomial. Releitura do texto normativo diante da nova realidade científica. Preferência da orientação da equipe médico-psiquiátrica na condução do tratamento do doente mental em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. (TJ-RJ), Ap. Crim. nº 3.795/2002, 3ª. Câm. Crim., Rel. Des. Álvaro Mayrink da Costa, julgada em 5.8.2003).

³ V. art. 171 da LEP. Revogados os arts. 378 a 380 do CPP.

anos, possibilitando a *avaliação contínua* para verificar a cessação da periculosidade, inclusive admitindo a antecipação da inserção social.

Não há que se cumprir medida de segurança se não há periculosidade do autor ⁴.

1.3. A *desinternação* e a *liberação* do doente mental ficam dependentes do cumprimento das obrigações impostas na liberdade condicional, que como bem diz Eduardo Reale Ferrari, são as mesmas dos imputáveis em relação ao livramento condicional⁵ ("*seria injustificada e inadequada*").

1.4. Outra questão relevante diz respeito à *conversão* ⁶ quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança. Na regra geral, se a pena privativa de liberdade era de *reclusão*, a conversão será para a *internação*, se era de *detenção*, fica facultado ser de *internação ou ambulatorial*.

1.5. A legitimação da medida de segurança decorre de sua finalidade global de defesa social, isto é, de presunção de injustos penais futuros por ato de autor perigoso, pois já cometera injusto penal de natureza grave, inaceitável nos limites da paz social, afastada qualquer hipótese da violação do *princípio da dignidade humana*. Sustenta-se que o *princípio da defesa social* deve ser congregado com o *princípio da ponderação de bens conflitantes*, que no dizer de Roxin, a liberdade do imputável ou do inimputável só pode ser suprimida "*quando o seu uso conduza, com alta probabilidade, a prejuízo de outras pessoas que, na sua globalidade, pesa mais do que as limita-*

⁴ Art. 176 da LEP.

⁵ Art. 178 da LEP com permissão aos arts. 132 e 133, do mesmo diploma, vedado ao doente mental a mudança de residência sem comunicação, o recolhimento à habitação e a frequência a locais públicos, além da hora fixada. Outrossim, ocupação lícita, dentro de prazo razoável se apto para o trabalho.

⁶ Arts. 183 e 184 da LEP.

ções que o causador do perigo deve sofrer com a medida de segurança⁷. De outro lado, Jescheck lembra os dois grandes objetivos a serem alcançados: as medidas de segurança devem proteger a macrossociedade frente aos futuros delitos e também alcançar essa meta através de efeitos ressocializadores sobre a pessoa do autor do injusto penal. Recorda que na Alemanha decaí sua importância em 1984 com a supressão da internação em centro de terapia social⁸.

2. CONCEITO. PRESSUPOSTOS. PRINCÍPIOS. EXECUÇÃO

2.1. Conceituam-se as medidas de segurança, de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e de tratamento ambulatorial, como conseqüências jurídicas de caráter penal e não administrativos, ditadas pela política de prevenção especial positiva, tendo como pressupostos a realização de injusto penal e a periculosidade criminal do autor, se inimputável, presumida, se semi-imputável, considerada por determinação judicial ao especial tratamento curativo, adotado o sistema vicariante, objetivando evitar que não voltem a praticar novos injustos penais.

2.2. Os pressupostos ou requisitos para a aplicação da medida de segurança, são: **a)** a prática do injusto penal; **b)** a periculosidade do autor. A prática do injusto penal é o primeiro pressuposto para a aplicação da medida de segurança afastando as medidas de segurança pré-delitivas por imposição de segurança jurídica⁹. A medida de segurança como sanção penal não tem o caráter retributivo-preventivo nem o patamar da culpabilidade, visto que a sua natureza é preventiva e o seu fundamento está na periculosidade do autor do injusto penal, que em razão de sua doença mental, constitui-se, na probabilidade de vir ou tornar a realizar novos injusto típicos relevantes colocando em risco a sua própria integridade pessoal e a segurança da macrossociedade.

⁷ Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München, 1994, §3º, n.m.59.

⁸ Jescheck, *Lehrbuch des Strafrecht*, A.T, Duncker e Humblot, Berlin, 1988, § 77, cap. 2, 624.

⁹ Art. 5º, *caput*, da CF/88.

A nosso sentir, a distinção entre a pena e a medida de segurança não se encontra em seus ângulos estruturais, mas na razão de sua justificação. O inimputável continua a ser uma pessoa humana em particular estado de autocensura, a quem importa dar auxílio e proteção. A defesa da macrossociedade realiza-se justamente com o tratamento e a cura por óbvio até onde for possível, desses especiais tipos comportamentais.

2.3. As causas justificantes ou as excludentes da culpabilidade afastam a sua aplicação. O conceito de antijuridicidade que constitui o pressuposto da imposição de medidas de segurança não pressupõe como requisito necessário, a ocorrência efetiva de elemento subjetivo algum (nem a voluntariedade da ação, nem o dolo nem outros elementos subjetivos), podendo configurar-se de modo estritamente objetivo. Tal objetivação, ao implicar que a imposição de medidas não requeira como pressuposto a antinormatividade do ato cometido, vem precisamente imposta pelos fins da medida de segurança. Por seu caráter cognitivo, vincula-se estritamente ao ato de lesão ao bem jurídico e à periculosidade manifesta. O autor do injusto penal deve apresentar periculosidade *presumida*, por força de sua imputabilidade¹⁰, ou *judicial*, reconhecida pelo juiz penal, quando se trata de semi-imputável que necessitar de *especial tratamento curativo*¹¹. A ausência de imputabilidade plena não mais admite o "dopo binário", afastando a possibilidade a ser aplicada medida de segurança ao imputável, pois só o semi-imputável estará sujeito à medida de segurança em caso de *especial tratamento curativo*¹², caso contrário será aplicada a pena privativa de liberdade em relação de dois terços, em razão da ausência de capacidade plena. Uma vez provada a prática do injusto penal poderá ser aplicada ao autor inimputável uma medida de segurança de internação em hospital de custódia para tratamento psiquiátrico. Note-se, ainda que a anomalia psíquica seja comprovada pelo *laudo de sanidade mental* no

¹⁰ Art. 26, *caput*, do CP.

¹¹ Art. 26, parágrafo único, do CP.

¹² Art. 98 do CP.

início do procedimento penal, não deve ser interrompido, pois será necessário que se prove que o acusado foi o autor do injusto penal. O andamento do processo até a sentença é a garantia do imputado, para fazer a prova dos fatos referentes à comissão do injusto do tipo e, depois *para avaliar a periculosidade para a justa e proporcional medida de segurança a ser aplicada*. Caso não se prove que o imputado praticou o injusto ou se verifique a presença de causa de justificação, é defesa a aplicação de medida de segurança. A internação de portadores de anomalia psíquica compulsiva será objeto de medida de ordem médica ou judicial no caráter penal. O inimputável é insusceptível de um juízo de culpa, pois a medida de segurança não objetiva punir, mas submete a tratamento psiquiátrico para a sua proteção e da macrossociedade a fim de evitar a repetição de ato típico gerador de novos conflitos macrossociais¹³.

2.4. Sem a preocupação maior de traçarmos todas as diferenças entre as penas e as medidas de segurança, não podemos obliterar que as medidas de segurança são *pós-delitivas*, requerendo a realização do injusto penal, caracterizadas como *sanção penal*, exigindo o devido processo legal e o controle da aplicação por órgão judiciário (jurisdicionalidade). A aplicação da medida de segurança possui como fundamento a periculosidade social do autor do injusto penal e deverá obedecer aos princípios da legalidade, da tipicidade e da proporcionalidade. As medidas de segurança são regidas pelos princípios gerais de garantia. O *princípio da proporcionalidade* significa

¹³ Eduardo Reale Ferrari ao salientar que a periculosidade criminal consiste na *probabilidade* e não na mera *possibilidade* do autor do injusto penal vir a cometer novos ilícitos penais, ressaltando que em seu Estado Democrático de Direito não há medida de segurança em caráter de sanção penal sem periculosidade criminal; que exige no campo da legitimidade o ato típico relevante. A probabilidade de repetição diz que constitui a legitimidade à existência do perigo em razão do interesse público preponderante. Não se trata de atos bagatelares mas de condutas reais e efetivas, que reiterada coloquem em risco a segurança e a paz social, lembra a existência de duas correntes: a) probabilidade na repetição da *mesma natureza* do injusto penal anterior, aplicando-se as medidas de segurança em fundamento no meio da reiteração futura de injustos penais da *mesma espécie*; b) impossibilidade de configurar a periculosidade criminal com a probabilidade reiterativa específica delitiva diante da ausência da capacidade do inimputável. Eduardo Reale Ferrari posiciona-se no sentido de que assiste razão a segunda corrente, pois impossível compreender a periculosidade criminal do inimputável como uma provável reiteração do injusto típico da *mesma espécie*, inexistindo qualquer indicador de que o doente mental possua a probabilidade de reiteração de injusto penal da *mesma espécie* apresenta maior periculosidade do que de *espécies diferentes*. (Eduardo Reale Ferrari, **Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, 153-160).

que a aplicação da medida de segurança não é endereçada para casos irrelevantes tendo correlação com a gravidade e a periculosidade social (*perigo futuro do cometimento de novos injustos penais*). Podemos ainda acrescentar o princípio da subsidiariedade, quando for possível a aplicação de medidas menos onerosas para garantir a proteção dos bens jurídicos¹⁴. Faria da Costa, ao se referir à aplicação da medida de segurança, mesmo para os sistemas que não sejam monistas éticos, com fundamento na idéia de *perigosidade social*, diz que deve ficar claro que, "se as antinomias podem surgir entre valores supra-individuais impostos pelo Estado e os valores do homem concreto, ainda que delinqüente, elas sempre deverão desaparecer quando esteja em perigo a dignidade humana", e desta forma, o Estado cumpre um escopo básico: a *humanização*. Repita-se que as penas e a medida de segurança globalisticamente possuem o caráter de sanções penais aplicadas aos autores dos injustos penais e, lamentavelmente na execução, são inumanas, pois os doentes mentais ficam trancados em celas com rigor prisional maior do que os condenados a penas privativas de liberdade sob o regime de punição. O Código Penal brasileiro de 1969, com as alterações introduzidas pela Lei 6.016, de 31 de dezembro de 1973, e a reformulação trazida ao Decreto-lei 2.848, de 7.12.40, pela Lei 6.416, de 24.5.77, afirmava que as penas deveriam ser executadas de modo que exercessem sobre o condenado uma individualizada ação educativa, no sentido de sua recuperação social. O projeto partiu do entendimento de que a pena se cumpre como medida de segurança detentiva, não existindo qualquer *presunção de periculosidade*. A medida de segurança, antes da Reforma de 1984 na legislação brasileira, era pessoal ou patrimonial (v.g.: **a**) internação em manicômio judiciário; **b**) internação em estabelecimento psiquiátrico; **c**) interdição do exercício da profissão; **d**) cassação de licença para a direção de veículos; **e**) exílio local; **f**) proibição de freqüentar determinados lugares; **g**) interdição de estabelecimento industrial ou comercial, sede de sociedade ou associação; **h**) confisco).

¹⁴ Faria da Costa, *Aspectos Fundamentais da Problemática da Responsabilidade Objetiva no Direito Penal Português*, nota 10, 14.

Ressalte-se que não se confere à pena tão-somente efeito intimidativo, aflitivo e retributivo, sendo atribuídos fins de reinserção social. Continua (a) a pena a ter no injusto e na responsabilidade seus pressupostos, ao passo que (b) a medida de segurança se assenta na periculosidade do autor inimputável do injusto penal.

2.5. De outro lado, o *processo de execução* tem como escopo a realização do que está inscrito no título executivo, tradutor da certeza relativa à existência do objeto da execução diante da coisa julgada, submetendo o apenado ao cumprimento da resposta estatal. A execução penal é um processo que *pode* ser instaurado de ofício¹⁵. Estamos diante de normas penais e não administrativas, lembrando a lição carrariana, que a detenção está em que a pena é imposta pelo juiz criminal, diante do processo de jurisdicalização da execução, observada a posição garantidora, todos os incidentes ocorridos na execução, proceder-se-ão através da formação do devido processo, com o contraditório e ampla defesa e serão julgados pelo juiz da execução, cabendo recurso de agravo ao Tribunal.

3. ESPÉCIES DE MEDIDAS DE SEGURANÇA

3.1 Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico

3.1.1. A internação no hospital de custódia para tratamento psiquiátrico objetiva a proteção da macrossociedade para possíveis atos anti-sociais futuros de doentes mentais graves, autores de injustos penais, bem como submete o doente mental internado a tratamento psiquiátrico obrigatório. As medidas de segurança não são penas e por isso não são submetidas ao *princípio da culpabilidade*, mas sim ao *princípio da proporcionalidade*, diante do Estado de Direito, atendendo a importância dos injustos tópicos cometidos pelo autor, se possa esperar que venha no futuro, em razão do grau de perigo que representa (*probabilidade de novos injustos tópicos*). Jescheck ressalta a "*importância dos delitos puníveis*", mesmo que sejam

¹⁵ Arts. 105 e 147 da LEP. Os incidentes de execução podem ser instaurados pelo juiz da execução *ex vi* do art. 195 da LEP.

bagatelares, porque as medidas de segurança ocupam o primeiro plano na necessidade de segurança e paz pública¹⁶. A internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico é uma ferramenta de proteção macrossocial, diante de pessoas que, devido a sua grave doença mental, inimputáveis colocam um risco perante a segurança pessoal e pública.

A internação em hospital de custódia para tratamento psiquiátrico e a submissão ao tratamento ambulatorial possuem por finalidades: **a)** submeter o doente mental que cometeu injusto penal, e como tal considerado presumidamente pelo Estado, observado sempre o princípio da dignidade humana, tratamento psiquiátrico específico objetivando a melhora da sua saúde mental; **b)** proteger a macrossociedade contra prática de novos injustos penais garantindo a segurança e a paz social.

Aponta os princípios da *dignidade humana* e do *tratamento psiquiátrico específico* submetendo os pacientes psiquiátricos internados em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ao confinamento a celas e horário para o "banho de sol", sob a custódia de guardas e não enfermeiros, em verdadeiro regime disciplinar diferenciado. Tal quadro, em diversos hospitais de custódia estaduais constitui flagrante violação aos direitos humanos (*fato denunciado por psiquiatras e psicólogos no Fórum Permanente de Execução Penal da EMERJ, veementemente, também criticado pelo prof. Talvane de Moraes e demais membros do Fórum*).

3.2 TRATAMENTO AMBULATORIAL

3.2.1. O tratamento ambulatorial, em que deverá ser observada a progressividade, poderá ser revertido em internação se um doente mental revelar incompatibilidade com a medida. Há que se fazer a distinção entre: **a)** conversão do apenado que cumpre pena privativa de liberdade e; **b)** o que cumpre pena pecuniária. Na primeira hipótese, **(a)** quando no curso da execução sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o apenado deixa de ter capacidade para submeter-se às imposições do cumprimento da pena pri-

¹⁶ Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, 4ª ed., Conases, §§ 77, I. 2, 733.

vativa de liberdade imposta, dando-se, pois a conversão em medida de segurança; já na segunda hipótese **(b)** ocorrerá a *suspensão da execução da pena de multa*, a qual será declarada extinta diante do decurso de prazo equivalente ao da prescrição da pretensão executória.

3.2.2. No que tange à conversão, aplicam-se as normas pertinentes às medidas de segurança *ex vi* dos arts. 96 do Código Penal e de sua execução *ex vi* dos arts. 171 a 179 da Lei de Execução Penal. Se o condenado praticou injusto penal a que se cominaria pena privativa de liberdade de *detenção*, a *conversão* deve ser para o *regime ambulatorial ex vi* do art. 97, *caput*, 2ª parte c/c 98, todos do Código Penal. Vale dizer que se for o *transtorno mental transitório*, dever-se-á proceder à transferência para hospital ou casa de saúde especializada. A *substituição* e a *conversão* da medida de segurança estão previstas no art. 41 do Código Penal (o condenado a quem sobrevém doença mental deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado) e no art. 183 da Lei de Execuções Penais (quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança). Nesta hipótese, sustentamos, como já vimos, que o prazo é o do tempo restante da pena privativa de liberdade a ser cumprida. A substituição da pena privativa de liberdade pela medida de segurança¹⁷ possui caráter provisório e tem como prazo de duração o restante do tempo da pena de ser cumprido. Se ainda revelar o quadro de doença mental deverá ser colocado à disposição do juiz cível. A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos. Há três tipos de internação psiquiátrica: **a)** *voluntária*, que se dá com o consentimento do usuário; **b)** *involuntária*, que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro, sendo comunicada ao Ministério Público Estadu-

¹⁷ Arts. 41 do CP e 183 da LEP.

al pelo responsável técnico do estabelecimento; c) *compulsória*, a determinada pela Justiça. A nosso aviso, a presunção de periculosidade consiste num juízo lógico de possibilidade pós-delitual da realização, por inimputáveis, de novos injustos penais, colocando em risco real e efetivo sua integridade pessoal e a segurança e a paz da macrossociedade.

3.2.3. Assim, a legislação pátria afastou a presunção legal da periculosidade e a aplicação de medida de segurança a imputáveis, reservando-a tão-só a inimputáveis e a semi-imputáveis, suprimindo o *dopo binário* adotando o sistema vicariante, observado o princípio da legalidade. Ao eleger as duas espécies de medida de segurança, uma restritiva, de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e outra de tratamento ambulatorial, deixando de fixar limites máximos de duração, perdurando indeterminada enquanto durar a periculosidade. Admitiu, diante do vicariato, a *substituição* da pena privativa de liberdade pela medida de segurança de internação ou de tratamento ambulatorial, diante da necessidade de tratamento psiquiátrico do semi-imputável. O prazo mínimo de um e máximo de três anos para proceder a perícia de cessação da periculosidade é relativo, pois o juiz pode determinar a qualquer tempo na execução.

Muito mais que um instrumento terapêutico, o velho manicômio se afirmou como *instrumento de exclusão*¹⁸. Exclusão física que duplica no plano do concreto a exclusão simbólica do universo da cidadania. Na modernidade, diante da nova legislação que dispõe sobre a *assistência ao doente mental*, a psiquiatria brasileira enfrenta o grande desafio da transformação radical diante de modelos diferenciados para garantir a manutenção de vínculos entre o paciente, a família e a comunidade¹⁹.

A periculosidade seria *jurídica*, sendo para Petrocelli um complexo de condições subjetivo-objetivas, sob a ação das quais é pro-

¹⁸ O Hospício Pedro II foi criado pelo decreto imperial de 17 de junho de 1841, tendo sido inaugurado em 5 de dezembro de 1852, na Praia Vermelha.

¹⁹ Neste sentido: Talvane de Moraes, "Medidas de Segurança e Tratamento Psiquiátrico", 122ª Reunião do Fórum Permanente de Execução Penal, realizada em 25.5.2006.

vável que um indivíduo cometa ato socialmente danoso ou perigoso, negando a "qualidade pessoal". Porém, certa é a resposta de Gripigni ao revelar o equívoco de Petrocelli, ao confundir as causas ou fatores em virtude dos quais uma pessoa é ou não perigosa com as qualidades que deve possuir para ser como tal declarada²⁰.

A teoria da periculosidade abrange toda uma época na história da ciência penal²¹. O *problema da coexistência* não desapareceu, e nos dias atuais há a tendência da *unificação parcial*²². Tal sistema foi analisado no VI Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, em 1953²³, sendo que Liszt já os comparava a círculos secantes com zonas comuns, evitando-se a aplicação sucessiva sobre o mesmo sujeito, por um único ato²⁴, que diz textualmente que o *sistema dualístico* pode ser superado, devendo ser adotada uma *sanção única* que tenha o fim "*reeducação social*", indeterminada no máximo, destinada a cessar somente com o desaparecimento da periculosidade, mas com um mínimo preestabelecido em relação à gravidade do injusto penal. Outrossim, sustenta a indeterminação no máximo limitada, a fim de se reduzir a periculosidade e prorrogar a duração da sanção, estabelecendo a base de um juízo sobre as condições psíquicas do autor do injusto. Há os que advogam que há casos em que só se impõe a pena, ou a medida, ou uma terceira opção, que seria a medida especial de segurança penal²⁵.

Para alguns países, partindo de que a reincidência reiterada demonstra a ineficácia da pena, aos multirreincidentes seria eficaz uma *medida especial*, quando as necessidades de reinserção ou de periculosidade superassem em sua importância a culpabilidade na

²⁰ Gripigni, *Diritto Penale Italiano*, I, 189-190.

²¹ Código da Noruega de 1902; Suíça, 1937; Itália e Dinamarca, 1930; Uruguai, 1933; Polónia, 1932; Colômbia e România, 1936; Brasil, 1940, ou as leis especiais, como nos casos da lei belga de defesa social de 1930, a alemã de 24 de novembro de 1933, sobre delinquentes habituais, que inaugura o dualismo na legislação alemã, chegando Schönke a falar numa triplicidade de vias.

²² Bettiol, *Diritto Penale*, Palermo, 1958, 662.

²³ Erra, "Il Problema della Unificazione della Pena e delle Misure di Sicurezza", in *La Scuola Positiva*, 1954, 502.

²⁴ Antolisei, "Natura e Transformazioni della Pena", in *Problemi Penali Odierni*, Milão, 1940, 161.

²⁵ Oneca, *La Prevención Generale y la Prevención Especial em la Teoria de la Pena*, Salamanca, 1944, 144.

relação com o injusto cometido²⁶. O sistema de *via única* é adotado no Criminal Justice Act de 1948 (substitui o *dual track* pelo *single track*) e pelo Código grego de 1950, bem como pelo XII Congresso Internacional Penal e Penitenciário de Haia de 1950.

Os alemães não deram a mesma acolhida ao tema, sendo conhecida a frase de Exner: "*Der Begriff der Gefährlichkeit ein gefährlicher: Regriff*". A noção de periculosidade segundo a jurisprudência do Tribunal Supremo é a probabilidade de que se repita a realização de atos delitivos que ofendam gravemente a ordem jurídica²⁷. Note-se que o juiz penal alemão na investigação da personalidade não se encontra só, utiliza os serviços de assistência social (*Soziale Gerichtschilte*) e o serviço biológico criminal (*Kriminalbiologische Dienst*). Anote-se que Maurach considerou a *Tatenerantwortung* como um estágio intermediário entre a antijuricidade e a culpabilidade, constituído por um juízo sobre o autor do injusto penal, que se satisfaz com os mais rudimentares critérios, representados pelas exigências que devem valer na ordem das circunstâncias concomitantes. Relacionadas com o problema do lugar da personalidade e o caráter do autor do injusto penal que deveriam ocupar no juízo da culpabilidade, surgiram muitas teorias (a) culpabilidade do caráter, (b) sintomática, (c) culpabilidade do autor, (d) culpabilidade de disposição, (e) criminalidade potencial, todas violando os princípios garantidores do Estado Democrático de Direito.

A nosso aviso, como proposta conceitual, *o juízo da periculosidade consiste em um juízo lógico de probabilidade pós-delitual, tornando-se necessário determinar o grau que esta ocupa no plano de dar condições favoráveis à produção de novo injusto penal.*

3.2.4. Na *guia de internação ou de tratamento ambulatorial* deverá constar a data em que terminará o prazo mínimo de internação, ou

²⁶ V. legislação da Inglaterra, EUA, Dinamarca e Suécia; consulte-se Geerds, "Die Bekämpfung der Berufs und Gewohnheitsverbrecher und Rehandlung des Rückfalls", in *Materializen zur Strafrechtsreform*, v. 2. I, 1954, 176.

²⁷ Blau, "Gefährlichkeitsbegriff und sichernde Massregeln" in *Ibero-amerikanischen Strafrecht*, Bonn, 1951, 24.

de tratamento ambulatorial, sendo retificada sempre que sobrevier modificação do prazo. A constatação do papel do Estado, diante da idéia de uma periculosidade do autor do injusto penal perante a macrossociedade, não pode ser eliminada pela aplicação da pena privativa de liberdade, ressaltando a *finalidade preventiva* e não retributiva da medida de segurança, sustentando determinada corrente a presença de um efeito *preventivo geral*, embora a pena e a medida de segurança não se diferenciem em essência, numa direção preventiva. A Reforma 1984 afastou a aplicação provisória da Medida de Segurança aos inimputáveis por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, bem como aos ébrios e toxicômanos. O *princípio da anterioridade da lei*²⁸ fez dissipar as iniciais divergências pretorianas, visto que a Lei da Execução Penal não acolheu a possibilidade da aplicação provisória da Medida de segurança exigindo o trânsito em julgado da sentença²⁹.

A guia de internação ou tratamento ambulatorial não pode ser expedida antes do trânsito em julgado. Todavia, não pode ficar o doente mental recolhido à prisão comum, sem assistência especial e colocando em risco os demais encarcerados, aguardando o longo prazo do trânsito em julgado. Assim, deve ser expedida *guia de internação provisória* em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico³⁰. Na hipótese de foragido, deve ser expedido mandado de prisão para o recolhimento em hospital de custódia.

4. FINALIDADE DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

4.1. No que tange à *finalidade* das medidas de segurança, quer de *internação*, quer de *tratamento ambulatorial*, não vislumbramos características de *prevenção geral positiva*, sob o fundamento de que no ataque aos bens jurídicos por inimputáveis e semi-imputáveis, em relação aos injustos de menor potencial ofensivo, a que se comina pena de *detenção*, seria aplicada a medida de segurança da espécie de *tratamento ambulatorial*, ao passo que nos de maior gravida-

²⁸ Art. 80 do CP.

²⁹ Art. 172 da LEP.

³⁰ Precedente do STJ (RT 664/330).

de, cominada a pena de *reclusão*, seria a de *internação em hospital de custódia para tratamento psiquiátrico* ou *especial tratamento curativo*, e, sob o mesmo argumento, a imposição da *determinação do prazo mínimo* de cumprimento da medida, objetivando a paz social. O inimputável não possui capacidade elaborativa de um juízo valorativo sobre a antijuridicidade do ato, motivo pelo qual não é responsável. A questão gira em torno do *princípio da proporcionalidade* entre o injusto realizado e a espécie de medida de segurança aplicada, objetivando a proteção de destinatário de sanção excessiva. O legislador visa a proteger o inimputável, destinando-lhe tratamento específico diante de sua incapacidade e, ao mesmo tempo, *também* garantindo a paz social. O prazo mínimo de cumprimento está vinculado à *cessação da periculosidade*, possibilitando a realização do exame de cessação da periculosidade a qualquer tempo. A nosso aviso, a *finalidade* é de *prevenção especial positiva* e não de *prevenção especial negativa*, que lamentavelmente ocorre na realidade ainda *manicomial*³¹, pela *cronificação*, processo que impede a reinserção macrosocial diante da doença mental e da *manutenção* da periculosidade. Se *cessada*, não cabe mais a execução da medida de segurança, observado o caráter subsidiário do Direito Penal. Visa ao *princípio da humanidade das penas* e inexistindo o fundamento para a aplicação e execução da medida de segurança, o doente mental deverá ficar ao abrigo do campo de Direito Civil ou Administrativo, sendo objeto de interdição e tratamento em hospital psiquiátrico comum, sob a tutela médico-psiquiátrica, sem caráter sancionatório, buscando a sua integração social. A medida de segurança só perdurará enquanto o *paciente* apresentar quadro de doença mental ou retardo, apresentando risco à paz social diante da presença da *periculosidade*, observados sempre os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da humanidade das

³¹ A Lei nº. 10. 216/2001, de caráter civil e administrativo, coloca a *excepcionalidade* da internação, quando dispõe sobre a proteção das pessoas portadoras de transtornos mentais, só indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostram insuficientes, devendo o tratamento ter como finalidade permanente a reinserção social do paciente em seu meio. Enquanto que na *prevenção especial positiva* pretende-se legitimar o poder punitivo com uma função positiva de melhoramento do realizador do injusto penal, embora se saiba que a prisão como instituição penal é deletéria, não melhora ninguém, a *prevenção especial negativa* opera não para a melhoria da pessoa criminalizada, mas com efeito neutralizante para a inoculização dos incorrigíveis.

penas num Estado Democrático e Social de Direito. A ideologia do tratamento é figura originária do século passado e que, ao longo do século XX, conheceu por um lado, extraordinário desenvolvimento e, por outro, forte contestação, no que tange aos *imputáveis*. Ao Estado compete oferecer condições de recuperação aos *imputáveis* e, quiçá aos *semi-imputáveis*, mas não as impor, coercitivamente. Já em relação aos *inimputáveis plenos*, há o dever estatal de custódia e tratamento psiquiátrico. Aliás, Roxin indaga: "onde obtemos o direito de educar e submeter a tratamento pessoas adultas, contra a sua vontade?". Para diferenciar a pena da medida de segurança, há que se analisarem a natureza, efeito e fins. Vimos que a pena pretende primariamente a retribuição pelo injusto cometido, *malum possessionis propter malum actionis*, que não é o mesmo que expiação ou vingança³², a fim de satisfazer a consciência jurídica ofendida. Para Jyelenko, a retribuição é natureza e não fim, ao passo que a expiação é a mortificação, a necessidade de se impor um sofrimento no mais amplo sentido correcional³³.

4.2. Entre as maiores características distintivas diferenciais temos: **a)** a pena é consequência da culpabilidade do autor do injusto penal, ao passo que a medida de segurança é imposta unicamente pela periculosidade do autor inimputável; **b)** a pena é determinada e a medida é sempre indeterminada; **c)** a medida de segurança é sanção penal de natureza preventiva, ao passo que a pena privativa de liberdade tem o caráter preventivo repressivo.

Para Welzel a função do Direito "da pena" é revestida de natureza ético-social, ao passo que em relação às medidas de segurança se trata de uma proteção preventivo-assegurativa de bens jurídicos. Ainda, com outra linguagem poderíamos dizer que, no caso da pena, se trata da estabilização por via contrafática da norma vulnerada, ao passo que no caso das medidas de segurança se pre-

³²Von Hippel, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1936, 265.

³³ Arenal, *Obras Completas*, tomo X, 1895, 24-25.

tende conseguir efeitos de prevenção especial (estabilização cognitiva da norma).

A pena e a medida de segurança não se diferenciam em seu *fim*, mas na sua limitação, pois a segunda não está vinculada em sua gravidade e duração à medida da culpabilidade, apenas ao princípio da proporcionalidade, admitindo-se uma maior amplitude em relação à pena³⁴. O fundamento das medidas de segurança, na esteira da doutrina alemã, é o *princípio do interesse preponderante*³⁵, que se liga aos princípios da *proporcionalidade* e da *ponderação de bens* na direção da proibição do excesso e reforçam a idéia do Estado de Direito, de que os danos e perigos que partem do autor do injusto penal devem ser suportados a despeito do interesse real preventivo em evitá-los. Roxin defende a tese de uma *via dupla* com os mesmos fins da pena e da medida de segurança, o que entende confirmado pela norma legal diante do "*sistema vicarial*", e aduz que pouca ajuda é dada através da construção de uma distinção efetiva entre pena e medida de segurança. Advoga como preferencial o modelo da antiga República Federal da Alemanha que mantinha a *dupla via na limitação da pena*, isto é, a pena se constituiria por um vínculo com a culpabilidade; já em comparação com a medida de segurança, teríamos na internação uma menor liberdade do cidadão (restrição), cabível por excepcionalidade em situações concretas de perigo à macrossociedade³⁶. A legitimação da medida de segurança decorre da *finalidade global de defesa social*, ou melhor, da prevenção de injustos penais futuros. Roxin, ao *defender o princípio da ponderação de bens conflitantes*, lembra que a liberdade de uma pessoa só pode ser suprimida ou limitada, quando o *seu uso conduza, com alta possibilidade, a prejuízo de outras, que, na sua globalidade, pesa mais do que as limitações que o causador do peri-*

³⁴ Roxin, *Derecho Penal*, Parte General, Civital, Tomo I, trad. Luzón Pena, García Conlledo e Javier Remesal, 1997, § 3º, 55-58, 104-105.

³⁵ Neste sentido: Roxin, Nowakowski, Stratenwerth, Schmidhäuser, sustentam a *dignidade da pessoa humana* diante da medida de segurança, que deve ter uso limitado num Estado Democrático de Direito ficando agrilhoadada ao *princípio do interesse preponderante* e da *medida da culpabilidade*. Roxin ao estudar finalidades e limites da medida de segurança em sua relação diante da dupla via de sanções ressalta o uso limitado pelo Estado.

³⁶ Roxin, *op. cit.*, §§ 3º, 61-62, 106-107.

go deve sofrer com a medida de segurança.³⁷ A nosso aviso, fica afastada a concepção, segundo a qual para delimitação de medida de segurança, tornar-se-ia necessário considerá-la dentro da categoria *das medidas puramente administrativas (medidas de prevenção)*, bem como descabe tornar ético o seu fundamento. *O juízo de periculosidade não é discricionário, possui limites legais que reduzem ao mínimo o poder do juiz.*

5. DURAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

5.1. Aliás, questão relevante diz respeito a duração das medidas de segurança, quer de internação em hospital de custódia para tratamento psiquiátrico, quer para tratamento ambulatorial. Tanto a pena como as medidas de segurança visam a proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado ou do internado. Na inexistência de *limitação legal máxima*, sustenta-se que o *prazo máximo é o da pena privativa de liberdade*. No marco máximo cominada ao tipo de injusto penal realizado na imputabilidade plena, ao passo que na *semi-imputabilidade*, de caráter vicariante, o *marco seria da pena substituída*. Há argumentos contrários sob a alegação de que haveria um regime mais favorável a semi-imputável em relação ao imputável pleno, porém, diante do princípio da proporcionalidade em relação ao maior risco social prepondera viés preventivo. Não podemos olvidar a separação da aplicação das medidas de segurança aos imputáveis com fundamento na pura periculosidade e no sistema dualista (pena e medida de segurança). Como bem coloca Rodrigo Gomes Murtinho em sua tese de mestrado "Medida de Segurança e aplicação dos princípios penais de garantia", que *"Se o sujeito possui uma enfermidade mental e precisa de tratamento, cabe ao Estado a proteção desse indivíduo com base em ações relacionadas à saúde, previstas na Constituição Federal a partir do art. 196, e não a aplicação de seu instrumento mais grave, o Direito Penal"*³⁸.

³⁷ Roxin, *op. cit.*, § 3º, m, 57.

³⁸ Rodrigo Gomes Murtinho, "Medidas de Segurança e aplicação dos princípios penais de garantia", tese de mestrado, UCAM, 2006, 182.

5.2. O nosso Código Penal estabelece o prazo mínimo de um a três anos para a internação ou tratamento ambulatorial, todavia, sendo *indeterminado* o prazo de duração da medida de segurança, enquanto não for realizada a *perícia médica* para a verificação da periculosidade. A *perícia médica* realizar-se-á ao tempo do prazo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a *qualquer tempo*, se determinado pelo juiz da execução, *ex vi* do art. 97, §§1º e 2º, do Código Penal.

Como já sustentamos, é *inconstitucional* a indeterminação do prazo máximo de cumprimento, bem como *abusivo* deixar-se em aberto o prazo para a realização do *exame de verificação da cessação de periculosidade*. Repita-se que a orientação pretoriana é na direção de que o tempo máximo de duração fica *limitado* a não ser superior a 30 anos, *ex vi* do art. 75 do Código Penal. (Recorde-se do triste episódio do Manicômio Judiciário Heitor Carrilho, no Rio de Janeiro, em que o internado Febrônio Índio do Brasil lá permaneceu até a morte, durante 46 anos).

Assim, após tal prazo, se necessário, deverá ser procedida a interdição no juízo de órfãos e sucessões e transferido o curatelado para hospital psiquiátrico estadual, não mais custodiado por razão de medida de segurança.

6. CESSAÇÃO DE PERICULOSIDADE

6.1. Para a avaliação da periculosidade criminal, princípio essencial das medidas de segurança, que reclama providências especiais por parte do Estado Democrático de Direito, presentes os princípios constitucionais da *dignidade da pessoa humana*, resultado de *presunção legal*³⁹, ou por exceção, de *determinação judicial*⁴⁰, observados os *princípios de necessidade e de probabilidade*, diante do interesse público preponderante, pois não há fórmulas mágicas de certeza, não se podendo olvidar a exigibilidade de constatação, no caso concreto, da história do autor do injusto penal, com destaque à sua personalidade, antecedentes, motivos e circunstâncias geradoras e re-

³⁹ Arts. 26 e 97, do CP.

⁴⁰ Arts. 26, parágrafo único, e 98, do CP.

sultantes do grave desvio das normas de convivência macrossocial, produzindo real e efetivo *risco de repetição* da realização de novos injustos penais. É inegável que qualquer idéia de (re)cuperação ou (re)inserção parte da premissa de periculosidade do sujeito, porém, no Estado de Direito, não é possível falar mais em periculosidade de imputável.

6.2. *A cessação da periculosidade* deverá ser averiguada, por regra, no fim do prazo mínimo⁴¹ de duração da medida de segurança e, por exceção, a qualquer tempo no decorrer do prazo, através de provocação fundamentada do Ministério Público ou do internado, seu curador ou defensor, devendo a autoridade administrativa, até um mês antes de expirar o prazo mínimo de duração, remeter ao juiz da execução, minucioso relatório instruído pelo laudo psiquiátrico, que, depois de ouvir sucessivamente as partes e realizadas as perícias requeridas e deferidas, decidirá de forma fundamentada sobre a *revogação* ou *permanência* da medida de segurança, diante da cessação ou não da periculosidade⁴². A *desinternação hospitalar*, ou a *liberação ambulatorial*, deverá ser sempre *condicional*, podendo ser restabelecida a situação anterior se o desinternado ou liberado, antes do decurso de um ano, pratica ato indicativo de persistência de sua periculosidade⁴³.

A *cessação de periculosidade* é a avaliada no fim do prazo mínimo de duração da medida de segurança imposta no julgado, observado: **a)** a *autoridade administrativa* terá o prazo até um mês antes de expirar o prazo mínimo de duração da medida para remeter ao *juiz da execução* minucioso relatório instituído com *laudo psiquiátrico* que o habilite a decidir sobre a *revogação* ou *permanência* da medida de segurança; **b)** a *autoridade judiciária* prolatará

⁴¹ Sustenta-se da inconstitucionalidade do §1º, do art. 97 do Código Penal (a internação e o tratamento ambulatorial serão por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for verificada, através de perícia médica, a cessação da periculosidade) diante da proibição constitucional das penas perpétuas. Submetidas as medidas de segurança ao *princípio da legalidade* a sua duração só poderá ser admitida pelo prazo máximo da pena abstratamente cominada ao injusto penal realizado pelo inimputável, e na hipótese de semi-imputável, ao *quantum* de pena privativa de liberdade que seria cumprida, caso não fosse substituída diante do *especial tratamento curativo*, diante da violação dos *princípios da dignidade humana* e da *proporcionalidade*.

⁴² Arts. 175 e 176, da LEP.

⁴³ Art. 178 da LEP.

a sua decisão no prazo de cinco dias da conclusão dos autos, após cumprido o devido processo legal, com a realização das diligências requeridas e da manifestação do órgão do Ministério Público e do curador ou defensor, nos prazos legais. Abre-se, por óbvio, a exceção de ser realizado o exame de periculosidade *durante o prazo mínimo*, mediante requerimento do Ministério Público ou do interessado. Para a *antecipação da perícia* exige-se a fundamentação do pedido, cujos limites imediativos serão avaliados pelos peritos. Da decisão, cabe agravo. Na hipótese de *prorrogação*, a qualquer tempo poderá o juiz da execução determinar que seja procedido novo exame de cessação de periculosidade, mesmo *antes* do prazo fixado, em sua *prorrogação*. A medida de segurança é relativamente indeterminada, perdurando enquanto o paciente, postado de insanidade mental, demonstrar *periculosidade*, devendo estar sempre sendo observado no hospital de custódia, a fim de que não seja *esquecido* e nele mantido quando inexistente quadro do *risco social* ⁴⁴.

6.3. A grande questão da nossa atualidade é a substituição da pena privativa de liberdade pela medida de segurança por ter sobrevivido doença mental ao sentenciado durante a execução. Há duas correntes diante da interpretação do §1º, do art. 97 do Código Penal: **a)** o término da pena não pode ser utilizado como marco final da medida de segurança substituta, devendo durar até que cesse a periculosidade do autor do injusto penal; **b)** inadmissível prolongar-se por prazo indeterminado a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ficando a medida substitutiva restritiva ao tempo restante da pena imposta⁴⁵ com a decisão transitada em jul-

⁴⁴ Art. 97, §2º, do CP. (*A perícia médica realizar-se-á ao termo de prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano a ano ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução*). A periculosidade admitida como um *juízo de probabilidade* de restrição de injustos penais é marcada pela incerteza gerada pela própria problemática da *afirmação de previsibilidade e determinabilidade do comportamento humano*. O juiz da execução, que incumbe afirmá-la ou não, diante do *processo* e do *perfil do imputado*, ancorado no *princípio do livre convencimento* motivado não está, por óbvio, agrilhado ao laudo pericial. Diante do alto grau de incerteza, cogitando-se de *juízo de probabilidade* do cometimento futuros injustos penais *relevantes* devem os pacientes ser *periodicamente* reavaliados para diminuir o risco de violação da garantia do paciente e da macrosociedade.

⁴⁵ Neste sentido: STJ, HC 12 957-SP, 5ª. T., Rel. Min. Felix Fischer, j. 8.8.2000, DJU 4.9.2000.

gado. A nosso aviso, observado o princípio constitucional, aplica-se por analogia o art. 682, §2º do Código de Processo Penal, no que se refere à hipótese prevista nos arts. 41 do Código Penal, e art. 183 da Lei da Execução Penal.

7. PRESCRIÇÃO

Finalmente, torna-se relevante a questão da prescrição no caso de semi-imputável. Duas correntes se posicionam: **a)** na medida de segurança imposta é de se considerar o máximo da pena cominada *in abstracto* ao injusto do tipo; **b)** deve ser levada em conta a pena-base mínima cominada abstratamente. A nosso aviso, observado o *princípio constitucional da individualização da pena*, o juiz da cognição ao aplicar a medida de segurança ao réu semi-imputável, deve proceder em observância ao art. 68 do Código Penal, reduzindo ou substituindo a pena privativa de liberdade pela medida de segurança, no caso de *especial tratamento curativo* (vicariante). Assim, o termo *a quo* é o *quantum* da pena privativa de liberdade aplicada. Se, por omissão não tiver sido aplicada, o prazo prescricional será norteadado pela *pena mínima* cominada *in abstracto* ao injusto do tipo. Decretada a medida de segurança, a cessação da periculosidade depende da juntada do laudo pericial, cuja demora constitui constrangimento ilegal. Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que ... *se o paciente não iniciar o tratamento ambulatorial, além de não constar nos autos o laudo pericial que comprove se persiste ou não a periculosidade, torna-se inviável a prescrição* (STF, HC 13.687-SP, 6ª T., Rel. Min. Vicente Leal, j. 18.1.2001, DJU 15.10.2002, v. u., RT 802/533).

8. DIREITOS DO INTERNADO

8.1. A Reforma de 1984 introduziu disposição expressa relativa aos direitos do internado (submetido à medida de segurança), estatuidando que "*O internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento*"⁴⁶, e a Lei de Execução Penal complementa que "*Ao condenado e ao interna-*

⁴⁶ Art. 95 do CP.

do serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei"⁴⁷, finalizando que se aplicam ao submetido à medida de segurança, no que couber, *todos os direitos do preso* ⁴⁸. A questão não se simplifica na internação em *estabelecimento dotado de características hospitalares*, pois quando a administração prisional só prioriza a *disciplina carcerária*, os doentes mentais ficam recolhidos às *celas em regime de tranca*, só com direito ao banho de sol, assistidos não por enfermeiros e médicos, mas por guardas penitenciários não qualificados para a tarefa. Ficou garantida a liberdade da família do internado de contratar médico de confiança pessoal para assistir e orientar o internado submetido à medida de segurança de internação ou a tratamento ambulatorial. As divergências entre o médico oficial e o particular serão resolvidas pelo juiz da execução⁴⁹. O legislador se preocupou com o recolhimento em *local adequado*, como garantia do inimputável diante do princípio da dignidade da pessoa humana. É dever constitucional, pois "*a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco da doença e de outros agravos e com acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação*" ⁵⁰.

8.2. O recolhimento do inimputável ou semi-imputável, autor de injusto penal submetido à medida de segurança colocado em *lugar inadequado* configura o injusto de constrangimento ilegal que pode ser reparado por mandamental de *habeas corpus*.

9. CONCLUSÃO

A legislação brasileira deu um grande avanço sobre a proteção e direitos das pessoas portadoras de transtorno mental redirecionando o modelo assistencial em saúde mental⁵¹. Assim, são

⁴⁷ Art. 3º. da LEP.

⁴⁸ Arts. 42 e 41, da LEP.

⁴⁹ Art. 43 e parágrafo único, da LEP.

⁵⁰ Art. 196 da CF/1988.

⁵¹ Lei nº. 10. 216, de 26 de abril de 2001.

assegurados os direitos e proteção contra qualquer forma de discriminação quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opção política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos, grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra (o doente mental que cumpre medida de segurança, possuindo periculosidade presumida, é *duplamente discriminado*). Nos direitos da pessoa portadora de transtorno mental ressaltam o tratamento com humanidade e respeito e o interesse de beneficiar a sua saúde, objetivando a sua inserção na família, no trabalho e na comunidade, devendo ser protegida contra qualquer forma de abuso ou exploração, ter garantia do sigilo nas informações prestadas, o direito à presença médica, o acesso aos meios de comunicação disponível, receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento, realizado em ambiente terapêutico.

Talvane de Moraes sustenta que a aplicação das medidas de segurança, justificada como imperativo legal diante da presunção de periculosidade dos inimputáveis, em razão da existência de transtorno mental, não mais se apresenta consentânea com a existência do tratamento psiquiátrico moderno, em razão de novos recursos terapêuticos, especialmente medicamentosos, sendo perfeitamente *controlável* o paciente, não mais *necessitando* de longas internações hospitalares. Conclui o ilustre psiquiatra que a presença da doença mental os torna mais *vítimas* do que prováveis *autores* de novos injustos penais (Talvane M. Moraes, “Medidas de Segurança e Tratamento Psiquiátrico”, *in Edição Comemorativa dos 100 Encontros do Fórum Permanente da Execução Penal*, Rio de Janeiro, EMERJ, 120).

Lamentavelmente, nesta década do século XXI ainda não conseguimos tais conquistas na internação compulsória nos hospitais de custódia para tratamento psiquiátrico. ☞

A Sumarização Razoável do Processo

Afonso Henrique Castrioto Botelho
Juiz de Direito do TJ/RJ

Há consenso de que, no Estado do Rio de Janeiro, temos uma estrutura judiciária de ponta. E os esforços das sucessivas administrações superiores em dotar as serventias de toda a tecnologia disponível para otimizar a prestação jurisdicional não podem ser postos de lado. Todos conhecem os pesados investimentos que são disponibilizados nesta área.

A facilitação do acesso à Justiça por força de norma constitucional, a massificação pelos meios de comunicação que a popularizam, a criação de juizados especiais que dispensam o pagamento de emolumentos, a disseminação das varas federais pelo interior, a descoberta de novas técnicas de produção científica de provas, são alguns dos fatores a que se pode atribuir esse vertiginoso crescimento da demanda pelos serviços judiciais. Dificilmente uma vara cível, de família ou juizado especial cível e do consumidor contará em seu acervo real menos de dois mil processos, aos quais acresce uma distribuição mensal em torno de cem novos feitos. Este quadro se verifica tanto na capital quanto nas comarcas do interior do Estado.

Com o implemento desta reforma, cujo maior lastro está na informatização do sistema, é possível ao advogado, por exemplo, acompanhar confortavelmente de seu escritório o desenvolvimento, em tempo real, de um processo que tramite perante o juízo de direito da distante comarca de Porciúncula, no norte do Estado. É um avanço formidável e inimaginável, posto há pouco mais de uma década a documentação de uma audiência ainda ser feita à máqui-

na datilográfica e papel-carbono. Apesar de toda esta tecnologia, e de todo o esforço para implementá-la, tudo isso não bastará. Toda a modernidade será inútil se a atitude do juiz frente ao processo não acompanhar a evolução por que vêm passando a sociedade e a Justiça.

E esta evolução, ora vejo, necessariamente passará pela reavaliação do processo judicial, pela relativização ainda mais pronunciada da forma e, finalmente, pela postura jurisdicional o menos engessada possível, tanto quanto se possa pretender.

O processo, como forma de composição de interesses contrapostos em juízo, não deveria admitir mais do que uma petição inicial, uma defesa e uma instrução enxuta, direcionada e breve, de molde a propiciar uma decisão tecnicamente escorreita, o mais aproximada do justo ideal possível e razoavelmente rápida, na advertência do incomparável Marcus Faver¹.

Entretanto, na lida diária do foro, raramente esse ideal se materializa. Muitas vezes, autos cujas rédeas já se desprenderam de há muito das mãos do juiz, anseiam anos a fio por uma solução que nunca - ou tardiamente - é alcançada. Esse espectro, tão comumente observável, que é real e não pode ser conscientemente negado, favorece a disseminação da mais contundente - e justa - crítica que se faz ao Judiciário nestes dias: a morosidade.

Tudo isso em nome da deferência indiscriminada a princípios constitucionais como a ampla defesa e o contraditório. Aliás, a forma mais virulenta de se retardar injustificadamente o andamento do processo costuma vir camuflada sob a alegação de lesão à ampla defesa, quando muitas vezes não se poderá reconhecer que esta, de fato, ocorreu.

E o conflito que vive o juiz comprometido com a sua função é aparentemente justificável: como enxugar as formalidades exigidas pela lei ordinária, em busca de um processo mais célere, sem que isto viole o contraditório e a ampla defesa, que são princípios constitucionais inafastáveis na condução de qualquer processo judicial?

¹ Decálogo dos Magistrados, adaptado pelo Desembargador Marcus Faver e VOX/AMAERJ - A nova Lei Orgânica da Magistratura, Editora AMAERJ, 2006.

Com efeito, o conflito é apenas aparente. Se a ampla defesa e o contraditório são cânones de assento constitucional, também o é o acesso ao Judiciário. Quando a Constituição da República (artigo 5º, inciso XXXV) prestigia o princípio da proteção judiciária, o faz da forma mais plena possível. Quer um acesso efetivo e razoável, pondo à disposição dos litigantes o processo, para que dele se valham, de forma também efetiva e razoável. No dizer de Frederico Marques, citado por José Afonso da Silva, isto significa fazer dispor aos litigantes "formas instrumentais adequadas"².

Por formas instrumentais adequadas, se deve entender aquelas que sejam suficientes a atingir a finalidade preconizada pela própria Constituição, ou seja, a realização do direito justo, conceito em que se insere, naturalmente, a reposição da situação posta sob juízo ao estado anterior à lesão o mais brevemente possível, porque a lentidão talvez seja uma das mais odiosas formas de injustiça.

No entender do culto Robson Renault Godinho³, ao analisar a questão da distribuição dinâmica do ônus da prova, "o estudo de temas processuais em uma perspectiva constitucional, embora não seja propriamente uma novidade, ainda não é realizado com a frequência necessária, o que faz com que alguns institutos tenham sua eficácia reduzida na efetiva tutela de direitos, por não serem compreendidos sob o ângulo da realização dos direitos fundamentais.

Se uma abordagem constitucional dos institutos processuais já se justificaria pela proeminência da Constituição, seja na análise da compatibilidade normativa, seja em virtude da veiculação de diversas normas referentes ao direito processual, o direito fundamental de acesso à justiça irradia seus efeitos por todo o processo, na medida em que o entendemos como o instrumento apto à realização de direitos fundamentais.

Força, então, harmonizar a obediência a estes princípios que não são excludentes, mas concorrentes, relevando notar, ademais, que nem mesmo os princípios constitucionais têm aplicação absoluta e irrestrita.

² **Curso de Direito Constitucional Positivo**, Malheiros, 13ª edição, 1997.

³ Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC de São Paulo.

A segurança jurídica almejada pelo devido processo legal, pelo contraditório e pela ampla defesa, "ainda que mereça a qualificação de elemento natural e necessário do Estado de direito democrático, não escapa à relatividade inerente à sistemática dos princípios de direito", na lição de Theodoro Júnior⁴.

Não se pode, portanto, considerar que a não-aplicação de determinadas regras pouco úteis de procedimento seja uma afronta, direta ou indireta, à Constituição. Antes, deve mesmo ser entendida como a realização mais ampla do que pretende o texto constitucional, de forma teleológica, finalística: a maior proficiência, sem gravar às partes mais do que o estritamente necessário.

É indubitável que a função legislativa é e deve ser reservada a quem de direito. Não menos verdadeiro é, porém, o fato de que ao magistrado toca buscar novas vertentes para as hipóteses postas ao seu exame, se o texto legal deixa de oferecer soluções adequadas para a realização de princípios maiores, mais nobres. Como diz Paulo Roberto Soares Mendonça, "em tal circunstância, o juiz age, de fato, como se legislador fosse, muito embora o discurso jurídico tradicional encubra essa atividade sob o signo abstrato da busca da "vontade do legislador" ou mesmo de simples utilização técnica do direito."⁵

Muito em voga na atualidade, com larga aplicação em todos os ramos do direito material, a partir da Constituição, passando pelas normas consumeristas e elastecendo-se até os atos administrativos *lato sensu*, está o princípio da razoabilidade, a contemporizar situações administrativas e legais, lacunosas, que, se conferidas literalmente, causariam mal maior do que a sua mera e simples inobservância.

Desde que haja arbítrio do Estado, em qualquer grau, o exercício da razoabilidade poderá ser convocado a restabelecer a ordem constitucional, seja em que seara for. Inclusive na processual. Tudo ponderado sob a luz do caso concreto, naturalmente.

⁴"A Onda Reformista do Direito Positivo e Suas Implicações Com o Princípio da Segurança Pública", Humberto Theodoro Júnior, *Revista EMERJ*, v. 9, nº. 35, 2006.

⁵*A Argumentação nas Decisões Judiciais*, Paulo Roberto Soares Mendonça, Renovar, 2ª edição, 2000.

A razoabilidade, que alguns confundem com proporcionalidade, tem sido amplamente acolhida pela doutrina e jurisprudência para cumprir esta finalidade e, conforme Carlos Affonso Pereira de Souza e Patrícia Regina Pinheiro Sampaio, "embora esta imprecisão terminológica possa trazer algum prejuízo aos mais ciosos da rigidez acadêmica, mister é notar que em todas as oportunidades em que se tem feito alusão a ditos princípios, esta tem estado em consonância com seus objetivos e conteúdo que, de uma forma ou de outra, procuram garantir direitos ao cidadão em face de eventual arbítrio do poder estatal."⁶

Como se infere, a razoabilidade favorece uma interpretação mais progressista e efetiva da ordem jurídica, com a finalidade explícita de se forçar à observação, tanto plena quanto possível, dos direitos e garantias individuais, campo em que se situa a proteção judiciária alhures referida.

A prática judicial tem demonstrado amiúde, apesar das recentes e sucessivas reformas das leis de processo, que ainda se está longe de atingir um resultado satisfatório no quesito celeridade. Algo se fez com o objetivo de tornar a prestação jurisdicional mais efetiva do ponto de vista de sua força cogente, mas quase nada se avançou no sentido de se minorar o grave problema da mora processual, sobretudo, em primeira instância.

Aprimorou-se o recurso de agravo, sendo agora sua forma retida a regra geral e apenas excepcionalmente se admitindo a formação do instrumento; passou-se a permitir o reconhecimento *ex officio* dos casos de prescrição de direitos patrimoniais, o que suscitou, a bem da verdade, algum desconforto na doutrina mais tradicional⁷; e modificaram-se substancialmente o processo de execução e seus corolários.

Outras, um pouco mais remotamente realizadas, como a antecipação dos efeitos da sentença, mesmo à revelia do contraditório prévio, e que desmotivou a utilização indiscriminada das ações

⁶ "O Princípio da Razoabilidade e o Princípio da Proporcionalidade: uma Abordagem Constitucional", Carlos Affonso Pereira de Souza e Patrícia Regina Pinheiro Sampaio, artigo colhido da internet, 2006.

⁷ Humberto Theodoro Júnior, *As Novas Reformas do Código de Processo Civil*, Editora Forense, 1ª edição, 2006.

cautelares inominadas - que serviam a este desiderato, ainda que abandonando completamente sua real vocação - e a transformação do recurso de embargos infringentes em recurso *secundum eventum litis*, foram medidas de toda a conveniência e trouxeram a lume uma resposta algo convincente sobre a necessidade de se ter um processo que chegue ao fim.

Todas são modificações notáveis e, na medida em que tendem a desestimular a pouca eficiência do processo, são merecedoras das melhores observações. Entretanto, estas mudanças, sobretudo as mais recentes, ocorreram com mais ênfase fora do *iter* processual cognitivo, que se desenvolve, de regra, perante o primeiro grau de jurisdição e onde é diagnosticada a sua fase mais complexa e morosa.

Uma observação um pouco mais detida levará à conclusão espantosa, naquilo que respeita ao andamento dos feitos em regime de processamento comum pelo rito ordinário: após um único ato de provimento do juiz, seja um mero despacho de movimentação ou uma importante decisão, em autos cujo trâmite se dê perante uma vara cível com acervo de cerca de dois mil feitos (o que significa uma serventia excepcionalmente bem administrada), estes mesmos autos somente lhe retornarão em conclusão para além de um mês, em média. Em termos relativos, cada conclusão remetida ao juiz consumirá nada mais, nada menos, do que aproximadamente 15% do tempo que razoavelmente deve durar um processo em primeira instância.

Agrava-se o quadro quando há intercorrências inafastáveis, como ação declaratória incidental, intervenção de terceiros, reconvenção, incidente de falsidade, necessidade de produção de prova técnica, como exemplo.

Diante desta constatação, que é matemática e, por isso, inquestionável, quanto menos vezes conclusões desnecessárias ocorrerem, quanto mais seco for o processamento, por assim dizer, mais rapidamente se alcançará a função finalística do processo. Naturalmente, sem que se comprometam o devido processo legal, o direito de defesa e a segurança jurídica.

A meu sentir, está justificada a imperiosa necessidade de se adotar uma postura mais agressiva, de risco calculado,

desburocratizante (dê o Saara a um burocrata e, em cinco anos, o deserto estará importando areia⁸), frente ao processo no primeiro grau, em que a razoabilidade deve preferir à legalidade estrita. Mas sempre em consonância com a Constituição e seus princípios e diretivas.

Como dito, o processo deve ter uma petição inicial e uma defesa. Assim se prestigia a dialética própria da lide. Com isso, a relação processual está aperfeiçoada, obedecendo-se irrestritamente ao indispensável direito de defesa. Outras manifestações das partes devem ser guardadas para as suas razões finais, salvo oportunidades que sempre se constituirão como exceção, que razoavelmente se deva admitir.

Há regras estabelecidas no Código de Processo Civil que, analisadas à luz do princípio da razoabilidade e do princípio da igualdade, não encontram justificativa plausível para sua estrita observância.

O artigo 310, por exemplo, dando trato à exceção de incompetência relativa, determina que "o juiz indeferirá a petição inicial da exceção, quando manifestamente improcedente". A norma contém o grave equívoco de tratar como indeferimento de petição inicial a improcedência dos argumentos expostos na exceção. Indeferimento da petição inicial se dá pela atecnia em sua formulação; improcedência ocorre quando os argumentos não são acolhidos. Indeferir petição inicial é uma coisa. Rejeitar liminarmente a exceção pela sua manifesta improcedência é outra.

Afora a crítica feita à má redação do artigo, o que de mais grave se pode notar no dispositivo é a total desarmonia com a igualdade que se deva observar no processo. Veja-se que quando a exceção for manifestamente improcedente, está o juiz autorizado a, liminarmente, rejeitá-la. Mas o que ocorre quando é ela manifestamente procedente? Pela lei, deverá o juiz suspender o curso do processo, mandar autuar a exceção em apenso, determinar a certificação do ocorrido nos autos principais, ouvir o excepto e, somente após tudo isso feito, decidir, já sabendo de longa data qual seria o resultado.

⁸ A idéia é adaptada de Henri Jeanson, escritor francês que viveu entre os anos de 1900 e 1970.

Nesse caso, o que diz o Código, observado friamente, é que se pode violar o contraditório em favor do autor/excepto, mas não se pode violá-lo quando se tratar de réu/excipiente.

A omissão, em hipótese tal, deve ser entendida não como lacuna da lei, mas como silêncio eloqüente. A razoabilidade autoriza a que o juiz, de molde a acelerar o resultado de um procedimento que já se sabe aonde vai chegar, acolha sumariamente a exceção se esta for manifestamente procedente, exatamente como a rejeitaria, acaso fosse manifestamente improcedente.

Modificações legislativas importantes foram recentemente feitas, apontando, de certa forma, para esse norte, que entendo seja de todo saudável⁹.

Diz-se que a réplica, em sede de providências preliminares, deva ser proporcionada ao autor quando, em defesa, o réu alegar qualquer das hipóteses do artigo 301 do Código de Processo Civil, juntar documentos ou, ainda, opuser fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado, na dicção do artigo 326 do mesmo Código. Na prática, a réplica virou a regra, quando, evidentemente, é a exceção.

Este momento processual, a não ser quando se oponham, efetivamente, fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, deve ser cumpridamente proscrito pelo juiz, salvo melhor juízo.

E assim se dá, porque as objeções substanciais¹⁰ não atacam o processo em si, mas a própria essência do direito material invocado, equivalendo a um verdadeiro contra-ataque lançado pelo réu. Nada mais razoável, portanto, que se ouça o autor, brindando-o com o contraditório e, em última análise, com a ampla defesa, possibilitando, inclusive, a prova documental, se for o caso.

Ouvir o autor sobre a existência de hipóteses do artigo 301 do Código traduz uma rematada desnecessidade. Aquela matéria, em todos os seus onze incisos, é de ordem pública, devendo ser conhe-

⁹Parágrafo 1º-A, do artigo 557, do Código de Processo Civil.

¹⁰Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, em seu *Código de Processo Civil Comentado*, Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2006, elencam como exceções substanciais, aquelas defesas de mérito, portanto, não processuais ou formais, que se caracterizam como preliminares do mérito em sentido estrito, de cunho disponível, que dependem de alegação da parte, não podendo o juiz, delas, conhecer de ofício.

cida de ofício pelo juiz e por ele dirimida, sem a intervenção do autor, que em nenhum momento se justifica, salvo em casos pouco recorrentes, como incapacidade da parte ou carência de ação, em que o juiz necessite de algum esclarecimento ou prova a seu cargo.

Acaso a contestação traga documentos anexados, o que é muito comum, ouve-se o autor, mas não no prazo de dez dias, que é exagerado. Os cinco dias outorgados pelo artigo 398 regularão melhor esta situação.

Aliás, recomenda-se máxima prudência no que respeita à prova documental. Sob a proteção do princípio da verdade real, a engenhosidade a serviço do mal vem conseguindo o retardamento da solução do litígio, numa combinação diabólica, entre este princípio e o artigo 398 do Código. Momento da produção da prova documental, desde que os documentos já estejam disponíveis até a fase postulatória, é a petição inicial, para o autor, e a contestação para o réu. Após isso, só documentos adquiridos ao depois podem ser anexados, o que raramente ocorre.

Se a réplica é, de um modo geral, desnecessária e pouco ou nada acrescenta na maioria dos casos, o que dizer do famigerado "especifiquem provas"?

De todas as infelicidades do processo, esta é a maior. É um elefante branco processual. Em primeiro lugar, porque o artigo 282 do Código estabelece como requisito da petição inicial a enumeração das provas com que a parte autora pretende municiar o seu destinatário, que é o juiz. Em segundo lugar porque, no que tangencia ao réu, o artigo 300 lhe impõe o ônus de especificar as suas provas na contestação¹¹. Por último, sendo o juiz o destinatário da prova, é intuitivo que seja ele quem deva dizer que provas quer ver produzidas, determinando de ofício as que julgar convenientes e indeferindo as inúteis ou protelatórias, inclusive, por imperativo legal (art. 130 do Código). Não é razoável a própria parte "especificar" as provas que pretende produzir, em franco desperdício de energia jurisdicional, se não é ela o seu destinatário.

¹¹ Não há força preclusiva se as partes deixam de especificar as suas provas. O juiz, como destinatário da prova, sempre deverá provocar a sua produção, especificadas pelas partes ou não.

O juiz, que tem a presidência do processo e a obrigação de proferir uma sentença eticamente justa, ainda que se trate de direitos disponíveis, é quem deve avaliar e especificar as provas que considerar convenientes para atingir a essa finalidade. E determinar a sua produção. A indagação não deixa dúvidas quanto à intuitiva resposta: que juiz, cômico de seu papel, deixaria de, à minguada de especificação correta de provas para a solução do litígio posto sob sua responsabilidade (sob sua responsabilidade!), não corrigir a errônea, determinando as provas, mesmo de ofício, que observasse úteis ao julgamento¹²?

Metade de um país de dimensões continentais tem que acordar uma hora mais cedo durante quatro meses por ano para economizar cerca de 4% de energia elétrica. Não me parece um sacrifício tão grande deixar de mandar as partes especificarem suas provas - inutilmente - para que se economize cerca de 15% de energia processual. O jurisdicionado agradece.

À exceção da hipótese prevista pelo artigo 324, do Código de Processo Civil, e que também merece reservas à luz da razoabilidade, da indisponibilidade do direito e de tudo quanto foi dito, este despacho de especificação de provas não tem correlação na norma e é apenas uma anomalia determinada pela praxe forense, cuja utilização precisa ser revisitada.

Um pouco menos óbvia, mas situação que gera um imenso atraso na prestação jurisdicional, é a proposição legal, amparada pela doutrina, que torna necessária a designação de uma audiência para que, nela, seja proporcionada a tentativa conciliatória, a fixação de pontos controversos e a decisão de saneamento do feito, na forma estabelecida pelo artigo 331, do Código de Processo Civil. Atraso que se diagnostica, sobretudo, em virtude do inchaço das pautas de audiência, frente ao número crescente de feitos que, na sua maioria, tratam de direitos disponíveis e, portanto, que admitem a composição.

¹² A postura pró-ativa do magistrado está justificada, uma vez que ele já deixou de ser mero espectador da relação processual. Vários são os dispositivos legais que apontam neste sentido, sobretudo os mais modernos, que vieram através de reformas no CPC e que põem de lado o princípio da iniciativa da parte em favor de resultados práticos mais aproximados do conceito amplo de efetividade da prestação jurisdicional.

Embora a própria lei tenha sido recentemente modificada¹³, aumentando um pouco a discricionariedade do magistrado na decisão pela designação (parágrafo 3º, do artigo 331 do Código), o fato é que a prática tem sido a realização da audiência, muitas vezes frustrânea.

Sua importância maior repousa na necessidade de tentativa da composição conciliada. É a expectativa da lei de que, com a (provável) habilidade do magistrado, se consiga mais facilmente convencer as partes da conveniência do acordo.

A ordem legal dirigida ao juiz é de que deva ele tentar a conciliação das partes, conforme estabelece o artigo 125, IV, do Código de Processo Civil. Sem dúvida, esta é a melhor forma de composição do conflito de interesses e deve mesmo o magistrado esgotar todas as possibilidades antes de instruir o feito, em contato pessoal com os litigantes. O que não pode é o juiz meramente consultar as partes - ou melhor, os advogados, pois a intimação não é pessoal - se desejam a realização da audiência com o fim de comporem a lide de *per si*, através de despacho. Isto não se coaduna com a tendência moderna de se estimular a possibilidade de composição.

Entretanto, não vejo nenhuma razoabilidade em se designar uma audiência com vistas a apenas esse fim, não obstante diga Nelson Nery Júnior que "as normas de processo civil são, em regra, de ordem pública, de sorte que as partes não podem abrir mão de direito que não lhes pertence. Mesmo que as partes não queiram comparecer à audiência, mesmo que não queiram submeter-se à tentativa de conciliação, o juiz deverá praticar os demais atos previstos pela norma ora analisada, no momento processual adequado para tanto: na audiência preliminar."¹⁴

Por não haver sanção, acaso as partes não queiram comparecer à audiência, toda a razão para a sua designação haverá se esvaído, tomando um tempo que a assoberbada atividade jurisdicional não possui.

¹³ O parágrafo 3º foi acrescentado ao Código de Processo Civil pela Lei nº 10.444 de 8 de agosto de 2002.

¹⁴ **Código de Processo Civil Comentado**, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2006.

De outra parte, se intimadas para a realização de audiência de instrução e julgamento, em que consista a fase preliminar na exposição das vantagens da composição, forçosamente estarão presentes, porque há em desfavor dos ausentes a aplicação da pena de confissão, já que, ato contínuo, acaso não alcançada a conciliação, haverão de prestar depoimentos pessoais. Estará, com isso, contemporalizada a necessidade de se esclarecerem aos litigantes as imensas vantagens da conciliação e, ao mesmo tempo, minimizando significativamente o tempo de duração do feito em primeiro grau de jurisdição.

Aliás, no curso da audiência de instrução, em duas oportunidades poderá o magistrado buscar conciliar as partes, a exemplo do que preleciona a vetusta - mas nesse ponto atual - consolidação das leis do trabalho: ao iniciar a instrução, antes dos depoimentos, e ao encerrá-la, oportunidade em que os advogados poderão ajuizar da conveniência de aceitar a proposta, à luz do que se conseguiu desenvolver como lastro probatório em favor de seus constituintes.¹⁵

A não ser num único caso há sentido na designação da audiência prevista pelo artigo 331 do Código: quando o juiz, ao decidir que provas irão se produzir, verificar que não será oportuna a designação de audiência de instrução e julgamento. Nesta única hipótese, em que não haverá o contato direto com as partes, deverá mesmo o juiz designar uma audiência especialmente para tentar buscar a solução conciliada. Só nessa hipótese, a meu sentir, se justifica razoavelmente o atendimento a esta formalidade.

Nada impede, ou melhor, tudo recomenda, que se adote tal postura frente a todas as hipóteses recorrentes no processo comum ordinário, evidentemente quando esteja presente a conveniência de se designar audiência de instrução e julgamento da causa, como dito.

A fixação dos pontos controvertidos e a decisão de saneamento prescindem da realização da audiência. São decisões interlocutórias que poderiam, perfeitamente, ser proferidas por es-

¹⁵ A experiência profissional demonstra que em muitos casos, após a instrução completa e em virtude de seu resultado, se consegue alcançar a conciliação entre os litigantes.

crito, com a conseqüente intimação posterior das partes pela imprensa oficial, logo após o recebimento da contestação.

Harmonizando os princípios da razoabilidade, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da proteção judiciária, de regra o juiz não necessitará ter mais do que três contatos com o processo sem intercorrências: a decisão liminar positiva, que não se resume a um mero comando de citação, mas sim a um exame acurado da inicial, notadamente no que respeita à competência e ao valor atribuído à causa, retificando-o de ofício e desde já, se for o caso, evitando o incidente de impugnação; uma decisão de saneamento, logo após a contestação, já que em pouquíssimos casos oportunizará ao autor que sobre ela se manifeste em réplica, analisando questões de processo e designando audiência de instrução e julgamento; e a realização desta, com duas propostas de conciliação intercaladas pela colheita da prova oral, seguindo-se a sentença como arremate deste mesmo ato, preferencialmente.

Em conclusão, é extrema de dúvidas que a postura do juiz e dos Tribunais frente ao processo deve aprimorar a interface entre a notável logística desenvolvida para incrementar a atividade jurisdicional e a sumarização razoável das formas, porque são lados de uma mesma moeda. Sempre que se puder, sem deixar de observar cuidadosamente a segurança jurídica, otimizar a visão sobre as regras de processo em benefício da distribuição mais ágil da prestação jurisdicional, penso que isso deva ser feito. No estrito interesse e benefício daqueles que, verdadeiramente, anseiam por Justiça. ▣

O Desaforamento

Breves Observações

Sergio Demoro Hamilton

*Procurador da Justiça aposentado do
Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.
Professor Universitário.*

1. Não é por empirismo ou ainda por mero acaso que o Código de Processo Penal, em seus arts. 69, I, e 70, estabelece que a competência, de regra, será determinada pelo lugar da infração. A lei processual, ao optar pelo *forum delicti commissi*, está apenas adotando um critério de bom senso ditado pelo simples fato de que, no local do delito, é que, normalmente, se encontram as provas da infração penal. Lá hão de estar as testemunhas da ocorrência criminosa, lá provavelmente se encontrará o corpo de delito, lá a investigação, sem dúvida, se tornará mais rápida e eficiente. Não apenas razões de ordem prática estão a ditar a providência do legislador; existe, ao lado delas, a função pedagógica do julgamento e da aplicação da pena levadas a efeito no lugar onde ocorreu o impacto causado pelo delito, tornando exemplar a sanção penal infligida ao réu no meio social em que o evento criminoso se efetivou.

Se a regra constante dos arts. 69, I, e 70 do CPP encontra plena justificação em relação aos fatos criminosos em geral, tratando-se de infração penal da competência do Júri (art. 5º, XXXVIII, da CF), isto é, de crime doloso contra a vida, existe redobrada razão para a aplicação do brocardo *ubi facius perpetravit, ibi poena reddita*. É que, em relação aos demais crimes, o processo e julgamento se farão por juízes togados, por técnicos em direito, homens acostuma-

dos ao manejo da lei e com maior sensibilidade para absorver o impacto psicológico causado pelo crime, por mais grave que ele seja, e, pois, muito mais infensos às pressões do meio social, tanto mais que suas sentenças e decisões serão sempre motivadas (arts. 381, III, do CPP e 93, IX, da CF). Portanto, as partes podem saber as razões pelas quais uma decisão chegou a determinada conclusão, para melhor enfrentá-la através de recurso cabível.

