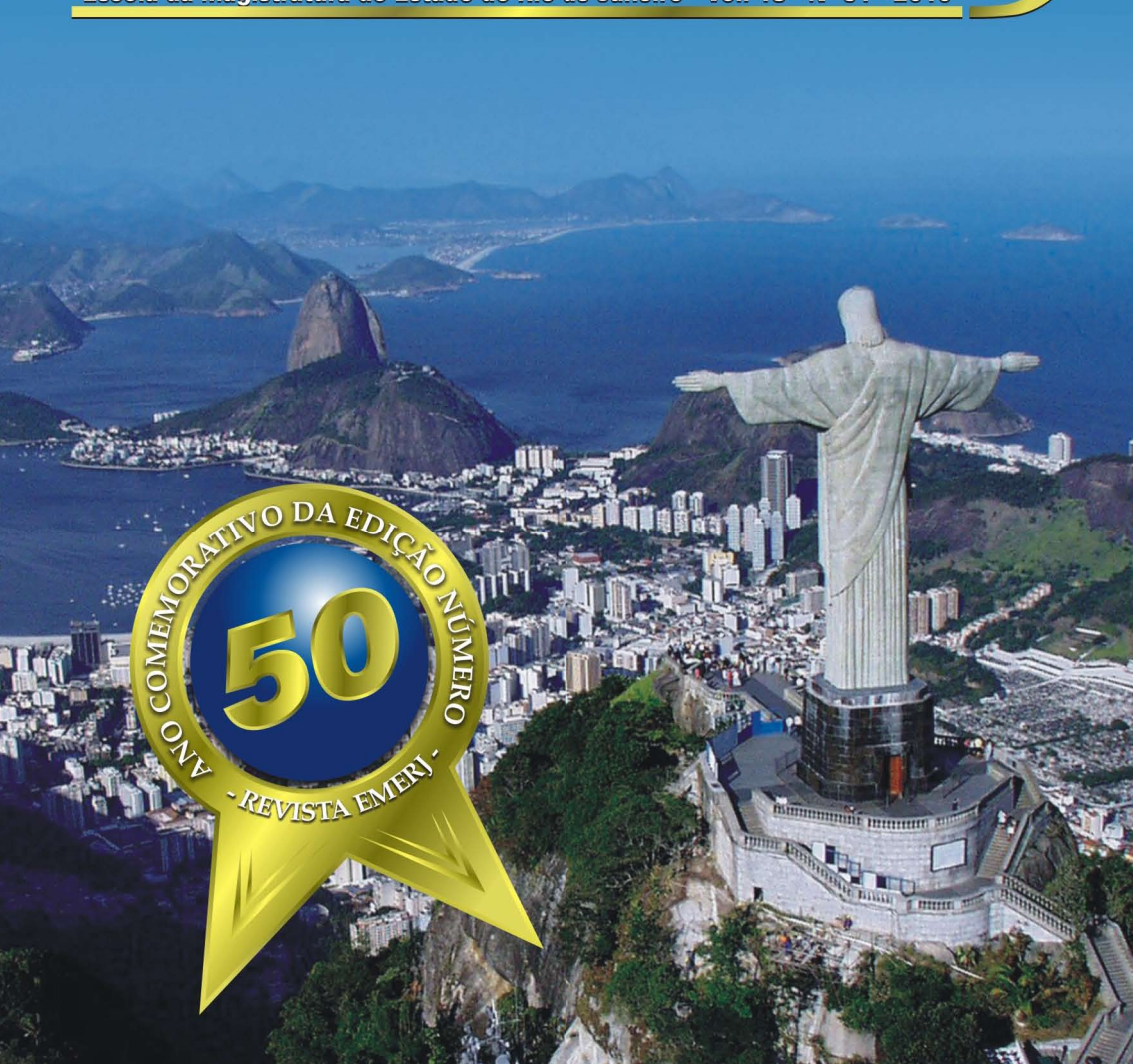


ISSN 1415-4951
(versão impressa)

REVISTA

EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - Vol. 13 - Nº 51 - 2010



ISSN 1415-4951
(versão impressa)

REVISTA DA

EMERJ

v. 13 - n. 51 - 2010
Julho/Agosto/Setembro

Rio de Janeiro

© 2010, EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

Min. Luiz Fux; Des. Manoel Alberto Rêbello dos Santos; Des. Sergio Cavaliere Filho; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. Jessé Torres Pereira Júnior; Des. Décio Xavier Gama; Des. Semy Glanz; Des. Laerson Mauro; Des. Wilson Marques; Des. Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento; Des. Jorge de Miranda Magalhães; Des. José Carlos Barbosa Moreira.

Coordenador Editorial: Des. Décio Xavier Gama.

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); **Programação Visual:** Valéria Monteiro de Andrade; **Editoração website:** Jaqueline Diniz; **Capa:** André Amora; **Revisão ortográfica:** Suely Lima, Ana Paula Maradei e Sergio Silvares.

Impressão: Divisão de Artes Gráficas - TJ/RJ.

Tiragem: 3.500 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.

Edição Especial 2007. Comemorativa do Octogésimo Ano do Código de Menores Mello Mattos.

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.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br



Diretoria da EMERJ

Diretor-Geral

Des. Manoel Alberto Rebêlo dos Santos

Conselho Consultivo

Des. Ronald dos Santos Valladares

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Des. Nildson Araújo da Cruz

Des. José Carlos Maldonado de Carvalho

Des. Antonio Carlos Esteves Torres

Des. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado

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. Marcus Henrique Pinto Basílio

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

Ao ser completada, na edição passada (abril a junho de 2010), meia centena de números da REVISTA DA EMERJ, desejamos reproduzir aqui as informações dadas a alguns colegas, pessoalmente, ou por *e-mails*, sobre normas que deveriam ser observadas para inclusão de artigos oferecidos à divulgação. Recebemos sempre indagações sobre a forma, tipo de letras, sobre o formato próprio dos originais, ou mesmo sobre a extensão do texto. Não desejamos criar obstáculos à liberdade dos colaboradores para expor seus temas jurídicos, os mais diversos. Os estudos divulgados acabam por ter conformação idêntica, na extensão, ou na apresentação gráfica. Apenas sugerimos apresentação uniforme, inclusive no tamanho do artigo (o que seria melhor, página e meia de artigo ou 50 páginas, de outro, como já nos foram encaminhadas?). Também meditamos sobre os objetivos, ou a finalidade da Revista. Quando colocamos, a cada trimestre, um novo número nas mãos de nossos queridos alunos, também eles podem ter seus objetivos e propósitos. Devem, naturalmente, procurar na pesquisa os periódicos com matéria de interesse para se instruírem, acompanharem as aulas, ou enriquecerem seus conhecimentos.

Sobre os temas de que tratam os trabalhos oferecidos, ou de que possam vir a tratar, parece-nos conveniente que, alguns, sempre que possível, discutam questões previstas em programas, ou inseridas em disciplinas constantes dos editais de Concurso Público divulgados por nossos Tribunais.

Não há dúvida de que a Revista não oferece restrições para que os colaboradores possam conceber e elaborar seus artigos para publicação. Sobre a extensão deles é que nos batemos em não vê-los com mais de 25 ou 30 páginas. Temos o compromisso de admitir a inserção de 18 até 20 colaborações, sem ultrapassar muito as 300 páginas por edição. Por tais motivos evitamos divulgar monografias, ensaios, estudos e mesmo trabalhos de aulas, de pós-graduação e de mestrado, quase sempre de alto nível, mas extensos para uma publicação do porte da REVISTA DA EMERJ. Não gostaríamos de quebrar o sistema de 300 páginas, em média, em

cada número, sobre questões controvertidas. Muitos problemas jurídicos ainda se acham em constante debate pela divergência persistente entre os eminentes julgadores. Mesmo quando chegam à fase de pacificação do entendimento em Câmaras ou mesmo nos Tribunais, aspectos novos do tema são suscitados e provocam novos motivos para divergências, que podem tomar muito mais do que 30 páginas do estudo.

Por outro lado, só em nosso Estado do Rio de Janeiro há 10 ou mais Universidades com Cursos de Pós-graduação e Mestrado, todos exigindo trabalhos de aprovação, ao longo ou no final do curso, com estímulo à publicação dos trabalhos. São eles, quase sempre, excelentes, frutos de pesquisa universitária com extensa indicação bibliográfica, que entendemos desnecessária a sua divulgação como artigos de revista. Buscamos ver circular também publicação de porte médio e de fácil consulta.

A Revista é um instrumento de divulgação do ensino e dos programas de aula da EMERJ, nos quais se debatem temas e matérias que servem de roteiro para os candidatos que desejam se aprimorar para os concursos jurídico-profissionais.

Outra questão é a da titulação dos subtemas estudados em parágrafos mais longos. Melhor será que, nesse caso, sejam dados títulos a cada uma dessas partes do artigo, para mais fácil encontro em pesquisa, de parte, ou de todo o texto. Com a visão do subtítulo, o leitor daquele conjunto de ideias contidas no trabalho reterá a matéria na memória com maior facilidade. Além disso, enriquecerá o sumário que adicionamos ao índice, como já observaram.

No tocante ao tipo de letras, é certo que os colegas colaboradores têm total liberdade de adotar aquele que melhor lhes aprouver, porque as revistas, repito, tendem a converter todos os textos recebidos em fonte uniformizada, ou seja, em tipos idênticos de letras. E bom seria que todas as páginas viessem com a numeração de cada uma, como a maioria dos nossos articulistas já o faz.

Des. Décio Xavier Gama
Coordenador da Revista

Sumário

Mandado de Segurança - Lei 12.016/09. 17

Os Recursos

Wilson Marques

Desembargador (aposentado) do TJ/RJ. Professor de Direito Processual Civil da EMERJ.

1. Apelação. 1.1 Cabimento. 1.2. Efeitos do recurso. 1.3. Legitimação recursal da autoridade apontada como coatora. 2. Reexame Necessário. 2.1. Cabimento. 3. Agravo. 3.1. Cabimento. 4. Embargos Infringentes. 4.1. Cabimento. 5. Recurso Ordinário Constitucional. 5.1. Cabimento.

A Constituição de 1946: Precedentes e 27

Elaboração

André Felipe Vêras de Oliveira

Juiz de Direito do TJ/RJ. Especialista “lato sensu” em História Moderna e em História Contemporânea (UFF).

1. Introdução. 2. O mundo em paz: a queda do Eixo e o fim da Segunda Guerra. 2.1. Histórico da rendição japonesa: os últimos dias da guerra no Pacífico. 2.2. Vitória sobre o nazifascismo: os momentos finais da guerra na Europa. 3. O significado da vitória dos Aliados e o anacronismo do Estado Novo. 3.1. Getúlio sob pressão: a ditadura em crise. 3.1.1. O “Manifesto dos Mineiros”, de 24/10/1943. 3.1.2. A “Carta aos Brasileiros”, de 10/12/1943. 3.1.3. A “Declaração de Princípios do 1.º Congresso Brasileiro de Escritores”, de 27/01/1945; 3.1.4. A entrevista de José Américo de Almeida, de 22/02/1945. 3.1.5. Os acontecimentos da Praça da Independência, no centro de Recife, em 03/03/1945. 3.2. Administrando a turbulência: Getúlio à espera do cavalo encilhado. 3.2.1. A organização polí-

tico-partidária brasileira pós-Segunda Guerra: breves características das principais agremiações. 3.2.1.1. A UDN. 3.2.1.2. O PSD. 3.2.1.3. O PTB. 3.2.1.4. O PCB. 3.2.2. Jogando o xadrez político: Getúlio x Capitalistas liberais. 4. O cavalo encilhado que não veio: a derrubada de Getúlio. 5. Sob o sol dos novos dias: o governo transitório de José Linhares e as eleições de 1945. 6. A Constituinte de 1946: marchas e contramarchas de um projeto de nação. 7. A Constituição de 1946: à guisa de conclusão.

A Nova Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública: Primeiras Considerações e Proposta para Implementação

77

Milton Delgado Soares

Juiz de Direito Titular da Vara Única de Japeri/RJ. Ex-Procurador do Estado do RJ. Mestre em Direito Público e Professor Universitário.

1. Introdução. 2. Análise dos principais aspectos. 2.1. Competência. 2.2. Legitimidade. 2.3. Conciliadores e Juizes Leigos. 2.4. Atuação dos Representantes Judiciais da Fazenda e seus Poderes. 2.5. As Tutelas de Urgência Antecipada e Cautelar. 2.6. Execução Sincrética e as Prerrogativas do Reexame Necessário e Precatório Requisitório. 2.7. Recursos, Turmas Recursais e Pedido de Uniformização de Interpretação da Lei. 3. Conclusão e Proposta para a criação dos novos Juízos impostos pela Lei 12.153/09.

A Legitimidade da Defensoria Pública para a Tutela dos Interesses Difusos: Uma Abordagem Positiva

94

José Augusto Garcia de Sousa

Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela UERJ. Professor de Direito Processual Civil da UERJ, da Fundação Getúlio Vargas (RJ) e da EMERJ.

1. Introdução - 2. A “Defensoria Pública Constitucional” e suas funções: a superação do individualismo e a construção de um perfil mais solidarista - 3. A réplica relativa ao entendimento contrário à legitimidade da Defensoria - 4. A valia da legitimidade da Defensoria para a tutela de direitos difusos - 5. Três aplicações práticas - 6. Resenha final.

A Propriedade Fiduciária no Direito Brasileiro: Uma Proposta para a Construção Dogmática do Modelo **129**

Raphael Manhães Martins

Advogado. Tutor da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas - FGV. Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

1. “O todo sem a parte não é o todo / A parte sem o todo não é parte”. 2. A parte que não se encaixa no todo. 3. Aquilo que é comum às partes e ao todo. 3.1. Fidúcia. 3.2. Segurança. 4. “Mas se a parte faz o todo, sendo parte/Não se diga que é parte, sendo todo”.

Dos Direitos Humanos da Vítima de Violência e a Responsabilidade do Estado **148**

Patricia Pimentel O. C. Ramos

Promotora de Justiça no Rio de Janeiro.

Introdução. O Direito Humano de Viver em Segurança. A Condenação do Brasil pela Proteção Insuficiente. O Dever de Indenizar a Vítima: o avanço da Lei 11.719 de 20.06.08. Conclusão.

A Relevância da Função Jurisdicional e do Processo como seu Instrumento **178**

Sérvio Túlio Santos Vieira

Desembargador (aposentado) do TJ/RJ. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal Flu-

minense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA.

1. Introdução. 2. O Acesso à Jurisdição nas Constituições Federais. 3. A Relevância da Função Jurisdicional. 3.1. Conceito e Natureza Jurídica da Jurisdição. 3.1.1. Conceito de Jurisdição. 3.1.2. Natureza Jurídica da Jurisdição. 3.2. A Relevância da Função Jurisdicional. 3.3 A Jurisdição como Instrumento de Inclusão Social. 3.4. Características, Atributos e Princípios da Função Jurisdicional. 3.4.1. Características e Atributos da Função Jurisdicional. 3.4.2. Princípios da Função Jurisdicional. 3.5. Espécies de Jurisdição. 3.6. Eficácia da Atividade Jurisdicional. 4. A Relevância do Processo como Instrumento da Jurisdição. 4.1. Natureza Jurídica do Processo. 4.2. Conceito, Características e Princípios do Processo. 4.2.1. Conceito e Características do Processo. 4.2.2. Princípios do Processo. 4.3. A Relevância do Processo. 4.4. A Socialização do Processo. 4.5. A Legitimação da Decisão pela Participação das Partes no Processo. 4.6. O Processo contra a Fazenda Pública e a Efetivação da Decisão. 5. Considerações Finais.

Notas sobre a Execução Penal

230

Álvaro Mayrink da Costa

Desembargador (aposentado) do TJ/RJ. Professor da EMERJ e Presidente do seu Fórum Permanente de Execução Penal.

1. Introdução. 2. Objetivos da Lei de Execução Penal. 3. Sistemas e Regimes. 4. Estabelecimentos, Regimes e Autorizações de Saída. 5. Trabalho Prisional. 6. Remição. 7. Detração. 8. *Sursis*. 9. Livramento Condicional. 10. Direitos do Preso. 11. Reabilitação.

O Arquivamento no Projeto de Reforma do Código de Processo Penal

267

Sergio Demoro Hamilton

Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público RJ e Professor Universitário. Diretor da Revista do Ministério Público RJ.

1. O Projeto de Lei do Senado de nº 156, de 2009 (ante-projeto coordenado pelo Ministro Hamilton Carvalhido, relator-geral o Dr. Eugênio Pascelli de Oliveira. 2. O arquivamento no Livro I, Tit. II, Cap. III, Seção VII (art. 37 a art. 40). A incompatibilidade entre os modelos normativos do CPP e da Constituição Federal de 1988. Os remendos por que vem passando o Código dos anos 40, em reajuste à Lei Maior. A adoção do princípio acusatório e a preservação da isenção do magistrado. 3. O mando do arquivamento passa a ser exercido no âmbito do *Parquet*. 4. O art. 37 e o art. 39 e o que dispõe a Súmula nº 524, do STF. 5. Outras razões de direito para o arquivamento, além da falta de suporte fático. 6. Falta de interesse por superveniência provável de prescrição (art. 253, II). 7. Ausência de condições da ação ou de pressupostos processuais. 8. O arquivamento do inquérito policial e a sua comunicação pelo MP à vítima, tendo essa o direito de submeter a matéria à revisão da instância competente do próprio MP em 30 dias. 9. O mesmo direito terá o investigado. 10. A autoridade policial também é comunicada. 11. Nos crimes contra a União, Estados, DF e Município, caberia também a revisão do arquivamento do inquérito policial? 12. Qual seria o órgão revisor? 13. Caberá ao MP comunicar à instância de revisão do próprio *Parquet*? (art. 38 e 40). 14. O sistema acusatório arranhado pelas medidas do Projeto é reguardado pelo arquivamento que se dará no âmbito do MP.

Lançamento para Prevenir Decadência Diante de uma das Causas de Suspensão da Exigibilidade do Crédito Tributário Prevista no Artigo 151 do CTN

Andrea Veloso Correia

Procuradora do Município do Rio de Janeiro. Professora de Direito Tributário da EMERJ e da Fundação Getúlio Vargas - FGV/RJ.

281

I. Introdução. II. Lançamento para Prevenir Decadência. Depósito do Montante Integral. Tributo Lançado por Homologação. III. Prazo para Efetivação do Lançamento para Prevenir Decadência - Tributo Sujeito a Lançamento por Homologação. IV. Lançamento para Prevenir Decadência. Cobrança de Juros de Mora. Exclusão das Penalidades. V. Veículo Instrumental do Lançamento Tributário: Nota de Lançamento ou Auto de Infração. VI. Conclusão.

É Possível “Simplificar a Linguagem Científica”?

293

Eduardo Feld

Juiz de Direito do Estado do Rio Grande do Norte. Mestre em Direito e Engenheiro Eletrônico pelo IME.

1. Introdução. 2. Seria em menosprezo à figura do advogado realizar-se uma campanha pela simplificação da linguagem? 3. As tentativas para que as peças jurídicas fossem redigidas de forma mais simples em processos judiciais. 4. Os hábitos linguísticos arcaicos do muito repetido uso de linguagem por demais ultrapassada nos processos judiciais. Ocorrência de tal proceder também por médicos, contadores, engenheiros e outras áreas. 5. A redação de muitas sentenças não chega a ser entendida por qualquer pessoa. 6. Enfim, a matéria é complexa e não merece ser tratada em “campanha de simplificação”.

Combate às Drogas: Fracasso Anunciado

297

José Mauro Braz de Lima

Professor Associado da Faculdade de Medicina - UFRJ. Diretor Geral do HESFA - Hospital Escola São Francisco de Assis - UFRJ. Coordenador-Geral do Programa Acadêmico de Álcool e Droga - CEPRAL/HESFA/UFRJ.

1. Um mundo sem droga - ONU, 1998 - Uma Utopia? 2. O conceito arraigado e tradicional de doença, de acordo com os parâmetros médicos convencionais. A inclusão dos

que têm problemas com o uso e o abuso de álcool e outras drogas. 3. As substâncias psicoativas: “Não há sociedade sem drogas”. O *boom* do uso das drogas após os anos 60. Problemas relacionados ao uso das drogas (PRAD). O viés analgésico e/ou anestésico do arsenal disponível (álcool, maconha, cocaína etc.) sobre o cérebro. 4. Os três ângulos de visão fomentados pelas três premissas levantadas anteriormente: a) O modelo de combate às drogas nos últimos 10 anos deve ser mudado. b) O foco da dependência química, apenas? c) A neurociência e os problemas relacionados às drogas que não se limitam à questão da doença médica. 5. o desafio que representa os PRAD.