No Júri, porém, o julgamento é diverso, pois não sendo fundamentadas suas decisões, o que pesará no veredicto serão, como é natural, os valores culturais do local, pois os jurados decidem de acordo com padrões do meio social em que vivem. A mentalidade do lugar é que irá influir - e muito! - na valoração do fato a ser apreciado. É por tal razão que, no Júri, mais que nunca, sobreleva a razão de ser da competência *ratione loci*.

2. Sabe-se que o juiz de direito, homem de carne e osso, com as fraquezas próprias da natureza humana, pode ser arredado do processo e do julgamento de determinado feito criminal através da exceção própria (art. 95, I, do CPP), nos casos exaustivamente enumerados nos arts. 252 e 253 (impedimento) e 254 (suspeição) do CPP, salvo se o magistrado, ele próprio, vier a afastar-se de atuar no processo (abstenção) [art. 112 do CPP], antecipando-se à argüição da parte. Mas, aqui, o problema que surge é o da competência de juiz, não envolvendo a competência de foro. O juiz, uma vez acolhida a exceção ou ocorrendo a abstenção, será desligado do feito. No entanto, a competência de foro permanece inalterada.

3. O desaforamento abre exceção à regra geral dos arts. 69, I, e 70 do CPP, constituindo-se numa particularidade típica da instituição do Júri, justamente pelas razões acima expostas (1, *supra*). Trata-se de medida excepcional por importar em derrogação da competência territorial estabelecida na lei processual como regra geral. Por ser exceção, o Código, no art. 424, em indicação de *numerus clausus*, estabelece o seu cabimento. A enumeração constante do Código, como dito, é de direito estrito, não comportando, assim, interpretação de extensão nem integração analógica.

4. Compulsando aquele dispositivo, vê-se que o desaforamento só pode dar-se em razão do interesse da ordem pública (I), quando houver dúvida sobre a imparcialidade do Júri (II), no caso de risco para a segurança pessoal do réu (III) e, por fim, se o julgamento não se realizar no prazo de um ano, contado da data do recebimento do libelo, desde que para a demora não haja concorrido o próprio réu ou a sua defesa (IV). Somente em presença de uma destas relevantes razões é que o feito poderá ser desaforado, valendo o registro de que as três primeiras encontram-se anotadas no *caput* do artigo 424 ao passo que a última vem delineada em seu único parágrafo.

Averbe-se, ainda, que nas três hipóteses contempladas na cabeça do art. 424, qualquer das partes, mediante requerimento, ou o próprio juiz, por meio de representação, poderá desaforar o julgamento para comarca ou termo próximo, onde, evidentemente, não subsistam os motivos acima indicados. No entanto, no caso explicitado no parágrafo único, unicamente as partes é que poderão fazê-lo, vedando-se a atuação *ex officio* do magistrado. Dessa arte, somente nos casos indicados no *caput* do art. 424 do Código, é que a representação do magistrado poderá ter lugar.

5. Antes de empreender análise a respeito das hipóteses indicadas na lei, impõe-se fazer uma distinção entre o instituto que estamos examinando e as recusas típicas do Júri. Estas, como sabido, podem ser fundamentadas ou peremptórias. Em ambos os casos, não haverá deslocamento da competência de foro, sendo que, na hipótese das chamadas recusas imotivadas, há um número máximo de três recusas de jurado para cada uma das partes (art. 459, § 2º, do CPP). Acrescente-se, ainda, que, se em consequência das suspeições ou das recusas não houver número para a formação do conselho, o julgamento será adiado para o primeiro dia desimpedido (art. 459, § 1º, do CPP).

Portanto, são institutos distintos, disciplinados em normas diversas e com finalidades próprias, que nada guardam em comum com o desaforamento.

6. A primeira causa que autoriza desaforar refere-se ao "interesse da ordem pública".

A noção de ordem pública, como ocorre com todo o conceito "válvula", presta-se a uma enorme abrangência, exigindo, pois, do intérprete, especial cuidado em sua análise, de maneira a evitar que se lhe dê desmesurada dimensão.

É a questão de trato mais delicado quando do exame do desaforamento. Bento de Faria¹ bem situou o assunto, ao gizar o clima de guerra que pode surgir no local, com graves agitações populares, gerando desordens e conflitos "determinados pelas paixões, sejam ou não políticas, v.g., pela crueldade do acusado", ou ainda pela hediondez do crime bem assim em situações assemelhadas.

É medida para ser usada com extrema parcimônia, tendo em vista o caráter excepcional do instituto e a amplitude da definição do que seja "ordem pública", que pode dar margem a toda sorte de abusos, objetivando afastar a regra geral da competência territorial.

7. O segundo motivo para desaforar dá-se quando houver dúvida sobre a imparcialidade do Júri.

Tratando-se de providência de exceção, a dúvida sobre a imparcialidade do Júri há que ser séria e fundada, não bastando para efetivá-la simples alegações ou suspeitas vagas destituídas de qualquer razão concreta merecedora de crédito. Por tal, exige-se prova capaz de motivar, de forma efetiva e real, a parcialidade do júri, pois inserindo-se o desaforamento em derrogação da regra segundo a qual o réu deve ser julgado no distrito da culpa, seria absurdo que, por indeterminadas suspeitas, o requerimento pudesse vir a ser deferido. Nesse sentido, o entendimento tranqüilo da jurisprudência do Pretório Maior (RTJ 51/671) e do Superior Tribunal de Justiça (RT 785/575)².

Vê-se, dessa maneira, que há certo cuidado em conferir um caráter, tanto quanto possível, de objetividade a respeito da imparcialidade.

¹ FARIA, Bento de. **Código de Processo Penal**, v. 2, p. 146, Rio de Janeiro: Distribuidora Record Editora, 1960.

²Jurisprudência extraída do **Código de Processo Penal Anotado**, p. 355, de JESUS, Damásio E. de. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

Parcialidade e justiça são idéias antitéticas, que não podem coexistir.

Discorrendo *ex professo* a propósito da matéria, Manzini³ tece largas considerações em seu clássico *Trattato*, mostrando, com a erudição que lhe é peculiar, os riscos absolutos da parcialidade, em observações que valem de modo especial para os jurados, mas que, de certa forma, atingem, se bem que em menor escala, os próprios juízes togados.

A imparcialidade dos jurados, normalmente, será afetada em cidades pequenas, quando o réu (ou a vítima) seja pessoa de grande projeção no meio social, gerando uma tendência para condenar ou absolver, conforme o caso. Suponha-se a situação de um prefeito local, eleito com expressiva votação, muito apreciado pela população e que venha a ser assassinado por um desafeto político ou por um marginal qualquer. É evidente que o evento criminoso atrairá grande comoção na comunidade provinciana, através da mídia localizada (jornais, rádios etc...) que, previamente, estampará suas opiniões, "condenando" ou "absolvendo" o autor do crime.

Lembro-me de um homicídio ocorrido em Barra Mansa, cidade de nosso Estado do Rio de Janeiro, em que a vítima era pessoa bem quista e muito estimada na localidade. Diria, mesmo, que gozava de grande popularidade no meio social. Tive a ocasião de, atuando como Procurador de Justiça, junto à 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, opinar de forma favorável ao desaforamento, pois o réu, pelo que depreendi do exame dos autos, já estaria previamente "condenado" pelo júri local. No caso, acrescenta-se ainda, havia a presença de outro motivo ensejador da medida extrema, pois a integridade física do acusado encontrava-se seriamente ameaçada, fato que motivou sua transferência de prisão, para outra cidade (Resende), pois nesta a cadeia apresentava instalações mais seguras

³ Manzini, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*, volume secondo, p. 169 e sgs. Torino: Unione Tipografico - editora Torinese. 1931. Vale o registro de passagem do ensinamento do grande mestre italiano: "*Il legittimo soppetti, a differenza dei comuni motivi di recusazione, non investe un determinato giudice a cagione delle sue qualità o rapporti personali, ma, come già diccemo, a causa dell'ambiente in cui si trova. Si suppone ch'egli, pur essendo personalmente disinteressato nella causa, possa subire, con danno della sua serenità funzionale, influenze e pressioni ambientali (politiche, religiose, settarie, mafiose, camorristiche, plutocratiche, ecc.) che conviene evitare nell'interesse dela giustizia*".

para protegê-lo. Todas essas informações constavam, abundantemente documentadas, dos autos⁴.

É certo que os grandes centros também não estarão imunes à influência da mídia (televisão, jornais, revistas, internet etc.), pois, neles também, os jurados ficarão sujeitos à influência dos impropriamente chamados "formadores de opinião". Veja-se, à guisa de exemplo, o caso que envolveu o homicídio praticado contra a atriz de televisão Daniela Peres. Alguém pode ter dúvida de que os acusados Guilherme de Pádua e sua mulher Paula Tomás sentaram-se no banco dos réus previamente "condenados"? A TV Globo já os havia julgado; ou alguém guarda alguma perplexidade?

Não se está aqui a dizer que a condenação foi justa ou não. Isso é outra história. O que se afirma é que os jurados, no íntimo das suas consciências, já tinham, previamente, sofrido maciça campanha indicando os réus como "culpados".

Importa salientar, destarte, que em situações como a indicada, de nada valeria o desaforamento em razão da penetração da televisão em todo o território nacional e da popularidade que o artista de novela (no caso referido, a vítima) ou o jogador de futebol goza no meio do "povão" e, até mesmo, no seio da classe média menos esclarecida em geral.

Porém, para as pequenas cidades, o desaforamento ainda continua a funcionar como remédio processual adequado na busca de um julgamento justo, pois a repercussão do crime não transpõe os limites do município respectivo.

8. O art. 424 do CPP indica uma terceira causa capaz de justificar a medida extrema. Ela está voltada para a segurança pessoal do réu. Desde que haja risco para a vida ou para a integridade física do acusado, ocorrerá motivo para desaforar. De certa forma, esta terceira hipótese já estaria abrangida pela anterior (dúvida sobre a imparcialidade do júri), pois demonstra uma grande animosidade contra o réu no sítio do crime, muito embora apresente a particularida-

⁴ Parecer acolhido, por unanimidade, cujos fundamentos passaram a integrar o v. acórdão na forma regimental (*in*, *Revista de Direito da Defensoria Pública*, nº 6, 1992, p. 393 e seguintes).

de de que os "justiceiros", sejam apenas parentes, amigos ou mesmo conhecidos da vítima, necessariamente, não irão influir no ânimo dos jurados. Daí que a lei, acertadamente, houve por bem destacar esta terceira causa como motivadora do desaforamento. No exemplo a que me referi linhas acima (7, *supra*), o réu teve que ser transferido para outra cidade, onde pudesse usufruir de maior segurança na prisão local.

9.O parágrafo único do art. 424 do CPP prevê uma situação especialíssima que pode ensejar o desaforamento. Ela se dá caso "o julgamento não se realize no período de um ano contado do recebimento do libelo, desde que para a demora não haja concorrido o réu ou a defesa". No caso vertente o desaforamento só poderá dar-se a requerimento do réu ou do Ministério Público, diversamente do que ocorre na cabeça do dispositivo, quando se admite que a medida possa ser tomada também por iniciativa do juiz "mediante representação".

É evidente que se o réu (e/ou sua defesa técnica) haja concorrido para o retardamento do feito, seu requerimento não poderá merecer deferimento, partindo do princípio segundo o qual ninguém poderá extrair benefício da sua própria torpeza.

10. Quer sob a forma de requerimento, quer mediante representação do juiz caberá ao Tribunal de Apelação (*rectius*, de Justiça) o julgamento a respeito do desaforamento pretendido. O RITJRJ⁵ traça normas para a matéria nos seus arts. 22, II, 50, § 2º, "o", 60, X e 148 a 157, dispondo, de forma minuciosa, a respeito não só do seu procedimento como também em razão dos seus efeitos. Assim, entre outros ordenamentos, fica-se sabendo que o desaforamento independe de inclusão em pauta para ser julgado, que ele goza de preferência para julgamento, que o requerimento de desaforamento deve ser dirigido ao 2º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, bem como que a ouvida do Ministério Público é obrigatória, como aliás consta da lei processual penal (art. 424 do CPP).

⁵REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro, 1999, Editora Lumen Juris, organizado por PAES, Luiz Claudio Esperança.

Qual órgão do Ministério Público é dotado de atribuição para officiar no feito?

Compete, em nosso Estado (RJ), às Câmaras Criminais insuladas processar e julgar os desaforamentos de processos sujeitos aos tribunais do júri (art. 8º, I, "d", do RITJRJ)⁶ e, em conseqüência, officia no processo o Procurador de Justiça lotado ou designado naquele órgão colegiado do Tribunal, seguindo os critérios de distribuição estabelecidos no art. 21 da Lei nº 8.625, de 12.II.1993 (LONMPE).

É certo que a atribuição do órgão de atuação do Ministério Público não guarda qualquer vinculação obrigatória com a competência do juiz (ou do órgão colegiado) junto ao qual servir. É apenas por razões de ordem prática (e de bom senso), que, como no caso em estudo, se estabelece a norma paralela. Não há, destarte, qualquer razão ontológica vinculando a atribuição do órgão do *Parquet* ao juiz singular ou a juízo colegiado junto ao qual atue. Caso contrário, o Poder Judiciário estaria regulando a atribuição do Ministério Público.

Nada impede, assim, que o Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, na forma do art. 19, I, "d", da Lei Complementar nº 106, de 3.I.2003, venha a estabelecer regramento diverso, baixando o Procurador-Geral de Justiça Resolução, dispondo em contrário, de acordo com o que ficar deliberado pelo Colegiado maior da Instituição.

Referi-me à situação dos Estados em geral, e, de modo especial, ao Estado do Rio de Janeiro, mas pode ocorrer que o desaforamento venha a ter lugar perante a Justiça Federal nos casos de Júri Federal, cabendo, então, ao Tribunal Regional Federal respectivo, após ouvir o órgão do Ministério Público revestido de atribuição (Procurador-Chefe ou quem lhe fizer as vezes), decidir a respeito da medida pretendida.

11. Dispõe a lei que o Tribunal poderá desaforar o julgamento para comarca ou termo próximo, onde, como óbvio, não subsistam os motivos que deram azo ao procedimento.

⁶ *Apud* RI-TJ/RJ *in* nº 05, dessas notas.

O Código faz referência ao vocábulo "termo". Tanto quanto me foi dado examinar, as leis de organização judiciária de diversos estados já não mais fazem referência ao termo a que alude a lei processual. "Termo judiciário é a extensão territorial em que um ou mais juízes têm competência em razão do lugar; pode corresponder a um território menor que uma comarca"⁷. Por seu turno, Tourinho ensina que no termo atuava um juiz de alçada para, no campo penal, processar e julgar contravenções ou crimes apenados com detenção. Nele oficiava um juiz, denominado Pretor, Juiz Municipal ou Juiz Preparador, que jamais presidia as sessões do Júri, pois esta era função privativa do Juiz de Direito da Comarca a que pertencesse o termo. Ele, Pretor, também poderia preparar o feito relativo a crimes apenados com reclusão até o julgamento, exclusive⁸.

O Código exige que o desaforamento se faça para "comarca ou termo próximo". Isto significa dizer que, na hipótese de o Tribunal indicar comarca distante (não importa a razão), sua decisão exige fundamentação, pois estará excepcionando a regra geral. A jurisprudência do Pretório Excelso e do STJ é, toda ela, no sentido de que a exclusão da comarca mais próxima deva ser fundamentada⁹. Guilherme de Souza Nucci¹⁰ considera inafastável a escolha de comarca próxima àquela onde o julgamento deveria ser realizado, considerando a eleição de foro distante inconstitucional por ferir o Princípio do Juiz Natural. Tourinho¹¹, citando o RITJSP (art. 127, § 1º), assinala que nada impede que possa o Tribunal indicar comarca distante, desde que a decisão seja fundamentada.

Não se pode negar que, diante da jurisprudência de nossos Tribunais Superiores e de farto material doutrinário, a comarca ou

⁷ MAGALHÃES, Humberto Piragibe e MALTA, Cristóvão Tostes. **Dicionário Jurídico**, v. 2, p. 954, Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2ª edição.

⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**, v. 2, p. 55, Editora Saraiva, 5ª edição, 1999.

⁹ Vide RTJ 34588, 47/471, 71/26, 131/588, 153/182, 160/851 e 168/491. No mesmo sentido STJ, Resp. 298, 6ª Turma, *apud op. cit. in nº 02* dessas notas, p. 355.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza, *in Código de Processo Penal Comentado*, p. 690, nº 128, 3ª edição, 2004, São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais.

¹¹ *Apud op. cit. in nº 08*, dessas notas, p. 37.

termo próximo, onde, como é intuitivo, não subsistam os motivos que levaram ao desaforamento, é a que deve ser indicada para julgar o feito. Aliás, a interpretação literal do art. 424 do CPP não pode levar a outra conclusão.

No entanto, cabe-me indagar: a lei fez a melhor opção ao eleger a comarca próxima para o recebimento do processo desaforado?

Parece-me que o fundamental não é a proximidade do lugar da ocorrência delituosa, como diz a lei, mas sim a necessária isenção do julgamento. Isto é o que sobreleva. Nesse sentido, o lúcido voto do sempre lembrado Ministro Cordeiro Guerra¹². Dessa forma, o deslocamento *per saltum*, muitas vezes, terá que ser exigido para que se possa atingir um julgamento justo, finalidade maior do instituto que estamos a estudar.

Melhor teria dito o legislador se optasse pela expressão "local onde possa ocorrer um julgamento isento", deixando-se ao juiz a faculdade da indicação do lugar para onde o feito haveria de ser desaforado. É que, nas comarcas mais próximas, dependendo das circunstâncias do caso, podem ainda subsistir motivos que venham a afetar a justiça do julgamento. Assim, dispensar-se-ia, da parte do magistrado, longa fundamentação para afastar-se da designação da comarca mais próxima. Bastaria a simples indicação, por parte do juiz, do local em que se poderia colher um julgamento isento.

Nesse sentido, vale o registro das excelentes razões de desaforamento ofertadas pelo Promotor de Justiça Rodrigo de Almeida Maia¹³, no pedido de desaforamento com efeito suspensivo, apresentado pelo Ministério Público, para o julgamento de Júlio Avelino de Oliveira Neto, no qual se salientava haver sérias e fundadas dúvidas acerca da imparcialidade do Júri da Comarca de Vassouras, local em que o réu e sua família são conhecidos como pessoas de índole extremamente violenta. No caso, o desaforamento foi pedido para uma das Varas do Tribunal do Júri da Comarca da Capital do Rio

¹² Cf. RTJ 76/710, *apud* Júri, PORTO, Hermínio Alberto Marques, p. 106, *Revista dos Tribunais*, 5ª edição.

¹³ MAIA, Rodrigo de Almeida, razões publicadas na *Revista do Ministério Público* nº 21/2005, 3ª fase, órgão cultural do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, p. 305/315.

de Janeiro. A razão do pedido consistia no fato de que seria inócuo o deslocamento do julgamento de Júlio Avelino para uma comarca próxima de Vassouras, pois o poderio econômico e político da família Avelino ultrapassava os limites territoriais da cidade, atingindo todas as comarcas próximas, onde possuem inúmeras fazendas de criação de gado, entre outras propriedades.

Averbe-se que, em casos tais, o Tribunal não estaria obrigado a acolher o local indicado pelas partes ou mesmo pelo juiz como revestido de isenção para o julgamento, se entendesse que a comarca próxima não estaria afetada na sua isenção para proceder ao julgamento.

Aliás, a própria lei, atenuando a determinação de que o julgamento se faça em comarca ou termo próximos, afirma também que ele poderá ocorrer onde não subsistam os motivos que justificaram o pedido, redação que, sem dúvidas, mitiga o rigor da exigência da necessária contigüidade.

12. No que se refere à legitimidade para requerer o desaforamento, o art. 424 do CPP alude a "qualquer das partes". Portanto, está, em princípio, a referir-se ao Ministério Público e ao réu. No entanto, casos haverá em que a medida poderá ser postulada pelo querelante ou pelo querelado, desde que se trate da chamada ação privada subsidiária da pública (art. 29 do CPP). Em ocorrendo tal situação, o Ministério Público, ainda que não tenha aditado a queixa, terá que "intervir em todos os termos do processo", pois a ação penal é pública (e não privada como diz a lei), sendo de todo imprópria a designação "ação privada" usada pelo Código¹⁴. Dessa maneira, desde que o *Parquet* vislumbre qualquer razão que possa desaconselhar o desaforamento, deverá externar manifestação contrária à providência, mesmo que atue como mero *custos legis*.

É de se perguntar: o assistente do Ministério Público poderá requerer o desaforamento?

A doutrina, em geral, tem admitido a possibilidade de o assistente solicitar a providência. Tourinho¹⁵ não vislumbra qualquer ra-

¹⁴ Para um exame mais aperfeiçoado da crítica, veja-se o meu estudo "A queixa subsidiária - questões controversas", in *Revista da AJUFE - Associação dos Juizes Federais* - nº 62, julho-setembro de 1999, Edições O. L. M.

¹⁵ *Apud op. cit.* in nº 08, dessas notas, p. 59.

ção impeditiva. No mesmo sentido, o entendimento de Guilherme de Souza Nucci¹⁶ que não vê cabimento para o cerceamento da sua atuação. Esta também é a linha de pensamento de Hermínio Alberto Marques Porto¹⁷, sem dúvida um dos maiores estudiosos a respeito da instituição do Júri.

O próprio Supremo mostra-se dividido diante do assunto, ora sustentando a impossibilidade (RTJ 56/381), ora admitindo a legitimidade do assistente (RTJ 47/35 e 154/135)¹⁸.

Ao meu pensar é incabível a provocação do assistente no sentido de desaforar o feito, por três razões que me parecem relevantes: a primeira voltada para o exame da taxatividade do art. 271 do CPP, que especifica os casos em que a intervenção do assistente pode ocorrer. Se assim não fosse não se justificaria o casuísmo do aludido art. 271 do CPP, tudo a demonstrar que a enumeração ali contida é de direito estrito. O segundo motivo prende-se ao fato de que ao assistente não interessa um julgamento imparcial, esbarrando, assim, na exigência indicada no proêmio do art. 424 do CPP. Por fim, resta assinalar que o assistente, segundo penso, não é parte no processo penal e, pois, não está incluído entre os sujeitos processuais que podem pretender o desaforamento nos termos do art. 424 da lei processual. O assistente revela-se, do ponto de vista processual, como sendo a única modalidade de intervenção de terceiro no processo penal, fazendo-se presente, *ad coadjuvandum tantum*, com limitados poderes de gestão processual¹⁹.

No caso do parágrafo único do art. 424 do CPP somente as partes poderão requerer o desaforamento.

As condições estabelecidas no dispositivo citado são de duas ordens: **a)** no caso de o julgamento não se realizar no período de um ano, contado da data do recebimento do libelo; **b)** condicionada ao

¹⁶ *Apud op. cit. in nº 10*, dessas notas, p. 123.

¹⁷ *Apud op. cit. in nº 12*, dessas notas, p. 115.

¹⁸ *Apud op. cit. in nº 02*, dessas notas, p. 355.

¹⁹ Caso haja interesse, o leitor encontrará a matéria estudada com vagares, em meu ensaio intitulado "A taxatividade das atribuições do assistente do Ministério Público", in *Serviam Juris*, Revista Jurídica do ISPED (Instituto Superior de Pesquisa e Ensino de Direito), p. 43 e sgs., Editora Universitária Santa Úrsula (EDUSU), Rio de Janeiro: 2004, ano 2, nº 1. Edição comemorativa dos 65 anos da Universidade Santa Úrsula e dos 25 anos do Curso de Direito.

fato de que para a demora não haja concorrido o réu ou a defesa. A razão da última exigência prende-se à circunstância de que ninguém se pode valer da própria torpeza para obter uma vantagem. É velho brocardo: *turpitudinem suam allegans, non est audiendus*. Caso assim não se desse, o réu (e/ou sua defesa), agindo de má-fé, conseguiria deslocar a competência territorial (violando, nesse passo, o Princípio do Juiz Natural), ao criar toda a sorte de expedientes protelatórios e incidentes processuais, buscando levar o julgamento para um outro local onde vislumbrasse obter vantagem.

Além do requerimento das partes, o ato de desaforar pode ser empreendido "mediante representação do juiz". Em tal situação processual o juiz age de ofício, não necessitando de reclamo das partes. A palavra representação no processo penal reveste sentido variegado. Aqui, no caso em exame, cogita-se de ato processual emanado de juiz do júri, postulando ao Tribunal no sentido de desaforar o julgamento para comarca ou termo próximo, em razão da ocorrência de circunstâncias que o art. 424 da lei processual enumera. Nada mais é que uma exposição de motivos em que o juiz apresenta ao Tribunal seus fundamentos no objetivo de desaforar o feito²⁰.

O Tribunal, por razões evidentes, quer no caso de requerimento quer no caso de representação, não estará obrigado a deferir o desaforamento caso não o entenda cabível. Da mesma maneira, em deferindo a pretensão, não estará vinculado à comarca indicada pelas partes ou mesmo pelo próprio juiz.

13. Cabe recurso contra a decisão que indefere o desaforamento?

A lei não previu recurso para combater a decisão que acolhe ou indefere o requerimento de desaforamento.

Suponha-se, no entanto, que a decisão venha a apresentar-se injusta ou, ainda, manifestamente ilegal. Haverá possibilidade de o enfrentamento efetivar-se através de *habeas corpus*?

²⁰ A propósito do sentido do vocábulo "representação" usado na lei processual penal com diversos significados, o interessado no estudo encontrará algumas observações em meu livro *Processo Penal - Reflexões*, p. 207 e sgs., Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2002

Cabe, à moda dos Escolásticos, distinguir. Se o *decisum* não reveste qualquer vício formal, isto é, se a manifestação do Tribunal deu-se de maneira fundamentada, analisando o fato e o direito, de acordo com a primeira parte do art. 617 do CPP, nada poderá ser feito para impugná-la, pois a matéria de fato não haverá como ser discutida, com profundidade, na via angusta do remédio heróico. Porém, se o acórdão carecer de fundamentação, viável será o *habeas*, dada a inépcia da decisão (art. 617, proêmio, do CPP c/c 93, IX, da CF). O caso, então, seria de nulidade do julgamento (art. 564, III, "m", do CPP), dando margem a que ele seja renovado, desde que reconhecido o vício puramente formal, que não atinge a substância da matéria em disputa.

14. Desde que o requerimento seja apresentado pela acusação, impõe-se a oitiva da defesa. A Súmula 712 do STF dispõe ser nula "a decisão que determina o desaforamento do processo da competência do Júri sem audiência da defesa". Tal ouvida deverá dar-se, desde logo, no primeiro grau de jurisdição. Caso tal não ocorra, caberá ao Tribunal proceder de acordo com o art. 616, parte final, c/c art 3º do CPP, antes de apreciar o pedido de desaforamento.

Entendo, da mesma forma, que se o requerimento partir da defesa, a acusação, igualmente, terá direito de manifestar-se sobre ela. De igual modo, mesmo no caso de representação do juiz, ambas as partes deverão ser ouvidas a respeito da manifestação jurisdicional. Em qualquer caso, reafirme-se, somente o Tribunal poderá decidir se desafora ou não a causa penal.

15. Uma vez apresentado o requerimento de desaforamento, terá ele efeito suspensivo a ponto de impedir o julgamento pelo Júri? A lei não lhe atribuiu tal efeito, podendo, assim, o juiz indeferir a postulação naquele sentido, e, ao fazê-lo, não precisa aguardar o desfecho da pretensão de desaforar manifestada pela parte. Nesse sentido, veja-se manifestação do Supremo, por ocasião do julgamento do HC 61.299, *in* DJU de 13.4.84, p. 5629²¹. Aqui, impõe-se, mais uma vez,

²¹ Consulta jurisprudencial, *apud op. cit.* in nº 02, dessas notas, p. 355.

estabelecer uma distinção: se o pedido de desaforamento decorrer de representação do juiz, penso que, por mera questão de coerência, o magistrado deverá sobrestar o julgamento até que o Tribunal decida a matéria.

Parece-me, no entanto, que o bom senso aconselha que o julgamento, em qualquer caso, só deva realizar-se após a manifestação da instância superior, evitando-se com isso perda de tempo, caso o feito venha a ser desaforado, principalmente porque, de todos sabido, o Júri, para instalar-se, exige uma parafernália de providências que de nada valeria se, posteriormente, viesse a ser acolhida a pretensão de desaforar. É de assinalar, ainda, que, embora a lei não confira efeito suspensivo ao requerimento, não o proíbe. Daí que será possível que o Regimento Interno do Tribunal venha a prever a providência. Nosso Regimento Interno (RJ), embora assinalando que o requerimento (ou a representação) não tem efeito suspensivo, prevê a possibilidade de o relator ordenar que fique sustado o julgamento, até decisão final, desde que haja sério risco de conturbação da ordem pública (art. 150). Embora parcimonioso (refere-se, apenas, à conturbação da ordem pública), admite o efeito suspensivo^{22/23}. Além disso, haverá da parte do relator mera faculdade de impedir ou não o julgamento.

Lembro uma situação em que, a meu sentir, desaconselha-se o efeito suspensivo. Tal se dará quando houver risco iminente da superveniência da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do fato.

16. Em que momento o desaforamento pode ser requerido?

A doutrina tem entendido que o desaforamento só pode ocorrer desde que o processo esteja preparado para ser julgado pelo Júri. Assim, impossível pretendê-lo antes da pronúncia. Destarte, o *judicium accusationis* há que estar concluído. Não se concebe, dessa forma, a ampliação do momento adequado para a fase de

²² *Apud op. cit.* in nº 05 dessas notas.

²³ O Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Pernambuco, em seu art. 219, § 6º, estabelece a suspensão da ação penal até a apreciação do pedido pelo Tribunal. *Apud op. cit.* in nº 08, dessas notas, p. 58.

instrução preliminar, durante o juízo de formação de culpa. Da mesma forma, uma vez julgado pelo tribunal popular, não importa o resultado, a parte não mais poderá, mediante apelo, buscar um segundo julgamento em outro foro. O deslocamento do foro, após o veredicto, significaria um atentado à soberania do Júri. Violaria, da mesma forma, o Princípio da Lealdade Processual, pois a parte ficaria aguardando o resultado do julgamento para escolher a providência a tomar. Caso este lhe fosse favorável nada argüiria; se prejudicial, o julgado suscitaria o desaforamento. O Princípio do Juiz Natural restaria flexível, ficando à mercê da conveniência do interessado. O réu acabaria escolhendo o foro do seu interesse, desde que o julgamento anterior lhe trouxesse gravame.

Indago: e se, posteriormente, surgissem motivos para a providência? Explico-me: somente após o julgamento viessem a ser conhecidos fatos que invalidariam o veredicto do Júri?

O caminho a seguir, ao meu pensar, não seria o do desaforamento, mas, sim, o da revisão criminal (art. 621 do CPP), uma vez transitada em julgado a decisão condenatória.

Ouçá-se, mais uma vez, a voz autorizada de Hermínio Alberto Marques Porto, para quem não é vedada a apresentação do pedido após o julgamento que tenha sido anulado na comarca da infração, "pois podem surgir fatos novos dando amparo ao pedido"²⁴.

Como posto em relevo, o desaforamento atinge somente o julgamento, não abrangendo a instrução criminal. Aliás, a interpretação literal do art. 424 do CPP leva-nos a tal conclusão, pois a lei usa a expressão "desaforar o julgamento".

Borges da Rosa²⁵ sustenta que "desaforar o julgamento" não se refere somente ao ato do julgamento, podendo abranger, igualmente o processo, compreendendo os atos da "instrução criminal", partindo do princípio de que os motivos da providência, como, v.g., a segurança do réu, podem ser afetados desde o início do processo. Trata-se de afirmação irrefutável.

²⁴Porto, Hermínio Alberto Marques. *Júri*, p. 109, Editora Saraiva, 2001. O referido autor traz à colação em favor da sua posição de decisão emanada do Pretório Excelso: RTJ 68/ 361-5.

²⁵Rosa, Inocêncio Borges. *Processo Penal Brasileiro*, v. 3º, p. 17, Of. Graf. da Livraria do Globo, Barcellos, Bertaso & Cia, Porto Alegre: 1942.

Cogita-se de posição interessante e original, pois dúvida não pode haver de que as razões que se fazem presentes no art. 424 do CPP (segurança pessoal do réu, interesse da ordem pública etc.), normalmente não surgem de uma hora para outra, podendo contaminar a ação penal desde o seu início.

Sou extremamente simpático a tal colocação do eminente processualista gaúcho, embora reconheça que a lei não a ampara. Caso ela, ao invés de referir-se somente ao julgamento, houvesse estabelecido que o desaforamento poderia dar-se, igualmente, no curso da instrução criminal, a posição do ilustre professor mereceria total aceitação.

Reconheço, porém, grandes dificuldades na aplicação prática do ensinamento de Borges da Rosa, pois as testemunhas teriam que ser, em regra, inquiridas mediante precatória (art. 222 do CPP), correndo, assim, os mesmos riscos atuais, salvo se manifestassem aqui-escência em deslocar-se para o foro desaforado.

É preciso ter em conta que se a competência *ratione materiae* não sofre modificação (é de Júri para Júri), somente a competência *ratione loci* vem a ser alterada, ao deslocar-se o julgamento para outra comarca. No entanto, as testemunhas permaneceriam no foro do local do fato. Como deslocá-las para novo lugar do julgamento, uma vez que, inquiri-las mediante precatória, não afastaria os perigos indicados?

17. É possível o reaforamento?

Uma vez desaforado o julgamento, não mais se admitirá o reaforamento, isto é, o retorno do feito ao foro de origem. Mesmo que antes do julgamento tenham desaparecido os motivos que determinaram o desaforamento, fica proscrito a volta do julgamento ao foro inicial.

É certo que a lei não vedou expressamente o reaforamento. Aliás, dele não cogitou. Mas repugna o bom senso que o julgamento possa andar de Seca em Meca, com grave prejuízo para a sociedade, tanto mais que o procedimento do Júri, por si mesmo, já é extremamente formal e demorado, cercado que é por um sem-número de providências inconcebíveis para a época em que vivemos.

Convém assinalar, no entanto, a possibilidade, rara, não há dúvida, de ocorrer novo desaforamento na comarca para onde o feito criminal foi desaforado. No entanto, ele sempre se dará para local diverso daquele em que se deu o desaforamento originário. Pode-se afirmar que se trata de questão acadêmica, tendo em conta que o foro desaforado foi escolhido justamente por inoportunidade nele as causas indicadas no art. 424 do CPP, que justificaram o deslocamento.

18. Não se pode negar a importância que a representação do juiz oferece, quando dele partida a providência de desaforar. Aliás, em qualquer caso, mesmo quando a medida é pretendida por qualquer das partes, o magistrado será obrigado a prestar "informação", para usar os dizeres da lei (art. 424, *caput*, do CPP). Ninguém melhor do que ele se encontrará apto para informar, com total isenção, da conveniência ou não da medida. Porém, se o pedido de desaforamento tiver por base a situação prevista no parágrafo único do art. 424 do CPP, a informação do juiz poderia parecer dispensável, bastando à parte provar o decurso do prazo ali referido sem que o julgamento tenha sido realizado. No entanto, impõe-se que, ainda assim, o Tribunal colha informações do juiz para que ele esclareça se a demora decorreu por culpa do réu ou da defesa.

19. Quer mediante requerimento, quer mediante representação, caberá a indicação da parte ou do juiz, conforme o caso, da "comarca ou termo próximo" para onde pretende que a causa penal seja desaforada. É certo que a lei não diz expressamente que tal providência deva ser relacionada pela parte ou pelo juiz. Alude, apenas, à "comarca ou termo próximo", sem maior especificação. A omissão, no entretanto, não impede que o Tribunal, ao deferir a medida, indique livremente a comarca que receberá o processo. Aliás, mais uma vez, é bom assinalar que o Tribunal não está vinculado à indicação das partes ou do juiz, mesmo quando eles declinem da comarca de sua eleição.

20. Borges da Rosa²⁶ entende ser conveniente a providência no sentido de pedir informações às autoridades locais, bem como a funcionários graduados do município em que o crime ocorreu, para que informem a respeito da repercussão do fato no meio social e sobre a eventual influência que os jurados possam sofrer por ocasião do julgamento.

Entendo, *data venia*, do eminente processualista, que se trata de superfetação, bastando as informações constantes dos autos e o pronunciamento das partes e do juiz para que o desaforamento resulte bem instruído. Não se pode ignorar que o rito do Júri, por si mesmo, já é, por demais, longo e sujeito a minúcias. Não vejo razão para prolongá-lo ainda mais.

21. Questiona-se, ainda: é possível o desaforamento para outro Estado?

Tenho como inadmissível o desaforamento para comarca de outro Estado. E a razão soa-me de rara singeleza: é que, pelo pacto federativo, faltaria jurisdição para o Tribunal de um Estado indicar em que comarca deveria ser julgado um feito criminal perante outra unidade da Federação. A comarca a ser indicada, necessariamente, terá que situar-se nos limites do Estado onde o fato ocorreu, mesmo que a comarca mais próxima esteja situada em Estado vizinho.

22. O requerimento pode ser feito após protesto por novo júri. Esta é a opinião de Hermínio Alberto Marques Porto, em edição antiga (1980) de seu conhecido livro *Júri*, referido em obra recente de Damásio²⁷. Ouso afastar-me de tal posicionamento. A medida, de caráter extraordinário, apresenta momento próprio para ser pretendida (16, supra). Por tal razão, torna-se incabível seja ela postulada no recurso interposto contra a decisão processual de pronúncia ou, ainda, por ocasião de apelação. Por igual motivo, não se concebe o protesto, após um veredicto que foi desfavorável ao réu em razão da pena que lhe foi imposta (art. 607 do CPP). O réu dispôs de tempo de

²⁶ *Apud op. cit. in nº 25*, dessas notas, p. 32-33.

²⁷ *Apud op. cit. in nº 02*, dessas notas, p. 355.

sobra para pretender o desaforamento. Não o fez, aguardando o deslinde da causa. Como este não lhe foi favorável, toma a iniciativa de desaforar. Tal proceder fere o Princípio da Lealdade Processual, além de atentar contra o Princípio do Juiz Natural que se tornaria aleatório.

Ao lado de tais argumentos, há que ser registrado que o desaforamento é remédio processual dirigido para ambas as partes (art. 424 do CPP), enquanto o protesto é "privativo da defesa", ocorrendo, assim, um empecilho técnico. Além de tudo o que ficou dito, feriria o Princípio da Igualdade das Partes, em caso não contemplado na lei.

Outro argumento: interposto o protesto por novo júri subsiste o veredicto, persistindo a pena imposta até ulterior julgamento do tribunal popular. Em outras palavras: o processo de declaração e de conhecimento continua em curso, fato que impede o desaforamento. A própria soberania do veredicto anterior seria maculada, deixando-se ao réu condenado escolher o local onde desejaria ser julgado, após ver-se condenado. Haveria, destarte, *principaliter*, frontal violação ao Princípio do Juiz Natural, como mencionado acima.

E se, após o julgamento final, viessem a ser descobertas notícias que justificassem a invalidação do veredicto, uma vez trânsita a condenação?

Não vislumbro solução outra que não seja a via da revisão criminal, como remédio para sanar a injustiça ou nulidade da decisão, desde que a hipótese viesse a subsumir-se em uma das situações elencadas no art. 621 do CPP²⁸.

23. Não se concebe o desaforamento em relação às causas afetas ao juiz singular. Nem mesmo pode imaginar-se o recurso à analogia. O juiz quando suspeito (art. 254 do CPP) ou quando impedido (arts. 252 e 253 do CPP), caso não se abstenha de atuar (abstenção *ex officio*), poderá ser afastado através de exceção de suspeição

²⁸ Para uma observação mais detalhada a respeito das peculiaridades da revisão criminal, quando em exame as decisões emanadas do júri, o leitor interessado encontrará algumas observações singulares em meu estudo, "A Revisão Criminal - cinco temas provocativos", in *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, nº 58, Jan-Mar 2004, p. 69 e sgs.

(art. 112 c/c 95, I, e 108 do CPP). Note-se que aqui está em jogo somente competência de juiz, ao passo que no desaforamento, em razão das peculiaridades que cercam o julgamento pelo Júri, a providência irá alcançar a competência de foro.

24. Uma vez desaforado o feito, passa ao juiz, para o qual o processo foi remetido, a competência plena para decidir qualquer matéria relacionada com a causa penal, incluindo-se, como é natural, providências de natureza cautelar que guardem pertinência com o feito desaforado, sejam elas de natureza pessoal, sejam elas de natureza real.

Aqui pode surgir um problema delicado que exige certo cuidado no seu exame. Suponha-se que o juiz (ou as partes) haja tomado a iniciativa de desaforar o processo. No entanto, o Tribunal ainda não decidiu a representação do juiz ou requerimento da parte, conforme o caso. Acontece que, embora o juiz tenha suspenso o andamento da ação penal, venha a surgir um incidente processual (uma cautelar, por exemplo) que esteja a exigir rápida decisão. Como proceder? Segundo meu entendimento, caberá ao juiz originário da causa dirimir a questão uma vez que, *si et in quantum*, continua ele a ser o juiz natural do processo, até o momento em que o Tribunal venha a manifestar-se a respeito do desaforamento.

25. Os anais de jurisprudência registram singular caso de desaforamento. Fundado no interesse público, justificou-se o desaforamento do julgamento de réu atacado por lepra para comarca que dispunha de serviço de profilaxia para aquele mal²⁹. Como observado, o julgado optou, para fundamentar sua decisão, no "interesse público", expressão bastante abrangente como já registrado (6, *supra*). Na verdade, o caso em questão não se enquadrava em qualquer das causas que motivam o desaforamento, pois não haveria razão para que se temesse a grave perturbação para ordem pública

²⁹ Desaforamento nº 254, de 26.6.53, da Câmara Criminal do Tribunal de Minas Gerais, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo: v. 219, p. 257, *apud* Código de Processo Penal Brasileiro - Anotado, ESPINOLA FILHO, Eduardo. v. 4, p. 339, Editor Borsoi, Rio de Janeiro: 1965.

por ocasião do julgamento. Encontrou-se para a hipótese uma solução de equidade, buscando a decisão pretoriana, sob a égide genérica do "interesse público", acudir a uma situação peculiar envolvendo o réu, de maneira a julgá-lo em local onde seu tratamento de saúde não se visse prejudicado, pouco importando se situado em comarca próxima ou não. Caso típico de solução por equidade, sob color de proteção ao interesse público.

26. Algumas considerações finais a respeito do desaforamento. Muitas legislações não o admitem. Em outras, tal como ocorre em nossa lei processual, ele é permitido em casos raros, indicados taxativamente na lei. Tornaghi³⁰, com base na doutrina de Faustin Hélie, na França, Karl Peters e Eduardo Kern, na Alemanha, de Foschini, de Alfredo Pazzolini e de Manzini, na Itália, evidencia o caráter excepcionalíssimo em que a providência pode ser tomada em diversos países. Nada mais natural que assim seja, por força das conseqüências da medida, que importa em derrogação da competência territorial fixada na lei processual, atingindo, por via reflexa, o Princípio do Juiz Natural, tutelado pela Carta Magna (art. 5º, LIII).☐

³⁰ Faustin Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, 2ª edição, tomo 8º, p. 565 e sgs; Karl Peters *Strafprozess*, 115; Kern Eduard, *Strafverfahrensrecht*, 6ª edição, p. 33; Foschini, *Sistema del Diritto Processuale Penale*, I, p. 287; Pazzolini, Alfredo, *Codice di Procedura Penale* (ilustrado articolo per articolo, sotto la direzione del prof. Ugo Conti), v. 1º, p. 250 e sgs e Manzini *in op. cit.* em o nº 03, dessas notas, 2º v., p. 167 e sgs., *apud Revista de Direito Penal*. v. 28, p. 119 e sgs, Forense, Rio de Janeiro: 1980. Na referência à doutrina alemã, o Autor alude ainda ao período das duas Alemanhas.

Tutela Jurisdicional

Antonio Sebastião de Lima

Juiz de Direito (aposentado) do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Ciências Jurídicas. Professor de Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional

I. INTRODUÇÃO

Na dinâmica social há trilhas indesejáveis. A ética aponta as trilhas desejáveis; o direito, as obrigatórias. O caráter prospectivo das normas jurídicas não lhes retira a eficácia imediata, desde que em vigor. A lógica do dever-ser que lhes é própria não exclui a lógica do ser. Como realidade atual, essas normas inserem-se no mundo do ser. A desejável coincidência entre ser e dever-ser no plano social está sujeita à lei do movimento (que inclui a desobediência e a revogação). A mutação, fenômeno comum à natureza e à cultura, responde pelo caráter transitório das construções humanas. A mudança ontológica pode gerar mudança deontológica (o fato influenciando na ética e no direito). Uma vez ajustada à mudança, a esfera deontológica passa a condicionar a esfera ontológica (a ética e o direito influenciando no fato). As mudanças na sociedade ocorrem mais no plano técnico (artístico, no sentido aristotélico) do que no plano ético. A velocidade dessas mudanças no mundo contemporâneo cria a ilusão de que tudo está mudando e a impressão de que tudo precisa mudar, o que enseja espertezas da parte de quem vê na ética e no direito um estorvo. A construção da cidadania e a transformação social independem da ética e do direito. As ações afirmativas do povo e das suas lideranças, por uma participação efetiva nos destinos da nação e pela eficácia dos direitos individuais, coletivos e difusos, são as reais construtoras da cidadania. As forças sociais (al-

gumas vezes, movimentos subterrâneos que, com ímpeto, afloram à superfície) são as reais geratrizes das transformações na Sociedade e no Estado. O direito, como produto da função ordenadora da inteligência humana, reflete as mudanças e lhes confere estabilidade e certeza. Com essas mudanças, não perdem vigência, necessariamente, valores como justiça, boa-fé, responsabilidade, honestidade, veracidade, liberdade, igualdade, fraternidade, que informam a ordem jurídica.

A dialética no mundo da cultura leva o jurista a ajustar as suas concepções teóricas às mudanças que ocorrem na sociedade, servindo-se das lentes do sociólogo e do político. Nesse ajuste, a experiência de juízes, advogados, promotores e auxiliares da justiça desempenha papel importante. As leis que desconsideram tal experiência caem no artificialismo. Os congressos da magistratura, por exemplo, realizados no Brasil de 1986 até os dias atuais, identificaram problemas e apresentaram soluções. Algumas dessas soluções foram lançadas na Constituição e na legislação ordinária, com bons resultados práticos. Reclamações de morosidade, carestia e injustiça sempre haverá, o que é positivo, porque as instituições judiciárias, pressionadas pela opinião pública e pelos operadores do direito, sujeitar-se-ão a um benéfico e contínuo aperfeiçoamento. A justiça brasileira está se desligando de usos e costumes anacrônicos, inclusive na linguagem forense. Houve significativo progresso a partir da segunda metade do século XX. Apesar disso, alguns fatores do atraso resistem e procuram abrigo em diferentes nichos: (i) na mentalidade e conduta dos operadores do direito; (ii) na legislação facciosa ou inadequada; (iii) na insuficiência e irracional distribuição de recursos entre os diversos departamentos da justiça; (iv) no modo artesanal de funcionamento de alguns departamentos; (v) no descompasso entre a organização da Justiça e a realidade geográfica e demográfica do país; (vi) no divórcio entre o conteúdo do texto constitucional e o conteúdo das sentenças.

Promulgada a Constituição de 1988, criaram-se escolas da magistratura em níveis federal e estadual, o que atenuou o problema gerado pelas deficiências técnicas dos magistrados. Quando princípios constitucionais são contornados ou subvertidos, como vem

acontecendo no Brasil, a independência dos juízes fica ameaçada. Projeto de reforma do Poder Judiciário, mantido em banho-maria por alguns anos, foi retomado em 1999, entre outros motivos, para atrair os holofotes e a atenção da opinião pública a determinadas figuras da política brasileira. Decretada a falência do Judiciário, cujos fatores eram de ordem pessoal, material e institucional, sobreveio a reforma. A magistratura apelou ao Legislativo e ao Executivo, pleiteando normas adequadas e recursos suficientes para as despesas, que incluíam a modernização dos seus equipamentos e instalações. A independência entre os poderes da República não deve conduzir à mútua hostilidade. As demandas em que o governo for parte deverão ser decididas com destemor, sem preconceitos ou críticas de caráter ideológico. A harmonia entre os poderes não deve se converter em conluio estatal contra o setor privado. Na solução das lides em que o governo for autor ou réu, os magistrados devem manter equidistância das partes, sem favores oficiais e sem compromisso com programas de governo ou políticas governamentais. Os magistrados devem preocupar-se com a lisura do processo, a vigência e a eficácia das normas constitucionais e legais, a expressão dos valores que elas agasalham e ditar a decisão de acordo com a sua consciência e a prova dos autos. Ainda que alguns magistrados tenham sido indicados e nomeados pelo governo, livres de concurso, cumpre superar o conflito entre a gratidão pessoal e a autonomia do juízo, pensando no bem comum, na boa prestação da tutela jurisdicional, imprimindo celeridade aos processos e decidindo as causas sem contorções cerebrinas. Cabe ao governo dar exemplo de respeito à ética e ao direito. Para o Judiciário, guardião da ordem jurídica, esse dever é visceral.

II. MAGISTRATURA

Prestar tutela jurisdicional a contento depende da boa formação do magistrado, sob o aspecto moral, intelectual e técnico, e da boa informação contida nos autos do processo. A formação moral vem do berço e dos bons exemplos dos pais, dos professores, dos religiosos e demais pessoas que tiveram alguma influência nos destinos do futuro magistrado. A formação intelectual vem das instituições de ensino, da leitura dos bons autores, do estudo constante,

inclusive de matérias não jurídicas (história, filosofia, lógica, sociologia, economia, política). A formação técnica vem: (i) do conhecimento dos princípios e regras que formam as conexões do sistema jurídico (dos mecanismos processuais, em especial); (ii) do domínio dos modos de interpretação e aplicação do direito; (iii) da análise da jurisprudência; (iv) da prática profissional. A boa informação, imprescindível à tutela jurisdicional, depende da qualidade dos elementos de prova obtidos na instrução processual. Na jurisdição penal, a eficiência da polícia, do Ministério Público e dos advogados na produção da prova, responderá por uma tutela jurisdicional satisfatória. Na jurisdição cível e na penal, o juiz deve inteirar-se, previamente, do conteúdo da demanda, familiarizando-se com as questões preliminares e de mérito, o que lhe permitirá conduzir bem a audiência e tirar bom proveito das inquirições. A prova documental deve ser adequada ao objeto da lide. Os exames periciais devem ser realizados por profissionais honestos e competentes, com laudos claros, conclusivos e linguagem acessível aos operadores do direito. Os depoimentos das partes e das testemunhas devem centrar-se nos pontos controvertidos que resultarem do confronto entre a pretensão e a resposta, reduzidos a termo de modo conciso, claro e fiel.

O poder de que estão investidos os juízes não inclui licença para se afastarem da boa educação e dos bons costumes. A elevada função dos magistrados exige moderação e recato. O juiz deve se abster de piadas, de elogios à beleza das partes, de gestos exagerados ou grotescos e do uso de linguagem vulgar. Ao inquirir deve respeitar os depoentes, em homenagem à dignidade humana. A severidade e a seriedade diferem da agressividade e da arrogância. Quando necessário, o juiz deve ouvir, como informantes, as pessoas impedidas ou suspeitas. Ao juiz não cabe extrair a fórceps aquilo que gostaria de ouvir das partes, das testemunhas e dos informantes, nem distorcer o depoimento ao reduzi-lo a termo; nem se espera do juiz, tampouco, atitudes de esperteza, perguntas capciosas ou artimanhas com sua expressão corporal, para induzir os depoentes a admitirem ou negarem determinados fatos. O juiz está dispensado de demonstrar, ao público, inteligência, sagacidade e cultura. Basta confiar em si mesmo, no seu tirocínio, conhecimento e senso de justiça. Deve impedir a conversão do processo em arena para duelo

de vaidades. Examinar a prova com retidão e cuidado. Observar bem o depoente, seus gestos e atitudes, o modo como reage às perguntas durante a inquirição. Valer-se-á, na análise do depoimento, da experiência e da psicologia comum. O protesto dos patronos contra o que foi lançado na ata deve ser recebido com naturalidade e zelo pela garantia da ampla defesa.

A sentença e o acórdão devem primar pela síntese, clareza e objetividade. A síntese vem exigida em inúmeros dispositivos do Código de Processo Civil (165, 329, 331, 416/7). Relatório imenso, reprodução integral de decisões, pareceres, laudos e depoimentos que já constam dos autos, revelam deficiência técnica, insegurança ou simulação. Cursos das escolas da magistratura podem corrigir essas e outras deficiências. Alguém nomeado pelo governo para a alta hierarquia judiciária dificilmente concordaria em freqüentar um curso desse tipo. A hipótese de um juiz de tribunal superior necessitar de aperfeiçoamento nada tem de surpreendente. Os profissionais do direito sabem que alguns desses nomeados nunca exerceram a judicatura, carecem de desenvoltura no exame e impulsão do processo, desconhecem métodos para bem examinar o conjunto probatório e bem pesar as provas, não têm familiaridade com as potencialidades contidas no código processual, tudo facilitando relação de dependência para com assessores, às vezes, burocratas de curto entendimento, daí resultando discursos confusos e falsa erudição. Estilo rebuscado constitui anacronismo imperdoável. O mundo contemporâneo exige respostas rápidas do Estado às demandas da sociedade. As decisões devem ser bem fundamentadas, claras e objetivas, no estilo severo ou nobre. O preciosismo na linguagem é dispensável. Importam, bem mais, a lucidez, coragem, cultura e dedicação do magistrado, bem como, a harmonia da atividade judicante com os valores vigentes na sociedade, consubstanciados na Constituição, cuja observância rigorosa é medida de imparcialidade e honestidade.

A produtividade e a qualidade da tutela jurisdicional refletem o perfil do juiz, cuja atuação pode ficar aquém do desejável por diferentes motivos: (i) falta de educação, de decoro, de espírito público ou de sensibilidade social; (ii) insuficiência técnica e cultural;

(iii) indisposição para o trabalho por deficiência de saúde física e/ou mental; (iv) incompreensão do papel do magistrado na Sociedade e no Estado. Algumas vezes, as partes, testemunhas e advogados comparecem ao *forum* dependendo tempo e dinheiro, percorrem longas distâncias, interrompem a regularidade da sua alimentação, se privam do conforto, chegam com a devida antecedência e a audiência deixa de ser realizada sob os mais variados pretextos: (i) o juiz não compareceu porque foi ao Tribunal cuidar de assunto oficial; (ii) o juiz está informando mandado de segurança ou *habeas corpus*; (iii) o juiz está impedido de chegar por causa do congestionamento das ruas; (iv) excesso de processos na pauta; (v) o secretário das audiências está com dor de barriga. Tudo é motivo para adiar ou atrasar a audiência. A sobrecarga na pauta do juízo pode ser evitada mediante um intervalo razoável entre uma audiência e outra, consoante as exigências de cada processo e a desenvoltura do juiz (30 minutos, em média). Há maneiras de bem trabalhar, nos 5 (cinco) dias úteis da semana, sem sacrifícios, sem constrangimentos, sem ferir a dignidade das pessoas. Fere o decoro, em audiência judicial, conversa vulgar, ou vocabulário chulo. Urbanidade distingue-se de intimidade e vulgaridade. O exemplo de compostura há de partir do juiz, que deve se portar de maneira educada, embora firme, com profissionalismo, pontualidade, objetividade e eficiência, observando as regras éticas e processuais; iniciar as audiências no horário previsto e não interrompê-las para atender a telefonemas ou a visitas. O horário de expediente é para trabalhar e não para cuidar de assuntos particulares e fazer o público esperar. O gabinete e a sala de audiências, quando funcionam como extensão da cozinha e da sala da casa do juiz, comprometem a austeridade e a solenidade do ambiente judicial.

A eventual fraqueza de uma das partes não justifica o abandono das regras de direito. Por ser considerada mais fraca, não significa que a parte esteja com o melhor direito, ou que tenha algum direito. Uma coisa é caridade, outra, justiça. Os juízes que optam pela parcialidade, em nome da fraqueza de uma das partes, estão fazendo caridade com o bem alheio. Caridade é ato espontâneo, gerado no foro íntimo de cada pessoa. Obrigar alguém a pagar algo

que não deve, ou a prover o sustento de outrem quando a situação jurídica assim não determina, contraria o direito. Ninguém está obrigado a fazer caridade (salvo como contribuinte da previdência e da assistência social); ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF, 5º, II). Em vara de família, por exemplo, funciona um juízo de direito para resolver questões mediante a aplicação do direito em vigor. Não se trata de um estabelecimento de assistência social e religiosa a aplicar regras morais e exigir condutas pias. Trata-se de um órgão do Poder Judiciário competente para prestar jurisdição naquela matéria. A conduta pia está acima da moral e do direito, situada no plano místico e religioso. A conduta jurídica está no campo estatal e social da luta pelo direito, onde não se oferece a outra face para ser esbofetada, nem se entrega o casaco a quem já lhe tirou a camisa. No templo de Themis cultuam-se as máximas de não lesar o próximo e de dar a cada um o seu, sob os auspícios da honestidade.

O modelo constitucional brasileiro inclui as ordens política, econômica e social, ou seja, imensa área de interesses com probabilidade de conflitos a serem dirimidos pela corte suprema em ações originárias ou recursos, o que acarreta grande volume de processos. Nem por isso, deverão ser criados óbices à tutela jurisdicional. O problema do excesso de carga deverá ser resolvido por outro caminho, sem sacrificar garantias constitucionais. O direito à tutela jurisdicional vem reconhecido na Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. VIII e X). No entanto, o Supremo Tribunal Federal nega tutela jurisdicional, em recursos extraordinários, sob o argumento de *inconstitucionalidade reflexa*, quando o que autoriza o recurso é a contrariedade a preceito constitucional, pouco importando se a violação ocorre de modo flexo ou reflexo. Preservar a eficácia das normas constitucionais, como suprema garantia das liberdades públicas, deve ser atitude prioritária em confronto com o interesse do tribunal de eliminar o maior número possível de processos. Ao negar tutela jurisdicional, nesses casos, o tribunal renega o papel de guardião da Constituição. A criação de um tribunal constitucional em cada uma das 5 (cinco) regiões do território nacional solucionaria esse problema. A desconcentração atenderia as peculiaridades

de cada região e daria resposta mais rápida aos jurisdicionados, sem subterfúgios.

Ao vestir a toga, o magistrado deve estar consciente das limitações decorrentes da investidura no elevado e honroso cargo de juiz e do volume de trabalho que o espera. Lamúrias por causa dessas limitações e da carga de trabalho são injustificáveis. O juiz teve oportunidade de escolha, submeteu-se a rigoroso concurso de provas e títulos para obter a vaga, ou usou de prestígio junto aos governantes para preencher aquelas vagas livres de concurso. Falta-lhe, pois, autoridade moral para reclamar da sorte que tanto perseguiu. Os juízes são semelhantes às demais pessoas. Em sua personalidade combinam-se vários atributos, resultando tipos distintos, segundo a nota mais saliente do caráter de cada um: o trabalhador e o preguiçoso, o honesto e o desonesto, o culto e o ignorante, o calmo e o nervoso, o bem educado e o grosseiro, o vaidoso e o simplório, o bom-moço (ambicioso e carreirista) e o arrogante. O barnabé-de-toga exemplifica essa combinação; cuida de sua vida pessoal e de seus interesses dentro do horário de trabalho; gasta tempo, sola de sapato e saliva nos corredores e gabinetes dos tribunais; envia flores, presentes e cartões de felicitações aos cônjuges dos seus possíveis eleitores, na busca de simpatia e votos para a ascensão na carreira. Esse tipo é calculista, vaidoso, desprovido de espírito público, trata com arrogância os jurisdicionados e impaciência os subalternos. Os magistrados relapsos devem responder a processo administrativo instaurado perante o tribunal a que estejam vinculados. Os magistrados dependentes de bebida alcoólica ou portadores de doença que exija mais de uma licença por ano devem se aposentar ou ficar em disponibilidade.

A partir dos anos 70, do século XX, quiçá animada pela contracultura dos anos 60, a magistratura brasileira começou a abandonar a extrema passividade que a colocava em redoma. A austeridade da função jurisdicional induzia ao distanciamento. A mesma postura havia na esfera administrativa e política do Judiciário, até que o ativismo se manifestou naquela quadra da história brasileira, sob autocracia militar. Os juízes de entrâncias começaram a reivindicar participação nos órgãos de direção das associações e dos tribunais e a exigir critérios objetivos na promoção por merecimento.

Reclamavam, ainda, atitudes afirmativas das associações perante os demais poderes, na defesa dos interesses e prerrogativas da magistratura. A intensidade dessas atitudes aumentou a partir do congresso da magistratura nacional em Recife, que antecedeu a Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, até chegar ao ativismo extremado dos nossos dias. Esse movimento de um extremo a outro, próprio da dinâmica social, tende a um ponto médio, após atingir o ponto máximo. O protesto pela erosão dos subsídios e o pleito pela reposição das perdas são atitudes corretas e justas, válidas tanto para magistrados, como para trabalhadores em geral. A dedicação à defesa das prerrogativas da magistratura e da ordem constitucional através de associação representativa e dos órgãos de direção dos tribunais, justifica-se plenamente. Contudo, o corporativismo e ativismo reivindicatório, quando extrapolam esses lindes, retiram do cargo, a majestade da função, a excelência e dos magistrados, a austeridade. Ao nivelar-se com o ativismo dos sindicatos e das demais organizações civis, a magistratura acaba por perder a própria dignidade.

III. ADVOCACIA

O advogado participa da prestação da tutela jurisdicional. Inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, indispensável à administração da justiça, o advogado apresenta a demanda, ou a resposta e concorre para a solução. A estratégia empregada pelo advogado, nos casos que lhe são confiados, merece proteção legal. A negativa de utilizar recurso previsto em lei, comunicada tempestivamente ao cliente, não pode ser classificada, *a priori*, como desídia ou infidelidade (CF, 133; Lei 8.906/94, 2º, §§).

Dos argumentos, dos elementos de prova, das lições da doutrina e da jurisprudência que o advogado traz ao processo, o magistrado forma convicção e sentença. O advogado que utiliza expedientes escusos não tem autoridade moral para reclamar da morosidade ou da injustiça das decisões dos tribunais. Geralmente, antes de propor ação judicial, o advogado examina o caso e certifica-se da adequação: (i) do fato, ao direito; (ii) da pretensão, à forma processual escolhida; (iii) da exposição da causa, ao pedido; (iv) da matéria, ao juízo ou tribunal. Quando assim não age, o advogado

propicia dissabores a ele mesmo, ao seu cliente e ao funcionamento da justiça. Ações mal propostas geram confusão e excesso de recursos para um resultado muitas vezes pífio. A clareza, a objetividade e o esforço de síntese nos arrazoados facilitam os trâmites e a solução da causa. Peças prolixas e confusas dificultam a compreensão; exigem leitura, releitura, maior dispêndio de tempo, energia e paciência. O estilo do advogado deve ser nobre. O estilo rococó, rebuscado, redundante, verborrágico não se afina com o despojamento dos costumes atuais, nem com a velocidade dos acontecimentos no mundo contemporâneo. Não há tempo disponível para tertúlias nos tribunais. Os juízes têm muito trabalho e devem ser poupados da leitura e releitura de peças imensas, repletas de floreios, circunlóquios e de períodos intermináveis.

O advogado deve se negar a pagar taxas de urgência e gratificações aos servidores da Justiça. Esse costume, de profundas raízes na cultura brasileira, alinha-se entre os motivos da decadência moral do serviço forense. A lealdade deve orientar a conduta do advogado. Impõe-se a esquiva ao tráfico de influência e aos expedientes procrastinatórios. As visitas aos gabinetes dos juízes para *embargos auriculares* representam deslealdade para com a outra parte; há quebra do princípio da igualdade processual. O advogado deve usar a tribuna para apresentar suas razões com a publicidade que o processo requer, de maneira que a parte contrária possa replicar. Gratificar o servidor da justiça, por omitir o nome do advogado na publicação do ato judicial, com o fim de provocar republicação e, assim, retardar a marcha processual, configura conduta censurável.

A Advocacia-Geral da União e a Defensoria Pública são espécies de advocacia e devem acatamento aos estatutos da Ordem dos Advogados, apesar do tratamento em destaque na Constituição Federal. Esses profissionais devem se dedicar, exclusivamente, à função pública, para bem servirem ao governo e à população. Atividade paralela no patrocínio de causas particulares desvia o advogado público da sua função principal. O advogado público deve ter autonomia para recusar chicana solicitada pelo governante. O foro está inundado de ações em que o governo, como autor ou réu, vale-se do conhecimento e do talento dos seus advogados para procrastinar.

Não raro, o processo judicial serve de meio para empurrar o pagamento da dívida pública à futura administração. Até em precatórios, o governo tenta e, por vezes, consegue, reabrir discussão de mérito, fazendo *tabula rasa* da coisa julgada. Ao advogado público deve ser outorgada a prerrogativa da escusa quando entender inexistente motivo legítimo para propor a demanda ou nela prosseguir. Uma coisa é advogar para o governo, outra, atender aos propósitos imoriais do governante. Fazer do governo biombo para atingir objetivos particulares, servindo-se do processo judicial, ofende o interesse público.

IV. MINISTÉRIO PÚBLICO

Ao Ministério Público cabe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, 127; Lei 8.625/93, 1º). Essencial à jurisdição criminal, a sua presença na jurisdição cível tem se mostrado de suma importância no pólo ativo de ações civis em defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos interesses das populações indígenas e demais interesses coletivos ou difusos. De importância indiscutível na jurisdição constitucional, cabe-lhe a iniciativa da ação de inconstitucionalidade e da intervenção da União nos Estados e dos Estados nos Municípios (CF, 36, III; 103, VI). A sua atuação como *custos legis* na jurisdição cível, entretanto, merece reservas, quer em favor da celeridade processual, quer em favor do fortalecimento do combate à criminalidade. Empacados nas procuradorias, os processos ficam aguardando parecer meses e meses. Para dizer o direito e sanear os processos existem juízes, que não devem ficar na dependência do parecer do Ministério Público para despachar ou sentenciar na jurisdição cível. As condições sociais e culturais do Brasil dispensam o paternalismo do governo e a sua intromissão nos negócios privados. A Ordem dos Advogados tem um extenso quadro de filiados, aptos a defender os interesses das partes na jurisdição cível. A Defensoria Pública promove a defesa dos carentes e dos ausentes. Os advogados públicos têm preparo e apoio logístico para a defesa da administração pública. Os magistrados têm capacidade de entender as demandas e as postulações das partes, de analisar as provas e de julgar na forma da lei e do direito.

A ordenação jurídica da *persecutio criminis* no Brasil vem sendo aprimorada em nível constitucional e legal. Novos tipos de delinqüência no campo da informática, do consumo, do meio-ambiente, das finanças, bem como, o ilegal tráfico de drogas, armas, mulheres em nível internacional e o crescimento da violência, exigem resposta pronta e eficaz do Estado. Em casos de repercussão nacional, o Ministério Público tem agido com desenvoltura, em conjunto com os parlamentares das comissões de inquérito e com a Polícia Federal. A separação entre as instituições executivas da segurança pública e o Ministério Público não atende aos interesses da população. Sob o comando único e superior do Ministério Público devem se desenvolver todos os procedimentos para apurar a autoria e a materialidade dos delitos que chegarem ao conhecimento da autoridade pública. O agente do Ministério Público cumpre melhor a sua missão funcionando em prédio exclusivo e seguro, com instalações adequadas, dotadas de pessoal de apoio e recursos materiais, inclusive transporte para o serviço externo. Promotores adjuntos devem se encarregar do serviço de busca e apreensão, coleta de provas, acompanhamento de exames periciais e outras diligências. O Ministério Público tem de ser dinâmico, com a Polícia Civil à sua disposição para todas as diligências. Os agentes policiais devem comparecer ao gabinete do promotor quando convocados para prestar informações, planejar ação, elucidar crimes, apurar responsabilidades e combinar outros procedimentos úteis. Por seu turno, o promotor deve comparecer às repartições policiais, aos institutos de criminalística e medicina legal, para verificar a regularidade da produção da prova que interessa aos casos sob seus cuidados. Essa forma dinâmica e participativa de atuação do promotor de justiça reduzirá o tempo para a solução dos crimes e permitirá que as denúncias sejam bem instruídas e oferecidas com presteza. Reduzir-se-ão as chances da impunidade. Ganhará, em prestígio, a justiça. A comunidade nacional sentir-se-á mais confortada e confiante.

Em sendo a criminalidade um dos grandes problemas da sociedade brasileira, mormente pela ação organizada dos criminosos, o investimento na estrutura do Ministério Público justifica-se em termos de segurança pública. Os seus agentes devem se concentrar no combate à criminalidade, sem desvio para outras funções. Carece

de sentido a alegação de que eles ficarão sujeitos aos vícios dos policiais. Os freios éticos prevalecem na magistratura e no Ministério Público. Corrupção existe nos setores público e privado. Do ponto de vista científico, a corrupção consiste no processo natural de mutação, neutro aos valores, que Lavoisier sintetizou: *em a natureza nada se perde, nada se cria, tudo se transforma*. Do ponto de vista ético, corrupção significa: (i) perda gradativa da sensibilidade moral pelos membros da sociedade; (ii) desobediência consciente e voluntária às normas da moral e do direito, para obter vantagem indevida, em proveito próprio ou alheio. Do ponto de vista jurídico, a concussão e a corrupção são definidas como exigência, solicitação ou recebimento de vantagem indevida, de forma direta ou indireta, em razão da função pública e em proveito próprio ou alheio (CP, 316 e 317).

V. POLÍCIA

A apuração da autoria e materialidade dos delitos cabe à Polícia Civil; à Militar, compete a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; tarefas imprescindíveis à segurança das pessoas e à integridade do patrimônio privado e público (CF, 144, § 4º, 5º). A insuficiência de pessoal, armas, munição, equipamentos, viaturas e combustível impedem um trabalho policial satisfatório. A atividade policial torna-se burocrática, a investigação, precária e a elucidação dos crimes fica por conta do acaso. Com a exigência de graduação em direito para alguém exercer a função de delegado de polícia, com a organização legal da carreira e o funcionamento de academias de polícia, o serviço apresentou melhoras visíveis, mas ainda insuficientes. Os policiais são vistos como pessoas perigosas. A tortura ainda é aplicada para: (i) obter a confissão do indiciado; (ii) obter informação sobre atividades criminosas; (iii) satisfazer o sadismo de policiais pervertidos. A confissão mediante tortura não tem valor jurídico ou moral, porque avilta o ser humano. As informações obtidas à força carecem da fidelidade esperada. Como diz Beccaria, por meio da tortura, inocentes fracos são condenados e celerados robustos absolvidos. A tortura persiste como meio de a autoridade concluir logo o inquérito, mesmo com o risco de estar complicando a vida de inocentes. Visando a acabar com essa prática nas delega-

cias de polícia, ou, pelo menos, reduzi-la, a juíza Denise Frossard apresentou projeto de lei que só atribui valor jurídico à confissão, quando feita perante Juiz de Direito. Justificando-se com o terrorismo, o presidente George W. Bush obteve, do Congresso dos EUA, lei que autoriza a tortura, em frontal oposição à Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. V). A tortura é ferramenta de governo imperialista e genocida.

A população brasileira tem motivos de sobra para desconfiar do aparelho policial. As propinas para mudar rumo de inquérito, para não lavrar auto de prisão em flagrante ou para deixar de aplicar multa por infração, entram no rol dos costumes. Policiais exibem patrimônio incompatível com a remuneração mensal. Se não trouxeram essa riqueza do berço, nem a obtiveram do matrimônio, da loteria ou de algum parente rico, só as vias ilícitas a explicarão. Policiais atuam para intimidar e explorar pessoas de bem. Em filme de cineasta amador, exibido por emissora de televisão, a população assistiu a um desses episódios escabrosos: policiais militares espancando, achacando e matando pessoas em um bairro de São Paulo. Ao invés de se sentir segura, a população teme a proximidade da polícia. Aparelhos sonoros em altos decibéis, violando as normas do silêncio noturno, são ocorrências desatendidas ou atendidas com relutância pela polícia. A ocorrência é vista como coisa menor, rugas de vizinhos. No Canadá, o sossego e a saúde das pessoas é coisa séria. Os policiais comparecem ao local e resolvem o problema.

O excesso de população carcerária significa insuficiência de estabelecimentos prisionais e violação dos direitos fundamentais da pessoa natural (CF, 5º, XLVIII e XLIX). Nos presídios existentes, constatou-se uma superposição de estruturas: (i) a legal, com seus edifícios, veículos, material de expediente e corpo de funcionários hierarquizados; (ii) a oficiosa, com objetivos particulares, derivada do relacionamento dos agentes do governo com os presidiários; (iii) a corporativa, dos presidiários entre si, verdadeira organização paralela, com facções rivais, regras próprias e severas, onde a hierarquia impõe-se pela violência ou pelo dinheiro do tráfico de drogas. Esse fenômeno, bem conhecido dos juristas, foi abordado pelo médico Drauzio Varella, no livro intitulado **Estação Carandiru**, resultado das suas observações diretas, a partir de 1989, quando iniciou

um trabalho voluntário na Casa de Detenção de São Paulo, atualmente desativada. Verificou que o ex-presidiário, sem assistência material e psicológica, enfrenta dificuldade para se adaptar à sociedade. Há presidiário de difícil recuperação. Quando o desvio de conduta tem origem psíquica, entram em cena o psiquiatra, o psicólogo e o religioso, sem grande esperança. O discurso do diretor a Casa de Detenção, citado no livro acima referido (p.22/3), traduz bem essa realidade: *“Vocês estão chegando na Casa de Detenção de São Paulo para pagar uma dívida para com a sociedade. Aqui não é a casa da vovó, e nem da titia; é o maior presídio da América Latina. Aqueles que forem humildes e respeitarem a disciplina podem contar com os funcionários para ir embora do jeito que a gente gosta: pela porta da frente, com a família esperando. Agora, o que chega dizendo que é do crime, sangue nos olhos, que é com ele mesmo, esse, se não sair no rabeção do Instituto Médico Legal, pode ter certeza que vamos fazer de tudo para atrasar a vida dele. Gente assim, nós temos mania de esquecer aqui dentro”*.

VI. AUXILIARES DA JUSTIÇA

Escrivão, oficial de justiça, perito, contador, partidor, depositário, administrador, leiloeiro, intérprete, figuram como auxiliares da justiça. Cabe a esses profissionais a execução das ordens judiciais e são eles que movimentam o processo. Em geral, desempenho elefantino, peculiar à burocracia; trâmites processuais na cadência molenga dos servidores; conversas intermináveis entre si e ao telefone (cuja conta é paga pelo contribuinte); ausências no horário de expediente. A boa vontade em atender ao público ainda é exceção.

Taxas de urgência e gratificações instituídas pelos maus costumes são oferecidas ou solicitadas. Alguns pagam para agilizar os processos; outros, para retardá-los. Buscar culpado pela propina é cair na armadilha do ovo e da galinha, sem saber quem nasceu primeiro, salvo se acreditarmos na hipótese bíblica, de que os animais foram criados por Deus (logo, a galinha nasceu primeiro), ou na hipótese científica, de que os seres vivos tiveram origem comum, a partir das moléculas primárias do DNA que se formaram no planeta há milhões de anos (logo, o ovo nasceu primeiro). A fiscalização pelos magistrados exige pouco tempo, desde que bem planejada e

realizada em intervalos semestrais, incluindo reunião com os funcionários para, num clima de cordialidade, passar-lhes instruções e ouvir sugestões, visando ao aperfeiçoamento do serviço e a prestação no atendimento ao público. As corregedorias de justiça complementariam a fiscalização.

VII. PRIVILÉGIOS

Ranço dos períodos colonial e imperial, os privilégios integram a cultura brasileira e condicionam o comportamento social. Os súditos aspiravam o desfrute da amizade do imperador, da família real, ou de alguém influente; tratamento personalizado, deferência, honras especiais, à semelhança do que ocorria na corte imperial. Defendendo Portugal da acusação de ser culpado por implantar essa mentalidade no Brasil, Saramago, em entrevista concedida a emissora de televisão brasileira, lembrou que a colonização portuguesa findou há muito tempo, o suficiente para os brasileiros amadurecerem e se livrarem dos vícios adquiridos. Tarefa complexa, porque a submissão cultural ganhou novos ingredientes dos quais não cogitou o escritor português. A cultura brasileira resultou, basicamente, da tríplice cultura: portuguesa, indígena e africana. A influência da Inglaterra e dos Estados Unidos da América do Norte, países que estimulam a vassalagem, e dos imigrantes europeus e asiáticos apegados a valores, usos e costumes havidos como integrantes de uma civilização superior, reforçou o espírito colonizado dos brasileiros. O primeiro brasileiro nasceu mestiço, no século XVI, e nem sabia como se identificar, pois veio à luz do mundo em território da América Portuguesa sem ser branco, índio ou negro. O Brasil não existia como Estado ou como Nação, o que só aconteceria no século XIX. Em não havendo Estado ou Nação, não havia nacionalidade brasileira. Havia *brasileiro*, individualmente considerado, *ratione loci*, isto é, por ser natural da colônia.

Os prazos privilegiados concedidos pelas normas processuais ao governo refletem o ranço monárquico e aristocrático. Em uma república democrática, privilégios de prazo e de foro não deviam existir. A igualdade republicana vale para governantes e governados, pessoas físicas e jurídicas. Os privilégios atuais são sobrevivências dos regimes autocráticos que vigoraram no Brasil por muito tem-

po, no império e na república, nos quais a igualdade era a exceção e a presença do governo se fazia sentir em todos os setores da sociedade, à semelhança dos regimes totalitários. Daí a intromissão do Ministério Público no setor privado (família, propriedade, sucessão) e os privilégios do setor público no processo judicial. A atuação do governo na ordem política, social e econômica há de se conformar: (i) aos princípios fundamentais da República, como o da dignidade humana; (ii) aos direitos fundamentais da pessoa natural, como isonomia e inviolabilidade da vida privada e da intimidade.

Já é tempo de o Brasil colocar em prática os princípios republicanos, ao invés de deixá-los como figuras decorativas nos textos constitucionais. O processo civil e o penal, as leis de organização judiciária e os regimentos dos tribunais devem refletir com fidelidade esses princípios, inclusive na disposição dos lugares destinados ao Ministério Público e ao advogado. Afronta a igualdade republicana, a situação de superioridade em que, no Brasil, é colocado o autor da ação penal pública nas varas criminais, nos tribunais do júri e nos tribunais de segundo grau (LC 75/93, 18, I, a). O cidadão e seu patrono ficam num patamar inferior, enquanto o acusador fica num plano superior, ao lado do magistrado, passando a imagem de um conúbio indecente, incompatível com a isonomia e a separação das funções. Neste particular, seguir o bom exemplo das cortes de justiça dos Estados Unidos da América do Norte, onde a liberdade e a igualdade são refletidas no funcionamento das instituições judiciárias, não seria pagar tributo de vassalagem. Somente o magistrado ocupa situação de destaque, num plano superior ao das partes, como imagem física da justiça equitativa, da ordem e da soberania popular. O autor da ação penal de um lado e o acusado e seu advogado de outro, no mesmo patamar. Assim deveria ser no Brasil. O mesmo vale para os títulos. Nenhum outro devia existir para os magistrados, senão o de *Juiz*, um dos mais nobres que alguém pode ostentar. *Ministro* é título do servidor do príncipe, sobrevivência do regime monárquico. O seu uso pelos juízes dos tribunais superiores cria uma dependência psicológica em relação ao Chefe do Poder Executivo, visto como *magistrado supremo*, semelhante ao monarca absoluto. Aos olhos do povo, os membros dos tribunais, em sendo ministros, estão subordinados ao Presidente da República. O povo deve ter,

das autoridades, a imagem que corresponda ao ordenamento constitucional e que lhe permita compreender a importância do princípio da separação dos poderes para a democracia. Os magistrados da Corte Suprema dos EUA não recebem o título de ministros. Salomão, rei hebreu, com todo o seu poder e glória, confessava o desejo de ser um bom *juiz*. Convém ingressar na maturidade política sob os auspícios da república e da democracia, tanto no plano normativo como no plano operacional.

VIII. CELERIDADE PROCESSUAL

A justiça divina tarda, mas não falha. Esse brocardo parece justificar a morosidade da justiça humana. O paradigma é inadequado. O tempo divino é o eterno presente; não há passado, nem futuro; não é breve, nem longo; não é tardio, nem prematuro. Em sendo Deus perfeito, a sua justiça é infalível. O tempo humano é uma fração da eternidade por artifício da inteligência. Nos limites desse tempo artificial, a ação humana pode ser tempestiva, tardia ou prematura. Em sendo o homem imperfeito, a sua justiça é potencialmente falível. A justiça na prestação da tutela jurisdicional complementa-se com a celeridade processual. A objetividade e a simplicidade no agir dos profissionais do direito favorecem a celeridade. Pairando na esfera contemplativa, o jurista pode ficar insensível aos fatos e repudiar a rapidez, sob o argumento de que o processo judicial é lento por natureza; as demandas necessitam de um período de maturação; a precipitação conduz ao erro e à injustiça.

O argumento não convence. Os fatos o desmentem. Com a devida cautela, de modo a não colher frutos verdes ou podres, o tempo de maturação pode ser administrado. *Madura*, no sentido de longamente meditada, é a decisão do julgador e não a causa. Outrossim, a analogia com plantas afigura-se imprópria. Dotado de inteligência, saber jurídico e experiência de vida, o magistrado necessita de pouco tempo para examinar e resolver as demandas mais comuns, que são maioria. A dedicação exclusiva do magistrado à função judicante é indispensável à celeridade na prestação da tutela jurisdicional. O desvio do seu ofício principal para outros afazeres, ainda que meritórios e honrosos, em nada ajuda a

descongestionar o Judiciário. Ao despachar, o magistrado deve ter em mira a breve solução da controvérsia. Toda protelação é ilusória; os processos retornarão, somando-se aos novos. O excesso de formalismo retarda o desfecho da causa. O acúmulo de serviço deve-se, em grande parte, a esses vícios, acrescidos da eventual falta de método e de regularidade no exercício da judicatura, do insuficiente número de juízes e da ausência de vocação ou preparo do magistrado.

Há varas, câmaras e turmas onde as causas são resolvidas com rapidez, enquanto outras demoram. A diferença de velocidade pode estar na organização do trabalho e na disposição para atender as demandas. A jurisdição poderia ser prestada em instância única e de forma colegiada, com turmas de três juízes cujas decisões seriam irrecorríveis. A possibilidade de discussão seria ampla. A apreciação conjunta por uma pluralidade de juízes togados, preparados e experientes proporciona segurança jurídica. Diminuta seria a probabilidade de erro. Nada garante que um tribunal central e distante apreciaria melhor a questão; que estaria vacinado contra o erro, o tráfico de influência e outros vícios. Longe do calor humano, tendo à sua frente os papéis sem vida dos autos do processo, aquele tribunal estaria mais próximo do erro e da injustiça do que o colegiado de primeira e única instância. O juízo monocrático permaneceria como exceção, em comarcas de pequena densidade demográfica, cujas decisões seriam submetidas à turma regional.

Decidida a demanda na jurisdição cível, a execução da sentença obedece aos trâmites introduzidos na processualística pela Lei 11.232/05. Se a intenção do legislador foi a de substituir o processo de execução e os embargos do devedor por um procedimento satisfativo que dispensa citação e agiliza o cumprimento da sentença, não logrou êxito. Isto porque permanecem em vigor as disposições gerais sobre as diversas espécies de execução (CPC, 612/620). A referida lei não as revogou. Segundo aquelas disposições - que se dizem gerais porque se estendem às obrigações de entregar coisa certa, de fazer, de não fazer e de pagar quantia certa - se o devedor não cumprir espontaneamente a sentença, cabe ao credor requerer a execução e promover a citação. Com a citação válida, instaura-se o processo de execução e passa a fluir o prazo para o executado

cumprir a sentença. Em se tratando de quantia certa, aguarda-se a fase preliminar de 15 dias para o devedor pagar o débito, independentemente de citação. O pagamento, nessa fase preliminar, evita a instauração do processo de execução e a incidência da multa criada pela mencionada lei. As expressões *cumprimento da sentença* e *satisfação da obrigação declarada na sentença* estão compreendidas na mais extensa expressão *execução do julgado*. O procedimento satisfativo ou executivo destina-se ao cumprimento da obrigação. No processo de execução - que implica uma série de procedimentos executivos - uma vez seguro o juízo, a *impugnação ao cumprimento da sentença* equivale aos embargos do devedor com a diferença de não ser uma ação em separado e sim um pólo da dialética processual.

A apreciação do pedido de antecipação da tutela há de ser posterior à contestação, combinando cautela com celeridade, salvo se o réu se esquivar à citação. Reconhecendo que o procedimento sumário não atingiu a celeridade almejada, o legislador permitiu conversão para o rito ordinário (Lei nº 9.245/95). A inútil publicação de certos atos retarda os trâmites processuais. O despacho “cite-se”, por exemplo, interessa ao autor da demanda, que tem a obrigação de acompanhar a petição inicial nessa fase. Outros exemplos de frenagem por publicações dispensáveis: *ao cartório para certificar, junte-se, à conclusão, oficie-se*. Os interessados buscam informação na rede de computadores ou diretamente na secretaria do juízo ou tribunal, cumprindo o dever de vigilância. As vias modernas de comunicação ajudam a reduzir a lentidão processual.

IX. CONCLUSÃO

A soberana jurisdição cabe aos juízes, embora os parlamentares a exerçam nos delitos de responsabilidade praticados pelo presidente da República, ministros de Estado e do Supremo Tribunal Federal (CF, 52, I e II). Resolvendo demandas, os juízes dão eficácia às normas jurídicas, possibilitam a pacificação social necessária ao desenvolvimento nacional e asseguram a vigência do Estado Democrático de Direito. A formação moral, intelectual e técnica dos juízes, advogados, membros do Ministério Público, delegados de polícia e auxiliares da Justiça é de fundamental importância à tutela

jurisdicional. Escolas da magistratura, da advocacia, do Ministério Público e da polícia, funcionam com o objetivo de bem qualificar esses profissionais do direito. Sob o pálio da Constituição brasileira de 1988, a legislação trouxe aperfeiçoamentos à jurisdição, muitos dos quais propostos por órgãos representativos da magistratura, voltados para o ajuste do direito à realidade nacional. Na jurisdição eleitoral, as urnas eletrônicas foram o ponto alto. Comodidade e rapidez na votação. Resultados confiáveis, publicados em poucas horas após o pleito, reduzindo a incerteza e a ansiedade. Os Judiciários federal e estadual, dentro dos limites orçamentários, equiparam seus departamentos e adentraram a era da informática. O acesso à justiça continua caro, apesar das normas de gratuidade. Ante a enorme carga tributária imposta pelo governo, o contribuinte devia ter acesso gratuito, pelo menos, à Justiça Federal. Os exames periciais deviam ser realizados por técnicos do Estado, ou pagos pelos cofres públicos. A corrupção afronta a moralidade administrativa e tem reflexos negativos na tutela jurisdicional, mas poderá ser controlada mediante reeducação e fiscalização constante. O Brasil ocupa vergonhosa posição no quadro dos países mais corruptos do planeta. Em permanente ação saneadora no curso do processo, os juízes podem neutralizar a chicana. Os juízes só não devem impedir a interposição de recursos, sob pena de violência contra o direito das partes. Se houver 50 recursos legais, as partes vencidas utilizarão todos. O inconformismo e a insistência caracterizam o litigante brasileiro, que recorre até às cortes internacionais. Enquanto prestam tutela jurisdicional, os juízes devem se vacinar contra o formalismo excessivo, o tráfico de influência, os apelos à vaidade e à caridade, e resistir às tentações da carne e do vil metal. ☐

Termo Inicial da Obrigação Alimentar na Ação de Alimentos e Investigatória de Paternidade

Maria Berenice Dias

*Desembargadora do Tribunal de Justiça do
Rio Grande do Sul. Vice-Presidente Nacional
do Instituto Brasileiro de Direito de Família -
IBDFAM.*

Uma verdade que se tem por absoluta é que os alimentos são devidos desde a data da citação, até porque isso é o que está escrito na Lei de Alimentos (LA, 5.578-68, art. 13, § 2º): em qualquer caso os alimentos fixados retroagem à data da citação. Como há a determinação de incidência dessa lei às ações de separação, de anulação de casamento e às revisionais, em todas as demandas em que há a fixação de verba alimentar, o encargo tem como termo inicial o ato citatório.

Parece que este é um ponto que ninguém questiona: alimentos são devidos desde o momento em que o réu foi citado para a ação. Seja em demanda autônoma, seja o encargo alimentar estabelecido em ação outra, a eficácia da sentença tem efeito retroativo.

NA AÇÃO DE ALIMENTOS

Para assegurar a tutela diferenciada que determinados direitos merecem, leis especiais prevêm ritos abreviados. Assim, os ali-

mentos, que dizem com a subsistência, com a sobrevivência, necessitam de adimplemento imediato. Por isso, mediante a prova do vínculo de parentesco ou da obrigação alimentar (LA, art. 2º), o juiz estipula, desde logo, alimentos provisórios. Aliás, mesmo se não requeridos, os alimentos devem ser fixados, a não ser que o credor expressamente declare que deles não necessita (LA, art. 4º).

Os alimentos são devidos a partir do momento em que o juiz os fixa. Equivocado o entendimento que, invocando o § 2º do art. 13 da Lei de Alimentos, sustenta que os alimentos provisórios se tornam exigíveis somente a partir da citação do devedor. Não há como sujeitar o pagamento ao ato citatório do devedor. Desempenhando o devedor atividade assalariada, ao fixar os alimentos, o juiz oficia ao empregador para que ele, desde logo, dê início ao desconto da pensão na folha de pagamento do alimentante. Os descontos passam a acontecer mesmo antes da citação do réu. Porém, não dispondo o alimentante de vínculo laboral, não há como lhe conceder prazo distinto para iniciar o pagamento dos alimentos, qual seja, só após ser citado. Descabido tratamento diferenciado. Além de deixar o credor desassistido, estar-se-ia incentivando o devedor a esquivar-se da citação, a esconder-se do Oficial de Justiça.

Deferidos alimentos provisórios, são devidos até o momento em que eventualmente venham a ser modificados: no curso da demanda, pela sentença ou quando do julgamento do recurso. Alterado seu valor, passa a vigorar o novo montante, quer tenha sido majorado, quer tenha sido reduzido. A eficácia retroativa dos alimentos definitivos vai depender se houve aumento ou diminuição de valores. Este tratamento diferenciado decorre do princípio da irrepetibilidade do encargo alimentar. Assim, fixados os alimentos provisórios, devem eles ser pagos. Havendo redução, o novo valor terá eficácia *ex nunc*, ou seja, só valerá com relação às parcelas futuras. As prestações vencidas, ainda que não pagas, continuam devidas pelo valor estipulado a título provisório, pois não há como emprestar efeito retroativo à decisão, sob pena de incentivar-se a inadimplência. Somente quando são estabelecidos alimentos definitivos em valor maior que a verba provisória é que cabe falar em retroatividade. O devedor terá que proceder ao pagamento da diferença desde a data da citação. Há que atentar a um detalhe: como

os alimentos provisórios vigem desde a data da fixação, e os definitivos retroagem à data da citação, havendo majoração do valor dos alimentos, a diferença alcança somente as parcelas vencidas depois da data da citação. As prestações vencidas entre a data da fixação liminar e a citação permanecem pelo valor provisório.

Esta sempre foi a posição pacífica da jurisprudência com o respaldo da doutrina amplamente majoritária. Porém, nada justifica limitar a obrigação alimentar ao ato citatório. Os encargos do poder familiar surgem quando da concepção do filho, eis que a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro (CC, art. 4^o). Ora, com o nascimento, mesmo antes de o pai proceder ao registro do filho, está por demais consciente de todos os deveres inerentes ao dever familiar, entre os quais o de assegurar-lhe o sustento e a educação. Enquanto os pais mantêm vida em comum, o genitor tem o filho sob sua guarda, e os deveres decorrentes do poder familiar constituem obrigação de fazer. Cessada a convivência dos genitores, não se modificam os direitos e deveres com relação à prole (CC, arts. 1.579 e 1.632). Restando a guarda do filho com somente um dos pais, a obrigação decorrente do poder familiar resolve-se em obrigação de dar, consubstanciada no pagamento de pensão alimentícia.

Assim, o genitor que deixa de conviver com o filho deve alcançar-lhe alimentos de imediato: ou mediante pagamento direto e espontâneo, ou por meio da ação de oferta de alimentos. Como a verba se destina a garantir a subsistência, precisa ser satisfeita antecipadamente. Assim, no dia em que o genitor sai de casa, deve pagar alimentos em favor do filho. O que não pode é, comodamente, ficar aguardando a propositura da ação alimentar e, enquanto isso, quedar-se omissis e só adimplir a obrigação após citado.

Cabe lembrar que, na ação de alimentos, há inversão dos encargos probatórios. Ao autor cabe comprovar o vínculo de parentesco ou a obrigação alimentar do réu, bem como indicar as circunstâncias em que ocorreu a mora, ou seja, a data em que houve a cessação do convívio e o não-pagamento dos alimentos. Não há como lhe impor que comprove os ganhos do demandado, pois são informações sigilosas que integram o direito à privacidade. É do réu o ônus de provar seus ganhos para que o juiz possa fixar os alimen-

tos atendendo ao critério da proporcionalidade. Também a ele compete demonstrar que continuou assegurando a subsistência do filho a partir do momento que deixou o filho de estar sob sua guarda.

Em se tratando de obrigação decorrente do poder familiar, é inequívoca a ciência do réu do direito reclamado pelo autor. Portanto, não há por que constituir o devedor em mora pelo ato citatório para lhe impor o adimplemento da obrigação alimentar (CPC, art. 219). A mora constituiu-se quando deixa o pai de prover o sustento do filho. Assim, na ação mister que reste provado o parentesco, os ganhos do genitor, bem como o momento em que ele deixou de adimplir a obrigação de prover o sustento do filho. Por ocasião da sentença, o juiz fixará os alimentos indicando o termo inicial de sua vigência: aquém da data da citação e aquém da data da propositura da ação. O *dies a quo* será o momento em que houve a cessação do adimplemento do dever de sustento que decorre do poder familiar. Este é o marco inicial da obrigação alimentar.

NA AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE

Nas ações de alimentos, separação, anulatória de casamento, entre outras, existe a prova pré-constituída do vínculo obrigacional alimentar. Daí a possibilidade de uso de lei especial (Lei 5.478-68), que dispõe de rito diferenciado e admite a concessão de tutela antecipada por meio da fixação de alimentos provisórios.

Na ação de investigação de paternidade, inexistente o vínculo constituído da relação de parentesco. Aliás, este é o próprio objeto da ação. Ainda assim, por salutar construção jurisprudencial, passou-se a admitir a concessão de alimentos provisórios nessa demanda. Havendo indícios da parentalidade, são fixados alimentos *initio litis*. Também cabe deferir alimentos provisórios, de modo incidental, com o resultado positivo do exame de DNA ou quando se recusa o réu a submeter-se à perícia.

Sendo os alimentos fixados por ocasião da sentença, o eventual recurso, no que diz com o encargo alimentar, dispõe do só efeito devolutivo. Em qualquer dessas hipóteses cabe promover a execução dos alimentos, ainda antes do trânsito em julgado da ação investigatória.

Depois de algumas vacilações, a jurisprudência, ao atentar à natureza declaratória da demanda investigatória de paternidade, deu mais um significativo passo, e o Superior Tribunal de Justiça veio a editar a Súmula 227: *Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação.*

Acabou por invocar-se o art. 13, § 2º da Lei de Alimentos. A solução foi providencial. Uma bela forma de dar um basta à postura procrastinatória do réu, que fazia uso de expedientes protelatórios e um sem-número de recursos manifestamente improcedentes para retardar o desfecho da ação. Como a condenação ao pagamento dos alimentos ocorria somente na sentença, livrava-se o réu durante anos, ou décadas, do encargo alimentar.

Mas pai é pai desde a concepção do filho. A partir daí, nascem os ônus, encargos e deveres decorrentes do poder familiar. O simples fato de o genitor não assumir a responsabilidade parental não o desonera. No entanto, é isso o que se vê acontecer todos os dias. Ao saber que a namorada ou companheira está grávida, o homem tenta induzi-la ao aborto, nega ser o pai, a abandona. Ameaça denegrir sua imagem argüindo a malsinada *exceptio plurium concubentium* e que levará vários amigos como testemunhas para afirmarem que tiveram contato sexual com ela. A mulher, fragilizada, muitas vezes abandonada pela família, acaba criando o filho sozinha. Tem enorme dificuldade de procurar um advogado, de amealhar provas de um relacionamento íntimo que lhe causou tanto sofrimento e que, muitas vezes, por imposição do varão, se manteve na clandestinidade.

Mas o filho tem direito à identidade, à proteção integral, merece viver com dignidade, precisa de alimentos, quer ter alguém para chamar de pai. Quando, depois de vários anos, consegue obter o reconhecimento da paternidade, os alimentos injustificadamente são fixados a partir da citação do réu, como se o filho tivesse nascido naquele dia. Essa orientação consolidada da jurisprudência esquece o que se chama de responsabilidade parental. Nenhum pai mais irá acompanhar a mãe, registrar o filho e pagar alimentos sabendo que, se ficar inerte e lograr safar-se da citação, poderá ficar anos sem arcar com nada.

O filho necessita de cuidados especiais mesmo durante a vida intra-uterina. A mãe tem que se submeter a exames pré-natais, e o parto sempre gera despesas, ainda que feito pelo SUS. Durante a gravidez, a mãe precisa de roupas apropriadas e adequada alimentação, sem olvidar que tem sua capacidade laboral reduzida durante a gestação e depois do nascimento do filho. Também seus ganhos são limitados no período da licença-maternidade.

É necessário dar efetividade ao princípio da paternidade responsável que a Constituição (art. 227) procurou realçar quando elegeu, como prioridade absoluta, a proteção integral a crianças e adolescentes, delegando não só à família, mas à sociedade e ao próprio Estado, o compromisso pela formação do cidadão de amanhã. Esse compromisso é também do Poder Judiciário, que não pode simplesmente desonerar o genitor de todos os encargos decorrentes do poder familiar e, na ação investigatória de paternidade, responsabilizá-lo exclusivamente a partir da sua citação.

Mas há outro princípio constitucional que necessita ser invocado: o que impõe tratamento isonômico aos filhos, vedando discriminações (CF, art. 227, § 6º). O pai responsável acompanha o filho desde sua concepção, participa do parto, registra o filho, embala-o no colo. Com relação ao filho que não recebeu estes cuidados, deve a Justiça procurar suavizar essas desigualdades e não as acentuar ainda mais limitando a obrigação alimentar do genitor relapso.

Claro que a alegação do demandado sempre será de que desconhecia a gravidez, não soube do nascimento do filho e sequer tomara conhecimento da sua existência, só vindo a saber de tais fatos quando da citação. Nessas ações, como a prova é de fato que acontece a descoberto de testemunha, não há divisão tarifada dos encargos probatórios segundo os ditames processuais (CPC, art. 333). Aliás, a atribuição dos ônus probatórios até perdeu relevo, em face do alto grau de certeza dos exames de DNA e da presunção que decorre da negativa em submeter-se à perícia (CC, arts. 230 e 231). Súmula do STJ¹ atribui presunção *juris tantum* à omissão do inves-

¹Súmula 301: Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.

tigado. Com referência à prova da ciência da paternidade, cabe ao autor demonstrar as circunstâncias em que réu tomou conhecimento de sua concepção, do seu nascimento ou da sua existência. Não logrando o demandado comprovar que desconhecia ser o pai do autor antes da citação, deverá ser-lhe imposto o pagamento dos alimentos desde o momento em que tomou ciência da paternidade.

Outro fundamento a ser utilizado pelo réu para livrar-se dos alimentos com efeito retroativo é o de que não tinha certeza da paternidade, não podendo assumir o encargo sem saber se o filho era seu. No entanto, desde o advento do exame do DNA, que dispõe de índice de certeza quase absoluto, não há mais como alegar dúvida sobre a verdade biológica. Nem o custo do teste e nem a negativa da genitora em deixar o filho submeter-se ao exame servem de justificativa para não ser buscada a verdade. Basta ingressar com ação declaratória ou negatória de paternidade. Também pode ajuizar cautelar de produção antecipada de prova. Em todas as hipóteses, a quem não tiver condições de pagar, o acesso ao exame genético é gratuito.

Nada justifica livrar o genitor das obrigações decorrentes do poder familiar, que surgem desde a concepção do filho. Como a ação investigatória de paternidade tem carga eficaz declaratória, todos os efeitos retroagem à data da concepção, até mesmo a obrigação alimentar. *A filiação, que existia antes, embora sem caráter legal, passa a ser assente perante a lei. O reconhecimento, portanto, não cria: revela-a. Daí resulta que os seus efeitos, quaisquer que sejam, remontam ao dia do nascimento, e, se for preciso, da concepção do reconhecido.*²

Esta é a orientação que já vem se insinuando na doutrina³ e desponta na jurisprudência.⁴

² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, 3ª. ed., Tomo IX, Borsoi: 1971, p. 99.

³ FERNANDES, Thycho Barthe. “Do Termo Inicial dos Alimentos na Ação de Investigação de Paternidade”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 694, p. 268-70, 1993; Antônio Carlos Mathias. “O Termo Inicial dos Alimentos e a Ação de Investigação de Paternidade”, *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, n. 6, p. 50-60, 2000; BORGHEZAN, Miguel. “O Termo Inicial dos Alimentos e a Concreta Defesa da Vida na Ação de Investigação de Paternidade”. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, 3/18048, 2001.

⁴ INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECUSA E SUBMETER AO EXAME DE DNA. ALIMENTOS. FIXAÇÃO E TERMO INICIAL À DATA DA CONCEPÇÃO. A recusa em se submeter ao exame de paternidade gera presunção da paternidade. O fato de inexistir pedido expresso de alimentos não impede o magistrado de fixá-los, não sendo

É muito bonito falar-se em dignidade humana, em paternidade responsável, em proteção integral a crianças e adolescentes. Mas é preciso dar efetividade a todos esses princípios. Certamente a responsabilidade é da Justiça. Para isso, não é necessário aguardar o legislador. Basta o Poder Judiciário continuar desempenhando o seu papel com coragem e responsabilidade, para garantir a cidadania a todos, principalmente aos cidadãos de amanhã.☐

extra petita a sentença. O termo inicial da obrigação alimentar deve ser o da data da concepção quando o genitor tinha ciência da gravidez e recusou-se a reconhecer o filho. REJEITADA A PRELIMINAR. APELO DESPROVIDO, POR MAIORIA. (TJRS - AC 70012915062 - 7ª C. Civ. - Rel. Desa. Maria Berenice Dias - j. 9/11/2005).

O Perfil do Novo Juiz da Infância e da Juventude como Ator Social

Inês Joaquina Sant'Ana Santos Coutinho
Juíza de Direito do TJ/RJ, Titular da Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca de Teresópolis, com a colaboração do Serventuário de Justiça Denilson Cardoso de Araújo.

NOVO DIREITO - NOVOS JUÍZES

Em palestra proferida na cidade de Teresópolis, o Desembargador Paulo Leite Ventura, Diretor da EMERJ, referindo-se ao Direito da Infância, referiu autor que dizia mais ou menos o seguinte: "Que Direito é esse, que causa terremotos?!".

E assim atestava a perplexidade de muitos com a natureza peculiar, e tão incompreendida, da Magistratura que exercemos. *Peculiar* porque são dados ao Magistrado da Infância e da Juventude encargos e, por conseqüência, meios de ação não disponíveis na jurisdição regular. *Incompreendida*, porque tais encargos demandam lógica diferenciada e não restrita ao rígido silogismo jurídico.

Esta Magistratura só pode ser compreendida pelos olhos que se focam, prioritariamente, na Justiça e não apenas no Direito, na finalidade humanística da Lei e não no seu formalismo, no resgate de vidas e não na burocracia do processo.

Por isso queremos iniciar nossas reflexões lembrando conhecido trabalho, do Magistrado sulista Dr. João Batista Costa Saraiva, sobre "O perfil do Juiz e o Novo Direito da Infância e da Juventude".

Trata-se de autor de estatura intelectual respeitável, que se destaca por desmentir aqueles que vêm na jurisdição menorista um coletivo de Juízes despreparados.

Após enunciar as características especiais dessa jurisdição, que exige do Magistrado ilustração, preparo técnico e conhecimento multidisciplinar, diz o professor João Batista:

"O Juiz da Infância e da Juventude, de resto, a par desta formação profissional, há de estar comprometido com a transformação social. Deve estar apto a assegurar, no exercício desta jurisdição, as garantias próprias da cidadania a quaisquer de seus jurisdicionados, independente de sua condição econômica ou social. Extingue-se a vetusta figura do Juiz de Menores como mero instrumento de controle da pobreza, com decisões não fundamentadas, com procedimentos sem observância de garantias constitucionais e processuais.

Enfim, ao se pretender traçar o perfil desse Juiz, estar-se-á falando de um Magistrado qualificado e comprometido, apto a trazer para o cotidiano de sua jurisdição a eficácia das normas do sistema, incorporando uma Normativa Internacional que deve conhecer tão bem quanto as normas de seu sistema nacional. Não poderá, porém, em momento algum, este profissional deixar de indignar-se com a injustiça, tampouco perder a qualidade de, mesmo mantendo-se em sua posição de julgador, ser capaz de emocionar-se com a dor de seu jurisdicionado. Aqueles que se endurecem nessa atuação, que não mais se emocionam, não servem mais para o que fazem.

Há, sim, um Novo Direito, e deve existir um Novo Juiz. Aliás, se não existir um Novo Juiz, apto a operar este Novo Direito, Novo Direito não existirá, pois ao Juiz compete dar eficácia às normas."

Destaca o professor, portanto, a necessidade de preparo técnico, mas sobretudo a necessidade de resistência moral e de vigilância do Juiz, a necessidade de o Magistrado manter-se capaz de com-padecer-se e de sofrer, com o jurisdicionado, suas mazelas e dores.

E, a partir da conjugação de tais fatores - preparo técnico mais preparo moral - há de cumprir, se vocacionado, *seu dever de dar eficácia às normas de proteção que orientam sua jurisdição.*

A REALIDADE SOCIAL E O ESTADO AINDA PROGRAMÁTICO DO ECA

Nossa realidade social tem impedido a efetivação da Carta Política de 1988 em sua plenitude. O Estatuto da Criança e do Adolescente em muito se mantém, ainda, programático.

Drogas, "soldados do tráfico", jovens armados, erotização precoce, gravidez adolescente, prostituição infantil, pedofilia, consumismo, violência, miséria, evasão escolar, desnorтеio das escolas, *bullying*, desagregação familiar, crianças institucionalizadas, meninos de rua e falta de perspectiva formam um conjunto explosivo para o qual não dispõe o magistrado, ainda, de armas nítidas e específicas - e, muito menos, céleres - num tempo de ilicitudes crescentes.

INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DO ECA

A gravidade desse quadro não permite ao Magistrado, portanto, a inércia ante as lacunas dos poderes constituídos. Daí a necessidade de as mesmas serem cobertas com a diretriz do art. 6º do ECA, que determina uma hermenêutica teleológica - que alcance os objetivos maiores do legislador - para a qual torna-se o Magistrado uma ferramenta imprescindível frente aos objetivos da diretriz constitucional:

"Na interpretação desta lei, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento."

PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Por isso, há de prevalecer, na jurisdição menorista, o PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.

Sancionar violações aos direitos de crianças e jovens, quando já concretizado o dano, não é precaução. *É preciso chegar antes, atentos à possibilidade da ilicitude.* É o que determina, a todos, o art. 70 do ECA:

"É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente".

No exercício do seu *dever geral de prevenção e proteção*, o Magistrado deve aplicar medidas que vedem prejuízos aos jurisdicionados, buscando restabelecer o equilíbrio do meio social, cuja balança, infelizmente, tem pesado em desfavor da infância e da juventude.

COMPETÊNCIA FORMAL DO MAGISTRADO, EM INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DA LEI

Analisemos o ECA em seu artigo 148, que elenca as competências jurisdicionais do Juiz da Infância e da Juventude, sem que detalhemos seus incisos. Aparentemente, dúvidas não há para os propagadores da interpretação literal, que defendem impor este artigo um rol restrito de tarefas ao Magistrado. Dúvidas há, no entanto, quando aquele arrolamento se confronta com a realidade que enfrentamos. Esta impõe tarefas e ações muitas vezes não prescritas de forma explícita. Mais que isso: há necessidade de serem respondidas as indagações dos que observam e sentem os efeitos das omissões das autoridades, em relação aos direitos sociais proclamados no grande texto do Estatuto.

Diante dos que defendem a inação do Juiz, pergunta-se: e daí? Quando vai sair do papel a intenção protetiva e prioritária em relação aos interesses de crianças e jovens, proclamados pelo legislador?

ATIVISMO DO MAGISTRADO, QUANDO NECESSÁRIO, PARA A PRIORIZAÇÃO DOS DIREITOS

Daí ser indispensável - como elemento de transição - o *ativismo* do Magistrado, para que verdadeiramente haja a priorização dos direitos de seus jurisdicionados.

São pobres demais as interpretações literais para que se alcance a teleologia do Estatuto. Analisemos: a mesma Lei que distingue o rol de atribuições do Juiz no art. 148, tido por restrito, faculte a ação de ofício, conforme seu art. 153¹. A mesma lei impõe sejam alcançadas suas finalidades e observado o bem comum, conforme seu art. 6^o². A mesma lei determina o dever do Poder Público (e do Judiciário, portanto) de assegurar os direitos sociais da infância e da juventude, conforme seu art 4^o³. A mesma lei indica a necessidade de serem usados "outros meios", se necessários, na garantia daqueles direitos, conforme seu art. 3^o⁴. E a mesma lei confere ao Magistrado poder de polícia especial, conforme seus arts. 83 e 149⁵.

Assim, é indispensável, à compreensão dessa Magistratura, a interpretação sistêmica do ECA, guiada pela sua inafastável interpretação teleológica.

Não há, portanto, falar-se em interpretação literal dessa lei, nos dias de hoje, sobretudo em termos de competência. Seria irresponsabilidade hermenêutica e fuga do intérprete às suas responsabilidades para com a realidade. Embora sirva à lei, o intérprete, sobretudo o Magistrado da Infância e da Juventude, não deve servir à sua estática e, sim, ao espírito do legislador e à Justiça, que deve ser impregnada pela dinâmica da realidade.

O princípio da inércia da jurisdição - ao qual se ateu o rol do Art. 148 -, isto é, aguardar o Magistrado da Infância e da Juventude, em gabinete, que os interessados impulsionem seu dever tutelar em

¹ Art. 153. *Se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto nesta ou em outra lei, a autoridade judiciária poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público.*

² Art. 6^o *Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.*

³ Art. 4^o *É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.*

⁴ Art. 3^o *A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.*

⁵ Art. 83. *Nenhuma criança poderá viajar para fora da comarca onde reside, desacompanhada dos pais ou responsável, sem expressa autorização judicial. - E o art. 149 que incumbe ao Juiz a disciplina de eventos de lazer, esporte, cultura e diversões através de Portaria e/ou Alvará.*

relação às crianças e aos jovens da Comarca, não é a regra na dura realidade que enfrenta.

No livro **O Controle Judicial das Omissões Administrativas**⁶, o professor de Direito Constitucional Marcos Maselli Gouvea informa aos estudiosos a pretensão de alguns legalistas estritos de "manietar o Magistrado nas amarras da lei", a pretensão de alguns em "propalar a concepção de que o Juiz deve limitar-se a dizer o direito já contido na norma", "como se fosse possível uma aplicação automática e neutra da lei", sobretudo em termos de direitos sociais. Salienta, ainda, o constitucionalista, a necessidade de serem orientados os Juízes para uma ação mais comprometida com a obtenção de resultados céleres e justos, desprezando-se formalismos que se revelem inúteis, através de interpretação mais audaciosa da lei.

Aqui, permitimo-nos transmitir o entendimento do Conselho de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, inscrito em acórdão proferido em representação contra atuação desta Magistrada. Ocorreu o recurso quando procedemos à revista pessoal em estudantes, após furto em sala de aula. Consta do acórdão: *"A Magistrada, como aplicadora do Direito, primando pelo bem comum e pelos direitos e deveres coletivos que estavam em xeque, agiu em total consonância com os dispositivos legais previstos em nosso ordenamento jurídico brasileiro, aonde prevalecem as doutrinas de melhor interesse e proteção integral das crianças e dos adolescentes, ex vi dos arts. 15 e 17 do ECA e 227 da Constituição Federal"* (Processo 2001.002.00209 - Des. Carpena Amorim).

Eis aí, coroado de êxito, o ativismo judicial conseqüente, sem que se pretenda evidenciar qualquer apologia à ação isolada da Magistrada, eis que ela pouco valeria sem a diretriz teórica correta.

ESPECIAL PODER DE POLÍCIA DO MAGISTRADO

Vemos, da análise do art. 148 e 149, as diversas tarefas atípicas que o legislador comete ao Magistrado, como a expedição de alvarás de autorização, a fiscalização das entidades e instituições, a ineren-

⁶ Forense, 2003.

te possibilidade de proceder a apreensões de coisas e a ação do Comissariado de Justiça na lavratura de autos de infração. Aí está demonstrada a existência de um PODER DE POLÍCIA DE NATUREZA ESPECIAL, atribuído ao Juiz da Infância e da Juventude, acrescido ao poder geral de gerenciamento da Vara e de direção do processo.

O "SUPER-JUIZ"!

É natural, no entanto, que, num país com histórico de autoritarismo, seja saudável a vigilância democrática, exercida pela sociedade e, sobretudo, pelo Ministério Público, sobre o Magistrado. Preocupam-se com a possibilidade de os Juízes da Infância e da Juventude exorbitarem de seus limites, deixando-se vencer pela suposição de serem "super-juízes", de possuírem poderes ilimitados, tornando-se estrelas e apagando as luzes dos demais atores do direito menoril.

Felizmente, para o exercício de tal vigilância, o legislador previu ferramentas, que podem ser utilizadas pelo Promotor de Justiça ou por qualquer pessoa do povo, para inibir os excessos em que pretendam incidir os Magistrados que se considerem únicos salvadores e redentores de crianças e jovens.

O que não pode acontecer, no entanto, é, para inibir-se o "super-juiz", pretenderem os legalistas impedir que sejam cumpridos seus deveres maiores e constitucionais, sobretudo quando está *sobrecarregado com os encargos oriundos da omissão de outros órgãos*.

FALHAS NO PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PRETENDIDO INAUGURAR PELO LEGISLADOR

Determinam os artigos 227 da CF/88 e art. 4º do ECA:

"É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, a garantia de prioridade dos direitos ali descritos, à saúde, à vida, à educação, etc."

Se está previsto um dever geral, logo, exigiram, o Constituinte e o Legislador, que o Magistrado cumpra a parcela que lhe cabe *na*

prevenção e no resgate desses direitos sociais, o que ocorre, sobretudo, quando há omissão de outros órgãos.

Lembremo-nos: *somos responsáveis não só pelo mal que fazemos, mas também pelo bem que deixamos de fazer*. Cada criança que morre sem assistência hospitalar, por omissão das autoridades constituídas, torna-se uma nódoa consciencial para a autoridade omissa, passando a ser responsável, também, o omissor, perante a Lei de Deus.

REALIDADE DE NOSSOS FÓRUNS. RELATIVISMO DO PRINCÍPIO DA INÉRCIA NA JURISDIÇÃO

Há uma realidade constatada por muitos Juízes da Infância e da Juventude: lidamos, no dia a dia do Fórum, com famílias e órgãos públicos não conscientizados de suas obrigações. Premidas por dificuldades económicas e agendas políticas ainda não comprometidas com a primazia dos direitos minoristas, é freqüente que Prefeituras se omitam no cumprimento de seus deveres. Também os Conselhos Tutelares ainda não alcançaram, em muitos municípios, estrutura para o pleno êxito de suas operações, o que exige do Magistrado a atuação prevista no art. 262 do diploma tutelar menoril:

"Enquanto não instalados os Conselhos Tutelares, as atribuições a eles conferidas serão exercidas pela autoridade judiciária".

Nesse dispositivo - ressalte-se -, mitigou o legislador o princípio da inércia do Magistrado, quando previu a necessidade de atuação da Autoridade Judiciária em caso de inexistência do Conselho Tutelar. Por óbvio, o legislador provoca o Magistrado à ação subsidiária, em caso de inoperância ou insuficiência de atuação do órgão tutelar (*o que ocorre, por enquanto, em nosso município, no qual os esforçados Conselheiros nem sempre dispõem de toda estrutura necessária à reatuação de seu mister*).

O legislador determina no art. 98 do ECA:

"As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

- I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;*
- II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;*
- III - em razão de sua conduta."*

Portanto, é necessária a aplicação de medidas de proteção à criança e ao adolescente quando houver ação ou omissão da sociedade ou do Estado. Abstratamente falando, omitindo-se o órgão público, omitindo-se o Conselho Tutelar, omitindo-se o Ministério Público, o que deve fazer o Juiz que não quer se acomodar e se acumpliciar com a omissão? Como atender o legislador?

Esta é a realidade enfrentada pelos Magistrados da Infância e da Juventude brasileiros e a eles cobrada por toda a sociedade!

O Juiz, conscientizado de seus deveres constitucionais, deve aplicar a medida de proteção, no exercício do seu dever maior de prevenção. A estrutura imaginada pelo legislador é uma estrutura de rede, dispensada a hierarquia piramidal. O Magistrado não está, e não pretende estar, acima de ninguém no todo da tarefa protetiva. Mas, como em qualquer rede de pesca de boa qualidade, espera-se que a falta de um cordame seja suportada pelos cordames que subsistem, firmes e ativos, para que o pescado não se perca. Assim acontece nesta peculiar jurisdição. Na falta de ação dos outros órgãos, o Magistrado deve e precisa atuar.

AS RELAÇÕES DO MAGISTRADO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE COM OS OUTROS ÓRGÃOS DA PROTEÇÃO

Não somos o único e privilegiado intérprete da Lei. A cada um cabe a tarefa de, com boa hermenêutica, bem orientar suas ações. Entretanto, a falta de compreensão - por alguns atores sociais - em torno da amplitude da Lei, sua teleologia e os valores embutidos na nobre missão que lhes foi conferida, a de zelar por seus fins educativos, preventivos e sociais, desfalcam-lhes o ânimo e a vocação, sejam Conselheiros, Familiares, Promotores de Justiça, Poderes Públicos e, até, Juízes.

Além disso, num país de tantas precariedades, nem sempre é dado, por exemplo, ao Promotor de Justiça - ou mesmo ao Juiz, o

equipamento, a estrutura técnica e moral, a assessoria ou o pessoal necessários à boa e desejável atuação.

De todo modo, é com dificuldade que observamos os esforços, de muitos, tão empenhados no combate às ações dos Juízes da Infância e da Juventude. Com uma visão de legalidade estrita, que esquece as finalidades da lei, exercem combate sem trégua às ações do Magistrado. Como se ele fosse um adversário da proteção integral! Como se, por culpa do Magistrado, a rede de proteção não funcionasse a contento! Como se a ação do Juiz ocupasse espaços em demasia! Não é assim.

Temos, na verdade, miséria em demasia. Excesso de crianças em situação de risco. Não é necessário que disputemos sua proteção. Infelizmente, há trabalho para todos os que estiverem sinceramente empenhados!

Melhor fora a maior presença das autoridades competentes junto aos órgãos públicos que se omitem na proteção integral à criança e ao adolescente! Necessariamente, haveria a mitigação do poder de polícia do Magistrado. No entanto, hoje, tal papel - o do Juiz - se sobreleva na medida em que precisa suprir as lacunas da ação do Poder Público. Essa inação, no entanto, é menos combatida pelos órgãos competentes, preferindo-se atacar o Magistrado que age.

Pergunta-se: se o Juiz atua, na omissão ou inexistência de outros órgãos, o que é mais consentâneo com os superiores interesses da proteção integral? A ação do Juiz ou a inação dos demais agentes? O que deve ser mais atacado? A ação - constitucional, legal e moralmente sustentável - que tenta salvar vidas, ou a inação que as perde? Se o Conselho Tutelar ainda não tem estrutura suficiente para todas as demandas; se inúmeras crianças são mal atendidas nos hospitais públicos situados, sobretudo, no interior do Estado; se há óbitos de recém-nascidos por falta de vagas em UTIs neonatais; se não há - repetimos - fiscalização nos nosocômios pelos órgãos competentes, ignorando-se a linguagem imperativa do art. 11 do ECA; se há o descumprimento da Convenção de Nova York, em vigor no Brasil (que determina o melhor padrão, possível, de tratamento das doenças de crianças e adolescentes da Comarca, confor-

me lembra Marcos Maselli Gouvea, em seu livro já referido), o que deve o Magistrado fazer? Omitir-se?

Por isso é que, com tristeza, vemos o empenho de alguns legalistas, por exemplo, para que não sejam comunicadas ao Juízo, sobretudo nas Comarcas do interior, ocorrências hospitalares envolvendo crianças e adolescentes, a partir de interpretação literal do ECA. Quem assim se posiciona se esquece da impossibilidade de os Conselhos Tutelares, em maioria, assumirem todos os seus deveres constitucionais de fiscalização dos hospitais. Quem assim se posiciona não percebe, ainda, que, para os nosocômios, são conduzidos jovens alcoolizados e agentes de direção perigosa, crianças abusadas sexualmente, queimadas, maltratadas ou subnutridas e, principalmente, esquece-se de que, ali, permanecem recém-nascidos que não encontram vagas em UTIs neonatais.

São, sem dúvida, hipóteses que não podem ficar a descoberto, sem ação protetiva!

Necessário que o juiz seja menos ativista? Pois que atue mais e melhor a rede solidária, prevista pelo legislador, o Conselho Tutelar e o Conselho de Defesa dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes, impulsionados pelos representantes do Ministério Público! Tanto basta aos magistrados!

CONCLUSÃO: EFETIVO GARANTISMO DO ECA

Concluimos, portanto, que, certamente, a função do Magistrado da Infância e da Juventude não é a da mera inércia da jurisdição regular. É preciso que ele saia de seu gabinete para defender os direitos de crianças e jovens junto ao empresário desonesto, junto à família negligente, junto ao Poder Público omissivo.

Não conseguimos alcançar, no entanto, porque Magistrados e Promotores de Justiça, ou Magistrados e Conselhos Tutelares, em matéria de crianças e adolescentes, devam ser, ou se tratar, como adversários ideológicos, se grande parcela do esforço que lhes compete deve ser comum.

Que não comunguemos da mesma doutrina ou hermenêutica é razoável - e os Tribunais de Justiça estão aí para corrigir-nos - mas que muitas vezes não nos movamos pelos mesmos princípios de

prevalência do interesse superior e da proteção integral à infância e à juventude, é inaceitável!

Verdadeira batalha deve existir entre os inertes e os ativistas! E, em ambos os lados, há os inertes, Juízes da Infância e da Juventude pouco conscientes e pouco estimulados para o cumprimento de sua missão e Promotores de Justiça sem visão necessária ao seu mister, até conselheiros não conscientes.

Como em algumas trincheiras, Magistrados, Promotores de Justiça e Conselheiros Tutelares, somos, presumidamente, honestos em nossos propósitos, bem intencionados, éticos e leais, é imperativo que devamos nos entender. Até porque, não sendo assim, permaneceremos no lamentável caos social que vivenciamos.

Se inertes forem em relação às omissões dos Conselhos Tutelares e das autoridades constituídas, passarão os Juízes a conduzir-se simplesmente como "lixeiros" do sistema. Crianças e adolescentes, expurgados pelo descaso, serão transformados em simples objetos da intervenção estatal. Então, a eles serão aplicadas, apenas, medidas de alcance duvidoso, de abrigo em instituições ou internação em nosso cruel sistema socioeducativo, quase carcerário. É preciso mais.

É preciso que todos tragamos essas pessoas de *cidadania utópica*, marginalizadas pela omissão da rede solidária, à *cidadania protegida*. Assim nos exige o ECA. Assim exige o art. 6º do ECA do intérprete da lei: "que a lei alcance os fins sociais programados".

Daí os inúmeros projetos educativos - que não podem ser meramente assistenciais - das Varas da Infância e da Juventude, tornando-se instrumentos essenciais à proteção integral.

O JUIZ DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE NÃO É UM NOSTÁLGICO DO CÓDIGO DE MENORES!

Ao contrário do que alguns afirmam, os Juízes da Infância e da Juventude *ativistas* não são nostálgicos do Código de Menores. Não são adversários do ECA. Não querem concentrar poder em suas mãos. Estão apenas conscientizados de que o Estatuto lhes constitui e lhes requisita, não como seu agente único, mas como um agente central.

Nós, os Magistrados do *novo Direito da Criança e do Adolescente*, lutamos contra o sistema social. Lutamos contra as marcas

de inferioridade que deixam impregnados nossos adolescentes e impregnadas nossas crianças. Lutamos contra as deficiências da máquina judiciária. Lutamos contra os preconceitos que nos situam como Juízes de menor valor na constelação funcional. Lutamos, contra alguns atores sociais que, até idealistas e trabalhadores, se recusam a unir seus esforços aos dos Magistrados para o bem-estar, no momento atual, da comunidade infanto-juvenil, que está desprotegida, por enquanto, em seus direitos, pela falta de atuação eficaz dos órgãos tutelares, sobretudo na área escolar e na área hospitalar.

É diferente a posição dos Magistrados. Ao contrário. Aplaudimos e assistimos, por exemplo, a preocupação de alguns Promotores de Justiça com a ativação dos Conselhos Municipais de Direitos das Crianças e dos Adolescentes e com a reestruturação dos fragilizados Conselhos Tutelares!

Sobre a importância dos órgãos tutelares, queremos citar, aqui, um trecho de artigo recentemente enviado à imprensa de Teresópolis, em co-autoria com o Serventuário de Justiça Denilson Cardoso de Araujo:

"Tanto ou mais que o pleito presidencial, a próxima eleição do Conselho Tutelar deve merecer a atenção de todos. Não se trata de concurso público para um mero emprego. O Conselheiro eleito é um representante político da comunidade. O Conselho Tutelar nada tem a ver com o Judiciário. É um órgão autônomo, da municipalidade, órgão da democracia participativa que precisa de agentes bem formados, conscientes, ativos, dinâmicos, sensíveis, conhecedores das suas obrigações, que atuem não só como contínuos da municipalidade, correndo atrás dos prejuízos do sistema, mas que auxiliem na conscientização das escolas, de pais e de autoridades para os graves problemas que enfrentamos, Conselheiros Tutelares mais atuantes, melhor aparelhados e melhor compreendidos."


Ao contrário daqueles que não aplaudem os esforços dos Magistrados - e os esforços de sua equipe interdisciplinar - para suprir as carências dos Conselhos Tutelares e das autoridades cons-

tituídas, nós aplaudimos os esforços dos representantes do Ministério Público.

Eleitos Conselheiros Tutelares conscientizados dos seus deveres, inscritos na Constituição Federal, fazendo-se ativistas; monitorando-se, como necessário, a infreqüência escolar do município (não apenas recebendo - quando chegam - as comunicações dos colégios); minimizando-se o *bullying* (dramática realidade em nossas escolas); sindicando-se, com responsabilidade moral, os hospitais de nossa cidade (exigindo-se a comunicação imediata do nascimento de crianças que necessitam transferência para UTIs neonatais de outras cidades, em tempo hábil para que sobrevivam); sendo aplicadas, pelos Conselheiros, as medidas de proteção necessárias aos adolescentes em estado de risco; atuando os Conselheiros, através de sindicâncias diárias, junto a empresários que criminosamente impulsionam nossos adolescentes ao alcoolismo; enfim, cumpridas efetivamente as atribuições previstas no art. 136 do ECA, *certamente cederão os Juízes, gratamente, seu espaço ativista*, fazendo substituir-se no seu poder de polícia e de precaução em prol das crianças e dos jovens.

Até lá, por formação moral e estatura espiritual, não podem os magistrados - vocacionados - ser incluídos no rol dos omissos.

Disse HELDER CÂMARA: "A pior coisa que podemos fazer aos jovens é tirar-lhes as razões de esperar". Parafraseando, diremos:

"A pior coisa que podemos fazer aos jovens e às crianças de nosso País é tirar-lhes as razões de esperar, ainda que tardiamente, a formação de efetiva rede solidária de amparo a seus direitos sociais". 

Breves Comentários à Lei 11.280/06 Reformas do Código de Processo Civil

**Natacha Nascimento Gomes Tostes
Gonçalves de Oliveira**

*Juíza de Direito do Estado do Rio de Janeiro.
Mestre em Direito pela Universidade Gama
Filho. Professora de Processo Civil da Unigranrio.*

A partir de dezembro de 2005, diversas leis de reforma do Código de Processo Civil foram aprovadas pelo Congresso Nacional. O último dos textos legais aprovado foi a Lei 11.280/06, que entrou em vigor em 17.05.2006, e trouxe alterações pontuais no Diploma Processual, dentro do espírito do legislador reformista, tendente a imprimir maior celeridade aos processos judiciais, mormente em decorrência da necessidade de garantir-se um processo que tramite dentro de um tempo razoável, erigido à categoria de direito fundamental do cidadão, pela Emenda Constitucional 45/04.

O presente artigo, visa, então, tecer breves comentários às alterações trazidas por este novo diploma processual, a partir da nova redação dada a cada um dos dispositivos alterados.

1. DA ALTERAÇÃO EM QUESTÕES DE COMPETÊNCIA

A primeira alteração trazida pela nova lei refere-se à questão da competência fixada através de foro de eleição, quando, muitas das vezes, de plano verifica-se que, em estando a referida cláusula

em contrato de adesão, acarreta severas dificuldades, ou mesmo eliminação do direito de defesa da parte mais fraca no pacto.

Neste sentido, dispõe o novo parágrafo único do art. 112 do CPC:

"Art. 112....."

Parágrafo único. A nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu." (NR)

Com relação a tal norma, preliminarmente há de ser observado que a possibilidade de eleição de foro somente ocorre quando a competência seria fixada pelo critério relativo. Desta maneira, não pode o juiz, com base em cláusula elegendo foro, declinar de sua competência, de ofício, para o juízo eleito, quando a ação tiver sido ajuizada em outro foro, como, p. ex., o do domicílio do réu. Se a eleição de foro é modalidade de prorrogação de competência, expressa e prévia, a mesma não altera competência absoluta.

Nessa esteira, o que o novo dispositivo legal traz não é uma possibilidade de declínio de competência, pura e simples, quando o critério de fixação é relativo (foi a competência fixada segundo o foro eleito). O que se reconhece possível ao juiz fazer, de ofício, e segundo os parâmetros que já regiam as disposições consumeristas, é declarar a nulidade da cláusula de eleição de foro em contratos de adesão, quando tal, por exemplo, inviabilizaria o direito de defesa. São comuns as disposições contratuais bancárias firmadas entre a instituição financeira e o consumidor trazer eleito o Foro da Capital de São Paulo. Tais cláusulas são impostas ao consumidor, e a propositura de ações no foro eleito, na maioria dos casos, dificulta em muito, ou mesmo inviabiliza a defesa, em razão da impossibilidade, até financeira, de deslocamento por parte do demandado. Basta pensar-se, por exemplo, em uma ação movida em São Paulo, capital, pela competência estabelecida pelo foro de eleição (melhor seria dizer, foro de imposição), quando o réu reside no interior de outro estado da federação. Recebendo, assim, o juiz uma ação ajuizada

no foro eleito, e verificando que, por ser contrato de adesão, não houve possibilidade de efetiva discussão entre as partes, pode o julgador, e deve, até em homenagem ao princípio constitucional da ampla defesa, declarar nula a cláusula.

A partir de então, desaparece o lastro que autorizara a distribuição da causa ao local do foro de eleição, devendo os autos ser remetidos ao juízo natural na questão, que é o do foro do domicílio do réu, na forma do art. 94 do CPC.

Complementando a norma acima comentada, foi também modificado o texto do art. 114 do CPC:

"Art. 114. Prorrogar-se-á a competência se dela o juiz não declinar na forma do parágrafo único do art. 112 desta Lei ou o réu não opuser exceção declinatória nos casos e prazos legais." (NR)

Cuida-se de emenda de redação, para adequar o texto do artigo ao novo dispositivo trazido pelo parágrafo único do art. 112. Tratando-se de incompetência relativa, pode haver a prorrogação, ou seja, o juízo que não seria originariamente competente para conhecer e julgar determinado feito passa a sê-lo, tendo sua competência ampliada (prorrogada). Tal instituto somente ocorre na incompetência relativa, jamais na absoluta. A prorrogação pode se dar de forma voluntária, ou seja, pela manifestação da vontade das partes, ou de forma legal. A prorrogação legal, ou modificação de competência, se verifica na hipótese de ações conexas que devam ser reunidas para evitar julgamentos contraditórios (artigos 103 a 105 do CPC). A prorrogação pela vontade das partes ocorre de forma expressa e prévia, quando há eleição de foro, e, doravante, SE, E SOMENTE SE, a cláusula de eleição não tiver sido declarada nula pelo julgador, na forma do art. 112, parágrafo único do CPC, ou, ainda, pela não oposição da exceção de incompetência, expediente através do qual, no prazo de defesa, se permite ao réu a argüição da incompetência relativa.

Ainda com relação à competência, em dispositivo que efetivamente acresce a possibilidade do exercício da ampla defesa, per-

mite-se a interposição de exceção de incompetência no foro do local onde houve a citação, alterando-se, para tanto, o art. 305 do CPC:

"Art. 305.....
Parágrafo único. Na exceção de incompetência (art. 112 desta Lei), a petição pode ser protocolizada no juízo de domicílio do réu, com requerimento de sua imediata remessa ao juízo que determinou a citação." (NR)

A exceção de incompetência é a peça que deve ser apresentada para argüição, pelo réu e somente por ele, de incompetência relativa. A incompetência relativa é aquela que surge quando a regra de fixação foi criada em proveito das partes, e não da administração da justiça (quando a competência é absoluta), pode originar-se de questões territoriais ou de valor.

Todavia, posta ressalva à hipótese do art. 95 do CPC, que estabelece competência pelo local da situação do imóvel, sendo a mesma absoluta nos casos previstos na parte final do dispositivo (*foro rei sitae*), a maioria das exceções de incompetência são ajuizadas em razão de desobediência à competência territorial.

Pela regra originária, a parte tinha de se deslocar até o local onde estava sendo demandada, a fim de apresentar a exceção ao juízo onde tramitava a causa. Tal procedimento muitas vezes acarretava cerceamento ou mesmo impossibilidade de defesa. Basta pensar-se em alguém que, domiciliado em Duque de Caxias, receba citação em ação que tramita em Comarca do interior do Acre. A necessidade de deslocamento da parte, ou de seu advogado, até o local do feito, para a entrega da petição que suscita a incompetência do juízo, em grande parte das vezes inviabilizava a própria argüição e a defesa.

Doravante, o réu desejoso de argüir a incompetência do juízo poderá fazê-lo junto ao juízo de seu próprio domicílio, que providenciará a remessa da peça ao juízo do feito.

Tratando-se de réu citado por precatória, a petição de exceção de incompetência deverá ser apresentada ao juízo que cumpriu a deprecata, que devolverá a carta, junto com o expediente. Tratan-

do-se, porém, de citação postal, haverá necessidade de regulamentação por cada Tribunal do juízo encarregado de receber o expediente e o remeter ao juízo do feito, o que deverá ser feito pela norma de organização judiciária local.

2. DAS ALTERAÇÕES QUANTO AO SISTEMA ELETRÔNICO DE PROCESSAMENTO

Seguindo as tendências de implantação de um processo eletrônico, e atento à necessidade de atualização dos meios de comunicação processual aos modernos mecanismos de transmissão de dados, passa o CPC a conter expressa disposição a respeito da transmissão de dados por via eletrônica, através da nova redação do art. 154, parágrafo único, do CPC.

"Art. 154.

Parágrafo único. Os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP - Brasil." (NR)

O dispositivo vem possibilitar a prática de atos processuais por meio eletrônico, rumo à dispensa do processo de papel. Trata-se de adaptação do sistema judiciário às modernas diretrizes da informática, buscando a eliminação do processo físico. Hoje já se admite, onde permite a lei de organização judiciária, a transmissão de petição por *e-mail*, assim como desde há muito se utiliza o fac-símile. Todavia, continua sendo exigida a remessa, *a posteriori*, da petição física. Com o sistema ICP-BRASIL, será possível caminhar rumo ao processo totalmente eletrônico. Acrescente-se que a norma não impõe aos Tribunais a implantação do sistema, apenas o admite.

Em paralelo, a norma demonstra a necessidade do profissional do direito manter-se atualizado não apenas em relação às normas jurídicas, mas também em face das ferramentas de informática,

sem as quais, dentro em breve, ficará inviabilizada, ou muito dificultada, a operacionalização do direito.

3. DA PRESCRIÇÃO

Uma das normas processuais mais incisivas, na busca da celeridade processual, e seguindo uma evolução iniciada pelo art. 194 do Código Civil, deu-se com a possibilidade outorgada ao juiz de reconhecer, de ofício, a prescrição, em qualquer caso, e não mais apenas quanto a direito patrimonial, ou, ainda, prescrição que favoreça a incapaz.

"Art. 219.....

.....

§ 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.

....."(NR)

Com efeito, de há muito se criticava a disposição processual ora modificada, através da qual se vedava ao juiz reconhecer prescrição sobre matéria patrimonial de ofício. Muitas vezes desde o recebimento da inicial vislumbrava o julgador a ocorrência de prescrição, mas não a podia decretar. Assim, havia necessidade de citar o réu, aguardar uma provável argüição, para, somente então, extinguir o feito. Isso acarretava uma indesejada morosidade processual.

Essa impossibilidade de o juiz reconhecer a prescrição de direitos patrimoniais começou a ser revista pelo Código Civil, que possibilitava ao julgador o reconhecimento de ofício de prescrição, em relação a qualquer matéria, quando favorecesse a absolutamente incapaz (art. 194 do CC).

Com o novo dispositivo, a novidade trazida pelo CC/2002 estende-se a todos os casos de prescrição, que beneficiem capazes ou incapazes, transformando-se, assim, a prescrição em questão de ordem pública, como sói acontecer com a decadência.

Via de conseqüência, a partir da vigência do novo dispositivo, a prescrição passa a poder ser reconhecida de ofício pelo julgador, inclusive na "cabeça" da inicial, extinguindo-se o feito fundado em pretensão prescrita em seu nascedouro, com julgamento de mérito (art.

295, IV, c/c art. 269, IV, do CPC). Por conta de tal, o art. 194 do CC (Lei 10.406/02) ficou sem objeto, e foi revogado por esta Lei (art. 11).

Observe-se que aumentam assim as possibilidades de o feito ser extinto em seu nascedouro, pela presente ampliação das hipóteses de indeferimento da inicial, em relação ao reconhecimento da prescrição, o que irá se somar ao recém implantado art. 285-A no diploma processual, trazido pela Lei 11.277/06.

Outrossim, uma vez que erigiu-se a prescrição em questão de ordem pública, seu reconhecimento poderá ser feito, a partir da vigência da nova lei, de ofício, pelo julgador em qualquer fase do processo ou grau de jurisdição. Isso quer dizer que em grau de recurso poderá ser reconhecida prescrição, ainda que não alegada por qualquer das partes nas instâncias inferiores.

Finalmente, entrando em vigor o dispositivo, terá aplicação imediata, inclusive aos processos em andamento, nos quais por ventura haja prescrição, mas não tenha sido a mesma alegada pela parte, sujeitando-se estes feitos à extinção, pelo reconhecimento da prescrição de ofício pelo julgador, por força da aplicabilidade imediata das normas processuais aos processos em andamento, na forma do disposto no art. 1211 do CPC.

4. DO CONTROLE DA DISTRIBUIÇÃO E DA PREVENÇÃO

Com o intuito de aumentar o controle sobre as tentativas de burlar o princípio do juiz natural, foram acrescentadas hipóteses que determinam a distribuição por dependência no art. 253 do CPC:

"Art. 253.

.....
II - quando, tendo sido extinto o processo, sem julgamento de mérito, for reiterado o pedido, ainda que em litisconsórcio com outros autores ou que sejam parcialmente alterados os réus da demanda;

III - quando houver ajuizamento de ações idênticas, ao juízo prevento.

....." (NR)

Dessa forma, o presente dispositivo é ampliado, visando à concretização da garantia constitucional do juiz natural, evitando-se a utilização de expedientes que visavam a "escolha" do juiz do caso concreto. O inciso II teve sua redação revista, posto que, pela redação originária, somente havia a distribuição ao juízo anterior quando o feito precedente tivesse sido extinto pela desistência. Agora, em qualquer hipótese de extinção do processo sem exame de mérito, a repropositura da ação não afastará o juízo ao qual foi a causa primeiramente ajuizada.

O dispositivo em comento foi originariamente introduzido na ordem jurídica pela Lei 10.358/2001. Antes do mesmo, multiplicavam-se as hipóteses em que determinada parte, desejando que sua ação fosse distribuída ao órgão judiciário X ou Y, entrava com diversas ações, simultânea ou sucessivamente, sendo que cada uma era distribuída para um órgão judiciário. A parte desistia das demais ações, deixando tramitar apenas aquela que havia "caído" no órgão que lhe interessava. Obviamente, tal burlava o princípio do juiz natural.

Com a alteração trazida pela Lei 10.358/2001, não era mais possível que assim se procedesse através da desistência. Todavia, algumas partes menos escrupulosas passaram a abandonar os feitos ajuizados e distribuídos a órgãos judiciários "desinteressantes", aguardando que o feito fosse extinto sem exame de mérito pela aplicação do art. 267, III, do CPC. Outros passaram a não efetuar o recolhimento das custas, dando ensejo ao cancelamento da distribuição (art. 257 do CPC). Ato seguinte, ajuizavam nova ação, idêntica, e repetiam o procedimento até que conseguissem uma distribuição ao órgão desejado. Algumas vezes as ações eram ajuizadas simultaneamente, e seguia-se com o feito que fosse distribuído ao órgão que interessava, abandonando-se as demais, ou não as preparando.

Com o novo texto legal, sejam as ações ajuizadas simultaneamente, em qualquer número, ou posteriormente à extinção de ação anterior, julgada sem exame de mérito, por qualquer causa e não apenas a desistência, ou, ainda, ajuizando-se nova ação, idêntica a que está em trâmite, com o objetivo de "abandonar" a causa anterior, as causas serão remetidas ao juízo que primeiro tomou conheci-

mento do feito (prevento), evitando-se, assim, burla ao princípio do juiz natural.

Alerte-se, porém, que para a cabal efetividade da norma é necessário que os sistemas de distribuição dos feitos sejam totalmente informatizados e integrados. Na esfera do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, caso a distribuição de ação idêntica a uma em trâmite, ou já julgada anteriormente se dê na mesma Comarca em que tramitou, ou tramita, a ação anterior, o próprio sistema informatizado de distribuição acusará a ocorrência, mediante busca automática nos arquivos, e fará a distribuição da segunda causa, e das demais, se houver, ao juízo originário (prevento), inclusive emitindo texto de alerta ao cartório e ao julgador da existência de ação anterior àquela que ora se está distribuindo.

Todavia, entre Comarcas não há ainda cabal integração dos sistemas, havendo necessidade de investimento para tal, e, em um segundo momento, pensar-se na integração nacional dos sistemas dos diversos Tribunais.

Enquanto isso, caberá ao profissional que recebe a incumbência de efetuar a defesa do réu buscar informações, até mesmo pelas páginas dos tribunais na Internet, a respeito de eventual existência de ação anterior. Encontrando a ocorrência, deverá informar o fato ao julgador em preliminar de contestação, suscitando a prevenção do juízo que recebeu a causa originária, para que haja a redistribuição do feito ao juízo natural.

5. DA CONTAGEM DOS PRAZOS PROCESSUAIS PARA O REVEL

Apesar da clareza do dispositivo alterado, ainda se verificava o entendimento distorcido de que o revel não tinha direito aos prazos processuais. E, mesmo quando estes eram observados, não havia, com efeito, forma segura de contagem dos prazos, o que vem a ser corrigido pela alteração dada ao art. 322 do CPC:

"Art. 322. Contra o revel que não tenha patrono nos autos, correrão os prazos independentemente de intimação, a partir da publicação de cada ato decisório.

Parágrafo único. O revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar." (NR)

Dois são os efeitos da revelia. O primeiro, previsto no art. 319 (presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor), decorre da ausência de apresentação de argumentos contrários ao exposto pelo autor na inicial. O segundo, previsto na redação originária do artigo ora alterado, era que os prazos para o revel corriam em cartório, dispensando-se intimações.

A norma alterada aperfeiçoa substancialmente o sistema anterior. Em primeiro lugar, deixa patente que o revel tem, sim, direito aos prazos processuais, que devem ser respeitados. Tal não sofreu alteração, apenas fica mais claro, o que é medida relevante, já que muitos confundiam prazos correndo em cartório com ausência de prazos.

Em segundo lugar, a dispensa de intimação do revel dos acontecimentos processuais somente se justificava, pelo sistema anterior, enquanto o mesmo permanecesse sem advogado constituído nos autos. É que as intimações são feitas na pessoa dos advogados das partes, conforme art. 236 e 237 do CPC. À medida que o revel não tenha advogado, exigir-se sua intimação seria dispensar-lhe tratamento privilegiado, eis que a intimação haveria de ser pessoal, o que, inexoravelmente, aumentaria a marcha processual.

Uma vez, porém, que o revel ingresse nos autos, e isto somente pode ser feito por advogado, eis que a capacidade postulatória no CPC é exclusiva deste, passa a ter direito a ser intimado dos acontecimentos processuais. Repita-se que esta já era a sistemática anterior, segundo a melhor interpretação que se dava ao antigo art. 322. Todavia, considerando que existiam interpretações no sentido de que o revel, mesmo ingressando no feito posteriormente, constituindo advogado, não deveria ser intimado dos acontecimentos processuais, altera-se a norma legal, para não mais dar margem a interpretações divergentes e prejudiciais ao efetivo contraditório no feito e à ampla defesa. Os prazos para o revel que não tenha advogado nos autos contam-se independentemente de intimação, mas, quando o revel tiver advogado nos autos, por ter ingressado no feito na forma

do permissivo do parágrafo único, deverá ser intimado, pela veiculação na Imprensa Oficial, de todos os acontecimentos processuais.

A terceira alteração visa a garantir a segurança na contagem dos prazos processuais. A partir da entrada em vigor do texto ora em comento, os prazos para o revel contar-se-ão a partir da veiculação do ato na Imprensa Oficial. Observe-se que aqui não estar-se-á procedendo à intimação, eis que não há advogado a que se destine a publicação no DO. Todavia, cria-se um critério objetivo e de público controle a respeito do termo inicial dos prazos, inclusive para o revel. Os mesmos contar-se-ão a partir do momento da veiculação do ato no DO, observadas, no demais, as normas de contagem dos prazos processuais (art. 184, CPC).