EMERJ

Colaboraram neste Número

André Felipe Vêras de Oliveira, 27

Andrea Veloso Correia, 281

Álvaro Mayrink da Costa, 230

Eduardo Feld, 293

José Augusto Garcia de Sousa, 94

José Mauro Braz de Lima, 297

Milton Delgado Soares, 77

Patrícia Pimentel O. C. Ramos, 148

Raphael Manhães Martins, 129

Sergio Demoro Hamilton, 267

Sérvio Túlio Santos Vieira, 178

Wilson Marques, 17



EMERJ

Mandado de Segurança

Lei 12.016/09

Os Recursos

Wilson Marques

*Desembargador (aposentado) do TJ/RJ.
Professor de Direito Processual Civil da
EMERJ.*

1. APELAÇÃO

1.1 Cabimento

O artigo 14 da Lei 12.016/09 estabelece que “da sentença, negando ou concedendo o mandado, cabe apelação”.

O dispositivo é ocioso, na medida em que, a teor do que dispõe o artigo 513 do Código de Processo Civil, de toda sentença cabe apelação, pouco importando o teor do seu julgamento.

Além de ocioso, o dispositivo ainda é incompleto, porque, nos termos do artigo 10, §1º, da lei especial, também cabe apelação da sentença que não nega e nem concede o mandado de segurança, ou seja, da que não julga o pedido inicial procedente ou im-procedente, limitando-se, simplesmente, a indeferir a petição inicial.

Por sua vez, este artigo 10, §1º, também é incompleto, porque não nos diz se, a esse caso de indeferimento *in limine* da petição inicial do mandado de segurança, é aplicável, ou não, a regra do artigo 296 do Código de Processo Civil, de acordo com o qual “indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultado ao juiz, no prazo de quarenta e oito (48) horas, reformar sua decisão”.

Como a lei especial não dispõe em sentido contrário, pensamos que, por aplicação do princípio da subsidiariedade, se a

petição inicial do mandado de segurança for indeferida e houver apelação do autor, o juiz, ao abrigo do artigo 296 do Código de Processo Civil, poderá sim reformar a sua decisão.

1.2. Efeitos do recurso

Igualmente, a lei não diz em que efeitos o recurso deve ser recebido.

Sempre que a lei silencia a respeito dos efeitos do recurso de apelação, a regra é a de se lhe atribuir tanto o efeito devolutivo como o suspensivo.

Analisando a lei anterior, na qual o problema era o mesmo, Sérgio Ferraz, anotou que “tomando-se em conta a especial vocação da ação, como instrumento de garantia de direitos fundamentais, a concessão da segurança reclamará recurso com *efeito apenas devolutivo...*” (**Mandado de Segurança**, Malheiros, 3ª edição, nº 32.2, 1, página 188)

Isso, no caso de procedência do pedido inicial. No de improcedência, o recurso será recebido no duplo efeito pela inexistência da razão que motivou, no caso inverso, o só efeito devolutivo.

Pela mesma trilha, seguiram Barbi, Carlos Alberto Menezes Direito e, de um modo geral, a jurisprudência dos nossos Tribunais.

Amolda-se à conclusão, o § 3º do artigo 14, de acordo com o qual “a sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo no caso em que for vedada a concessão da medida liminar”.

Com efeito, a permissão para execução provisória da sentença que conceder o mandado de segurança outra coisa não pode significar senão que a apelação, nesse caso, não terá efeito suspensivo. Se tivesse, a lei não teria permitido, como permitiu, a execução provisória da sentença de procedência do pedido mandamental.

Registre-se que só estamos cuidando, até agora, de mandado de segurança da competência originária do juízo do primeiro grau de jurisdição. Nos casos de mandado de segurança da competên-

cia originária dos Tribunais, a disciplina da matéria é outra, bem diferente, e dela trataremos oportunamente, ao ensejo da análise do artigo 18.

1.3. Legitimação recursal da autoridade apontada como coatora

De forma um tanto surpreendente, o § 2º do artigo 14 estabelece que “estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer”.

Antes da lei nova, admitia-se a interposição do recurso, pela autoridade apontada como coatora, com base no artigo 499 do Código de Processo Civil, se ostentasse a qualidade de terceiro prejudicado, assim entendido aquele que, embora não figurando, no processo, como parte, é atingido pela sentença que cria, modifica ou extingue relação jurídica de que ele terceiro é ou passa a ser titular.

Assim, julgado procedente o pedido mandamental, formulado em face de pessoa jurídica de direito público, se daí resultasse, para o servidor público que praticou o ato hostilizado, obrigação de indenizar o Poder Público, em regresso, na forma do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, ele podia, como terceiro prejudicado, interpor contra a sentença o recurso de apelação, objetivando a reforma da decisão, com o que, em decorrência, afastaria, de si, a obrigação regressiva.

Mas, se, no caso figurado, malgrado a procedência do pedido inicial, o direito de regresso não nascesse, por qualquer razão, inclusive porque o servidor público não agiu com dolo ou culpa (mesmo artigo 37, § 6º, da Constituição Federal) ele, porque terceiro não interessado, não dispunha de legitimação para recorrer.

Bem, assim estavam as coisas antes da Lei 12.016/09. Será que mudou alguma coisa com o referido § 2º do artigo 14, de acordo com o qual “estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer” ?

Mais especificamente: “Estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer”, se reunidos os requisitos do artigo 499 do Código de Processo Civil ou a legitimação recursal, no caso, independe da presença desses requisitos legais?

Há bons argumentos para sustentação da resposta tanto em um sentido como no outro.

Pode-se afirmar que tudo continua como antes porque o artigo 499 do Código de Processo Civil não foi modificado, o recurso da autoridade apontada como coatora continua sendo recurso de terceiro e recurso de terceiro somente é admissível nos moldes do referido artigo 499.

Mas também se pode afirmar que se era para deixar tudo na mesma, não havia necessidade de edição da norma em exame, a do 2º do artigo 14, com a qual, desse modo, a lei teria outorgado à autoridade apontada como coatora legitimação para recorrer, independentemente de ostentar, ou não, a qualidade de terceiro prejudicado.

Aliás, em abono desta última tese, há, até, quem afirme que, a partir da lei nova, a autoridade apontada como coatora, deixou de ser terceiro, passando a ser parte, diante do que estabelece o artigo 6º da Lei 12.016, de acordo com o qual “a petição inicial... indicará, *além da autoridade coatora*, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições”.

Com base nos dispositivos mencionados, Cássio Scarpinella Bueno sustenta que a lei criou um litisconsórcio passivo necessário entre a pessoa jurídica de direito público e a autoridade apontada como coatora, de tal sorte que o recurso da autoridade coatora é recurso de litisconsorte, portanto, de parte, não de terceiro, não havendo porque indagar se estão ou não presentes os requisitos legais da interposição do recurso de terceiro, que a autoridade coatora era, mas deixou de ser.

A isso se pode objetar que a lei nova, de modo algum afirmou, no artigo 6º ou fora dele, que são litisconsortes passivos necessários, a pessoa jurídica de direito público e a autoridade apontada como coatora, não se podendo extrair essa conclusão da singela exigência de indicação, na inicial, da autoridade coatora e da pessoa jurídica da qual ela faz parte.

Além disso, se, realmente, a autoridade coatora fosse ré, no mandado de segurança, litisconsorciada com a pessoa jurídica de direito público, para que a lei nova precisaria dizer que essa

autoridade, ré, litisconsorte passiva, dispõe de legitimação para recorrer?

Além de não precisar dizer isso, menos ainda teria dito, como o fez, que, “estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer”. Como ré, litisconsorte passiva, ela teria direito de recorrer porque figura no processo como parte e não porque o direito de recorrer, da outra parte, a ela se estendeu.

Em suma, a nosso ver, nada mudou. A autoridade apontada como coatora continua dispondo de legitimação para recorrer, como terceiro, se juridicamente prejudicado, ou seja, se atingido em relação jurídica de que é titular. Caso contrário, não.

2. REEXAME NECESSÁRIO

2.1. Cabimento

A teor do que dispõe o artigo 14, parágrafo 1º, “concedida a segurança (leia-se: julgado procedente o pedido inicial), a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição”.

Sobre o reexame obrigatório, em geral, dispõe o artigo 475 do Código de Processo Civil, cumprindo indagar a respeito de questão sobre a qual a lei nova não dispõe: se são aplicáveis, ou não, ao mandado de segurança os parágrafos 2º e 3º do referido dispositivo legal, que estabelecem o seguinte, *in verbis*:

“§ 2º: “Não se aplica o disposto neste artigo (ou se-ja, não está sujeita ao duplo grau obrigatório de jurisdição a sentença), sempre que a condenação ou o direito controvertido for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor”.

“§ 3º: Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente”.

Como a lei especial é omissa sobre a matéria, a lacuna deve ser suprida com o socorro à lei geral, o que nos levará à conclusão

de que as ressalvas dos §§ 2º e 3º do artigo 475 do Código de Processo Civil são aplicáveis - sim - ao mandado de segurança.

No sentido contrário, firmou-se, antes da lei nova, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, aplaudida, depois da lei, por Cássio Scarpinella Bueno, ao ver de quem o fato de a Lei 12.016/2009 não conter aquelas ressalvas e o de ser posterior à Lei 10.352/2001 que introduziu, no artigo 475, as referidas ressalvas, a conclusão, que de tudo se há de extrair, é a de que os §§ 2º e 3º do artigo 475 do CPC *não* são aplicáveis em sede de mandado de segurança.

Portanto, segundo esse entendimento, com o qual não comungamos, em sede mandamental, julgado procedente o pedido inicial, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição, ainda quando estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente”.

É tranquilo o entendimento de que o duplo grau obrigatório do § 1º do artigo 14 da Lei nº 12.016/09 somente diz respeito à sentença de primeiro grau, não sendo exigível para as decisões concessivas de segurança da competência originária dos tribunais”.

Quando a autoridade coatora satisfaz, sem ressalvas, a pretensão do impetrante, o reexame necessário perde o seu objeto, devendo, em consequência, ser tido por prejudicado.

As decisões que concedem liminar em mandado de segurança não estão sujeitas ao reexame necessário, porque a exigência consta do parágrafo 1º do artigo 14 da lei específica, que dispõe sobre a sentença de mérito, que julgou procedente o pedido inicial, não sobre decisão concessiva de liminares, em sede mandamental.

3. AGRAVO

3.1. Cabimento

Antes do advento da lei nova, discutia-se muito sobre o cabimento de recurso de agravo de instrumento contra a decisão concessiva ou denegatória de liminar, no primeiro grau de jurisdição, e de agravo regimental, no segundo.

A Lei 12.016/09 resolveu o impasse, no seu artigo 7º, 1º, que assim dispõe *in verbis*:

“Da decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar a liminar caberá agravo de instrumento, observado o disposto na Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil”.

A lei merece louvores porque razão não havia para a omissão e, menos ainda, para o entendimento de que das decisões concessivas sou denegatórias de liminar, em mandado de segurança, não cabia recurso algum.

Como a manifestação recursal contra a decisão que concede ou nega a medida liminar estará sempre impregnada de urgência, o agravo, no caso, será sempre o de instrumento, incabível, pois, a sua interposição sob a forma retida.

Em se tratando de mandado de segurança da competência originária dos Tribunais a recorribilidade da decisão que concede ou que nega a medida liminar decorre do parágrafo único do artigo 16, que assim dispõe, *in verbis*:

“Da decisão do relator que conceder ou negar a medida liminar caberá agravo ao órgão competente do tribunal que integre”.

Com a edição dessa regra restou superada a Súmula 622 do Supremo Tribunal Federal, que, sem nenhuma razão justificável, dizia exatamente o contrário:

“Não cabe agravo regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança”.

Ao agravo em causa, ao qual o referido artigo 16 não empresta nome algum, há quem o denomine agravo regimental; outros, agravo interno, outros ainda, agravo legal ou agravo por petição. Os “mais íntimos” costumam designá-lo por “agravinho”.

Não gostamos dessas denominações.

A de agravo regimental porque se não se trata de agravo disciplinado no regimento não há porque chamá-lo de regimental. A de agravo interno porque o agravo retido também é interno, podendo assim haver confusão entre um recurso e o outro. Da de agravo legal porque dá a impressão que, ao lado do agravo legal, existiria um outro, o ilegal, o que obviamente, não ocorre. A de agravo por petição porque lembra o recurso de agravo de petição, existente no Código de 39, mas abolido no de 73, prestando-se, portanto, a designação a confusões que podem e devem ser evitadas.

Daí porque entendemos que se o agravo está previsto no regimento, nós devemos denominá-lo agravo regimental. Se não está previsto no regimento, senão que unicamente na lei, que não lhe deu nome algum, nós devemos chamá-lo de agravo inominado.

Convém registrar que, conquanto os dispositivos examinados, na sua literalidade, somente possam ser utilizados contra decisões concessivas ou denegatórias de liminares, nada impede, antes tudo recomenda, que, por identidade de razões, sejam manejáveis contra qualquer decisão interlocutória, do juiz ou do colegiado.

4. EMBARGOS INFRINGENTES

4.1. Cabimento

Sempre entendemos que são admissíveis embargos infringentes contra decisão que, em grau de apelação, reformou, por maioria de votos, sentença de mérito que decidiu mandado de segurança.

Nunca vislumbramos uma única razão capaz de justificar a edição de duas súmulas em sentido contrário, a de nº 597 do Supremo Tribunal Federal e a de nº 169 do Superior Tribunal de Justiça.

Agora, no entanto, vamos ter que depor as armas porque, na sua primeira parte, o artigo 25 da lei nova estabelece expressamente que “não cabe, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes”.

5. RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL

5.1. Cabimento

A decisão denegatória da segurança, como tal entendida a que julga improcedente o pedido mandamental ou a que dá pela extinção do processo, sem julgamento do mérito, através de decisão do colegiado, está sujeita a Recurso Ordinário Constitucional, nos exatos termos dos artigos 102, II, “a” e 105, II, “b”, da Constituição Federal; 539, II, “a”, do Código de Processo Civil e, agora, do artigo 18, *in fine*, da Lei 12.016/09.

Não a do relator, isoladamente, pois, aí não se tratará de decisão de Tribunal, e somente estas desafiam o recurso ordinário, nos termos dos dispositivos legais acima mencionados.

Não, igualmente, se de decisão de procedência do pedido se tratar. A Constituição somente admite o recurso contra decisão denegatória. Contra a concessiva os remédios utilizáveis serão o recurso especial e o recurso extraordinário, naturalmente se reunidos os respectivos requisitos constitucionais e legais. Aliás, sobre isso dispõe o mesmo artigo 18 da Lei 12.016, na sua primeira parte.

Como o recurso somente é cabível nos casos de denegação da segurança, segue-se daí que o único legitimado a utilizá-lo é o autor, geralmente designado por impetrante. Assim, não existe recurso ordinário constitucional interponível pelo réu.

Malgrado o silêncio da lei, o recurso ordinário constitucional deve ser recebido com efeito suspensivo, o que impedirá, enquanto não for julgado, que a decisão embargada produza os efeitos que lhe são naturais.

“Desde que admissível, o recurso ordinário, como qualquer outro, obsta ao trânsito em julgado da decisão recorrida. *No silêncio da lei, deve-se admitir que tenha, igualmente, efeito suspensivo de acordo com o princípio geral.....*” diz José Carlos Barbosa Moreira, com todo o peso da sua autoridade (**Comentários ao Código de Processo Civil**, Forense, 7ª edição, volume V, n° 343, página 560).

Não discrepa Sérgio Ferraz:

“Equivalendo o recurso ordinário à apelação em mandado de segurança, os efeitos de um e outro não de ser idênticos: suspensivo e devolutivo...” (Mandado de Segurança, Malheiros, 3ª edição, página 196)

Como já assinalamos em outro ponto, nos casos de mandado de segurança da competência originária dos Tribunais, não cabe reexame necessário do acórdão que julgar procedente o pedido inicial. O duplo grau obrigatório de jurisdição somente é cabível nos casos de mandado de segurança da competência originária dos juízos do primeiro grau de jurisdição. ☐

A Constituição de 1946: Precedentes e Elaboração

André Felipe Vêras de Oliveira

Juiz de Direito TJ/RJ. Especialista “lato sensu” em História Moderna e em História Contemporânea (UFF).

1. INTRODUÇÃO

Por que, em pleno século XXI, haveria de guardar alguma importância um artigo sobre o processo histórico de elaboração da Constituição de 1946? Como inscrever um estudo dessa natureza nas páginas de uma revista que, de regra, se destina a um público leitor cada vez mais interessado na troca de experiências técnico-profissionais entre os vários operadores do Direito do que propriamente em revisitar temas para os quais os cursos e tratados da área jurídica normalmente não dedicam muitas páginas? Talvez essas indagações estejam a assaltar você, caro companheiro, que agora folheia a conceituada revista que tem nas mãos. Permita-me, porém, justificar em brevíssimas linhas o esforço de minha escrita.

Vivemos em um momento de crises. Crise do racionalismo. Crise da legitimidade da sociedade de mercado (que gera, como de fato vem gerando, doenças sociais graves e das quais são exemplos sensíveis o consumismo, o superendividamento e a relativização cada vez mais acentuada do “ser” pelo “ter”). Crise das certezas. Crise, enfim, da modernidade, essa era consolidada a partir das revoluções liberais do século XVIII e que, nas últimas décadas, cedeu lugar a um mundo turbulento, reducionista e veloz que identificamos, em linguagem ainda insatisfatória, como “pós-moderno”. A história, que é o estudo da evolução social, deve ser a chave para a descoberta de novos e melhores caminhos, pelos quais deverão trilhar, dentre outros, os operadores da ciência jurídica dotados de uma compreensão mais clara da realidade e menos romântica

de um fantasioso Direito autopiético, absoluto, que se baste a si mesmo, distante de sua causa geradora (as relações de poder), hermético e despido de vasos comunicantes com os outros diferentes campos do saber humano. Nessa toada, não há como negar validade à velha e conhecida constatação do liberal-conservador espanhol Juan Donoso Cortés, que viveu no século XIX: quem controla o passado, controla o futuro. O período histórico abordado no texto que se seguirá guarda, a um só tempo, alguns pontos de ruptura e muitos traços de continuidade com a época atual da vida brasileira, em que outra Constituição (1988), bem mais avançada (mas também nascida em tempos de pós-ditadura), rege a nossa sociedade contemporânea.

Acredito na história - e, lógico, na história do Direito - como um poderoso instrumento para a transformação social. Conhecer a história é saber quem somos e de que modo podemos prosseguir na longa e sinuosa marcha dos avanços e revezes que marcam, invariavelmente, o desenvolvimento da coletividade humana. Não há perenidade. É como leciona o intelectual português Boaventura de Souza Santos: “Em vez de eternidade, a história; em vez do determinismo, a imprevisibilidade; em vez do mecanicismo, a interpenetração, a espontaneidade e a auto-organização; em vez da reversibilidade, a irreversibilidade e a evolução; em vez da ordem, a desordem; em vez da necessidade, a criatividade e o acidente” (SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. Lisboa: Afrontamento, 1997, p. 28).

Então, vamos ao texto.

2. O MUNDO EM PAZ: A QUEDA DO EIXO¹ E O FIM DA SEGUNDA GUERRA

*“Perdoe-nos, ó Imperador; nosso esforço não foi suficiente!”
(Coro de súditos de Hiroito, ajoelhados diante do Palácio*

¹ Eixo foi o nome pelo qual se tornou conhecida a aliança político-militar estabelecida entre a Itália, a Alemanha e o Japão, países que lutaram contra os Aliados na Segunda Guerra. Foi a 25/10/1936 que Mussolini e Hitler assinaram o tratado que oficializou a formação do

Imperial de Tóquio, na capital do Japão, após o anúncio da rendição incondicional do país).

Domingo, 09h04m da manhã do dia 02/09/1945. Baía de Tóquio. Oficialização da rendição do Japão, em cerimônia acontecida no interior do couraçado norte-americano “USS Missouri”. Vitória definitiva dos Aliados². Fim da Segunda Guerra Mundial, que deixou para trás um saldo aproximado de cinquenta milhões de mortos em seis anos de conflito.