6. DA RESTRIÇÃO DA SUSPENSIVIDADE DAS CARTAS PRECATÓRIAS/ROGATÓRIAS

Mais uma vez para atender aos reclamos da celeridade processual, e a fim de coibir deliberadas tentativas de retardar o feito judicial por litigantes a quem somente interessa a tardança no fim do feito, aumenta-se o rigor na questão do efeito suspensivo das cartas precatórias e rogatórias expedidas, mesmo quando requeridas antes da decisão de saneamento. Neste sentido, deu-se nova redação ao art. 338 do CPC:

"Art. 338. A carta precatória e a carta rogatória suspenderão o processo, no caso previsto na alínea b do inciso IV do art. 265 desta Lei, quando, tendo sido requeridas antes da decisão de saneamento, a prova nelas solicitada apresentar-se imprescindível.

....."(NR)

Como visto, cuida-se de mais um dispositivo que visa à consecução da celeridade e efetividade processual. Pelo texto anterior, as cartas precatórias e rogatórias destinadas a colheita de prova (normalmente prova testemunhal), somente tinham o condão de obstaculizar a marcha processual se, e somente se, requeridas AN-

TES do saneamento do feito. Dessa maneira, precatórias para oitiva de testemunhas, para ter efeito suspensivo, impedindo o julgamento do feito antes de seu retorno, não devem tão-somente observar a tempestividade no momento de arrolamento da testemunha, na forma do art. 407 do CPC (10 dias antes da AIJ ou no prazo que o juiz determinar), mas também, e principalmente, **HÃO DE SER REQUERIDAS ANTES DA DECISÃO DE SANEAMENTO**.

Com o aperfeiçoamento do texto legal, não basta que a precatória/rogatória, para ter o condão de suspender o curso do feito, impedindo o julgamento, tenha sido requerida ANTES do saneamento. Deve haver ainda a IMPRESCINDIBILIDADE da prova.

Sendo certo que o juiz é o destinatário da prova, e que o objeto desta é possibilitar a formação de um juízo de convicção, eliminando dúvidas (ainda) existentes no espírito do julgador, pode-se chegar ao conceito de prova imprescindível por uma interpretação **a contrario sensu**, sendo que não terá tal característica a prova que, de uma forma ou outra, seja qual for o seu conteúdo, não afetar o convencimento do julgador, que já encontra nos autos elementos suficientes para decidir a demanda.

Com efeito, em muitos casos o caderno processual já conta com elementos de convicção suficientes para um juízo meritório, mas a existência de precatória ainda não devolvida impede seu julgamento. Com o novo texto legal, somente perdurará a necessidade de suspensão do feito para aguardar-se a precatória/rogatória se os autos demonstrarem que a prova requisitada é imprescindível para o julgamento. Caso contrário, o juiz, em decisão fundamentada, expondo as razões pelas quais considera que a prova rogada ou deprecada não é imprescindível, deverá afastar a necessidade do aguardo da carta, seguindo-se o curso do processamento, inclusive com julgamento final meritório.

7. DA PREVISÃO EXPRESSA DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA/TUTELA CAUTELAR NA AÇÃO RESCISÓRIA

Ainda que o dispositivo ora acrescido já estivesse implícito na possibilidade ampla deferida pelo art. 273 do CPC, ou no livro III do Código, prefere o legislador deixar patente a possibilidade de con-

cessão de antecipação de tutela na ação rescisória, quando imprescindível a suspensão da exeqüibilidade da decisão meritória exequenda. Passa, assim, a dispor o novo art. 489 do CPC:

"Art. 489. O ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela." (NR)

Destarte, o texto ora acrescido somente vem deixar clara a possibilidade de concessão de medidas cautelares ou de antecipação de tutela em sede de ação rescisória, podendo a medida requerida ser no sentido de suspender a eficácia da sentença rescindenda. Obviamente a não suspensividade continua sendo a regra, e a possibilidade de concessão de medidas que caminhem em sentido contrário a exceção. Deverão, ainda, ser observados, para a concessão de medidas que impeçam o cumprimento da sentença, por conta de ação rescisória ajuizada, os requisitos para a concessão de medidas cautelares (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) e, no caso de medida antecipatória, hão de estar presentes os requisitos do art. 273 do CPC.

8. DAS ALTERAÇÕES NA ORDEM DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS

Com o fito de imprimir maior celeridade, também, aos julgamentos dos processos nos tribunais, altera-se a disposição do art. 555 do CPC, que passa a contar com a seguinte redação:

"Art. 555.

.....
§ 2º Não se considerando habilitado a proferir imediatamente seu voto, a qualquer juiz é facultado pedir vista do processo, devendo devolvê-lo no prazo de 10 (dez) dias, contados da data em que o recebeu; o julgamento prosseguirá na 1ª (primeira) sessão ordinária subsequente à devolução, dispensada nova publicação em pauta.

§ 3º No caso do § 2º

deste artigo, não devolvidos os autos no prazo, nem solicitada expressamente sua prorrogação pelo juiz, o presidente do órgão julgador requisitará o processo e reabrirá o julgamento na sessão ordinária subsequente, com publicação em pauta."(NR).

A norma visa a garantir a celeridade do julgamento dos recursos, dando continuidade a uma série de reformas anteriores que buscam a eliminação, ou, ao menos, a diminuição do estrangulamento do sistema recursal.

Atualmente, se no julgamento de apelação ou agravo, qualquer dos votantes pede vista dos autos, não há prazo definido para sua devolução, ressalvadas as disposições constantes nos Regimentos Internos de cada Tribunal. Esta situação dá margem a muitos atrasos nos julgamentos dos feitos, não sendo, infelizmente, raros os casos de julgadores que pedem vistas dos autos e não os devolvem por um longo período.

Com a alteração, o prazo passa a ser regulado pelo CPC, aplicando-se, assim, a todos os Tribunais, sendo de 10 dias, permitida a prorrogação, mediante pedido expresso feito ao Presidente do órgão julgador, que deverá, não havendo devolução dos autos, requisitar os mesmos, tomando as medidas administrativas cabíveis em relação ao retardo no retorno do processo e a imposição de morosidade indesejada à marcha processual, que hoje, inclusive, fere direito fundamental do cidadão, frente ao que consta no art. 5º, inciso LXXVIII, à medida que a duração razoável do processo foi erigida à garantia individual.

Outra alteração relevante é que, com a fixação do prazo de 10 dias para a devolução dos autos, a partir da data em que foram os autos recebidos, a parte fica ciente, *a priori*, de que, findando-se os dez dias, o feito será reincluído em pauta para julgamento na primeira sessão seguinte ao término do prazo de dez dias, razão pela qual dispensa-se novo ato formal de inserção em pauta e publicação da mesma, a fim de intimação das partes interessadas, já que estas já terão ciência, desde a sessão anterior, da data da próxima sessão de julgamento (primeira após o término do prazo de 10 dias).

Todavia, caso não haja devolução dos autos em 10 dias, impondo-se a requisição dos autos, a reinclusão em pauta para julgamento deverá ser acompanhada da publicação no DO da data da sessão, eis que, caso contrário, a parte não terá a prévia ciência do dia do julgamento.

A completar o rol de alterações, a Lei 11.280/06 revogou o art. 194 do CC, eis que, com a nova redação do art. 219, § 5º, do CPC, ficou o mesmo sem objeto.☐

Violência Doméstica contra a Mulher

Lei nº 11.340/06

Marcelo Lessa Bastos

*Promotor de Justiça no Rio de Janeiro.
Professor de Direito Processual Penal da
Faculdade de Direito de Campos - RJ.*

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS. ORIGEM DA NORMA.

Em vigor desde o dia 22 de setembro último, a Lei nº 11.340/06, conhecida como "Lei Maria da Penha" em homenagem a uma mulher vítima de violência doméstica, veio com a missão de proporcionar instrumentos adequados para enfrentar um problema que aflige uma grande parte das mulheres no Brasil e no mundo, que é a violência de gênero.

É impressionante o número de mulheres que apanham de seus maridos, além de sofrerem toda uma sorte de violência que vai desde a humilhação, até a agressão física. A violência de gênero é, talvez, a mais preocupante forma de violência, porque, literalmente, a vítima, nesses casos, por absoluta falta de alternativa, é obrigada a dormir com o inimigo. É um tipo de violência que, na maioria das vezes, ocorre onde deveria ser um local de recesso e harmonia, onde deveria imperar um ambiente de respeito e afeto, que é o lar, o seio familiar.

Um antecedente legislativo ocorreu em 2002, através da Lei nº 10.455/02, que acrescentou ao parágrafo único do art. 69 da Lei nº 9.099/95 a previsão de uma medida cautelar, de natureza penal, consistente no afastamento do agressor do lar conjugal na hipótese

de violência doméstica, a ser decretada pelo Juiz do Juizado Especial Criminal. Outro antecedente ocorreu em 2004, com a Lei nº 10.886/04, que criou, no art. 129 do Código Penal, um subtipo de lesão corporal leve, decorrente de violência doméstica, aumentando a pena mínima de 3 (três) para 6 (seis) meses.

Nenhum dos antecedentes emplacou. A violência doméstica continuou acumulando estatísticas, infelizmente. Isto porque a questão continuava sob o pálio dos Juizados Especiais Criminais e sob a incidência dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95. Alguma coisa precisava ser feita: era imperiosa uma autêntica ação afirmativa em favor da mulher vítima de violência doméstica, a desafiar a igualdade formal de gênero, na busca de restabelecer entre eles a igualdade material.

Veio, então, a Lei em comento - a Lei "Maria da Penha" - cuja origem, não se tem dúvidas em afirmar isto, está no fracasso dos Juizados Especiais Criminais, no grande fiasco que se tornou a operação dos institutos da Lei nº 9.099/95, não por culpa do Legislador, ressalva-se, mas, sem dúvida, por culpa do operador do Juizado, leiam-se, Juízes e Promotores de Justiça, que, sem a menor cerimônia, colocaram em prática uma série de enunciados firmados sem o menor compromisso doutrinário e ao arrepio de qualquer norma jurídica vigente, transmitindo a impressão de que tudo se fez e se fez com um pragmatismo encomendado simplesmente e tão-somente para diminuir o volume de trabalho dos Juizados Especiais Criminais¹.

¹Por exemplo: a retratação tácita da representação pela ausência de comparecimento da vítima à audiência preliminar (nenhuma lei brasileira oferece qualquer dispositivo que permita tirar esta conclusão!); a banalização da transação penal, com a consagração das cestas básicas como resposta penal principal dos Juizados, fazendo com que o órgão mais pareça uma sucursal das Secretarias de Promoção Social; o valor aviltante dessas obrigações, não raras vezes parceladas em suaves prestações mensais e em montante muito inferior ao próprio dano provocado pela infração penal, etc. Só para ilustrar o tamanho da teratologia, merece destaque o Enunciado nº 85, extraído do Encontro de Juízes de Juizados Especiais Criminais e de Turmas Recursais, ocorrido em Armação dos Búzios, entre os dias 1 e 3 de setembro de 2006: "A prática de ato que denote falta de interesse pelo andamento do feito pela vítima enseja o seu arquivamento, de ofício, ou a decretação da extinção da punibilidade, após a denúncia, por ter o significado de renúncia tácita ao direito de representação, ressalvadas as hipóteses previstas no art. 16 da Lei nº 11.340/2006". Cuida-se de um primor de teratologia! Dois absurdos saltam aos olhos do enunciado, mesmo ao leitor mais desatento, ainda que catecúmeno nas letras jurídicas - o arquivamento *ex officio*, pelo Juiz, de termo circunstanciado ou procedimento investigatório preparatório ao exercício da ação penal (onde fica o sistema acusatório?!); a decretação de extinção da punibilidade, após a denúncia, pela suposta renúncia tácita ao direito de representação (qual a relevância da suposta renúncia, se a ação penal já está em curso? Aliás, que renúncia é esta se o direito já foi exercido, tanto que a denúncia já foi oferecida?? Que "interesse pelo andamento do feito" tem que manifestar a vítima, se o crime é de ação pública??? Está se tentando criar uma espécie de preempção em ação penal de iniciativa pública, o que é o absurdo dos absurdos!!!).

E o pior: não satisfeitos com isto e alheios ao autêntico "cartão vermelho" imposto aos Juizados Especiais Criminais pela Lei "Maria da Penha", Juízes do Estado do Rio de Janeiro, reunidos em Búzios este mês de setembro, reafirmaram aqueles enunciados, agregando outros decorrentes da "análise" da Lei "Maria da Penha" que, em resumo, poderiam ser sintetizados no seguinte: "considerando que não nos agradou, fica revogada a Lei nº 11.340/06"².

Sem mais delongas, inicia-se com a análise de dois pontos principais da Lei "Maria da Penha", um deles deturpado nos enunciados acima referidos.

2. É CONSTITUCIONAL AFASTAREM-SE OS INSTITUTOS DESPENALIZADORES DA LEI Nº 9.099/95 NA HIPÓTESE DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA? PODE A LEI FEDERAL IMPOR AOS ESTADOS REGRA DE COMPETÊNCIA DE JUÍZO? ANÁLISE DOS ARTS. 33 E 41 DA LEI Nº 11.340/06.

Concluiu-se, no Estado do Rio de Janeiro, que o art. 41 da nova Lei seria inconstitucional por suposta ofensa ao princípio da igualdade de gênero (art. 5º, I, da Constituição Federal) e suposta ofensa ao art. 98, I, também da Constituição Federal (que prevê a criação dos Juizados Especiais Criminais e alguns de seus institutos despenalizadores). Seriam, portanto, aplicáveis os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 às infrações penais que, mesmo praticadas com violência doméstica e familiar contra a mulher, se enquadrassem na definição de infração penal de menor potencial ofensivo (pena máxima cominada não superior a dois anos)³.

² Os enunciados em questão estão disponíveis, dentre outros locais, na ADV/COAD, Informativo nº 37/2006, tendo sido publicados no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro do dia 11 de setembro de 2006.

³ Do Encontro de Juízes dos Juizados Especiais Criminais e de Turmas Recursais do Estado do Rio de Janeiro em Armação dos Búzios: enunciado nº 82 - "É inconstitucional o art. 41 da Lei nº 11.340/2006 ao afastar os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 para crimes que se enquadram na definição de menor potencial ofensivo, na forma dos arts. 98, I e 5º, I, da Constituição Federal"; enunciado nº 83 - "São aplicáveis os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 aos crimes abrangidos pela Lei nº 11.340/2006 quando o limite máximo da pena privativa de liberdade cominada em abstrato se confinar com os limites previstos no art. 61 da Lei nº 9.099/95, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.313/2006"; enunciado nº 84 - "É cabível, em tese, a suspensão condicional do processo para o crime previsto no art. 129, § 9º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.340/2006"; enunciado nº 88 - "É cabível a audiência prévia de conciliação aos crimes abrangidos pela Lei nº 11.340/2006 quando o limite máximo de pena privativa de liberdade cominada em abstrato se confinar com os limites previstos no art. 61 da Lei nº 9.099/95, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.313/2006"; enunciado nº 89 - "É cabível a audiência prévia de conciliação para o crime previsto no art. 129, § 9º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.340/2006".

A fragilidade das conclusões se percebe da simples leitura do art. 98, I, da Constituição, que se reporta à Lei - "nas hipóteses previstas em lei" - para definir a incidência dos institutos despenalizadores que prevê (neste ponto, aliás, menção expressa é feita apenas à transação penal, e como exceção - "permitidos" -, o que autoriza concluir que a regra é não haver transação, que é, pois, medida de exceção).

A transcrição do dispositivo se impõe:

Art. 98 - A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;⁴

Sua simples leitura já bastaria para mostrar que cabe à Lei infraconstitucional estabelecer quais as infrações penais sujeitas à transação e aos demais institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95. Aliás, é a própria Lei infraconstitucional que define quais as infrações penais de menor potencial ofensivo e, portanto, da alçada do Juizado Especial Criminal: art. 61 da Lei nº 9.099/95, com a redação atual, dada pela Lei nº 11.313/06. A transcrição é, outra vez mais, didática:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

⁴ Brasil, Constituição Federal, art. 98, I, com os grifos nossos.

Tem-se, pois, uma relação de regra e exceção: são infrações penais de menor potencial ofensivo e, portanto, da competência dos Juizados Especiais Criminais, sujeitas, assim, aos institutos despenalizadores da Lei 9.099/95, todas as infrações penais cuja pena máxima cominada não exceda a 2 (dois) anos, *exceto* aquelas que, independente da pena cominada, decorram de violência doméstica ou familiar contra a mulher, nos termos dos arts. 41, c/c 5º e 7º da Lei nº 11.340/06, estes últimos adiante analisados.

Só para recordar, na primeira versão do art. 61 da Lei nº 9.099/95, estavam fora do conceito de infração penal de menor potencial ofensivo e, portanto, fora do alcance dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, os crimes em que havia, simplesmente, previsão de procedimento especial, ainda que a pena máxima cominada fosse inferior a 1 (um) ano. E, nos termos do art. 90-A, da Lei nº 9.099/95, acrescentado pela Lei nº 9.839/99, estão fora do âmbito de incidência da primeira os crimes militares, independente da pena⁵. Nunca se reclamou disto, na perspectiva da constitucionalidade. Não fazendo sentido se pretender deslegitimar a exclusão imposta pela Lei "Maria da Penha".

Nem se diga que a competência dos Juizados Especiais Criminais é de natureza constitucional. Tal afirmação nunca empolgou. Se assim fosse, seriam inconstitucionais os arts. 66, parágrafo único, e 77, § 2º, da própria Lei nº 9.099/95, que prevêem a remessa do feito ao Juízo comum, nas hipóteses, respectivamente, de réu não encontrado para ser citado, já que inexistente citação por edital nos Juizados, e de necessidade de diligências complexas que contrariem o princípio da celeridade imanente ao rito do Juizado. Também seria inconstitucional a remessa ao Juízo comum do feito em casos de conexão e continência, na hipótese do crime conexo não ser de menor potencial ofensivo, remessa a que sempre foi favorável a maioria da doutrina e jurisprudência, o que foi recentemente contemplado de forma expressa pela Lei nº 11.313/06,

⁵ Só para recordar, esboçou-se pueril controvérsia acerca da natureza da ação penal do crime de lesão corporal leve previsto no Código Penal Militar, surgindo equivocados entendimentos de que seria pública condicionada a representação, malgrado inexistir, na legislação castrense, tal espécie de ação.

que deu nova redação aos arts. 60 da Lei nº 9.099/95 e 2º da Lei nº 10.259/01⁶.

Tocante à suposta ofensa ao princípio da igualdade de gênero, já foi dito acima que a Lei em comento é resultado de uma ação afirmativa em favor da mulher vítima de violência doméstica e familiar, cuja necessidade se evidenciava urgente. Só quem não quer, não enxerga a legitimidade de tal ação afirmativa que, nada obstante formalmente aparentar ofensa ao princípio da igualdade de gênero, em essência busca restabelecer a igualdade material entre esses gêneros, nada tendo, deste modo, de inconstitucional. Outras tantas ações afirmativas têm sido resultado de políticas públicas contemporâneas e, em que pesem algumas delas envoltas em polêmicas, não recebem a pecha de inconstitucionalidade. Citem-se as quotas para negros e estudantes pobres nas universidades, as quotas para deficientes em concursos públicos, as quotas para mulheres nas Eleições etc.

Em resumo, não há o menor problema com o art. 41 da Lei "Maria da Penha". Não se aplicam, portanto, os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 em caso de violência doméstica e familiar contra a mulher. Deste modo, em se configurando a violência doméstica e familiar contra a mulher, qualquer que seja o crime e sua pena, *não* cabe transação penal, *nem* suspensão condicional do processo, *nem* composição civil dos danos extintiva de punibilidade, *não* se lavra termo circunstanciado (em caso de prisão em flagrante, deve ser lavrado *auto de prisão em flagrante* e, se for o caso, arbitrada fiança), deve ser instaurado *inquérito policial* (com a medida paralela prevista no art. 12, III, e §§ 1º e 2º da Lei nº 11.340/06), a denúncia deverá vir *por escrito*, o *procedimento* será o previsto no *Código de Processo Penal*, em se tratando de *lesão corporal leve* a ação penal será de iniciativa pública *incondicionada*, etc.⁷

⁶ Sobre este assunto, vide: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 59/60; e MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 56/57 e 78. Este último colacionando jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em abono à tese defendida.

⁷ Neste sentido, vide GOMES, Luiz Flávio, e BIANCHINI, Alice. "Aspectos Criminais da Lei de Violência Contra a Mulher (I)". Artigo publicado no site do Instituto Luiz Flávio Gomes - www.lfg.com.br, acessado em 28/08/2006, às 15:10h.

Tocante ao art. 33 da Lei "Maria da Penha", uma ponderação deve ser feita, em homenagem ao pacto federativo que, ultimamente, tem sido muito maltratado. É que a Lei federal, ao pretender atribuir às Varas Criminais a competência transitória para o processo e julgamento dos crimes praticados em decorrência de violência doméstica e familiar contra a mulher, dispôs sobre competência de juízo, invadindo, deste modo, a competência legislativa dos Estados em matéria de organização judiciária, ressalvada pelo art. 125, § 1º, da Constituição Federal. Não pode a Lei federal definir competência de juízo, até porque não há como a União descer às idiosincrasias de cada Estado, para saber qual a necessidade de demanda dos órgãos jurisdicionais dos Entes Federativos em suas diversas Comarcas. Inconstitucional, deste modo, o art. 33 da Lei "Maria da Penha". Correto, portanto, o Enunciado nº 86 do até então criticado Encontro de Búzios⁸.

Nada impede, portanto, que os Estados, através de Lei de iniciativa do Presidente do Tribunal, atribuam aos Juizados Especiais Criminais competência para processar e julgar os crimes decorrentes de violência doméstica e familiar contra a mulher, transformando-os de modo que passem a ser, também, Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Lembra-se, todavia, que, independente do crime e da pena, seja ou não compreendido no conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, não se aplicam os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, como já exposto⁹.

3. A RESTRIÇÃO À APLICAÇÃO DE PENAS DE MULTA E "CESTAS BÁSICAS".

Mantendo a homogeneidade de seu espírito e ainda sob o trauma do fracasso dos Juizados Especiais Criminais, vedou a Lei "Maria da Penha" que, em caso de condenação, seja aplicada ao réu somente penas de prestação pecuniária e multa.

⁸ Encontro de Juízes dos Juizados Especiais Criminais e de Turmas Recursais do Estado do Rio de Janeiro em Armação dos Búzios: enunciado nº 86 - "É inconstitucional o artigo 33 da Lei nº 11.340/2006 por versar matéria de organização judiciária, cuja competência legislativa é estadual (artigo 125, § 1º, da Constituição Federal)".

⁹ Isto foi feito no Estado do Rio de Janeiro, contudo através de resolução, a Resolução nº 23/2006, de 19 de setembro de 2006, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça.

Sem dúvida, tal vedação é resultante do descrédito de tais penas, decorrente, dentre outras coisas, do simples fato de não poderem, em caso de descumprimento injustificado por parte do réu, ser convertidas em pena privativa de liberdade.

Não vedou a Lei, no entanto, se cabível, a aplicação das outras penas restritivas de direitos que, se descumpridas, são passíveis de conversão em prisão, na forma do art. 44, § 4º, do Código Penal.

Não há qualquer inconstitucionalidade na vedação em comento, sob a perspectiva do princípio da individualização da pena, a uma porque não se vedou a aplicação de outras penas restritivas de direitos, como visto; e a duas porque o art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, estabelece que caberá à Lei regular tal individualização¹⁰.

Quis a Lei "Maria da Penha", com isto, que o réu acusado da prática de qualquer crime resultante de violência doméstica e familiar contra a mulher, independente da pena cominada, seja julgado por tal infração penal¹¹ e, na hipótese de condenação, seja-lhe aplicada uma pena que, ainda que venha a ser substituída por pena restritiva de direitos, possa, em caso de descumprimento injustificado, ser convertida em prisão, de modo que o apenado se sinta afligido com a sanção penal imposta e, deste modo, seja demovido da idéia de persistir na prática de infrações penais deste jaez.

4. DEFINIÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL E EVENTUAL DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA. OS ARTS. 5º, 6º E 7º DA LEI "MARIA DA PENHA".

São os arts. 5º e 7º os responsáveis por determinar o âmbito de incidência da Lei em comento, já que são eles que definem o que configura e quais as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher. Seu exame conjunto, portanto, mostra-se fundamental para estabelecer quando se aplica a Lei "Maria da Penha".

¹⁰ Lembra-se que, sob a vigência das antigas Leis de Entorpecentes, o entendimento jurisprudencial se consolidou no sentido do não cabimento de conversão da pena oriunda das condenações por tráfico de entorpecentes em pena restritiva de direitos, malgrada a ausência de previsão expressa neste sentido no Código Penal e nas Leis nºs. 6.368/76 e 10.409/02, omissão esta corrigida com a nova Lei de Drogas, em seu art. 33, § 4º, e 44 (Lei nº 11.343/06).

¹¹ Mesmo que se enquadre a infração, em tese, no conceito de menor potencial ofensivo, ficaram afastados os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, como já examinado.

Uma primeira observação que se deve fazer diz respeito a que mulher está sujeita à proteção legal. À míngua de qualquer exclusão constante do texto da Lei, conclui-se que qualquer mulher está por ela tutelada, independente da idade, seja adulta, idosa ou, até mesmo, criança ou adolescente. Nestes últimos casos, haverá superposição de normas protetivas, pela incidência simultânea dos Estatutos do Idoso e da Criança e Adolescente, que não parecem excluir as normas de proteção da Lei "Maria da Penha" que, inclusive, complementam a abrangência de tutela. Bom que se lembre que a Lei "Maria da Penha" não se restringe à violência doméstica, abrangendo, igualmente, a violência familiar, do que não estão livres, infelizmente, crianças, adolescentes e idosos.

Outro ponto a ser considerado, positivo por sinal, diz respeito à ausência de preconceito no que tange às relações domésticas que unam mulheres homossexuais. Qualquer delas, independente do papel que desempenham na relação, está sujeita à proteção legal, como estabelece o parágrafo único do art. 5º¹².

Para ser sujeito passivo tutelado pela norma basta, portanto, que a pessoa se enquadre no conceito biológico de "mulher".

Não pode escapar à crítica, no entanto, o elastério conceitual de que se valeram os arts. 5º e 7º, ao definirem o âmbito de incidência da Lei, permitindo a formulação de juízos de adequação excessivamente abertos, vagos e imprecisos e, portanto, contrários à idéia de segurança jurídica que deve nortear o Direito Penal.

Do art. 5º, só para exemplificar, se pode extrair a idéia de "sofrimento sexual por omissão"¹³. E do art. 7º a idéia de "vigilância constante"¹⁴ como forma de violência psicológica.

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão base-

¹² BRASIL, Lei nº 11.340/06, art. 5º, parágrafo único: "As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual".

¹³ ? (o ponto de interrogação é quanto basta!).

¹⁴ Cíumes?

ada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

*V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.*¹⁵

Caberá ao Juiz, diante do caso concreto, podar eventuais excessos interpretativos, de modo a não permitir, por exemplo, que se queira aplicar a Lei ao marido que simplesmente não cumpra regularmente com suas obrigações sexuais para com sua esposa, rejeitando, se for o caso, por atipicidade material, eventual queixa que, neste sentido, por absurdo, imagine tal comportamento como capaz de configurar crime de injúria.

A definição conceitual do que seja violência doméstica e familiar contra a mulher e a prudência que se espera dos operadores do Direito, em especial Juízes e Promotores, no mister de restringir sua incidência diante de normas tão abertas, é vital em se levando em conta que qualquer crime previsto no Código Penal ou em Leis Especiais, que tutelem as integridades física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral da mulher, podem, em tese, estar sujeitos às prescrições da Lei "Maria da Penha". Neste sentido, são alvos de preocupação específica os crimes que, pela pena, conformar-se-iam na definição de infração penal de menor potencial ofensivo, por conta, principalmente, no caso de atraírem a aplicação desta Lei, do afastamento da incidência dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, das limitações à aplicação de determinadas penas restritivas de direitos e da previsão excepcional de prisão preventiva¹⁶.

¹⁵ BRASIL, Lei nº 11.340/06.

¹⁶ Só para dar um exemplo, suponha-se que duas amigas resolvam sair para noitada e, de repente, se desentendam por causa de um namorado comum, a ponto de trocarem sopapos e causarem lesões corporais recíprocas. Não se trata de infrações penais que se enquadrem no conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher. Portanto, serão crimes de menor potencial ofensivo, sob os auspícios do Juizado Especial Criminal (termo circunstanciado, transações civil e penal, representação, etc); Já se estas mesmas lesões corporais fossem causadas, não por meras amigas, mas por conviventes homossexuais femininas, no seio de suas relações domésticas e íntimas de afeto, estariam tais infrações penais sujeitas às prescrições da Lei "Maria da Penha", neste artigo em análise.

Finalmente, há que se analisar o alcance e as intenções do art. 6º:

Art. 6º A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.¹⁷

Cuida-se de dispositivo encomendado para poder dar ensejo a eventual Incidente de Deslocamento de Competência, na forma dos arts. 109, V-A e § 5º da Constituição Federal, dispositivos introduzidos pela Emenda Constitucional nº 45. Bom frisar que os crimes cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher continuam, em princípio, sendo de competência da Justiça Estadual. Assim como são, também em princípio, quaisquer crimes contra os direitos humanos. Isto porque a competência da Justiça Federal em casos tais pressupõe a procedência do Incidente de Deslocamento, julgada pelo Superior Tribunal de Justiça, por iniciativa do Procurador-Geral da República. Não é automática a competência da Justiça Federal diante do simples fato de se tratar de crime contra os direitos humanos, eis que o art. 109, V-A da Constituição condiciona a regra de competência ao Incidente de Deslocamento, ao fazer remissão expressa ao § 5º, não permitindo que, antes disto, seja estabelecida a competência da Justiça Federal.

5. AS MEDIDAS ESPECÍFICAS DE PROTEÇÃO. NATUREZA JURÍDICA. INICIATIVA.

Antecipando o que se pretende na reforma do Processo Penal, a Lei traz autênticas medidas cautelares alternativas à prisão, misturadas a outras medidas cautelares de caráter extrapenal e a medidas administrativas de proteção à mulher, agregadas nos arts. 11, 22, 23 e 24, os últimos sob o título de medidas protetivas de urgência.

Um embrião de tais medidas já era o art. 69, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95, com a redação dada pela Lei nº 10.455/02¹⁸.

¹⁷ BRASIL, Lei nº 11.340/06.

¹⁸ Que previu a possibilidade de afastamento cautelar do agressor do lar conjugal em caso de violência doméstica, a ser determinado cautelarmente pelo Juiz do Juizado Especial Criminal, sob cuja batuta estava a questão até então.

As medidas do art. 11, administrativas que são e a cargo da autoridade policial, não oferecem maiores problemas. Lamenta-se, somente, o fato do legislador ter enganado as feministas, dando-lhes a falsa esperança de que, doravante, poderão contar com proteção policial (art. 11, I), quando necessário (o que, a rigor, na maioria das vezes o é), coisa que nem as autoridades públicas podem contar regularmente.

Já as denominadas medidas protetivas de urgência, que se dividem naquelas que obrigam o agressor (art. 22) e nas que simplesmente protegem a ofendida (arts. 23 e 24), merecem aprofundada reflexão, a revelar sua natureza e permitir compreender a questão da iniciativa. De se notar que as medidas especificadas em cada um dos artigos mencionados são sempre exemplificativas, não esgotando o rol de providências protetivas passíveis de adoção, consoante ressalvado no art. 22, § 1º e no *caput* dos arts. 23 e 24.

Começa-se a análise pelo art. 22, a seguir transcrito para facilitar o exame.

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

*V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios*¹⁹.

Pode-se afirmar que as medidas previstas nos incisos I, II e III ("a", "b" e "c") são cautelares de natureza penal. Portanto, se vinculadas a infração penal cuja ação seja de iniciativa pública, parece que só podem ser requeridas pelo Ministério Público, não pela ofendida, até porque são medidas que obrigam o agressor, não se destinando, simplesmente, à proteção da ofendida. Sendo assim, não está ela legitimada a requerer tais medidas, o que só pode ser feito pelo titular da ação penal, porque não faria sentido poder ela promover a ação cautelar e não poder promover a ação principal.

Já as medidas dos incisos IV e V são cautelares típicas do Direito de Família. Sendo assim, a parte legítima a requerer será, naturalmente, a interessada. Uma questão a se examinar é se, para tanto, se faz necessária a assistência por Advogado ou Defensor, do que adiante se cuida, já se adiantando o entendimento de que sim.

Outra ordem de medidas de proteção vem nos arts. 23 de 24, a seguir igualmente transcritos.

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos.

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o

¹⁹ BRASIL, Lei nº 11.340/06.

juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

*Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo*²⁰.

Têm-se no art. 23, I e II medidas de cunho administrativo, em que pesem atribuídas ao Juiz desnecessariamente. Nada impede que fossem determinadas pelo Ministério Público, do que, aliás, cuida o art. 26, I. Dada a natureza administrativa de tais medidas, no caso de serem dirigidas ao Juiz, pode a mulher requerer diretamente, independente, neste caso somente, de assistência de Advogado ou Defensor.

Já o art. 23, III e IV contempla medidas cautelares típicas, novamente, do Direito de Família, necessitando, em razão disto, que a ofendida se faça representar por Advogado ou Defensor para requerê-las.

O mesmo se diga das medidas do art. 24, todos os seus incisos, que também são cautelares de cunho eminentemente patrimonial, com natureza extrapenal. A legitimada a requerer é a interessada, porém assistida por Advogado ou Defensor.

Está a se sustentar aqui que, nada obstante o disposto no art. 12, III e § 1º, 18, I, e 27, *fine*, a ofendida não tem capacidade postulacional para pedir diretamente ao Juiz a aplicação das medidas protetivas de urgência com natureza cautelar, embora seja a

²⁰ BRASIL, Lei nº 11.340/06.

única legitimada caso se tratem de cautelares penais vinculadas a crime de ação penal de iniciativa privada ou cautelares extrapenais.

Propõe-se uma interpretação sistemática dessas medidas, inseridas no sistema cautelar do processo penal e do processo civil, a regê-las conforme o caso. Neste sentido, anota-se, inclusive, que as medidas cautelares de natureza extrapenal estão sujeitas às regras de caducidade estabelecidas nos arts. 806, 807 e 808 do Código de Processo Civil.

O art. 19²¹ parece clarear as coisas neste sentido - as medidas protetivas de urgência serão concedidas pelo Juiz a requerimento do Ministério Público (quando se tratarem de cautelares de natureza penal vinculadas a infração penal cuja ação for de iniciativa pública) ou a pedido a ofendida (quando a ação penal a que se vincularem for de iniciativa privada ou quando se tratar de medidas cautelares extrapenais ou meramente administrativa, no último caso, apenas, prescindindo-se da assistência de Advogado ou Defensor), conforme aqui delimitado.

Em socorro disto vêm os arts. 27 e 28²², que prevêm a Assistência Judiciária à ofendida desde o atendimento policial (inclusive para os fins do art. 12, III e § 1º, como aqui se sustenta).

É verdade que o art. 27, *fine*, parece ressaltar a necessidade de assistência por Advogado ou Defensor nas hipóteses de medidas protetivas de urgência. No entanto, a interpretação sistemática que aqui se propõe conforma o âmbito de incidência do aludido dispositivo, para que só desonere a ofendida da representação judiciária nas hipóteses de medidas protetivas de natureza meramente administrativa (art. 23, I e II, somente, como já dito acima).

Sobraria muito pouco, do contrário, para a assistência jurídica à mulher, lembrando-se de que, nas hipóteses desta Lei, estará ela

²¹ Brasil, Lei nº 11.340/06, art. 19: "As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida".

²² Brasil, Lei nº 11.340/06, art. 27: "Em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de advogado, ressalvado o previsto no art. 19 desta Lei"; art. 28: "É garantido a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da lei, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado".

sempre no pólo passivo da demanda. Restaria, talvez, a inusitada providência do art. 9º, § 2º, II, que atribui uma espécie de jurisdição trabalhista ao Juiz Criminal. Aliás, quem paga o salário da ofendida durante o período de afastamento? Terá a Lei transformado o empregador privado em empresa de seguro violência doméstica? Estas são questões a serem descortinadas pelos teóricos do Direito Laboral, eis que já há problemas de sobra com os aspectos penais e processuais penais da Lei.

6. PRISÃO PREVENTIVA. APLICAÇÃO EXCEPCIONAL. ANÁLISE SISTEMÁTICA DO ART. 313 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COM SUA ATUAL REDAÇÃO DECORRENTE DO ACRÉSCIMO DE INCISO DETERMINADO PELA LEI "MARIA DA PENHA".

O art. 20 da Lei em exame estabelece que:

Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem ²³.

Não se trata de uma nova espécie de prisão preventiva e, sim, da velha prisão preventiva, prevista nos arts. 311/316 do Código de Processo Penal, chamada à aplicação nas infrações penais decorrentes de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Deste modo, são aplicáveis à espécie todos os dispositivos que dispõem sobre a prisão preventiva.

Assim, imprescindível a presença de um dos motivos determinantes da prisão - garantia da ordem pública, da ordem eco-

²³ BRASIL, Lei nº 11.340/06.

nômica, conveniência da instrução criminal ou necessidade de se assegurar a aplicação da lei penal. É o *periculum in mora* ou, como se prefere chamar em processo penal, *periculum libertatis*. Além disto, imprescindível, também, que se tenha prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, tudo de acordo com o disposto no art. 312 do Código de Processo Penal (*fumus boni juris*)²⁴.

A novidade está no acréscimo de inciso ao art. 313 do Código de Processo Penal, que cuida dos pressupostos de cabimento da prisão preventiva, por força do art. 42 da Lei "Maria da Penha", passando aquele dispositivo legal a ter a seguinte redação:

Art. 313 - Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:

I - punidos com reclusão;

II - punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la;

III - se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal.

*IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.*²⁵

Da interpretação sistemática do dispositivo acima transcrito, podem-se extrair as seguintes conclusões: 1 - a prisão preventiva cogitada na Lei "Maria da Penha" continua cabendo apenas diante de crimes dolosos, a uma porque o novel inciso IV do art. 313 do Código de Processo Penal se subordina ao seu *caput*, onde, na parte final, se estabelece que a medida excepcional só cabe em crimes

²⁴ BRASIL, Código de Processo Penal, art. 312: "A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria".

²⁵ BRASIL, Código de Processo Penal, art. 313, com redação determinada pelo art. 42 da Lei nº 11.340/06.

dolosos, estando, por conseguinte, excluídas de sua incidência as contravenções e os crimes culposos. A duas porque em sede de crime culposo não se cogita de "violência" doméstica e familiar contra a mulher; 2 - o inciso IV pode abranger qualquer crime doloso, independente da pena ou das condições pessoais do criminoso, desde que praticado com violência doméstica e familiar contra a mulher, com a identificação conceitual estabelecida nos arts. 5º e 7º da Lei em exame; 3 - neste caso específico de prisão preventiva do inciso IV, a medida será ainda mais excepcional e, necessariamente, subsidiária às outras medidas cautelares, definidas como protetivas de urgência, estabelecidas nos arts. 22, 23 e 24 da Lei "Maria da Penha". Só caberá a prisão preventiva, nas hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher aventadas exclusivamente no inciso IV do art. 313 para assegurar a eficácia daquelas medidas protetivas de urgência, se as mesmas, por si só, se revelarem ineficazes para a tutela da mulher; 4 - tal restrição, no entanto, se torna desimportante na hipótese do caso se enquadrar nas demais situações estabelecidas nos arts. 313, I, II e III do Código de Processo Penal, os pressupostos clássicos da prisão preventiva, ou seja, crime doloso punido com reclusão, punido com detenção quando o réu é vadio ou há dúvidas sobre sua identificação, ou, independente da pena cominada, se o réu já foi condenado por outro crime doloso. Presentes algum dos outros três pressupostos da prisão preventiva, ainda que o crime seja resultado de violência doméstica e familiar contra a mulher, não se precisará recorrer ao inciso IV, cabendo a prisão preventiva, independente da eficácia ou não das outras medidas protetivas de urgência, pelas simples hipóteses estabelecidas nos incisos I, II e III²⁶.

O inciso IV do art. 313 do Código de Processo Penal, como visto, alarga sobremaneira as hipóteses de cabimento de prisão preventiva, passando a comportá-la, em tese, qualquer crime doloso, independente da pena cominada (injúria, ameaça, lesão corporal etc.), desde que resultado de violência doméstica e familiar contra a

²⁶ Exemplo: estupro, homicídio, atentado violento ao pudor, lesão corporal seguida de morte, decorrentes de violência doméstica e familiar contra a mulher.

mulher, em sua concepção conceitual, e que as medidas protetivas de urgência previstas na Lei "Maria da Penha" não sejam suficientes para a tutela da vítima. É preciso, portanto, principalmente nos crimes ditos de menor potencial ofensivo, como os acima mencionados, em virtude da pequena quantidade de pena privativa de liberdade cominada, que o Juiz aja com bastante prudência na hora de decidir pela prisão do agressor, medida que só pode ser reservada a *ultima ratio* e, em nenhuma hipótese, pode exceder, em tempo de duração, à projeção de aplicação da pena privativa de liberdade cominada, em caso de condenação, o que faria com que perdesse o contorno de cautelaridade que se deve exigir da prisão preventiva.

De lembrar, também, que é aplicável ao tema o art. 314 do Código de Processo Penal²⁷, de sorte que não se poderá cogitar da prisão preventiva, mesmo em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, se dos autos se delinearem situações de excludente da antijuridicidade ou da culpabilidade - faltaria *fumus boni juris*.

Tocante à iniciativa da medida, da comparação do art. 20 da Lei "Maria da Penha", com o art. 311 do Código de Processo Penal²⁸, percebe-se que o primeiro não contemplou a hipótese da iniciativa da querelante no requerimento da medida ao Juiz, o que é previsto expressamente no segundo. Isto não significa que não caiba a prisão preventiva, com as ressalvas do inciso IV do art. 313, nos crimes de ação penal de iniciativa privada²⁹. Isto porque é possível ao Juiz decretá-la de ofício, o que sempre pôde pelo art. 311 do Código de Processo Penal³⁰ e foi repetido, agora, no art. 20 da Lei "Maria da

²⁷ BRASIL, Código de Processo Penal, art. 314: "A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições do art. 19, I, II ou III, do Código Penal".

²⁸ BRASIL, Código de Processo Penal, art. 311: "Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial."

²⁹ Poderia, em tese, por absurdo, a medida se afigurar imprescindível num crime de injúria, após falharem todas as medidas protetivas de urgência estabelecidas em favor da mulher, diante da insistência do agressor em continuar freqüentando os locais que ela freqüenta para, sistematicamente, humilhá-la (vide art. 7o, II e V, da Lei "Maria da Penha").

³⁰ Embora se registrem respeitáveis posicionamentos em contrário que, por fugirem ao propósito deste trabalho, deixam de ser mencionados com o rigor de costume.

Penha", tornando desimportante a questão de quem possa ser legitimado a propor a medida.

A única explicação para se permitir que o Delegado represente pela prisão preventiva, aliás, em qualquer das situações do Código de Processo Penal, reside no fato de o Juiz poder decretá-la de ofício. Do contrário, em não sendo o Delegado parte no processo penal principal, não poderia sê-lo no cautelar e, portanto, não poderia se dirigir diretamente ao Juiz para expor a necessidade da prisão, tendo que, necessariamente, caso o Juiz não pudesse adotar a medida restritiva de ofício, que se dirigir ao Ministério Público³¹. Tolher o Juiz de decretar a prisão preventiva de ofício implicaria, outrossim, afirmar que só caberia a medida diante da concordância, ou melhor, do requerimento expresso, do Ministério Público, não se podendo adotar a medida se o *Parquet* a entendesse desnecessária.

Por derradeiro, cumpre observar que, nada obstante o art. 20 da Lei ter estabelecido que a prisão pode ser adotada "em qualquer fase do inquérito ou processo", reproduzindo, neste particular, a norma estabelecida no art. 311, primeira parte, do Código de Processo Penal, tem este autor sustentado que não cabe prisão preventiva antes do oferecimento da denúncia ou queixa³²: a uma porque, se tem "indícios suficientes" para a decretação da prisão preventiva³³, tem que haver indícios para exercício da ação penal - leia-se, justa causa; a duas porque a hipótese atual de prisão antes do exercício da ação penal é a prisão temporária, de que trata a Lei nº 7.960/89, presentes os seus pressupostos legais.

Também aqui cumpre observar que é possível revogar e red decretar a prisão preventiva do agressor tantas quantas forem as vezes em que desaparecerem e se fizerem novamente presentes os seus motivos, leia-se, igualmente e respectivamente, tantas quantas forem as vezes em que se mostrarem supervenientemente eficazes e ineficazes as medidas protetivas de urgência, sendo certo que o

³¹ Registram-se, também, entendimentos neste sentido e até propostas de alteração legislativa nesta linha que, da mesma forma da observação da nota anterior, por se tratar de assunto que foge ao propósito deste trabalho, são mencionadas superficialmente, sem maior rigor técnico.

³² Em nenhuma hipótese, nem mesmo nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

³³ Vide art. 312, fine, do Código de Processo Penal.

art. 20, parágrafo único, da Lei³⁴, neste particular, apenas reproduz o estabelecido no art. 316 do Código de Processo Penal³⁵.

7. QUESTÃO DA REPRESENTAÇÃO (ART. 16 DA LEI "MARIA DA PENHA").

Um último aspecto a ser destacado neste primeiro ensaio acerca da nova Lei é a questão da "renúncia" à representação, de que trata o art. 16:

Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público³⁶.

Em primeiro lugar, cumpre lembrar que o dispositivo em comento não está endereçado à lesão corporal leve, fruto de violência doméstica e familiar contra a mulher porque, como já dito acima, neste caso, por força do art. 41 da Lei "Maria da Penha", que afastou a incidência da Lei nº 9.099/95 em casos tais, a ação penal voltou a ser pública incondicionada. Resta, portanto, cogitar do dispositivo em casos de ameaça, estupro e atentado violento ao pudor com vítima pobre, etc., se praticados no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher.

A leitura do art. 16 da Lei nos revela uma perplexidade: é que renúncia, tecnicamente, se dá antes do exercício do direito. Deste modo, só se renuncia ao direito de representação antes de exercitá-lo. Sendo assim, como se pode imaginar uma renúncia ao direito de representação antes do recebimento da denúncia, o que pressupõe que ela tenha sido oferecida, se, para ser oferecida, é imprescindí-

³⁴ BRASIL, Lei nº 11.340/06, art. 20, parágrafo único: "O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem."

³⁵ BRASIL, Código de Processo Penal, art. 316: "O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem."

³⁶ BRASIL, Lei nº 11.340/06.

vel a existência da representação, condição especial que é para a deflagração da ação penal? Está confuso? É possível piorar então: a Lei parece ter estabelecido a possibilidade de se renunciar a um direito (o de representação), cujo exercício era pressuposto para o exercício de outro (o da ação penal pública condicionada), após este efetivo exercício (o oferecimento da denúncia). Isto evidentemente não é possível. Teria a Lei estabelecido uma regra inútil - a de que a representação é renunciável até o recebimento da denúncia, para o quê, obviamente, já deveria ter sido oferecida? Ou será que, em verdade, quando se falou em renúncia, quis se ter falado em retratação?

É o que parece ter ocorrido. A Lei quis dizer que a representação é retratável somente em juízo e até o recebimento da denúncia. E é fácil explicar o equívoco. É que a prática dos Juizados Especiais Criminais consagrou um absurdo entendimento, já criticado antes, no sentido de que a falta da vítima à audiência preliminar demonstraria desinteresse processual e, sendo assim, equivaleria à "renúncia" ao direito de representação. E isto, por incrível que pareça, chegou a virar enunciado de encontros de trabalho sobre Juizados. Além do absurdo em si, outro erro trivial saiu na redação do enunciado, que tratava como renúncia o que, na verdade, era retratação. A vítima, não raras vezes, exercitava seu direito de representação na lavratura do termo circunstanciado e, depois, faltava à audiência preliminar. Evidentemente que não era caso de renúncia, até porque o direito já foi exercitado, muitas vezes expressamente. Na verdade nem de retração, mas de simples negativa à composição civil dos danos. Sucede que os Juizados resolveram criar uma extravagante obrigação para a vítima, que era - ainda hoje, infelizmente, é assim, pasme-se! - comparecer à audiência preliminar, nada obstante a ação penal ser pública. E, quando a mesma faltava, resolveram, por puro pragmatismo, eliminar mais um procedimento e, ao arripio de qualquer norma jurídica, seja do Código de Processo Penal, seja da própria Lei nº 9.099/95 que abrigasse tal entendimento, considerar que estaria ocorrendo a retratação tácita do direito de representação, que denominaram desinteligentemente de "renúncia".

Esta desinteligência³⁷ - fruto de encontros de trabalho de Magistrados e Promotores de Juizados Especiais Criminais - induziu a erro o legislador que, tomando por referência o enunciado infeliz e mal redigido, cogitou de renúncia quando, em verdade, o que pretendia submeter ao controle do Juiz era a retratação da representação.

Do contrário, além das impropriedades acima destacadas, a se considerar como sendo mesmo renúncia o instituto versado no art. 16, estar-se-ia a criar uma espécie de "representação compulsória". Sim porque, ocorrido o crime, se a vítima não manifestasse o desejo de exercer o direito de representação, o Delegado seria obrigado a endereçar o expediente ao Juiz, para que fosse designada audiência especial com a finalidade de colher sua renúncia expressa, o que contraria, com obviedade ululante, o espírito da ação penal de iniciativa pública condicionada, que é deixar a vítima em paz para decidir se quer ou não representar, sem qualquer tipo de coação ou sugestão. E isto tudo sem instaurar inquérito policial, para o qual, em se tratando de crime de ação penal de iniciativa pública condicionada, a prévia representação lhe é formalidade essencial, forma de início do inquérito, sob pena de nulidade (art. 4º, § 4º, c/c 564, III, "a", do Código de Processo Penal).

Em síntese, onde se lê, no art. 16 da Lei em exame, "renúncia", leia-se, "retratação"³⁸ da representação. E, neste ponto, registre-se que a lei foi incompreensivelmente benevolente, porque previu como termo *ad quem* para esta retratação - que só pode ser em

³⁷ Em todos os sentidos (formal e material, por assim dizer).

³⁸ Em sentido contrário e sob todas as vênias cita-se artigo de Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini: "Eventual analogia (para alcançar também a retratação) seria *in malam partem* (contra o réu). Considerando-se os inequívocos reflexos penais (aliás, reflexos penais imediatos, não remotos) da retratação da representação (visto que ela pode conduzir à decadência desse direito, que é causa extintiva da punibilidade nos termos do art. 107, IV, do CP), não há como admitir referida analogia. As normas genuinamente processuais admitem amplamente analogia (CPP, art. 3º), mas quando possuem reflexos penais imediatos (ou seja: quando estamos diante de normas processuais materiais), elas contam com a mesma natureza jurídica das normas penais" [GOMES, Luiz Flávio, e BIANCHINI, Alice. "Lei da Violência Contra a Mulher - Renúncia e Representação da Vítima". Disponível na Internet, www.lfg.com.br, acessado em 30/09/06, às 23:00h]. A proposta que ora se faz não é de analogia, o que pressuporia admitir que a Lei acertou ao prever a renúncia e pretender estender tal previsão à representação. Ao contrário, o que aqui se afirma é que não se trata de renúncia e, sim, de retratação da representação, sendo necessária uma interpretação corretiva da Lei, para captar o instituto de que efetivamente queria cuidar.

juízo, bom lembrar - o recebimento da denúncia e não o seu oferecimento, como tradicionalmente estabelecido no art. 25 do Código de Processo Penal, que continua aplicável às demais situações.

8. EPÍLOGO CONCLUSIVO.

Essas são observações iniciais que se ousou fazer acerca da nova Lei, no propósito de estimular o debate e, sem poupá-lo das críticas que se reputam merecidas, prestigiar o legislador.

Não se pode admitir que o operador do Direito, pelo simples fato de não concordar com a norma jurídica, simplesmente se recuse a aplicá-la, inventando inconstitucionalidades onde não existem, com o indisfarçável propósito de reduzir o volume de trabalho de determinados órgãos jurisdicionais.

Vale lembrar a lição de Ferrajoli, principalmente para os que se dizem garantistas:

Os juízes penais, em particular, não estão livres de orientarem-se em suas decisões segundo as suas pessoais convicções morais, mas devem, ao contrário, sujeitar-se às leis mesmo se em contraste com tais convicções. Ao menos em princípio, a ética formalista é precisamente a sua ética profissional, que os impede de antepor ou sobrepôr ao direito a sua moralidade substancial e subjetiva, enquanto esta, exteriorizando-se no exercício de um poder, equivale para quem a ele se submete, ao arbítrio e ao abuso (...). O formalismo ético nas posturas práticas dos juízes diante das leis segue o modelo cognitivo e garantista da jurisdição e da separação do direito da moral: a estrita legalidade, como se viu amplamente neste livro, exige moral e politicamente dos juízes que eles julguem apenas de forma jurídica e não também moral e politicamente, e apenas os fatos e não os seus autores.³⁹

A se consolidar a tendência esboçada e criticada no início deste artigo, de simplesmente ignorar o cerne da Lei, que é o afastamento

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão - Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 741.

dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, o que se teme possa ocorrer infelizmente, consistindo numa verdadeira violência jurídica contra a mulher, outra alternativa não restará aos legitimados do art. 103 d a Constituição Federal, senão ajuizarem, com urgência, perante o Supremo Tribunal Federal, ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, "a", da Constituição Federal) do art. 41 da Lei nº 11.340/06, com vistas ao efeito vinculante prescrito no art. 102, § 2º, da Constituição Federal, sob pena de serem cúmplices de mais uma violência contra a mulher.

Fica dada a sugestão. ☐

A Responsabilidade Civil das Pessoas Jurídicas de Direito Público e o Código Civil de 2002 (Lei Nacional nº 10.406/2002)

Flávio de Araújo Willeman

*Procurador do Estado do Rio de Janeiro.
Mestre em Direito. Professor da UCAM,
EMERJ, ESAP, da FGV e da UFF.*

I - INTRODUÇÃO

As pessoas jurídicas de direito público exprimem sua vontade por meio dos seus agentes públicos¹, com a prática de atos administrativos, que deverão pautar-se pela lei e pelos princípios que regem

¹Isso se explica em razão da Teoria do Órgão, bem delineada nas palavras sempre autorizadas de Hely Lopes Meirelles, *verbis*: "A Teoria do órgão veio substituir as superadas teorias do mandato e da representação, pelas quais se pretendeu explicar como se atribuiriam ao Estado e às demais pessoas jurídicas públicas os atos das pessoas humanas que agissem em seu nome. Pela teoria do mandato considerava-se o agente (pessoa física) como mandatário da pessoa jurídica, mas essa teoria ruiu diante da só indagação de quem outorgaria o mandato. Pela teoria da representação considerava-se o agente como representante da pessoa, à semelhança do tutor e do curador dos incapazes. Mas como se pode conceber que o incapaz outorgue validade a sua própria representação? Diante da imprestabilidade dessas duas concepções doutrinárias, Gierke formulou a Teoria do Órgão, segundo a qual as pessoas jurídicas expressam a sua vontade através de seus próprios órgãos, titularizados por seus agentes (pessoas humanas), na forma de sua organização interna. O órgão - sustentou Gierke - é parte do corpo da entidade e, assim, todas as suas manifestações de vontade são consideradas como da própria entidade. (Otto Gierke, *Die Genossenschaftstheorie in die deutsche Rechtsprechung*, Berlim, 1887)."¹ *In Direito Administrativo Brasileiro*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 67, nota 20. Segundo Gustave Peisier, a Teoria do Órgão entende o Estado como um "organismo vivo", que através de seus órgãos realiza suas funções. Trata-se, portanto, de uma visão organicista. A vontade da administração

a Administração Pública, mais especificamente no princípio da legalidade administrativa², para que sejam considerados válidos.

Deve-se dizer, porém, que quando do surgimento do Estado e até a Revolução Francesa, a administração pública era confundida com a própria administração da realeza, razão por que os atos administrativos eram concebidos como manifestação do próprio poder soberano do rei. Esta situação só veio a ser alterada com a instituição do Estado de Direito³, em que também o Poder Público passou a se submeter às próprias leis que editava⁴.

Neste contexto, se o ato administrativo transgredir norma de conduta estabelecida na lei ou na vontade das partes⁵ (obrigação jurídica originária) e, por consequência, causar dano a terceiro - aqui

pública e daqueles que agem em seu nome possui relação direta, uma vez que os atos de seus funcionários são os atos do Estado, que refletem, portanto, a sua vontade. Tem-se, portanto, a noção de unidade entre ambos. A atividade do agente configura-se como sendo a do órgão do qual ele faz parte ou do próprio Estado. PEISIER, Gustave. **Droit Administratif**. Treizième Édition, Editions Mémentos Dalloz, Paris, 1987, p. 137.

² Segundo Odete Medauar, o princípio da legalidade administrativa, em sua concepção originária, vincula-se à separação de poderes e ao conjunto de idéias que historicamente significaram oposição às práticas do período absolutista. Afirma a ilustre publicista que "Mediante a submissão da Administração à lei, o poder tornava-se objetivado; obedecer à Administração era o mesmo que obedecer à lei, não à vontade instável da autoridade. Daí um sentido de garantia, certeza jurídica e limitação do poder contido nessa concepção do princípio da legalidade administrativa. (...) Ante tal contexto, buscou-se assentar o princípio da legalidade em bases valorativas, sujeitando as atividades da Administração não somente à lei votada pelo Legislativo, mas também aos preceitos fundamentais que norteiam todo o ordenamento." **In Direito Administrativo Moderno**. 5ª edição. São Paulo: RT, 2001, p. 144-145.

³ Segundo Carlos Ari Sundfeld, o Estado de Direito é aquele "criado e regulado por uma Constituição (isto é, por norma jurídica superior às demais), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado". **Fundamentos de Direito Público**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 39.

⁴ Esta, ao que parece, foi a conclusão a que chegou o jurista italiano Angelo Piazza: "*Storicamente, infatti, la pubblica amministrazione nasce come amministrazione del re, strumento di governo e diretta emanazione del potere sovrano, dal quale mutuava tutte le proprie prerogative. Il potere, del resto, era esercitato nei confronti di sudditi, non di cittadini, né risultava vincolato da limiti esterni ad esso.*

Com le costituzioni dell'ottocento si attua il tentativo di ricondurre l'attività della pubblica amministrazione entro limiti eterodeterminati. Innanzitutto viene introdotto il principio di legittimità, che subordina l'attività amministrativa alla legge, senza però ancora scalfire quella differenza di piani che rende il soggetto pubblico 'diverso' da quello privato, in quanto deputato a tutelare e realizzare l'interesse pubblico. D'altra parte, l'introduzione di regole esterne, infuizione prettamente garantistica, impone l'attivazione di meccanismi atti a consentire la puntuale osservanza." **PIAZZA, Angelo. Responsabilità Civile ed Efficienza Amministrativa**. Giuffrè Editore: Milão, 2001, p.11.

⁵ Para Álvaro Villaça Azevedo, "A relação jurídica obrigacional nasce da vontade dos indivíduos ou da lei e deve ser cumprida no meio social, espontaneamente. Quando a obrigação não se cumpre pela forma espontânea é que surge a responsabilidade". **In Curso de Direito Civil - Teoria Geral das Obrigações**. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais - RT, 1997, p. 37. Colha-se também, neste contexto, a observação formulada por Norberto Bobbio, verbis: " (...). Não há direito sem obrigação; e não há nem direito nem obrigação sem uma norma de conduta". **In A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 8.

denominado lesado - surgirá o instituto da responsabilidade civil, impondo à pessoa jurídica de direito público o dever de cumprir obrigação jurídica sucessiva com vistas a restabelecer a situação jurídica ao estado anterior (*restitutio in integro*), quase sempre por meio do pagamento de uma indenização em dinheiro⁶.

Demarcando desde logo que este ensaio não cuidará da responsabilidade civil contratual das pessoas jurídicas de direito público, pode-se adiantar que, para se ter presente o dever de indenizar do Estado, necessária será a comprovação, por parte do lesado, de três elementos, a saber: (i) um fato ou um ato administrativo, ou mesmo uma omissão específica, praticado por agente público atuando nesta qualidade; (ii) um dano atual e efetivo, que poderá ser patrimonial (material) ou extrapatrimonial (moral); e, por fim, (iii) o nexo de causalidade⁷ entre a conduta administrativa e o dano.

Partindo dessas premissas é que será analisada a responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito público, mormente a sua sistematização após a vigência do Novo Código Civil, incorporado ao direito brasileiro por meio da Lei Nacional nº 10.406/2002.

Antes, porém, será analisada, de forma breve, a evolução histórica da responsabilidade civil do Estado no direito brasileiro, enfocando as excludentes do nexo causal em cada teoria ao longo da história e a sua tendência atual à luz da doutrina e da jurisprudência pátrias.

II -EVOLUÇÃO HISTÓRICA E SÍNTESE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO

a) a fase da irresponsabilidade das pessoas jurídicas de direito público

Já se afirmou em doutrina que o estudo da responsabilidade civil do Estado inicia-se pela fase histórica em que o Estado não era responsabilizado por atos dos seus agentes⁸.

⁶ Digno registrar, à guisa de exemplo, que o artigo 948 do Código Civil de 2002 estabelece outras formas de indenização, mormente em casos de homicídios.

⁷ Sobre o tema nexo de causalidade como elemento necessário para o instituto da responsabilidade civil, remete-se o leitor ao excelente trabalho desenvolvido por Gustavo Tepedino, sob o título "Notas sobre o Nexo de Causalidade", *In Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*. V. 16, abril/junho, 2001, p. 3/49.

⁸ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. V. 4 - Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 84.

A teoria da total irresponsabilidade do Estado, também conhecida como "feudal", "regalista"⁹ ou "regaliana"⁹ surgiu no Estado Romano, em que se sustentava a impossibilidade de o Estado estar em juízo para ser responsabilizado por atos de seus agentes, eis que todo e qualquer ato dos "governantes" era reputado como se fosse praticado em prol do bem comum, o que incluía como beneficiários aquelas pessoas eventualmente lesadas.¹⁰ O erro do Estado que porventura causasse dano a um administrado era considerado um erro de todos e por todos devia ser suportado¹¹. Para justificar esta teoria também era utilizado o argumento de que a irresponsabilidade estatal servia para evitar o empobrecimento do Erário¹².

Posteriormente, após o surgimento do Estado Absoluto, outro foi o fundamento a respaldar a teoria que garantia ao Estado ausência do dever de indenizar, isto é, a sua total irresponsabilidade diante de atos de seus agentes que violassem direito dos administrados. O Estado mantinha-se irresponsável civilmente ante a noção de que o poder conferido ao Estado advinha da divindade, "uma vez que os Reis eram como tal considerados em razão de um direito divino. Daí porque, sendo infalíveis, não podiam causar danos a seus jurisdicionados"¹³.

⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a Obrigação de Indenizar**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.58.

¹⁰ SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade Civil do Estado Intervencionista**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 126.

¹¹ SAAD, Renal Miguel. **O Ato Ilícito e a Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994, p. 49.

¹² Como crítica a essa doutrina, importante trazer à baila as palavras de José de Aguiar Dias, *verbis*: "Tem-se inocentado demais o Estado, entre nós. Parece que é tempo de dizer que, se os governantes cumprissem melhor os seus deveres, não precisaria o Estado se ver defendido nos tribunais por argumentos que o colocam, illogicamente, contra os interesses da comunidade. Aí estaria o melhor corretivo ao risco de empobrecer o erário, por via de indenização". *In Da Responsabilidade Civil*. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 1944, p. 176.

¹³ SCAFF, Fernando Facury. Ob. cit. p. 127. Maria Sylvania Zanella Di Pietro aduz que a tese da irresponsabilidade estatal estava fincada na noção de soberania, eis que responsabilizar o Estado por atos de seus agentes seria igualá-lo aos seus súditos, fato que poria em risco a mencionada soberania estatal. Confira-se: "A teoria da irresponsabilidade foi adotada na época dos Estados absolutos e repousava fundamentalmente na idéia de soberania: O Estado dispõe de autoridade incontestável perante o súdito; ele exerce a tutela do direito, não podendo, por isso, agir contra ele; daí os princípios de que o rei não pode errar (*the King can do no wrong, le roi ne peut mal faire*) e o de que 'aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei' (*quod principi placuit habet legis vigorem*). Qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria colocá-lo no mesmo nível que o súdito, em desrespeito a sua soberania". **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 525.

A doutrina que propunha a total irresponsabilidade civil do Estado foi perdendo espaço no direito positivo com a queda do regime absolutista e com o conseqüente advento das classes burguesas ao poder, pois sendo o Estado uma pessoa jurídica, dotada de personalidade e titular de direitos e deveres, a conseqüência natural é a sua responsabilização¹⁴, como corolário lógico do Estado de Direito.

Foi neste mesmo período histórico que se iniciou, ainda que timidamente, a formulação das teorias que, mais tarde, iriam atribuir ao Estado o dever de indenizar atos praticados por seus agentes causadores de danos a terceiros.

O primeiro passo, ainda na linha da Teoria da Irresponsabilidade, surgiu com a chamada responsabilização indireta do Estado¹⁵, admitindo-se a possibilidade de o lesado procurar o ressarcimento do dano perante o próprio agente estatal que, praticando ato contrário ao direito, teria descurado de suas funções e, individual e separadamente, causado dano a outrem. Se assim agisse, o causador do dano deixaria, no momento do ato, de ser considerado agente público, tão-somente para agir contrariamente à lei. Entendia-se - como já registrado - que na qualidade de agente público nenhum preposto do Estado seria capaz de praticar ato contrário ao direito.

É certo, porém, que esta teoria não vingou, eis que necessária se fazia a prévia autorização do Estado para que o seu preposto fosse civilmente acionado em juízo. Sobre o insucesso deste entendimento, Fernando Facury Scaff chegou mesmo a afirmar que "Obviamente esta teoria não resolveu a enormidade de problemas decorrentes da intervenção do Estado, posto que ou o Estado negava autorização para que seu funcionário fosse processado, ou, em o permitindo, este não tinha posses suficientes para cobrir os prejuízos causados"¹⁶.

Pois bem. Nada obstante a teoria da total irresponsabilidade civil do Estado ter imperado até bem pouco tempo em algumas civi-

¹⁴ CHAPUS, René. *Droit Administratif Général*. 2ª ed. Editora Montchrestien. Paris: 1985, p. 837.

¹⁵ SCAFF, Fernando Facury. Ob. cit. p. 131.

¹⁶ Ob. cit. p. 131.

lizações do mundo, v. g., na Inglaterra e nos Estados Unidos da América¹⁷, cumpre censurá-la, porque viola, em última análise, a idéia de justiça¹⁸, que deve ser cunhada e garantida pelo Estado e, assim, afirmar que Brasil não passou por esta fase, pois mesmo à falta de disposição legal específica, a tese da responsabilidade do Poder Público sempre foi aceita como princípio geral e fundamental de Direito¹⁹.

De fato, a Constituição do Império, de 1824, no artigo 178, nº. 29, já acenava para a responsabilidade civil pessoal do servidor público, ao dispor que "Os empregados públicos são estritamente responsáveis por abusos e omissões praticados no exercício de suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos".

Mencione-se, igualmente, a existência de normas infraconstitucionais específicas no direito brasileiro estabelecendo a responsabilização civil do Poder Público por exploração de serviços públicos, merecendo destaque o artigo 142, do Decreto nº 1.930/1857, que dispunha sobre o serviço público de transporte de pessoas nas estradas de ferro.

Sobre o tema, o jurista Pedro Lessa foi enfático ao enunciar que a referida regra legal trouxe para o direito brasileiro norma bastante clara sobre a responsabilidade civil das pessoas jurídicas pú-

¹⁷ Afirma Maria Sylvania Zanella Di Pietro que "Os Estados Unidos e a Inglaterra abandonaram a teoria da irresponsabilidade, por meio do Federal Tort Claim Act, de 1946, e Crown Proceeding Act, de 1947, respectivamente. Ob. cit. p. 525. Já o administrativista português Diogo Freitas do Amaral informa que Portugal afastou de vez a fase da total irresponsabilidade do Estado em 1930. Confirma-se a evolução histórica da legislação acerca da responsabilidade civil em Portugal, segundo o jurista português citado: " - até 1930: princípio geral da irresponsabilidade do Estado, com exceções; - de 1930 a 1950: responsabilidade solidária do Estado com os seus órgãos ou agentes por actos ilícitos praticados por estes no exercício das suas funções; irresponsabilidade do Estado com base no risco ou no sacrifício especial de direitos, salvas as exceções legais; - de 1950 em diante: tentativa doutrinária de generalizar a responsabilidade do Estado por factos casuais (risco) e por factos lícitos iníquos (sacrifícios especiais de direitos); - em 1966/1967: revisão geral e consolidação do regime da responsabilidade civil da Administração; alteração das regras sobre competências contenciosas nesta matéria." (grifos no original). In **Direito Administrativo**. V. III. Lições aos alunos do curso de direito, em 1988/89. Lisboa: 1989, p. 485/486

¹⁸ Sobre a Teoria da Justiça colham-se as palavras do filósofo americano John Rawls, verbis: "A justiça é a virtude primeira das instituições sociais, tal como a verdade o é para os sistemas do pensamento. Uma teoria, por mais elegante ou parcimoniosa que seja, deve ser rejeitada ou alterada se não for verdadeira; da mesma forma, as leis e as instituições, não obstante o serem eficazes e bem concebidas, devem ser reformadas ou abolidas se forem injustas". **RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça**. 1ª ed.; 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 27.

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998, p.163.

blicas ou concessionárias que exploravam as estradas de ferro²⁰ em decorrência do transporte de pessoas, eis que o dispositivo legal citado não fazia distinção entre o objeto transportado (se coisas ou pessoas), sendo vedado ao intérprete, como é de curial sabença, distinguir onde o legislador não fez distinção²¹.

Vê-se, então, à luz do acima exposto, que desde 30 de abril de 1854, data da inauguração da primeira Estrada de Ferro no Brasil, construída por Irineu Evangelista da Silva, o Barão de Mauá, existe a possibilidade de responsabilização civil do Estado ou das empresas que exploravam o serviço público de transporte de passageiros nas estradas de ferro, quer seja pela aplicação dos princípios romanos previstos no Digesto e nas Institutas de JUSTINIANO, em decorrência do Código Philippino e da Lei da Boa Razão, quer seja pela aplicação, a partir de 1857, do artigo 142 do Decreto 1.930²².

b) a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público com fundamento na teoria civilista da culpa civil

²⁰ Sobre a exploração das estradas de ferro pelo Estado ou por concessionários, imprescindível, até mesmo por sua importância histórica, trazer à baila a doutrina de José de Mattos Vasconcellos, *verbis*: "Regime jurídico das estradas de Ferro. Governo Monarchico - O Decreto n. 101, de 31 de Outubro de 1835, expedido em nome do Imperador Pedro II, pelo Regente Diogo Antonio Feijó, e subscripto por Antonio Paulino Limpo de Abreu, Ministro da Justiça e interino do Império, já cogitava da matéria. E assim que o Governo ficou autorizado a conceder a uma ou mais Companhias que fizessem uma estrada de ferro da Capital do Rio de Janeiro para as de Minas, Rio Grande do Sul e Bahia, carta de privilégio exclusivo por espaço de 40 anos, para o uso de carros para transporte de gêneros e de passageiros." *In Direito Administrativo*. V. II. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937, p. 91-92. A obra é por demais rica nos detalhes históricos das Estradas de Ferro, trazendo informações acerca das concessões, das fiscalizações, dos prazos, das encampações, das espécies, das competências etc.

²¹ Confira-se a lição do jurista Pedro Lessa, *verbis*: "Tenho antes estatuído a respeito dos danos causados às coisas, e determinado que em tudo ficariam sujeitos às regras do Cód. Comercial, é claro, é inquestionável que no art. 142 o legislador se refere aos danos causados às pessoas ou aos danos causados a quaisquer entidades, sem distinção ou limitação de espécie alguma. Ao contrário, teríamos o absurdo sesquipedal de repetir o legislador, na mesma lei, com um intervalo de poucos artigos, a mesma disposição, o mesmíssimo preceito". LESSA, Pedro. "Da Responsabilidade dos Empressários de Transportes". *Revista de Direito*, v. 10, págs. 235 e segs. *Apud* DIAS, José de Aguiar. Ob. cit. p. 216).

²² Dúvida, porém, pode surgir quanto à modalidade de responsabilização do Estado ou das empresas que exploravam as estradas de ferro. A responsabilidade seria subjetiva ou objetiva? No nosso entender, deve-se analisar a questão sob o enfoque dos dois sistemas normativos acima mencionados. Até 1857, como era omissa a legislação brasileira no trato do tema, deviam ser aplicadas as regras previstas no Digesto e nas Institutas de JUSTINIANO que, segundo a lição de AGUIAR DIAS, somente admitia como excludentes do nexo causal "o caso fortuito", que, por sua vez, se dividia "em fortuito propriamente dito e o *damnum fatale*, isto é, aquele que fôsse humanamente impossível de evitar". Diante disso, somos de opinião que até 1857 vigia no direito brasileiro a teoria da responsabilidade civil objetiva para disciplinar os conflitos de interesses porventura surgidos em decorrência do transporte ferroviário de passageiros.

Afirma-se hoje em dia que o estudo da responsabilidade civil do Estado é matéria afeta ao direito público, mais especificamente ao direito administrativo²³.