2.1. Histórico da rendição japonesa: os últimos dias da guerra no Pacífico.

Em 1926, Hiroito ascendeu ao trono imperial japonês. Foi o início da “Era Showa”³. Naquela época, o Japão já exibia uma economia industrial em franco crescimento, embora o início dos anos 1930 haja sido marcado por crises. As principais: a) a quebra da bolsa de Nova York em 1929, fato que afetou, a exemplo de outros países, importantes grupos empresariais nacionais do Japão, e b) a perda da safra agrícola em 1931, resultado das vigorosas ondas de frio havidas naquele ano. A retomada do progresso econômico,

Eixo Roma-Berlim. O Japão ingressou nessa coalisão um pouco mais tarde, em 27/09/1940. A partir daí, formou-se o Eixo Roma-Berlim-Tóquio.

² Os Aliados foram o conjunto das forças militares dos países que lutaram contra a Alemanha, a Itália e o Japão durante a Segunda Guerra Mundial. Tinham como principais membros a Inglaterra, a França, a URSS e os EUA. Inicialmente, Inglaterra e França declararam guerra à Alemanha, após a invasão da Polônia pelo exército nazista em 01/09/1939. Em 22/06/1941, com a invasão simultânea da Lituânia, da Letônia, da Rússia e da Ucrânia pelas tropas de Hitler (Operação Barbarossa), a URSS ingressou na briga ao lado dos Aliados. Em 07/12/1941, com o ataque japonês a Pearl Harbor, foi a vez dos EUA também tomarem parte na luta ao lado dos ingleses, dos franceses e dos soviéticos. Outros países, em torno de 50, chegaram a colaborar, de algum modo, com os esforços de guerra dos Aliados no decorrer dos combates, cedendo tropas e/ou apoio logístico (bases militares e linhas de suprimento, por exemplo).

³ Cada imperador que assume o trono japonês dá, por tradição, nome a uma era, e assim, de era em era, vai se dividindo a história do Japão. Hiroito, entronado em 25/12/1926 como 124.º imperador do Japão, deu início à “Era Showa”, que perdurou até a sua morte em 07/01/1989. Esse foi, até hoje, o mais longo reinado do Japão, país que atualmente vive a “Era Heisei”, do Imperador Akihito. O nome “Showa”, em japonês, significa “Paz Iluminada”.

segundo o governo, dependia da expansão territorial do país, carente, em grande parte, de recursos naturais estratégicos para a indústria, como o ferro, o carvão, a borracha e o petróleo, além, é claro, de melhores espaços para uma eficiente produção agrícola.

Em 1931, o Japão invadiu o território chinês da Manchúria (região rica em reservas de carvão e ferro). O “Incidente de Mukden”, sabotagem ferroviária acontecida na cidade de Mukden (hoje Shenyang) em 18/09/1931, foi o pretexto engendrado pelos japoneses para a legitimação do ato de invasão militar à China. O passo seguinte foi a instalação, em 01/03/1932, de um “Estado-fantoches” na Manchúria denominado Manchukuo, controlado, obviamente, pelo Império do Japão.

Em janeiro de 1933, o Japão ampliou os domínios territoriais de Manchukuo, anexando-lhe a província chinesa de Jehol. Como a China recorrera com sucesso à Liga das Nações (precursora da ONU), no dia 27/03/1933 o Japão se retirou daquela organização internacional.

Em 1934, o Japão apoiou a formação de um “Conselho Autônomo” na região da Mongólia interior, no nordeste da China e, em 1936, enfim, fundou no território chinês mais um “Estado-fantoches” a serviço de seu trono imperial: Mengjiang.

Em julho de 1937, o Japão tomou Pequim e declarou guerra total à China. Foi o início da “Segunda Guerra Sino-Japonesa” (a “Primeira Guerra Sino-Japonesa” havia sido travada nos anos 1894-1895 e visou ao controle da Coreia, que, por sua vez, acabou anexada ao Japão em 1910).

Em agosto de 1937, o exército japonês tomou Xangai. Mais de 250 mil chineses morreram na operação. Em dezembro de 1937, o Japão invadiu Nanquim. O “Massacre de Nanquim”, como a invasão ficou conhecida, resultou na morte de cerca de 300 mil chineses.

Em fevereiro de 1939, o Japão invadiu a Ilha de Hainan, colônia francesa ao sul da província de Cantão. O ataque àquela ilha foi o primeiro do Japão que se voltara contra uma possessão europeia no Pacífico. Em maio de 1939, o Japão invadiu a Mongólia exterior, mas recuou ante a fronteira resistência soviética. Em setembro de 1940, o Japão se aliou ao Eixo; e em dezembro de 1941, atacou bases navais norte-americanas em Pearl Harbor, no Havaí. O

ataque a Pearl Harbor foi o acontecimento histórico que, de um lado, determinou o ingresso dos EUA na Segunda Guerra Mundial e, de outro, inaugurou o período conhecido como “guerra do Pacífico”. Sobre Pearl Harbor, pontua Célia Sakurai: “O ataque a Pearl Harbor foi fruto do ambicioso plano japonês de criar a Grande Esfera da Co-Prosperidade da Ásia Oriental - uma ideia lançada em agosto de 1941 para justificar suas ações no continente asiático. Pela proposta, com o Japão à frente, os países asiáticos se uniriam para desalojar qualquer influência ocidental - política, econômica e cultural - de suas terras. (...). Nessa ideia não há proposta de igualdade, mas de ordem. E não há espaço para muitas visões de mundo, mas uma visão unificada sob a ótica e o comando do Japão. Por trás dela estavam, na realidade, as elites japonesas aliadas ao governo, que cobiçavam o controle das fontes de matéria-prima, pensando também na possibilidade de alargar suas exportações e implantar com grandes vantagens seus negócios pela Ásia” (SAKURAI, Célia. **Os japoneses**. São Paulo: Contexto, 2007, p. 188).

Em março de 1942, o Japão conquistou a Indonésia, até então colônia holandesa, e a “guerra do Pacífico” (1941-1945) foi, assim, se desenvolvendo de modo amplamente favorável ao Japão até a Batalha de Midway, em junho de 1942. A derrota japonesa em Midway, um atol localizado a 300 milhas a noroeste do Havaí, representou o início da virada dos Aliados na guerra, pois a Marinha Imperial do Japão sofreu ali revezes tão graves que o país praticamente teve de continuar combatendo os seus inimigos valendo-se, pelos anos seguintes, de uma força naval secundária. Segundo Paul Glynn, “o Japão perdeu quatro grandes porta-aviões e o melhor de sua força aérea, e até o fim da guerra os japoneses não conseguiram recuperar as ações navais” (GLYNN, Paul. **Um hino a Nagasaki**. São Paulo: Loyola, 1998, p. 133).

Em março de 1945, após violentíssima batalha que tivera início no mês anterior, os EUA tomaram Iwo Jima, uma ilha vulcânica localizada a 750 milhas ao sul de Tóquio. Grande foi a importância estratégica dessa conquista, pois a ilha, que de base aérea japonesa foi transformada em base aérea norte-americana, encurtou o voo dos aviões do Corpo Aéreo do Exército dos EUA ao território japonês e permitiu a massificação dos bombardeios contra aquele

país. Muitas das missões de ataque foram levadas a cabo pelos temíveis aviões quadrimotores norte-americanos “B-17” e “B-29”, que eram alcunhados de “fortalezas voadoras” em razão da significativa capacidade de que dispunham no transporte e lançamento de pesadas quantidades de ogivas incendiárias. Em pouco tempo, escombros se impuseram às paisagens de importantes centros urbanos japoneses como Tóquio, Kobe, Osaka, Nagoya e Yokohama.

Em julho de 1945, com a guerra concentrada exclusivamente no Pacífico (não havia mais operações militares na Europa), os norte-americanos exigiram, sem êxito, a rendição do Japão.

Em agosto de 1945, no dia 6, a cidade de Hiroshima conheceu os horrores da bomba atômica⁴. Nunca se vira na história, até aquele momento, uma arma com tão vasto poder de destruição. A explosão e as subseqüentes ondas de calor e radiação deixaram, em poucos minutos, um saldo aproximado de 140 mil mortos, vale dizer, três quintos da população local. No dia 8 daquele mês, a URSS declarou guerra ao Japão e assumiu posições militares na província chinesa da Manchúria, que desde o já citado “Incidente de Mukden”, em 1931, vinha se mantendo sob rígido controle japonês. No dia seguinte (dia 9), um novo horror nuclear se abateu sob o Japão. O alvo, dessa vez, foi a cidade de Nagasaki, onde cerca de 80 mil pessoas desapareceram quase que instantaneamente.

Temendo pelo lançamento de uma terceira bomba atômica e sem que tivesse um aparato militar suficientemente preparado para conter o contínuo avanço da frente soviética, Hiroito tentou acertar com os Aliados uma rendição sob condições. Isso no dia 10/08/1945. Não conseguiu. Acabou, enfim, por reconhecer a irreversibilidade de sua derrota e por concordar em se render de forma incondicional aos rivais. O discurso de rendição foi trans-

⁴ A bomba atômica resultou de um projeto secreto norte-americano de 1942, denominado “Projeto Manhattan”, que foi dirigido no plano político-militar pelo general, depois brigadeiro, Leslie Groves, e no plano científico pelo físico de origem judia Julius Robert Oppenheimer. O referido projeto perdurou até a denominada “Experiência Trinity”, de 16/07/1945, quando foi detonada, com sucesso, a título de teste, a primeira bomba atômica da história. Essa experiência atômica aconteceu na região de Los Alamos, no deserto do Novo México (EUA).

mitido aos japoneses pelo rádio, a partir de Tóquio, na tarde de 15/08/1945. Foi um dia de muitas lágrimas e de dor para o país. Alguns militares japoneses, ante o inevitável desfecho que julgavam intoleravelmente humilhante, partiram para o suicídio, ato extremo de salvação moral na tradição samurai. Foi o caso do almirante Takijiro Onishi, mentor das operações “kamikazes”⁵.

Vencido o Japão, iniciaram-se os preparativos para a oficialização de sua rendição. No dia 02/09/1945, a bordo do navio “USS Missouri”, da Marinha norte-americana, os ministros japoneses Mamoru Shigemitsu (Relações Exteriores) e Yoshijiro Umezue (Guerra) firmaram, na presença do comandante supremo dos Aliados no Pacífico, general Douglas MacArthur (EUA), e da chamada “mesa de capitulação” (integrada por representantes dos EUA, Inglaterra, França, URSS, China, Holanda, Canadá, Austrália e Nova Zelândia), o ato de rendição. Eram 09h04m da manhã. E assim se encerrou o último capítulo do mais sangrento conflito militar do Século XX.

2.2. Vitória sobre o nazi-fascismo: os momentos finais da guerra na Europa.

“Vida longa à sagrada Alemanha!”

(Último brado de Claus von Stauffenberg, coronel alemão que conspirou para assassinar Hitler na malfadada “Operação Valquíria”, de 20 de julho de 1944, no momento do seu fuzilamento em Berlim por soldados nazistas).

⁵ As operações “kamikazes”, que nada mais eram do que missões militares suicidas, se tornaram uma efetiva estratégia japonesa de guerra apenas na segunda metade de 1944, quando jovens estudantes, incentivados ao sacrifício pessoal por amor ao imperador, ao país e à religião, passaram a ser treinados em poucos dias com noções básicas de pilotagem e depois embarcados em aviões “Mitsubishi Zero” municiados apenas com uma única bomba de 250 quilos. É certo que já em 1941, quando do ataque a Pearl Harbor, alguns pilotos japoneses chegaram mesmo a projetar os seus aviões de combate contra navios de guerra norte-americanos. Esses voos suicidas, porém, não eram a finalidade da missão e eles só aconteceram porque, uma vez atingidos em seus aviões, os pilotos japoneses, sempre que diante da morte inevitável e iminente, procuraram provocar, como último recurso, o maior número possível de baixas inimigas.

A guerra na Europa, como acima já destacado, terminou meses antes do desfecho da guerra no Pacífico. A Itália foi a primeira das potências do Eixo a se render aos Aliados, fato acontecido em 03/09/1943. Deposto em 25/07/1943, Mussolini, que desde 1925 se autoproclamara *Il Duce* (O Líder), achava-se preso quando o governo de Pietro Badoglio houve por bem anunciar a rendição da Itália. Libertado por militares das SS de Hitler em 12/09/1943 (Operação *Eiche* ou *Gran Sasso*), Mussolini ainda tentou, sem sucesso, reorganizar o Fascismo na Europa e fundou, em 23/09/1943, a República Social Italiana, também conhecida por “República de Saló” (nome do pequeno balneário onde ficava a sede do governo). A República Social Italiana nada mais era do que um “Estado fantoche” instalado na região da Lombardia, no norte da Itália, sob controle do exército alemão, e que perdurou até a morte de Mussolini pelos “partizans” comunistas da “Resistência Italiana”, em 28/04/1945.

A morte de Mussolini, contudo, não foi suficiente para que a Itália se retirasse em definitivo do teatro de operações militares na Europa, pois parte de seu território ainda permaneceu ocupada por forças alemães. O último foco de resistência nazista na Itália só foi derrotado em 02/05/1945, quando os Aliados tomaram Turim, capital do Piemonte. Na mesma data, a Alemanha perdeu Berlim para as tropas do Exército Vermelho da URSS. Àquela altura, o alto-comando do Reich já se achava completamente erodido. E sem Hitler. O *Führer*, que sofreu pelo menos 15 atentados em vida, dentre os quais o de 20/07/1944 (“Operação Valquíria”), quando uma bomba explodiu na sala de reuniões do QG nazista de Ketrzyn, na Prússia Oriental (hoje Polônia), suicidara-se a 30/04/1945, pois temia ser pego. A queda alemã não tardou. No dia 07/05/1945, em Reims, nordeste da França, local do QG norte-americano, os nazistas, através do general Alfred Jodl, firmaram sua capitulação perante o comandante supremo dos Aliados na Europa, general Dwight Eisenhower (EUA). No dia seguinte, 08/05/1945, em Berlim, agora por conduto do marechal-de-campo Wilhelm Keitel, renderam-se os alemães, por fim, às tropas soviéticas do comandante-em-chefe do Exército Vermelho, general Georgy Zhukov.

3. O SIGNIFICADO DA VITÓRIA DOS ALIADOS E O ANACRONISMO DO ESTADO NOVO

*“Os problemas da vitória são mais agradáveis do que aqueles da derrota, mas não são menos difíceis”
(Winston Churchill, militar e estadista inglês que exerceu as funções de primeiro-ministro nos anos 1940-1945 e 1951-1955).*

O término da Segunda Guerra Mundial foi assimilado pelos contemporâneos como um emblemático triunfo da democracia sobre os horrores do totalitarismo, por mais que, ironicamente, Stálin, o implacável ditador soviético, tenha sido decisivo para a derrocada nazista⁶. Nesse clima de exaltação da liberdade, retornou ao Brasil a Força Expedicionária Brasileira (FEB)⁷. As missões de combate e ocupação dos “pracinhas” na Europa tiveram início em meados de 1944, na Itália, e resultaram em relevantes vitórias para os Aliados. Destacaram-se, dentre outras gloriosas batalhas, as tomadas de Mazzarozza (18/08/1944), Camaiore (18/09/1944), Monte Prano (26/09/1944), Monte Castello (21/02/1945), Castelnuovo

⁶ Para Eric Hobsbawn: “A democracia só se salvou porque, para enfrentá-lo [o fascismo], houve uma aliança temporária e bizarra entre capitalismo liberal e comunismo: basicamente a vitória sobre a Alemanha de Hitler foi, como só poderia ter sido, uma vitória do Exército Vermelho” (HOBSBAWM, Eric. *A era dos extremos: O breve século XX, 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, 2ª. edição, p. 453). Para David Harvey: “O país [Estados Unidos] gosta de pensar, por exemplo, que ele e só ele libertou a Europa do jugo nazista, apagando inteiramente o papel bem mais importante do Exército Vermelho e do cerco de Stalingrado na virada da mesa na Segunda Guerra Mundial” (HARVEY, David. *O novo imperialismo*. São Paulo: Loyola, 2005, 2ª. edição, p. 42).

⁷ Força militar instituída em 09/08/1943 pela Portaria Ministerial n.º 47-44, baixada pelo ministro da Guerra, general Eurico Gaspar Dutra, composta por 25.300 homens e enviada à Europa para que se integrasse ao 4.º Corpo do 5.º Exército norte-americano, em missão na Itália. Seu emblema, uma cobra verde em fundo amarelo fumando cachimbo, ironizava aqueles que, por causa das acentuadas dificuldades de organização e estruturação de um exército expedicionário no país, diziam ser mais fácil ver uma cobra fumar do que o Brasil entrar na guerra. O embarque do primeiro escalão da FEB só aconteceu em 02/07/1944, ou seja, quase um ano após a criação da Força, o que, em certa medida, revela a dimensão do desafio abraçado pelo governo pátrio ao decidir pela participação direta do Brasil na guerra: selecionar, alimentar, treinar e armar um contingente satisfatório de homens oriundos de uma população de maioria pobre, de baixa aptidão física e pouco letrada. Superados os obstáculos, não faltaram coragem e espírito de combatividade aos soldados da FEB.

(05/03/1945), Montese (14/04/1945), Collecchio (27/04/1945) e Forno di Taro (28/04/1945). A participação da FEB no conflito findou-se em meados de 1945, quando os soldados brasileiros se concentraram na cidade de Francolise, próxima ao porto de Nápoles, e de lá partiram de volta à terra natal. O primeiro escalão expedicionário, sob o comando do general-de-brigada Euclides Zenóbio da Costa, iniciou a sua viagem de regresso ao país no dia 06/07/1945 e desembarcou no Cais do Porto do Rio de Janeiro no dia 18/07/1945, sob intensa euforia popular⁸.

Tornou-se anacrônica, a partir da vitória aliada na guerra, a ditadura que Getúlio Vargas impunha ao país desde 10/11/1937, quando instituído o Estado Novo. Os novos tempos, de valorização das liberdades democráticas, acarretaram a insustentabilidade política da continuidade do regime de exceção no Brasil. No Catete, era grande a preocupação com o elevado prestígio popular da FEB. A uma, porque o apoio do povo legitimava, em tese, um possível levante dos “pracinhas” contra o governo. A duas, porque a FEB, gloriosa na luta contra ditaduras estrangeiras, podia sentir-se incentivada pelo povo e/ou por seus próprios méritos militares a colocar a sua experiência de guerra e a sua autoridade moral a serviço da reabertura interna. A três, porque dificilmente os setores descontentes da elite nacional deixariam “passar em branco” a chance de uma articulação para a queda de Vargas e a tomada do poder. O desafio de peso que se impunha a Getúlio naquele momento de grande regozijo pela volta vitoriosa da FEB ao país era, então, o de abrir o regime, vale dizer, restabelecer a democracia, tal como exigia a nova conjuntura política mundial, sem deixar, contudo, que a Presidência da República lhe escapasse às mãos.

⁸ Sobre a chegada dos “pracinhas”, eis o relato do jornalista Hélio Fernandes: “Em 1945, emocionante mesmo, foi a chegada da FEB da Itália. O Rio tinha menos de 2 milhões de habitantes, os cálculos davam 800 mil pessoas no Centro da cidade. Não havia televisão, e ninguém podia andar na Cinelândia, Avenida Rio Branco, ou nas ruas por perto. De cada 2 habitantes, 1 foi homenagear os “pracinhas” que combateram o nazi-fascismo. Consagração” (FERNANDES, Hélio. *Tribuna da Imprensa* [jornal]. Rio de Janeiro, edição de 15/06/2004. *Apud*: PEREIRA JUNIOR, Durval Lourenço. “A participação da FEB na Segunda Guerra Mundial: Seu lugar na memória social brasileira”. Monografia. Juiz de Fora: Universidade Salgado de Oliveira, 2005, p. 25).

Na prática, um problema de solução bastante difícil que foi trazido pela comemorada vitória dos Aliados - e do Brasil - na guerra.