Todavia, nem sempre foi assim. Após a fase da total irresponsabilidade do Estado e de sua responsabilização indireta, via seu agente, que responderia direta e pessoalmente pelos danos causados por seus atos, buscou-se ampliar a aplicação da teoria da culpa civil a certos atos praticados por agentes públicos, com o fim de impingir ao Estado o dever de indenizar.

Esta teoria fazia inicialmente a distinção entre ato administrativo de gestão e ato administrativo de império²⁴ para buscar naquele o dever de indenizar do Estado. Isto porque, em suma, o ato de gestão, ao contrário do ato de império, que depende da força estatal (v.g., exercício do poder de polícia administrativa), seria aquele praticado por um agente público como se particular fosse, para mera administração do patrimônio público²⁵. São exemplos de atos de gestão os contratos privados em geral celebrados pela administração pública, com exceção, por certo, dos contratos administrativos típicos.

Desta forma, já se admitia a responsabilização do Estado por danos causados a terceiros, desde que o ato praticado por agente público fosse caracterizado como ato de gestão e que restasse apurada a culpa do agente.

Esta teoria, apesar de representar grande avanço na história da responsabilização civil do Estado²⁶, se revela insuficiente não só pela grande dificuldade de se identificar na prática o que seria um

²³ Neste sentido José de Aguiar Dias, ob. cit. p. 143. Maria Helena Diniz, ao que parece, também concorda com a assertiva, pois aduz que "... a responsabilidade civil estatal não está somente disciplinada pelo direito civil, mas, principalmente, pelo direito público, ou seja, direito constitucional, direito administrativo e direito internacional público." *In Curso de Direito Civil Brasileiro*. 17ª edição. 7ª volume - Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p.558

²⁴ Esta terminologia, segundo José Cretella Júnior, passou a ser conhecida e utilizada no seio do direito público por volta de fins do século XVIII, logo depois da Revolução Francesa, eis que, antes, tais expressões eram conhecidas apenas no direito privado. Ob. cit. p. 63.

²⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. Ob. cit. p. 64.

²⁶ Jean Rivero chega a advertir que "A responsabilidade do Estado foi, mesmo na ausência de texto que a apoiasse, reconhecida para os denominados atos de gestão, que não punham em julgo a soberania do Estado". *Droit Administratif*. 8ª edição. 1997, p. 165.

ato de império ou um ato de gestão, como também pela necessidade de se comprovar, previamente, a culpa do agente público que praticou o ato.

Nesse sentido, Álvaro Lazzarini critica a teoria em comento ao afirmar que "Tímida essa evolução civilista, pois o Estado é Estado, quer quando pratica atos de império, quer quando pratica de gestão, oportunidade na qual não usa de sua supremacia".²⁷

Ainda na perspectiva civilista, ultrapassada a distinção dos atos administrativos de império e de gestão, passou-se a entender que o Estado seria responsável por atos de seus agentes por culpa *in eligendo* e por culpa *in vigilando*, isto é, em razão de o Estado ter escolhido mal o seu agente, causador do dano, ou porque teria se descurado de sobre ele exercer a vigilância quando do desempenho de suas funções administrativas.

Nota-se que, assim como na primeira faceta da teoria civilista da responsabilização civil do Estado, para o lesado pouco importa se o ato violador do direito foi praticado por agente público bem ou mal eleito pelo poder público ou se este deixou ou não de exercer sobre aquele o dever de vigilância. Para o lesado, o que importa é que seu direito foi violado por preposto do Estado e que, por isso, a sua responsabilidade não pode ser elidida em razão de ter bem escolhido o seu agente ou sobre ele ter exercido o dever de vigilância.

Tais argumentos proporcionaram, mais uma vez, evolução na busca da melhor teoria para a responsabilização do Estado por atos de seus agentes, culminando com o surgimento das chamadas Teorias da Culpa Anônima Administrativa e da Falta do Serviço (*faute du service publique*), que serão a seguir analisadas.

c) teorias da culpa anônima administrativa e da falta do serviço (*faute du service publique*)

Também fundadas na culpa, as Teorias da Culpa Anônima Administrativa e da Falta do Serviço surgiram com o objetivo de avançar e burilar, nos termos da evolução histórica de intervenção do Estado nas relações sociais, a tese da responsabilidade civil do Estado.

²⁷ In Responsabilidade Civil do Estado por Atos Omissivos dos seus Agentes. LEX 117. RJTJESP, p. 10.

Pela culpa anônima do serviço impinge-se responsabilidade à entidade de direito público sempre que alguém sofrer dano em decorrência de atividade culposa ou dolosa praticada por agente público, sem que se tome conhecimento da identificação deste preposto estatal.

A origem desta teoria remonta ao início do século XX, na França (1911), após o famoso caso Anguet, em que um cidadão, considerado como intruso pelos agentes públicos, foi forçado a deixar o Departamento do Correio pela porta dos fundos, tendo em vista que a porta da frente estava fechada indevida e imprudentemente, antes da hora final do expediente, o que lhe acarretou um acidente que o fez quebrar a perna.

O Conselho de Estado francês entendeu que, embora a causa próxima e real do dano sofrido pelo cidadão tenha sido a falta pessoal dos agentes que o tomaram por intruso e o expulsaram do Departamento do Correio, também concluiu que a causa remota do dano foi a culpa anônima do serviço público, ante a impossibilidade de se identificar o agente que, de forma imprudente e indevida, procedeu ao fechamento da porta da frente do Departamento do Correio antes da hora prevista, obrigando o lesado a se retirar pela porta dos fundos. E assim impôs ao Estado francês o dever de indenizar o dano sofrido pelo cidadão²⁸.

Seguindo a teoria da culpa anônima administrativa, foi cunhada a teoria da falta do serviço administrativo para também impor ao Estado o dever de indenizar²⁹.

Segundo José de Aguiar Dias, a teoria da falta do serviço foi idealizada pelo Conselho de Estado Francês, por Paul Duez, fazendo exsurgir para o Estado a obrigação de indenizar sempre que o lesado comprove que o serviço não foi prestado, que não foi prestado adequadamente, ou que foi prestado tardiamente³⁰.

²⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. Ob. cit. p. 87.

²⁹ Importante, neste momento, é a advertência formulada por José de Aguiar Dias, no sentido de que não se pode confundir a falta com o fato do serviço; distinção útil que serve para separar a teoria ora analisada, fulcrada na culpa, com a teoria do risco, que será adiante exposta. DIAS, José de Aguiar. Ob. cit. p. 157.

³⁰ Confira-se a lição do autor citado: "De três ordens são os fatos identificáveis como faltas do serviço público, conforme resultem: de mau funcionamento do serviço, do não funcionamento do serviço, do tardio funcionamento do serviço. Na primeira categoria, estão os atos positivos culposos da administração. Na segunda, os fatos conseqüentes à inação administrativa, quando o serviço estava obrigado a agir, embora a inércia não constitua rigorosamente uma ilegalidade. Na terceira, as conseqüências da lentidão administrativa". Ob. cit. p. 156.

As Teorias da Culpa Anônima Administrativa e da Falta do Serviço (*faute du service publique*) encontravam, nos dias atuais, até a edição do Código Civil de 2002, aplicação no direito brasileiro, mormente para apurar a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas.

Segundo a doutrina pátria, a fonte normativa que albergava as Teorias da Culpa Anônima Administrativa e da Falta do Serviço (*faute du service publique*) estava estampada no revogado artigo 15 do Código Civil de 1916. Neste sentido, confira-se a doutrina de Sergio Cavalieri Filho:

*"Não obstante a redação ambígua desse dispositivo, o que ensejou alguma controvérsia inicial, a melhor doutrina acabou firmando entendimento no sentido de ter sido, nele, consagrada a teoria da culpa como fundamento da responsabilidade civil do Estado. Tanto é assim que fala em representante, ainda ligado à idéia de que o funcionário representaria o Estado, seria o seu preposto, tal como ocorre no Direito Privado. Ademais, as expressões 'procedendo de modo contrário ao Direito ou faltando a dever prescrito por lei' não teriam sentido se não se referissem à culpa do funcionário".*³¹

Importante frisar, neste contexto, que parte da doutrina e da jurisprudência buscavam o fundamento da responsabilidade civil estatal subjetiva no artigo 15 do Código Civil de 1916, hoje expressamente revogado pelo Código Civil de 2002³², como já asseverado, pelo artigo 43, que praticamente repete os termos do artigo 37, §

³¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 241. No mesmo diapasão, cite-se decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal: "Tratando-se de ato omissivo do Poder Público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de seus três vertentes: negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a *faute du service* dos franceses. Ação julgada procedente, condenando o Estado a indenizar a mãe do presidiário que foi morto por outro presidiário, por dano moral. Ocorrência de *faute du service*."(STF - 2ª Turma. RE 179.147-1. Rel. Min. CARLOS VELLOSO, julg. 12.12.1997, pub. DJU 27/02/1998, p. 18).

³² Doutrinadores de renome já defendiam o entendimento de que o artigo 15 do C. Civil de 1916 não havia sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Por todos, deve-se mencionar o nome de Gustavo Tepedino. *In Temas de Direito Civil*. "A evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas Controvérsias na Atividade Estatal". Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 173-197.

6º, da CFRB/88, estabelecendo a responsabilidade civil objetiva da administração pública, fundada na teoria do risco administrativo.

d) responsabilidade civil estatal sem culpa (objetiva)

Deve-se, mais uma vez, ao direito francês a evolução da responsabilidade civil do Estado, ultrapassando-se as teorias civilistas baseadas na culpa do direito privado para a teoria da responsabilidade civil sem culpa, fulcrada, exclusivamente, nas normas e princípios do direito público, e também na chamada teoria do risco criado pela atividade administrativa, que será aprofundada oportunamente.

Foi por ocasião do famoso caso Blanco³³, em 1873, que o Conselho de Estado francês afastou a idéia de recorrer ao direito privado para conhecer a responsabilidade civil do Estado, fazendo, a partir de então, exsurgir de forma autônoma a responsabilidade civil pública, que, segundo Vedel, citado por José Cretella Júnior, cabia ao próprio magistrado construir³⁴.

A responsabilidade sem culpa do Estado surgiu com a evocação da chamada teoria do risco criado pela atividade administrativa, que tem como pilares os princípios da equidade, da justiça e da igualdade de ônus e encargos sociais³⁵.

Chegou-se à conclusão de que a atividade desenvolvida pelo Estado, mormente a de freqüente intervenção nos ordenamentos social e econômico, a de prestação de serviços públicos de nítida natureza empresarial, e também face à necessidade cada vez maior de fazer valer o poder de polícia administrativa, traria um risco criado aos administrados, em benefício deles próprios, e que, por isso, todos deveriam ser co-responsáveis socialmente pelos danos que a atividade administrativa causasse a terceiros.

Em razão desse entendimento Sergio Cavaliere Filho afirma que:

³³ Sobre as peculiaridades do caso da menina Agnes Blanco, consulte-se a doutrina de José Cretella Júnior. **O Estado e a Obrigação de Indenizar**. Ob. cit. p. 28/31.

³⁴ **Droit Administratif**, 5ª edição, 1973, p. 327. *Apud* CRETELLA JÚNIOR, José. Ob. cit. p. 28.

³⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Ob. cit. p. 161. Maria Helena Diniz também chega a afirmar que a responsabilidade civil estatal funda-se no princípio da isonomia, razão por que deve haver igual repartição dos encargos públicos entre os cidadãos. Ob. cit. p. 556.

*"Se a atividade administrativa do Estado é exercida em prol da coletividade, se traz benefícios para todos, justo é, também, que todos respondam pelos seus ônus, a serem custeados pelos impostos. O que não tem sentido, nem amparo jurídico, é fazer com que um ou apenas alguns administrados sofram todas as conseqüências danosas da atividade administrativa."*³⁶

Vê-se, então, que a teoria do risco administrativo conduz à responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público, em que não mais se perquire o elemento culpa do agente público para se chegar, como premissa necessária, ao dever de indenizar. Basta que atividade administrativa, lícita (nos casos especificados na legislação ou de irrazoável sacrifício imposto ao lesado) ou ilícita, cause dano a terceiro e que haja o nexo de causalidade entre o dano e a conduta administrativa.

Assim, em síntese, são elementos da responsabilização objetiva do Estado: i) um fato administrativo, merecendo destaque os atos praticados por agente públicos que atuarem nesta qualidade e em razão da função pública que lhes cumpre por mister; ii) um dano, que poderá ser patrimonial ou extrapatrimonial, e iii) o nexo de causalidade entre os elementos anteriores.

É de suma importância destacar que ato administrativo capaz de gerar dano deve ser oriundo de conduta de agente público, que deve agir nessa qualidade e em prol do interesse público, sob pena de não restar configurada a responsabilidade civil estatal, mas sim a responsabilidade pessoal do agente que age em nome próprio e em razão dos seus interesses.

Foi por meio do artigo 194, caput e parágrafo único, da Constituição Federal de 1946 que pela primeira vez no texto constitucional foi inserida a responsabilização objetiva do Estado, o que foi seguido pelas Constituições de 1967 (art. 105, parágrafo único); pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (art. 107 e parágrafo único); e,

³⁶ Ob. cit. p.161.

atualmente, a regra está consolidada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988^{37/38}.

Saliente-se que, malgrado o texto do artigo 37, § 6º da CRFB/88 não aduzir expressamente, possível será ao Estado afastar o nexo de causalidade, e assim, o dever de indenizar, quando presentes estiverem: i) situações que denotem caso fortuito ou força maior, sem que haja qualquer fato administrativo capaz de ser entendido como necessário à causa do dano; ii) fato de terceiro; e iii) fato exclusivo da vítima³⁹.

Como se disse, a presença de quaisquer das situações acima narradas faz fenecer o próprio nexo de causalidade, desaparecendo, por isso, o dever de indenizar do Estado.

Sobre as possibilidades de o Estado utilizar as excludentes do nexo causal, mais uma vez recorre-se aos ensinamentos de José de Aguiar Dias, que as denominou de "cláusulas de salvaguarda" do Poder Público. Veja-se:

"O que convém estabelecer, para prevenir o excesso prejudicial do erário público, são as suas cláusulas de salvaguarda: a)

³⁷ Reitere-se que no direito brasileiro não chegou a vigor a teoria da total irresponsabilidade do Estado. Sempre houve a possibilidade de o sujeito que teve um direito violado buscar reparação de seu dano por ato praticado por agente público, quer responsabilizando os próprios agentes públicos, conforme determinavam as Constituições do Império de 1824 (artigo 179, inciso 29) e a Constituição de 1891 (artigo 82); quer responsabilizando os servidores solidariamente com o Poder Público, conforme determinava o artigo 171, da Constituição de 1934 e demais normas infraconstitucionais específicas.

³⁸ Apesar de não corresponder à tese aqui defendida, importante registrar o posicionamento de Arnaldo Marmitt, para quem o artigo 37, § 6º, da CRFB/88 não exprime a responsabilidade civil objetiva fulcrada na teoria do risco administrativo, mas sim a teoria da culpa presumida. Confira-se a fundamentação do posicionamento nas palavras do próprio autor, *verbis*: "Importa colocar tais postulados nos seus devidos termos, arredando o radicalismo e buscando o verdadeiro alcance da norma constitucional. Esta traduz mero risco administrativo, estabelecendo simples inversão do ônus probatório. É uma exceção à regra de inexistência de ressarcimento sem prévia comprovação de culpa. Proposta a ação reparatória contra a entidade pública, a ela competirá provar que seu funcionário não agiu culposamente, mas sim a vítima. Inverte-se, assim, a posição: não o autor, mas o réu, deve comprovar. Se a administração deixar de produzir essa prova, responderá pelas perdas e danos, cumprindo ao lesado apenas positivar o prejuízo e sua relação causal com o fato". *In Perdas e Danos*. Rio de Janeiro: Aidê, 1992, p. 258. *Apud* GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. V. III. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 218

³⁹ Mencione-se que por iniciativa da Advocacia-Geral da União, apoiada pelo Ministério da Justiça, foi constituída uma comissão especial sob a presidência do Professor Caio Tácito, para elaborar anteprojeto de lei sobre a responsabilidade civil do Estado, que fora entregue concluído em 15 de agosto de 2002 ao Exmo. Sr. Advogado-Geral da União, Dr. José Bonifácio de Andrada e Silva, e lá constam tais excludentes nos artigos 7º e 8º. Ver o inteiro teor do anteprojeto de lei na *Revista de Direito Administrativo* nº 229. Julho/Setembro de 2002. Rio de Janeiro: Renovar, p. 369-376.

a força maior exonera o Estado de responsabilidade; b) a culpa da vítima constitui causa de isenção total ou parcial ; c) o dano eventual, incerto, inexistente a fortiori ou não apreciável não acarreta a responsabilidade; d) para que provoque a reparação, é preciso que o dano seja direto; e) desconhecimento do dano moral"⁴⁰.

Hodiernamente não merece aplicação a exposição do autor citado no que diz respeito ao dano moral, quer diante do que aduz o artigo 5º, incisos V e X, da CRFB/88, quer diante do que prevêem o artigo 186 do Código Civil de 2002 e o verbete nº 37, da Súmula da Jurisprudência predominante no e. Superior Tribunal de Justiça, que dispõem implícita e explicitamente o dever de indenizar quando houver violação de direitos da personalidade.

Importante salientar e reafirmar que o direito brasileiro adotou como regra a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público, com fundamento na teoria do risco administrativo, admitindo, porém, a invocação das excludentes do nexo causal acima enumeradas, e não acolheu, salvo raras exceções previstas expressamente em lei, a teoria do risco integral, em que resta vedada a possibilidade de exclusão do nexo de causalidade⁴¹.

III - A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO EM RAZÃO DA EDIÇÃO DE ATOS LÍCITOS

Pode-se afirmar que, como regra, o ato da administração capaz de deflagrar o dever de indenizar do Estado deverá ser ilícito⁴².

⁴⁰ Ob. cit. p. 207.

⁴¹ Não se pode deixar de registrar aqui a crítica formulada pelo saudoso publicista Hely Lopes Meirelles à teoria do risco integral: "A teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa fórmula radical, a administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. Daí por que foi acoimada de 'brutal', pelas graves conseqüências que haveria de produzir se aplicada na sua inteireza". *In Direito Administrativo Brasileiro*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 533.

⁴² Karl Larenz, ao abordar o tema da indenização pela prática de atos ilícitos que causam danos, afirma que: "el ordenamiento jurídico no se conforma con establecer la responsabilidad por conducta culpable y antijurídica. La convivencia humana hace exigible que el ordenamiento jurídico permita actividades a las que va unido un riesgo considerable. Cuando este riesgo acaece y otra persona resulta perjudicada, puede ser conforme a la equidad imponer en todo o en parte la responsabilidad en estos supuestos a aquella persona que originó la situación de riesgo o se sirvió de ella para su provecho, aunque no se le pueda acusar en haber infringido la ley. En estos casos hablamos de 'responsabilidad pro riesgo'". LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madri: Editorial Revista de Direito Privado, 1958, v. 1, p. 191.

Excepcionalmente, porém, as pessoas jurídicas de direito público poderão vir a responder por danos oriundos de condutas lícitas⁴³. Esta situação ocorrerá quando houver expressa previsão legal ou quando a atividade administrativa impuser sacrifício especial, irrazoável, injusto⁴⁴, anormal e excepcional ao direito do administrado⁴⁵. Neste sentido é a lição do publicista português Diogo Freitas do Amaral, pois afirma, *verbis*:

"Outros casos há, ainda, em que a Administração, não praticando nenhum acto ilegal nem executando nenhuma operação material ilícita, incorre mesmo assim no dever de indemnizar"

⁴³ Registrem-se, porque importante, as palavras de Gustavo Ordoqui Castilla, que assevera: *"Normalmente el estudio del daño como fenómeno jurídico se hace circunscribiéndolo exclusivamente a la órbita de la responsabilidad extracontractual y contractual. Se ha considerado de utilidad analizar, aunque más no sea en forma sintética, el estudio del daño en aquellos casos en que aparece relacionado causalmente con un comportamiento lícito, adquiriendo relevancia jurídica a pesar de estar desvinculado de su habitual compañera la conducta ilícito-culposa. "No puedo desconocer - afirma Carnelutti - que hay casos en que el resarcimiento no responde a un daño ilícito. Actualmente los juristas se encuentran afectados por el peso de la tradición que los lleva necesariamente a relacionar correlativamente ambos conceptos. Poco a poco se están dando cuenta de que el resarcimiento aparece relacionado no sólo con conductas ilícitas, sino también con actos lícitos."*

En tal sentido, Giorgiani ha sostenido: "la obligación de resarcir el daño no se hace derivar por ley exclusivamente de actos ilícitos, sino también, muy a menudo, de actos permitidos por ella, y, por tanto, lícitos".

Pensar que detrás de un resarcimiento siempre existe una obligación a norma violada, es lo que lleva a hacer caer en una petición de principios y a excluir a priori la categoría de actos lícitos dañosos precisamente por haber partido de falsos preconceptos. Se ha sostenido que sólo excepcionalmente el ordenamiento jurídico reacciona ante daños lícitos y que, en realidad, no serían más que un "apéndice anómalo de la responsabilidad civil."

A nuestro modo de ver no se trata de una excepción a la ratio juris de la responsabilidad civil, ya que el fenómeno que estudiaremos cuenta con una estructura y una función que le es típica según los casos, y, por tanto, le corresponde su lugar dentro del derecho de las obligaciones.

A poco que analicemos el daño causado por una conducta lícita advertiremos que estamos ante relación jurídica en la cual por un lado se ejercita un derecho y, por outro, la obligación de compensar no cumple una función sancionatoria respecto del que ejercita el derecho, sino que se trata de proteger la esfera jurídica del afectado, dándole en dinero o especies lo que supuso una disminución patrimonial súbita." CASTILLA, Gustavo Ordoqui. "Obligación de compensar daños causados por condutas lícitas". **Revista dos Tribunais**. São Paulo, a. 85, nº 226, p. 11-23, abril de 1996, p. 13-14.

⁴⁴ Celso Ribeiro Bastos bem fundamenta a possibilidade de as pessoas jurídicas de direito público responderem por atos lícitos na chamada teoria do ato injusto. Confirma-se: "A segunda razão de ser da responsabilização do Poder Público é a prática de um ato injusto, é dizer, embora fruto de um comportamento legal, a atuação do Estado acaba por fazer incidir sobre uma ou algumas pessoas, bem individualizadas, os ônus cuja contrapartida é um benefício que aproveita a toda a sociedade. Não é porque o ato é lícito que ele deixa de ser passível de indenização. Esta será devida toda vez que ocorrer um dano patrimonial suportado por alguns em proveito do bem comum. Essa justificativa do ato injusto é importante para explicar os casos de responsabilidade objetiva do Estado, na qual este responde mesmo tendo agido com a cautela, a prudência e a perícia requeridas pela lei. (...). A teoria do ato injusto serve também para explicar por que o Estado responde por danos causados por um comportamento integralmente lícito. Quando constrói um viaduto, ou um elevado, por exemplo, mesmo que se tenha pautado pela mais estrita legalidade, se causou danos extraordinários, isto é, que vai além do risco normal a que todos estão sujeitos por viverem em sociedade, o Estado tem que indenizar". *In: Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 3, Tomo III, p. 172-173.

prejuízos emergentes da sua actuação: é o que acontece, designadamente, com os danos provocados pelo risco inerente ao exercício de certas actividades especialmente perigosas (por ex., exploração de um paiol de pólvora militar), e bem assim como os actos lícitos que imponham aos particulares formas de sacrifício especial dos seus direitos." - grifo no original ⁴⁶.

Parece comungar com o mesmo entendimento a jurista portuguesa Maria Clara Lopes, que assim doutrinou acerca da responsabilidade civil das pessoas coletivas públicas por condutas administrativas lícitas:

"(...) este tipo de responsabilidade não pressupõe a existência da culpa, ou seja, de um juízo de reprovabilidade pessoal da conduta do agente que assenta, como acima se deixou dito, nonexo entre o fato e a sua vontade, dele agente, Autor do fato e pelo contrário, este tipo de responsabilidade pressupõe a prática de um fato ou de atos lícitos. Integram o conceito de ato lícito, entre outros, a colocação de um veículo em circulação, a montagem e exploração de uma fábrica, a fabricação e venda de produtos"⁴⁷.

Desta forma, como exceção à regra, as pessoas jurídicas de direito público poderão ser responsabilizadas civilmente por atos

⁴⁵ No mesmo sentido apresenta-se a lição de Juan Carlos Cassagne, *verbis*: "Existen algunas condiciones que, por ser comunes a la responsabilidad por acto ilegítimo, han sido ya analizadas al tratar los presupuestos que determinan esa clase de responsabilidad, y que se refieren a: 1) la imputabilidad material del acto (hecho, acto administrativo, reglamento o ley) a un órgano del Estado; 2) la existencia de un daño cierto en los derechos del particular afectado; y 3) la conexión causal entre el acto (individual o general) y el daño hecho al administrado. Com posterioridad, a saber: a) la necesaria verificación de un perjuicio especial en el afectado y b) ausencia de un deber jurídico de soportar el daño". CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo**. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002, Tomo I, p. 512.

⁴⁶ AMARAL, Diogo Freitas do. **Direito Administrativo**. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2000, v. 1, p. 472-473.

⁴⁷ LOPES, Maria Clara. **Responsabilidade extracontratual**. Lisboa: Reis dos Livros, 1997, p. 15-16. *Apud* VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. **A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito de Danos**. 2002, 197 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Rio de Janeiro, p. 61-62. Colha-se da jurisprudência também trazida a lume por Patrícia Serra a ementa do seguinte julgado: "Indenização - Responsabilidade Civil - Obra do Metrô - Queda de movimento de pacientes em Hospital particular durante o período trienal das obras - Irrelevância de que o dano tenha origem em atividades lícitas - Verba devida - Ação procedente - Recurso provido". (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n.º 120.912-1).

lícitos dos seus agentes, que agindo nesta qualidade causarem dano injusto a terceiros, desde que tal obrigação advenha de lei ou de uma situação jurídica irrazoável e injusta imposta ao administrado, que será aferível à luz do caso concreto.

Mas não basta uma conduta administrativa (lícita ou ilícita) para que o Estado seja obrigado a indenizar. O suposto lesado tem de comprovar um dano indenizável, que poderá ser patrimonial ou extrapatrimonial (moral)⁴⁸, pois é possível haver responsabilidade sem culpa, mas impossível o ser se ausente estiver o dano. A conclusão, apesar de simples, é de suma importância, eis que não há falar-se em dever de indenizar alguém sem que este tenha sofrido efetivo prejuízo⁴⁹.

⁴⁸ E se assim é, necessário, neste momento, trazer à baila o conceito de dano moral, merecendo destaque a doutrina de Carlos Alberto Bittar, que qualifica "como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social)." *In Reparação Civil por Danos Morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 41.

⁴⁹ Importante registrar que os danos patrimoniais abarcam não só os prejuízos imediatos (danos materiais propriamente ditos ou emergentes) mas de igual forma os prejuízos futuros, também denominados lucros cessantes, que vêm a ser aquilo que o lesado ainda não perdeu mas futuramente deixaria razoavelmente de auferir se o dano não houvesse ocorrido (artigo 402 c/c artigo 950, ambos do Código Civil de 2002). O artigo 402 do atual Código Civil de 2002 reproduz o que antes estava exposto no artigo 1059 do Código Civil de 1916, e estabelece que será considerado dano emergente aquilo que o lesado efetivamente perdeu.

De outro modo, será considerado dano extrapatrimonial aquele que importar uma lesão a direito e que não configurar diminuição de bem avaliável em dinheiro, isto é, que não apresentar conteúdo pecuniário imediato. São os chamados danos aos direitos da personalidade, tais como a honra, a moral, a integridade psíquica, a privacidade. Na doutrina e na jurisprudência, tais danos são simplesmente chamados de danos morais.

Digno demarcar que até bem pouco tempo somente se permitia às pessoas naturais o direito ao ressarcimento de danos extrapatrimoniais; negava-se tal pretensão às pessoas jurídicas, sob o argumento de que tais pessoas não possuem direitos da personalidade e, por isso, não podem sentir dor, sofrimento, angústia, abalo moral ou psíquico. O Superior Tribunal de Justiça, porém, editou o verbete n.º 227 da Súmula de sua jurisprudência predominante ("A pessoa jurídica pode sofrer dano moral") e pacificou o entendimento de que à pessoa jurídica também é permitido o ressarcimento por danos morais, sempre que este violar a sua honra objetiva, isto é, em linhas gerais, o bom nome do "estabelecimento". Ainda que implicitamente, o artigo 52, do Código Civil de 2002 também admitiu esta possibilidade. A discussão é bem explicada por Sérgio Cavalieri Filho, mormente no que diz respeito à distinção entre honra objetiva e honra subjetiva: "A reparabilidade do dano moral causado à pessoa jurídica ainda apresenta alguma perplexidade e sofre forte resistência de parte da doutrina e jurisprudência apegadas à noção de que a honra é bem personalíssimo, exclusivo do ser humano, não sendo possível reconhecê-la na pessoa jurídica. Concorre também para a resistência a idéia de que dano moral é sinônimo de dor, sofrimento, tristeza etc.

Registre-se, então, que a honra tem dois aspectos: o subjetivo (interno) e o objetivo (externo). A honra subjetiva, que se caracteriza pela dignidade, decoro e auto-estima, é exclusiva do ser humano, mas a honra objetiva, refletida na reputação, no bom nome e na imagem perante a sociedade, é comum à pessoa natural e à jurídica. Quem pode negar que uma notícia difamatória pode abalar o bom nome, o conceito e a reputação não só do cidadão, pessoa física, no meio social, mas também de uma pessoa jurídica, no mundo comercial? Indiscutivelmente, toda empresa tem que zelar pelo seu bom nome comercial." *CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil*. Ob. cit. p. 110.

Por último, o lesado ainda terá que comprovar o nexo de causalidade entre os dois elementos anteriores, sem o que inexistirá o dever de indenizar⁵⁰.

Analisadas as principais peculiaridades da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público à luz do texto inserto na Constituição Federal de 1988, impende, agora, examinar a sua abordagem frente ao Código Civil de 2002.

IV) O NOVO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO

Como já exposto, a disciplina da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público guarda assento na Constituição Federal de 1988, mais especificamente no artigo 37, § 6.º, e, a nosso juízo, desnecessário se apresenta novo dispositivo legal infraconstitucional a repetir, quase que *ipsis literis*, o teor do dispositivo constitucional.

Contudo, com o intuito de revogar expressamente o artigo 15 do Código Civil de 1916, que semeava discussões acerca de sua recepção frente ao artigo 37, § 6.º da CRFB/88, o Código Civil de 2002 trouxe à lume, novamente, a regra da responsabilização objetiva das pessoas jurídicas de direito público, expressa no artigo 43, que está assim redigido:

"Art. 43 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houve, por parte destes, culpa ou dolo."

Como se disse, com exceção da palavra "atos" e da ausência de previsão da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direi-

⁵⁰ Três teorias disciplinam o elemento do nexo causal, como elemento essencial do dever de indenizar: a teoria da equivalência dos antecedentes causais, a teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade direta e imediata, esta última adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente pelo artigo 403 do Código Civil de 2002. Sobre um estudo profundo acerca das teorias mencionadas, remete-se o leitor ao percuente trabalho desenvolvido por TEPEDINO, Gustavo. "Notas sobre o Nexo de Causalidade". *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*. Rio de Janeiro, v. 2, n. 6, p. 3-19, abr/jun, 2001.

to privado prestadoras de serviços públicos, o teor do dispositivo legal transcrito é o mesmo do artigo 37, § 6.º, da CRFB/88.

Portanto, em linhas gerais, pouco ou nada inovou o Código Civil de 2002 sobre o instituto da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público⁵¹, que continua a ser objetiva, com fundamento na teoria do risco administrativo, com as excludentes donexo causal anteriormente mencionadas, isto é, o caso fortuito ou a força maior, desde que não tenha havido qualquer fato administrativo a impulsionar o dano, fato de terceiro ou fato exclusivo da vítima.

Entretanto, estão a merecer especial atenção as situações que configuram omissões administrativas e as hipóteses em que essas situações farão exsurgir o dever de indenizar para as pessoas jurídicas de direito público, além do prazo de prescrição das demandas indenizatórias.

V) RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÕES ADMINISTRATIVAS

Até o advento do Código Civil de 2002, a doutrina e a jurisprudência majoritárias entendiam que as omissões administrativas que porventura causassem danos a terceiros gerariam o dever de indenizar da pessoa jurídica de direito público, desde que restasse comprovada a culpa anônima do serviço ou a falta do serviço. Para essas situações, excetuava-se a regra inserta no artigo 37, § 6.º, da CRFB/88 e aplicava-se a teoria subjetiva, baseada na culpa, sob o fundamento de sua previsão no artigo 15 do Código Civil de 1916⁵².

⁵¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro chegou, na 15ª edição de sua obra **Direito Administrativo** - a primeira após a vigência do Código Civil de 2002 -, a afirmar que o Novo Código Civil já nasceu atrasado em relação aos ditames da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que não previu a responsabilidade civil das empresas privadas prestadoras de serviços públicos.

⁵² Neste sentido, apresenta-se a lição doutrinária de Celso Antônio Bandeira de Mello. *In: Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 818-819. Digno registrar, em sentido contrário, a doutrina de Fabiano Mendonça, que deixa de admitir a responsabilidade civil subjetiva das pessoas jurídicas de direito público após a revogação do artigo 15, do Código Civil de 1916 e a entrada em vigor do artigo 43, do Código Civil de 2002, *verbis*: "Logo, embora sem a abrangência de seu equivalente constitucional (na medida em que não contempla as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, tema que foi grande inovação do Texto constitucional de 1988, malgrado a possibilidade de sua responsabilização objetiva, nos termos da Nova Lei, por outros dispositivos; o que, claro, não afasta o dever constitucionalmente imposto), o artigo 43 do Novo Código, à

Ocorre que o aludido artigo 15 do Código Civil de 1916 foi revogado pelas disposições constantes no artigo 43 do Código Civil 2002, que praticamente repete o teor do artigo 37, § 6.º, da CRFB/88, e trouxe à legislação civil infraconstitucional a teoria do risco administrativo para embasar a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público⁵³.

Diante do acima exposto, é de se indagar: subsiste no direito brasileiro alguma hipótese de responsabilização subjetiva das pessoas jurídicas de direito público? Deve-se aplicar a teoria subjetiva em casos de danos decorrentes de omissões estatais?

Eduardo Maccari Telles manifestou entendimento segundo o qual subsiste no direito brasileiro a responsabilização subjetiva estatal por atos omissivos:

"A responsabilidade objetiva dos atos estatais omissivos, em que pese a sapiência de seus defensores e a boa argumentação que a sustenta, não nos seduz enquanto caminho possível, por questões jurídicas e parajurídicas que abaixo se expõe.

(...)

De toda forma, o problema de tornar objetiva a responsabilização do Estado por atos omissivos se encontra principalmente no nexo causal e na eventual ausência de culpa do Estado na conduta.

(...)

semelhança do artigo 15 de seu antecessor - observando que este contemplava responsabilidade subjetiva - tratou da responsabilidade do Estado. Cuidou, então, de prever sua responsabilidade objetiva e o direito de regresso contra os responsáveis por culpa ou dolo, sem discordar dos ditames constitucionais." **Limites da Responsabilidade do Estado.** Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 203.

⁵³ Sobre a teoria da responsabilidade civil objetiva, baseada no risco, agasalhada pelo artigo 927 do Código Civil de 2002, deve-se remeter o leitor ao trabalho desenvolvido por Carlos Young Tolomei, *In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). A Parte Geral do Novo Código Civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 345-365. Veja-se, também, o estudo desenvolvido por José Acir Lessa Giordani sobre a responsabilidade civil genérica no Código Civil de 2002, que ora se transcreve um breve trecho: "Observamos que no Novo Código Civil pátrio, optou-se pela adoção de um sistema misto, com previsão genérica das duas espécies de responsabilidade, sem prevalência da responsabilidade subjetiva. O *caput* do art. 927 deverá ser harmonizado com o seu parágrafo único, sendo interessante colocar que, em vista da casuística, as hipóteses sujeitas à responsabilidade objetiva são muito mais numerosas que as sujeitas à responsabilidade subjetiva. Por este motivo, ressaltamos que o código brasileiro, em matéria de responsabilidade civil objetiva, se enquadra hoje entre os mais modernos do mundo". **A Responsabilidade Civil Objetiva Genérica no Código Civil de 2002.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 82.

No entanto, uma vez que se mantenha vislumbrado o comportamento omissivo presumivelmente como causa do dano e uma vez que a responsabilidade objetiva prescinde da culpa para o dever de indenizar, estaríamos transformando a teoria do risco administrativo em risco quase integral, pois mesmo que o Estado tenha agido dentro do absoluto limite do razoável, não violando qualquer dever legal, persistiria a obrigação do Estado de indenizar.

(...)

Restaria então a manutenção da responsabilidade subjetiva, em princípio, para os atos estatais omissivos, que nos parece o melhor caminho a ser seguido. Neste sentido, não enxergamos no advento do atual Código Civil qualquer dificuldade adicional no sentido de encontrar fundamento legal para tal hipótese ⁵⁴”.

Mantendo o posicionamento anterior, Sergio Cavalieri Filho continuou a entender, mesmo após a vigência do Código Civil de 2002, que será subjetiva a responsabilidade da Administração Pública em casos de danos oriundos de fatos da natureza e nos casos de fatos de terceiros. Confira-se:

“Por todo o exposto, é de se concluir que a responsabilidade subjetiva do Estado não foi de todo banida da nossa ordem jurídica. A regra é a responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco administrativo, sempre que o dano for causado por agentes do Estado, nessa qualidade; sempre que houver direta relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e o dano. Resta, ainda, espaço, todavia, para a responsabilidade subjetiva nos casos acima examinados - fatos de terceiros e fenômenos da Natureza -, determinando-se, então, a responsabilidade da Administração, com base na culpa anônima ou falta do serviço, seja porque este funcionou mal ou funcionou tardiamente.

⁵⁴ TELLES, Eduardo Maccari. “A Responsabilidade Civil do Estado por Atos Omissivos e o Novo Código Civil”. In *A Responsabilidade Civil Empresarial e da Administração Pública*. (org.) Patrícia Ribeiro Serra Vieira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 241-242.

*Em nada muda esta conclusão o fato de não ter sido reproduzido no novo Código Civil o art. 15 do Código Civil de 1916. A responsabilidade subjetiva é a regra básica, que persiste independentemente de existir ou não norma legal a respeito. Todos respondem subjetivamente pelos danos causados a outrem, por um imperativo ético-jurídico universal de justiça. Destarte, não havendo previsão de responsabilidade objetiva, ou não estando esta configurada, será sempre aplicável a cláusula geral da responsabilidade subjetiva se configurada a culpa, nos termos do art. 186 do Código Civil*⁵⁵.

Destacando que, via de regra, o fato de terceiro e o fenômeno da natureza são situações excludentes do nexo causal, bem como respeitando a autoridade das lições do Autor acima citado, parece contraditória a sua afirmação de que a regra hodierna no direito brasileiro (não da responsabilização estatal) continua a ser guiada pela responsabilidade subjetiva, eis que na página 159 da mesma obra, atualizada, doutrinou o emérito jurista que o Código Civil de 2002, embora tenha mantido a teoria da responsabilidade civil subjetiva, optou pela responsabilidade objetiva, pouco sobrando àquela teoria. Confira-se, *verbis*:

"O Código Civil de 1916 era essencialmente subjetivista, pois todo seu sistema estava fundado na cláusula geral do art. 159 (culpa provada), tão hermética que a evolução da responsabilidade civil desenvolveu-se ao largo do velho Código, através de leis especiais. O novo Código, conforme já ressaltado, fez profunda modificação nessa disciplina para ajustar-se à evolução ocorrida na área da responsabilidade civil ao longo do século XX. Embora tenha mantido a responsabilidade subjetiva, optou pela responsabilidade objetiva, tão extensas e profundas são as cláusulas gerais que a consagram, tais como o abuso do direito (art. 187), o exercício de atividade de risco ou

⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. Ob. cit. p. 258-259.

perigosa (parágrafo único do art. 927), danos causados por produtos (art. 931), responsabilidade pelo fato de outrem (art. 932, c/c o art. 933), responsabilidade pelo fato da coisa e do animal (arts. 936, 937 e 939), responsabilidade dos incapazes (art. 928) etc. Após o exame dessas hipóteses todas, haverá uma única conclusão: muito pouco sobrou para a responsabilidade subjetiva".

Por outro lado, com a devida vênia, não se coaduna o argumento de que a responsabilidade subjetiva da Administração Pública deve prevalecer ante a ausência de regra específica para regular tal situação. Ora bem; não bastasse o artigo 37, § 6.º, da CRFB/88, existe agora o já citado artigo 43, do Código Civil de 2002, que traz para o plano infraconstitucional a responsabilidade objetiva da Administração Pública.

Poder-se-ia dizer e argumentar que o artigo 43 do Código Civil de 2002 apenas se refere a "atos" danosos causados por agentes públicos, o que excluiria as omissões. Todavia, além de a omissão administrativa ser um fato jurídico que decorre da ausência de um dever jurídico de agir e, portanto, equipara-se a um ato ilícito, cumpre dizer que, a se conferir ao artigo 43 uma interpretação restritiva, o mesmo estaria inquinado do vício de inconstitucionalidade material, tendo em vista que restringiria o campo de incidência da regra expressa no artigo 37, § 6.º, da CRFB/88, que apenas alude ao dever de indenizar das pessoas jurídicas de direito público em razão de "danos" causados por seus agentes, nada exteriorizando se tais danos advêm de ação ou omissão estatal.

Desta forma, a nosso juízo, à luz da legislação vigente no Brasil, não há mais espaço para sustentar a responsabilidade subjetiva das pessoas jurídicas de direito público, baseada na culpa. Não fosse pela ausência de norma legal neste sentido, mas também em razão de regras explícitas e específicas em sentido contrário, que determinam a incidência da responsabilidade civil objetiva, baseada na teoria do risco administrativo⁵⁶.

⁵⁶ O mesmo entendimento é defendido por: TEPELINO, Gustavo. "A Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e sua Controvérsias na Atividade Estatal". In: **Temas de Direito Civil**. Ob. cit. p. 191-192. No mesmo sentido apresenta-se a doutrina de MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. "Problemas da responsabilidade civil do Estado". *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*. Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, p. 35-66, jul/set 2002, p. 51-53.

Comunga o entendimento Patricia Ribeiro Serra Vieira, eis que, escrevendo ainda no período de *vacatio legis* do Código Civil de 2002, afirmou, *verbis*:

"Vê-se superada a celeuma em torno da inaplicabilidade da teoria de responsabilidade objetiva aos atos omissivos do Estado, pois revogado que estará o artigo 15 do Código Civil vigente, por falta, então, de fundamentação legal, responderá o Estado sem que se prove que faltou a dever legal ou procedeu de forma contrária ao direito; bastando, para tanto, a ação ou omissão do Estado ligado à causa do dano ⁵⁷."

A jurisprudência recente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em acórdão da lavra do e. Desembargador Fernando Cabral, parece trilhar a mesma linha de entendimento. Veja-se a ementa a seguir transcrita:

"Responsabilidade civil do Estado. Veículo sob a guarda da Autoridade policial. Subtração de peças e equipamentos. Os danos causados a terceiros pelas pessoas jurídicas de direito público ou por seus agentes, devem ser reparados com base na responsabilidade objetiva, conforme o preceito contido no art. 37, § 6.º, da Constituição Federal. Se o dano sofrido pelo particular deriva da atividade administrativa desempenhada pelo ente público, e resulta da transgressão do dever jurídico de guarda do bem, a responsabilidade da Administração é direta e será no plano da teoria do risco administrativo. Ato comissivo por omissão. Tratando-se de responsabilidade obje-

⁵⁷ VIEIRA, Patricia Ribeiro Serra. *In: Responsabilidade Civil Objetiva no Direito de Danos*. Tese cit., p. 96. João Agnaldo Donizeti Gandini e Diana Paola da Silva Salomão também chegaram à conclusão de que a responsabilidade civil do Estado por conduta omissa é objetiva, regulada pela teoria do risco administrativo, defendendo, inclusive, que tal entendimento vigora desde a promulgação da Constituição Federal de 1946. Confira-se: "Concluindo, pode-se afirmar que o legislador brasileiro, bem como a doutrina e a jurisprudência, sempre tiveram clara a evolução da responsabilidade do Estado, sempre no sentido de sua objetivação, afastando-se da culpa e aproximando-se do risco, até assumi-lo, sendo razoável que se falasse em algum tipo de responsabilidade subjetiva apenas no período que vai do início de vigência do antigo Código Civil de 1916 até a promulgação da Constituição Federal de 1946, quando, promulgada esta, a responsabilidade do Estado passou a ser objetiva, ficando revogado o Código Civil". "A Responsabilidade Civil do Estado por Conduta Omissiva". *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 232, p. 199-230, abr/jun, 2003, p. 223.

*tiva, cabe ao Autor do dano a prova da excludente. Se não demonstra, indubitavelmente, a ocorrência de qualquer eximente ou que o evento se deu por exclusiva culpa da vítima, ou por ato de terceiro, imprevisível e inevitável, torna-se inafastável o seu dever de indenizar os prejuízos causados. Prova insuficiente para demonstrar a exclusão ou mitigação de sua responsabilidade, diante das regras processuais que disciplinam a distribuição de seu ônus. Provado o evento lesivo e o prejuízo do particular, impõe-se ressarcí-lo dos prejuízos sofridos, que restam demonstrados, pelos orçamentos apresentados, Recurso ao qual se nega provimento*⁵⁸.

⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2001.001.13371. Órgão Julgador: Quarta Câmara Cível. Relator: Des. Fernando Cabral. Julgado em 18/02/2003. Em razão da atualidade da discussão ora posta neste trabalho, cabe informar que o tema, ao que parece, ainda não foi enfrentado pelos Egrégios Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Registre-se, no entanto, que o Egrégio Supremo Tribunal Federal, em três julgamentos (ainda que analisando situações anteriores à vigência do Código Civil de 2002), todos da Colenda 1ª Turma, manteve-se vacilante, ora firmando entendimento que a responsabilidade seria regida pela teoria objetiva, ora pela teoria subjetiva. Confira-se:

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ARTIGO 37, § 6.º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DANOS CAUSADOS POR TERCEIROS EM IMÓVEL RURAL. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. INDENIZAÇÃO. ILEGITIMIDADE DE PARTE. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE. Esta Corte já firmou entendimento de que é incabível, na via extraordinária, alegação de ofensa indireta à Constituição Federal, por má interpretação de normas processuais, contidas na legislação infraconstitucional. Caracteriza-se a responsabilidade civil objetiva do Poder Público em decorrência de danos causados, por invasores, em propriedade particular, quando o Estado se omite no cumprimento de ordem judicial para envio de força policial ao imóvel invadido. Recursos extraordinários não conhecidos." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 283989/PR - PARANÁ. Órgão Julgador: Primeira Turma, Relator: Min. Ilmar Galvão, Julgamento: 28/05/2002, Publicação: DJ de 13-09-2002, PP-00085. EMENT VOL-02082-03 PP-00537).

"Responsabilidade Civil e Ato Omissivo - A Turma negou provimento a recurso extraordinário no qual se pretendia, sob a alegação de ofensa ao art. 37, § 6.º, da CF, a reforma de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte que, entendendo caracterizada na espécie a responsabilidade objetiva do Estado, reconheceu o direito de indenização devida a filho de preso assassinado dentro da própria cela por outro detento. A Turma, embora salientando que a responsabilidade por ato omissivo do Estado caracteriza-se como subjetiva - não sendo necessária, contudo, a individualização da culpa, que decorre, de forma genérica, da falta do serviço -, considerou presente, no caso, o nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao Poder Público e o dano, por competir ao Estado zelar pela integridade física do preso. Precedentes citados: RE 81602/MG (RT) 77/601), RE 84072/BA (RT) 82/923)". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 372472/RN. Órgão Julgador: Primeira Turma, Relator: Min. Carlos Velloso, Julgamento: 04/11/2003, Pendente de publicação. Notícia de julgamento veiculada no informativo de jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal n.º 329. In <http://www.stf.gov.br>).

"Responsabilidade Civil e Ato Omissivo - 2

Por entender ausente o nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao Poder Público e o dano causado a particular, a Turma conheceu e deu provimento a recurso extraordinário para, reformando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, afastar a condenação por danos morais e materiais imposta ao mesmo Estado, nos autos de ação indenizatória movida por viúva de vítima de latrocínio praticado por quadrilha, da qual participava detento foragido da prisão há 4 meses. A Turma, assentando ser a espécie hipótese de responsabilidade subjetiva do Estado, considerou não ser possível o reconhecimento da falta do serviço no caso, uma vez que o dano decorrente do latrocínio não tivera como causa direta e imediata a omissão do Poder Público na falha da vigilância penitenciária, mas resultara de outras causas, como o planejamento, a associação e própria execução do delito, ficando interrompida,

Aceitar a responsabilidade civil subjetiva da Administração Pública em casos de omissões específicas seria impor ao lesado o dever de provar uma conduta negligente, imprudente ou imperita do agente público, situação que o legislador, sobretudo o constitucional, buscou extirpar do ordenamento jurídico brasileiro. Advirta-se, por oportuno, que ao lesado incumbirá o ônus da prova da omissão estatal, isto é, do seu dever de agir previsto em lei ou da irrazoabilidade da abstenção, bem como do dano e do nexo de causalidade, não bastando singelas alegações, eis que *allegatio et non probatio quasi non allegatio*.

Por outro lado, não se pode chegar ao absurdo de imaginar que todas as situações configuradoras de omissão estatal serão passíveis de fazer surgir o dever de indenizar das pessoas jurídicas de direito público, com fundamento na sua responsabilização objetiva. O Estado não pode ser concebido como um segurador universal de todos os males ocorridos na sociedade⁵⁹. Somente as omissões específicas é que devem ser levadas em consideração para a deflagração do nexo de causalidade e, assim, da conseqüente obrigação de indenizar, ante a regra inserta no artigo 403 do Código Civil de 2002.

Neste sentido vem se posicionando a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, merecendo destaque a ementa de acórdão cuja relatoria competiu ao Desembargador Gilberto Rego, em que se confirmou sentença que julgara improcedente o pedido formulado em demanda com pedido de indenização aforada em face do Estado do Rio de Janeiro, por

portanto, a cadeia causal. Precedentes citados: RE 130764/PR (RTJ 143/270), RE 172025/RJ (DJU de 19.12.96) e RE 179147/SP (RTJ 179/791)". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 369820/RS. Órgão Julgador: Primeira Turma, Relator: Min. Carlos Veloso, Julgamento: 04/11/2003, Pendente de publicação. Notícia de julgamento veiculada no informativo de jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal n.º 329. In <http://www.stf.gov.br>).

⁵⁹Registre, porque oportuno, que não se desconhecem os estudos acerca da socialização dos riscos, bem como da viabilidade da criação de um seguro social a ser gerido pelo Estado, mas custeado por toda a sociedade, para indenizar os danos nas situações em que não for possível descobrir o seu causador, sempre com fundamento na teoria da solidariedade social. Nesse sentido, à guisa de exemplo, mister citar os trabalhos desenvolvidos por Wilson Melo da Silva na sua obra **Responsabilidade Sem Culpa**. São Paulo: Saraiva, 1974, Capítulo XII, p. 164 e seguintes; bem como por Patrícia Serra Vieira, In: "Responsabilidade Civil Objetiva no Direito de Danos". Tese cit. p. 117 e seguintes. Mencione-se que, segundo a notícia veiculada no jornal **Valor**, a SUSEP, por meio da Circular nº 235, definiu as regras para a implementação do seguro de responsabilidade civil, que devem ser adaptadas pelas seguradoras até janeiro de 2001. "Susep define seguro de responsabilidade civil". **O Valor**. Legislação & Tributos, 11/12/2003, p. E2.

suposto dano causado em omissão de prestação do serviço público de segurança pública. Vejamos:

"Apelação cível. Indenização. Danos materiais e morais. Sequêstro seguido de morte. Suposta omissão do Estado. Recurso do Autor, pela reforma da sentença que julgou improcedente o pedido indenizatório, dando outras providências. Responsabilidade do Estado. Teoria do risco administrativo. Omissão genérica e específica. Somente se havida a chamada omissão específica do Estado, na prestação dos seus serviços públicos de Segurança e Justiça, teria razão o recorrente. Não configurada tal hipótese, correta a decisão recorrida, a qual é mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos⁶⁰".

A se admitir que toda e qualquer omissão estatal, isto é, tanto a omissão específica quanto a omissão genérica, são passíveis de fazer com que o Estado responda objetivamente, estar-se-ia arraigando no direito brasileiro a teoria do risco integral, em que o poder público sempre será responsabilizado por qualquer dano sofrido por qualquer pessoa, sob a alegação de que houve omissão na prestação de um serviço público, mormente agora frente ao texto constitucional de 1988, repleto de normas constitucionais programáticas⁶¹ que atribuem deveres ao Estado e direitos - não subjetivos - ao cidadão.

Conforme já restou analisado anteriormente, não pode e não deve o Estado, sem prévia lei disciplinando o tema, ser concebido como segurador universal dos danos causados na sociedade, situação que traria verdadeiro caos para as finanças públicas. Confira-se, a esse respeito, as lições de Diogo Freitas do Amaral, *verbis*:

⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2002.001.13361. Órgão Julgador: Sexta Câmara Cível. Relator: Des. Gilberto Rego. Ementário: 02/2003 - N. 30 - 13/02/2003.

⁶¹ Discute-se na doutrina a efetividade das normas programáticas. A nosso sentir, a razão está, respeitadas as opiniões em sentido contrário, com o segmento doutrinário que entende que tais normas são providas de efetividade em um sentido negativo, eis que não geram para o cidadão um direito subjetivo à sua obtenção, mas sim o direito de não ver qualquer outra norma dispondo em sentido contrário. Nas palavras de Maria Helena Diniz, as normas constitucionais programáticas "impedem que o legislador comum edite normas em sentido oposto ao direito assegurado pelo constituinte, antes mesmo da possível legislação integrativa que lhes dará plena aplicabilidade, condicionando, assim, a futura legislação com a consequência de ser inconstitucional; (...); e estabelecem direitos subjetivos por impedirem comportamentos antagônicos a elas". DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 116.

"Mas - já o dissemos acima - a redacção de nossa lei não deixa de ser prudente, como se impõe em matéria de responsabilidade objectiva.

Porque se o direito for aqui longe demais, o Estado não terá capacidade financeira para suportar o pagamento de todas as indemnizações a que fatalmente será condenado. Além do que não parece acertado construir uma sociedade livre e pluralista na base da transferência de todos os riscos da vida social dos indivíduos e das empresas para o Estado ⁶².

Retomando a linha de raciocínio, pode-se dizer que a omissão específica, ao contrário da omissão genérica, pressupõe um dever específico de agir do Estado, que, se assim não o faz, dá causa direta e imediata ao dano sofrido em decorrência da omissão.

Na omissão genérica, ao revés, a inação do Estado não se apresenta como causa direta e imediata para o dano porventura sofrido e, por isso, deve o lesado provar que, se razoavelmente houvesse uma conduta positiva praticada pelo Poder Público, o dano poderia não ter ocorrido. Se assim não for, inexistirá dever de indenizar. Sobre omissão genérica e omissão específica para fins de aplicação das teorias objetiva ou subjetiva, mister retornar à obra de Sergio Cavalieri Filho, que bem elucida a questão:

"Neste ponto é preciso distinguir omissão genérica do Estado (item 48) e omissão específica. Observa o jovem e talentoso jurista Guilherme Couto de Castro, em excelente monografia com que acaba de brindar o nosso mundo jurídico, 'não ser correto dizer, sempre, que toda hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim, o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir'" ⁶³.

⁶² AMARAL, Diogo Freitas do. *Direito Administrativo*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2000, v. 1, p. 520-521.

⁶³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. Ob. cit. p. 169.

Guilherme Couto de Castro, por sua vez, esclarece que "É ler o art. 37, § 6.º, da Constituição e deduzir que a responsabilidade objetiva decorre da ação administrativa, e não da omissão não ligada a dever específico de agir"; e prossegue o festejado Autor afirmando que tal situação "Nem poderia ser diferente, pois isto implicaria cobertura, pelo Estado, de boa parte dos riscos inerentes à vida coletiva", situação que acabaria por configurar a já exposta teoria do risco integral, que, salvo raras e expressas exceções, não tem guarida no direito brasileiro⁶⁴.

Assim, pode-se concluir que apenas as omissões específicas das pessoas jurídicas de direito público serão consideradas como causas diretas e imediatas de eventuais danos, capazes de deflagrar o necessário nexo de causalidade a ensejar o dever jurídico de indenizar, não se olvidando que o dever tem de advir de imposição legal ou, na ausência disso, da situação prática que reclamava uma ação razoável por parte do Poder Público. *No caso das omissões genéricas, deve, como regra, prevalecer a irresponsabilidade civil estatal, não cabendo, neste caso, a aplicação da teoria subjetiva para responsabilização do Estado.*

O entendimento aqui defendido parece coadunar com a doutrina de Juan Carlos Cassagne, eis que assim professou, *in verbis*:

"La clave para determinar la falta de servicio y, consecuentemente, la procedencia de la responsabilidad estatal por un acto omisivo se encuentra en la configuración o no de una omisión antijurídica. Esta última se perfila sólo cuando sea razonable esperar que el Estado actúe en determinado sentido para evitar los daños en la persona o en los bienes de los particulares. Ahora bien, la configuración de dicha omisión antijurídica requiere que el Estado o sus entidades incumplan una obligación legal expresa o implícita (art. 1074, Cód. Civ.) tal como son las vinculadas con el ejercicio de la policía administrativa, incumplimiento que pueda hallarse

⁶⁴ CASTRO, Guilherme Couto de. *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 61.

impuesto también por otras fuentes jurígenas (v.gr.:costumbre y los principios generales del Derecho).

Además, para que se genere la obligación de responder, resulta necesario que se trate de una obligación (o sea de un deber concreto) y no de un deber que opere en dirección genérica y difusa, es decir en definitiva, de una obligación a cuyo cumplimiento pueda ser compelida la Administración, aun cuando para ello fuera menester cumplimentar determinadas cargas procesales (v.gr. habilitar la instancia). El limite de la responsabilidad está dado por las condiciones generales de exclusión de la obligación de responder que se configure por la ocurrencia de los supuestos jurídicos de caso fortuito o fuerza mayor”⁶⁵.

No mesmo sentido apresenta-se a lição doutrinária de José dos Santos Carvalho Filho, cuja transcrição se faz necessária, *verbis*:

"Todavía, quando a conduta estatal for omissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal, Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos”⁶⁶.

Trilha o mesmo caminho o entendimento de Roberto de Abreu e Silva, pois ao discorrer sobre a conduta omissiva como fonte do dever de indenizar do Estado, assim se posicionou, *verbis*:

"Em sua configuração, torna-se imprescindível a demonstração do nexo causal, do dever jurídico específico de agir e a

⁶⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002, Tomo I, p. 518-519.

⁶⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 447.

omissão, ausência do serviço ou atuação deficiente ou tardia da administração pública. Esse tipo de responsabilidade não abrange omissões genéricas, como nos casos de falta de segurança pública nas ruas das cidades, em que haja danos causados por fatos de terceiros (assaltos, pedradas, balas perdidas), por inexistência de nexo de causalidade entre a ação lesiva do malfeitor e o resultado danoso”⁶⁷.

Em desfecho, pode-se concluir que as omissões somente serão consideradas como aptas a deflagrar o nexo de causalidade e a conseqüente obrigação de indenizar por parte do Estado quando houver quebra do dever de agir ou sua inação irrazoável, situações que deverão ser aferidas em cada caso concreto, cabendo a ele (Estado), em ambos os casos, elidir o nexo de causalidade por meio das excludentes já anunciadas, isto é, por meio da prova de fato exclusivo da vítima, de caso fortuito ou força maior, ou de fato de terceiro, ou, ainda, demonstrando que sua conduta foi lícita, razoável e conforme as possibilidades materiais da Administração Pública, não lhe sendo exigida outra conduta razoável que pudesse evitar o dano.

VI) - PRESCRIÇÃO

Malgrado o novo Código Civil não ter trazido grandes inovações quanto ao regime de responsabilização civil das pessoas jurídicas de direito público, conforme já restou dito, inovou no que diz respeito ao regime de prescrição⁶⁸ para os supostos lesados reclamarem suas pretensões em hipóteses de danos que gerem o direito à reparação civil.

O artigo 206 do Código Civil de 2002, no § 3.º, inciso V, estabelece que prescreve em três (03) anos o prazo para "pretensão de

⁶⁷ SILVA, Roberto de Abreu e. **A Falta Contra a Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 137. Advirta-se, no entanto, que o Autor citado, malgrado pender pela ausência de nexo de causalidade nos casos de omissões genéricas, defende a tese, sem enfrentar o problema à luz do Novo Código Civil, de que nos casos de omissões específicas a responsabilidade estatal será subjetiva.

⁶⁸ Sobre o novo regime de prescrição e decadência no Código Civil de 2002 deve-se remeter o leitor ao trabalho desenvolvido por Gustavo Kloh Muller Neves. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **A Parte Geral do Novo Código Civil**. Rio de Janeiro. Renovar, 2002, p. 417-428.

reparação civil". Note-se que o artigo não traz qualquer distinção a respeito das pessoas que devem compor o pólo passivo ou que estariam excluídas de sua aplicação, o que certamente, inclui as pessoas jurídicas de direito público.

E se assim é, e efetivamente o é, está revogado o artigo 178, § 10, VI, do Código Civil de 1916, bem como (parcialmente) os artigos 1.º do Decreto n.º 20.910/32 e 1.º-C da Lei Federal n.º 9.494/97, que estabelecem o prazo de 05 (cinco) anos para a prescrição das pretensões pessoais em face das pessoas jurídicas de direito público.

Hodiernamente, deve-se aplicar a norma inserta no artigo 206, § 3.º, V, do Código Civil de 2002, razão por que as pretensões de supostos lesados por conduta administrativa (comissiva ou omissiva) prescreverão no prazo de 03 (três) anos, contados a partir do seu conhecimento pelo lesado, ou após ser prolatada a "sentença definitiva" em processo criminal, quando o fato pender de apuração nesta seara, como determina o artigo 200, do Código Civil de 2002 ⁶⁹.

Contra-argumento que poderia ser levantado contra a tese acima sustentada é o de que os artigos 1.º, do Decreto 20.910/32 e 1.º-C, da Lei Federal n.º 9.494/97 não teriam sido derogados pelo artigo 206, § 3.º, do Código Civil de 2002, por se apresentarem como regra específica frente à norma do artigo 206, § 3.º, Código Civil de 2002. Apesar de sedutora, parece ser equivocada a adoção deste entendimento⁷⁰.

⁶⁹ Deve-se registrar e remeter o leitor ao trabalho desenvolvido por José dos Santos Carvalho Filho acerca da prescrição das ações judiciais em face de condutas omissivas e comissivas do Estado. A prescrição judicial das ações contra o Estado no que concerne a condutas comissivas e omissivas. In *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, a., v. 6, p. 111-124, jul/dez 1997.

⁷⁰ A nosso juízo, somente poderá ser alegada a prescrição quinquenal contra as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos nos casos de danos oriundos de relação de consumo, em que as entidades antes mencionadas sejam caracterizadas como fornecedoras de serviços. Este entendimento deflui das normas insertas nos artigos 3º, 22 e 27, todos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/90). Merece registro - e crítica, porque semeia insegurança na sociedade - a decisão proferida pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que entendeu ser não ser aplicável a prescrição quinquenal prevista no artigo 27, do Código de Defesa do Consumidor às demandas com pedidos de danos morais. Confira-se a ementa: "AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESCRIÇÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. Consoante entendimento desta Corte, não incide a prescrição quinquenal prevista no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor em ações de reparação de danos com fundamento em responsabilidade civil. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido." (4ª Turma. ST). AgRG no Agravo de Instrumento nº 585.235-RJ (2004/0015808-0). Rel. Min. Fernando Gonçalves. Julg. 05/08/2004. Pub. DJU 23/08/2004, p. 251).

Isto porque a prescrição quinquenal de todas as demandas pessoais⁷¹ - e assim se mostram as indenizatórias - em face das pessoas jurídicas de direito público já estava prevista no artigo 178, § 10, VI, do Código Civil de 1916⁷², situação que afasta a especialidade do Dec. 20.910/33 (que apenas repetiu uma regra jurídica prevista em lei geral, o Código Civil de 1916), e faz aplicar o critério interpretativo para evitar antinomia de normas segundo a qual a norma posterior revoga a norma anterior, de igual hierarquia, quando dispuser em sentido contrário.

⁷¹ Neste sentido, afigura-se imprescindível transcrever as observações formuladas por Clovis Bevilacqua, quando do comentário ao artigo 178, § 10.º, VI, do Código Civil de 1916, em que destacou, inclusive, a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal dos idos de 1917 e 1920, *verbis*: " 8. - § 10, n. VI - Manteve o Código Civil o privilégio da União, quanto à prescrição quinquenária de suas dívidas passivas, e concedeu-a, também, aos Estados e aos Municípios, que não gozavam desse benefício.

(...)

9. - Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Prescreve em cinco anos o direito de acionar a Fazenda para pedir a anulação do ato, que demitir um funcionário. (Acórdão n. 1.943, de 1 de junho de 1918).

- A prescrição quinquenal, de que goza a Fazenda Federal, aplica-se a todo e qualquer direito e ação que alguém tenha contra a dita Fazenda, desde que o pedido seja meramente pecuniário. (Acórdão n. 2.563, de 2 de abril de 1919. Diário Oficial de 27 de junho de 1919).

- A prescrição quinquenal, de que goza a Fazenda Federal, aplica-se a todo e qualquer direito e ação, que alguém tenha contra a dita Fazenda, e o prazo da prescrição corre da data do ato ou ato do qual se originar o mesmo direito ou ação, salvo a interrupção pelos meios legais. (Acórdão n. 19, de 15 de Setembro de 1917. Diário Oficial de 06 de fevereiro de 1918).

- Todo e qualquer direito, que alguém alegue, como credor da Fazenda Nacional prescreve em cinco anos, a contar do ato ou fato, de que se originar o direito pretendido, salvo interrupção pelos motivos regulares. (Acórdão n. 2.262, de 22 de janeiro de 1919. Diário Oficial de 27 de junho de 1919).

(...)

- Prescrevem no prazo de cinco anos as dívidas passivas da Fazenda Nacional, e esta prescrição compreende o direito que alguém pretenda ter a ser declarado credor do Estado por qualquer título que seja. (Acórdão n. 2.112, de 10 de dezembro de 1919. Diário Oficial de 20 de junho de 1920.)". BEVILACQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado. 10. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1956, v. 1, p. 379-380.

⁷² Digno ainda registrar que este também é o posicionamento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, mais especificamente de sua 1ª Turma, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. OMISSÃO NO TRIBUNAL A QUO NÃO SANADA POR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ADUÇÃO DE VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS LEGAIS AUSENTES NA DECISÃO RECORRIDA. SÚMULA N.º 211/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO.

1. Recurso Especial interposto contra v. Acórdão segundo o qual "prescreve em 05 anos todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual, ou Municipal, sem que haja necessidade de se dirimir dúvida quanto a existência de direito pessoal ou real (artigo 1.º de Decreto n.º 20.910/32 e artigo 178, parágrafo 1.º, VI, do Código Civil)".

2. Ausência do necessário prequestionamento. Dispositivo legal indicado como afrontado não abordado, em nenhum momento, no âmbito do voto-condutor do aresto hostilizado.

3. Estabelece a Súmula n.º 211/STJ: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal 'a quo'".

4. Não se conhece de recurso especial findado no art. 105, III, "a", da CF/88, quando a alegada divergência jurisprudencial não é devidamente demonstrada, nos moldes em que exigida pelo parágrafo único, do artigo 541, do CPC, c/c o art. 255 e seus §§, do RISTJ."

Foi o que aconteceu. O artigo 206, § 3.º, do Código Civil de 2002, dispôs em sentido contrário à redação contida no artigo 178, § 10, VI, do Código Civil de 1916, reduzindo de 5 (cinco) para 3 (três) anos o prazo de prescrição das demandas indenizatórias em face da Fazenda Pública.

Este é o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves que, ao comentar a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público já sob a ótica do novo Código Civil, afirmou, *verbis*:

"A ação deve ser proposta dentro do prazo prescricional de três anos. No Código Civil de 1916, prescreviam em cinco anos as ações contra a Fazenda Pública (art. 178, § 10, VI). O novo Código unificou todos os prazos das ações de ressarcimento de dano, reduzindo-os a três anos, sem fazer nenhuma distinção entre os sujeitos passivos" ⁷³.

5. Recurso não conhecido." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 412634/RJ; Recurso Especial n.º 2002/0018683-6. Órgão Julgador: T1 - Primeira Turma, Relator: Ministro José Delgado. Publicação: DJ DATA:29/04/2002 PG:00200). No mesmo sentido, apresenta-se a jurisprudência dos Egrégios Tribunal de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e de Minas Gerais, respectivamente:

PRESCRIÇÃO. PRETENSÃO DE SERVIDOR PUBLICO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PRESCRIÇÃO QUINQUÊNAL. RECONHECIMENTO. CÓDIGO CIVIL. ARTIGO 178, § 10.º, VI. DECRETO N.º 20.910, DE 06.01.32. ARTIGO 1.º. DECRETO LEI N.º 4.597, DE 18.8.42. APLICAÇÃO. A PRETENSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO DE OBTER A CONDENAÇÃO DA FAZENDA PUBLICA A PROMOVER A SUA TRANSPOSIÇÃO DA CATEGORIA FUNCIONAL DE AGENTE DA FAZENDA PARA A DE CONTROLADOR DE ARRECADAÇÃO MUNICIPAL PRESCREVE EM 5 (CINCO) ANOS, CONTADOS DO DIA DO INICIO DO EXERCÍCIO DE FATO DAS FUNÇÕES PARA AS QUAIS PRETENDE SER TRANSPOSTO. APELAÇÃO DESPROVIDA. SENTENÇA CONFIRMADA. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 1997.001.07262. Órgão Julgador: Quarta Câmara Cível, Relator: Wilson Marques, Julgado em 03/08/1999. Data de Registro : 16/11/1999).

"EMENTA: Administrativo. Responsabilidade Civil. Atropelamento. Responsabilidade Objetiva das pessoas de direito público. Inteligência do § 6.º, do art. 37, de nossa Carta Magna. Culpa exclusiva da vítima. Prova. Ônus que se impõe à municipalidade. Existindo nexo de causalidade entre a ação do agente público e o evento danoso, caracterizada está a responsabilidade civil do Estado, cabendo ao ente indenizar o Autor pelos prejuízos que lhe foram causados, mormente quando não comprovada culpa exclusiva ou concorrente da vítima. Indenização. Danos materiais indemonstrados. Danos Morais. Valoração. Cabe ao prudente arbítrio do magistrado fixar o quantum referente à indenização por danos morais, devendo sopesar, dentre outros fatores, a gravidade do fato, a magnitude do dano, a extensão das seqüelas sofridas pela vítima, a intensidade da culpa, as condições econômicas e sociais das partes envolvidas, de forma a proporcionar ao ofendido uma satisfação pessoal, de maneira a amenizar o sentimento do seu infortúnio. Recurso parcialmente provido." No "corpo" do voto do Relator, se extrai a expressa referência à regra inserta no artigo 178, § 10, VI, do Código Civil de 1916, *verbis*: "O art. 178, § 10, inciso VI, do Código Civil, estabelece que "as dívidas passivas" da Fazenda (Federal, Estadual e Municipal) e, bem assim, "toda e qualquer ação" contra a Fazenda prescreveria em cinco anos, tendo entrado em vigor o Código Civil em 01/01/17". (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n.º 000.255.205-7/00. Relator: Des. Pinheiro Lago. Data do acórdão: 09/12/2002 Data da publicação: 27/03/2003).

⁷³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 190.

No mesmo sentido é o magistério de José dos Santos Carvalho Filhos, *in verbis*:

*"O novo Código Civil introduziu várias alterações na disciplina da prescrição, algumas de inegável importância. Uma delas diz respeito ao prazo genérico de prescrição, que passou de vinte (específica para direitos pessoais) para dez anos (art. 205). Outra é a que fixa o prazo de três anos para prescrição da pretensão de reparação civil. Vale dizer: se alguém sofre dano por ato ilícito de terceiro, deve exercer a pretensão reparatória (ou indenizatória) no prazo de três anos, pena de ficar prescrita e não poder mais ser deflagrada. Como o texto se refere à reparação civil de forma genérica, será forçoso reconhecer que a redução do prazo beneficiará tanto as pessoas públicas, como as de direito privado prestadoras de serviços públicos. Desse modo, ficarão derogados os diplomas acima no que concerne à reparação civil. A prescrição da pretensão de terceiros contra tais pessoas passará de quinquenal para trienal"*⁷⁴. (grifos no original).

Por outro lado, caso não fosse o argumento suscitado suficiente para fazer a regra inserta no artigo 206, § 3º do Código Civil de 2002 ser aplicável às demandas indenizatórias contra a Fazenda Pública, cabe enaltecer a necessidade de se proceder à interpretação histórica⁷⁵ dos comandos legislativos envolvidos, mais especificamente aqueles previstos nos artigos 177, 178, § 10º, VI do CC de 1916 e 1º do Dec. 20.910/33.

Quando os dispositivos legais acima mencionados foram promulgados, apresentavam a nítida missão de trazer um tratamento diferenciado para a Fazenda Pública em relação à regra prevista no

⁷⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 451.