3.1. Getúlio sob pressão: a ditadura em crise.

Referindo-se aos anos 1944-1945, o jornalista Álvaro de Moya, em entrevista colhida por Vida Alves em 1999 para a Associação dos Pioneiros, Profissionais e Incentivadores da Televisão Brasileira (“Pró-TV”), parte integrante de uma série de depoimentos organizados posteriormente em livro pelo professor e ex-ator David José Lessa Mattos, assim resumiu o sentimento do povo com relação ao futuro político do Estado Novo: “Quando o Brasil participou da Segunda Guerra Mundial para lutar contra o Eixo, contra a ditadura na Itália, na Alemanha e no Japão, as pessoas diziam: ‘Por que nossas Forças Expedicionárias vão lutar lá fora contra a ditadura se nós temos uma ditadura aqui?’. Era a ditadura do Getúlio Vargas, o presidente que ficou no poder de 1930 a 1945. Quando a Força Expedicionária Brasileira voltou, foi a comemoração da vitória da democracia sobre a ditadura. E a gente sabia que a ditadura do Getúlio Vargas estava com os dias contados” (MOYA, Álvaro de. Entrevista concedida a Vida Alves em 13/03/1999, na cidade de São Paulo (SP). *In*: MATTOS, David José Lessa (org.). **Pioneiros do rádio e da TV no Brasil**. V. 1. São Paulo: Códex, 2004, p. 35). Dulce Pandolfi (CPDOC/FGV), em estudo que se incorpora ao segundo volume de uma coletânea de textos organizada por Jorge Luiz Ferreira (UFF) e Lucília de Almeida Neves Delgado (PUC-Minas) sobre a República Brasileira, igualmente destaca o desgaste do Estado Novo no pós-guerra: “Havia sinais visíveis de que o regime se debilitava. O governo conseguiu impedir que a imprensa divulgasse as primeiras manifestações contrárias a ele, mas em 1945 já não podia abafá-las. Os liberais, pouco a pouco, recuperaram a voz e os cooptados não tardaram a retirar o seu apoio ao regime. A fala apologética foi substituída pelo discurso de oposição, engavetado desde 1937” (PANDOLFI, Dulce. “Os anos 1930: as incertezas do regime”. *In*: FERREIRA, Jorge Luiz & DELGADO, Lucília de Almeida Neves (org.). **O Brasil republicano**. V. 2. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, 2ª. edição, p. 36).

As pressões internas pelo fim da ditadura “estadonovista” se intensificaram, na verdade, já a partir de 1943, e cinco eventos simbolizam de um modo especial os ares de tensão da época: a) o “Manifesto dos Mineiros”, de 24/10/1943; b) a “Carta aos Brasileiros”, de 10/12/1943; c) a “Declaração de Princípios do 1.º Congresso Brasileiro de Escritores”, de 27/01/1945; d) a entrevista de José Américo de Almeida, de 22/02/1945 e e) os acontecimentos da Praça da Independência, na cidade de Recife, no dia 03/03/1945.

Vamos resumidamente a eles.

3.1.1. O “Manifesto dos Mineiros”, de 24/10/1943.

O “Manifesto dos Mineiros” foi uma carta subscrita por 92 nomes da intelectualidade e da elite liberal de Minas Gerais, que se propunha a contestar a legitimidade do Estado Novo num contexto de lutas por liberdade e democracia no mundo. “Um povo reduzido ao silêncio e privado da faculdade de pensar e de opinar é um organismo corroído, incapaz de assumir as imensas responsabilidades decorrentes da participação num conflito de proporções quase telúricas, como o que desabou sobre a humanidade” - diz um trecho do documento⁹.

Impresso de forma clandestina nas oficinas de uma gráfica (“Bazar Moderno”) no centro de Barbacena¹⁰, dada a forte censura exercida pelo DIP¹¹, o Manifesto contou com uma tiragem inicial de 50 mil exemplares¹². Sua distribuição também se deu à surdina, de mão em mão ou passado discretamente por debaixo

⁹ Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthistbr/estadonovo/mineiros_1943.htm. Acesso em: 22.fev.2010.

¹⁰ Cf. SIQUEIRA, Newton. “Um passeio por Barbacena antiga”. Barbacena On Line. Publicado em: 21.mai.2008. Disponível em: <http://www.barbacenaonline.com.br/historia/eixoscen-trais.htm>. Acesso em: 22.fev.2010.

¹¹ O DIP, sigla do Departamento de Imprensa e Propaganda, era o órgão censor do Estado Novo. Criado em 1939 para substituir o Departamento de Propaganda e Difusão Cultural (DPDC), voltava-se precipuamente à difusão da figura de Getúlio, ao controle da informação e à fiscalização das manifestações culturais e populares.

¹² Cf. CASTRO, Frederico de Carvalho e. “Manifesto dos mineiros: uma análise ideológica”. In: *Ibérica-Revista Interdisciplinar de Estudos Ibero-Americanos*. Ano I, n.º 01, Juiz de Fora: UFJF, set.-nov./2006, p. 32.

das portas de residências e estabelecimentos comerciais. Nenhum jornal quis publicá-lo, por medo de ser “empastelado”¹³. Os principais artífices do texto, quer no tocante à ideia em si de sua elaboração, quer no tocante à redação e à articulação política para o engajamento daqueles que nele apuseram os seus nomes, foram Afonso Arinos de Melo Franco, o seu irmão Virgílio Alvim de Melo Franco, Odilon Braga e Dario de Almeida Magalhães.

A importância histórica do libelo mineiro está no fato de que ele foi o primeiro ato de oposição frontal e aberta ao regime varguista, causando, a reboque, relevante impacto sobre a opinião pública. Embora Benedicto Valadares, interventor federal em Minas Gerais e político fidelíssimo a Getúlio, tenha, de princípio, se referido ao Manifesto como “água de flor de laranjeira”¹⁴, finalizando, com isso, desqualificá-lo em autoridade e em significado, o fato é que a sua divulgação motivou perseguições, prisões, demissões, exonerações e aposentadorias para muitos de seus subscritores. Afonso Arinos e Odilon Braga, por exemplo, tiveram de deixar o jurídico do Banco do Brasil. Milton Campos, o jurídico da Caixa Econômica Federal. Adauto Lúcio Cardoso, o jurídico do Lloyd Brasileiro. Pedro Aleixo, a direção do Banco Hipotecário e Agrícola de Minas Gerais. Virgílio de Melo Franco, a direção do Banco Alemão Transatlântico. José de Magalhães Pinto, a direção do Banco da Lavoura de Minas Gerais. Pedro Nava, o cargo de médico que ocupava junto à Secretaria de Saúde do Distrito Federal. Luís Camillo de Oliveira Netto, a chefia da Biblioteca do Itamaraty. Bilac Pinto, a cátedra da Faculdade de Direito da Universidade do Brasil. Tantos foram os que perderam empregos que Milton Campos, para

¹³ Sobre “empastelar” jornais, segue, aqui, a seguinte explicação: “Você sabe o que significa empastelar? O verbo caiu em desuso, mas no passado o empastelamento de jornais era muito comum. Quando alguém queria calar um jornal, convocava um bando de desocupados para invadir as oficinas e espalhar as caixas de tipos pelo chão. O jornal ficava dias, semanas, às vezes meses, fora de circulação” (OBSERVATÓRIO DA IMPRENSA. Editorial. Rio de Janeiro: TVE Brasil, 13/09/2005. Programa de TV. Disponível em: http://www.tvebrasil.com.br/observatorio/arquivo/principal_050913.asp#editorial. Acesso em: 22.fev.2010).

¹⁴ Cf. CHAGAS, Carmo. *Política: arte de Minas*. São Paulo: Carthago & Forte, 1994, p.103.

fazer troça, chegou depois a dizer que o Manifesto, criado para provocar “onda”, acabou provocando “vagas”¹⁵.

3.1.2. A “Carta aos Brasileiros”, de 10/12/1943.

A “Carta aos Brasileiros” foi uma dura crítica que, do exílio (Buenos Aires, Argentina), Armando de Sales Oliveira fez ao Estado Novo e a seu líder, Getúlio Vargas. Na carta, o democrata-liberal paulista apontava contradições que, na sua concepção, existiam entre o discurso e a prática do regime. A falta de liberdade, de investimentos rodoviários, de planos para a economia, a carestia, a desigualdade social e a ineficiência da burocracia administrativa foram pontos abordados no documento. Dizia estar moribunda a ditadura: “No Brasil, o regime - o simulacro de regime, os fragmentos de regime - instituído em 37, não vingou. Nem podia vingar, no solo brasileiro, um produto artificial, estranho à nossa formação, aos nossos desejos, aos nossos costumes, às nossas necessidades. A despeito do que possam pretender certas apostasias escandalosas, nunca teve luz própria, se alguma luz teve. Nasceu e viveu debaixo do refluxo dos dois meteoros que, depois de incendiar e devastar o mundo, já se precipitaram nos espaços. Do chamado ‘Estado Novo’, o que agora se vê é apenas uma massa escura, informe, morta. Não o pode ver o Sr. Getúlio Vargas, porque, submetido ao ciclo fatal em que evolui a história de todos os ditadores, não percebeu a passagem do dia inexorável em que, segundo todas as probabilidades, já se consumou a extinção do seu poder absoluto”¹⁶.

Armando de Sales Oliveira, engenheiro civil, político e empresário ligado à elite paulista, era genro de Júlio de Mesquita, dono do jornal **O Estado de São Paulo**, do qual foi diretor-presidente em 1927. Chegou à interventoria do Estado de São Paulo em 21/08/1933, nomeado por Getúlio Vargas após o término da “Revo-

¹⁵ Cf. CHAGAS, Carmo. *Op. cit.* p. 263.

¹⁶ CARTA AOS BRASILEIROS, de Armando de Sales Oliveira, 10.12.1943 *apud* SCHURSTER, Karl e LAPSKY, Igor. “Carta aos Brasileiros: Armando Sales de Oliveira e a Segunda Guerra Mundial”. In: **Boletim do TEMPO**, Ano 4, n.º 12, Rio de Janeiro: UFRJ, 2009. Fragmento com modificações ortográficas.

lução Constitucionalista” em 04/10/1932. Sua indicação como interventor agradava a oligarquia do Estado que, em 09/07/1932, se levantara em armas contra o governo federal, tendo a nomeação significado, por isso, um grandioso ato de boa vontade de Getúlio para a retomada da estabilidade política no país. Em 25/01/1934 assinou o decreto de criação da Universidade de São Paulo (USP), mantendo-se na condição de interventor paulista até 11/04/1935, quando, em ato contínuo, passou a governador daquele Estado. Sua administração tentou harmonizar, segundo Ilka Stern Cohen, duas linhas de ação aparentemente irreconciliáveis: “a defesa da autonomia do Estado” - diz a doutora em História Social pela USP - “e o convívio pacífico com o governo federal”¹⁷. Exonerou-se do governo em 29/12/1936 para lançar-se candidato ao Cate nas eleições de 03/01/1938, pela União Democrática Brasileira (UDB)¹⁸. Tratava-se de uma candidatura de oposição. O candidato da situação era o escritor e político paraibano José Américo de Almeida, lançado por Benedicto Valadares pelo Partido Nacionalista Mineiro (PNM). O líder integralista Plínio Salgado também chegou a se lançar candidato pela Ação Integralista Brasileira (AIB), mas desistiu. Getúlio, porém, tinha planos para continuar no poder e, assim, usando do pretexto de frustrar uma iminente revolução comunista no Brasil segundo as diretrizes de um fictício “Plano Cohen”¹⁹, abortou as eleições, extinguiu os partidos e instituiu o

¹⁷ Cf. COHEN, Ilka Stern. “O Caso de São Paulo”. In: PINTO, Zélio Alves (org.). *Cadernos paulistas: história e personagens*. São Paulo: Editora SENAC São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002, p. 93.

¹⁸ A UDB, fundada em 10/06/1937, era um partido nacional oriundo da fusão de outros três partidos regionais: o Partido Constitucionalista, que representava os interesses de São Paulo; a dissidência liberal do Partido Republicano Mineiro (dirigida por Artur Bernardes) e o Partido Republicano Liberal, de Flores da Cunha, inimigo político de Getúlio Vargas no RS.

¹⁹ O “Plano Cohen” foi, na feliz expressão do historiador paraense Abgvar Bastos, o “fermento psicológico para o golpe de 1937” (BASTOS, Abgvar. *História da política revolucionária no Brasil*. V. 2. Rio de Janeiro: Conquista, 1973, 2ª. edição, p. 71). Divulgado pelo governo em 30/09/1937, tratava-se de um plano atribuído à Internacional Comunista e ao PCB para a tomada do poder no Brasil. Tudo, porém, não passava de uma farsa, de um embuste. Os comunistas não tinham condição alguma de deflagrar uma “Revolução Vermelha” no Brasil cerca de um ano e dez meses depois da malograda sublevação de 1935. O “Plano Cohen”, na verdade, foi um documento que versava sobre operações revolucionárias e que foi redigido pelo capitão integralista Olímpio Mourão Filho (o mesmo que em 1964,

“Estado Novo” em 10/11/1937, como já aqui destacado. Armando de Sales Oliveira, o virtual vitorioso no malogrado pleito presidencial de 1938, acabou preso e depois exilado.

O manifesto de Armando de Sales Oliveira teve eco na imprensa dos Estados Unidos²⁰, país onde vivera antes de transferir-se para a Argentina, e também circulou no Brasil, de forma clandestina, nas mãos de oposicionistas.

3.1.3. A “Declaração de Princípios do 1.º Congresso Brasileiro de Escritores”, de 27/01/1945.

A “Declaração de Princípios do 1.º Congresso Brasileiro de Escritores” foi o manifesto de encerramento de um grandioso encontro de intelectuais organizado pela Associação Brasileira de Escritores (ABDE) e acontecido no Teatro Municipal de São Paulo, entre os dias 22 e 27/01/1945. Esse encontro reuniu importantes nomes das letras nacionais em prol da liberdade de expressão (fim da censura), dos direitos autorais, do engajamento político da intelectualidade, da democratização do ensino e da cultura no país e da realização de eleições (fim da ditadura). Ao todo, 21 delegações estaduais estiveram presentes (AL, AM, BA, CE, DF e Est. do RJ, ES, GO, MA, MT, MG, PA, PB, PR, PE, PI, RN, RS, SC, SE e SP). Foram mais de 220 participantes de diferentes correntes e matizes político-ideológicos. A mesa-diretora teve na presidência dos trabalhos o escritor mineiro Aníbal Machado; e na vice-presidência, os escritores Dyonélio Machado (gaúcho), Jorge Amado (baiano), Murilo Rubião (mineiro) e Sérgio Milliet (paulista). A “Declaração de Princípios” que desfechou o evento pregava, em seu texto, a “legalidade democrática como garantia da completa liberdade de

já alçado a general-de-divisão, daria início ao golpe que apeou João Goulart, o Jango, da Presidência da República e instalou a ditadura militar no país), a pedido de Plínio Salgado, que por sua vez, com tal estratégia, visava dar a Getúlio Vargas o pretexto de que necessitava para justificar a instalação do “Estado Novo”, obtendo, em troca, uma aproximação política com o Catete que o permitisse implementar o Integralismo como base ideológica do novo regime. Como Vargas não deu a Plínio Salgado a aproximação com que sonhava, os integralistas tentaram, sem sucesso, na madrugada de 11/05/1938, um levante armado para derrubar o governo.

²⁰ Cf. AMADO, Jorge. *Os subterrâneos da liberdade (3): a luz no túnel*. Rio de Janeiro: Record, 1976, 28ª. edição, p. 199.

expressão do pensamento, da liberdade de culto, da segurança contra o terror da violência e do direito a uma existência digna”; o “sistema de governo eleito pelo povo mediante sufrágio universal, direto e secreto”; e “o pleno exercício da soberania popular em todas as nações” como condição para tornar possíveis “a paz e a cooperação internacional, assim como a independência econômica dos povos”²¹.

3.1.4. A entrevista de José Américo de Almeida, de 22/02/1945.

A entrevista de José Américo de Almeida a Carlos Lacerda, publicada no dia 22/02/1945 por dois jornais do Rio de Janeiro - o matutino **Correio da Manhã**, de Paulo Bittencourt, e o vespertino **O Globo**, de Roberto Marinho -, teceu, de um modo geral, graves críticas à “ditadura expirante” (*sic*) de Getúlio Vargas durante o Estado Novo: baixa produção agrícola, pecuária e industrial, desabastecimento, alta de preços, perda do poder aquisitivo da classe média, falta de transportes terrestres e marítimos para o escoamento de bens e gêneros alimentícios, inflação, excessiva burocracia, filas e desorganização geral. Devia-se tal quadro, na opinião do escritor e político paraibano, à “imprevisão” (*sic*) do governo em furtar-se à adoção de medidas que se revelavam necessárias a uma economia de guerra: “Costuma-se responsabilizar a guerra pela depressão econômica do Brasil. (...). De fato, a guerra prejudicou um pouco o abastecimento, mas unicamente porque foi permitido exportar mais que o possível, com prejuízo do consumo interno. Só a escassez do petróleo poderia ser atribuída à guerra, mas isso acontece até nos países produtores desse combustível e deve ser levada à conta da ausência de estoques que deveriam ter sido feitos logo que se manifestaram os primeiros sinais da tormenta a avizinhar-se” (ALMEIDA, José Américo de. “A situação: declarações do senhor José Américo de Almeida”. Entrevista con-

²¹ DECLARAÇÃO DE PRINCÍPIOS DO 1.º CONGRESSO BRASILEIRO DE ESCRITORES, 27.01.1945, *apud* CAMPOS, Regina Salgado. “Papel do intelectual nos anos 40”. *In: Ceticismo e responsabilidade: Gide e Montaigne na obra crítica de Sérgio Milliet*. São Paulo: Annablume, 1996, p. 171-172.

cedida a Carlos Lacerda. **Correio da Manhã** [jornal]. Rio de Janeiro. Edição de 22/02/1945. *Apud*: Página virtual da Fundação Casa de José Américo (João Pessoa, PB). Disponível em: http://www.fcja.pb.gov.br/arquivos/documentos-_importantes_entrevista.shtml. Acesso em: 23.fev.2010).

Além disso, houve, em ambas as entrevistas, menção à articulação da oposição a Getúlio para o lançamento da candidatura de um nome capaz de pôr cobro à “crise moral” (*sic*) e de promover a “união nacional” (*sic*) tão logo fosse aberto o regime às eleições presidenciais. Na edição matutina do **Correio da Manhã** esse nome não foi revelado, mas o candidato era descrito como figura de ilibada reputação e relevantes préstimos à nação: “As forças políticas nacionais já têm um candidato. É um homem cheio de serviços à Pátria, representa uma garantia de retidão e de respeito à dignidade do País. As preferências já foram fixadas. Os campos estão definidos. Já quase não há neutros. As posições estão ocupadas para a batalha política” (ALMEIDA, José Américo de. “A situação: declarações do senhor José Américo de Almeida”. Entrevista...). Só na edição vespertina de **O Globo**, de mesma data, é que a identidade do candidato da oposição veio a público: o brigadeiro Eduardo Gomes²².

As entrevistas foram impactantes, especialmente a da edição do **Correio da Manhã**, dada a força política daquele jornal e a ousadia que as publicações significavam para o DIP. Sobre o peso do matutino carioca para a formação da opinião pública do Brasil, esclarece o jornalista e escritor Ruy Castro: “**O Correio da**

²² Eduardo Gomes era um homem prestigiado nas Forças Armadas. Fora, em 1922, um dos sobreviventes do levante do Forte de Copacabana, movimento que passou à História como “Os 18 do Forte”, e reconhecido como um popular líder tenentista. Enquanto major, foi um dos idealizadores do Correio Aéreo Militar (CAM), depois transformado em Correio Aéreo Nacional (CAN), nascedouro da aviação militar brasileira. Durante a Segunda Guerra, comandou a 2ª. Zona Aérea Brasileira, com sede em Recife, e que abarcava os Estados do PI, CE, RN, PB, PE, AL, SE e BA. Militar de passado limpo e elevado perfil patriótico, politicamente era um homem democrata, liberal, nacionalista e anti-comunista. Católico fervoroso e de boa estampa, inspiraria, como brigadeiro, o nome do famoso docinho feito com chocolate em pó, leite condensado e manteiga que as moças das boas famílias cariocas passaram a distribuir na sua futura campanha, em 1945. Era bem visto pelas elites e pela classe média.

Manhã protagonizou na imprensa brasileira uma história gloriosa, começada no dia 15 de junho de 1901. Uma história que, durante boa parte dos 74 anos seguintes, iria alterar várias vezes a vida política do país, inspirar a vocação de milhares de jornalistas e dar aulas diárias de como fazer jornal. Era um jornal do Rio, que o país inteiro lia” (CASTRO, Ruy. “Vida e morte do **Correio da Manhã**”. In: **Digestivo Cultural. Ensaios**. Edição de 26/10/2009. Disponível em: <http://www.digestivocultural.com/ensaio.asp?codigo=328>. Acesso em: 25.fev.2010).

3.1.5. Os acontecimentos da Praça da Independência, no centro de Recife, em 03/03/1945.

A Praça da Independência, no bairro de Santo Antônio, no centro da cidade de Recife, foi palco, em 03/03/1945, de um grande ato público pelo fim da ditadura de Getúlio Vargas e pela candidatura do brigadeiro Eduardo Gomes ao Catete. Organizado pelo **Diário de Pernambuco**, jornal de oposição ao Estado Novo e cujo dono era o empresário paraibano Assis Chateaubriand, o evento também contou com o exaltado apoio dos estudantes locais, notadamente os da Faculdade de Direito do Recife. Na Praça da Independência ficava a sede do **Diário de Pernambuco**, um portentoso prédio de três andares em estilo neoclássico vizinho ao bar “Lero-Lero”. No referido bar, um retrato de Vargas foi retirado da parede, pisoteado e rasgado pelos estudantes. Houve confusão. A tensão com a polícia pernambucana deixou dois mortos: o líder estudantil Demócrito de Souza Filho, de 24 anos, alvejado na testa durante o discurso que o professor e sociólogo Gilberto Freyre proferia da sacada da redação do **Diário de Pernambuco**, e o operário Manoel Elias dos Santos, vulgo “Manoel Carvoeiro”.

O jornal **Diário de Pernambuco** foi “empastelado” (e logo depois, censurado) e seu redator-chefe, Aníbal Fernandes, acabou preso.

Demócrito de Souza Filho tombara mortalmente ferido dentro da sede do **Diário de Pernambuco**, e o jornal, no dia 09/03/1945, resolveu então inaugurar um retrato do estudante

nas dependências de sua redação. Gilberto Freyre, naquela ocasião, proferiu um imponente discurso em homenagem à memória daquele manifestante que, ainda jovem, acabara aniquilado pelas forças de segurança do Estado: “(...) Quem esquecerá 3 de março? (...) Quem esquecerá Demócrito? Em vez de companheiro de uma única turma de estudantes da sua escola, ele será o companheiro eterno de todas as turmas que se formarem na Faculdade de Direito do Recife. Não só na Faculdade de Direito do Recife: em todas as faculdades e escolas superiores do Brasil. Todos sentirão sua presença. (...). Nós passaremos. Nós envelhecemos. Nós seremos esquecidos ou lembrados apenas por uns poucos. Por filhos, netos e talvez bisnetos. Ele não passará. Ele não envelhecerá. Ele viverá ao lado de todas as gerações novas que se forem sucedendo nas escolas do Brasil não como alguém de 1945, mas como alguém de sempre, sempre moço, sempre desassombrado, o cabelo sempre louro, a idade sempre vinte anos. Que importa que a violência policial tenha fechado este ‘Diário’ e prendido na detenção o seu bravo redator-chefe, Aníbal Fernandes, para que não fosse noticiado o assassinato de Demócrito? Todos os dias serão dias seguintes. E quando um jornal tem, como este, não sete anos, mas cento e vinte, pode passar fechado um mês e até dois, sem que sua continuidade ou quase eternidade estremeça; sem que se mate o dia seguinte. O dia seguinte, camaradas de Demócrito, se aproxima de nós; já é quase madrugada. Ladrões e assassinos passam fugindo. Levantam-se os estudantes mais inquietos. Das redes pulam os operários madrugadores. Os pássaros vão cantar. O clarim vai soar. As mulheres vão fazer fogo para o café. Os trens vão partir. Os aviões vão voar. Os padres vão dizer as primeiras missas do quase dia. O pão vai chegar, já é quase madrugada. Já é quase manhã. Já é quase dia seguinte. O grande, o luminoso, o esperado dia seguinte. Só falta o ‘Diário’. Camaradas de Demócrito: as máquinas do ‘Diário’ não tardam a rodar” (FREYRE, Gilberto. “Quiseram matar o dia seguinte”. *Diário de Pernambuco*. Recife. Edição de 10/04/1945, p. 01).

3.2. Administrando a turbulência: Getúlio à espera do cavalo encilhado.

“Não sou um oportunista. Sou um homem das oportunidades. Se o cavalo passar encilhado na minha frente, eu monto”
(Getúlio Vargas, político brasileiro, presidente da República nos anos 1930-1945 e 1951-1954).

As crises abertas a partir de cada um dos eventos pontuados acima desafiavam respostas práticas da Presidência da República sobre os destinos do regime. Getúlio, àquela altura (fins de 1944/início de 1945), já antevia a vitória dos Aliados sobre as potências do Eixo na Segunda Guerra Mundial e, por conseqüência, a situação cada vez mais difícil com que se defrontaria como ditador em tempos de paz e de afirmação democrática. Sem saída, precisou ser pragmático. Sinalizou com a reabertura política, da qual se empenhou em ser o grande artífice para não acabar como indesejado obstáculo a ser superado.

Em 28/02/1945 fez editar a Lei Constitucional n.º 09, que, tendo ficado conhecida como “Ato Adicional”, alterou a Carta de 1937 e previu a convocação de eleições para dali a noventa dias. Em 18/04/1945, assinou o Decreto-Lei n.º 7.474, pelo qual concedeu anistia a 565 presos políticos, dentre os quais o líder comunista Luís Carlos Prestes, preso desde 05/03/1936 em razão do fracassado levante de 23/11/1935 (“Intentona”). Por meio do Decreto-Lei n.º 7.586, de 28/05/1945 (“Lei Agamenon Magalhães”), já com o nazifascismo derrotado na Europa, reinstalou a Justiça Eleitoral (extinta desde o advento do Estado Novo), instituiu como seu órgão máximo o Tribunal Superior Eleitoral (Art. 6, “a”), marcou a eleição presidencial para o dia 02/12/1945 (Art. 136) e trouxe a novidade do monopólio dos partidos políticos de âmbito nacional na apresentação de candidatos aos pleitos eleitorais (Art. 39).

3.2.1. A organização político-partidária brasileira pós-Segunda Guerra: breves características das principais agremiações.

Quanto aos partidos, de 1945 a 1965, foram três as agremiações mais atuantes na cena política brasileira: a) a União Democrática Nacional (UDN); b) o Partido Social Democrático (PSD); e c) o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB). O Partido Comunista do

Brasil (PCB), legalizado em maio de 1945, foi até maio de 1947 a quarta força eleitoral do país, mas daí em diante, com o registro cassado pelo TSE, teve a sua atuação política restrita à clandestinidade.

3.2.1.1. A UDN.

Fundada em 07/04/1945, a UDN, no início, era o grande “guarda-chuva” debaixo do qual se abrigava uma ampla e eclética frente de opositores do Estado Novo e de Getúlio Vargas, como liberais, membros das velhas oligarquias desfavorecidas com a “Revolução de 1930”, socialistas democráticos, comunistas dissidentes da linha oficial do PCB e ex-aliados do então presidente. Não tardou, porém, para que a UDN fosse depurada. Em 1946, por exemplo, os socialistas do partido formaram uma nova legenda: a Esquerda Democrática (ED), embrião do futuro Partido Socialista Brasileiro (PSB). Em pouco tempo a UDN passou a exercer o papel que verdadeiramente lhe cabia no cenário político nacional: o de grande partido da direita e o de legítimo representante dos interesses da burguesia empresarial urbana ligada ao capital estrangeiro. Segundo a cientista política Maria Victória de Mesquita Benevides, eram características da cultura política udenista: o elitismo, o golpismo, o moralismo, o antipopulismo e o autoritarismo²³. De se notar que tais características ajustavam-se como uma luva à ideologia militar do Exército, casamento que se consumaria em definitivo mais tarde, em 1964.

3.2.1.2. O PSD.

O PSD, fundado em 08/04/1945, reunia sob sua legenda a burguesia regional agrária forjada a partir da “Revolução de 1930” (coronelismo) e a burocracia do Estado Novo (clientelismo). Tratava-se de um partido conservador, mas de perfil conciliatório. Sua linha, de centro-direita. No plano político, não investia em soluções definitivas, e sim em alternativas intermediárias. É preciso,

²³ BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita *apud* GAIO, André Moysés. “Afinidades eletivas entre a União Democrática Nacional (UDN) e as Forças Armadas brasileiras”. In: *Revista Diálogos*, V. 06., N.º 01, Maringá: Universidade Estadual de Maringá, 2002, p. 31-40.

porém, que se compreenda com clareza o que esse jogo (acordo de cúpulas), bem ou mal, significava e ainda tem significado para a história do país: “A conciliação, no Brasil, nunca foi um arranjo entre iguais, mas o reconhecimento, por parte de um polo social ou político menor, da primazia de outro polo, mediante algumas benesses e sobre o pano de fundo constituído pela exclusão da grande massa da população. Em outras palavras, o fosso - econômico, social, cultural e político - que, desde as origens, existiu entre grupos dominantes e dominados, sempre foi utilizado pelos primeiros para facilitar a própria reprodução desse fosso, através da cooptação de elementos menos dominantes, ou mesmo tirados das camadas subalternas” (DEBRUN, Michel. *A “conciliação” e outras estratégias* (Ensaio políticos). São Paulo: Brasiliense, 1983).

3.2.1.3. O PTB.

Fundado em 15/05/1945, o PTB objetivava disputar com os comunistas a ascendência sobre o operariado urbano, seguindo, inicialmente, uma orientação ideológica de centro-esquerda. O partido caracterizava-se por ser nacionalista, reformista, getulista e, é claro, “trabalhista” (ideologia inspirada no *Labor Party* inglês e que, na prática, significava entre nós a defesa da intervenção do Estado na economia e de garantias jurídicas para o exercício da atividade laboral). Na sua estrutura organizacional era possível a identificação, segundo Gláucio Dillon Ary Soares, de três grupos internos bastante definidos: os sindicalistas pelegos, os doutrinários e os getulistas pragmáticos (cf. SOARES, Gláucio Dillon Ary. *A sociedade e a política no Brasil*. São Paulo: Difel, 1973). Na síntese de Ângela de Castro Gomes: “O partido era claramente a coroação de um longo e cuidadoso esforço de construção de uma ideologia trabalhista no Brasil, que mobilizara muitos recursos humanos, técnicos e financeiros, particularmente no Ministério do Trabalho, desde o ano de 1942, quando Alexandre Marcondes Filho ocupa aquela pasta” (GOMES, Ângela de Castro. *Uma breve história do PTB*. Rio de Janeiro: CPDOC/FGV, 2002, p. 02. Trabalho apresentado na palestra do 1.º Curso de Formação e Capacitação Política, realizado na sede do PTB. São Paulo, 13.jul.2002).

3.2.1.4. O PCB.

Surgido em 25/03/1922, em Niterói (RJ), quando da realização de seu 1.º Congresso (Congresso de Fundação), e posto na ilegalidade já no mês de junho daquele ano, o PCB, mesmo clandestino, acabou guindado, em 1924, à condição de “Seção Brasileira da Internacional Comunista”. Um esclarecimento: a “Internacional Comunista” era um organismo criado pelo Partido Comunista da União Soviética (PCUS) em março de 1919 e que visava difundir mundialmente o objetivo de criação de uma sociedade comunista universal, além de coordenar os partidos comunistas dos vários países segundo a diretriz de Moscou.

Novamente legalizado em janeiro de 1927, o partido, uma vez mais, perdera tal condição alguns meses depois, em agosto. O registro só seria readquirido em maio de 1945, porém a cassação adviria de novo, em maio de 1947.

Segundo José Carlos Ruy, a fundação do PCB em 1922 “resultou da conjugação de três fatores principais - a formação e relativo crescimento do proletariado brasileiro, o exemplo da Revolução Russa de 1917 e a influência da Internacional Comunista, fundada em 1919, e a crise do anarco-sindicalismo”. E prossegue o jornalista: “O Partido Comunista do Brasil inaugurou duas características inéditas na política brasileira: foi o primeiro a representar de forma aberta e programática o conjunto do proletariado brasileiro, e também a primeira agremiação política a romper com os estreitos limites locais e ter âmbito nacional - seus fundadores vinham do Distrito Federal e de outros cinco estados do país” (RUY, José Carlos. “Condições históricas do surgimento do Partido Comunista do Brasil”. *In: Revista Princípios*, n.º 63, São Paulo: Anita Garibaldi, 2002).

3.2.2. Jogando o xadrez político: Getúlio x Capitalistas liberais.

Diversos estudiosos têm dito, com razão, que Getúlio Vargas, com a mão direita, criou o PSD, e com a esquerda, o PTB. De fato, os principais coordenadores do processo de fundação desses dois partidos políticos - Benedicto Valadares, que articulou a formação

do PSD, e Alexandre Marcondes Filho, que articulou a formação do PTB - eram homens intimamente ligados ao presidente e ditador do Estado Novo. Getúlio Vargas, aliás, chegou mesmo a ser eleito “presidente de honra” do PTB em 14/09/1945, quando da realização, no Rio de Janeiro, da 1ª. Convenção Nacional do partido, evento em que foi escolhido presidente da comissão executiva daquela agremiação o bacharel, comerciante e sindicalista Paulo Baeta Neves. A sagacidade de Getúlio em operar para que o PTB e o PSD fossem constituídos como partidos políticos em um inevitável contexto de reabertura democrática é assim analisada por Isabel Lustosa: “Estrategicamente, Vargas incentiva a criação de dois partidos: o Partido Social Democrático (PSD) e o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB). Um, composto de antigos interventores ligados ao ditador; o outro, com amplas bases populares, composto de lideranças sindicais fiéis à sua pessoa. Com isso, articulava o renascimento da democracia liberal de forma a manter sua presença nas duas frentes da moderna sociedade: as novas elites políticas locais, firmadas sob sua tutela, e a classe trabalhadora, conquistada por intermédio da política trabalhista implementada durante o Estado Novo” (LUSTOSA, Isabel. **Histórias de Presidentes (A República no Catete, 1897-1960)**. Rio de Janeiro: Agir, 2008, p. 184).

As eleições gerais eram um assunto cada vez mais recorrente à medida que a estabilidade do regime de exceção instalado em 1937 aparentava ruir. A sucessão presidencial estava posta antes mesmo da marcação do pleito de 02/12/1945. Os protestos públicos contra a ditadura (alguns dos quais já vistos no item 3.1.) e a autorização do governo, ainda que a contragosto, para a criação/legalização de partidos políticos (inclusive de oposição) reforçam a afirmativa de que os alicerces do Estado Novo pareciam mesmo vergar. Desde dezembro de 1944, por exemplo, o nome do brigadeiro Eduardo Gomes era consenso entre as forças liberais que meses mais tarde, em abril de 1945, formariam a UDN. Militar eloquente, Eduardo Gomes atrairia, com seus futuros discursos de campanha, um considerável número de empolgados simpatizantes a agitar lenços brancos ao redor do palanque

como símbolos de esperança. O nome do general Eurico Gaspar Dutra, que desde dezembro de 1936 se mantinha à frente do Ministério da Guerra, emergiria em março de 1945 como resultado de um acordo costurado entre Benedito Valadares e Fernando Costa (interventor em São Paulo). Claro que tal acordo não só contava com o respaldo de Getúlio como fora, inclusive, orquestrado veladamente pelo próprio. Seu objetivo? Estabelecer uma disputa entre o brigadeiro e o general e, assim, dividir as Forças Armadas (*divide et impera*). O jornalista Marco Antônio Tavares Coelho, ex-dirigente do PCB, conta-nos, em seu livro de memórias, os bastidores das escolhas das duas principais candidaturas à sucessão de Vargas: “Desde 1944 as forças políticas de oposição a Getúlio tinham um candidato à Presidência da República - o major-brigadeiro Eduardo Gomes, o tenente dos “18 do Forte” e de outros episódios político-militares na década de 1920. Não foi escolhido candidato por acaso, mas porque tinha a possibilidade de dividir a sustentação militar de Getúlio. Era um liberal, com um passado de lutas democráticas. Esse dado intimidou os que continuavam ao lado do Governo de Getúlio, que buscaram também um militar que pudesse enfrentar Eduardo Gomes nas urnas. Logo confluíram para o nome do general Dutra, ministro da Guerra, com um passado de homem da caserna, prestigiado por seus companheiros do generalato e reacionário de quatro costados, como se dizia” (COELHO, Marco Antônio Tavares. **Herança de um sonho: as memórias de um comunista**. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 82).

Em maio de 1945, encorajados pela legalização do PCB (vide o item 3.2.1.4.), sindicalistas ligados à sigla comunista tornaram público o Movimento Unificado dos Trabalhadores (MUT), um organismo sindical que já atuava secretamente desde abril de 1944 e que lutava pela instauração, no país, de agremiações laborais fortes, financeiramente autônomas e absolutamente independentes do controle que o Estado Novo, por meio do Ministério do Trabalho e de lideranças pelegas, estrategicamente se empenhava em exercer sobre as associações profissionais e os sindicatos em geral. Segundo Vito Giannotti, 365 greves foram contabilizadas só naque-

le mês de maio de 1945²⁴, e se o operariado conseguiu, com tais paralisações, significativos ganhos salariais (algo em torno de 30% a 40%), o custo para a governabilidade não foi menos importante.

Contudo, o mesmo mês também veria, surpreendentemente, manifestações de apoio a Getúlio. Essas manifestações, articuladas, segundo alguns, no interior do próprio governo, e levadas avante pelos trabalhistas (que temiam retrocessos nas conquistas de vários direitos sociais caso o presidente saísse definitivamente da cena política), pregavam sua permanência no poder. Tal permanência, se não por mais alguns anos, devia prevalecer ao menos até que viesse a lume uma nova Constituição (já que a Carta de 1937 fatalmente não sobreviveria ao término da ditadura varguista). O movimento, graças ao *slogan* de que se valia - “Queremos Getúlio!” -, ficou conhecido como “queremismo”. Os comunistas - quem diria - chegaram a flertar com o “queremismo”. A razão era simples: com Getúlio, o PCB continuaria legalizado; sem Getúlio, provavelmente não. Por isso, ultrapassados os ímpetos iniciais dos movimentos paredistas insuflados pelo MUT a partir de sua atuação pública, as greves foram refreadas pelo PCB para que não se eliminasse de vez a governabilidade no Catete. Em 23/05/1945, no Estádio de São Januário, zona norte do Rio de Janeiro, sede do “Club de Regatas Vasco da Gama”, Luís Carlos Prestes, seguindo - dizem - orientação de Moscou, proferiu, diante de 100 mil pessoas, um discurso de aproximação à figura de Getúlio como forma de penetração junto às massas trabalhadoras e com vistas à convocação de uma Assembleia Constituinte em que o Partido Comunista do Brasil (PCB), legalizado e assim permanecendo, pudesse ter voz e vez²⁵.

²⁴ GIANNOTTI, Vito. *História das lutas dos trabalhadores no Brasil*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2007, p. 148.

²⁵ Criticado por avizinhar-se dos “queremistas”, postura considerada moralmente condenável em razão dos horrores que Getúlio Vargas havia lhe imposto após a prisão em 1936 (inclusive com a entrega de sua companheira, a judia comunista Olga Benário, grávida, aos nazistas da Gestapo), Prestes diria, anos depois, em uma entrevista para o programa “Roda Viva”, da TV Cultura, de São Paulo: “Eu não faço política baseado nos meus ressentimentos pessoais, eu faço política baseado nos interesses do povo brasileiro, da situação concreta, e tomo uma posição diante de uma situação concreta” (MARKUN, Paulo (org.). *O melhor do Roda Viva: Poder*. São Paulo: Códex, 2005, p. 53).

No dia 22/06/1945, a reboque dos clamores do “queremismo”, Vargas assinou o Decreto-Lei n.º 7.666 (“Lei Antitruste”, também chamada de “Lei Malaia”), estatuto que tipificava atos contrários à economia por força de fusões, transformações e incorporações de empresas, e previa, ainda, a expropriação de quaisquer organizações contrárias aos interesses nacionais. A iniciativa presidencial gerou o descontentamento das elites e duras críticas dos opositores do governo, que acusavam o presidente de pretender desencorajar os investimentos estrangeiros no país. Um dos mais vorazes censores da novel legislação era o empresário Assis Chateaubriand (já citado no item 3.1.5). Inimigo declarado do regime (embora, em 1930, tivesse emprestado apoio à “Revolução” chefiada por Getúlio Vargas), Chatô, como era conhecido, percebeu de chofre que aquele ato normativo se voltava aos “Diários Associados”, o portentoso conglomerado de empresas de comunicação (o maior do país) do qual era proprietário²⁶.