⁷⁵ Conforme esclarece Luis Roberto Barroso, a interpretação histórica "consiste na busca do sentido da lei através dos precedentes legislativos, dos trabalhos preparatórios e da *ocasio legis*. Esse esforço retrospectivo para revelar a vontade histórica do legislador pode incluir não só a revelação de suas intenções quando da edição da norma como também a especulação sobre qual seria a sua vontade se ele estivesse ciente dos fatos e idéias contemporâneos." *In: Interpretação e Aplicação da Constituição*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1998, p. 124.

artigo 177 do C.C de 1916, que estabelecia o prazo de 20 (anos) para o ajuizamento das demandas cujo objeto fosse a reparação civil. O objetivo da Lei Federal n.º 9.494/97 e do Decreto n.º 20.910/32 era, nitidamente, beneficiar a Fazenda Pública, não podendo, por isso, permanecer em vigor diante de nova norma geral mais benéfica, trazida a lume pelo artigo 206, § 3.º, do Código Civil de 2002.

Por último, mas não sem importância, ainda no que toca à prescrição, deve-se proceder a duas ressalvas: (i) o prazo para a prescrição intercorrente nas ações que reclamarem reparação civil em face da Fazenda Pública permanece inalterado e será de dois anos e meio, como expressamente previsto na parte final do artigo 3.º, do Decreto-Lei n.º 4.597, de 19 de agosto de 1942; e (ii) os fatos administrativos praticados antes da vigência do Código Civil de 2002, que já tiverem transcorrido mais da metade do prazo previsto pela legislação anterior, isto é, dois anos e meio, continuam a ser regidos pelo artigo 1.º, do Decreto n.º 20.910/32, em virtude da norma expressa no artigo 2.028 do Novo Código Civil.

VII - CONCLUSÕES

À luz das considerações acima expostas, pode-se concluir este trabalho afirmando que desde o direito romano houve grande evolução da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público, iniciada com a teoria da total irresponsabilidade civil do Estado, passando pelas teorias subjetivas do direito privado (distinção entre atos de império e atos de gestão e culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*), seguindo-se pela teoria subjetiva do direito público, fundada na culpa anônima e da falta do serviço, até chegar à teoria objetiva, baseada na teoria do risco administrativo, hoje prevista no artigo 37, § 6º, da CRFB/88.

O novo Código Civil de 2002, promulgado pela Lei Federal nº 10.406/2002, seguiu a mesma trilha do legislador constituinte e, por meio do artigo 43, revogou expressamente o artigo 15 do Código Civil de 1916, prevendo também a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público, com fundamento na teoria do risco administrativo.

Com efeito, a partir da alteração da legislação infraconstitucional, cremos que tende a findar a discussão acerca da existência

de responsabilidade civil subjetiva da Administração Pública, o que, a nosso juízo, mesmo nos casos de omissões, se específicas, provada pelo lesado juntamente com o dano e com o nexo de causalidade, fará exsurgir o dever de indenizar do Estado, sob a modalidade de responsabilidade civil objetiva. Nas omissões genéricas, em que o Estado não traz para si o dever de agir, não haverá elemento hábil para deflagrar o nexo de causalidade entre tal conduta e eventual dano, inexistindo, em tais hipóteses, o dever de indenizar.

O artigo 206, § 3º, V, do novo Código Civil de 2002 revogou parcialmente o artigo 1º, do Dec. 20.910/33, bem como o artigo 1º-C, da Lei Federal 9.494/97, que previam o prazo de 05 (cinco) anos para a prescrição das pretensões pessoais em face das pessoas jurídicas de direito público, e estabeleceu que é de 03 (três) anos o prazo de prescrição das ações que contenham pretensões de reparação civil contra as pessoas jurídicas de direito público, que não mais é de cinco anos. Merece ressalva, porém, a regra de transição inserta no artigo 2.028 do Código Civil de 2002. De outro lado, por força do disposto no artigo 3º, do Dec.lei 4.597, de 19 de agosto de 1942, o prazo da prescrição intercorrente permanece inalterado, fixado em dois anos e meio.☐

Princípios de Governança Corporativa

Jorge Lobo

Professor da EMERJ e Advogado.

I - INTRODUÇÃO

"Os códigos de governança corporativa estão proliferando (...). Contudo, os escândalos corporativos continuam surgindo (...). O que pode e deve ser feito"? (John Plender e Avinash Persaud)¹

Anualmente, nos quatro primeiros meses seguintes ao término do exercício social, as sociedades limitadas, com mais de dez sócios, e as sociedades anônimas, pequenas, médias e grandes, qualquer que seja o número de acionistas, são obrigadas a realizar assembléias gerais ordinárias com a finalidade precípua de (a) tomar as contas dos administradores, (b) examinar, discutir e votar as demonstrações financeiras, (c) deliberar sobre a destinação do lucro líquido do exercício e a distribuição de dividendos e (d) eleger os gestores, quando for o caso, ocasião em que, ademais, os sócios das sociedades limitadas e os acionistas das sociedades anônimas têm a oportunidade de verificar se os administradores, por eles selecionados e eleitos, cumpriram à risca os "Códigos de Conduta Ética", difundidos em todo mundo sob a denominação de "Códigos de Governança Corporativa".

Mas, tem-se indagado, com insistência: o que significa e para que serve a "Governança Corporativa"?

¹ Plender, John e Persaud, Avinash. "Ética e governança precisam ir além do manual". *Valor*, ed. de 25.08.2005, p. B2.

Governança Corporativa é o conjunto de normas, consuetudinárias e escritas, de cunho jurídico e ético, que regulam os deveres de cuidado, diligência, lealdade, informação e não intervir em qualquer operação em que houver interesse conflitante com o da sociedade; o exercício das funções, atribuições e poderes dos membros do conselho de administração, da diretoria executiva, do conselho fiscal e dos auditores externos, e o seu relacionamento entre si e com a própria sociedade, seus acionistas e o mercado em geral.

Surgida há mais de um século na Inglaterra, no alvorecer do capitalismo moderno nos países anglo-saxões e praticamente hibernada durante décadas, a governança corporativa reapareceu, com força e vigor, nas décadas de 70 e 80 do século XX e, nos últimos dez anos, passou a ser assunto do cotidiano de políticos, empresários, administradores de empresas, economistas, juristas e auditores, no país e no exterior, em virtude de gravíssimas crises e falências de empresas nacionais e multinacionais, provocadas por gestão temerária e ruinosa, escândalos financeiros, fraudes contábeis, falsificação e deturpação de dados e documentos, manipulação de balanços, dilapidação de ativos patrimoniais etc.

Processos bilionários (em dólares americanos) de fusões e aquisições (F&A), que se multiplicaram na década de 90 do século passado e no limiar deste novo milênio, aliás, em número crescente e deveras impressionante, estão invariavelmente repletos de "armadilhas", das quais sobressaíram sempre o superfaturamento e superestimativas de sinergia e, outrossim, falhas de governança corporativa, não detectadas por *due diligence* pré-aquisição, como ficou patente nos litígios Sunbeam/Coleman, MCI/WorldCom, Cendant e AOL/Time Warner.

Falhas de governança corporativa são comuns, também, quicá sobretudo, na fase de integração pós-aquisição, quando aumentam os riscos de fraudes e de perda da garantia dos direitos dos acionistas minoritários, com a agravante de essas falhas poderem ocorrer no curto prazo, durante o período de transição, e no longo prazo, sendo certo que, "enquanto os efeitos do curto prazo podem ser custosos e traumatizantes, os de longo prazo podem ser fatais" (Laurence Capson e Karen Schnatterly).

A reiteração das falhas pré e pós-aquisição e a seqüência de quebras de mega-companhias transnacionais produziram uma pletora de obras sobre governança corporativa, redigidas, nos últimos vinte anos, por professores de direito, administradores de empresas e economistas, e, outrossim, uma série de "Códigos de Condutas", por alguns vistos com ceticismo, porquanto imporiam um exercício apenas retórico e assaz burocrático de cumprimento de normas, pois "muitos códigos são exercícios cínicos de relações públicas"², enquanto, para outros, as companhias "devem elevar seus padrões de governança corporativa e reconhecer que a ética nos negócios é a opção mais lucrativa"³.

No firme propósito de colaborar no debate, organizei o seguinte decálogo de "Princípios de Governança Corporativa": eticidade; moralidade; ativismo societário; proteção ao acionista minoritário; tratamento eqüitativo; transparência e divulgação de informações; independência dos administradores; responsabilidade dos administradores; razoabilidade ou proporcionalidade e função social da empresa, e deles tratarei a seguir.

II - PRINCÍPIO DA ETICIDADE

"Falta ética e decência" (Des. Raul Celso Lins e Silva).

No auge da crise mundial da Parmalat - "um escândalo contábil cada vez mais complicado"⁴ - , a auditora-chefe da Comissão Européia afirmou, com ares de previsão, que "estamos no início de uma onda de novos escândalos financeiros na Europa", para, a seguir, advertir: "não adiantam normas se não houver ética por parte dos executivos"⁵.

Em virtude dos escândalos da Parmalat, Arthur Andersen, Enron, WorldCom e tantos outros, hoje, mais do que nunca, aqui e no ex-

² John Plender e Avinash Persaud, no livro *A Reality Check on Business and Finance Ethics*.

³ Harvey Pitt, ex-presidente da SEC - Securities and Exchange Commission, in *Capital Aberto*, ano 5, nº 2.

⁴ *O Globo*, ed. 29.01.2004, p. 23.

⁵ *O Globo*, ed. 01.02.2004, p. 43.

terior, fala-se, escreve-se, discute-se sobre "a ética na política", "a ética ambiental", "a ética na mídia", "a ética nos esportes", "a ética nos negócios" e, até mesmo, "a ética da felicidade", e, por conseguinte, sobre o "princípio da eticidade" e os valores que ele encerra e busca realizar.

O princípio da eticidade, autêntico paradigma das normas sobre governança corporativa, impõe que se dedique "o homem a fazer a coisa certa" (Sartre e Kierkegaard), através de "comportamentos valiosos, obrigatórios e inescapáveis" (Adolfo Sanchez Vazquez).

A partir dessa concepção, a melhor doutrina estrangeira vem pregando, de forma reiterada e candente, nos EUA, na Europa e na Ásia, que as informações, de qualquer natureza e espécie, em especial quanto aos balanços e demonstrações financeiras, veiculadas pela mídia impressa ou televisiva, devem primar pela veracidade como uma "escolha ética e política da empresa"⁶, para evitar "erros que levem a fraudes"⁷, em prejuízo da sociedade, de seus acionistas, empregados, credores e consumidores, o que levou a Lei Sarbanes-Oxley a estabelecer que as companhias de capital aberto devem informar se criaram um código de conduta ética - CCE - para diretores financeiros de primeiro escalão; na falta de um CCE, são obrigadas a declinar as razões e a justificar-se.

É curial que a companhia não é obrigada a divulgar determinadas informações, mas, se decidir fazê-lo, deve dizer toda a verdade, sob pena de responsabilidade dos diretores e funcionários que se comunicam com analistas de mercado e investidores privados ou institucionais, prevendo a regra 10b-5, do Securities Exchange Act de 1934, primeira disposição antifraude americana sobre valores mobiliários, aplicável, inclusive, a atos praticados fora dos Estados Unidos, que devem ser punidos os autores de relatórios inexatos e os responsáveis por omissões de fatos materiais significativos, que levam a decisões equivocadas com base em informações distorcidas.

Determinadas matérias, de relevante interesse para a companhia, seus acionistas e credores, como, por exemplo, o processo de

⁶ DINE, Janet. **The Governance of Corporate Groups**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 138.

⁷ YOUNG, Michael R. "The Origin of Financial Fraud", in: YOUNG, Michael R. (editor). **Accounting Irregularities and Financial Fraud, A Corporate Governance Guide**. Harcourt Professional Publishing, 2000, p. 3.

auto-avaliação (*assessment*) dos membros do conselho de administração, em especial seu desempenho; a remuneração dos executivos; os planos de opção de ações como estímulo à maximização dos lucros; as doações políticas; a destituição de administradores por má performance, por erros acidentais (*errors*) e por irregularidades (*irregularities*), devem reger-se por um rigoroso código de conduta ética⁸.

A par da transparência e veracidade das informações, o princípio da eticidade inspira e orienta a atuação diuturna dos administradores de empresas, pautando o exercício de suas funções, atribuições, poderes e, em especial, de seus deveres fiduciários, o que os compele a agir com discrição e cautela e jamais se porem em situações de conflito de interesses, potencial ou real.

A propósito, lembre-se que a nossa Lei de Anônimas sabiamente coíbe a conduta antiética do acionista controlador, que induz o administrador à prática de ato ilegal ou a descumprir os deveres próprios de seu cargo (LSA, art. 117, § 1º, alínea c).

III - PRINCÍPIO DA MORALIDADE

"Os escândalos financeiros são consequência de comportamentos desonestos" (Hélène Ploix)⁹.

Como a palavra justiça ultrapassa os limites estreitos e frágeis do direito e abarca e engloba preceitos de ordem ética e moral, os Princípios da Eticidade e da Moralidade vão muito além das normas dos "Códigos de Governança Corporativa" ou "Códigos de Conduta Ética", editados no país e no exterior.

Ao iniciar este estudo pelos Princípios da Eticidade e da Moralidade, tenho por finalidade precípua deixar patente que, tão ou mais importante do que as regras, escritas e consuetudinárias, de Governança Corporativa, que visam, sem dúvida, à realização da Justiça e do Direito, são as idéias, impregnadas de valores perenes, que nos legou a cultura grega, de "homem bom e justo", de "homem prudente e temperante", das virtudes, que ornaram a sua personalidade e o seu caráter, e dos vícios, que a maculam.

⁸ *Idem, loc. cit.*

⁹ *Le dirigeant et le gouvernement d'entreprise*. Paris: Village Mondial, 2003, p. 24.

Embora o cientificismo pregue, com estrépito, que nada existe de permanente e que tudo muda ao longo da história, os problemas essenciais da Filosofia - e também os do Direito - permanecem os mesmos, a desafiar a ciência dos especialistas num mundo que se pauta pela práxis e que segue o lema *primun vivere, deinde philosophari* (primeiro viver, depois filosofar).

Por isso, só o Princípio da Moralidade, aliado ao da Eticidade, pode combater procedimentos corriqueiros das empresas, sobretudo das grandes empresas, e dos empresários, os intocáveis "capitães de empresas", que vêm sendo denunciados em todo mundo, pois, frise-se, partindo da noção de Direito ministrada por Aristóteles, enquanto o direito se encontra nas cousas, no real, no exterior, a moral viceja no sujeito, no interior do homem, em sua consciência, daí porque o domínio da Moral é muito mais vasto do que o do Direito.

Se não vejamos, com base num caso concreto, noticiado pela imprensa de todo mundo.

A revista *Exame*, edição 863, p. 84/85, informa que a WAL-MART, a maior companhia do mundo, com faturamento de 315 bilhões de dólares e 1,6 milhão de empregados em 15 países, foi acusada: (a) de explorar o trabalho de crianças hondurenhas; (b) de, nos últimos dez anos, haver levado à falência 31 varejistas americanos; (c) de sacrificar seus fornecedores com a imposição de baixíssimos preços, "preços asfixiantes", que os levam a comprometer a qualidade do produto, a por em risco o futuro da própria companhia, a burlar as leis trabalhistas e a manter suas instalações em precárias condições de higiene.

É curial que a WAL-MART agiu de comum acordo com os pais dos trabalhadores infantis (ressalve-se, por oportuno, que a reportagem esclarece que a direção da companhia afirma que desconhecia o fato e, quando dele tomou ciência, interrompeu os contratos), com os varejistas e com os fornecedores, razão pela qual provavelmente não feriu o direito, nem a lei, pois, anote-se, de novo, o fim do Direito não é fiscalizar a virtude do indivíduo, nem a busca da verdade, mas atribuir a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*), porém, se procedentes as denúncias, violou o Princípio da Moralidade.

Registre-se, a propósito, que não haveria necessidade de os mais diversos países do mundo ocidental, como, por exemplo, atualmente, a Inglaterra, de estabelecer padrões de demonstrativos financeiros, operacionais e de risco, nem, tampouco, de minuciosos e exaustivos regulamentos sobre transparência e divulgação de "informações cruciais de desempenho" e "material prospectivo"¹⁰, caso o Princípio da Moralidade fosse observado e seguido à risca.

IV - PRINCÍPIO DO ATIVISMO SOCIETÁRIO

"O acionista é um tolo e um arrogante; tolo, porque nos dá seu dinheiro; arrogante, porque deseja ainda receber dividendos." (Frase atribuída ao banqueiro FÜRSTENBERG)

A assembléia geral de acionistas é o órgão supremo e soberano da sociedade anônima, o "parlamento" no qual são examinados, debatidos e decididos o passado - o que foi feito e se foi bem feito - e o futuro - o que fazer e como e quando fazer - das atividades e negócios sociais, afirmam inúmeros acadêmicos, estudiosos do Direito Societário.

A assembléia geral de acionistas da sociedade anônima é uma abstração, uma ficção legal, um arremedo de congresso democrático, eis que raros acionistas dela participam, no que se convencionou denominar "fenômeno do absenteísmo dos acionistas", apregoam os pragmatistas.

De fato, durante longo período, reinou o absenteísmo, aqui e no exterior, pois os acionistas, se satisfeitos com a valorização de suas ações e a distribuição de dividendos, não compareciam às assembléias gerais, por confiarem na administração; se insatisfeitos, vendiam-nas e migravam para investimentos mais rentáveis.

Hoje, todavia, a participação dos acionistas, com expressivo ou diminuto número de ações, nas assembléias gerais das companhias, em especial das de capital aberto, vem aumentando consideravelmente devido à crescente preocupação dos governos de valorizar o papel dos acionistas, no que passou a ser conhecido por "ativismo societário".

¹⁰ Robert Bruce, do *Financial Times*, de Londres

Na França, por exemplo, com o firme propósito de estimular o interesse dos acionistas pelo destino das empresas e o seu comparecimento às assembleias gerais, a lei aprimorou as condições de funcionamento e de voto nos conclaves, impôs a eleição de administradores independentes, inibiu as restrições e limitações ao direito de voto, facilitou a formação de associações de acionistas etc.¹¹

No Reino Unido e nos Estados Unidos da América, a tônica é exigir dos investidores institucionais - acionistas com grandes lotes de ações com vocação para investimentos duradouros - um exercício ativo, consciente e responsável dos poderes e direitos inerentes e decorrentes de seus portfólios, com a finalidade de obter melhores desempenhos das companhias e melhor governança corporativa.

O resultado dessa nova postura pode ser aferido, por exemplo, em dois episódios marcantes: um, no âmbito administrativo - as reformas do regulamento da SEC para garantir uma série de direitos para os acionistas ativos -; outro, no societário - a pressão de investidores institucionais para demissão de executivos, como ocorreu com a exoneração do CEO da GM, Robert Stempel¹².

Todavia, anote-se, por oportuno, o princípio do ativismo societário não tem beneficiado somente os grandes e poderosos investidores institucionais, mas, por igual, pequenos acionistas, como se dá em França, eis que a legislação francesa assegura às associações, que detenham apenas 1% (um por cento) do capital social, o direito de convocar assembleias gerais e propor ações em juízo, inclusive para responsabilizar e exigir indenização por perdas e danos dos administradores.

Ressalte-se, ainda, que pequenos e grandes investidores, reunidos em associações ou individualmente, estão sendo também estimulados a defender os seus direitos e interesses e a cobrar dos administradores das anônimas melhores resultados, inclusive sob o aspecto da responsabilidade social da empresa moderna, pelos novos métodos de participação nas assembleias, como o mecanismo

¹¹ JOLY, Karine Le e MOINGEON, Bertrand (dir.). *Gouvernement d'entreprise: débats théoriques et pratiques*. Paris: Ellipses, 2001, p. 154.

¹² BLAIR, Margaret M. *Ownership and Control Rethinking Corporate Governance for the Twenty-First Century*, Washington, D.C., The Brookings Institution, 1995, p. 169.

de voto à distância, por carta ou por meios eletrônicos, e pela prática de oposições esclarecidas, através de protestos, impugnações e votos divergentes.

V - PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO ACIONISTA MINORITÁRIO

"As pessoas físicas já respondem por 25% dos negócios da BOVESPA" (revista *Exame*, nº 864, p. 26).

Desde 2000, a Bolsa de Valores de São Paulo não pára de crescer, pois "a média diária dos negócios quase dobrou e hoje supera um bilhão de dólares"; "o valor das empresas listadas cresceu 76% desde 2004"; "o volume de contratos futuros de ações na BM&F triplicou em três anos"; "são estimados 30 lançamentos iniciais de ações (IPOs) em 2006, em comparação com apenas 2 entre 2001 e 2002", e, por fim, "nunca tanta gente investiu em ações - as pessoas físicas já respondem por 25% dos negócios"¹³.

Para os analistas de mercado, nacionais e estrangeiros, a pujança da BOVESPA é produto da criação do "Novo Mercado", através de "Níveis Diferenciados de Governança Corporativa".

Para os juristas, a revolução do mercado de ações do país é resultado da conjugação do princípio do ativismo societário, tratado anteriormente, que estimula pequenos e grandes investidores a participar, de forma consciente e responsável, do processo decisório das companhias, com o princípio da proteção ao acionista minoritário, ambos inspiradores e orientadores das normas que presidem o "Novo Mercado".

A proteção ao acionista minoritário é fato notório e antigo no direito norte-americano, porquanto - fundado nos valores institucionais básicos da sociedade americana, como os da família, convivência e comunidade - as companhias financeiras, industriais, comerciais e de prestação de serviços são considerados governos na sociedade civil e não apenas empresas produtoras de bens e riquezas e molas geradoras de lucros, razão pela qual devem respeitar e atender aos interesses de seus acionistas, empregados, forne-

¹³ Rev. *Exame*, nº 864, p. 26.

cedores, financiadores e da comunidade local e jamais usar o poder econômico e financeiro que possuem (o chamado *governance structure*), para impor práticas nocivas aos interesses sociais e coletivos.

No Brasil, a Lei das Sociedades Anônimas e várias resoluções, instruções e pareceres de orientação editados pela CVM visam a proteger os direitos individuais dos acionistas e, outrossim, da denominada "minoridade qualificada", como ressaltei no estudo "Proteção à minoridade acionária", publicado na RDM, volume 105, páginas 25 a 36.

Os direitos da minoridade qualificada são reunidos sob a forma de regras imperativas, que limitam o poder do controlador, e de direitos de bloqueio, quando o legislador, através de normas cogentes, inderrogáveis pela vontade dos acionistas, restringe, em benefício dos minoritários, a atuação dos controladores e administradores da companhia, como, por exemplo, se dá quanto: à forma especial de convocação e instalação das assembleias gerais de acionistas; à exigência peremptória de, nos avisos de convocação das assembleias gerais, constar, de forma clara e pormenorizada, as matérias que serão submetidas à deliberação; à prévia publicação dos documentos da administração; ao *quorum* qualificado para deliberar sobre determinadas matérias; ao uso do poder de controle; aos deveres de diligência, lealdade e informação dos administradores.

Os direitos individuais dos acionistas são: participar dos lucros sociais e do acervo da companhia, em caso de liquidação; fiscalizar, na forma prevista em lei, a gestão dos negócios sociais; preferência para subscrição de ações, partes beneficiárias conversíveis em ações e bônus de subscrição e retirar-se da sociedade nos casos previstos nesta lei.

Além desses direitos, intangíveis, irrenunciáveis e inderrogáveis, muitos outros, igualmente essenciais, prevê a Lei de S.A., como, por exemplo: na alienação de controle da companhia aberta, pagar-se aos minoritários 80% do que foi pago pelo bloco de controle; prerrogativa do acionista de negociar direitos patrimoniais isolados, tais como os de subscrição preferencial; direito de participar das assembleias e nelas discutir os assuntos da pauta; direito de

exigir a autenticação de cópia ou exemplar das propostas, proposições, protestos e declarações de voto oferecidos em assembléia geral, cuja ata seja lavrada de forma sumária; direito de requerer a redução a escrito dos esclarecimentos prestados pelos administradores e de exigir o fornecimento pela mesa da assembléia da respectiva cópia; direito de propor ação de responsabilidade contra administradores, em nome próprio; direito de propor ação de responsabilidade contra os administradores, por substituição processual da companhia.

VI - PRINCÍPIO DO TRATAMENTO EQÜITATIVO

"A cada ação correspondem um voto e um dividendo"
(Hélène Ploix)¹⁴.

Creio haver demonstrado que os princípios de base ética (da eticidade) e moral (da moralidade) buscam orientar e presidir o comportamento dos membros do conselho de administração, da diretoria executiva, do conselho fiscal, se em funcionamento, e do conselho consultivo, se houver, das companhias, em especial das companhias de capital aberto, bem como o exercício do poder de comando dos acionistas controladores e o desempenho das funções dos auditores independentes.

E, ademais, que os princípios do ativismo societário e da proteção ao acionista minoritário, a seu turno, têm por escopo propiciar, ao detentor de pequeno número de ações, meios de defender, nas assembléias gerais de acionistas, rotineiramente, junto à CVM, quando for o caso, e em juízo, se necessário, os seus direitos e interesses, ameaçados de lesão ou já lesionados por atos ou omissões, dolosas ou culposas, dos controladores e/ou administradores das companhias, às quais pertencem, na qualidade de minoritários.

Agora, vou cuidar do princípio do tratamento eqüitativo, que atende à necessidade, universalmente reconhecida e proclamada, de tratar-se de forma eqüitativa os sócios e acionistas das sociedades empresárias, isto é, de forma justa e razoável, adequando o preceito legal ao caso concreto.

¹⁴ Ob. cit., p. 32.

Nos Estados Unidos da América, os fundos de pensão, que detêm uma massa de recursos financeiros bilionária, só investem em empresas que privilegiem a divulgação de informações relevantes, a responsabilidade dos administradores, a visão estratégica de longo prazo etc., mas, sobretudo, que provem estar havendo satisfatório funcionamento de suas práticas de governança corporativa, em especial tratamento equânime entre controladores e minoritários.

Na França, por igual, as sociedades francesas são obrigadas a pautar suas condutas pela transparência em relação a seus acionistas, fornecedores, financiadores e o mercado em geral; pelo respeito aos direitos dos minoritários e pelo estrito cumprimento das leis e das normas regulamentares e estatutárias por parte dos administradores, assinalando a doutrina que a adoção e prática de medidas que atentem contra a igualdade dos acionistas é condenada¹⁵.

No país, o IBGC, na cartilha denominada Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa, elucida que a equidade ligada às boas práticas de governança corporativa "caracteriza-se pelo tratamento justo e igualitário de todos os grupos minoritários, sejam do capital ou das demais 'partes interessadas' (*stakeholders*), como colaboradores, clientes, fornecedores ou credores. Atitudes ou políticas discriminatórias, sob qualquer pretexto, são totalmente inaceitáveis".

A pedra de toque do princípio do tratamento equitativo está na arraigada noção de que "cada ação corresponde a um voto e a um dividendo", daí a acerba crítica ao "direito de voto duplo", "ações com dividendos majorados sem direito de voto" (as nossas preferências), "limitação dos direitos de voto em assembléia" etc.

No país, foi objeto de acirrada discussão a questão do ágio na alienação de controle.

Para notáveis juristas, à frente os eméritos autores do Anteprojeto da Lei de Sociedade por Ações, obra prima da legislação brasi-

¹⁵ PARRAT, Frédéric. *Le gouvernement d'entreprise*. Paris: Máxima Laurent du Mesnil, 1999, p. 322.

leira, Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, o ágio pertence exclusivamente aos acionistas controladores¹⁶.

Para outros de igual nomeada, como o eminente Prof. Arnoldo Wald, o ágio deve ser partilhado entre controladores e minoritários¹⁷.

Para alguns, o ágio pertence a todos os acionistas da companhia aberta¹⁸.

Para a Primeira Turma do STJ, só as ações com direito de voto fazem jus ao ágio, eis que os preferencialistas gozam de outras vantagens¹⁹.

Atualmente, a Lei de Sociedades por Ações, alterada pela Lei nº 10.303, de 2001, no art. 254-A, garante aos acionistas minoritários a alienação de suas ações por 80% do valor pago ao acionista controlador.

As regras do Novo Mercado da BOVESPA, todavia, exigem que seja assegurado tratamento igualitário entre controladores e minoritários.

VII - PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA

"A divulgação imediata de quaisquer informações que possam vir a afetar materialmente o mercado de ações é requisito fundamental da governança corporativa" (Joseph T. Baio)²⁰

Um dos pilares da governança corporativa, o princípio da transparência visa a assegurar, aos acionistas minoritários e preferencialistas, investidores de mercado, em especial os institucionais, financiadores e fornecedores de bens e de serviços, rápido e seguro

¹⁶ **Fundamentos da Reforma das S.A.**, AEDE-SBERJ, Rio de Janeiro, 1976, 1ª ed., p. 22-23, *apud* Mauro Rodrigues Pentead, "Apontamentos sobre a alienação do controle de companhias abertas", **RDM**, ano XXVIII, 1989, v. 76, p. 17.

¹⁷ "A proteção dos acionistas minoritários na alienação do controle de companhias abertas", **Revista da CVM**, 4/2, n. 13, 1986, *apud* Mauro Rodrigues Pentead, *ob. cit.* p. 19.

¹⁸ São exemplos, Nelson Candido Motta, "Alienação de controle de instituições financeiras. Acionistas minoritários. Notas para uma interpretação sistemática da Lei das S.A.", **RDM**, ano XXI, 1982, v. 46, p. 41; e Leslie Amendolara, **Os direitos dos acionistas minoritários: com alterações da Lei 9457/97**, São Paulo, Editora STS, 1998, p. 105.

¹⁹ REsp nº 2276/RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, *in* Nelson Eizirik, **Sociedades Anônimas: jurisprudência**, Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 367-372

²⁰ "Dealing with the Regulators", *in*: YOUNG, Michael R. (editor). **Accounting Irregularities and Financial Fraud**, cit., p. 171.

acesso às informações relevantes sobre fatos, atos e negócios jurídicos realizados pelas sociedades empresárias.

Com efeito, divulgadas, pelas companhias, em especial as de capital aberto, de maneira ampla, através de jornais, revistas e meios eletrônicos, informações sobre as atividades sociais, os acionistas estarão mais aptos a avaliar as estratégias político-administrativas dos controladores e membros do conselho de administração e a sua implementação pela diretoria executiva; mais preparados e conscientes para eleger e reeleger administradores e para destituir e responsabilizar os que agiram em prejuízo da empresa; em melhores condições de examinar, debater e decidir sobre as contas dos exercícios sociais, balanços e demonstrações financeiras anuais etc.

O princípio da transparência atende também aos interesses de potenciais investidores, sobretudo quanto à avaliação do preço das ações, às perspectivas de rentabilidade do negócio, aos mecanismos utilizados na tomada das principais decisões, à forma de remuneração global ou individual dos executivos e seu alinhamento com os interesses da companhia e dos acionistas etc., o que levou a SEC (a CVM americana) a editar normas regulamentares para garantir a "lealdade do mercado" (*market fairness*) e a atuar na identificação, investigação e punição de fraudes contábeis, financeiras e corporativas.

Anote-se, por oportuno, que a transparência não se restringe ao fornecimento, oportuno e expedito, de informações contábeis, financeiras, fiscais, societárias etc., mas, outrossim, na descrição pormenorizada e completa de todos os atos administrativos nos relatórios periódicos, particularmente nos relatórios anuais, que deverão passar pelo crivo da auditoria interna e da auditoria externa, respondendo a companhia por dados e informações que não correspondam à verdade.

No país, o IBGC recomenda que as companhias dêem amplo destaque e se empenhem na divulgação de todas as informações disponíveis, ressaltando que "as informações devem ser equilibradas e de qualidade, abordando tanto os aspectos positivos quanto os negativos, para facilitar ao leitor a correta compreensão e avaliação da sociedade. Toda informação que possa influenciar decisões de

investimento deve ser divulgada imediata e simultaneamente a todos os interessados. Internet e outras tecnologias devem ser exploradas para buscar a rapidez e larga difusão de tais informações²¹.

A propósito, ressalte-se que o Nível 1 da BOVESPA estimula a prestação de informações ao mercado, através de relatórios trimestrais, de consolidação das demonstrações contábeis e de revisão especial de auditoria, de fatos relacionados a negociações de ativos e derivativos de emissão da companhia por parte de acionistas controladores ou administradores, da apresentação de calendário anual de eventos corporativos e das demonstrações do fluxo de caixa, entre outras.

Consoante anota, de início, Marta Barcellos, "obrigatória e nos prospectos e candidata a integrar os relatórios da administração, seção Fatores de Risco extrapola funções legais para se tornar um diferencial de transparência"²², para, a seguir, esclarecer: "(...) muitas companhias avançam nas suas práticas internas de gerenciamento e análise de riscos. E (...) começam a ver vantagens em manter o mercado informado sobre cada detalhe que possa influenciar negativamente suas ações"²³, e, afinal, arrematar: "a divulgação de análises e informações adicionais sobre riscos pressupõe um monitoramento mais sofisticado, que interesse aos analistas e investidores"²⁴.

VIII - PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DOS ADMINISTRADORES

"Para estabelecer um julgamento justo com relação aos administradores operacionais, o conselho de administração deve construir sua independência, sem suprimir sua responsabilidade colegiada e coletiva" (Hélène Ploix)²⁵.

A Lei de Sociedades Anônimas (LSA) estabelece, taxativamente, que, nas companhias abertas, nas sociedades de economia mista e

²¹ Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa, p. 33-34.

²² Revista Capital Aberto, ano 2, nº 16, p. 24.

²³ Idem, p. 25.

²⁴ Idem, p. 26.

²⁵ Ob. cit., p. 25.

nas sociedades de capital autorizado, a administração é cometida ao conselho de administração, órgão colegiado, e à diretoria executiva, responsável pela gestão e representação orgânica da companhia, apenas a sociedade de capital fechado podendo ter ou não conselho de administração.

É voz corrente que o conselho de administração é uma mini-assembléia geral de acionistas, em que os representantes dos controladores e dos minoritários defendem, nas reuniões do colegiado, os direitos e interesses dos grupos que os elegeram, não raro atuando em conflito de interesses, o que se choca com a idéia de que tanto os membros do conselho de administração quanto os da diretoria devem exercer suas funções, poderes e atribuições com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social com autonomia e independência.

Por isso, a doutrina, nacional e estrangeira, vem pregando que é absolutamente indispensável que as companhias elejam conselheiros independentes, que não tenham vínculo de espécie alguma nem com os controladores, nem com os minoritários, nem com a própria sociedade, o que lhes permitirá proferir decisões baseadas exclusivamente no interesse dos acionistas e investidores do mercado; julgar os atos dos diretores executivos com isenção, com fundamento em pareceres técnicos do conselho fiscal, da auditoria interna e dos auditores independentes; questionar, "sem pudores"²⁶, tudo o que se refere à gestão interna dos negócios sociais; não fraquejar diante de pressões expressas ou subliminares do presidente do CA etc.

Discute-se, entretanto, qual o número ideal de administradores independentes deve ter uma companhia, recomendando o *Cadbury Report* que "deve ser tal que possa influenciar nas decisões do conselho", sobretudo em face de relevantes matérias como, por exemplo, rever o desempenho individual de cada membro do conselho e da diretoria, examinar e deliberar sobre casos de conflito real ou potencial de interesses, a repartição de poderes entre o presidente e demais conselheiros.

²⁶ BERTRAND COLLOMB, cit. por PLOIX, Hélène. Ob. cit., p. 27.

Como acentuaram Joly e Nioche²⁷, a eficácia da fiscalização exercida pelo conselho de administração depende da capacidade real de detectar eventuais insuficiências na gestão da empresa, compreender a origem de tais insuficiências, definir medidas incitativas e corretivas pertinentes e impor tais medidas. O exercício dessas tarefas requer, em diferentes níveis, dos administradores, qualidades de independência e de objetividade (propiciadas, em especial, por administradores sem ligações com a empresa e seus diretores) e capacidade de ter um julgamento crítico, ou seja, esclarecido, sobre as propostas elaboradas pela diretoria.

Anote-se que o IBGC recomenda que os conselheiros independentes não tenham qualquer vínculo com a sociedade, exceto eventual participação de capital; não sejam acionistas controladores, ou membros do grupo de controle, cônjuge ou parente até segundo grau destes, ou vinculados a organizações relacionadas ao acionista controlador; não tenham sido empregados ou diretores da sociedade ou de alguma de suas subsidiárias; não estejam fornecendo ou comprando, direta ou indiretamente, serviços e/ou produtos à sociedade; não sejam funcionários ou diretores de entidade que esteja oferecendo serviços e/ou produtos à sociedade; não sejam cônjuge ou parente até segundo grau de algum diretor ou gerente da sociedade e não recebam outra remuneração da sociedade além dos honorários de conselheiro (dividendos oriundos de eventual participação no capital estão excluídos desta restrição).

IX - PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR

"Os administradores são responsáveis frente à sociedade ou frente a terceiros, seja por infrações a disposições legais ou regulamentares, seja por violações aos estatutos, seja por faltas cometidas durante sua gestão" (art. 244 da Lei de Sociedades francesa de 1966).

Relembre-se, de pronto, mais uma vez, que, no direito brasileiro, nas companhias de capital aberto, de capital autorizado e de

²⁷ "L'implication du conseil d'administration dans la formation de la stratégie" in JOLY, Karine Le e MOINGEON, Bertrand (dir.). ob. cit., p. 75.

economia mista, a administração é dúplice, dividida entre o conselho de administração, órgão de deliberação colegiada, e a diretoria executiva, órgão de gestão (interna) dos negócios sociais e de representação (externa) da sociedade perante terceiros; nas companhias fechadas e nas sociedades limitadas, é facultativa a criação do conselho de administração, desde logo cumprindo observar que *todos* os administradores devem pautar-se pelo "princípio da responsabilidade", um dos princípios basilares da Governança Corporativa.

De acordo com a Lei de Sociedades Anônimas, o administrador (a) "deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo o homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios" (art. 153, dever de diligência); (b) "deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os negócios" (art. 155, dever de lealdade); (c) "de companhia aberta deve declarar, ao firmar o termo de posse, o número de ações, bônus de subscrição, opções de compra de ações e debêntures conversíveis em ações, de emissão da companhia e de sociedades controladas ou do mesmo grupo econômico, de que seja titular" (art. 157, dever de informar); (d) não deve "intervir em qualquer operação em que tiver interesse conflitante com o da companhia" (art. 156, dever de abster-se de participar de situações de conflito real ou potencial de interesses).

A doutrina, pátria e alienígena, calcada em disposições legais e regulamentares, ensina, ademais, que são deveres dos administradores: (a) perseguir o interesse social, o que equivale a dizer empenhar-se na consecução do interesse comum de todos os sócios ou acionistas; (b) gerir os negócios sociais, com cuidado, diligência e lealdade, com a finalidade de a sociedade realizar o seu objeto e cumprir sua função social; (c) informar-se sobre todos os assuntos de interesse da empresa, para poder decidir com conhecimento de causa; (d) investigar, decorrente do dever de informar-se e do dever de fiscalizar, os fatos, atos e negócios jurídicos de interesse da sociedade, para apurar, quando for o caso, e definir, de modo claro e preciso, a responsabilidade dos membros do conselho de administração e da diretoria executiva; (e) fiscalizar os atos de cada administrador, nas chamadas relações intra-orgânicas, e, também, de procuradores e prepostos, para prevenir, sempre que possível, e punir, sempre que necessário, a atuação em conflito de interesses.

Como anota João Bosco Lodi²⁸, a propósito do conselho de administração, ele deve agir sempre com *fairness* (senso de justiça e equidade), *disclosure* (transparência) e *compliance* (obediência e cumprimento das leis, regulamentos e estatutos sociais), prestando permanentemente conta de seus atos (*accountability*), o que levou a GM a instituir uma série de normas que a companhia e os seus conselheiros devem observar, a saber: (a) deve haver uma maioria de conselheiros externos; (b) os conselheiros independentes devem escolher um *lead director* (diretor principal); (c) os conselheiros independentes devem reunir-se isoladamente, de maneira regular e programada; (d) os conselheiros independentes devem assumir responsabilidade por todos os procedimentos do conselho de administração; (e) o conselho de administração deve ter responsabilidade pela seleção de candidatos a novos conselheiros; (f) o conselho de administração deve analisar o seu próprio desempenho; (g) os membros independentes devem avaliar o CEO e outros importantes executivos com base em programações regulares; (h) o conselho de administração deve conhecer e concordar na íntegra com as estratégias de longo prazo da empresa; (i) o conselho de administração deve dedicar tempo e atenção à seleção do CEO, sua responsabilidade isolada mais importante²⁹.

Em resumo, portanto, os administradores da sociedade limitada e os da sociedade anônima têm funções, atribuições e poderes, que devem exercer com diligência e probidade, e deveres, que devem cumprir com zelo e escrupulo, sob pena de responderem, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, civil e, nas hipóteses previstas em lei, criminalmente, pelos prejuízos causados à sociedade, a seus sócios ou acionistas, a seus credores, ao mercado em geral e ao ecossistema.

X - PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

"Com efeito, razoabilidade enseja desde logo uma idéia

²⁸ *Governança Corporativa. O Governo da Empresa e o Conselho de Administração*. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 19.

²⁹ HARVARD BUSINESS REVIEW. *Experiências de Governança Corporativa*. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 2001, p. 186.

de adequação, idoneidade, aceitabilidade, logicidade, equidade" (Suzana de Toledo Barros)³⁰.

A Lei de Sociedades Anônimas (LSA), ao cuidar das atribuições e poderes e ao disciplinar os deveres e responsabilidades dos membros do conselho de administração e da diretoria executiva, através de normas de conteúdo indeterminado, intencionalmente vagas e elásticas, estimula os administradores a agirem com discricionariedade, sem, todavia, poderem descurar do cabal cumprimento dos deveres de diligência e cuidado, que fixam os limites de sua responsabilidade.

Com efeito, atento exame dos arts. 153 a 157, da LSA, autoriza afirmar que, fiel aos cânones do "sistema aberto de direito", a lei instituiu "modelos éticos de conduta" - "condutas exigidas" (arts. 153 a 155 e 157) e "condutas proibidas" (art. 156) - com o objetivo de pautar o comportamento dos administradores na consecução do seu mister de "produzir resultados" com o tirocínio e prudente arbítrio, conforme o paradigma de Drucker: "a missão institucional do administrador é produzir resultados", correndo riscos razoáveis, acrescento.

É curial que a observância estrita (e acanhada) dos deveres de diligência e cuidado dificulta e, por vezes, impede a companhia de "produzir resultados lucrativos", razão pela qual, mitigando o rigor dos deveres de diligência e cuidado, há o "prudente arbítrio", a "discricionariedade esclarecida", que se manifesta através da "ponderação" dos "prós e contras" dos atos dos administradores no exercício diuturno de suas atribuições e poderes de gestão interna e representação.

Essa imprescindível "ponderação dos prós e contras" das operações sociais é norteadada pelo "princípio da razoabilidade ou proporcionalidade", o qual visa, na abalizada lição de Daniel Sarmiento, "à contenção do arbítrio e à moderação do exercício do

³⁰ O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 72.

poder"³¹, segundo uma "relação de causalidade entre meio e fim"³².

A todo momento, jornais e revistas noticiam situações em que a administração das companhias é instada a tomar decisões de risco e, portanto, "ponderar os prós e contras" consoante o princípio da razoabilidade.

Eis alguns exemplos marcantes:

A Nutrella, empresa gaúcha fabricante de pães e bolos, atividade que conhece e exerce há muitos anos, porém que "impõe limites ao crescimento", viu-se compelida a "arriscar-se num mercado maior, mas desconhecido", dominado por "marcas tradicionais e líderes do seu setor, como Pullman e Seven Boys". Consciente que precisava inovar, a Nutrella, diz Daniel Neitzke, diretor de marketing e filho do fundador, aceitou o desafio e venceu, correndo riscos razoáveis, porquanto o faturamento, de R\$ 37 milhões em 2000, passou para R\$ 112 milhões em 2004³³.

Exemplo de riscos bem-sucedidos é, também, o da BRA, que, "em apenas dois meses de operação, se tornou a quarta maior companhia aérea do país", adotando uma estratégia de venda de diversos produtos ao mesmo tempo, como pacotes turísticos e diárias em hotéis, além de oferecer passagens aéreas com preços 30% mais baixos que os da concorrência (revista **Exame**, ed. de 15.03.06), e do hospital paulista Albert Einstein, que se "transformou num grande negócio de saúde integrada", ao entregar sua administração a um grupo de profissionais, sem experiência em medicina³⁴.

Há, todavia, riscos preocupantes, como o da Ford Motor Company, que adotou, como meio de reestruturação, maciço investimento em veículos híbridos, menos poluentes que os carros convencionais, uma obsessão pessoal de Bill Ford, seu presidente, um ambientalista que assumiu a empresa prometendo uma "revolução verde", embora, como acentuou a revista **Exame**, "os veícu-

³¹ SARMENTO, Daniel, **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 77.

³² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2003, 2ª ed., p. 91.

³³ Revista **Exame**, ed. de 09.10.05.

³⁴ Revista **Exame**, ed. de 04.08.04.

los híbridos ainda custem muito caro e pareçam uma aposta arriscada para uma montadora que precisa recuperar resultados em curto prazo³⁵.

XI - PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

"A motivação da atividade corporativa inclui a preocupação com o bem-estar de algumas das partes envolvidas que não são os proprietários e um compromisso subjacente com princípios básicos como integridade, imparcialidade e respeito pelas pessoas" (Thomas Donaldson)³⁶.

O princípio da função social da empresa se dirige, em primeiro lugar, aos administradores das empresas, sobretudo das megacompanhias industriais, orientando-os a atentarem para as questões ambientais, quando forem decidir implantar ou expandir as instalações fabris da companhia; a privilegiarem o desenvolvimento sustentável, para evitar agredir e por em risco o ecossistema; a darem especial tratamento à extração de recursos naturais, para garantir um futuro saudável para as próximas gerações etc.

Os arautos desse princípio têm sustentado, acerbamente, que somente quando acionistas controladores e principais executivos se conscientizarem da função social da empresa, as companhias transnacionais deixarão de exportar poluição dos países desenvolvidos e produzir por menores custos com o sacrifício das nações mais pobres³⁷.

Pregam ainda que os objetivos das companhias não se limitam a maximizar os lucros e os ganhos de capital dos acionistas, já que elas devem zelar por seus empregados e pela comunidade onde atuam³⁸, bem como que as companhias, no curso de seus negócios, devem devotar uma parte considerável de seus recursos ao bem-estar público e a propósitos humanitários, educacionais e filantrópicos³⁹.

³⁵ Revista **Exame**, ed. de 09.10.05.

³⁶ "Definindo o valor de fazer bons negócios". **Valor**. Governança Corporativa. 3ª parte. Ed. de 07.07.2005, p. 2.

³⁷ DINE, ob. cit., p. 177.


³⁸ BLAIR, ob. cit., p. 203.

³⁹ MITCHELL, Lawrence E., CUNNINGHAM, Lawrence A. e SOLOMON, Lewis D. **Corporate Finance and Governance Cases, Materials, and Problems for an Advanced Course in Corporations**. Durham: Carolina Academic Press, 1996, 2nd Edition., p. 19.

Nos EUA, embora "pátria do capitalismo selvagem", a intervenção do Poder Judiciário nas sociedades americanas não se restringe às matérias econômicas, eis que ela também prima por garantir valores institucionais básicos, como família, comunidade e convivência.

Como anota David Sciulli, desde a formação do governo americano, as cortes e legislações estaduais foram encarregadas da função de supervisionar e regular as atividades corporativas, tendo maior importância as cortes dos estados de Delaware, Nova Iorque, Nova Jersey e Califórnia, podendo-se dizer, em síntese, que as cortes estaduais visam a proteger as sociedades americanas dos possíveis danos causados pelo poder corporativo, além, por certo, de assegurar a observância dos direitos e interesses dos acionistas minoritários, credores, fornecedores, empregados e executivos de médio escalão⁴⁰.

Também nos EUA desenvolveu-se a doutrina, consoante pontifica Thomas Donaldson, da "Responsabilidade Social Empresarial", segundo a qual as corporações têm deveres com o bem-estar da coletividade e "compromisso subjacente com princípios como integridade, imparcialidade e respeito pelas pessoas"⁴¹.

Por fim, o IBGC, em seu Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa, afirma: "Conselheiros e executivos devem zelar pela perenidade das organizações (visão de longo prazo, sustentabilidade) e, portanto, devem incorporar considerações de ordem social e ambiental na definição dos negócios e operações. Responsabilidade Corporativa é uma visão mais ampla da estratégia empresarial, contemplando todos os relacionamentos com a comunidade em que a sociedade atua. A 'função social' da empresa deve incluir a criação de riquezas e de oportunidades de emprego, qualificação e diversidade da força de trabalho, estímulo ao desenvolvimento científico por intermédio de tecnologia, e melhoria da qualidade de vida por meio de ações educativas, culturais, assistenciais e de defesa do meio ambiente".

⁴⁰ SCIULLI, David. *Corporations vs. The Court: Private Power, Public Interest*. London: Lynne Reiner Publishing Inc., 1999, p. 1/7.

⁴¹ Ob. cit., p. 2.

Princípios de Direito Administrativo Tributário

Aurélio Pitanga Seixas Filho

Professor Titular de Direito Financeiro e Tributário da UFF, da Universidade Cândido Mendes e da Faculdade de Direito de Campos/RJ.

1. CARACTERÍSTICAS DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVO-FISCAL

Cabe ao Fisco, órgão da administração fazendária, a função de arrecadar os tributos que a legislação tenha instituído, orientar os contribuintes como proceder corretamente para cumprir os seus deveres legais tributários (dever de regulamentar), bem como todos os atos de administração tributária necessários para cumprir, também, os seus próprios deveres legais.

A autoridade fiscal, como todos os agentes administrativos, tem o seu campo de ação perfeitamente delimitado pela lei, não podendo agir fora dos parâmetros fixados pelo legislador, porquanto a sua função própria é a de *aplicar a lei*, isto é, a de compelir as pessoas a cumprirem as leis.

Assim como as pessoas são inteiramente livres para agir, desde que não exista uma lei determinando um comportamento diferente, a autoridade administrativa não pode agir ao seu livre-arbítrio, somente podendo se *comportar* conforme o ordenamento predeterminedado pelo legislador.

A constituição e as leis fundamentais distribuem encargos, deveres ou funções para os órgãos da administração pública que devem se desincumbir deles a tempo e modo.

A saúde da população é atribuição de órgãos da administração que têm o dever legal (função) de tomar as providências preventivas e curativas necessárias para mantê-la.

Os órgãos administrativos, na medida em que tenham uma função determinada pelo legislador, com atribuições e deveres bem definidos, *em prol do interesse da coletividade*, não têm uma livre disponibilidade de sua atuação, restringindo-se a sua atuação ao modelo legal.

2. DEVER JURÍDICO DE EXIGIR O PAGAMENTO DO TRIBUTO

Quando as pessoas estão sujeitas ao cumprimento de um *dever legal*, o órgão administrativo com atribuição sobre essa matéria tem o correspectivo *dever legal* de exigir o seu cumprimento. O fisco tem o dever legal de exigir que o contribuinte pague o tributo devido, podendo, para o exercício dessa função, utilizar poderes que são derivados ou delegados da própria norma jurídica.

3. POTESTADE ADMINISTRATIVA

Este atributo do exercício da função da autoridade administrativa de poder exigir um determinado comportamento da pessoa em cumprimento a um dever legal é denominado pelos doutos italianos e espanhóis de *potestade*, que segundo Massimo Severo Giannini:

"A potestade pública é sempre predeterminada pela norma, sendo indisponível, intransmissível e irrenunciável, podendo, entretanto, não ser exercitável ou ter o seu exercício delegado ou suspenso, enfim, é imprescritível, mas o seu exercício pode estar sujeito à decadência".¹

Também no direito espanhol: "a potestade é sempre uma derivação de um *status legal*, pelo qual resulta inescusável uma norma prévia que, além de configurá-la, a atribua em concreto. Como consequência desta origem legal e não de negócios, os poderes são inalienáveis, intransmissíveis e irrenunciáveis, justamente porque são

¹Diritto Amministrativo, Milano, Giuffrè, 1970, I, p. 506.

indisponíveis pelo sujeito enquanto criação do direito objetivo supra-ordenado ao mesmo. O titular da potestade pode exercê-la ou não, porém, não pode transferi-la; a própria lei pode, como máximo, permitir sua delegação de exercício".²

A potestade ou dever-poder que a autoridade fiscal tem de exigir das pessoas, o cumprimento dos seus deveres tributários, é uma função atribuída pelo ordenamento jurídico para ser exercida *por dever de ofício*³ e que não pode ser confundida com uma ação de defesa de direito subjetivo ou de uma simples faculdade, já que "a relação tributária" funciona de forma diferente das obrigações de Direito Privado,⁴ porque o seu regramento é todo de Direito Público,⁵ especialmente com regência do Direito Administrativo e particularidades do próprio Direito Tributário, sendo a sua principal característica a indisponibilidade sobre o cumprimento dos deveres jurídico-tributários impostos diretamente pela lei.

O princípio da indisponibilidade dos deveres legais atribuídos à autoridade administrativa, é uma consequência direta da extrema relevância que emana do princípio maior que é a supremacia do interesse público sobre o do particular, sobre os quais, segundo abalizada doutrina brasileira, todo o sistema de Direito Administrativo se constrói.⁶

4. PRINCÍPIOS QUE REGEM A FUNÇÃO DO FISCO

4.1. Princípio da Legalidade Objetiva - Imparcialidade

² Eduardo Garcia de Enterría e Tomás Ramón Fernandez, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, RT, 1991, p. 379.

³ O Estado, uma vez constituído, realiza os seus fins através de três funções em que se reparte a sua atividade: legislação, administração e jurisdição. A função legislativa liga-se aos fenômenos de formação do direito, enquanto as outras duas, administrativa e jurisdicional se prendem à fase de sua realização. Legislar (editar o direito positivo), administrar (aplicar a lei de ofício) e julgar (aplicar a lei contenciosamente), são três fases da atividade estatal, que se completam e que a esgotam em extensão. (Miguel Seabra Fagundes, *O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Rio, Forense, 1957, p. 17).

⁴ Aurélio Pitanga Seixas Filho, "A Natureza Jurídica da Relação Tributária", na *Revista de Direito Tributário* nº 73, Malheiros, 1999, p. 93 a 103.

⁵ Gian Antonio Michelli afirmou que "uma análise minuciosa e articulada do fenômeno já obrigou a examinar posição subjetiva ativa da entidade impositora, não propriamente em termos de direito de crédito, mas sim de potestade de imposição". (*Curso de Direito Tributário*, São Paulo, RT, 1978, p. 121).

⁶ Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 28.

Todas as autoridades administrativas, inclusive as fiscais, possuem uma atribuição legal, uma função, dentro da qual têm o dever de agir ou funcionar, sem que possam livremente dispor, ou possuem a faculdade de dispor dos interesses coletivos (públicos), cuja supremacia sobre os interesses individuais ou particulares deve sempre ser preservada.

O cumprimento da função atribuída por lei ao órgão fiscal, é, conseqüentemente, um imperativo que não tem semelhança, ou guarda alguma compatibilidade com a faculdade ou o interesse de agir que os particulares possuem, em decorrência do livre-arbítrio ou disponibilidade de que são titulares sobre os seus próprios direitos subjetivos.⁷

A autoridade fiscal não tem qualquer faculdade ou direito subjetivo de agir,⁸ nem tem algum interesse próprio ou particular com o exercício de sua função legal, como é a lição de Garcia de Enterría e Ramón Fernandez:

*"É, enfim, importante notar que as potestades administrativas pertencem em sua imensa maioria (talvez todas, salvo as puramente organizatórias) à chamada potestade-função, isto é, aquelas potestades que devem ser exercidas em interesse alheio ao próprio e egoísta do titular. Concretamente, as potestades administrativas devem exercer-se em função do interesse público, que não é o interesse próprio do aparelho administrativo, senão o interesse da comunidade da qual a administração é, como repetimos, uma mera organização ser-
viçal(...), a administração pública serve com objetividade os interesses gerais(...), o que comporta duas conseqüências, que vêm a frisar um novo afastamento da figura técnica da potestade com respeito àquela do direito subjetivo".⁹*

⁷Aurélio Pitanga Seixas Filho, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo Tributário - A Função Fiscal*, Rio, Forense, 2002, p.10.

⁸"Por outro lado, tenho insistido também em que a autoridade pública - e não só a autoridade administrativa, mas também o Poder Judiciário e o Poder Legislativo - não é titular de direitos, mas sim do dever de prover a realização de interesses alheios. Para tanto, confere-lhe o ordenamento jurídico determinados poderes. A função pública, assim, é antes expressão de um dever-poder do que de um poder-dever". (Eros Roberto Grau, *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*, São Paulo, Editora RT, 1988, p.179).

⁹Obra citada, p. 381.

Na Itália, Maffezzoni, em ensaio publicado em 1952,¹⁰ já havia enfatizado que o poder de imposição atribuído pelo ordenamento à autoridade fiscal de resguardar o interesse público em geral e de, em particular, determinar o valor do tributo ou reconhecer a não incidência do imposto em casos específicos, bem como autuar e multar o contribuinte omissor e/ou sonegador, dentro do esquema de *potere* ou *potestà* é incompatível com o esquema de direito subjetivo.

A Fazenda Pública arrecada tributos em obediência a um imperativo legal, não porque possua interesse subjetivo a defender. Ao aplicar a lei impositiva a administração fazendária somente tem o interesse objetivo de exercer a sua função constitucional, não possuindo motivo ou conveniência além do que está objetivamente prescrito nas regras jurídicas pertinentes.¹¹

Usando nomenclatura própria, o Professor Onofre Alves Batista Júnior afirma que:

"Assim, o exercício do Poder de Polícia Fiscal encontra a sua razão de ser na própria busca da correta tributação, eficaz, isonômica, justa, adequada. Por isso, a imposição de limitações busca favorecer o interesse público de suficiente, adequada e justa tributação".(...) "Enquanto o Poder Tributário busca, em primeira vista, a própria tributação, o Poder de Polícia Fiscal visa assegurar essa justa tributação. No exercício de um, 'institui-se' tributos; no do outro, impõe-se deveres para assegurar a tributação. O segundo existe para favorecer e garantir o exercício do primeiro, entretanto, eles são nitidamente distintos".¹²

A atuação do órgão fiscal na cobrança dos tributos a seu encargo, portanto, não envolve qualquer interesse próprio das autoridades fiscais, nem é o exercício de um direito subjetivo, não sendo,

¹⁰ "Osservazioni a um Progetto di Riforma Del Contenzioso Tributario in Materia di Imposte Dirette", in *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, 1952, v. XI, parte I, p. 150.

¹¹ Aurélio Pitanga Seixas Filho, "Regime Jurídico dos Recursos Administrativos Fiscais e seus Efeitos", na *Revista de Processo*, janeiro-março de 1982, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 54.

¹² *O Poder de Polícia Fiscal*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2001, p. 184.

também, a administração fazendária, parte credora de uma relação jurídica obrigacional.

A função administrativa tributária que deve ser exercida pela autoridade fiscal exige a obediência ao princípio da legalidade objetiva, em que o tributo será tornado líquido, certo e exigido dentro da mais estrita legalidade, agindo o Fisco com integral *imparcialidade*.

Imparcialidade é um atributo da função administrativa cujo exercício leva a que o interesse coletivo sempre tenha supremacia sobre o interesse particular do cidadão contribuinte, discriminação esta, entretanto, entre interesse público e privado, que constará sempre de norma legal, razão pela qual, ao aplicar a lei desinteressadamente, a autoridade administrativa estará agindo imparcialmente sem conflitar com interesses subjetivos dos destinatários da norma legal.

5. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE OBJETIVA - OFICIALIDADE - DEVER DE INSPEÇÃO

O fisco, no exercício de sua função administrativa de inspecionar, não só a ocorrência do fato gerador, como o descumprimento da legislação tributária, tem a sua ação impulsionada pelos deveres legais a cumprir, pois, afinal, administrar é aplicar a lei de ofício.

Por *dever de ofício*, deverá investigar periodicamente o cumprimento pelos contribuintes dos seus deveres tributários, revisar as suas declarações, inspecionar a contabilidade, produzir o documento líquido e certo (lançamento tributário) necessário para exigir o pagamento do tributo e da eventual penalidade, enfim, numa investigação submetida ao *regime inquisitorial*, deverá fiscalizar para obter certeza sobre a correção do comportamento das pessoas submetidas à legislação tributária.

O dever imposto pela lei à autoridade fiscal de controlar o correto pagamento do tributo e de exigir o seu pagamento, quando for o caso, exige que a autoridade administrativa tenha um comportamento *ativo*, no sentido de tomar as iniciativas apropriadas para determinar o valor do tributo, sem para isto ficar dependendo da disposição de colaborar do contribuinte, não sendo pertinente durante a *ação fiscal* ser invocado o princípio do contraditório, já que o

contribuinte não tem ônus ou interesse de provar algo, porém o dever legal de declarar ou informar as condições em que ocorreu o fato gerador.

Enrico Allorio lembra o *caráter inquisitório* do processo tributário, à semelhança do processo administrativo e do processo penal, com respeito à pesquisa da prova, o que marca a disparidade de inspiração e natureza em relação ao processo civil que é dirigido pelo princípio da disposição da parte, enquanto a autoridade fiscal tem a faculdade de indagar, inspecionar, controlar, de requisitar informações ou dados, usando os poderes de polícia tributária investigativa.¹³

Também Alberto Xavier entende que a natureza do procedimento fiscal para efetivar o lançamento tributário é *marcadamente inquisitorial*, em razão de caber à autoridade fiscal dirigir a investigação dos fatos tributários, com obediência ao princípio da verdade material, afetando, desta forma, os meios de obtenção das provas necessárias para o pagamento do tributo.¹⁴

6. PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL

A autoridade fiscal para exercer a sua competência legal de exigir o pagamento do tributo, que lhe foi destinado pela norma constitucional, tem de agir, por impulso próprio (procedimento inquisitorial - dever de ofício), para conferir se a declaração fornecida pelo contribuinte é verdadeira, ou para obter (caso as informações não estejam conformes à realidade dos fatos, por omissão própria ou imprópria, como falsidade material ou ideológica, ou, até mesmo, por simples erro ou equívoco) a verdadeira conduta sujeita à tributação, com o uso dos deveres-poderes (potestades) colocados à sua disposição (do Fisco) pelo legislador tributário.

7. VERDADE MATERIAL - INFORMALIDADE

A dinâmica da administração pública não está sujeita a formalidades rígidas ou à obediência a formas sacramentais, pois a natu-

¹³ *Diritto Processuale Tributario*, Torino, UTET, 1962, p. 320.

¹⁴ "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", São Paulo, *Resenha Tributária*, 1977, p. 107/8.

reza da ação administrativa (atos de potestade - atos de império), exige que a aplicação da lei se faça da forma mais expedita possível.

Contrariamente à dinâmica de aplicação das leis pelas autoridades jurisdicionais, na qual vigora o princípio da verdade formal, em que as formas dos atos, prazos e a sistematização dos procedimentos são rigorosamente previstos e obedecidos, nos procedimentos administrativos em geral, as formas dos atos e os prazos previstos anteriormente (pois, afinal, não se pode prescindir de alguma sistematização para se ordenar o comportamento da administração pública) podem ser, eventualmente, desobedecidos, para dar cumprimento ao princípio maior da verdade material.

O dever de inspecionar dirigido pela discricionariedade da autoridade fiscal não pode ficar amarrado por formalismos, sob pena de não se descobrir corretamente a verdade dos fatos, ou de ficar cerceado o direito de defesa do contribuinte.

8. O DEVER DE PROVAR E A VERDADE FORMAL

Como está sendo demonstrado, o regime jurídico da função administrativa (fiscal) não guarda compatibilidade com o regime jurídico da função jurisdicional, especialmente com a maneira de se demonstrar a verdade dos fatos praticados pelo contribuinte.

A autoridade fiscal, ao desenvolver o dever de inspecionar a verdade dos fatos praticados pelo contribuinte, não está cumprindo um dever de provar no sentido jurisdicional (litigioso), de formar o convencimento do juiz, nem está se desincumbindo de qualquer "ônus de prova", pois não tem interesse próprio a defender, está, isto sim, agindo por dever de ofício para formar seu próprio convencimento quanto aos fatos que devem ser considerados para determinação do valor do tributo.

Preleciona Alberto Xavier que no procedimento de investigação para a descoberta da verdade material, como num processo inquisitório, a autoridade fiscal tem meios instrutórios vastíssimos para formar sua convicção, que não está limitada à existência de regras legais norteadoras dos meios de prova, nem sendo pertinente

o problema da repartição do ônus da prova, sendo, em consequência, uma livre convicção.¹⁵

Também no mesmo sentido é a lição de Rui Barbosa Nogueira, originada do direito germânico, quando afirma que a autoridade fiscal, ao contrário do juiz, não está vinculada aos elementos indicados ou fornecidos pelas partes, devendo operar sobre a base de suas próprias constatações e das consequências decorrentes destas, tendo em vista a distinta natureza jurídica do procedimento de lançamento, da natureza jurídica do procedimento de instrução probatória, pois se visa a entregar o quanto possível à autoridade lançadora, não só a escolha dos meios de determinação, como também o emprego desses meios, já que a participação do particular na atividade de lançamento não é elemento caracterizador da sua natureza jurídica, nem faz parte de sua essência.¹⁶

9. DEVER DE COMPROVAÇÃO

A liberdade investigatória que possui a autoridade fiscal para descobrir a verdade dos fatos mais próxima da realidade (verdade material), sem que rígidas formalidades condicionem o seu convencimento, não significa que no procedimento administrativo fiscal não se tenha de coletar os meios de prova que sedimentaram a livre convicção do titular do órgão fiscal.

A apreensão ou percepção dos fatos relevantes para a tributação pela autoridade é feita através de documentos, declarações, registros contábeis e indícios outros, meios de prova estes que devem servir para certificar que o ato administrativo foi produzido dentro do que exigem as normas legais.

Se o ato administrativo é resultante de um livre convencimento da autoridade, firmado unilateralmente, o cidadão ou contribuinte sujeito às consequências jurídicas desse ato tem o direito de questionar a sua conformidade com a lei de regência, motivo pelo qual não se pode prescindir da apropriada comprovação dos dados apurados pela autoridade competente, pois não só a autoridade superior

¹⁵Obra citada p.109-115.

¹⁶“Teoria do Lançamento Tributário”, São Paulo, *Resenha Tributária*, 1973, p. 61 e 169.

que deva examinar o ato recorrido, como, também, o juiz, devem formar seu próprio convencimento, cada qual com as regras jurídicas próprias, com apoio nos documentos juntados no procedimento administrativo.

10. DEVER DE REGULAMENTAR

O cumprimento do dever tributário pelo contribuinte, se resultar num pagamento insuficiente do tributo, quer por erro na consideração da matéria de fato, quer por equivocada avaliação da regra jurídica aplicável ao caso, exige, no mínimo, o pagamento adicional do que faltou, mais os encargos legais moratórios, e, dependendo da qualificação do erro cometido, pode haver a penalização com elevadas multas.

Por dever de ofício, então, as autoridades devem emitir atos genéricos e abstratos no sentido de orientar os contribuintes como devem ser cumpridas as leis tributárias, bem como responder especificamente às consultas formuladas por eles.

Tendo em vista que os impostos no decorrer do tempo são alterados por inúmeras leis das várias hierarquias, cabe ao chefe do poder executivo, em primeiro lugar, emitir uma *Consolidação* da legislação do imposto, e em seguida um ato complementar de regulamentação.

O Regulamento da lei, portanto, é um dever-poder concedido às autoridades administrativas que, à medida que têm a potestade de aplicar a lei, têm, também, o dever de esclarecer como ela deve ser cumprida pelo seu destinatário.

O contribuinte que pagar o tributo conforme a orientação oficial emitida pela autoridade competente, seja através de uma resposta específica a uma consulta, seja em obediência a um ato normativo - regulamento, instrução, portaria etc. -, estará cumprindo corretamente o seu dever tributário, nada mais podendo ser-lhe exigido a título de retificação da orientação, cujo efeito somente poderá ser produzido para o futuro.

Não pode ser admitido que a Administração Pública, no exercício de seu dever-poder de orientar como as leis devem ser cumpridas pelos seus destinatários, venha a exigir a correção retroativa

de um comportamento que obedeceu às regras oficiais ao seu tempo, por entender que a orientação anterior não fora a mais correta ou adequada.

Não tem cabimento, portanto, o dispositivo previsto no parágrafo único do artigo 100 do Código Tributário Nacional, que autoriza a exigência do pagamento de complementação de imposto, cujo valor não foi pago anteriormente, por obediência a "normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos" em razão de mudança de critério jurídico da autoridade competente, excluindo, somente, a exigência de penalidades, juros de mora e correção monetária.

11. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Assim como os deveres jurídicos devem ser, *ordinariamente*, obedecidos *espontaneamente* pelos destinatários das normas jurídicas, os contribuintes também devem pagar a sua dívida tributária sem serem, necessariamente, coagidos pela autoridade fiscal.

Com base na orientação oficial da autoridade fazendária competente e dentro dos prazos fixados na legislação tributária o contribuinte deverá fazer a valoração jurídica do fato gerador que praticou, liquidar o valor do imposto e recolhê-lo nos locais autorizados.

Para efeito de controle do desempenho correto dos seus deveres tributários, a legislação tributária normalmente exige que o contribuinte formalize, em um documento, uma confissão, de que praticou o fato gerador do tributo, faça a valoração jurídica dessa matéria fática (acertamento) - que produzirá certeza jurídica, quer com seu próprio critério jurídico, quer adotando critério jurídico oficial da autoridade fiscal -, para finalizar com a liquidação do valor do imposto que deverá recolher.

A confissão produzida pelo contribuinte, por se tratar exclusivamente de matéria fática, poderá ser sempre retificada dentro do prazo prescricional de cinco anos (artigo 165, I, e 168 do Código Tributário Nacional), desde que obedecidos os procedimentos adequados.

Caso o contribuinte deixe de pagar o imposto objeto do seu auto-acertamento e liquidação, o Fisco, armado desse documento

dotado de certeza jurídica e liquidez, poderá encaminhá-lo para a cobrança executiva.

Dependendo da técnica de arrecadação, a cobrança do tributo poderá depender de um prévio acerto jurídico e liquidação da responsabilidade da própria autoridade fiscal, a partir de seu conhecimento da matéria fática confessada pelo contribuinte. É a modalidade de ato administrativo denominada de lançamento por declaração no artigo 147 do Código Tributário Nacional.

Nesta modalidade de lançamento, a exigibilidade de pagamento do tributo dependerá de ser o contribuinte notificado e intimado a pagar no prazo determinado pela autoridade administrativa, a partir do qual terá início a mora.

A outra modalidade de lançamento é resultante do exercício do dever de inspeção e investigação da autoridade fiscal, em que é certificado um fato gerador não confessado pelo contribuinte, ou complementar ao já declarado, e liquidado o valor do débito após a valoração jurídica de responsabilidade da autoridade administrativa.

Crédito tributário é a nomenclatura adotada pelo Código Tributário Nacional para o valor da dívida tributária tornada líquida, após a autoridade fiscal acertar (valorar) juridicamente o fato gerador, constituindo, dessa forma, um documento hábil para a cobrança administrativa ou judicial do tributo, por ser dotado de certeza jurídica e liquidez.

O que caracteriza, essencialmente, o lançamento tributário é ser a dívida tributária liquidada após ser adotado, expressamente, um critério jurídico pela própria autoridade administrativa, certeza jurídica esta, que não poderá mais ser modificada após a notificação do contribuinte, salvo recurso administrativo proposto por este.

A imutabilidade do acerto tributário da responsabilidade da autoridade fiscal, que concede uma eficácia preclusiva ao lançamento tributário, é uma consequência da garantia que os contribuintes devem ter em relação à certeza jurídica emanada dos atos administrativos, sejam eles genéricos e abstratos, como os regulamentos e instruções normativas, sejam concretos e específicos, como o lançamento tributário e a resposta às consultas fiscais.

A constituição do crédito tributário pelo lançamento nada mais significa que a formalização, pela autoridade fiscal, em um documento representativo da dívida tributária, antes já existente, após a ocorrência do fato gerador, porém, ainda ilíquida e incerta. Em hipótese alguma o lançamento tributário poderá ser um ato jurídico constitutivo de direitos e deveres por não ser ele um acerto jurídico declaratório de uma vontade (negócio jurídico), porém sua característica é a de um acerto jurídico declaratório de uma verdade, sendo assim, retificável, na forma e prazo previstos em lei.

Se o lançamento tributário vai ser resultante de um procedimento administrativo ou de um ato simples, dependerá de uma decisão da autoridade competente, já que o Código Tributário Nacional não especificou quais atos administrativos comporiam o procedimento administrativo, que resultariam no lançamento tributário, sendo certo que, num ato administrativo composto, o contribuinte somente deverá ser notificado após a ratificação pela segunda autoridade competente.

A cobrança coativa de uma dívida patrimonial exige, sempre, a existência de um título jurídico líquido e certo, que no direito privado (das obrigações) será formado e firmado pelo próprio devedor ou pelo juiz em uma sentença formalizada em processo jurisdicional.

Em direito tributário, a cobrança executiva será alicerçada no documento (acerto) produzido pelo contribuinte, ou no lançamento tributário, que por definição, como ato administrativo, é produzido unilateralmente (inquisitorialmente) pela autoridade fiscal, razão pela qual a sua eficácia executiva dependerá, preliminarmente, de ser proporcionado direito de defesa ao contribuinte, o que não deve ser confundido com contraditório.

12. CONTROLE DA LEGALIDADE DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO

12.1. Autocontrole por dever de ofício

Como a administração pública funciona hierarquicamente, o primeiro controle a que pode ser submetido o lançamento tributário deve ser feito antes de sua notificação, que somente poderia ser emitida após expressa autorização da chefia do órgão fiscalizador,

depois de um exame atento e minucioso da proposta de lançamento, sujeita, então, à retificação dos erros e defeitos por acaso verificados. Dessa forma, estaria configurado um ato administrativo composto.

13. DIREITO DE PETIÇÃO

De acordo com o artigo 5º, inciso XXXIV, letra *a*, da Constituição Federal de 1988, o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder é assegurado a todos, independentemente do pagamento de taxas.

Intimado a pagar o crédito tributário o contribuinte tem um direito constitucional de peticionar à administração fiscal impugnando o lançamento tributário e requerendo a demonstração de sua legalidade.

O lançamento tributário somente produz os seus efeitos próprios a partir da intimação do contribuinte que deverá ser notificado das razões de fato ou de direito que motivaram a sua emissão, descrevendo-as de uma forma que possibilite o direito de defesa pelo contribuinte sem a necessidade de pedir auxílio de um especialista ou perito.

Com a motivação do lançamento tributário o contribuinte estará em condições de exercer convenientemente o seu direito de defesa, formulando os quesitos apropriados a obter da administração fiscal a devida justificação do seu ato. A inexistência da motivação ou sua insuficiência poderão invalidar o ato administrativo por vício formal, como cerceamento do direito de defesa.

Com a petição impugnando o lançamento tributário, tem a autoridade fiscal o dever de reexaminar os motivos que a levaram a constituir o crédito tributário para o efeito de corrigir eventuais erros e defeitos na sua elaboração, dever este que deve ser exercido de ofício, independentemente da reclamação e das razões do contribuinte.

O regime jurídico que deve regular os recursos oferecidos ao exame da administração fiscal, como não poderia deixar de ser é o de direito administrativo, com as particularidades do direito tributário, como já exposto anteriormente.

Entretanto, tanto no procedimento administrativo fiscal federal¹⁷, como nos de diversos Estados¹⁸, o regime de apreciação dos recursos oferecidos pelo contribuinte é considerado contencioso, litigioso ou contraditório.

A função própria da autoridade judicial regida pelo direito processual: aplicar a lei para dirimir litígios foi entronizada na legislação tributária brasileira por influência de dois projetos de legislação regulando o Processo Tributário.

O primeiro projeto, de autoria de Rubens Gomes de Sousa, teve a seguinte fundamentação doutrinária para a fase litigiosa ou contenciosa do processo tributário:

*"A iniciativa da fase contenciosa do processo pertence ao contribuinte - ao contrário da fase oficiosa que, como vimos, pertence exclusivamente ao fisco"(...). "A segunda atitude possível ao contribuinte é a de inconformidade com a pretensão jurídica formulada pelo fisco através do lançamento; e neste caso o processo fiscal poderá desenvolver-se através da fase contenciosa".*¹⁹

O segundo projeto de Processo Tributário é da lavra de Gilberto de Ulhôa Canto, em que o artigo 20 do Capítulo I - Do início do processo contencioso - tinha a seguinte redação:

*"20 - O Processo contencioso se inicia pela contestação, defesa ou oposição do sujeito passivo, apresentada tempestivamente, contra auto de infração."*²⁰

¹⁷ A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento. Artigo 14 do Decreto Federal nº 70.235, de 6 de março de 1972.

¹⁸ Título III - Do Processo Contencioso. Capítulo I - Do Litígio. Artigo 237: Considera-se instaurado o litígio tributário, para os efeitos legais, com a apresentação, pelo contribuinte, de impugnação à nota de lançamento ou auto de infração. Decreto-Lei nº 5, de 15 de março de 1975, do Estado do Rio de Janeiro.

¹⁹ "Idéias Gerais para uma Concepção Unitária e Orgânica do Processo Fiscal", no livro **Justiça e Processo Fiscal**, Rio, edição do Instituto Brasileiro de Direito Financeiro, 1954, p.17, publicado, também, na **Revista de Direito Administrativo** nº 34.

²⁰ **O Processo Tributário**, Rio, Fundação Getúlio Vargas, 1964, p. 99.

Ainda da lavra de Gilberto de Ulhôa Canto, coadjuvado por Gustavo Miguez de Mello e Geraldo Ataliba, foi elaborado um anteprojeto de lei para criação de um Contencioso Administrativo Fiscal da União, com apoio nos artigos 153, § 4º, 203 e 204, inseridos na Emenda Constitucional nº 1, de 1969, e pela Emenda nº 7, de 13 de abril de 1977, outorgada pelo Presidente da República.

Na Exposição de Motivos dos juristas mencionados acima, e encaminhada ao Ministro da Fazenda, merecem ser reproduzidos os seguintes tópicos:

"Conceito de Contencioso Administrativo Fiscal: Por contencioso administrativo se entende, em sentido objetivo, um sistema de solução de litígios entre administração e administrado, sob forma processual(...)." "A divergência ensejadora do litígio, da contenda, do dissídio, sempre se fundará em diversa interpretação da norma jurídica aplicável ou na diferente apreciação ou qualificação jurídica dos fatos relevantes para os efeitos de aplicação da norma(...)." "Sejam quais forem as características definidoras do sistema de decisão, é importante que se assegure um mínimo de estilos processuais que ensejem adequado contraditório, que os julgadores tenham independência funcional e atuem conscientes do cunho dogmático do direito positivo e façam justiça formal, promovendo, nessa atuação, o interesse público primário(...)." "No Brasil, desde há muitos anos, há um contencioso fiscal da União formado basicamente pelos Conselhos de Contribuintes, órgãos colegiados de composição paritária que decidem em recurso as controvérsias sobre tributos federais." ²¹

Ora, desde 1891 vigora no Brasil o princípio da unidade de jurisdição, em que cabe ao Poder Judiciário a função exclusiva de dirimir ou solucionar, terminativamente, entre as partes interessa-

²¹Publicado no *Caderno Especial* nº 147, de agosto de 1978, do Sindicato dos Bancos do Estado do Rio de Janeiro, p. 3 e 5.

das, todo e qualquer litígio, contenda ou controvérsia de interesse, sendo que a apreciação de litígio entre o contribuinte e o fisco, sob forma processual, para ser obtida uma justiça formal definitiva, através de julgadores imparciais, com independência funcional, e, principalmente, conhecedores das particularidades do direito tributário, é uma pretensão já atingida pela Justiça Federal.

Portanto, não há mais razão alguma que justifique a existência de um simulacro de Contencioso Fiscal, regido por regras características de uma justiça formal, em detrimento dos princípios que regem a função administrativa e fiscal, seja na fase oficiosa ou inquisitorial, seja na fase de revisão da legalidade do ato administrativo por reclamação ou recurso oferecido pelo contribuinte.

Tendo em vista que não existe uma controvérsia de interesse entre o fisco e o contribuinte, já que a relação tributária entre ambos é decorrente de expressa previsão legal, a divergência entre ambos, só pode versar sobre a correta interpretação da lei, ou sobre a fidedignidade da representação do fato gerador, não havendo, portanto, interesses conflitantes ou colidentes, sendo dever, conseqüentemente, tanto da autoridade fiscal, como do contribuinte, perseguir a verdade material para o seu enquadramento, objetivo e desinteressado, na lei tributária.

Assim, na medida em que a grande quantidade de recursos fiscais não comportem um exame hierárquico de revisão do ato administrativo de lançamento tributário, forma natural do controle de sua legalidade, o desvio do reexame para uma autoridade administrativa fora da hierarquia, não justifica uma apropriação de regras processuais dirigidas para a obtenção de uma verdade formal em detrimento da verdade material, que é o escopo normal a ser perseguido por toda autoridade administrativa.☐

O Sistema Recursal e o Direito à Tutela à Luz do Inciso LXXVIII do Art. 5º da CF

Marcelo Pereira de Almeida
*Professor de Direito Processual Civil da
EMERJ e da UNESA.*

I - INTRODUÇÃO

A exposição que se segue tem por escopo realizar uma filtragem constitucional do sistema recursal processual diante do princípio da tempestividade da prestação jurisdicional inserido pela Emenda Constitucional nº 45 de 08.12.2004, com a finalidade de garantir a toda pessoa a tutela dos seus interesses o mais célere possível.

É notório que a maior aflição do cidadão quando necessita dos serviços do Poder Judiciário é saber que estará submetido a um processo longo e dispendioso. Por este motivo os estudiosos do Direito Processual têm se debruçado para encontrar caminhos que possam viabilizar uma tutela jurisdicional tempestiva. Um destes caminhos é o que se procurou apontar neste estudo, ou seja, demonstrar que, diante da nova realidade processual, o sistema dos recursos no processo civil deve passar por uma interpretação conforme a Constituição para poder proporcionar um processo sem delongas desnecessárias.

Para atingir a finalidade almejada, o presente estudo foi dividida em sete itens. Após esta singela introdução, no segundo item tra-

çou-se as principais características da tutela jurisdicional. No terceiro, a relevância da caracterização do direito à tutela jurisdicional tempestiva como direito fundamental. No quarto, a eficácia do direito à tutela jurisdicional tempestiva perante o réu. No quinto item, a abordagem do que seria uma razoável duração do processo. No sexto item, um estudo direcionado para apontar os meios que garantam a celeridade do processo. E por derradeiro, no sétimo item, apresenta-se uma proposta hermenêutica dos dispositivos do Código de Processo Civil referentes ao sistema recursal, conforme o princípio da tempestividade da tutela jurisdicional disposto no artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal, buscando afastar a incidência de dispositivos que geram dilações desnecessárias e provocam o retardo do deslinde processual.

II - A TUTELA JURISDICIONAL

Antes mesmo da inserção do inciso LXXVIII ao art. 5º da CF, dada pela EC nº 45, de 08.12.2004, a melhor doutrina já defendia a garantia constitucional da tutela jurisdicional tempestiva decorrente do inciso XXXV do mesmo artigo.

Assim sendo, o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário consagrado no inciso XXXV do art. 5º já vinha sendo interpretado de forma a garantir ao jurisdicionado não apenas o acesso ao Poder Judiciário, mas também que tal acesso se desse de forma efetiva, adequada e tempestiva.¹

Para José Roberto dos Santos Bedaque a tutela jurisdicional relaciona-se com o direito material. Assim, para este jurista a tutela jurisdicional "tem o significado de proteção de um direito ou de uma situação jurídica, pela via jurisdicional. Implica prestação jurisdicional em favor do titular de uma situação substancial amparada pela norma, caracterizando a atuação do direito em casos concretos trazidos à apreciação do Poder Judiciário".²

¹ "LXXVIII - a todos, no âmbito judicial ou administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

"LXXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 26.

Cândido Rangel Dinamarco, ao se referir sobre o tema, conceitua tutela jurisdicional como "o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra quem tem razão num processo".³

Assim a tutela jurisdicional tem como finalidade manter a paz jurídica, o que pode ser alcançado com atribuição a cada uma das partes daquilo que é seu. Desta sorte, ela garante aos cidadãos que, em caso de violação ao direito objetivo, os mesmos tenham a seu dispor meios de fazer valer a vontade da lei e, acima de tudo, a aplicação do respectivo preceito sancionatório.

Mas, como mencionado acima, com a inserção do inciso LXXVIII ao art. 5º dada pela EC nº 45/2004, todos os indivíduos passam a ter constitucionalmente assegurado, de maneira expressa, que a prestação da tutela jurisdicional seja tempestiva.

Não restam dúvidas de que o dispositivo constitucional ora em análise veio apenas a explicitar o que implícito já estava na Constituição, conforme a doutrina pátria já vinha há tempos defendendo, ou seja, que não basta apenas garantir o acesso ao Poder Judiciário e os meios adequados para defesa, pois para satisfazer o jurisdicionado é preciso ainda que a tutela pleiteada seja conferida dentro de um razoável prazo, sob pena de se tornar totalmente inútil.

Nesse sentido Cândido Rangel Dinamarco, aduz:

*"O direito moderno não se satisfaz com a garantia da ação como tal e por isso é que procura extrair da formal garantia desta algo de substância e mais profundo. O que importa não é oferecer ingresso em juízo, ou mesmo julgamento de mérito. Indispensável é que, além de reduzir os resíduos de conflitos não-jurisdicionáveis, possa o sistema processual oferecer aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter situações injustas desfavoráveis, ou de estabilizar situações injustas. Esta é a idéia de efetividade da tutela jurisdicional, coincidente com a plenitude do acesso à justiça e a do processo civil de resultados"*⁴.

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. t. 2, p. 807.

⁴ Op. cit., p. 798.

É conveniente transcrever também os ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira, no sentido de que "toma-se consciência cada vez mais clara da função instrumental do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira efetiva o papel que lhe toca"⁵.

Com efeito, ainda que o Poder Judiciário profira uma decisão de mérito desfavorável, ou se, mesmo que se reconheça que a parte não tem o direito discutido na ação, essa parte derrotada tem a si assegurada o direito de não ter seu processo prolongado durante muito tempo, sob pena de ofensa à garantia da tutela jurisdicional tempestiva, princípio hoje expressamente consagrado pela Constituição.

Ressalta-se a importância dada ao tema pelo constituinte derivado que, pela primeira vez em mais de dezesseis anos de vigência da atual Constituição, fez inserir um inciso aos setenta e sete que originariamente integravam o art. 5º, mais importante rol de princípios que expressam os direitos fundamentais de todo brasileiro e cuja importância estudar-se-á logo a seguir.

III - A TUTELA JURISDICIONAL TEMPESTIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A legislação brasileira antes de erigir o direito a tutela jurisdicional tempestiva a um direito fundamental de forma expressa, J. J. Gomes Canotilho já defendia esta posição sob o argumento de que "não bastaria apenas garantir o acesso aos tribunais, mas sim e principalmente possibilitar aos cidadãos a defesa de direitos e interesses legalmente protegidos através de um acto de jurisdictio".⁶

Neste diapasão, José Carlos Vieira de Andrade explicita seu entendimento no que se refere à importância da defesa dos direitos fundamentais ao aduzir que "esses direitos (pelo menos, esses) devem ser considerados patrimônio espiritual comum da humanidade e não admitem, hoje, nem mais de uma leitura, nem

⁵BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tendências contemporâneas do direito*. São Paulo. Saraiva, 1984. p. 3. *Temas de direito processual*, 3ª série.

⁶CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000. p. 423.

pretextos econômicos ou políticos para a violação de seu conteúdo essencial".⁷

Constata-se que a grande importância do direito à tutela jurisdicional tempestiva deve ser caracterizado como direito fundamental que reside na possibilidade de sua aplicação imediata. Apesar de ainda existir discussão na doutrina nacional e na estrangeira sobre a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, a redação do art. 5º, § 1º, da CF brasileira não deixa dúvidas ao estabelecer que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Nesse sentido vejamos os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet:

"(...) se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, § 1º, da nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbe a tarefa de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção de aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição".⁸

No direito português existe regra co-institucional semelhante disciplinando que os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis.

⁷ Veja Claus-Wilhelm Canaris: "Na verdade, em tempos menos recentes, não raro era defendida a posição segundo a qual a teoria da 'eficácia mediata em relação a terceiros' valia também para o legislador no campo do direito privado. Assim, o principal representante desta teoria, Günther Dürig, falou mesmo de uma 'influência apenas mediata dos direitos fundamentais sobre o direito privado', e de tão-só 'mediata aplicação dos direitos fundamentais sobre o direito privado'" (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 29).

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

Analisando o referido dispositivo, João Pedro Gebran Neto, citando J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, diz ser desnecessária mediação legislativa para colmatação do direito fundamental, que deve ser aplicado mesmo na ausência da lei. Apesar de admitir que existem dificuldades decorrentes da expressa requisição constitucional de complemento e, principalmente, de matérias relativas a direitos a prestação. O supracitado jurista entende que é preciso reconhecer certa margem de opção e concretização ao Poder Judiciário perante a inércia dos demais Poderes.⁹

Parece que esta mesma orientação deve ser seguida em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, que também prevê a aplicação imediata dos direitos e garantias individuais, em consonância com o princípio da máxima efetividade das regras constitucionais, conforme lição de Luiz Roberto Barroso:

"Por certo, a competência para aplicá-las, se descumpridas por seus destinatários, há de ser do Poder Judiciário. E mais, a ausência de lei integradora, quando não inviabilize integralmente a aplicação do preceito constitucional, não é empecilho à sua concretização pelo juiz, mesmo à luz do direito positivo vigente, consoante se extrai do art. 4º da LICC: 'Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito'".¹⁰

Convém consignar que a doutrina, de forma geral, tem aceitado a idéia de que as normas de direitos fundamentais emanariam efeito não só contra o Estado, mas também perante terceiros. A esse efeito a doutrina atribuiu o nome de efeito horizontal, ou efeito contra terceiros. Outrossim, como adverte Robert Alexy,¹¹ o maior problema não está em aceitar a eficácia horizontal, mas sim em fixar como e em que medida se daria esta influência sobre terceiros.

⁹ GEBRAN NETO, João Pedro. A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais na busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: RT, 2002. p. 159.

¹⁰ BARROSO, Luiz Roberto. *Apud* GEBRAN NETO, João Pedro. Op. cit., p. 162.

¹¹ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 515.

Em Portugal a questão foi resolvida pela redação do art. 18, item I, da Constituição portuguesa, que expressamente estabelece a vinculação das entidades privadas aos direitos, garantias e liberdades ali positivadas.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, em alguns casos, ainda que os direitos fundamentais digam respeito a exigências do particular em face do Estado, pode ocorrer de tais exigências repercutirem perante as esferas jurídicas de outros particulares. E explica:

"Quando o Poder Público edita determinada proibição para proteger os direitos do consumidor ou o meio ambiente, a norma resulta da eficácia do direito fundamental sobre o dever de proteção do Estado. O mesmo ocorre diante de normas conformadoras de procedimentos, provimentos ou meios executivos. Estas normas incidem sobre as relações entre particulares. A sua aplicação pode exigir o confronto do direito fundamental protegido pela lei com outro direito fundamental, ou mesmo a análise da legitimação da restrição por ela eventualmente imposta. Assim, quando um particular pede a aplicação dessa lei contra outro, o problema será de confrontação, ou melhor, harmonização".¹²

Neste caso, mesmo que o litígio envolva dois particulares, o direito à utilização do procedimento mais adequado e célere, ou seja, a prestação da tutela jurisdicional efetiva e tempestiva será sempre em face do Estado, pois, conforme lição de Luiz Guilherme Marinoni, é necessário perceber que o Estado, além de obrigado a não agredir os direitos fundamentais, tem o dever de fazer com que os particulares os respeitem.¹³

Desta sorte, se há um procedimento legal estabelecendo prazos no ordenamento jurídico vigente, o Estado tem o dever de zelar

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. "O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais". *Revista de Direito Processual Civil*, 28/324.

¹³ *Idem, ibidem*, p. 325.

pelo seu cumprimento. É importante frisar que, ainda que a lei não estabeleça especificamente um prazo certo do procedimento a ser seguido, o Estado, ao coibir a autotutela e ao tomar para si a responsabilidade exclusiva de dirimir eventuais conflitos, sem dúvida alguma está obrigado a conferir a esses particulares em conflito uma tutela jurisdicional em um prazo razoável.

Neste contexto, em caso de omissão do legislador em estabelecer prazos, caberá ao juiz, atendendo a regra do princípio da proporcionalidade, assegurar o respeito ao princípio constitucional ora em análise.

Como já exaustivamente exposto, o direito processual moderno não se contenta simplesmente com a concessão do provimento jurisdicional, mister se faz que o provimento seja capaz de legitimamente proporcionar a tutela pleiteada, e isso o jurisdicionado somente conseguirá alcançar se a tutela for tempestiva.

Para se chegar a uma decisão adequada e idônea ao caso concreto quando estiver em jogo a prestação da tutela jurisdicional tempestiva, espera-se, no plano prático, uma aplicação rigorosa do preceito constitucional por parte dos juízes, primeiramente nos feitos em que atuam e, com o mesmo empenho, nos procedimentos administrativos perante os demais Poderes.

Em caso de omissão do magistrado em atender ao princípio constitucional que garante o julgamento de um processo em tempo razoável, capaz de tornar a tutela intempestiva e, portanto, inconstitucional, Luís Carlos Moro manifestou-se no sentido de admitir a impetração de mandado de segurança, *in verbis*:

"Na hipótese do não atendimento ou eventual insensibilidade ao apelo formulado diretamente ao magistrado a quem incumbe o feito, fica patente a possibilidade de impetração de mandado de segurança para amparar o direito líquido, certo e exigível da razoável duração do processo. E aqui somente à advocacia é a quem incumbe orientar a clientela, peticionar com respeito, mas com altivez e, se tudo frustrado, levar o caso aos tribunais, por meio de mandado de segurança, im-

pondo a razoável duração do processo, aplicando para isso o princípio da razoabilidade".¹⁴

Este fundamento parece ser plenamente defensável, mas, além da possibilidade de utilização do mandado de segurança, o próprio Código de Processo Civil prevê, em seu art. 198, ser possível representar o magistrado intempestivo perante o presidente do tribunal ao qual estiver vinculado, podendo o relator do procedimento designar outro juiz para decidir a causa.

É bem verdade que os advogados fazem pouco uso da representação de magistrados aos tribunais, muitas vezes por receio de posteriores retaliações ou pelos desgastes políticos que a atitude certamente ocasionaria. Mas, se antes do advento do inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição já se poderia exigir o cumprimento dos prazos excedidos imotivadamente pelo Poder Judiciário, agora com muita mais razão é necessário que haja constante fiscalização das partes e de seus procuradores para dar plena aplicabilidade ao seu direito fundamental de ver a tutela jurisdicional ser prestada de forma tempestiva.

Conforme mencionado anteriormente, o Estado, ao coibir a autotutela, tomou para si a responsabilidade de garantir a todos os cidadãos o direito à tutela jurisdicional efetiva, o que significa também dizer tutela tempestiva.

Neste contexto, cabe também ao legislador a responsabilidade de editar leis que possam viabilizar uma adequada tutela jurisdicional, e ao magistrado o dever de aplicá-las para garantir sua efetivação diante do caso concreto. Diante deste princípio está autorizado o magistrado a afastar a incidência de dispositivos que possam ocasionar dilações desnecessárias.

É relevante ressaltar que, na falta de uma legislação que permita o alcance da tutela jurisdicional tempestiva, é dever do Poder Judiciário colmatar as lacunas, concretizar a norma e preencher o conteúdo das normas vagas pela via hermenêutica, já que, como se disse alhures, referido princípio tem aplicação imediata.

¹⁴ MORO, Luiz Carlos. Como se pode definir a "razoável duração do processo". Disponível em: <www.conjur.uol.com.br>. Acesso em: 28 jan. 2005.

IV - A TUTELA JURISDICIONAL TEMPESTIVA PARA O RÉU

Questiona-se na doutrina se a tutela jurisdicional seria também um direito do réu.

Entende-se que, ao contestar um pedido formulado em seu desfavor, o réu também está buscando o provimento jurisdicional, ainda que no sentido contrário àquele demandado pelo autor contra o Estado-juiz.

Esta é a lição de Humberto Theodoro Junior,¹⁵ citando Enrico Tuilio Liebman:

"Na lição de Liebman: 'A ação é, portanto, o direito subjetivo que consiste no poder de produzir o evento a que está condicionado o efetivo exercício da função jurisdicional. Exerce-a, na verdade, não apenas o autor, mas igualmente o réu, ao se opor à pretensão do primeiro e postular do Estado um provimento contrário ao procurado por parte daquele que propôs a causa, isto é, a declaração de ausência do direito subjetivo invocado pelo autor. Assim, como é lícito ao autor propor uma ação declaratória negativa, e isto reconhecidamente é exercício do direito de ação, que é autônomo e abstrato, o mesmo passa quanto ao réu, que ao contestar requer uma sentença declaratória negativa. E é, justamente, isto que obtém quando o pedido do autor é declarado improcedente'".

Este também é o entendimento de Ovídio Baptista:¹⁶

"Ambos, porém, tanto o autor que age quanto o réu que se defende, têm igual pretensão de tutela jurídica, e, portanto, idêntico direito de obter uma sentença de mérito. Diz-se pretensão de tutela jurídica a este poder atribuído a qualquer pessoa que exigir do Estado a prestação da atividade jurisdicional, consistente não no auxílio que o juiz possa dar àquele em favor de quem ele haja reconhecido a existência de direito e

¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. V. I.

¹⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de direito civil*. 4. ed. São Paulo: RT, v. I, p. 103.

julgado procedente o pedido, mas na simples atividade jurisdicional, mesmo que esta conclua por negar ao interessado a proteção que o juiz daria se a situação que o autor descreve no processo fosse verdadeira e não infirmada pela prova. Têm, pois, direito a jurisdição tanto o autor que põe em movimento com sua 'ação' quanto o réu que apenas se defende e, mesmo sem agir, com sua presença em juízo, reagindo à ação contrária do autor, exige também ele que o Estado, assim provocado pela ação, preste-lhe idêntica tutela, decidindo a controvérsia e recusando-se a realizar a ação de direito material de que o autor falsamente se dissera titular, julgando a ação improcedente".

Em nossa legislação, o art. 267, § 4º, do CPC comprova a tese doutrinária acima defendida, ao preceituar que, "depois de decorrido o prazo para a resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação". Desse dispositivo extrai-se, sem grandes dificuldades, a regra segundo a qual, depois de citado o réu, nasce para ele o direito de exigir do Estado a prestação de tutela jurisdicional.

Logo, tanto para o autor como para o réu a ação é o direito a um pronunciamento estatal que solucione o litígio, ainda que desfavorável ao seu postulante, fazendo desaparecer a incerteza ou a insegurança gerada pelo conflito de interesses em constante busca da pacificação social.

Assim, há situações em que uma tutela desfavorável ao autor, porém tempestiva, tem muito mais aptidão de garantir a pacificação social como resultado buscado pelo processo do que uma tutela favorável, proferida após anos a anos de embate judicial pelas partes, acabando por tornar-se inútil em virtude do longo lapso temporal transcorrido sem a efetivação do direito reconhecido na sentença proferida.

Disso decorre que, no caso concreto, em situações que o magistrado for se valer da hermenêutica para dar eficácia e plena aplicabilidade à norma constitucional que prevê a tutela jurisdicional tempestiva, deverá observar não só os interesses do autor na rápida solução do litígio, como também o mesmo direito do réu.

V - RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

O art. 5º, LXXVII, da CF aqui analisado traz em sua redação que o processo deve ter uma "razoável duração" para que a tutela seja considerada tempestiva.

Mas qual seria o tempo razoável de um processo?

Realmente a indagação acima não é muito fácil de ser respondida, pois há tempos que os operadores de direito, bem como os demais integrantes da sociedade, vêm se manifestando no sentido de que a duração em média de um processo no Brasil extrapola o limite do razoável e gera aos jurisdicionados flagrante sensação de injustiça e descrença. Ademais, o termo razoável inegavelmente pode ser considerado um conceito indeterminado e aberto.

A preocupação com a demora na prestação jurisdicional não é exclusividade de nosso país. Outros sistemas jurídicos estrangeiros também vêm se mostrando preocupados com esse problema, introduzindo em seus ordenamentos jurídicos normas para tentar garantir que um processo tramite durante um razoável tempo.

José Rogério Cruz e Tucci¹⁷ analisou algumas legislações estrangeiras que se preocuparam com a prestação da tutela jurisdicional tempestiva, dentre as quais destacou o estudo realizado pela American Bar Association nos Estados Unidos. De acordo com o sobredito autor, a American Bar Association publicou uma tabela constando o tempo tolerável de duração dos processos na Justiça norte-americana. Segundo a tabela, 90% dos casos cíveis deveriam ser iniciados, processados e concluídos dentro de 12 meses, e os outros 10% restantes, devido a situações excepcionais, poderiam levar até 24 meses; os casos cíveis sumários processados perante os juizados de pequenas causas deveriam levar no máximo 30 dias; e 90% das relações domésticas também no prazo de 30 dias.

O direito norte-americano prevê a prestação da tutela jurisdicional tempestiva em sua 6ª Emenda à Constituição, denominada pela doutrina americana de *speedy trial clause*, ou seja, "cláusula do julgamento rápido".

¹⁷ CRUZ E TÚCCI, José Rogério. *Curso de Direito Processual*. 3. ed. RT. São Paulo. 2000, p.249.

No âmbito internacional não podemos esquecer de citar a Convenção Americana de Direitos Humanos, que ficou conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que tem o Brasil como um de seus signatários e que estabelece, em seu art. 8º: "toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei anterior (...)".

Na tentativa de responder à indagação sobre o prazo razoável de um processo, Fernando da Fonseca Gajardoni, em sua obra intitulada Técnicas de aceleração do processo, revela:

"Apesar de correremos o risco de ser tachados de ortodoxos, a nosso ver, em sistemas processuais preclusivos e de prazos majoritariamente peremptórios como o nosso, o tempo ideal do processo é aquele resultante do somatório dos prazos fixados no Código de Processo Civil para cumprimento de todos os atos que compõem o procedimento, mais o tempo de trânsito em julgado dos autos. Eventuais razões que levem a uma duração que exceda o prazo fixado previamente pelo legislador, com base no direito a ser protegido, deve se fundar em um interesse jurídico superior, que permita justificar o quebramento da previsão contida na norma processual, no caso se inclui a alegação de excesso de demanda.¹⁸

No mesmo sentido Caio Márcio Loureiro¹⁹ adverte que o processo não pode ter um fim em si mesmo e com isso ficar alheio a um resultado útil, nem muito menos deixar que o tempo o corroa, trazendo para seu conteúdo a inutilidade e, por fim, uma tutela inadequada.

Parece ser flagrantemente razoável exigir, tanto do Poder Judiciário como dos demais Poderes ao julgar pedidos em procedimentos administrativos, que os mesmos cumpram os prazos estabelecidos no próprio ordenamento jurídico. Mesmo sendo tido pela

¹⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003. p. 59.

¹⁹ LOUREIRO, Caio Márcio. **Ação civil pública e acesso à justiça**. São Paulo: Método, 2001, p. 87.

doutrina como prazos impróprios, ou seja, que não admitem preclusão, é o mínimo que se exige para que a tutela seja considerada tempestiva.

Pensando dessa forma, para saber qual o prazo razoável para a duração de um processo que tramitasse pelo rito ordinário, por exemplo, teríamos que somar os prazos de cada fase do procedimento, desde o seu ajuizamento até a prolação de sentença de primeiro grau jurisdicional.

Assim sendo, o prazo razoável para o julgamento de um processo que tramite pelo procedimento comum ordinário seria, em princípio, de 131 dias.

Logicamente que, diante do caso concreto, inúmeras variáveis externas podem contribuir para que tal prazo seja estendido, como a demora na publicação das intimações pela imprensa oficial, a necessidade de produção de prova pericial, oitiva de diversas testemunhas domiciliadas em comarcas distintas daquela onde tramita o feito, a arguição de incidentes processuais com efeito suspensivo, a ocorrência de outras causas suspensivas do processo, a presença de mais de um réu com procuradores distintos, a presença num dos pólos da ação da Fazenda Pública etc.

Apesar dessas situações que tratamos como excepcionais e capazes de inevitavelmente, prolongar a duração do processo até a prestação da tutela jurisdicional pelo juízo de primeira instância, numa situação normal e ordinária o processo deveria ser julgado monocraticamente em menos de um semestre, como demonstrado acima, para que fosse considerado tempestivo e, portanto, constitucional.

VI - MECANISMOS PARA GARANTIR UMA TUTELA JURISDICIONAL TEMPESTIVA

A redação do inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição também preceitua que são assegurados os "meios que garantam a celeridade" da tramitação de um processo.

A tentativa de facilitar o acesso à Justiça e de tornar cada vez mais efetiva a prestação jurisdicional vem sendo uma preocupação unânime dos processualistas da atualidade. Prova dessa preocupa-

ção está estampada nas últimas reformas que a legislação processual civil sofreu, dando bastante relevância às tutelas de urgência e atribuindo maior poder aos magistrados para interpretar normas de conteúdo vago e aplicar sanções para garantir a pronta e rápida efetivação de suas decisões.²⁰

Não há dúvidas de que uma decisão prestada a destempo não pode ser considerada adequada. Basta verificar que uma decisão prestada em tempo razoável, mesmo que pautada em cognição superficial, gera ao jurisdicionado a sensação de segurança e confiança no Poder Judiciário. Por conta disso é que dificilmente verifica-se hoje em dia uma petição inicial sem pedido de tutela de urgência. O *periculum in mora* necessário à sua concessão passou a ganhar relevância e análise mais acurada diante da longa demora na tramitação do processo enfrentada pela realidade judicial brasileira.

O instituto da tutela antecipada, incorporado no ordenamento pátrio por meio do art. 273 do CPC e ampliada por recente lei²¹, a inserção do art. 461 e artigo 461-A do CPC que introduziram a tutela específica nas obrigações de fazer, não fazer e de entrega de coisa, proporcionando um sincretismo entre o processo de conhecimento e o de execução, são elementos evidentes de garantia da celeridade no resultado prático que se espera do processo para combater a morosidade vivenciada no longo caminho trilhado pelas ações até a final decisão jurisdicional.

A criação dos Juizados Especiais²² e o recente surgimento dos Juizados Especiais Federais²³ também demonstram indubitáveis tentativas de alcançar a tutela jurisdicional tempestiva.

Isso sem falar nos inúmeros projetos que tramitam no Congresso Nacional, dentre os quais se destacavam aqueles que pretendiam alterar o procedimento de execução de forma a torná-lo mais célere e eficaz (Projeto de Lei nº 3253/04 e Projeto de Lei nº 4.497/04).

²⁰ Vide arts. 14, parágrafo único, e 461 do CPC.

²¹ Lei 10.444, de 07.05.2002.

²² Lei 9.099/1995.

²³ Lei 10.259/2001.

Mas inúmeras são as mazelas que afetam a celeridade dos andamentos processuais, e nem todas elas estão ligadas a eventual ineficiência dos procedimentos previstos na legislação, mas sim à própria estrutura precária do sistema judiciário.

Ao tratar do tema, José Rogério Cruz e Tucci indica três fatores que estariam relacionados ao tempo e ao processo: a) fatores institucionais; b) fatores de ordem técnica e subjetiva; e fatores derivados da insuficiência material.²⁴

Fernando da Fonseca Gajordoni²⁵ acrescenta ainda o fator cultural, pois, segundo o jurista, os operadores de direito teriam excelente aptidão para as lides forenses; no entanto, estariam despreparados para exercer uma advocacia preventiva e fazer uso de práticas conciliatórias, atitudes estas que, por certo, seriam capazes de desafogar o Poder Judiciário e, conseqüentemente, dar mais celeridade aos feitos em andamento.

VII - A NECESSÁRIA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS QUE FORMAM O SISTEMA RECURSAL

De forma mais específica, podem-se apontar falhas procedimentais que contribuem para que o processo se arraste por um tempo desnecessário, como se verifica no complexo sistema dos recursos dentro do processo civil.

A crítica inicial deste sistema se dá pelo número excessivo de recursos que temos. Um recurso para cada decisão, de acordo com o elenco do artigo 496 do Código de Processo Civil, o que proporciona uma teia infundável de processos nos tribunais.

O primeiro ponto a se observar é o procedimento da apelação previsto no artigo 513 e seguintes do CPC.

Como regra do nosso sistema, a apelação é interposta perante o órgão que proferiu a decisão impugnada. Este órgão faz a análise de admissibilidade, e se presentes os requisitos, o recorrido é intimado para apresentar resposta do recurso, em seguida se faz outra aná-

²⁴ CRUZE TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*. São Paulo: RT, 1997. p. 99.

²⁵ *Op. cit.*, p. 69. *Op. cit.*, p. 76-77.

lise de admissibilidade, caso na resposta se aponte a falta de algum requisito que o juiz por ventura não tenha observado. Desta decisão cabe agravo. Em seguida os autos são remetidos ao tribunal para o julgamento do recurso.

Distribuído o recurso no tribunal para um dos órgãos colegiados, é distribuído novamente, desta vez, a um relator, que será o responsável para conduzir o processo até o julgamento, devendo efetuar a análise da admissibilidade, tendo plenos poderes para negar seguimento ao recurso, além de poder julgar o mérito de forma monocrática, caso a decisão ou o recurso estejam em confronto com entendimento dominante dos tribunais, na forma do artigo 557 do CPC. Desta decisão cabe agravo interno para o órgão colegiado.

Além disso, a apelação, em regra é recebida no duplo efeito, o que, na maioria dos casos, a pessoa que foi contemplada com a tutela jurisdicional favorável fica impedida de efetuar a execução da decisão até que a sentença transite em julgado.

Observe-se a complexidade do procedimento tanto no órgão *a quo*, quanto no órgão *ad quem*. Isto contribui de forma marcante para o retardamento da prestação jurisdicional, violando manifestamente o princípio da tempestividade alhures analisado.

Para adequar o procedimento à nova realidade processual, deve se afastar a incidência dos dispositivos que geram esta complexidade para proporcionar uma forma mais simples de tramitação deste recurso.

Assim, a análise da admissibilidade no órgão *a quo*, deve ser feita após a resposta do recorrido, o que torna mais célere o procedimento. Eventuais discussões acerca da admissibilidade, caso o juízo de primeiro grau não as tivesse identificado, seriam transferidas com mais rapidez ao tribunal.

Nesta mesma esteira de raciocínio, o efeito suspensivo na apelação só deveria ser deferido caso haja comprovação de risco de lesão grave e de difícil reparação, proporcionando ao vencedor a possibilidade de executar o julgado.

Outro ponto deste sistema que merece atenção para que o princípio da tempestividade seja observado, diz respeito aos embargos infringentes.

Com previsão no artigo 530 do CPC, este recurso, exclusivo do sistema processual brasileiro, traz um desnecessário reexame da matéria com fundamento em divergência de votos.

É certo que o legislador, na última grande reforma do CPC, em 2001/2002 (Lei nº 10.352/01), limitou sensivelmente, o campo de incidência deste recurso, reduzindo seu cabimento a duas únicas hipóteses, vale dizer, quando reforma sentença de mérito ou julga procedente a ação rescisória.

Este recurso não se coaduna com um sistema processual mais simplificado, devendo assim ser suprimido, por violação ao princípio em análise.

Ainda sobre esse aspecto, faz-se necessário traçar alguns comentários sobre o regime do agravo. Este regime do agravo foi alterado recentemente com o objetivo de diminuir o número de recursos nos tribunais e com isso tornar a prestação jurisdicional mais eficiente.

O regime deste recurso era facultativo, ou seja, das decisões interlocutórias a parte poderia optar pelo agravo por instrumento ou agravo retido. Com o advento da Lei nº 11.187/05, o legislador indicou como regra o agravo retido, e somente das decisões interlocutórias que possa causar a parte dano de difícil ou incerta reparação, caberá agravo por instrumento.

Este, sem dúvida foi um grande passo do legislador, mas transferiu ao alvitre do relator a análise da necessidade de interposição deste recurso. Assim, o agravo por instrumento ficou atrelado à urgência, presente os requisitos das tutelas desta natureza, ou seja, a plausibilidade da alegação e o risco de dano irreparável ou difícil reparação, terá cabimento este agravo. Se por ventura, a parte interpusse o agravo por instrumento sem a presença destes requisitos, o relator deverá converter o agravo por instrumento em agravo retido. Desta decisão que converte o agravo por instrumento em agravo retido cabia o recurso de agravo interno para o órgão colegiado, mas com a nova redação dada ao parágrafo único do artigo 527 do CPC pela Lei nº 11.187/05, este recurso foi suprimido.

A crítica que se faz, com relação à supressão do agravo interno nos casos de conversão, se dá ao fato de que, com a impossibili-

dade de recurso desta decisão, o agravante prejudicado irá se utilizar do mandado de segurança como sucedâneo de recurso, embaraçando ainda mais o sistema. Neste caso, seria mais salutar a manutenção da possibilidade de interposição do agravo interno nos casos de conversão do agravo por instrumento em agravo retido, pois causaria menos embaraços do que o mandado de segurança.

Desta sorte, um sistema recursal menos burocrático implica uma interpretação dos dispositivos que o regem de acordo com o princípio da tutela jurisdicional tempestiva. Para isso, as regras que proporcionam dilações desnecessárias devem ser declaradas inconstitucionais, e assim afastada sua aplicabilidade.

VIII - CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, conclui-se que a garantia de um processo mais célere, o que significa dizer, de uma tutela tempestiva, envolve não apenas questões procedimentais, mas também um maior comprometimento por parte dos Poderes Públicos em estruturar o Poder Judiciário e maior conscientização de todos os operadores de direito da importância de suas atitudes para contribuir para a sua obtenção.

Sabe-se que não existe uma fórmula milagrosa para acabar com as mazelas do Poder Judiciário, mas podemos indicar algumas técnicas e mecanismos de aceleração do processo que podem contribuir para isso, a saber:

Técnica extraprocessual: reorganização judiciária, investimentos tecnológicos e materiais no Judiciário, mudança do perfil do operador jurídico e alteração no regime de custas processuais;

Técnica extrajudicial: autocomposição extrajudicial, heterocomposição extrajudicial e autotutela;

Técnica judicial: autocomposição judicial, desformalização do processo, diferenciação da tutela jurisdicional, sumarização procedimental, tutela jurisdicional coletiva, julgamento antecipado do mérito, abreviação do procedimento recursal, limitação de acesso aos tribunais, execução por título executivo extrajudicial, execução provisória da sentença, manipulação do fator despesas processuais e honorários advocatícios e sanções processuais ao protelador.

O que se defende neste despretensioso arrazoado não é uma tramitação processual com rapidez a qualquer preço, porque um litígio necessita de tempo para amadurecimento de sua solução. Uma decisão judicial açodada gera injustiça, pois não se apuraram com precisão os fatos e não se deu a oportunidade de se realizar a melhor interpretação.

O que se tenta alertar é para a dilação desnecessária do processo, com procedimentos excessivamente burocráticos que, da mesma forma, geram injustiça.

O processo, instrumento da jurisdição, deve durar o tempo necessário para se atingir a justa composição do litígio.☐

Imputação Alternativa no Processo Penal: Exercício Abusivo do Direito de Ação Penal Condenatória?

Alexander Araujo de Souza

Promotor de Justiça no Rio de Janeiro.

*Professor de Direito Processual Penal da
EMERJ.*

Importante polêmica no direito processual penal versa a respeito da admissão, ou não, da chamada imputação alternativa. Referida discussão pode ser trazida ao plano do abuso do direito de ação penal condenatória com a seguinte indagação: o acusador (Ministério Público ou querelante), ao formular uma imputação que se revele alternativa, estaria exercendo abusivamente o direito de ação?

A doutrina que melhor cuidou da imputação alternativa no direito processo penal brasileiro vislumbra a sua ocorrência, sob o aspecto objetivo, "quando a peça acusatória vestibular atribui ao réu mais de uma conduta penalmente relevante, asseverando que apenas uma delas efetivamente terá sido praticada pelo imputado, embora todas se apresentem como prováveis, em face da prova do inquérito. Desta forma, fica expresso, na denúncia ou na queixa,

que a pretensão punitiva se lastreia nesta *ou* naquela ação narrada" ¹. Portanto, a chamada imputação alternativa sob o caráter objetivo diz respeito à possibilidade de, diante de dúvida irremovível no inquérito policial, mais de um fato criminoso ser atribuído ao acusado de maneira não cumulativa, vale dizer, afirma-se que o réu praticou um ou outro dos possíveis comportamentos delituosos, os quais necessariamente são excludentes entre si.

A alternatividade também pode referir-se ao sujeito passivo da própria imputação. Cuida-se da chamada imputação alternativa de caráter subjetivo². Esta modalidade pode verificar-se, por exemplo, no caso de incerteza quanto à autoria delitiva, quando os indiciados se acusam reciprocamente e os restantes elementos colhidos no procedimento policial não são suficientes a afastar a dúvida sobre quem, de fato, praticou a violação da norma penal incriminadora. Pense-se na hipótese de dois indivíduos que se agridem mutuamente, causando lesões corporais recíprocas, sustentando ambos a legítima defesa como causa excludente da ilicitude³. Nesse caso, caberá ao acusador, ao expor o fato criminoso com todas as suas circunstâncias, atribuí-lo a um ou a outro dos acusados, afirmando que somente um deles terá transgredido, efetivamente, o comando penal.

Mas a imputação alternativa poderia verificar-se ainda sob o aspecto subjetivo e objetivo, abrangendo conjuntamente o sujeito ativo e a infração penal. Pense-se na seguinte hipótese: diante de um auto de prisão em flagrante lavrado em virtude de possível crime de resistência, tendo em vista as controvérsias existentes, pode restar dúvida contundente acerca da legalidade da prisão efetivada - o que porventura poderia caracterizar, por parte do agente público, o crime de abuso de autoridade. Assim, havendo suporte probatório mínimo, afigurar-se-ia razoável que a denúncia imputasse, alterna-

¹ JARDIM, Afranio Silva. **A imputação alternativa no processo penal. Direito processual penal.** 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 153. Em sentido aproximado, mas sem os mesmos detalhamentos, vide MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** Volume II. 1ª ed. 2ª tir. Campinas: Bookseller, 1998, p. 153.

² JARDIM, Afranio Silva. **A imputação alternativa no processo penal.** Cit. p. 153.

³ O exemplo é fornecido por HAMILTON, Sergio Demoro. **A técnica da denúncia. Processo Penal - Reflexões.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 281. O mesmo autor, linhas adiante, adverte: "(...) na minha opinião, seria impossível ao Ministério Público fazer uma opção por um dos indiciados tomando um caminho ilegal e, mais do que isso, imoral. Por que um e não outro?" (*op. cit.*, p. 282).

tivamente, ao preso o crime de resistência e ao agente público que efetuou a prisão o crime de abuso de autoridade, pois tais condutas se excluem reciprocamente⁴.

No plano legislativo e doutrinário europeu a imputação alternativa não é de todo desconhecida. Na Espanha, por força dos art. 653 e 732 da **Ley de Enjuiciamiento Criminal** de 1882⁵, se permite a alternatividade inclusive no momento dos escritos de conclusiones definitivas⁶. Parcela da doutrina italiana, já à luz do antigo **Codice di Procedura Penale** de 1930, sustentava igualmente a possibilidade da imputação alternativa⁷. Também em terrenos latino-americanos, a alternatividade na imputação não escapou ao **Código Processual Penal Modelo para Ibero-América**, o qual, em seu art. 263, possibilitou ao Ministério Público "indicar, alternativamente, aquelas circunstâncias fáticas que permitam enquadrar o comportamento do imputado em uma figura distinta da lei penal, na hipótese de não ficarem demonstrados no debate os elementos que compõem a sua qualificação jurídica principal, a fim de possibilitar a correta defesa do imputado".

O Código de Processo Penal brasileiro de 1941 não regulamentou de maneira expressa a possibilidade de a imputação se revelar alternativa, *no momento* do oferecimento da denúncia ou da queixa. Contudo, acabou por admitir em seu art. 384, parágrafo úni-

⁴ A hipótese narrada é extraída de JARDIM, Afranio Silva. **A imputação alternativa no processo penal**, cit. p. 156. O mesmo autor, em seguida, arremata: "Não fosse assim, somente após a absolvição de um, poderia o Ministério Público denunciar o outro, caso não estivesse consumada a prescrição. De uma forma ou de outra, cabe a pergunta: quem deveria ser denunciado primeiro?" (*op. cit.* p. 156).

⁵ O art. 653 da **Ley de Enjuiciamiento Criminal** espanhola dispõe: "Las partes podrán presentar sobre cada uno de los puntos que han de ser objeto de la calificación dos o más conclusiones en forma alternativa, para que si no resultare del juicio la procedencia de la primera, pueda estimarse cualquiera de las demás en la sentencia". O art. 732 do mesmo Diploma somente corrobora a possibilidade da alternatividade, remetendo ao artigo mencionado: "Las conclusiones podrán formularse en forma alternativa, según lo dispuesto en el artículo 653".

⁶ Como bem observam GONZÁLEZ-CUÉLLAR, Antonio *et al.*, "el escrito de conclusiones definitivas recoge los hechos considerados punibles que se imputan al procesado y constituyen el objeto del proceso penal" (**Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado**. Madrid: Colex, 2000, p. 409).

⁷ Admitindo a imputação alternativa em face do Código de Processo Penal italiano de 1930, SARACENO, Pasquale. **La decisione sul fatto incerto nel processo penale**. Padova: Cedam, 1940. p. 291/292; SANS, Luigi. **La correlazione fra imputazione contestata e sentenza**. Milano: Giuffrè, 1953. p. 299/300. Em sentido contrário, inadmitindo a imputação alternativa inclusive em face do **Codice di Procedura Penale** de 1988, vide RAFARACI, Tommaso. **Le nuove contestazioni nel processo penale**. Milano: Giuffrè, 1996, p. 288/290.

co, uma espécie de alternatividade na imputação, embora superveniente e restrita, por intermédio do aditamento à denúncia ou à queixa⁸. E apesar de a modalidade prevista no *caput* do art. 384 do Código de Processo Penal não sofrer ataques de monta por parte da doutrina, mesmo quanto à possibilidade de reconhecimento de acusação implícita, sem necessidade de aditamento⁹, subsiste a controvérsia quanto à alternatividade quando do exercício originário e inicial da ação penal.

Parcela da doutrina nacional demonstra aversão à imputação alternativa no processo penal, por entender que, diante desta, resulta dificultoso o exercício do direito de defesa¹⁰. Argumenta-se também que a diversidade de repercussões das classificações dadas às imputações alternativas poderia dificultar o desenvolver do processo, quando, por exemplo, uma daquelas se referisse a um crime em relação ao qual coubesse suspensão condicional do processo (e. g., furto simples) e simultaneamente a outro em que tal benefício não fosse possível (por exemplo, roubo): A decisão sobre o cabimento do chamado *sursis* processual ficaria pendente até a sentença. Na mesma linha argumentativa, situação similar poderia ocorrer no caso de a alternatividade se referir a uma infração de menor potencial ofensivo e a outro crime que não se enquadre em tal categoria: a possi-

⁸ Assim, JARDIM, Afranio Silva. **A imputação alternativa no processo penal**, cit. p. 157/159. No mesmo sentido, NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Volume I. São Paulo: Edipro, 2002, p. 623/624; FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 192.

⁹ Poucos dos doutrinadores que atentaram para este fato, inadmitindo a acusação implícita e sustentando a exigência de aditamento mesmo na hipótese de a alteração se verificar em relação a crime cuja pena não seja superior à do delito originalmente imputado. Nesse sentido, com acerto, vide JARDIM, Afranio Silva. **A imputação alternativa no processo penal**, cit. p. 158; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 172/173; FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**, cit. p. 200/201; RANGEL, Paulo. "O garantismo penal e o aditamento à denúncia". **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 14, jul./dez. 2001, p. 178/179; MALAN, Diogo Rudge. **A sentença incongruente no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 197/202.

¹⁰ Dentre os que se colocam como contrários à imputação alternativa, vide GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no Processo Penal**. 6ª ed., 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 96; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal comentado**. Volume 1, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 123; CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 124. MALAN, Diogo Rudge. **A sentença incongruente no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 58. Ainda nesse sentido, a Súmula 1 das Mesas de Processo Penal da Universidade de São Paulo: "Em princípio, não se deve admitir denúncia alternativa, ainda quando houver compatibilidade lógica entre os fatos imputados, pois seu oferecimento quase sempre acarreta dificuldades ao exercício do direito de defesa".

bilidade da propositura da transação penal ao autor do fato também estaria empecida até a prolação da sentença¹¹.

Outros doutrinadores, sem admitir a imputação alternativa quanto ao aspecto subjetivo ou objetivo, aceitam-na tão-somente com relação a "pequenas variantes na exposição das circunstâncias que situam o fato como acontecimento histórico, como, por exemplo, a afirmação de que o crime foi cometido no dia 2 ou 3 de determinado mês"¹².

Com a devida vênia, tais posturas contrárias à imputação alternativa não devem prevalecer, pois partem de uma perspectiva metodológica equivocada. Em primeiro lugar, não se vislumbra correta a colocação da imputação alternativa como dificultosa ao exercício do direito de defesa. Sequer seria viável argumentar, neste sentido, que, diante da alternatividade, também o acusado deveria realizar "reação alternativa, ou seja, defender-se desde o início de duas possíveis condenações, o que dificulta e não favorece a sua reação"¹³. Ora, não é incomum a defesa técnica sustentar, mesmo diante de imputações únicas, teses distintas, com fulcro no princípio da eventualidade (por exemplo, absolvição por insuficiência probatória quanto à autoria ou, se não acolhida esta, por legítima defesa). Além disso, ao formular uma imputação alternada não estará o acusador acarretando qualquer empecilho ou dificuldade à garantia do direito de defesa, pois esta se encontrará diante de uma imputação explícita e precisa¹⁴. Neste particular, deve ser salientado que o ônus de provar que o réu efetivamente praticou tão-somente *uma* das condutas criminosas a ele atribuídas, ou de que o fato

¹¹ Tais argumentos são expendidos por FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 191.

¹² FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**, cit. p. 190. O mesmo autor, contudo, assevera: "Inaceitável é a admissão de duas imputações sobre o fato criminoso, com possibilidade de condenação por uma ou outra, como a imputação de receptação dolosa e de receptação culposa. Em síntese: pode haver imputação alternativa quanto às circunstâncias que servem para individualizar o fato no contexto histórico, mas é inviável no tocante à conduta típica" (*op. cit.*, p. 190).

¹³ FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**, cit. p. 191.

¹⁴ Já advertia SANS Luigi: "Indammissibilità di una imputazione implicita non significa, peraltro, inadmissibilità di una imputazione alternativa. La imputazione implicita è una non imputazione; la imputazione alternativa è una imputazione esplicita" (**La correlazione fra imputazione contestata e sentenza**, cit. p. 299/300).

criminoso foi cometido *apenas* por um dos acusados, incumbirá à acusação, nada tendo a defesa que demonstrar¹⁵. Ressalve-se, ainda, que a defesa técnica poderá tirar proveito da dúvida apontada pela própria acusação¹⁶. E a dúvida, na fase da prolação da sentença, em cognição exauriente, beneficiará à defesa.

Neste passo, deve deixar-se assentado ainda que a alternatividade na imputação, atendidos os requisitos para a sua admissibilidade, antes de se revelar como artificial e danosa, consubstancia expediente sincero e ético, notadamente preferível à prática abusiva de se imputar ao acusado todos os fatos possíveis, de maneira cumulativa¹⁷. Nem seria desejável, tampouco, que o acusador imputasse ao réu o crime mais grave, a fim de evitar possível necessidade de aditamento da exordial acusatória¹⁸.

Sob outro aspecto, no tocante ao risco de a alternatividade empecer à concessão dos benefícios da suspensão condicional do processo ou da transação penal, não há outra solução: enquanto persistir o estado de dúvida fundada e provisoriamente irremovível (que autoriza a formulação da imputação alternativa), o qual somente será desfeito com a sentença de mérito, não será possível a concessão ao imputado daqueles benefícios. Neste particular, nada há de se estranhar ou de constituir motivo de perplexidade. Sem dúvidas,

¹⁵ Nesse sentido, quanto ao ônus da prova, dentre muitos, *vide* JARDIM, Afranio Silva, **O ônus da prova na ação penal condenatória. Direito Processual Penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997, p. 221; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 240; GOMES, Luiz Flávio. *Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. Estudos de Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 112.

¹⁶ JARDIM, Afranio Silva. *A imputação alternativa no processo penal*, cit. p. 161.

¹⁷ Magistrais as palavras de JARDIM, Afranio Silva, o que já previa a possibilidade de acusações temerárias e abusivas por não se optar pela via correta da imputação alternativa: "Esta hipótese é bastante comum na prática do foro criminal. Entretanto, resolve-se a questão através de um expediente temerário e incorreto: o autor da ação penal imputa ao acusado tudo o que for possível, de forma cumulativa. Ao invés da alternatividade, postura sincera e ética, busca-se demonstrar uma certeza irresponsável, atribuindo-se a réu, muitas vezes, circunstâncias que se excluem no caso concreto" (**A imputação alternativa no processo penal**, cit. p. 156).

¹⁸ Esta posição, com a qual não concordamos, é exposta por NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho: "O Ministério Público, diante da dúvida quanto à conduta do acusado, pode baixar uma denúncia alternativa ou, por aplicação do *in dubio pro societate* - princípio que rege a propositura da ação penal - denunciar pelo mais para evitar eventual necessidade de aditamento da inicial. Por exemplo, diante da dúvida razoável entre a ocorrência de furto ou de roubo pode denunciar pelo último" (**Comentários ao Código de Processo Penal**, cit. p. 624). Mas o mesmo autor, em seguida, antevendo a possibilidade de ocorrer atitude abusiva do acusador, adverte: "Não pode, contudo, abusar do direito de denunciar por puro arbítrio ou por algum ímpeto de infame perseguição contra o acusado, denunciando-o pela infração mais grave quando não há dúvida quanto à efetiva ocorrência da mais leve" (op. cit., p. 624).

não seria desejável que o acusador, em hipótese de viável alternatividade objetiva, fizesse a ilegítima e abusiva opção por imputar ao réu tão-somente o crime mais grave, em relação ao qual não coubesse quaisquer daqueles benefícios. Mas, por outro lado, não poderia renunciar, de antemão, na ação de iniciativa pública, à hipótese *provável* da ocorrência do crime mais grave. Advirta-se, neste passo, que tanto a doutrina como a jurisprudência dos Tribunais Superiores vêm admitindo o oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo, ou mesmo de transação penal, após a prolação de sentença de mérito que venha a desclassificar a conduta narrada na denúncia ou queixa, ou mesmo após a desclassificação ter-se verificado em virtude do julgamento de recurso de apelação¹⁹. Portanto, se por intermédio da sentença de mérito, ou por ocasião do julgamento recursal, houver prolação de provimento judicial que ateste ter o acusado cometido o crime alternativamente imputado que possibilite a suspensão condicional do processo ou a transação penal, deve ser promovida a abertura de vista ao Ministério Público a fim de que se manifeste sobre o cabimento, ou não, dos referidos benefícios.

Logo, diante de tais constatações, deve ser admitida a imputação alternativa no processo penal²⁰, seja sob o caráter objetivo, seja

¹⁹ Sob o plano doutrinário, nesse sentido, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 196. Em sede jurisprudencial, o Plenário do Supremo Tribunal Federal já decidiu: "PROCESSO - SUSPENSÃO - ARTIGO 89 DA LEI Nº 9.099/95 - DENÚNCIA - DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME. Uma vez operada a desclassificação do crime, a ponto de implicar o surgimento de quadro revelador da pertinência do artigo 89 da Lei nº 9.099/95, cumpre ao Juízo a diligência no sentido de instar o Ministério Público a pronunciar-se a respeito" (STF, Tribunal Pleno, HC 75894/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 23.08.2002, p. 71). De igual maneira, reiterou este entendimento a Primeira Turma do mesmo Tribunal: "*Habeas corpus*. Ação penal. Denúncia oferecida pelo crime do art. 155, § 4º, I, do Código Penal. Desclassificação operada na sentença condenatória para o crime do art. 155, *caput*, do mesmo diploma. Hipótese enquadrável no art. 89 da Lei nº 9.099/95, que trata da suspensão condicional do processo. Nessas condições, impor-se-ia ao Juízo, ao concluir pela desclassificação, a oitiva do Ministério público sobre a suspensão condicional do processo. Declaração de insubsistência da condenação imposta para que, mantida a desclassificação operada pelo Juízo, seja ouvido o Ministério Público quanto à proposta a que alude o *caput* do referido art. 89, tendo como parâmetro a desclassificação da conduta delitosa para aquela prevista no art. 155, *caput*, do Código Penal. Precedente: HC 5.894/SP" (STF, 1ª Turma, RHC 81925/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU de 21.02.2003, p. 45).

²⁰ Na doutrina brasileira, admitindo genericamente a imputação alternativa no processo penal, vide MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Volume II. 1ª ed. 2ª tir. Campinas: Bookseller, 1998, p. 153/154; JARDIM, Afranio Silva. **A imputação alternativa no processo penal**, cit. p. 161; HAMILTON, Sergio Demoro. **A técnica da denúncia**. **Processo Penal. Reflexões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 281/282; "O aditamento provocado: uma heresia". **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 19, jan./jul. de 2004, p. 286.

na modalidade subjetiva²¹, ou ainda quando venha a abranger o sujeito ativo e a infração conjuntamente. Remarque-se: apresentando-se explícita a imputação alternativa, sob quaisquer de seus aspectos, não se terá uma acusação temerária ou leviana.

Uma observação, porém, se impõe: não deve ser admitida a imputação alternativa lastreada em simples peças de informação. Sim, pois, se destas resulta dúvida relevante, deverá ser requisitada pelo Ministério Público (art. 129, VIII, da Constituição da República) ou requerida pelo acusador privado (art. 5º, II, e § 5º, do Código de Processo Penal) a instauração de inquérito policial, "a fim de que o estado de incerteza possa ser removido"²².

Conclusivamente, pode-se responder à indagação inicial com a assertiva de que, admitida a imputação alternativa no processo penal, tão-somente o fato de o acusador formulá-la, atendidas as condições para a sua admissibilidade, não implicará esteja aquele exercendo abusivamente o direito de ação penal. Poderá cometer abuso por outro motivo, seja por não concorrerem as condições para o exercício do direito de ação, seja pelo fato de a acusação resultar da fértil imaginação do titular da ação penal²³; ou mesmo em virtude de a imputação mostrar-se genérica por completo - o que, nesse caso, efetivamente empeceria o legítimo exercício do direito à ampla defesa. ▣

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 130; NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Volume I. São Paulo: Edipro, 2002, p. 623/624; MUCCIO, Hildejalma. **Da denúncia (teoria e prática)**. São Paulo: Edipro, 2001. p. 151.

²¹ NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho, apesar de admitir genericamente a imputação alternativa, não a aceita sob o aspecto subjetivo, aduzindo a mesma argumentação da afronta ao direito de defesa. Adverte o referido autor: "Não se vem admitindo, porém, alternatividade com relação à autoria do crime (por exemplo: acusar um OU outro indivíduo pela prática criminoso), pois esse tipo de acusação alternativa instauraria no processo um indesejável grau de insegurança, em detrimento do direito de defesa de cada um dos acusados" (**Comentários ao Código de Processo Penal**, cit. p. 624).

²² JARDIM, Afranio Silva. **A imputação alternativa no processo penal**, cit. p. 153.

²³ Como bem ressalta JARDIM, Afranio Silva, "a imputação alternativa terá de encontrar algum suporte probatório no inquérito, não podendo ser resultado da fértil imaginação do titular da ação penal" (**A imputação alternativa no processo penal**, cit. p. 161).

Crimes Hediondos e Progressão de Regime

Paulo César Corrêa Borges
Promotor de Justiça em São Paulo. Professor Assistente-Doutor de Direito Penal da UNESP.

I - INTRODUÇÃO

A progressão de regime de pena tornou-se o centro dos debates acadêmico e jurisprudencial, notadamente a partir do advento de dois diplomas legais: Leis 8.072/90 e 10.792/03.

A Lei dos crimes hediondos, pretendendo estabelecer um tratamento rigoroso para aqueles crimes mais graves previstos na legislação brasileira, vedou expressamente a progressão de regime, fixando o cumprimento da pena dos crimes que arrolou como sendo hediondos integralmente no regime fechado.

Mais recentemente, a Lei 10.792/03 estabeleceu nova redação para o artigo 112, da Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210/84, que cuida dos requisitos para a progressão de regime, suprimindo a obrigatoriedade de realização de exame criminológico.

Em ambos os casos, o debate girou em torno da constitucionalidade dos referidos diplomas legais, sob o prisma do princípio da individualização da pena. O cumprimento da pena integralmente no regime fechado, no primeiro caso, impedia a preparação do condenado para o retorno à vida em sociedade, para a qual retornava a partir do preenchimento dos requisitos do livramento condicional, sem qualquer progressão prévia para regimes menos rigorosos em que a disciplina e a adaptação a regras de comportamento são enfatizadas, garantindo o reingresso paulatino e, por isso

mesmo, progressivo, segundo avaliação específica de cada condenado. O exame criminológico, por outro lado, sempre se apresentou como o instrumento multidisciplinar mais tradicional para a aferição do mérito do condenado à progressão de regime, bem assim, para outros benefícios como o livramento condicional, indulto ou comutação.

Neste sentido, a progressão de regime de pena na atualidade sofreu alterações, em relação às quais pretende-se destacar o melhor enfoque jurídico, a partir do princípio constitucional da individualização da pena, previsto no artigo 5º, inciso XLVI, sem prejuízo do inciso XLIII, que fixou a inafiançabilidade e a insuscetibilidade de graça ou anistia aos crimes hediondos, sem qualquer restrição à progressão de regime, trazida apenas pela legislação infraconstitucional já referida.

II - INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E CRIME HEDIONDO¹

O princípio da individualização da pena representa a materialização do princípio da igualdade, uma vez que a partir da proporcionalidade das penas fixadas pelo legislador, para cada um dos crimes, determina um tratamento específico para o condenado. Está previsto no artigo 5º, incisos XLVI e XLVIII, da Constituição Federal de 1988, os quais determinam a individualização da pena e o seu cumprimento em estabelecimentos que sejam compatíveis com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

A parte geral de 1984 do Código Penal já contemplava o princípio da individualização da pena em seu artigo 59, que, por isso mesmo, foi recepcionado. As circunstâncias judiciais previstas no referido dispositivo penal permitem a fixação da pena-base, conforme seja necessário e suficiente, para a reprovação e prevenção de novos crimes.

Para permitir a individualização, o legislador fixou o cálculo trifásico da pena no artigo 68, do Código Penal, através do qual, primeiro, determina-se a pena-base a partir daquelas circunstâncias

¹ Veja de forma mais completa e profunda Borges, Paulo César Corrêa, *Direito Penal Democrático*, Editora Lemos & Cruz, São Paulo: 2005.

judiciais; depois, aplicam-se as atenuantes e agravantes genéricas, dentro dos limites mínimo e máximo da pena prevista no preceito secundário de cada norma incriminadora; e, finalmente, incidem as causas de aumento e diminuição existentes em relação à hipótese fática que estiver sendo considerada para a punição.

Determinada a quantidade da pena, fixa-se o regime inicial de seu cumprimento, considerando os parâmetros do artigo 33, do Código Penal, segundo o qual a pena até quatro anos será cumprida no regime aberto; a superior a quatro e inferior a oito anos, no regime semi-aberto; e a superior a oito anos em regime fechado. As exceções referem-se ao reincidente² em crime doloso punido com reclusão, cujo regime inicial será o fechado, e ao punido com detenção, cujo regime inicial será o semi-aberto.

Já se advertiu que:

A primariedade e os bons antecedentes não conferem ao sentenciado direito a regime menos severo como forma inicial de cumprimento da pena. Ao dispor que "o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto", o art. 33, § 2º, b do CP, prevê faculdade para o juiz sentenciante, que estabelecerá o regime inicial em conformidade com o disposto no art. 59 do CP, isto é, "atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima".³

Nesta regra do regime inicial, segundo a quantidade da pena, não se submetiam os crimes definidos como hediondos e os assemeelhados, conforme estabeleceu a Lei nº 8.072/90, cujas penas deveriam ser cumpridas integralmente no regime fechado. A ressalva

² Já se decidiu, porém, que a circunstância pessoal de ser reincidente não implica necessariamente a fixação de regime inicial mais severo, quando circunstâncias objetivas e subjetivas indicarem regime mais brando. Veja-se: Recurso Especial nº 187881-SP, 6a. Turma do S.T.J., Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ de 21/06/1999, p. 208.

³ HC 73.430-GO, Rel. Min. Celso de Mello, 23.04.96.

a esta exceção referia-se ao crime de tortura, definido pela Lei nº 9.455/97, que se encontrava sob o mesmo tratamento severo, pela equiparação constitucional⁴, mas que passou a admitir a progressão de regime, em consonância com o princípio da individualização da pena.

Chegou-se a sustentar que com o advento da Lei nº 9.455/97, sendo a tortura equiparada aos crimes hediondos, todos os crimes ficariam submetidos apenas ao regime inicial fechado, mas havia se firmado jurisprudência no sentido de permanecem os crimes hediondos sob o regime de exceção, consistente no cumprimento integral da pena no regime fechado. Aliás, a própria constitucionalidade do regime fechado integral havia sido afirmada pelo Supremo Tribunal Federal, embora fosse flagrante a violação do princípio da individualização da pena. Veja-se:

1º. - AG. REG. EM AG. DE INST. CRIMINAL - Número: 174713 - Julgamento: 03.04.1996. Votação: Unânime. Ementa: CONSTITUCIONAL. PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CRIMES HEDIONDOS. Lei 8.072, de 1990, art. 2º, § 1º: CONSTITUCIONALIDADE. I. - Inocorrência dos pressupostos do recurso extraordinário. II. - Constitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90: HC 69.657-SP, Rezek, Plenário, RTJ 147/598. III. - R.E. inadmitido. Agravo não provido.⁵

2º. - RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS - NÚMERO 9912-RJ - SEXTA TURMA - STJ - EMEN. RECURSO EM HABEAS CORPUS. LEI Nº 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. REVOGAÇÃO PARCIAL. ROUBO E LATROCÍNIO. CONDENAÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. 1. O inciso XLIII do artigo 5º da Constituição da República apenas estabeleceu "um teor de punitividade mínimo" dos ilícitos a que alude, "aquém do qual o legislador não poderá descer", não se prestando para fundar alegação de incom-

⁴ Ver artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal de 1988.

⁵ DJ 21.06.96, P. 22298, Ement. V. 01833-03, p. 537, Relator Min. Carlos Velloso, Sessão 02, 2ª. Turma do Supremo Tribunal Federal.

patibilidade entre as leis dos crimes hediondos e de tortura. A revogação havida é apenas parcial e referente, exclusivamente, ao crime de tortura, para admitir a progressividade de regime no cumprimento da pena prisional. 2. Em havendo concurso de delitos, entre os quais se encontre crime legalmente definido como hediondo, somente a sua pena prisional está sujeita ao cumprimento em regime fechado (Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, artigo 2º, parágrafo 1º).⁶ 3. Recurso improvido.

A violação do princípio da individualização da pena é constatada a partir do próprio mandamento constitucional, pois o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, pretendendo estabelecer um tratamento mais severo, limitou-se a fixar para os crimes hediondos e assemelhados a insuscetibilidade de graça, anistia e fiança. Nada se referiu o legislador constitucional ao regime de pena e, menos ainda, não afastou a progressividade do cumprimento das penas. Tanto é assim, que, corrigindo o exagero do legislador penal na Lei nº 8.072/90, a Lei nº 9.455/97 definiu o crime de tortura e admitiu o cumprimento da pena respectiva na forma progressiva.

Outra evidência da violação da individualização por excesso do legislador infraconstitucional é inferida da própria Constituição Federal de 1988, que no artigo 5º, incisos XLII e XLIV, considerou os crimes de racismo e contra a ordem constitucional e o Estado Democrático os crimes mais graves para a República Federativa do Brasil, tornando-os os únicos crimes imprescritíveis, sem contudo negar-lhes o cumprimento progressivo da pena respectiva.

Sem autorização constitucional e estabelecendo um tratamento desproporcional para os crimes hediondos em relação a crime assemelhado (tortura) e aos crimes imprescritíveis, o cumprimento integral da sua pena no regime fechado viola o princípio da individualização da pena, a despeito do entendimento circunstancial e mais consentâneo com a doutrina da "Lei e da Ordem" que havia sido fixado pelo Supremo Tribunal Federal, ao arrepio do regime democrático.

⁶ DJ04.09.2000, p. 195, Relator Min. Hamilton Carvalhido.

Corrigindo aquele entendimento na Lei nº 9.455/97, não trouxe o legislador a mesma correção em relação aos demais crimes hediondos, pois revogação não houve, porquanto é princípio básico de hermenêutica que a lei especial (tortura) não revoga outra lei especial (crime hediondo), que cuida de matéria diversa, salvo se houvesse lacuna a ser suprida pela analogia em benefício da parte, que no caso da Lei de crimes hediondos inexistiu, pois expressamente determinou o cumprimento integral da pena no regime fechado. Então, a revogação trazida por aquele diploma legal posterior limitou-se apenas à tortura, que também era classificado como hediondo e, por isso, foi parcial não alcançando os demais crimes hediondos.

O entendimento de que não houve revogação da vedação da progressão para os demais crimes hediondos, a partir do advento da Lei de tortura, era dominante inclusive na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consoante, *e. g.*, se vê nos seguintes acórdãos: HC 36.674-PR, 6ª. Turma do STJ, DJ 01.02.2005, p. 219; e, RESP 522.673-RS, 5ª. Turma do STJ, DJ 24.11.2003, p. 367.

Contudo, em relação à inconstitucionalidade da vedação de progressão, o debate subsistiu em razão de que o legislador infraconstitucional se deparou com o princípio constitucional da individualização da pena, expressamente previsto no artigo 5º., inciso XLVI, da C.F./88. Se de um lado, o inciso XLIII não elencou como consequência a vedação de progressão, o legislador ordinário tinha por limite a individualização prevista no primeiro inciso.

Neste sentido, a doutrina majoritária sempre denunciou a inconstitucionalidade da vedação da progressão, porquanto a permanência no regime fechado, integralmente, até o livramento condicional, não permitia a reintegração social, por meio de uma preparação possibilitada pela individualização trazida pela mudança de um regime mais grave, para outro mais brando, antes de retornar ao convívio social, diretamente, quando cumpridos estivessem os requisitos do livramento, como determina a Constituição Federal, expressamente, no inciso XLVI, do artigo 5º.