Embora o calendário eleitoral estivesse definido desde maio de 1945 e as eleições presidenciais previstas, por sua vez, para dezembro seguinte, as manifestações de apoio a Vargas acontecidas naquele ano, passadas à história com o nome de “queremismo”, e a própria passividade do presidente para lidar com tais clamores não davam à oposição qualquer certeza de que o Brasil iria, de fato, retomar o curso democrático. Vargas era indulgente não apenas com o “queremismo”, mas também com a aproximação comunista, e, como não bastasse, vinha exercendo uma política econômica intervencionista da qual era exemplo a “Lei Malaia”. Esse jogo inquietava os capitalistas internacionais (especialmente os norte-americanos), o empresariado nacional e os setores políticos e militares do país, notadamente os udenistas - que desconfiavam de que estivesse Getúlio, com sua reconhecida habilidade política, traçando nos bastidores alguma estratégia de coalizão em

²⁶ Os Diários Associados eram uma gigantesca rede de imprensa e comunicação que nos anos 1940 chegava a reunir 34 jornais, 36 emissoras de rádio, várias revistas - dentre elas *O Cruzeiro* (lançada em 1928), *A Cigarra* (lançada em 1933), *Detetive* (lançada em 1937) e *O Guri* (lançada em 1940) - e a agência de notícias “Meridional” (fundada em 1931).

torno de si, visando, assim, reunir condições reais para continuar indefinidamente no poder²⁷.

O “queremismo” não era nem um pouco palatável para a oposição, pois enquanto movimento de simples manifestação, achava-se completamente fora das amarras estatutárias e legais que prendiam os partidos. Noutra acepção, não havia como controlar mobilizações sem rosto, fluídas, e que nada deviam ao direito eleitoral. Eis aí a diferença entre o “queremismo” e o trabalhismo, pois este se consubstanciava numa expressão partidária sujeita às regras próprias do jogo político e da lei, vale dizer, numa agremiação (PTB) submetida a um campo mais estreito de alianças e a um menor leque de táticas eleitorais. O “queremismo”, em linguagem metafórica, era o forte vento a inchar as velas da nau trabalhista. Na expressão de Alberto Pasqualini, o maior dos teóricos do trabalhismo: “o queremismo é sentimento e intuição. O trabalhismo é ideia e concepção. O queremismo é a fé. O trabalhismo é a razão. Mas, a razão e a fé não se excluem, antes se completam”²⁸. Magistral, aliás, a observação de Ângela de Castro Gomes quanto à pontuação da sutil diferença entre os códigos comportamentais de uma e outra militância: “Trabalhismo e queremismo bebiam na mesma fonte; eram, basicamente, a mesma ‘ideia’. Mas é certo que, do ponto de vista organizacional, o PTB e o queremismo não eram a mesma coisa. O PTB, como partido que procurava seu registro junto à Justiça Eleitoral, estava definido pelas regras do jogo político. Devia formalmente ater-se a elas, e Getúlio não era um candidato fácil de ser lançado. Uma vinculação aberta entre PTB e Vargas em termos eleitorais comprometeria o ministro e o Ministério do Trabalho; comprometeria o próprio partido e, sobretudo, todo o processo de transição; já o queremismo era um movimento social que tanto podia correr à margem das regras do jogo, quanto podia efetuar todos os tipos de alianças, sem qualquer compro-

²⁷ Corria pelas ruas da capital, em tom de blague, uma espirituosa tirada que talvez expressasse um possível pensamento de Getúlio: “Meu candidato é o Eurico; mas se houver oportunidade, mudo uma letra e... Eufico!”.

²⁸ NEVES, Gervásio Rodrigo; MARTINS, Liana Bach; MIRANDA, Márcia Eckert (orgs.). **O pensamento político de Alberto Pasqualini**. Porto Alegre: CORAG/ALERGS, 2005, p. 196.

metimento maior. Este era o caso das vinculações com o Partido Comunista, que apenas iriam alimentar ainda mais a desconfiança e o temor nutridos em relação ao movimento nos meios militares e também civis, quer de oposição, quer de situação” (GOMES, Ângela de Castro. *A invenção do trabalhismo*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2005, 3ª. edição, p. 284).

Em julho de 1945, no dia 06, um fato aumentou ainda mais a preocupação daqueles que desconfiavam do êxito na prometida reabertura política: o Ministério da Guerra, por meio do Aviso n.º 217-184, determinou ao Comando da 1ª. Região Militar que passasse a chefiar as unidades da FEB retornadas da Europa assim que elas desembarcassem em solo brasileiro. Na prática, isso significava o total e imediato desmantelamento daquela Força Expedicionária recém-içada ao estrelato. Noutras palavras, o ato ministerial apressava-se em desconstituir, o quanto antes, o grupo que, unido, viajara ao estrangeiro, combatera com sucesso, conquistara identidade, acumulara experiência e alcançara glória junto ao povo. A razão era simples: repelir o perigo de qualquer conspiração militar que pudesse visar o emprego dos “pracinhas” num eventual levante armado contra o governo (como já salientado no início deste tópico de n.º 3).

No dia 03/08/1945, o ministro da Guerra, general Dutra, se desligou do cargo para a disputa da eleição de 02/12. A desincompatibilização de ministro de Estado candidato à Presidência da República devia acontecer, segundo a lei eleitoral, em até 90 dias antes do pleito (Decreto-Lei n.º 7.586/1945, Art. 56, “a”). No seu lugar, assumiu a pasta o general Pedro Aurélio de Góes Monteiro. Góes Monteiro não era uma figura estranha ao governo. Comandante militar na Revolução de 1930 e ex-ministro da Guerra entre janeiro de 1934 e maio de 1935, havia sido ele, ainda, um importantíssimo colaborador de Getúlio Vargas no golpe de 1937. E mais: Góes Monteiro, ao contrário de seu antecessor, era uma referência intelectual no Exército.

A ideologia militar de Góes Monteiro, porém, naquela atual conjuntura, seria mais uma peça a ser considerada no tabuleiro do intrincado xadrez político jogado por Getúlio. De um lado, con-

vinha ao presidente manter sob estrita vigilância, atrelado a um Ministério de Estado, um general que era o artífice de uma nova organização militar forjada a partir de 1930, quando os outrora tenentes (tenentismo), progredidos na carreira, já não viam com bons olhos a sublevação da baixa oficialidade do Exército em detrimento da hierarquia militar. De outro lado, preocupava a convicção de Góes Monteiro quanto à necessidade do alcance de um projeto de desenvolvimento nacional ao modo militar, com restrição das liberdades públicas e segundo os interesses das Forças Armadas. Tornou-se célebre a colocação do general sobre a importância em fazer-se a política “do Exército”, e não política “no Exército”. Não se exige muito esforço para que facilmente se perceba - e os ude-nistas logo o perceberam - que o ideário de Góes Monteiro seria infenso aos segmentos sociais tidos por “desordeiros” ou “indisciplinados”: sindicalistas, comunistas e “queremistas”, justamente os sustentáculos de Getúlio Vargas no pós-guerra²⁹.

O plano das relações internacionais também era tenso. Desde que assumira a representação norte-americana no Brasil, em janeiro de 1945, o embaixador Adolf Augustus Berle Jr. se dedicara a fomentar a reabertura política no país e o conseqüente fim do Estado Novo. Em 29/09/1945, por exemplo, num congresso de jornalistas acontecido em Petrópolis (Hotel Quitandinha), cidade serrana do Rio de Janeiro, o diplomata declarara que uma eventual quebra de compromisso de Vargas quanto à observância

²⁹ As proposições de Góes Monteiro, segundo o sociólogo Edmundo Campos Coelho, constuir-se-iam na base intelectual dos mentores do golpe de 1964: a) definição de um papel político claro das Forças Armadas em prol de uma pretensa “defesa nacional”, o que, em suma, significava ter como objetivo a eliminação dos “inimigos internos” do Estado (ou seja, todos aqueles que, de alguma forma, se opusessem ao projeto político-militar da “revolução”, notadamente os comunistas) e b) implantação de uma política econômica desenvolvimentista de extrema subserviência ao capital estrangeiro, principalmente o norte-americano (ao melhor estilo de Juracy Magalhães e de sua lapidar expressão: “O que é bom para os Estados Unidos é bom para o Brasil”). Com efeito, diz Coelho: “(...) descontadas as diferenças de circunstâncias, a doutrina militar de Góes Monteiro é, no essencial, idêntica à doutrina de segurança nacional elaborada pela inteligência da Escola Superior de Guerra. Ela antecipa em mais de vinte anos a doutrina militar do regime instaurado com a Revolução de 1964” (COELHO, Edmundo Campos. *Em busca de identidade: o exército e a política na sociedade brasileira*. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 116).

do calendário eleitoral daquele ano - o grande temor dos setores liberais conservadores hostis ao governo - seria vista pelos EUA como “trágica”. A indelicada e inoportuna ingerência do dignitário *yankee* em assuntos domésticos do Brasil tinha, todavia, um propósito claro e definido, a saber, enfraquecer o populismo nacionalista que Getúlio encarnava. O populismo getulista, de cariz corporativo, interventor e providencialista, achava-se politicamente inserido num contexto de populismos crescentes na América Latina (Velasco Ibarra no Peru, Lázaro Cárdenas no México, e mais tarde, Perón na Argentina), o que, em tempos de “guerra fria” (mundo capitalista *versus* mundo comunista), podia significar um risco à hegemonia econômica e militar norte-americana no continente.

A interferência dos EUA nos rumos da política nacional e a pressão pela saída de Vargas são temas presentes no estudo de Antônio Pedro Tota sobre o período: “(...) a conjuntura mundial era outra. A Alemanha nazista não representava mais perigo. O mesmo valia para o Japão. Roosevelt, o *great and good friend* de Vargas, estava morto. Nelson Rockefeller não era mais o coordenador do *Office of Inter-American Affairs*. O Brasil, como grande fornecedor de matérias-primas, já não era tão indispensável. Nosso país também havia perdido sua importância estratégica na defesa do Atlântico Sul. O embaixador Jefferson Caffery, que fez com que Vargas ficasse com lágrimas nos olhos quando dele se despediu, estava na França, representando os Estados Unidos em um país mais importante. Vargas era agora um parceiro incômodo, com suas posições cada vez mais nacionalistas. Livrar-se dessa parceria era conveniente não só para a nova administração americana, como também para os oficiais das Forças Armadas brasileiras. Os mesmos que haviam ajudado a instaurar o Estado Novo. Ironicamente, esses oficiais tinham sido vistos pelos serviços secretos americanos como perigosos simpatizantes da Alemanha nazista. O novo embaixador, Adolf Berle, deu início a uma política de crescente antagonismo ao governo Vargas” (TOTA, Antônio Pedro. **O imperialismo sedutor: a americanização do Brasil na época da Segunda Guerra**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 126).

Voltando ao palco das manifestações públicas de apoio a Getúlio, no dia 20/08/1945, às 18h, no Largo da Carioca, Rio de Janeiro, os “queremistas” realizaram um grande comício transmitido por 58 emissoras de rádio para todo o Brasil³⁰. Outros comícios de grande apelo ainda se realizariam nos dias 30/08/1945, 07 e 15/09/1945 e 03/10/1945. Todos no Rio de Janeiro e com a complacência de Vargas. Na mobilização de 03/10/1945, aliás, declarou Vargas, de público, aos participantes do ato, que havia forças poderosas contra os interesses nacionais e que, diante de tal quadro, estaria ele, o presidente, sempre “ao lado do povo”. Era uma resposta inequívoca à provocação de Adolf Berle Jr. cinco dias antes. Valeu-se Getúlio, quiçá propositalmente, de uma expressão dúbia, que tanto podia ser interpretada como simples retórica, sem maiores conseqüências, quanto podia dar a entender estar ele disposto, conforme fosse a vontade popular, a não se afastar da presidência. O dado curioso (e irônico) da história é que naquele dia, 03/10, comemorava-se o aniversário da “Revolução de 1930”, exatamente o movimento político-militar que levara Getúlio, 15 anos antes, ao poder...

4. O CAVALO ENCILHADO QUE NÃO VEIO: A DERRUBADA DE GETÚLIO.

*“Na política, os ódios comuns são a base das alianças”
(Alexis de Tocqueville, aristocrata, historiador e magistrado francês do século XIX).*

No dia 27/10/1945, mais um comício “queremista” iria se realizar. Contudo, o chefe da Polícia Civil do Distrito Federal, João Alberto Lins e Barros, um ex-integrante do tenentismo muito ligado a Góes Monteiro e que se tornara a favor da redemocratização do país (fazendo-se, por isso, cada vez mais próximo dos opositores ao regime ditatorial imposto desde 1937), resolveu proibir a mani-

³⁰ BORGHI, Hugo. *A força de um destino*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 127.

festação. O fato gerou o descontentamento presidencial e, como resposta, João Alberto acabou substituído por Benjamim Vargas (o “Bejo”, irmão de Getúlio) no dia 25/10/1945, na Chefatura de Polícia. Não era, definitivamente, uma boa estratégia do Catete. “Bejo” era uma figura de reputação pra lá de duvidosa, tido como um homem violento, rude e boêmio. Sua nomeação para um cargo tão estratégico como aquele soava aos inimigos do Estado Novo como um recado claro de que Vargas precisava de alguém de sua mais estreita confiança para tentar se manter a todo custo na Presidência da República, repelindo - se preciso, com a força policial - quaisquer atos que, na capital do país, fossem contrários ao seu projeto político pessoal.

A malfadada nomeação de Benjamim Vargas para a Chefatura de Polícia merece a seguinte análise de Boris Fausto: “Um lance final desastroso, quando os líderes da oposição e os chefes militares articulavam sua queda, foi a nomeação de Benjamim Vargas - o “Bejo” - para a chefia de polícia do Distrito Federal, em substituição a João Alberto, responsabilizado por proibir a realização de um comício promovido pelo sindicalismo queremista. Por que Getúlio teria nomeado o irmão para um cargo com funções repressivas? Por que teria tentado se valer de um nome no mínimo discutível, frequentador assíduo dos cassinos, acusado de ser sócio dos banqueiros do jogo do bicho e de casas de prostituição, e de acumular uma fortuna de origem ilícita? Teria acreditado que, com a segurança do Rio de Janeiro nas mãos do irmão, disporia de um homem fiel capaz de dissipar intrigas e de reprimir os articuladores de sua queda? Seja como for, a nomeação de Bejo soou como uma provocação, como o último ato de uma deposição anunciada” (FAUSTO, Boris. **Getúlio Vargas. Coleção Perfis Brasileiros**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 154).

A burguesia antivarguista, com o apoio norte-americano, e forças conservadoras do alto-escalão militar (Dutra, inclusive) perceberam que era hora de apelar Getúlio Vargas da Presidência do Brasil; em definitivo e antes que fosse tarde. O “queremismo” dava sinais inequívocos de que podia vir a se transformar em um movimento de massas efetivamente vitorioso. Fortalecer-se-ia, a

partir daí, o sindicalismo populista, algo nada palatável para as elites patronais. Ninguém duvidava, ante o quadro político que se desenhava, de que as eleições de 02/12 estivessem mesmo a correr sérios riscos de atropelo. Havia, ainda, o apoio dos comunistas do PCB a uma “Constituinte com Getúlio” e a intolerância dos EUA, da Igreja, do empresariado e do oficialato militar a um possível alinhamento do Brasil ao mundo soviético. Na noite de 29/10/1945, sob o comando do Ministro da Guerra, general Góes Monteiro, tropas do Exército cercaram o Catete e depuseram o presidente. Getúlio, que já não tinha meios eficazes para negociar a sua permanência e nem para resistir à própria derrubada (articulada dentro do Estado-Maior das Forças Armadas), formalizou a sua renúncia e se retirou para São Borja, no Rio Grande do Sul. Logrou, contudo, obter, manter hígidos os seus direitos políticos. Era o fim do Estado Novo³¹.

5. SOB O SOL DOS NOVOS DIAS: O GOVERNO TRANSITÓRIO DE JOSÉ LINHARES E AS ELEIÇÕES DE 1945

“Ele disse: vote em Dutra!”

(frase engendrada pelo trabalhista Hugo Borghi após encontro com Getúlio, em São Borja, em novembro de 1945, e que depois de maciçamente veiculada em panfletos, apesar do pouco tempo restante de campanha, virou o resultado da eleição

³¹ A queda de Vargas foi assim noticiada pelo pequeno jornal clandestino paulista “Resistência”, de oposição ao regime, na edição de 30/10/1945: “Por volta das 18 horas, tropas do Exército ocupavam a praça da República, colocando imediatamente nos principais entroncamentos metralhadoras. O trânsito ficou desde logo impedido para veículos, salvo os de caráter forçado. E quanto aos pedestres, só podiam passar os que se destinassem a suas residências. Às 18,30 horas, tivemos informações de que as tropas motomecanizadas sedeadas no Derbi Clube compostas de tanques, se dirigiam para o centro da cidade, certamente para reforçar as que já se encontravam na Praça da República. (...). Pouco depois das 19 horas, três caminhões do Exército, com soldados armados, saíam do Ministério da Guerra em direção ao Palácio do Catete, a fim de guarnecê-lo. Também o Palácio Guanabara estava guarnecido por tropas que imediatamente interditaram o trânsito pelas ruas Paissandu e Álvaro Chaves. (...). Às 11,30 da noite de ontem, depois dos acontecimentos que são do domínio público, o Sr. Getúlio Vargas renunciou, entregando o Governo ao presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro José Linhares” (**Resistência** [jornal]. São Paulo, edição de 30/10/1945).

que até então pendia a favor de Eduardo Gomes. A vitória de Dutra mostrou a força da popularidade de Getúlio).

“Não necessito dos votos dessa malta de desocupados que apóia o ditador para eleger-me Presidente da República”
(Eduardo Gomes, em resposta esnobe que tornara evidente o seu erro de avaliação acerca do cacife eleitoral de Getúlio para fazer vingar a candidatura insossa de Dutra).

Deposto Getúlio, assumiu imediatamente a Presidência da República o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro José Linhares, cearense de Baturité, ex-advogado e ex-desembargador da Corte de Apelação do Distrito Federal. Sua posse ocorreu ainda na noite de 29/10/1945, no gabinete de Góes Monteiro. A Constituição de 1937 não previra o cargo de Vice-Presidente da República. Daí a solução propugnada pela UDN e aceita pelos militares: investir no mais alto cargo político do país o chefe da cúpula do Poder Judiciário. O “mandato-tampão” de Linhares foi breve (três meses). De seu governo, encerrado em 31/01/1946, participou vivamente a UDN. O principal compromisso assumido pelo magistrado alçado, por circunstâncias do destino, à Presidência do Brasil, foi o de garantir a realização das eleições de 02/12/1945. Das medidas que tomou, destacam-se: a) a revogação da “Lei Malalaia”, em 30/10/1945 (para o largo contentamento das elites urbanas e dos udenistas); b) a nomeação, em 01/11/1945, do amigo Álvaro Moutinho Ribeiro da Costa, filho de tradicional família militar carioca e desembargador do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, para o exercício da Chefatura da Polícia da Capital; c) a edição da Lei Constitucional n.º 12, em 07/11/1945 (que revogou o Art. 177 da Carta de 1937, dispositivo que autorizava a aposentadoria/reforma compulsória de funcionários públicos civis e militares a juízo exclusivo do governo); d) a edição da Lei Constitucional n.º 13, em 12/11/1945 (que conferiu poderes constituintes ao Parlamento que viesse a ser eleito em 02/12); e) a edição da Lei Constitucional n.º 14, em 17/11/1945 (que extinguiu o Tribunal de Segurança Nacional, tribunal de exceção do Estado Novo); f) a edição da Lei

Constitucional n.º 15, em 26/11/1945 (que dispôs sobre os poderes da futura Assembléia Constituinte); e g) a criação do Fundo Rodoviário Nacional pelo Decreto-Lei n.º 8.463, de 27/12/1945 (“Lei Joppert”), com vistas ao financiamento de construção de estradas pelos Estados. Nenhuma dessas medidas, porém, se sobressaiu mais do que a sua incrível desenvoltura na “arte” de nomear parentes para cargos públicos. Um jocoso bordão da época advertia: “Os Linhares? São milhares!”. Dizia preferir ser temporariamente criticado pela imprensa e pela opinião pública do que permanentemente censurado pela família, com a qual teria de conviver pelo resto dos dias. O jornalista Augusto Nunes assim nos conta sobre o empreguismo de parentes levado a cabo pelo novo, mas transitório governo de José Linhares: “Três meses são quase nada. Bastaram, contudo, para que José Linhares aprendesse a manejar, com bastante agilidade, a caneta que nomeia. Aprendeu a sacá-la com notável destreza, principalmente para infiltrar parentes no serviço público. Censurado pela prática do que os jornais ainda nem chamavam de nepotismo, foi à réplica com uma argumentação brasileira. No palácio ficaria pouco, lembrou; mesmo críticos mais ásperos logo haveriam de esquecê-lo. Não era o caso da parentela. Com essa, teria de conviver até seu último suspiro. Conduzido pelo destino à bifurcação que não buscara, optou alegremente pelo caminho da popularidade doméstica. Não deixou sem salário, pensão ou ajuda de custo nenhum parente batido por maus ventos. Mas também nunca ouviu nenhuma queixa em casa” (NUNES, Augusto. “Os patriarcas no outono José Linhares”. *Jornal do Brasil*. Rio de Janeiro, edição de 29/06/2003).