Definitivamente, então, a partir da recente decisão do Supremo Tribunal Federal, no HC 82.959-SP, j. em 23.02.2006, cujo rela-

tório é da lavra do Ministro Marco Aurélio, conforme Informativo do S.TF n. 417, de 20/02 a 03/03/06, a jurisprudência iniciou nova fase, reconhecendo a inconstitucionalidade do referido artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/90, por violação do princípios da individualização da pena, merecendo a transcrição do seguinte excerto daquele Informativo:

Lei 8.072/90: Art. 2º, § 1º - 4. Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, deferiu pedido de habeas corpus e declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que veda a possibilidade de progressão do regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos definidos no art. 1º do mesmo diploma legal - v. Informativos 315, 334 e 372. Inicialmente, o Tribunal resolveu restringir a análise da matéria à progressão de regime, tendo em conta o pedido formulado. Quanto a esse ponto, entendeu-se que a vedação de progressão de regime prevista na norma impugnada afronta o direito à individualização da pena (CF, art. 5º, LXVI), já que, ao não permitir que se considerem as particularidades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vistas à ressocialização, acaba tornando inócua a garantia constitucional. Ressaltou-se, também, que o dispositivo impugnado apresenta incoerência, porquanto impede a progressividade, mas admite o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena (Lei 8.072/90, art. 5º). Considerou-se, ademais, ter havido derrogação tácita do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 pela Lei 9.455/97, que dispõe sobre os crimes de tortura, haja vista ser norma mais benéfica, já que permite, pelo § 7º do seu art. 1º, a progressividade do regime de cumprimento da pena. Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim, que indeferiam a ordem, mantendo a orientação até então fixada pela Corte no sentido da constitucionalidade da norma atacada. O Tribunal, por unanimidade, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gera-

*rá conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, já que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão.*⁷

Manifestações contrárias ao novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal não faltaram, principalmente daqueles que vêem na defesa dos princípios constitucionais de direito penal um entrave ao combate da criminalidade crescente, olvidando os postulados básicos do Estado Democrático de Direito, com os quais não se pode transigir, sob pena de se permitir violações crescentes até o seu próprio aniquilamento.

Se a legislação em vigor exige apenas o cumprimento de 1/6 de pena em um regime para permitir a progressão para regime mais brando, certo é que proporcionalmente à gravidade do crime hediondo, emprestado pela própria Constituição Federal, deve o legislador ordinário conformar-se com a norma fundamental que estabeleceu a individualização da pena, da qual é corolário a progressão, para admiti-la em relação aos denominados crimes hediondos, embora possa exigir *quantum* maior para a progressão.

Neste sentido, é razoável que se exija 1/3 de pena para admitir a progressão em crime hediondo, iniciando-se a pena no regime fechado, de tal maneira que, quando completar mais 1/3 de pena para progredir do regime semi-aberto para o aberto, o condenado já terá cumprido 2/3 da pena, mesmo *quantum* que hoje se admite a concessão de livramento condicional em crime hediondo, desde que não se trate de reincidente específico. Requisito objetivo nestes moldes torna coerente e proporcional o cumprimento da pena, observando-se o princípio da individualização da pena, também em relação aos crimes hediondos.

⁷ HC 82959/SP, Relator Min. Marco Aurélio, j. 23.02.2006

III - EXAME CRIMINOLÓGICO

Com a nova redação do artigo 112, da Lei de Execução Penal, trazida pela Lei nº 10.792/03, tem-se sustentado que para a progressão seria suficiente o preenchimento do requisito objetivo, concernente ao cumprimento de 1/6 da pena, mais o atestado de bom comportamento emitido pelo diretor do presídio em que o condenado cumpre sua pena. Por outro lado, também sustenta-se que a dispensa do exame criminológico ofenderia o princípio constitucional da individualização da pena, além de descaracterizar o caráter jurisdicional da execução penal, vinculando a decisão judicial ao atestado do diretor do presídio.

O princípio constitucional da individualização da pena torna necessária a realização do exame criminológico em relação a determinados condenados, segundo a gravidade do crime cometido e em virtude de seu comportamento carcerário, conquanto ele não esteja mais previsto no artigo 112, da LEP, mas cuja redação atual também não o veda, deixando ao prudente arbítrio judicial a sua determinação em sentença fundamentada.

Com o advento da Lei nº 10.792/2003, que modificou o artigo 112, da Lei de Execução Penal, a progressão de regime prisional passou a ser apreciada sem a imprescindibilidade do exame criminológico, que havia no regime anterior.

Contudo, em decisão fundamentada, poderá o Juízo da Execução determinar a sua realização, em consonância com o princípio constitucional da individualização da pena, inclusive em razão da inexistência de sua vedação pela nova sistemática, como já se decidiu: HC 42513-PR, S.T.J., 5a. Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, j. 28.06.2005, DJ 29.08.2005, P. 386; HC 40278-PR, S.T.J., 5a. Turma, Rel. Ministro Felix Fischer, j. 07.04.2005, DJ 20.06.2005, p. 313; e HC 37440-RS, S.T.J., 5a. Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, j. 02.12.2004, DJ 09.02.2005, p. 210.

Entretanto, inexistindo razões fundadas para a sua realização, bastarão à progressão os requisitos objetivos e subjetivos, consistentes no cumprimento de um sexto da pena e na apresentação do atestado de bom comportamento carcerário, pela expressa disposição do artigo 112, da L.E.P., com a redação conferida pela Lei nº 10.792/2003.

Neste sentido, vejamos-se:

*EXECUÇÃO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REQUISITOS SUBJETIVOS. ART. 83, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. EXAME CRIMINOLÓGICO. CRIME PRATICADO SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA À PESSOA. DESNECESSIDADE. I - O condenado por crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa não fica sujeito, para a concessão do benefício do livramento condicional, ao requisito subjetivo específico previsto no art. 83, parágrafo único, do CP, qual seja, perícia médico-psiquiátrica para a constatação de condições pessoais que façam presumir que o sentenciado não voltará a delinquir. II - Ademais, seria de total paradoxismo negar o benefício do livramento condicional ao condenado por crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa, tão-somente em razão de um laudo criminológico desfavorável, se o Pretório Excelso vem entendendo que a realização do exame criminológico no caso de condenado a crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa não é compulsório, i.e., é mera faculdade do Juiz que deve, caso entenda necessária a realização do referido exame, motivar sua decisão. Recurso parcialmente provido, a fim de que o Juízo de Execuções verifique a presença dos requisitos necessários à concessão do benefício do livramento condicional, desprezando o exame criminológico previsto no art. 83, parágrafo único, do CP.*⁸

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. ART. 112 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAS, COM A NOVA REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 10.792/2003. PROGRESSÃO DE REGIME. EXAME CRIMINOLÓGICO. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO QUANDO AS PECULIARIDADES DA CAUSA ASSIM O RECOMENDAREM. 1. O art. 112 da Lei de Execução Penal, com sua nova redação, dada pela Lei n.º 10.792/93, dispõe ser necessário, para a concessão da progressão de regime, apenas o

⁸ RHC 15263-PR, S.T.J., 5a. Turma, Rel. Ministro Felix Fischer, j. 01.04.2004, DJ 07.06.2004, p. 240, RT 828/560.

preenchimento cumulativo dos requisitos objetivo - tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior - e subjetivo - ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, sem tratar sobre a necessidade do exame criminológico. 2. Contudo, a realização do referido exame pode perfeitamente ser solicitado pelo Juízo das Execuções, quando as peculiaridades da causa assim o recomendarem, atendendo-se, assim, ao princípio da individualização da pena, prevista no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal. 3. Ordem denegada.⁹

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 112 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS COM A NOVA REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 10.792/2003. PROGRESSÃO DE REGIME. EXAME CRIMINOLÓGICO. Muito embora a nova redação do art. 112 da Lei de Execuções Penais, dada pela Lei n.º 10.792/2003, não exija mais o exame criminológico, esse pode ser realizado, se o Juízo das Execuções, diante das peculiaridades da causa, assim o entender, servindo de base para o deferimento ou indeferimento do pedido. (Precedente). Writ denegado.¹⁰

Portanto, diante do caso concreto, existindo nos autos fundadas razões para a realização do exame criminológico, como longa pena por cumprir, crime hediondo, faltas graves cometidas no curso da execução, que, apesar de ter se tornado prescindível após a Lei nº 10.792/03, a sua realização não está vedada, para aferir os requisitos subjetivos diante do caso concreto, como corolário do princípio da individualização da pena.

Aliás, o exame criminológico é um dos instrumentos para aferição dos requisitos subjetivos à progressão, embora não seja o único. A individualização da pena, como princípio constitucional deixa aberta ao Juízo da Execução a utilização de quaisquer instrumentos para a aferição do mérito subjetivo àquele benefício penitenciário, prestigiando a jurisdicionalização da execução criminal, que,

⁹ HC 42513-PR, S.T.J., 5ª. Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, j. 28.06.2005, DJ 29.08.2005, p. 386.

¹⁰ HC 40278-PR, S.T.J., 5ª. Turma, Rel. Ministro Felix Fischer, j. 07.04.2005, DJ 20.06.2005, p. 313.

fundamentadamente, também realizará o exame criminológico, que antes do citado diploma legal, presumia-se como um instrumento por excelência, mas vinculado à discricionariedade legislativa que o impunha mesmo para aqueles casos concretos em que de antemão já se verificava sua desnecessidade.

A partir da nova redação do artigo 112, cabe ao magistrado diante do caso concreto verificar a sua necessidade e, então, deverá fundamentar a determinação de sua realização, sem jamais desprezá-lo sob o pálio de que não há mais previsão expressa naquele dispositivo legal. Portanto, o novo diploma legal está em consonância com a individualização da pena, previsto na Constituição Federal e manteve o controle jurisdicional da execução criminal, mas o magistrado, como na hipótese dos autos, deverá determinar a sua realização, seja pela longa pena por cumprir, seja pela prática de crime com emprego de violência de maior gravidade, como no caso de crimes hediondos, seja pela reiteração de faltas graves.

IV - CONCLUSÃO

O princípio da individualização da pena, como princípio constitucional de direito penal¹¹, vincula o legislador ordinário à sua observância e torna inconstitucional disposições que vedem a progressão de regime, porquanto nem a norma constitucional referente aos crimes hediondos e assemelhados vedou-a, apenas excluiu do seu regime a fiança, a graça e a anistia¹², tanto que a lei do crime de tortura contemplou o cumprimento progressivo da pena, que também se aplica aos crimes mais graves, segundo a própria Constituição Federal, por serem imprescritíveis¹³.

O cumprimento das penas referentes aos crimes hediondos, por força da individualização da pena, também fica sujeito ao sistema progressivo de regime, eis que é inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que estabelecia o cumprimento da pena integral-

¹¹ Artigo 5º, incisos XLVI e XLVIII, da Constituição Federal de 1988.

¹² Artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal de 1988.

¹³ Artigo 5º, incisos XLII e XLIV, da Constituição Federal de 1988, referentes, respectivamente, ao racismo e à ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

mente no regime fechado. Em virtude de sua maior gravidade, deve ser aumentado o requisito temporal para a progressão, proporcionalmente a tal circunstância, passando de 1/6 para 1/3 o lapso temporal mínimo para a mudança de regime, quantidade que é a mais coerente com o sistema de benefícios da legislação referente à execução penal, porquanto a segunda progressão, em tese, seria alcançada com 2/3 de cumprimento de pena, que corresponde exatamente com o prazo de cumprimento, para a obtenção do livramento condicional, quando não se trate de reincidente específico.

Por outro lado, a nova redação do artigo 112, da Lei de Execução Penal, transformou a discricionariedade legislativa que, antes da citada alteração, impunha a realização do exame criminológico, em facultatividade judicial a sua realização, segundo a análise do caso concreto e fundamentadamente, desde que presentes circunstâncias como longa pena por cumprir, gravidade do crime, como é reconhecida constitucionalmente em relação aos crimes hediondos e assemelhados, reiteração de faltas graves, ainda que tenha havido a reabilitação.

Certo é que não há mais previsão do exame criminológico como requisito à progressão de regime, diante da atual redação do citado dispositivo legal, que, entretanto, também não o veda. O exame criminológico é um dos instrumentos à disposição do juízo da execução criminal para aferir o preenchimento do requisito subjetivo, isto é, o merecimento, mas não o único. Diante do caso concreto, presente circunstância justificadora da sua realização, mesmo que preenchido o lapso temporal exigido e presente atestado de bom comportamento carcerário, em decisão fundamentada poderá ser determinada a sua realização, como corolário do princípio da individualização da pena. ▣

A Constitucionalização do Direito Previdenciário

Marcelo Leonardo Tavares

Juiz Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Previdenciário e de Constitucional da EMERJ.

1. INTRODUÇÃO

A previdência social é um instituto jurídico mediante o qual as sociedades organizadas procuram evitar a mi séria humana com ações planejadas de proteção dos indivíduos em situação de impossibilidade permanente ou temporária de sustento próprio.

O Estado brasileiro tem experiência na matéria há oitenta anos e adota um programa de previdência básica que se pretende universal, mas mantém praticamente metade de sua população ativa sem proteção securitária.

Sob aspecto jurídico, se há um ramo do Direito brasileiro em que os problemas jamais decorreram da omissão legislativa, este é o Previdenciário. Como se não bastassem as normas legais, há uma profusão inquestionável e muitas vezes incompreensível de princípios e regras constitucionais semânticas de seguro social.

Mas, ao lado delas, existe um papel fundamental na previsão constitucional positivada de alguns institutos previdenciários que proporcionaram ao Poder Judiciário brasileiro a solução criativa para questões relevantes de efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, a partir de 1988.

O estudo da constitucionalização do Direito Previdenciário brasileiro é uma ótima via para se tentar entender a construção de

nosso deficiente Estado Providência, e também para estabelecer discussão a respeito do conteúdo fundamental dos direitos sociais.

Se é verdade que o fenômeno da constitucionalização formal pode não resultar necessariamente em progresso institucional, se não for objeto de alinhamento com os fatores reais de poder¹, também é a afirmação da relevância do deslocamento do núcleo de proteção dos direitos para a Constituição, em especial dos de índole social, a fim de que o Direito cumpra sua tarefa transformadora da sociedade, através da cogência do dever-ser.

Em relação à Previdência, ao mesmo tempo em que o Brasil foi, na América Latina, um dos países pioneiros na estruturação do sistema de proteção social público e universal, a avaliação da caminhada de nossas instituições demonstra um percurso em parte tortuoso e acidentado, em que a adoção sucessiva de modelos de seguro prescindiu de uma clara determinação de aonde se queria chegar, pelo menos em relação à parte da população.

A proteção previdenciária, no Brasil, é um retrato de nossas desigualdades. Privilegiou parte da população, para quem as normas constitucionais e legais permitiam fruição de vantagens abusivas sem respaldo financeiro, e alijou a maioria da proteção, mesmo em configuração básica. A fartura aristocrática descontrolada sustentada com ingressos públicos minou reservas que deveriam ter sido formadas no período inicial de capitalização e deixou desprevenido o Estado garantidor, exigindo a repartição do custo entre todos no final do século XX e início do XXI.

Decisões políticas estruturais para o sistema já foram adotadas sem estudo de impacto financeiro ou foram impostas de forma desequilibrada só à parcela da população, enquanto se manteve, para determinadas categorias profissionais, modelos previdenciários fadados à inviabilidade.

Resultado: a crise. E a tentativa de correção de rumo e aproximação de critérios utilizados pelos diversos sistemas de seguro.

A compreensão do fenômeno exige um pouco de conhecimento histórico da Previdência Social no Brasil e de aspectos peculiares da

¹ LASSALE, Ferdinand. *Que és una Constitució?* Buenos Aires: Siglo Veinte, 1946.

constitucionalização da matéria, a fim de que se possa, ao final, enfrentar algumas questões que estão a merecer a devida atenção da comunidade jurídica.

2. HISTÓRICO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

A Constituição brasileira adota hoje três regimes previdenciários: um sistema geral, público, institucional e compulsório destinado aos trabalhadores; outro, também com a mesma natureza, de filiação obrigatória para servidores públicos ocupantes de cargo efetivo (com previsão constitucional de complementação pública), e, por fim, um regime privado civil e contratual. Além disso, os dependentes dos militares são beneficiários de pensão prevista em lei específica.

A configuração do momento é fruto de evolução institucional quase secular.

A Constituição de 1824, de inspiração liberal, basicamente só se preocupou com direitos individuais e políticos (art. 179), enunciando-os como invioláveis e baseados na liberdade, na segurança individual e na propriedade. Em relação aos direitos sociais, previu a instrução primária e gratuita aos cidadãos, e garantiu os socorros públicos, referência inicial ao que viria a ser o sistema securitário. A Previdência Social, no Império, teve uma configuração embrionária, não se podendo afirmar que tivesse minimamente uma estrutura institucional, pois apenas algumas categorias profissionais foram premiadas com sistema de cobertura de riscos sociais, como, por exemplo, os militares. Os planos de auxílio social limitavam-se a atender a classes determinadas, de forma assistemática e integralmente às custas do Tesouro.

O sistema de proteção previdenciária brasileiro surgiu, em versão corporativa, durante a 1ª Constituição Republicana: para os trabalhadores urbanos, uma previdência de natureza privada vinculada a categorias profissionais e empresas, com tríplice quotização do custeio entre os trabalhadores, os empregadores e o Estado; para os servidores e militares, um sistema assistencial público privilegiado e, por definição, gratuito para os beneficiários. E isto precisa ser bem compreendido, pois não há, a rigor, proteção gratuita. Ou o sistema é sustentado pelos que dele se beneficiam ou é garantido

mediante a oneração de toda sociedade. Portanto, a referência à gratuidade significa tecnicamente a inexistência de contribuição específica do grupo segurado, ou seja, a dispersão do custeio entre a totalidade da população.

O movimento republicano da segunda metade do século XIX culminou com a proclamação da República. Com o Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, instituiu-se o Governo Provisório, a Federação e foi determinada a realização de eleição para escolha de um congresso constituinte.

A Constituição de 1891, promulgada pela Assembléia Constituinte a partir do projeto de autoria de Rui Barbosa, foi a mais concisa das constituições brasileiras (com 91 artigos e mais oito nas Disposições Transitórias) e tratou "dos cidadãos brasileiros" no Título IV. No artigo 75, dispôs sobre a proteção de servidores: "A aposentadoria só pode ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez a serviço da nação", prescindindo de contribuição. Não houve alusão constitucional a um sistema de proteção dos trabalhadores.

No final do século XIX, o mundo sofreu grandes transformações, em meio a conquistas tecnológicas e ao questionamento da validade exclusiva dos valores liberais burgueses.

E o fato produziu reflexos no Brasil.

O primeiro modelo previdenciário brasileiro de proteção dos trabalhadores foi previsto por normas infraconstitucionais e derivou da experiência alemã baseada em regime gerenciado pelo Estado, com financiamento do poder público, dos empregadores e dos empregados, com o estabelecimento de um seguro-doença obrigatório, em 1883, por inspiração de Otto von Bismarck².

Na época, a originalidade do modelo *bismarckiano* foi grande. O projeto de seguro obrigatório fundou-se na técnica de garantir

² DUPEYROUX, Jean-Jacques *et alii*, na obra *Droit de la Sécurité Sociale...*, p. 26, esclarecem que o aparecimento das primeiras formas de seguro social na Alemanha do final do século XIX foi fruto da reunião de uma série de fatores particularmente favoráveis: no plano econômico, a passagem de uma economia agrária para industrial provocou o brutal aumento do proletariado urbano vivendo em condições miseráveis; no campo ideológico, houve ascensão do pensamento socialista; e, no político, Bismarck, a título de reprimir atentados contra o imperador, empreendeu uma política policial repressiva, ao mesmo tempo em que iniciou profundas reformas sociais para desarticular a influência dos políticos socialistas.

proteção somente aos que contribuíssem para a cotização e na medida desta, com estabelecimento de cálculo atuarial a partir do volume dessas contribuições. Os benefícios eram gerados por Caixas autônomas, vinculadas às categorias profissionais. Os contribuintes eram separados em cinco classes distintas, levando em conta o volume das contribuições, e as aposentadorias eram calculadas em uma porcentagem do salário do trabalhador quando em atividade.

O fim do século XIX, na Europa, foi marcado por uma intensa atividade intelectual de debate sobre o novo sistema por sindicalistas, médicos, juristas, políticos e filósofos, o que contribuiu para sua divulgação.

Dessa forma, os primeiros planos privados corporativistas de previdência foram implementados no Brasil. Em 1919, a Lei nº 3.724 instituiu o seguro obrigatório de acidente do trabalho e a Lei Eloy Chaves, Decreto Legislativo nº 4.682 de 24/1/1923, determinou a criação de Caixas de Aposentadoria e Pensão (de natureza privada) para os empregados das empresas ferroviárias. As Caixas de Aposentadoria e Pensão proliferaram na década de 20, sempre vinculadas às empresas e de natureza privada.

O Brasil institucionalizou a Previdência para os trabalhadores adotando o modelo de Bismarck.

Ocorre que, simultaneamente, na Europa, a Constituição alemã de Weimar acolheu os valores da social-democracia e a importância da intervenção do Estado na ordem econômica e social. Por consequência, as novas idéias aqui também tiveram eco.³

Seguindo esta orientação, a Constituição de 1934 caracterizou-se por ser a primeira forjada nos moldes do Estado intervencionista. Ao lado dos direitos individuais (Título VII), o Constituinte preocupou-se com a proteção da família, com a cultura e o ensino e destacou, em Título próprio (XII), a ordem econômica e

³ Rui Barbosa que, mesmo sendo um liberal clássico, criticou a falta de preocupação do Estado com os aspectos da questão social dos ex-escravos recém-libertos, sem emprego, moradia e educação, em 1919: "Dar liberdade ao negro, desinteressando-se como se desinteressara absolutamente da sua sorte, não vinha a ser mais do que alforriar os senhores... Nenhuma providência administrativa, econômica, ou moral se estudou, ou tentou, para salvar do total perdimento esses valores humanos, que soçobravam. Nem a instrução, nem a caridade nem a higiene intervieram de qualquer modo. O escravo emancipado, sua família, sua descendência, encharcaram putrescentes no desamparo, em que se achavam atascados." **A Questão Social e Política no Brasil**. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1998, p. 20.

social, com a exigência do cumprimento de função social pela propriedade, a socialização de empresas econômicas e a intervenção na administração de empresas quando exigido pelo interesse público. As aposentadorias dos funcionários públicos foram previstas no art. 170 e a proteção trabalhista-previdenciária do trabalhador foi objeto do art. 121, com o direito à licença-maternidade e com a forma tríplice de custeio, "mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado." Essa Constituição foi fundamental na implementação do sistema empregatício brasileiro, que permanece basicamente em vigor ainda no século XXI.

A Carta outorgada de 1937 utilizou a expressão "seguro social", com a proteção à gestante, velhice, invalidez e casos de acidente do trabalho. A cobertura dos funcionários públicos foi prevista no art. 156, com referência à aposentadoria compulsória e à aposentadoria por invalidez, integral ou proporcional, além de licença de três meses para a gestante.

Foi durante a vigência das Cartas de 1934 e de 1937 que a previdência social se estruturou como seguro de natureza pública no Brasil, com a criação dos Institutos de Aposentadoria e Pensões, divididos em categorias profissionais e mantidos em parte com contribuição do Estado. Essa profunda modificação na proteção social previdenciária, com a passagem do sistema privado para o público, foi realizada através de legislação infraconstitucional. Assim, surgiram o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos (IAPM), em 1933, o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciantes (IAPC) e o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários (IAPB), em 1934, o IAP dos Industriários (IAPI), em 1936 e o IAP dos Empregados em Transportes e Cargas (IAPTEC), em 1938; cada um com regras próprias de cobertura. Esse processo de criação de Institutos avançou até o início dos anos 50, quando praticamente toda a população urbana assalariada já se encontrava coberta pela previdência, exceto os trabalhadores domésticos e autônomos.

Na Constituição de 1946, o art. 191 cuidou da aposentadoria dos funcionários públicos por invalidez, compulsória aos setenta anos de idade, e voluntária aos trinta anos de serviço, sem qualquer alusão à participação dos servidores no custeio - o financiamento con-

tinuava a ser exclusivo do Estado. A previdência social (termo assim usado pela primeira vez, em substituição ao anterior "seguro social") mereceu atenção no artigo 157, ao lado dos direitos dos trabalhadores. A proteção à gestante, antes e depois do parto, foi prevista como direito, bem como a assistência aos desempregados. A Constituição garantiu "previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as seqüências da doença, da velhice, da invalidez e da morte", além de obrigatoriedade da instituição do seguro pelo empregador contra acidentes do trabalho.

Praticamente ao mesmo tempo (1942), o inglês William Beveridge apresentou com sucesso seu relatório **Social Insurance and Allied Services** que modificou definitivamente alguns paradigmas anteriores dos regimes previdenciários europeus. O trabalho defendia a implantação de acesso universal e igualitário a um sistema público e básico mantido pelo Estado, com a desconsideração da estruturação de classes. Para ele, as aposentadorias deveriam garantir um mínimo vital (mínimo existencial), sem o necessário compromisso com a manutenção do poder de compra dos salários, e, para isto, propôs que o Estado garantisse um plano básico e limitado quanto ao valor das aposentadorias, com possibilidade de complementação individualizada não estatal. A universalidade fazia referência a três elementos: generalização total de acesso, administração integrada dos serviços públicos de previdência e saúde e prestações previdenciárias praticamente idênticas em valor. Segundo Beveridge, este arranjo liberal combinava um seguro básico, suficiente para viver em qualquer circunstância, com a liberdade do cidadão de organizar sua própria vida e de sua família, mediante a utilização do sistema de complementação. O grande mérito da revolução previdenciária inglesa foi tornar imperativa a universalidade da cobertura social e a unificação dos regimes de seguro já institucionalizados.⁴

Para acompanhar a mudança de paradigma, no período de vigência da Constituição de 1946, duas grandes alterações ocorre-

⁴ MERRIEN, François-Xavier *et alii*. *L'État Social - una perspective internationale*. Paris: Dalloz, 2005, p. 123-125.

ram mediante normas infraconstitucionais: a unificação dos critérios de cobertura pelos diversos institutos públicos securitários (Lei nº 3.807/60 - Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS) e a criação de um instituto previdenciário único, a partir da reunião dos institutos das categorias profissionais (Decreto-Lei 72/66) - o Instituto Nacional de Previdência Social - INPS. O Brasil, então, passou a incorporar alguns princípios do modelo universal e uniforme idealizado por William Beveridge.

Por fim, a Constituição de 1988 foi responsável por importantes alterações: 1) reuniu as coberturas de previdência, assistência e saúde em um sistema de seguridade social, imantando-as com princípios e objetivos comuns, em especial, a universalidade, a igualdade, irredutibilidade real do valor dos benefícios e caráter democrático e descentralizado da administração; 2) consolidou o sistema securitário dos trabalhadores e o de assistência social como prestações vinculadas aos princípios básicos fundamentadores do Estado Social e Democrático de Direito, em especial à dignidade da pessoa humana, e 3) incorporou ao sistema previdenciário milhões de trabalhadores rurais.

Posteriormente, a EC nº 3/93 tornou a contribuição obrigatória para os servidores nos regimes próprios.

A EC nº 20/98 alterou várias das características do Regime Geral de Previdência dos trabalhadores, modificando critérios de concessão de benefícios e as Emendas Constitucionais de nº 41/2003 e 47/2005 redefiniram o regime dos servidores, aproximando-o do sistema geral, possibilitando que as entidades federativas limitassem-se à cobertura de um plano básico, desde que oferecessem a opção de complementação pública, e vedando a adoção de critérios legais diferenciados por categoria profissional.

A evolução histórica demonstra que as duas primeiras constituições não cuidaram, a não ser episodicamente, da matéria econômica e social. Foi a partir da Carta de 1934 que se iniciou uma nova era no constitucionalismo brasileiro, com a incorporação, em Título próprio, das normas básicas dos direitos do trabalhador e de previdência e assistência social. Os eventos de incapacidade, maternidade, morte e idade passaram a receber proteção permanente a

partir da Carta Social de 1946. No Regime Geral, tivemos, inicialmente, uma proteção social através da atuação de várias Caixas privadas vinculadas a categorias profissionais, com posterior adoção de um sistema unificado de regras e institutos públicos. A aposentadoria do servidor público teve sua primeira previsão já na Carta de 1891 e, até a EC nº 1/69, sempre foi financiada exclusivamente pelo Estado.

O resultado é que, na época da promulgação da Constituição de 1988, no âmbito da Previdência pública, estava consolidado um Regime Geral que protegia os trabalhadores urbanos e rurais sob a inspiração do modelo contributivo Beveridgiano universal, uniforme e básico; e um sistema ainda não completamente contributivo de natureza *bismarckiana* para os servidores, com seguro corporativo seletivo e de cobertura total.

A modificação da estrutura previdenciária brasileira após 1988, não somente a relativa aos sistema de servidores como também a protetiva dos trabalhadores, vem sendo realizada mediante um processo de reforma constitucional e legislativa no qual se destacam dois princípios inspiradores: a universalidade e a uniformidade. A universalidade importa o objetivo de abranger o maior número possível de brasileiros na proteção previdenciária, enquanto a uniformidade destina-se a fixar um sistema de seguro social básico e com regras, se não iguais, bastante aproximadas para toda população. Da universalidade resulta o aumento dos filiados à previdência, enquanto da uniformidade a aproximação dos regimes, inicialmente entre trabalhadores urbanos e rurais, e depois entre servidores e trabalhadores.

O que podemos verificar é que o Direito Previdenciário foi um dos primeiros ramos do Direito a ter *status* constitucional formal. E também que sua previsão na Carta de 1988 não encontra precedentes não somente em extensão, mas na efetivação dos direitos decorrentes da proteção securitária, em virtude da força normativa assumida.

A questão agora é saber o quanto há de fundamentalidade nesta previsão e quais as conseqüências do fenômeno de constitucionalização para o sistema.

3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO NA CARTA DE 1988

A constitucionalização do Direito é um fenômeno decorrente da evolução do Estado de Direito^{5/6} na legitimação da ordem política, pois procura estabelecer um limite de proteção não somente em face do abuso do poder estatal representado pela expansão totalitária de um governante absolutista, mas também contra o absolutismo majoritário em uma democracia; isto é, a elevação de determinados valores à alçada constitucional positivada protege a existência da minoria contra investidas de coerção da maioria no sistema democrático.

O termo constitucionalização do Direito pode indicar a presença de dois fenômenos no Direito: 1) a incorporação à Constituição, de temas de alçada infraconstitucional, e 2) o efeito normativo do conteúdo material da Constituição influenciando o sistema jurídico infraconstitucional.⁷

⁵ TROPER, Michel. *La Théorie du Droit, le droit, l'État*. Paris: Léviathan, 2001, p. 267: "Comme la démocratie, le constitutionalisme et le droits de l'homme, l'État de droit fait aujourd'hui l'objet d'un consensus aussi general que soudain. Il s'agit en effet d'un phénomène fort récent."

⁶ BIN, Roberto. *Lo Stato di diritto - come impore regole al potere*. Bologna: Il Mulino, 2004, p. 25; "L'espressione Stato di diritto nasce in Germania all'inizio del XIX secolo: è infatti la traduzione letterale del termine tedesco Rechtsstaat." Mais adiante, na p. 36: "Che lo Stato di diritto e il costituzionalismo moderno siano due fenomeni contemporanei che si sono sviluppati sovrapponendosi a vicenda e intrecciandosi è indubbiamente vero: entrambi sono figli della stessa matrice culturale illuministica che si è evoluta attraverso la codificazione del diritto e l'affermazione dell'eguaglianza dei soggetti del diritto. La Costituzione scritta ha rappresentato la codificazione delle regole e dei principi che costituiscono il contenuto dello Stato di diritto. Ma, così come i contenuti dello Stato di diritto hanno subito un'evoluzione, altrettanto è avvenuto per le costituzione." E, ainda, na p. 58: "Insomma, la trasformazione dello Stato di diritto in uno Stato costituzionale non compromette affatto l'architettura del primo, anzi tutt'altro. Il principio di legalità viene esteso e grava ora anche sul legislatore. A contrarsi in misura corrispondente è il principio di maggioranza. La costituzione rigida, infatti, soltrae alla maggioranza politica che esce dalle elezioni, e che domina i lavori dell'assemblea legislativa, ambiti importanti di competenza, soprattutto per ciò che attiene all'equilibrio tra gli organi costituzionali e i diritti fondamentali dei cittadini. La politica perde terreno rispetto al diritto, il principio di maggioranza cede spazi al principio di legalità, i rappresentanti eletti subiscono maggiormente il controllo da parte dei giudici. Più governo delle leggi, meno governo degli uomini!"

⁷ BARROSO, Luís Roberto. "Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)." *Revista de Direito Administrativo* nº 240, p. 12, em que destaca a importância do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, sob a Lei Fundamental de Bonn, na verificação de que os direitos fundamentais representam uma ordem objetiva de valores. Sem embargo de concordarmos com a afirmação, verifica-se a existência de anterior discussão na Alemanha, travada quando da interpretação da Constituição de Weimar, principalmente na obra de Hermann Heller, defensor do Estado Democrático e da função social deste. Já na época, e diferentemente de Carl Schmitt, o autor defendia que a democracia era a única forma de legitimação do poder político e que o Estado deveria intervir, a partir da Constituição e utilizando a força normativa desta, para buscar a redução das desigualdades sociais. Heller acreditava na capacidade conformadora da Constituição de 1919 na defesa da democracia contra as investidas autoritárias de poder econômico da burguesia alemã, que apoiava o

No que se refere ao primeiro tema, uma excessiva posituação das relações sociais pela Constituição não somente acaba por restringir em excesso a liberdade dos indivíduos, como também reduz indevidamente o espaço da política, *locus* normal do debate no processo democrático em que deve prevalecer a vontade majoritária.⁸

O legislador constituinte originário brasileiro exagerou na inserção de questões pontuais do Direito Previdenciário, não merecedoras de destaque, na Constituição de 1988 como normas de supremacia superior. Tal fato decorreu, na Assembléia Nacional Constituinte, da desconfiança da atuação política futura da maioria governista no Congresso Nacional no atendimento aos argumentos econômicos em detrimento do respeito às condições mínimas de manutenção das aposentadorias e pensões.⁹

E o quadro só vem se agravando pela edição de emendas constitucionais reformadoras (em especial, pelas Emendas Constitucionais nº 20/98, 41/2003 e 47/2005), cada vez mais caudalosas e tratando de alguns institutos sem relevo constitucional.

Mas agora, pela razão contrária.

As emendas em matéria previdenciária foram, todas, de iniciativa da Presidência da República, e concretizam a desconfiança do Poder Executivo na atuação ordinária de eventual maioria legislativa.

A conseqüência, por um motivo ou por outro, é a existência de várias normas constitucionais dependentes de regulamentação legal, o que contribui para a perda de efetividade da Constituição e seu descrédito.

projeto do Estado forte de economia livre. Destacava que o essencial de uma Constituição é reforçar a normalidade através da normatividade de seu texto, rejeitando a proposta de Schmitt de Estado Total de exceção econômica permanente. O final desta história, todos já sabemos. De qualquer forma, foi imprescindível a postura do Tribunal Constitucional Alemão na defesa da normatividade da Lei Fundamental, após a Segunda Grande Guerra. Sobre o tema, BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de Exceção Permanente - atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004, p. 109-138.

⁸ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 389.

⁹ É justamente o sentimento de desconfiança em relação ao respeito do jogo político, a deterioração do padrão ético-social e a diminuição do nível educacional da população que conduz, de início, à normatização legislativa excessiva, e depois, à constitucionalização indevida dessas questões. Uma sociedade de elevado padrão educacional e de civilidade prescinde da posituação da maioria das regras garantidoras do bom convívio social. A afirmação é bastante adequada à realidade brasileira, cujas relações sociais encontram-se esgarçadas, principalmente nas grandes cidades, pela violência física e moral decorrentes da miséria, do baixíssimo nível de educação e cultura e da perda de referências éticas.

O fato é que os legisladores constituintes, originário e derivado, não confiam nos políticos. Seria simples de entender, se os órgãos não fossem os mesmos na última configuração constitucional.

Dentre os vários possíveis, basta um exemplo esclarecedor.

Qual é a relevância da previsão normativa do art. 201, parágrafo 6º, da Constituição ("A gratificação natalina dos aposentados e pensionistas terá por base o valor dos proventos do mês de dezembro de cada ano.")?

Nenhuma. Desde que não se considere que a legislação previdenciária da época (art. 151, da Lei nº 3.807/60) previa o pagamento do "abono anual", no mês de janeiro do ano seguinte, correspondente a 1/12 (um doze avos) do total recebido no ano, sem correção monetária, em uma época em que a inflação chegava aos dois dígitos mensais.

Portanto, a elevação do tema à estatura constitucional decorre da desconfiança mantida em relação à atuação ordinária do legislador, que não previa um valor da gratificação condigno para os aposentados e pensionistas mais carentes.

Quanto à influência da força normativa da constituição sobre os diversos ramos do Direito e a transformação desta no centro do ordenamento jurídico, verifica-se que isto somente foi possível quando o Estado de Direito, após a Segunda Grande Guerra, avançou sobre o positivismo jurídico estrito prevalecente até então e redescobriu o fundamento dos valores. O resultado, conceito material de Estado de Direito, caracteriza-se, pois, pelo fato de o poder do Estado ficar vinculado aos princípios e valores superiores do Direito, e a Constituição não mais somente fixar limites do exercício do Poder Público, mas também passar a proteger valores de ordem de vida comum entre os membros da sociedade.^{10/11}

¹⁰ BÖCKEFORD, Ernst Wolfgang. "Orígen e cambio del concepto de Estado de Derecho", in **Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia**. Madri: Simancas Ediciones, 2000, p. 40.

¹¹ Idem, p. 159: "La Constitución - entendida aquí y en lo sucesivo como Constitución jurídica - se concibe hoy como el orden jurídico fundamental del Estado o, más aun, como el orden jurídico fundamental de la comunidad, al que se atribuyeu un rango especial, frente a las leyes y al resto de las fuentes del derecho, y un efecto de irradiación sobre todas las ramas del ordenamiento jurídico".

Sob este prisma, pode-se afirmar que a constitucionalização dos direitos revela a fundamentalidade dos mesmos e reafirma sua positividade no sentido de serem posições juridicamente garantidas e não meras proclamações filosóficas, servindo ainda para legitimar a ordem jurídica. Assim é que a positivação constitucional contribui para a efetividade dos valores morais, em especial para tornar efetiva a fruição dos direitos fundamentais e, no que nos interessa como objeto deste trabalho, dos direitos previdenciários como direitos sociais.¹²

A questão é saber o quanto há de fundamentalidade nestes direitos.

O jurista alemão Ernst-Wolfgang Böckenförd, em texto classificatório de teorias de direitos fundamentais, afirma que os países adotam determinados modelos de fundamentação, tomando por base específicas concepções de Estado e de Teoria da Constituição, o que gera conseqüências tanto na interpretação sistemática das normas declaratórias e assecuratórias dos direitos, quanto na aplicação dos sistemas de efetividade.¹³

Esclarecendo que os modelos teóricos de direitos fundamentais podem apresentar-se nos Estados de maneira isolada ou combinada, Böckenförd classifica-os da seguinte forma: teoria liberal ou do Estado de Direito burguês, teoria institucional, teoria axiológica, teoria democrático-funcional e teoria do Estado Social.¹⁴ Como não há espaço, nos limites deste trabalho, para discorrer mais detida-

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Editora Gradiva, 2001, p. 56.

¹³ "Teoría e Interpretación de los Derechos Fundamentales". **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Trad. Ignacio Villaverde Mendez. Baden-Baden: Verlagsgesellschaft, 1993, p. 41: "Semejante interpretación... se establece y se deriva - consciente o inconscientemente - de una determinada teoría de los derechos fundamentales, entendiéndose por tal teoría una concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, finalidad normativa, y el alcance material de los derechos fundamentales. Esta teoría tiene su punto de referencia (la orientación sistemática) por regla general en una determinada concepción del Estado y/o en una determinada teoría de la Constitución. Su función consiste en no abandonar la interpretación de los singulares preceptos de derechos fundamentales únicamente a una técnica jurídica conformada a partir de detalladas regulaciones legales, sino en integrarla en el contexto general de una concepción del Estado/Teoría de la Constitución."

¹⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, Lisboa: Almedina, p. 54-74, adota os ensinamentos da doutrina alemã sobre a existência de teorias que buscam dar sentido ao conjunto dos direitos fundamentais. Aos cinco modelos, o autor adiciona o da teoria marxista-leninista, a única que não é fundada no valor da autonomia privada.

mente sobre todos os modelos, passemos a dar preferência ao estudo dos modelos liberal e social.¹⁵

A teoria liberal concebe os direitos fundamentais como direitos da liberdade do indivíduo em face do Estado. De acordo com ela, a esfera de liberdade é pré-estatal, cabendo ao Estado tão-somente reconhecê-la e criar mecanismos de proteção e garantia - a liberdade não é constituída pelo Estado, mas precede a este. A adoção desta teoria gera as seguintes conseqüências na interpretação dos direitos fundamentais: a liberdade é vista como uma liberdade "sem mais", ou seja, não integra as atribuições do Estado o exame da finalidade de seu exercício; o núcleo do direito da liberdade conserva o caráter preexistente em face da competência estatal legislativa - as leis concretizadoras da liberdade somente podem limitá-la observando o princípio da razoabilidade e desde que não atinja seu núcleo; e as instituições jurídicas de garantia do direito de liberdade não têm relação direta com o conteúdo do direito em si, que existirá mesmo sem a proteção formal da Administração. Por fim, há uma relativa "cegueira" quanto à capacidade fática do Estado em realizar a proteção da liberdade¹⁶ - o direito deve ser protegido sem que se cogite se o Estado tem condições materiais para tanto.

E a Teoria de Direitos Fundamentais do Estado Social pretende superar o conceito de liberdade meramente formal para alcançar a liberdade real e os direitos fundamentais deixam de ter caráter meramente negativo, para passarem a ser integrados por pretensões positivas a prestações. As conseqüências jurídicas da adoção do modelo acabam por depender da existência de meios financeiros garantidores das ações estatais. A impossibilidade econômica e a reserva do possível funcionam como limite da garantia prestacional

¹⁵ Em breves linhas sobre os demais modelos apresentados, os direitos fundamentais na teoria institucional não têm o caráter de direitos de defesa contra a atuação estatal, mas sim de direitos fruíveis a partir das instituições do Estado, mediante regulações normativas. A teoria axiológica apresenta os direitos fundamentais como fatores determinantes para o processo de integração do Estado: são elementos e meios de criação da entidade estatal, fixando valores da comunidade através dos quais os indivíduos alcançam um *status* social de integração ao povo. Para a teoria democrático-funcional, os direitos fundamentais são concebidos como função política, com destaque para as liberdades vinculadas para a garantia das instituições democráticas, as liberdades de opinião e reunião, que alcançam seu sentido como fator constitutivo do processo democrático.

¹⁶ "Teoría e Interpretación de los Derechos Fundamentales"..., fl. 48.

desses direitos. Essa postura contraria a concepção liberal, para a qual os direitos fundamentais são direitos incondicionais por preexistirem ao Estado e exigirem dele uma postura negativa, de abstenção. Assim, como passa a haver exigibilidade da entrega de bens e serviços, desloca-se para o Judiciário a responsabilidade de tomar opções discricionárias envolvendo meios financeiros disponíveis, produzindo-se uma politização de decisões jurídicas.¹⁷

Como visto, a adoção de determinada teoria de direitos relaciona-se com as opções políticas fundamentais tomadas pelo Poder Constituinte no momento da elaboração do pacto social e terá consequência não só na forma de positivação dos valores, como também influência na linha interpretativa das normas e no sistema de proteção.

Para compreendermos a estrutura dos direitos fundamentais brasileiros, portanto, é necessário que encontremos resposta à seguinte pergunta: qual(is) teria(m) sido a(s) teoria(s) de direito(s) adotada(s) pela Constituição de 1988?

A Constituição da República qualifica o Estado brasileiro como Estado Democrático de Direito (art. 1º) e consagra os valores da liberdade, da igualdade e da fraternidade, no preâmbulo, como a base de construção do pacto social brasileiro e protege o homem, quer em sua dimensão liberal contra a atuação indevida do Estado (por exemplo, a liberdade de pensamento, locomoção e a intimidade e propriedade - art. 5º, IV, XV, X e XXII), quer na dimensão social, de igualdade de chances e de solidariedade (e. g., o atendimento à função social da propriedade, a reserva de vagas em cargos e empregos públicos para pessoas portadoras de deficiências, o ensino fundamental gratuito e a assistência social - art. 5º XXIII; 37, VIII; 208, I).

O Estado Social é uma nota característica das Constituições brasileiras desde 1934 e, na atual, decorre da invocação de "assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais(...) como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista" (Preâmbulo); tem como fundamentos "a dignidade da pessoa humana(...) e (...) os va-

¹⁷ Idem, p. 64/65.

lores sociais do trabalho (art. 1º III e IV, 1ª parte); e por objetivo "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais(...)" (art. 3º, III).

A Constituição, dessa forma, não adota uma teoria específica de direitos fundamentais, mas uma conjugação dos modelos liberal e social.

Os direitos individuais são concebidos na organização estatal brasileira em regra como direitos de proteção em face do Estado, na clássica concepção burguesa de liberdade "sem mais", como acontece com a liberdade de ir e vir. Excluindo as possibilidades de limitação razoável dessa liberdade para a boa regulação do convívio social, essa é tida como liberdade inerente ao homem, reconhecida e protegida pelo Estado, independentemente de ser útil ou não à determinada finalidade institucional. Alguns direitos sociais são concebidos também sob esse modelo, como é o caso do direito de greve, direito tipicamente vinculado ao valor da liberdade.

Os direitos sociais prestacionais são classicamente direitos que consolidam a teoria social de direitos fundamentais e se baseiam nos princípios do Estado Social de Direito. Sob essa óptica, os direitos passam a ser fruídos através do Estado, que se transforma de inimigo em aliado do homem na consolidação da liberdade e da igualdade de chances. Como exemplo, podemos utilizar o direito à educação fundamental, imprescindível para que as pessoas, libertadas da ignorância, tenham condições mínimas de exercício da autonomia de vontade e oportunidade de acesso a uma vida digna. Merecem esta leitura algumas garantias instrumentais dos direitos da liberdade, como o direito de acesso à justiça e a assistência jurídica integral e gratuita (art. 5, XXXV e LXXIV).

Essas são as concepções genéricas de direitos fundamentais configuradas pelo Estado brasileiro, o que não impede que as outras teorias mereçam acolhimento com abrangência mais pontual e referência a casos determinados.

A adoção das referidas teorias marca indelevelmente a escolha dos princípios norteadores dos fundamentos e objetivos da República pelo legislador constituinte originário e é responsável pela própria configuração dos direitos sociais, em especial para nosso tema, do direito à previdência social.

Apesar de reunidos no mesmo sistema de princípios fundamentais, existem duas ordens de valores alçadas como primordiais na elaboração do pacto social brasileiro: a primeira, imediatamente ligada aos valores da liberdade do indivíduo, da igualdade de chances e da solidariedade, reconhece internamente a preexistência dos direitos humanos; e a segunda, alinhada com os valores da justiça social, destina-se a proporcionar o maior bem-estar possível à sociedade. Sendo assim, pode-se afirmar que nem todos os princípios fundamentais relacionam-se com a consolidação dos direitos fundamentais, pois alguns determinam a atuação do Estado como condutor do desenvolvimento social.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o grande valor vetor dos direitos fundamentais e, dentre eles, dos direitos sociais prestacionais, nos quais se encontram previstos os direitos previdenciários. Em relação aos direitos sociais, da dignidade humana resulta a obrigação de o Estado garantir um mínimo de recursos materiais suficientes para que, a partir daí, a pessoa possa exercer sua própria autonomia.¹⁸ A dignidade humana, ao servir de princípio fundamentador dos direitos prestacionais, consolida o conceito de "mínimo social" e gera, por consequência, a incorporação dos direitos prestacionais mínimos à concepção material de direitos fundamentais.¹⁹ Sendo assim, os direitos previdenciários passam a ter um núcleo material de direitos fundamentais.

Ora, isto cria duas categorias de proteção previdenciária: a primeira, composta pelos direitos sociais mínimos, vinculada à dignidade da pessoa humana e configurada como verdadeiros direitos fundamentais, que devem ser implementados pelos poderes públicos; e outra, ligada à justiça social e à capacidade jurídica e fática

¹⁸ NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. "O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana." **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, Trimestral, ano 37, janeiro-março, 2000, p. 192: "Doutro lado, o direito à existência digna não é assegurado apenas pela não-abstenção do estado em afetar a esfera patrimonial das pessoas sob a autoridade. Passa também pelo cumprimento de prestações positivas".

¹⁹ Este efeito também se mostra com toda força na Lei Fundamental Alemã de 1949 (art. 1.1), na Constituição Portuguesa de 1976 (art. 1º) e na Espanhola de 1978 (art. 10).

(leia-se, econômica) do Estado em proporcionar bem-estar a todas as pessoas (art. 3º, IV), na forma da lei.²⁰

Portanto, ao questionamento a respeito da existência de espaço constitucional para o direito previdenciário, responde-se: em nossa concepção de constituição de um Estado Democrático de Direito de um país de desenvolvimento tardio, há um núcleo de proteção previdenciária que merece proteção no estatuto do contrato social.

O que se deve verificar, então, é a extensão de seu conteúdo.

A previdência fundamental deve ser baseada nos princípios da universalidade, da uniformidade e da solidariedade na proteção dos segurados mais desvalidos, mediante a participação do Estado; na cobertura dos riscos sociais da morte, da idade avançada, da incapacidade, da maternidade e do desemprego involuntário; e no estabelecimento de patamares mínimo e máximo de pagamento dos benefícios, com a manutenção real do valor das prestações²¹.

São os requisitos mínimos para a configuração da previdência como direito fundamental e os principais alicerces sobre os quais deve ser estruturada. Com o atendimento desses pressupostos, a previdência torna-se um forte instrumento de concretização do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e dos objetivos de erradicação da pobreza e de redução de desigualdades sociais, possibilitando o acesso às oportunidades e garantindo cidadania. Como previdência básica, pode ser comparada a um patamar mínimo abaixo do qual ninguém deve rejeitar cair, mas acima do qual podem surgir e florescer desigualdades sociais apoiadas na autonomia privada e no talento individual.

Assegurada essa configuração mínima, da qual o Estado não se pode furtar, a proteção perde o caráter de fundamentalidade e passa a ser merecedora de proteção na medida das possibilidades

²⁰ TORRES, Ricardo Lobo. "O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais" *Revista de Direito Administrativo* nº 177. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, p. 30: "Mas a inclusão do mínimo existencial na liberdade real ou positiva será, em boa parte, a responsável pelas obscuridades do tema, eis que esses conceitos também são usados pelos escritores socialistas e marxistas, que os emburilham, com a idéia de justiça. De modo que se torna crucial insistir na distinção entre justiça e liberdade, para que a última possa fundamentar a luta contra a miséria e a pobreza absoluta e, afinal, fornecer condições iniciais para superação da própria injustiça social."

²¹ É a conclusão a que chego na obra *Previdência e Assistência Social - Legitimação e Fundamentação Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 237.

orçamentárias e a partir de uma avaliação de conveniência e oportunidade da maioria do povo, mediante manifestação democrática.

Analisando a tradicional organização do seguro social público no Brasil, conclui-se que a configuração básica do Regime Geral de Previdência Social (mas sequer toda ela) é dotada das condições mínimas de preservação da dignidade humana como valor.

Essa, portanto, é a previdência fundamental. É o limite mínimo de proteção securitária pública, que tem natureza constitucional material e deve ser positivada na Constituição.

Como exemplo dessa configuração de mínimo social fundamental que incide sobre as duas formas de previdência social pública, cabe a análise da decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento das medidas cautelares nas ADIs nº 3.105/DF e nº 3.128/DF.

Neste caso, em que o Tribunal apreciou a constitucionalidade da previsão de instituição de cobrança da contribuição dos servidores inativos e pensionistas do serviço público, foi declarada suspensa a eficácia das expressões "cinquenta por cento" e "sessenta por cento" constantes nos incisos I e II, do art. 4º, da EC nº 41/2003. É que o art. 195, II, da Constituição da República, instituiu imunidade tributária para cobrança dos inativos e pensionistas do Regime Geral de Previdência Social, diante da consideração de que, sendo a renda do benefício paga pelo referido Regime, de natureza fundamental e alimentar, a imunidade concretizaria o caráter de mínimo existencial da previdência básica. Ora, se não pode haver tributação dos inativos do Regime Geral até o limite máximo de pagamento dos benefícios, não se poderia tributar o que ultrapassasse cinquenta por cento ou sessenta por cento até cem por cento deste limite. Assim é que o STF somente considerou constitucional a cobrança de contribuição sobre a renda de aposentarias e pensões dos servidores inativos e pensionistas no que ultrapassasse cem por cento do limite máximo para recebimento de benefícios previdenciários do Regime Geral.

Estabelecido o conceito de previdência fundamental, resta saber se essa composição do mínimo merece proteção como cláusula pétrea (art. 60, parágrafo 4º, da CRFB).

A Constituição Brasileira protege os valores compreendidos como essenciais à formação de seu pacto social de uma erosão abolicionista e descaracterizadora do Estado, preservando os princípios básicos da estrutura de nossa democracia, a separação dos órgãos do Estado, a descentralização de poderes e os direitos e garantias individuais.

A Constituição não veda a reforma que busque o aperfeiçoamento desses princípios, mas sim uma alteração supressiva ou redutora de sua essência (art. 60, parágrafo 4º).

No caso do último inciso do dispositivo referido, o constituinte optou pela utilização da fórmula "direitos e garantias individuais", que tem gerado controvérsias na doutrina. Alguns autores têm defendido a inclusão dos direitos sociais à cláusula, por meio de interpretação com resultado extensivo, sob o argumento de que os direitos individuais, sem a complementação dos direitos sociais, não conseguem concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual não faz sentido limitar-se a proteção somente aos direitos de primeira geração, excluindo os de segunda²². Outros, sob uma leitura mais direta e literal da Carta, negam a possibilidade de extensão, principalmente sob o argumento de que os direitos sociais, por não protegerem a liberdade, não são direitos fundamentais²³.

Considerando que os direitos individuais encontram-se esteados nos fundamentos da República, principalmente na dignidade da pessoa humana, pode-se também, em princípio, concluir que existam

²² É o entendimento de Paulo Bonavides no livro **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 594: "Em obediência aos princípios fundamentais que emergem do Título I da Lei Maior, faz-se mister, em boa doutrina, interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétreia e matéria que requer, ao mesmo passo, um entendimento adequado dos direitos e garantias individuais do art. 60." No mesmo sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 1ª edição, p. 363: "Assim, uma interpretação restritiva da abrangência do art. 60, parágrafo 4º, inc. IV, da CF não nos parece a melhor solução, ainda mais quando os direitos fundamentais inequivocamente integram o cerne de nossa ordem constitucional." Ainda, GALVÃO, Paulo Braga. "Emenda e Revisão Constitucional na Constituição de 1988". **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro**. V. 1. Rio de Janeiro: UERJ, Anual, 1993-, nº 1, p. 259: "No que toca aos 'direitos e garantias individuais', tal como se refere o inciso IV, do parágrafo 4º, do art. 60, da Constituição, é de se ressaltar que a expressão deve ser entendida no contexto sistemático da nova Constituição, como alusiva aos direitos e garantias fundamentais, que compõem o Título II, e que englobam os direitos não apenas individuais, mas também coletivos e os sociais, cujas regras podem evidentemente ser alteradas, desde que para ampliá-los, e nunca para restringi-los, tendendo à sua eliminação."

²³ MENDES, Gilmar Ferreira. "Os Limites da Revisão Constitucional". **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, ano 5, nº 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro-dezembro, 1997, p. 69-91.

direitos sociais intimamente ligados à garantia da dignidade da pessoa aos quais poderia ser estendida a proteção.

Para tanto, é necessário o aprofundamento do conceito de dignidade e suas implicações.

A dignidade humana é um valor moral prévio à própria organização social, uma qualidade imanente dos seres humanos que os coloca como destinatários de respeito e merecedores de igual atenção por parte do Estado e de seus semelhantes, de tal forma que não percam a possibilidade de exercer autonomia.

A dignidade pressupõe consideração pela vida e pela integridade do ser humano, garantias de presença de condições básicas para uma existência na qual se possa exercer a liberdade e receber respeito como pessoa dotada de razão.

O respeito à dignidade não deve ser encarado somente como um dever de abstenção do Estado na invasão do espaço individual de autonomia. Isto é pouco. Cabe à organização estatal criar mecanismos de proteção do homem para que este não seja tratado como mero instrumento econômico ou político pelos órgãos do poder público ou por seus semelhantes.

A dignidade da pessoa humana ainda é um valor que serve como fundamento para a tríade componente da Revolução Francesa: a liberdade, a igualdade e a fraternidade (solidariedade). Através da tríade, legitima as ordens constitucionais e os direitos fundamentais, utilizando, como filtros de inserção dos três valores, os princípios fundamentais do Estado.

Em relação à liberdade, o Estado deve prover mecanismos contra a pobreza, a partir de prestações sociais mínimas, para permitir que as pessoas possam exercer a autonomia privada. A miséria, a doença e a ignorância aprisionam o homem a uma existência indigna e retiram dele a possibilidade de ser livre.

A igualdade como valor em uma República que tem por objetivo a erradicação da pobreza e a redução da desigualdade social²⁴ está relacionada à capacidade de se proporcionarem condições materiais mínimas de acesso aos mecanismos através dos quais as

²⁴ Art. 3º, III, da Constituição.

peças possam exercer sua autonomia. A igualdade vinculada à dignidade da pessoa não compromete o Estado a distribuir bens para tornar todos iguais, mas exige que este assegure as condições mínimas necessárias às pessoas contra uma existência degradante. Essa igualdade, a igualdade de oportunidades, pressupõe não a isonomia simétrica dos socialistas, mas a inexistência da desigualdade aviltante.

E como último desses valores, a solidariedade pressupõe que o Estado tenha a obrigação de organizar juridicamente a repartição básica de riqueza, fazendo surgir o conceito ora intitulado de solidariedade gerenciada - através de medidas de escoamento mínimo de bens do grupo mais abastado para o mais carente, para garantir a existência digna dos últimos.

Sendo assim, quando os direitos sociais são necessários para uma existência digna do homem, acabam por assumir uma função fundamental e passam a ser intitulados direitos sociais do mínimo existencial, enquanto para além deles há os direitos sociais formais. Com isso, está-se a afirmar que existem direitos sociais fundamentais, intimamente vinculados ao valor da dignidade, porquanto não pode haver liberdade e dignidade na miséria e na ignorância, e outros direitos sociais, não dotados de fundamentalidade, que devem ser providos pelo Estado na medida do possível.

Os direitos sociais materialmente fundamentais devem ser incluídos na leitura que resulta da interpretação do dispositivo constitucional, para que possam merecer proteção como cláusula pétrea ou de imutabilidade constitucional. Dessa forma, chega-se a uma solução intermediária, para aceitar a garantia do limite contra abolição somente para os direitos do mínimo social da Constituição da República.²⁵

²⁵ É a mesma conclusão a que chega Oscar Vilhena Vieira em obra de referência sobre o tema no Brasil, **A Constituição e sua Reserva de Justiça - um Ensaio sobre os Limites Materiais ao Poder de Reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 246: "Os direitos sociais básicos, nesse sentido, podem ser defendidos como direitos individuais à dignidade e à igualdade ou como direitos políticos essenciais à realização da democracia. O Processo de autovinculação constitucional não se refere apenas à possibilidade de se retirar direitos de ordem liberal do processo de decisão majoritário mas, também, de vincular as gerações futuras à produção de condições dignas a todos os membros da comunidade." Gustavo Just da Costa e Silva, em **Os Limites da Reforma Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2000, prefere colocar os direitos sociais como cláusulas materiais implícitas, limitadoras ao exercício de reforma constitucional.

Consolidada a importância da constitucionalização do direito previdenciário constitucional, pode-se então enfrentar duas questões relevantes a respeito da constitucionalização da matéria.

4. ESTUDO DE DOIS CASOS

4.1. Cassação de aposentadoria nos regimes previdenciários dos servidores por motivos funcionais

Uma questão interessante relacionada com os efeitos da constitucionalização do Direito Previdenciário envolve a discussão a respeito da possibilidade de ser cassada uma aposentadoria do Regime Próprio dos servidores públicos, em relação à qual tenha havido contribuição, em virtude de aplicação de sanção disciplinar administrativa ordinariamente prevista em norma legal.

Seria cabível, em um sistema contributivo de previdência, desconstituir a decisão de aposentação de um servidor público por cometimento de infração administrativa durante a vida laboral ativa?

A pena de cassação de aposentadoria é um instituto tradicional no Direito Administrativo brasileiro, mas é importante assinalar que sua criação data de uma época em que o servidor não vertia contribuições para o sistema de proteção social. E isto era bastante adequado à estrutura gratuita do benefício: o servidor público, ao preencher os requisitos previstos na legislação, em geral, idade ou tempo de serviço, caso não cometesse faltas disciplinares passíveis de sanção, tinha reconhecida pela sociedade a relevância de seu trabalho público e passava para a inatividade gozando de um favor estatal: a aposentadoria fruía a partir da arrecadação genérica dos ingressos públicos da sociedade, sem necessidade de contribuição específica do funcionário durante o período ativo.

Mas não seria outra a situação de uma aposentadoria para a qual o funcionário tivesse contribuído? Não haveria direito adquirido decorrente do pagamento e do preenchimento dos pressupostos de concessão?

À primeira vista, a configuração atual do sistema previdenciário dos servidores, de natureza contributiva, mediante cálculo do valor da aposentadoria a partir de média aritmética das remunerações que serviram de base para incidência das contribuições, e com pre-

visão de reajuste posterior à concessão sem paridade com a remuneração dos ativos, retira a qualidade de servidor da pessoa aposentada.

E, se o aposentado não mais é servidor, não seria cabível casar-lhe a aposentadoria por motivo funcional.

Mas não tem sido esta a conclusão do Supremo Tribunal Federal. Em decisões recentes sobre o tema, o Tribunal tem apenas feito referência à possibilidade de cassação de aposentadoria com fundamento em julgado proferido por unanimidade do Plenário da Corte no Mandado de Segurança nº 21.948-3, em setembro de 1994, de relatoria do Ministro Néri da Silveira.

Seria, contudo, importante, que a Corte voltasse a enfrentar categoricamente a questão à vista das profundas modificações introduzidas pela Reforma da Previdência, em especial, pelas EC nº 41/2003 e nº 47/2005.

O fato sob apreciação no MS 21.948-3 envolvia demissão de procurador autárquico do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, por ato do Presidente da República datado de 2 de setembro de 1993, por valer-se do cargo "em detrimento da dignidade da função pública e desídia".

No que concerne ao mérito, o impetrante alegava ter preenchido os requisitos para o gozo de aposentadoria por tempo de serviço, pelo decurso de 37 anos, o que lhe garantia direito adquirido, tendo em vista ter pago contribuição para a mesma. Logo, não poderia ser demitido se sua situação encontrava-se consolidada anteriormente.

O ministro relator, cujo voto denegou a segurança e julgou improcedente o pedido, fundamentou sua decisão em dois pontos: 1) a Constituição de 1988, no art. 41, parágrafo 1º, prevê a perda de cargo mediante processo administrativo²⁶, 2) o mero decurso do tempo não confere ao servidor público imunidade quanto a sua demissão, porquanto, mesmo que se estivesse diante de uma aposentadoria consumada, poderia ser aplicada a sanção de cassação.

²⁶ Na época, a regra tinha a seguinte redação: "O servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa."

No julgamento, o ponto principal parece não ter sido abordado: o caráter contributivo da previdência dos servidores.

Ao contrário do que sustenta o relator, o servidor, no caso, não possuía apenas tempo de serviço. Houve pagamento de contribuição, de natureza tributária, que lhe colocava à disposição uma série de benefícios, dentre os quais, a aposentadoria por tempo de serviço, e, sendo seus requisitos preenchidos, ser-lhe-ia assegurado o direito.

A rigor, ainda, não seria possível, em um sistema como o atual, afirmar que a cassação da aposentadoria decorreria da previsão constitucional da perda do cargo, uma vez que o funcionário aposentado não o ocupa mais e tanto é assim que tradicionalmente as normas de Direito Administrativo relacionam a aposentadoria como uma das hipóteses de vacância de cargo público, ensejando mesmo a ocupação por outra pessoa.²⁷

Ora, ou bem o cargo está vago quando da aposentadoria e, portanto, o aposentado não é mais tecnicamente servidor, ou não está, e outra pessoa não pode ocupá-lo.

Daí porque não ser tão fácil como parece afirmar que a Constituição, no art. 41, parágrafo 1º, respalda a legislação que cuida da cassação de aposentadoria a partir da mera alusão à demissão do servidor ativo.

O ministro relator afirmou ainda em seu voto que o ato presidencial não dispôs sobre contagem de tempo de serviço, nem acerca das contribuições previdenciárias recolhidas ou a respeito dos efeitos previdenciários da cassação e sugere que o funcionário possa prosseguir vinculado ao Regime Geral de Previdência, mediante eventual contagem recíproca.²⁸

Mas não apontou solução para o fato de que o servidor pode ter contribuído com valores muito superiores aos que lhe seriam

²⁷ Por exemplo, como consta no art. 33, da Lei nº 8.112/90, Regime Jurídico Único dos Servidores Federais.

²⁸ A passagem do voto é a seguinte, na fl. 101: "Não dispôs o ato presidencial sobre tempo de serviço público do impetrante, nem acerca das contribuições previdenciárias que haja recolhido, ao longo do tempo, e dos efeitos deste na vida do impetrante, para eventuais conseqüências no campo estritamente de benefícios previdenciários. O ato presidencial afastou o impetrante do âmbito do serviço público como titular do cargo público que provia. Não dispôs, à evidência, o ato impugnado sobre outras atividades do impetrante passadas, com reflexo no campo previdenciário pertinente aos trabalhadores em geral, nem impede 'per se', o ato demissório venha o impetrante, eventualmente, a prosseguir vinculado à previdência social como segurado, no exercício de outras atividades, ou como autônomo, ou sujeito a vínculo empregatício novo, inclusive no domínio de empresa privada."

exigidos pelo INSS e, tratando-se de contribuições de natureza tributária, seria no mínimo questionável que os valores sobre os quais incidiram as contribuições mensais não fossem considerados na integralidade para o fim de cálculo de média aritmética apuratória do montante da aposentadoria do Regime Geral.

Portanto, a conclusão a que se chega, após a promulgação das Emendas Constitucionais nº 41/2003 e nº 47/2005, é: 1) no atual sistema contributivo de Regime Próprio, o aposentado não mais é um servidor público. Ao se aposentar, há a vacância do cargo e não se poderia mais romper um vínculo funcional não mais existente, através da cassação da aposentadoria, em razão de mau serviço prestado. Preenchidos os requisitos de fruição do benefício em um sistema contributivo, a aposentadoria não pode ser cassada por motivo relacionado a atos de serviço (por exemplo, desídia), mas somente se houver vício no preenchimento dos pressupostos de aposentação, como é o caso de fraude em contagem de serviço. Da mesma forma com que, no regime do INSS, se um empregado preencher os pressupostos para aposentadoria, tem direito a ela e a má qualidade de seu trabalho na empresa não pode ser motivo para desconstituição do ato previdenciário, não se pode mais aplicar a sanção de cassação de aposentadoria nos Regimes Próprios, instituto que não teria sido recepcionado pelas emendas constitucionais; 2) a demissão do servidor público lhe dá o direito de contar, em outro regime público, o tempo de contribuição comprovado por certidão, com compensação financeira entre eles, e o direito à devolução da diferença das contribuições baseadas em valor que, diante de limitação prevista no sistema que o acolherá, não poderão integrar a média aritmética para o cálculo do benefício.

4.2. Aposentadoria como sanção disciplinar para magistrados

A constitucionalização da previdência social, principalmente após a aproximação dos sistemas de Regimes Próprios entre si e também com o Regime Geral, fez com que algumas previsões de aposentadorias especiais, contidas em legislação pretérita à promulgação da Emenda nº 20/98, não fossem mais recepcionadas pelo ordenamento constitucional.

É o exemplo da aposentadoria compulsória de magistrados vitalícios, decidida por ato administrativo dos tribunais.

A Lei Complementar nº 35/79, Lei Orgânica da Magistratura Federal, no art. 42, V, dispõe a respeito da possibilidade de aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço para o magistrado que cometer infração disciplinar.

Na época de sua edição, estava em vigor a Emenda Constitucional nº 1/69 à Constituição de 1967 que, no art. 113, aludia a duas modalidades de aposentadorias compulsórias: aos setenta anos de serviço ou por invalidez comprovada. Mas não vedava o tratamento extensivo da matéria por lei, motivo pelo qual os tribunais consideravam válida a previsão da LOMAN ao instituir mais uma hipótese de aposentadoria compulsória.

A promulgação da Constituição de 1988 não alterou a matéria, pois os magistrados continuaram a ter tratamento previdenciário especial, o que deu respaldo para a instituição de critérios legais diferenciados de aposentadoria.²⁹

Ocorre que a Emenda Constitucional nº 20/98 modificou o dispositivo do art. 93, VI, da Constituição, dando-lhe a seguinte redação:

"VI - a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no art. 40;"

Mediante essa alteração, foram unificados os critérios de aposentadorias no serviço público, entre ocupantes de cargos efetivos e vitalícios, vedando-se a discriminação entre eles.

E, por conseqüência, deixou de ser recepcionada a possibilidade de aplicação de sanção de aposentadoria compulsória aos magistrados, que passaram a ter todas as hipóteses de ingresso na inatividade previstas de forma exaustiva no art. 40, da Constituição, do mesmo modo que os servidores ocupantes de cargo efetivo.

A mudança foi realizada já em atraso, pois há muito não se tem como justificar perante a população a aplicação legal de uma

²⁹ O art. 93, VI, da Constituição da República, na redação original, somente aludia a duas modalidades de aposentadoria integrais, a compulsória por idade e por incapacidade, e à aposentadoria proporcional por tempo de serviço, mas não excluía outras possibilidades, inclusive mediante produção legislativa.

sanção da qual resulta a vantagem de permanecer inativo com percepção de rendimentos.

Aliás, pode-se afirmar que a instituição legal dessa modalidade de "punição" a magistrados não mantinha coerência com a própria previsão ordinária de cassação de aposentadoria no serviço público, uma vez que o mesmo Estado que institucionalizava a perda de proventos do funcionário indigno pelo cometimento de ato atentatório ao serviço público, concedia aposentadoria ao magistrado pelo mesmo motivo.

A imposição de contribuição tributária, a consolidação da natureza securitária da previdência dos agentes públicos e a padronização desse regime tornou incompatível com a Constituição a possibilidade de aposentadoria não respaldada em risco social (sinistro) individual.

Mas, contraditoriamente, já no ano de 2004, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45 que, ao instituir o Conselho Nacional de Justiça, deu-lhe atribuição para determinar a aposentadoria com proventos proporcionais ao tempo de serviço a magistrados, no art. 103-B, parágrafo 4º, III.

A partir, então, desta nova previsão, foi reinstituída a possibilidade de aplicação de sanção disciplinar de aposentadoria aos magistrados, mediante aplicação da regra especial que contraria a alusão genérica de padronização de critérios de inatividade.

O resultado é que, a contar da vigência da EC nº 20/98 e até a véspera da entrada em vigor da EC nº 45/2004, não havia respaldo constitucional de validade para a aplicação de sanção administrativa de aposentadoria compulsória a magistrados.

À vista do exemplo, observa-se que a evolução normativa constitucional previdenciária no Brasil é história baseada em avanços e recuos institucionais sucessivos ditados pela carência de definição de objetivos estratégicos de longo prazo e pela ausência de estudo atuarial e de coerência do sistema. Além disso, é muito mais marcada por um voluntarismo governamental momentâneo do que pelo planejamento responsável com vista ao cumprimento dos princípios e objetivos fundamentais estabelecidos no pacto social.

5. CONCLUSÃO

A constitucionalização do Direito Previdenciário permite a identificação de dois fenômenos contraditórios: 1) em linhas gerais, há uma tendência para a uniformização dos sistemas públicos de seguro e os dispositivos constitucionais informadores dos regimes, sob visão global, têm conseguido delinear de forma satisfatória o rumo a seguir pela legislação, 2) mas a Constituição tem sido também palco de previsões de regras pontuais de aplicação de hipóteses especiais e excludentes da normatização geral, criadoras invariavelmente de vantagens corporativas anti-republicanas injustificáveis sob aspecto de seguro público e que acabam por onerar a parte majoritária mais pobre da sociedade, criando uma solidariedade invertida, na qual os mais carentes, através da carga geral de ingressos públicos, ajudam a manter benefícios para os mais ricos.

O presente trabalho pretendeu, assim, demonstrar, a partir do necessário estudo das instituições previdenciárias brasileiras, a importância da constitucionalização desse ramo do Direito, não somente com exemplos indicadores da positivação constitucional de temas que não mereceriam constar na lei fundamental e que, por isso, desorientam os aplicadores do Direito e os enredam em dificuldades normativas assistemáticas, criando uma sensação de se estar no labirinto de Minos à espera do monstro devorador de homens. Mas também a importância da positivação, por uma Constituição de um Estado Democrático (e Social) de Direito como o nosso, de normas materialmente integradoras do pacto social e orientadoras das regras infraconstitucionais que instituem os regimes de seguro público.

A exata medida da consciência constitucional do Direito Previdenciário contribuirá para a adoção de critérios universais, uniformes e mais justos, e proporcionará a correta exploração das potencialidades normativas constitucionais de orientação hermenêutica, de controle de validade e de instituição de direitos sociais negativos e prestacionais efetivos na garantia da proteção fundamental pelo Estado. 