Enquanto os Linhares ingressavam alegremente pelas janelas do serviço público, desenrolavam-se as campanhas eleitorais de 1945, especialmente as presidenciais. Polarizada a disputa entre Eduardo Gomes, da UDN, e Eurico Gaspar Dutra, do PSD, a corrida pelo Catete ainda contava com as candidaturas menos expressivas de Yeddo Fiúza, do PCB, e de Álvaro Rolim Telles, do pequenino Partido Agrário Nacional (PAN). Prestes saiu candidato ao Senado. Tratava-se de uma eficaz estratégia de sobrevivência política do prócer comunista no jogo democrático. Sabia que sagrar-se presidente era uma

possibilidade muitíssimo remota. Não quis correr o risco de ficar de fora da Constituinte de 1946. Lançou-se candidato a um cargo mais palpável e deixou que o engenheiro Fiúza fosse a opção do “partidão” para o pleito majoritário. O PTB, que não lançou candidato próprio à presidência (frustrara-se com a queda de Vargas), “rachou”: uma ala do partido, encabeçada por José de Segadas Viana e Paulo Baeta Neves, defendia o voto em branco; outra, capitaneada por Hugo Borghi, mostrava-se a favor do apoio a Dutra.

Quanto aos dois principais aspirantes ao Catete em 1945 (Eduardo Gomes e Dutra), pode-se asseverar que ostentavam perfis completamente distintos. Sobre Eduardo Gomes, já o descrevemos no item 3.1.4., especialmente na nota de n.º 22 deste texto. Sua campanha, com máximas do tipo “Lembraí-vos de 37”, empolgava a direita nacional. Dutra, por sua vez, era um sujeito atarracado, conservador, de nenhum carisma e péssima dicção (língua presa). Seus discursos de campanha eram enfadonhos e não chegavam a atrair a atenção de muitos interessados. Além do mais, o candidato do PSD não guardava qualquer identificação com a massa trabalhadora, de quem dependia diretamente para a viabilidade de sua vitória. A levar em conta o cenário que se esquadrihava entre os dois candidatos, o êxito eleitoral da UDN na corrida presidencial parecia ser apenas uma questão tempo, ou seja, de espera pela realização da votação e término do escrutínio.

Getúlio, que desde a deposição vinha se mantendo recluso na estância da família em São Borja (RS), era sempre evasivo quando questionado acerca de um possível retorno à vida pública. Não descartava a hipótese, mas tampouco a considerava com a devida seriedade. A disputa presidencial de 1945 nem de longe o empolgava. Não via como emprestar apoio a nenhum dos candidatos. Fiúza e Rolim Telles eram nomes sem qualquer viabilidade eleitoral. A UDN de Eduardo Gomes era uma legenda inimiga. Dutra, por fim, era um candidato sem luz própria e partícipe da conspiração militar que o defenestrara da presidência da República. Persuadido, contudo, por Hugo Borghi e pela ala do PTB que entendia ser mais vantajosa para os trabalhistas uma vitória do PSD a um triunfo da UDN, o ex-presidente, em meados de novembro, acabou se lançando candidato à

Câmara Federal por nove estados e ao Senado por cinco, algo possível segundo a legislação da época, e ainda se prestou a manifestar apoio à candidatura de Dutra, em cujo governo - acreditava - era mais provável tivesse o PTB algum espaço político.

“Ele disse: vote em Dutra!”: esta frase, elaborada por Hugo Borghi como se fora um recado claro de Getúlio aos trabalhadores, passou a ser o lema de campanha do PSD. A mobilização obreira em prol da candidatura do general, fato só tornado possível em razão da liderança e do carisma de Getúlio junto ao povão, foi, sem dúvida, o ponto de virada da corrida presidencial. A reação de Eduardo Gomes não tardou, mas foi completamente desastrosa. Em um virulento discurso proferido na cidade do Rio de Janeiro, dissera não precisar dos votos provenientes da “malta de desocupados” que apoiavam o ex-ditador do Estado Novo para eleger-se ao Catete. Claro que a infeliz declaração do candidato da UDN foi muito bem explorada por Borghi, que dias depois, num discurso de campanha proferido no interior de São Paulo, acusara o brigadeiro de ter desprezado os votos dos “marmiteiros”. Daí em diante, a marmita foi alçada a inesperado símbolo de campanha e no dia 02/12/1945, de forma absolutamente admirável, o general Dutra acaba por vencer as eleições presidenciais batendo Eduardo Gomes com uma diferença de 1.212.165 votos. Getúlio, por sua vez, também se elege deputado por sete Estados (RS, PR, SP, DF, RJ, MG e BA), todos pelo PTB, e senador por dois (RS, pelo PSD, e SP, pelo PTB), optando pelo exercício do mandato no Senado como representante de seu Estado natal (RS).

As urnas revelaram, ainda, o excelente desempenho dos comunistas do PCB. Yeddo Fiúza recebeu 569.818 votos (número que representava quase 10% do eleitorado) e Prestes elegeu-se senador pelo Distrito Federal. O partido vermelho, com mais de cem mil filiados, arrebatou 14 das 286 cadeiras da Câmara dos Deputados, sagrando-se, com isso, como a quarta força eleitoral do Parlamento³².

³² Sobre a disputa presidencial de 1945 e o apoio de Getúlio a Dutra como fator decisivo para a derrota de Eduardo Gomes nas urnas, Luís Carlos Prestes externaria, já nos idos de 1981, para os jornalistas Denis de Moraes e Francisco Viana, o seguinte julgamento avaliativo do

A composição parlamentar (Câmara e Senado), após o resultado das eleições de 1945, ficou assim: Partido Social Democrático (PSD), 177 cadeiras; União Democrática Nacional (UDN), 87 cadeiras; Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), 24 cadeiras; Partido Comunista do Brasil (PCB), 15 cadeiras; Coligação União Democrática Nacional (UDN)/Partido Republicano (PR), 8 cadeiras; Partido Republicano (PR), 7 cadeiras; Partido Popular Sindicalista (PPS), 5 cadeiras; Partido Democrata Cristão (PDC), 2 cadeiras; Partido Republicano Democrático (PRD), 1 cadeira; Partido Agrário Nacional (PAN), 1 cadeira; Partido Libertador (PL), 1 cadeira. Total: 328 cadeiras.

Ultrapassadas as eleições de 02/12, José Linhares, o presidente interino da República, faz baixar, no dia 31 daquele mesmo mês, a Lei Constitucional n.º 19, que marcava para dali trinta dias, ou seja, para o dia 31/01/1946, às 14h00m, a posse do novo presidente eleito.

Empossado Dutra, instalaram-se os trabalhos da Assembleia Constituinte a 01/02/1946.

6. A CONSTITUINTE DE 1946: MARCHAS E CONTRAMARCHAS DE UM PROJETO DE NAÇÃO

“Li várias vezes esse projeto, e sempre com a impressão de que seus dispositivos pouco se ligavam ao espírito de nossa época e às condições do Brasil. (...). Se esse projeto não for profundamente, essencialmente modificado, a Constituição de 1946 levará o Brasil ao marasmo ou à ditadura.”

PCB: “Antes de convidar Yeddo Fiúza, nós, comunistas, fizemos todos os esforços para que o Prestes Maia, que fora prefeito de São Paulo, aceitasse a candidatura. Era um bom nome: gozava de prestígio junto a Getúlio e, por isso, carregaria os votos do PTB, que era o que estávamos perseguindo. Ele vacilou até a última hora e acabou por não aceitar. Escolhemos Fiúza porque também era homem próximo a Getúlio e poderia dar à nossa legenda os votos do PTB. Não estávamos atrás de nomes, mas de um candidato que pudesse ter o apoio do PTB. Aliás, cometemos um erro em não procurar Getúlio e pedir que ele apoiasse Fiúza. Foi o lance da audácia que nos faltou e que Dutra pôs em prática” (MORAES, Denis de. & VIANA, Francisco. *Prestes: lutas e autocríticas*. Petrópolis (RJ): Vozes, 1982, 2ª. edição, p. 111).

(Álvaro Lins, político, advogado, jornalista, crítico literário e redator-chefe do **Correio da Manhã** nos anos 1940-1956, em opinião visionária³³ sobre o “Projeto de Constituição” elaborado pelos constituintes de 1946).

Examinando-se o perfil socioeconômico dos parlamentares de 1946 e levando-se em conta, ainda, que o PSD (centro-direita) e a UDN (direita), embora partidos adversários, aquinhavam, juntos, mais de 80% das cadeiras do Parlamento, fica fácil perceber que o cenário político-institucional instaurado no país após as eleições de dezembro de 1945 não era muito favorável à promoção, a partir do texto constitucional a cargo da Assembleia Constituinte, de mudanças estruturais mais profundas na organização da sociedade brasileira. No PSD, por exemplo, 65,4% da bancada era de profissionais intelectuais, assim entendidos aqueles com maior grau de qualificação educacional formal (advogados, contadores, jornalistas, professores, oficiais militares, burocratas estatais, médicos, engenheiros etc.). O bacharelado em Direito era, de longe, a graduação mais recorrente entre os membros do partido. Já 34,6% dos parlamentares do PSD vinham do empresariado (comerciantes, industriais, banqueiros e demais homens de negócio) e das elites rurais (donos de terra). Ninguém na legenda sobrevivia de ocupações puramente manuais (sobre os dados percentuais acima citados, cf. BRAGA, Sérgio Soares. **Quem foi quem na Assembleia Constituinte de 1946: Um perfil socioeconômico e regional da Constituinte de 1946**. V. 1. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1998, p. 76). Na UDN, os números eram bem próximos aos do PSD; e no PR também não havia parlamentares oriundos de categorias profissionais de baixa ou nenhuma qualificação educacional formal. Os trabalhadores exclusivamente manuais (operários, artesãos etc.) só vão aparecer com maior representatividade no PTB (17,4%) e no PCB (50%).

³³ LINS, Álvaro. *A glória de César e o punhal de Brutus. Ensaios e estudos (1939-1959)*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1963, 2ª. edição, p. 245-247.

Outro ponto de destaque da silhueta parlamentar em 1946 consistia no compromisso dos congressistas na defesa intransigente do direito de propriedade, embora a esquerda política, notadamente por força da bancada comunista do PCB, tenha trabalhado duramente para ver incluídas, no texto final da Constituição, cláusulas que tornassem realidade a relativização desse direito individual tão distorcido ao longo da história brasileira, como as que previam a necessária observância de sua função social, a desapropriação de imóveis desocupados e a serviço da especulação de mercado, a reforma agrária e a progressiva nacionalização de bancos, empresas de capitalização e de seguros. Claro que foram rejeitadas as propostas mais radicais, e relegadas à regulamentação ordinária outras mais cuja aprovação acabou por acontecer. Aliomar Baleeiro, que fora constituinte em 1946 pela UDN da Bahia, jurista de renome e ministro do STF de 1965 a 1973, declarou certa feita, em obra dedicada ao Direito Tributário, que a esmagadora maioria do Parlamento era conservadora e vinculada, direta ou indiretamente, aos interesses dos proprietários, notadamente de bens de raiz: “A Constituinte de 1946 - se for objeto de estudos quanto à composição social e profissional de seus membros, a exemplo da aguda investigação de Charles Bear sobre a Convenção de Filadélfia - revelará que congregava maciçamente titulares de propriedade. Mais de 90% dos constituintes eram pessoalmente proprietários ou vinculados por seus parentes próximos - pais e sogros - à propriedade, sobretudo imobiliária. Compreende-se que desse corpo coletivo jamais poderia brotar texto oposto à propriedade” (BALEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, 2ª. edição, p. 238).

A desigual distribuição fundiária no país foi tema de discurso de Luís Carlos Prestes numa de suas falas à Assembleia Nacional Constituinte, em junho de 1946. Da tribuna do Senado, Prestes expusera a situação-problema da concentração de terras nas mãos de alguns poucos privilegiados no meio rural brasileiro e a proposta dos comunistas para a redação do dispositivo constitucional relativo ao direito de propriedade (proposta encaminhada a plenário através do Destaque n.º 3.098): “(...) Dos 41.574.894 ha-

bitantes do Brasil, 28.432.831, ou seja, 68,39% vivem no campo. (...). Para 9.166.825 de pessoas que têm ocupação ativa na agricultura e pecuária, existem apenas 1.903.868 propriedades rurais (a França, com uma população igual à do Brasil e uma superfície muito menor, possui 5 milhões de propriedades). Admitindo que cada proprietário tenha apenas uma única propriedade (não raro tem mais de uma), chegamos à conclusão de que são proprietários somente 20,8% dos que labutam na agricultura e pecuária, ou 6,7% dos moradores do campo, ou ainda 4,6% dos habitantes do Brasil. (...). O conceito de propriedade, como atualmente está na Constituição, é, ainda, obstáculo terrível para qualquer reforma agrária, reforma constitucional como a que defendemos neste momento. As emendas que propomos substituem a redação desses parágrafos por outra. Quanto ao § 21, do artigo 159, sugerimos esta: ‘É garantido o direito de propriedade, desde que não seja exercido contra o interesse social ou coletivo, ou quando anule, na prática, as liberdades individuais proclamadas nesta Constituinte ou ameacem a segurança nacional’. Aí nos referimos mais aos *trusts* e cartéis, aos bancos estrangeiros; quanto aos direitos elementares, sabemos que, nas grandes propriedades, os direitos dos proprietários são superiores a todos os direitos de seus trabalhadores, aos mais elementares direitos dos cidadãos, que vivem sujeitos ao chicote do capataz, ao regime brutal dos restos do feudalismo...” (PRESTES, Luís Carlos *apud* STÉDILE, João Pedro (org.). **A questão agrária no Brasil (3): Programas de reforma agrária, 1946-2003**. São Paulo: Expressão Popular, 2005, p. 17-28).

Nunca foi fácil, porém, falar em reforma agrária no Brasil. Trata-se de assunto extremamente sensível, notadamente porque envolve redistribuição de renda, justiça social, perda de privilégios e quebra de poder. Pode-se imaginar, então, quão delicado era tocar na questão agrária no curso de uma constituinte nos anos 1940, quando a população urbana do Brasil - acrescente-se - representava menos de um terço da população total do país! Como muito bem sintetiza Paulo Martinez: “Na cúpula da sociedade, os detentores do poder econômico diversificavam as suas aplicações. Um grande proprietário agrícola tinha negócios na indústria e no

comércio, da mesma forma que aqueles que enriqueciam na cidade procuravam tornar-se fazendeiros. A fusão de capitais dos diferentes ramos econômicos fortaleceu a solidariedade de classe entre os donos desses capitais. Os interesses e necessidades específicos de cada ramo podiam criar disputas internas, mas não conflitos inconciliáveis. Principalmente num ponto os diferentes ramos capitalistas demonstravam uma extraordinária unanimidade de opinião: o que se refere à população trabalhadora. O sentimento de propriedade e o direito de usar e dispor da força de trabalho, como melhor convenha, são exatamente iguais em todos os donos de qualquer ramo econômico” (MARTINEZ, Paulo. **Reforma agrária: questão de terra ou de gente?** São Paulo: Moderna, 1996, 12^a. edição, p. 20).

A proposta comunista versada no Destaque n.º 3.098 restou rejeitada. “O texto constitucional”, porém, como já o dissera Nagib Slaibi Filho, “só é documento jurídico quanto ao seu resultado: não é o Direito que rege sua origem, mas a Política” (SLAIBI FILHO, Nagib. “A norma constitucional”. **Revista da EMERJ**, v. 5, n.º 17, Rio de Janeiro, 2002, p. 124-153). Assim, fruto do consenso possível entre conservadores e progressistas, finalmente assim dispôs a Constituição de 1946 sobre a questão da propriedade: “Art. 147. O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no Art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”.

A desapropriação por interesse social (leia-se: desapropriação-sanção para fins de reforma agrária), constituiu-se, entre nós, em verdadeira inovação constitucional, mas o preço da novidade em uma sociedade desigual e de perfil autoritário-conservador seria invariavelmente cobrado quase 18 anos depois: “A desapropriação para a reforma agrária, mediante a indenização com obrigações do governo, foi um dos pretextos para o Movimento Revolucionário [?] de 1964” [original sem o ponto de interrogação] (MELO, José Tarcízio de Almeida. **Direito Constitucional do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 1100).

Outro assunto pelo qual o PCB lutou bastante dizia respeito à inserção, no corpo do Código Político, do direito de greve

como direito do trabalhador. O Decreto n.º 9.070, de 15/03/1946 (governo Dutra), que dispunha sobre a “suspensão ou abandono coletivo do trabalho” (*sic*), impedia, na prática, o estado de greve, pois inúmeras eram as burocracias a serem previamente cumpridas pela classe obreira para o adequado exercício de tal direito. Como exemplo, pinça-se a exigência da notificação prévia e escrita ao Departamento Nacional do Trabalho ou à Delegacia Regional correspondente, por trabalhadores e empregados interessados, ou por suas associações representativas, da ocorrência de dissídio (*lide*) capaz de determinar a cessação coletiva do trabalho, os seus motivos e os fins perseguidos pela categoria (Art. 4.º). Prestes, em nome do partido, reportando-se ao aludido decreto, tomado por reacionário, declarou, em abril de 1946, “que o princípio relativo ao direito de greve deve ser proclamado numa nação que se organiza democraticamente, mesmo que o país conte - como contamos - com uma justiça própria aparelhada para dirimir contendas entre empregados e empregadores, com base na legislação social” (PRESTES, Luís Carlos *apud* PRESTES, Anita Leocádia. **Os comunistas e a Constituinte de 1946 - por ocasião do 60.º aniversário da Constituição de 1946. Estudos Ibero-Americanos**. PUCRS, v. XXXII, n.º 2, Porto Alegre, dezembro de 2006, p. 184). A greve, por fim, acabou por constar do texto final da Constituição de 1946 (o que foi outra novidade no Direito Constitucional Brasileiro), mais precisamente no Art. 158, embora por meio de norma de eficácia limitada, vale dizer, dependente de regulamentação posterior: “É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará”.

Gratuidade de justiça para os trabalhadores rurais, distribuição igualitária de recursos aos municípios e estabilidade para o funcionalismo público foram, a exemplo da reforma agrária e do direito à greve, alguns dos outros temas nacionais também abraçados pelo PCB na Constituinte de 1946. Para marcar posição contra a política imperialista norte-americana, o partido igualmente denunciou o propósito dos EUA de instalar bases militares no Brasil com vistas à defesa do continente quando de uma hipotética agressão por parte da URSS. Disse Prestes à Assembleia Constituin-

te: “As nossas forças armadas passarão à categoria de elementos submissos às forças armadas norte-americanas. É inevitável. Pela maneira por que está sendo projetado nos Estados Unidos esse bloco pan-americano, essa organização militar do continente, visa ele colocar nossas forças armadas frente ao exército ultramoderno dos Estados Unidos, nas condições – tomadas as devidas proporções – de nossas polícias estaduais frente ao Exército Nacional. E mais dia menos dia, teremos o nosso Exército, com soldados brasileiros, sob o comando de oficiais norte-americanos. É esse o caminho, é essa a tendência do imperialismo ianque. Estamos alertando. Ninguém mais do que nós deseja que isso não se realize, e lutaremos contra tal coisa” (PRESTES, Luís Carlos. “Paz indivisível”. *In: Problemas atuais da democracia*. Rio de Janeiro: Editorial Vitória, 1947, p. 354).

A vida legal do PCB perduraria até maio de 1947, quando o seu registro partidário seria, então, cassado pelo TSE.

A história da cassação do PCB, na verdade, começou em 23/03/1946, quando os deputados Edmundo Barreto Pinto e Himalaya Vergolino, ambos da ala direitista do PTB, apresentaram ao TSE denúncias de que o partido vermelho era um organismo internacional. Dias antes, em 16/03, a Tribuna Popular publicara uma declaração dada por Prestes no correr de um debate na Associação dos Funcionários Públicos do Rio de Janeiro, onde este dissera - após perguntado de que lado ficariam os comunistas em uma possível guerra do Brasil contra a URSS - que o partido, na hipótese ventilada, condenaria o ato criminoso e o governo que levasse os brasileiros a uma guerra imperialista.

O procurador-geral eleitoral, Temístocles Brandão Cavalcanti, no dia 27/03, exarou parecer pelo arquivamento das representações, e isso por não vislumbrar indícios suficientemente fortes para justificar a instauração de processo que visasse o alcance de medida tão extrema como a da cassação de registro partidário. O TSE, porém, recusou o arquivamento, e o processo foi levado adiante por obra do subprocurador eleitoral Alceu Barbêdo, após Temístocles Brandão Cavalcanti ter se declarado impedido para prosseguir no feito.

Em janeiro de 1947, o deputado Benedito Costa Neto (PSD-SP) enviou ao TSE documentos que supostamente comprovavam uma duplicidade de estatutos do PCB. Em renhida votação, por 3 votos a 2, o TSE, enfim, concluiu ser o PCB uma agremiação antidemocrática e totalitária, posto que marxista-leninista (informação que não constara do estatuto protocolado na Justiça Eleitoral) e o pôs na ilegalidade, cassando-lhe o registro. Votaram pela cassação os magistrados José Antônio Nogueira, Francisco de Paula Rocha Lagôa Filho e Cândido Mesquita da Cunha Lobo. Restaram vencidos os magistrados Francisco Sá Filho (relator) e Álvaro Moutinho Ribeiro da Costa.

Óbvio que a acusação contra o PCB fora articulada por setores conservadores incomodados com a combatividade da bancada comunista e sua luta a favor dos interesses populares, muitas vezes contrários aos interesses econômicos das vetustas oligarquias dominantes e reacionárias. Edmundo Barreto Pinto, por exemplo, um dos artífices das denúncias contra a sigla comunista, elegera-se deputado pelo PTB com apenas 200 votos (entrara como suplente de Getúlio, que preferira assumir a cadeira no Senado), ou seja, sem qualquer representatividade, e foi assim descrito por Carlos Chagas na obra **O Brasil sem retoque, 1808 a 1964: a história contada por jornais e jornalistas**, editada em dois volumes: “Ele era um bonachão, um ‘bon vivant’, casado com uma mulher muito rica, morava num verdadeiro palácio no Rio de Janeiro, em Botafogo. E ele não era um deputado atuante, de jeito nenhum” (CHAGAS, Carlos *apud* LESSA, Daniele. **Especial Cassações - Como as democracias lidam com a perda de mandato de parlamentares - (06’11”)**). Brasília: Rádio Câmara, 18/08/2005. Programa de rádio. Reportagem Especial. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/radiocamara/default.asp?selecao=MAT&Materia=28633>. Acesso: 21.abr.2010). Mais tarde, Barreto Pinto seria cassado por quebra de decoro parlamentar ao deixar-se fotografar de sambacação, em pose vexatória, nas páginas de **O Cruzeiro**, numa jocosa artimanha arquitetada pela então famosa dupla de repórteres, David Nasser e Jean Manzon. Já Himalaya Vergolino, o outro denunciante do PCB, havia sido procurador do Tribunal de Segurança

Nacional, de triste memória, e era um conhecido anti-comunista carioca. O jornalista João Aveline o descrevera como alguém “sem a imponência da montanha, mas certamente com o impulso bandido de Lampião” (AVELINE, João. **Macaco preso para interrogatório: retrato de uma época**. Porto Alegre: AGE Editora, 1999, p. 54).

Em janeiro de 1948, a reboque da cassação do PCB, os mandatos dos parlamentares comunistas seriam igualmente cassados na Câmara dos Deputados pelo fato de estarem todos eles “sem partido”, situação proscria pela legislação eleitoral. Os comunistas ainda tentaram, sem sucesso, criar uma nova legenda - o Partido Popular Progressista (PPP), cujo registro, porém, não foi aceito³⁴.

A Constituição de 1946 quase não teve avanços sociais, o que, para alguns, gerava a estranha sensação de que se tratava o novel Código Político de um documento antiquado em relação aos ares democráticos que adejavam o país. PSD e PTB, criações de Getúlio, visavam basicamente evitar a aprovação de um novo desenho institucional incapaz de resguardar os espaços políticos até então conquistados pelas oligarquias emergidas a partir de 1930 (com a revolução de outubro) e também por lideranças burocráticas e trabalhistas despontadas a partir de 1937 (com o Estado Novo). A UDN, sempre na defesa dos interesses da burguesia liberal, não descurava, por sua vez, em desfiar da tribuna do Parlamento o rosário de rancores colecionados ao longo da segunda metade da “Era Vargas”. Sem uma significativa participação popular, os debates em plenário na Assembleia Constituinte gravitavam mais sobre ressentimentos passados e o medo comunista do que propriamente sobre um projeto de país. Conquistas sociais alcançadas posteriormente, e com mais ênfase no segundo governo Vargas (1951-1954) - que não é objeto deste estudo - deveram-se às normas jurídicas de caráter ordinário (infraconstitucional), e não à codificação

³⁴ PANDOLFI, Dulce. **Entre dois governos: 1945-1950. A cassação do Partido Comunista no cenário da Guerra Fria**. Rio de Janeiro: CPDOC/FGV, 2009. Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas2/artigos/DoisGovernos/CassacaoPC>. Acesso em: 23.abr.2010.

constitucional propriamente considerada. Além do mais, como já pontuado acima, muitos dos direitos sociais contemplados no texto constitucional de 1946 ficaram relegados às normas programáticas (diretivas), dado relevante num tempo em que a doutrina constitucional clássica ainda conferia a tais expressões jurídicas formais uma importância menor, de corte unicamente ideológico-simbólico, porque despidas de aplicabilidade imediata³⁵. A rigor, não era de se estranhar essa marcha tímida dos direitos de segunda geração (direitos de igualdade) naquele momento singular da vida nacional. “Os pensamentos da classe dominante”, já nos haviam advertido, noutros tempos, Marx e Engels, “são também, em todas as épocas, os pensamentos dominantes” (cf. MARX, Karl & ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 48).

7. A CONSTITUIÇÃO DE 1946: À GUIZA DE CONCLUSÃO

“A história do mundo é o julgamento do mundo”
(Friedrich Schiller, poeta e filósofo alemão do século XVIII).

A 18/09/1946, enfim, foi promulgada, em tarde quente e ensolarada no Rio de Janeiro, a primeira Constituição brasileira pós-Estado Novo. A Assembleia Nacional Constituinte, é verdade, empenhou-se na elaboração de um texto que, se não moderno o bastante para romper velhas estruturas excludentes da sociedade brasileira e conduzir o país ao caminho da igualdade de oportunidades para todos os filhos da pátria, buscava ao menos ser o eficaz

³⁵ Cotejando as leituras clássica e moderna do Direito Constitucional sobre a significância das normas programáticas na Constituição, leciona Luís Roberto Barroso na obra *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira* (Rio de Janeiro: Renovar, 1993, 2ª. edição, p. 111): “(...) a visão crítica que muitos autores mantêm em relação às normas programáticas é, por certo, influenciada pelo que elas representavam antes da ruptura com a doutrina clássica, em que figuravam como enunciados políticos, meras exortações morais, destituídas de eficácia jurídica. Modernamente, a elas é reconhecido valor jurídico idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição, como cláusulas vinculativas, contribuindo para o sistema através dos princípios, dos fins e dos valores que incorporam. Sua dimensão prospectiva ressalta, Jorge Miranda, é também uma dimensão de ordenamento jurídico, pelo menos no Estado Social”.

guardião de uma democracia política ainda primaveril surgida depois de quase oito anos de ditadura varguista.

Inspirada nas Constituições de 1891 (liberal) e 1934 (intervencionista), a Constituição de 1946, a quem se acusava de ter voltado as costas para o futuro, conjugava em seu texto princípios de um e de outro modelo econômico. Nascida em um mundo polarizado entre as ideologias que venceram a Segunda Guerra - o capitalismo e o socialismo - e preparada sob o exercício de um governo reacionário (Dutra), anticomunista, infenso à autonomia sindical, alinhado aos EUA e, logicamente, submisso às diretrizes do FMI, a Constituição de 1946, que perigou falhar na defesa da ordem democrática em 1954 (suicídio de Vargas), em 1955 (eleição de Juscelino), em 1956 (revolta de Jacareacanga), em 1959 (revolta de Aragarças) e em 1961 (renúncia de Jânio), não resistiu, contudo, à chegada de 1964 (reformismo de João Goulart). Mas isso, caro leitor, já é assunto para um outro artigo... 📄

A Nova Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública: Primeiras Considerações e Proposta para Implementação

Milton Delgado Soares

Juiz de Direito Titular da Vara Única de Japeri/RJ. Mestre em Direito Público e Professor Universitário.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo analisar os principais aspectos da Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009, que foi publicada no Diário Oficial da União do dia 23 de dezembro de 2009 e que cria os denominados Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos estados e dos municípios para, ao final, sugerir uma forma para a implementação de tais juízos, sem que isso acarrete maiores dificuldades financeiras para o Poder Judiciário Estadual, cujo orçamento, todos sabemos, já está bem apertado diante do teto estabelecido pela Lei de Responsabilidade Fiscal e do sempre crescente número de demandas ajuizadas nos Tribunais de Justiça dos Estados.

Tal diploma legal é de suma importância, pois, além de permitir o acesso à justiça de forma bastante simples, célere e objetiva, traz importantes inovações no tocante à atuação da fazenda pública e na atuação nos processos de seus representantes judiciais, quais sejam, em regra os procuradores dos estados e municípios, rompendo com um paradigma tradicional já bastante defasado, haja vista o emperramento da máquina judiciária, agravado pelo número exacerbado de demandas fazendárias. Merecem destaque, não só as demandas ditas comuns em tramitação

nos Juízos com competência fazendária, mas, principalmente, as execuções fiscais para a cobrança da dívida ativa tributária e não tributária ainda regulamentadas pela Lei 6.830/80.

Desta forma, a Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos estados e dos municípios dá um passo importantíssimo para o aprimoramento do Poder Judiciário no tocante ao combate dos efeitos danosos para a efetividade processual do enorme número de demandas fazendárias em tramitação. É, portanto, uma realidade que os Tribunais de Justiça dos estados devem implementar, estabelecendo um diálogo democrático com as procuradorias dos estados e municípios para o seu êxito, já que o artigo 22 do citado diploma legal estabelece o prazo de 2 (dois) anos, contados de sua vigência, para que os Tribunais de Justiça dos Estados instalem tais juízos.

2. ANÁLISE DOS PRINCIPAIS ASPECTOS

É inquestionável a importância de tal diploma legal, cujos principais aspectos passo a analisar, para, ao final, estabelecer algumas conclusões e sugestões, objetivando contribuir, ainda que de forma singela e modesta, para a sua implementação, e despertar o interesse de juristas de escol para o tema.

2.1. Competência

A competência estabelecida pelo artigo 2º da Lei 12.153/09 abrange causas de até 60 (sessenta) salários mínimos, não incluindo algumas causas mais complexas, quais sejam, as ações de mandados de segurança, desapropriações, divisão e demarcação de terras, populares, improbidade administrativa, execuções fiscais, demandas sobre direitos ou interesses difusos ou coletivos, bem como as causas sobre bens imóveis dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, autarquias e fundações públicas a eles vinculadas; e as causas que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou sanções disciplinares aplicadas a militares. Tais ações permanecem na Vara de Fazenda por serem mais complexas, conforme estabelecido nos incisos I, II e III, do § 1º, do citado dispositivo legal.

Destaque-se que o objetivo do legislador foi mesmo atribuir competência aos Juizados da Fazenda Pública para as causas de pequeno valor, entendidas como aquelas que não extrapolem o valor de 60 (sessenta) salários mínimos, sem se descuidar da limitação desse teto também para as obrigações continuativas ou de trato sucessivo. Estabelece que, nesta hipótese, as somas de eventuais prestações vencidas com as 12 (doze) vincendas também não poderão ultrapassar tal valor, especialmente em respeito à regra constitucional do precatório requisitório prevista no artigo 100 da Constituição da República. Tal regra é hoje atenuada por seu parágrafo 3º que serve de fundamento para as chamadas RPVs (requisições de pequeno valor), cujo montante deve ser estabelecido por cada ente da federação em atenção ao princípio federativo.

Porém, no tocante à competência, a grande inovação da Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, se comparado aos Juizados Especiais Cíveis, foi a opção, sem sombra de dúvida e não dando margem para nenhuma interpretação em contrário, pela **COMPETÊNCIA ABSOLUTA** (artigo 2º, § 4º), impedindo-se, desta forma, a opção, ora pela Vara de Fazenda Pública, ora pelos Juizados. Isto ameniza a distribuição de demandas menos complexas - entendidas como aquelas que não ultrapassem 60 (sessenta) salários mínimos - para as Varas de Fazenda Pública, já que concentradas em sede de Juizado por uma questão de ordem pública, podendo, inclusive, haver declínio de competência de ofício.

Com efeito, tal opção irá evitar surpresa decorrente do pensamento equivocado ocorrido quando da instalação dos Juizados Especiais Cíveis de que as varas cíveis seriam “desafogadas” com a criação de tais juízos, já que, na prática, se constatou que tal fato não ocorreu, sendo certo que as varas cíveis continuaram com uma distribuição muito grande e nos juizados surgiram novas demandas que estavam represadas em virtude, muitas vezes, de sua inviabilidade do ponto de vista financeiro, já que se as partes tivessem que pagar custas e contratar advogado para o seu ajuizamento, fatalmente não seriam ajuizadas.

Certamente, em sede de Juizados Especiais da Fazenda Pública, surgirão novas demandas que, anteriormente, da mesma

forma, estavam inviabilizadas e represadas pela exigência de se contratar advogado e pagar custas, tais como, questionamentos sobre a regularidade das diversas multas de trânsito aplicadas diariamente que, hoje, os jurisdicionados, em sua imensa maioria, questionam apenas em sede administrativa, sem muito êxito.

Porém, se por um lado surgirão inúmeras demandas novas e represadas em prol do amplo acesso à justiça, que fundamenta a própria criação dos Juizados Especiais, por outro, a opção pela competência absoluta vai conseguir, realmente, retirar as causas de pequeno valor dos Juízos de Fazenda Pública, o que será um passo bastante importante em prol da efetividade e celeridade processual das demandas em tramitação nestes juízos.

Destaque-se, ainda, que a opção pela competência absoluta irá diminuir a possibilidade de existência de decisões contraditórias sobre os mesmos assuntos, advindas ora do microsistema dos Juizados, ora dos Juízos Fazendários ditos comuns, diminuindo os seus malefícios que tanta instabilidade jurídica trazem para os jurisdicionados.

Dessa forma, fica aí uma sugestão para a reflexão sobre as vantagens práticas de uma eventual mudança de posição do entendimento da jurisprudência que predominou, ao menos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de que a competência pelos Juizados Especiais da Lei 9.099/95 seria relativa e, por isso, opcional. Uma simples mudança de posição do Tribunal poderia significar uma melhor organização e efetividade dos juízos cíveis, valendo-se deste dispositivo da Lei dos Juizados Especiais da Fazenda e sem a necessidade de nenhuma alteração legislativa, já que todos os diplomas relativos aos diversos juizados devem ser interpretados sistematicamente por integrarem o mesmo microsistema, conforme se constata da simples leitura do artigo 1º da Lei 12.153/09, que os prevê como “órgãos da justiça comum e integrantes do Sistema dos Juizados Especiais”.

2.2. Legitimidade

Tanto a legitimidade ativa, quanto a passiva estão regulamentadas no artigo 5º, da Lei 12.153/09.

No tocante à legitimidade ativa, o inciso I do citado dispositivo legal não trouxe nenhuma novidade, já que prevê a possibilidade de serem autores, nos juizados, apenas as pessoas físicas (ou naturais, adotando-se a terminologia do Código Civil de 2002), e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas nos termos da lei, como já ocorre em sede de Juizados Especiais Cíveis.

Porém, no tocante ao polo passivo, devemos atentar para o fato de que poderá ser integrado pelos Estados, Distrito Federal, Territórios, Municípios, bem como por autarquias, fundações e empresas públicas a eles vinculadas, não havendo previsão para as Sociedades de Economia Mista.

Com efeito, algumas dúvidas poderão surgir no tocante ao alcance desse dispositivo, senão vejamos.

A primeira dúvida decorre do alcance da expressão “fundações”, já que os administrativistas distinguem a natureza jurídica das denominadas fundações autárquicas das fundações ditas “normais”, atribuindo a natureza de direito público para as primeiras e a de direito privado para as demais.

A segunda dúvida decorre da possibilidade ou não de inclusão das denominadas Sociedades de Economia Mista diante da inexistência de previsão expressa.

Certo é que o termo “fazenda pública” decorre do entendimento de que aquela “fazenda” é de todos e, por isso, “pública”, motivo pelo qual sempre se definiu tal termo como sendo “**o ente público em juízo**”. Portanto, o ente que ostenta a natureza jurídica de direito público em juízo, seja ele integrante da Administração Direta ou da Administração Indireta seria considerado como Fazenda Pública.

Tal definição serve como norte de interpretação para a identificação dos entes que fariam jus às prerrogativas fazendárias, tais como os prazos diferenciados, duplo grau obrigatório e pagamento de quantia certa através de precatório requisitório.

Ocorre que nem sempre o legislador foi fiel ao termo “fazenda pública”, tal como estabelecido pela doutrina, para a atribuição de competências de Juízos criados para julgamento de causas que

envolvem interesses fazendários, como não o foi a própria Constituição no artigo 109, ao prever a Justiça Federal como competente para julgar as empresas públicas federais, assim como o Legislador fluminense, ao prever os entes integrantes da Administração Indireta que poderão ser julgados nas Varas de Fazenda Pública.

Com efeito, diante da utilização do termo “fundações” no plural e da previsão expressa de empresas públicas, nada impediria, em prol do acesso à justiça, que fosse conferida uma interpretação extensiva a tal dispositivo, ao menos no caso do Rio de Janeiro onde as demandas envolvendo todos os entes da administração indireta vinculados ao estado e municípios são de competência das Varas de Fazenda Pública, possibilitando a inclusão de todas as fundações e sociedades de economia mista, desde que vinculadas ao estado e municípios, na competência dos novos Juizados Fazendários.

Tal posição pode ser corroborada pelo fato de que as prerrogativas tradicionais da fazenda pública foram praticamente aniquiladas pela Lei 12.153/09, conforme analisaremos mais na frente e se constata da leitura dos artigos 7º, 8º, 11 e 13 do citado diploma legal, já que é princípio basilar da hermenêutica que a lei especial prevalece sobre a lei geral naquilo em que houver contradição. Assim, não haveria razão lógica para mantermos a competência da Vara de Fazenda Pública para entes da Administração Indireta com personalidade de direito privado nas causas até 60 (sessenta) salários mínimos, enquanto que os entes públicos seriam submetidos aos Juizados, mantendo as demandas de menor complexidade e assoberbando a Vara de Fazenda Pública.

2.3. Conciliadores e Juizes Leigos

Haverá também em sede de Juizados Especiais da Fazenda Pública a possibilidade de designação de conciliadores e “juizes leigos” como auxiliares dos juizes togados, estando as suas funções disciplinadas nos artigos 15 e 16 da Lei 12.153/09, sem prejuízo do já estabelecido para tais auxiliares na Lei 9.099/95, mais especificamente em seus artigos 22,37 e 40.

O § 1º do artigo 15 da Lei 12.153/09 estabelece que os conciliadores e os juizes leigos serão recrutados, *preferencialmente*,

entre bacharéis em Direito (conciliadores) e advogados com mais de 02 (dois) anos de experiência (“juízes” leigos), merecendo destaque para o termo “preferencialmente”, pois possibilita a atenuação desta regra.

Merece destaque, porém, uma importante inovação retirada da inteligência do artigo 16, mais precisamente de seus parágrafos 1º e 2º, que inova ao autorizar o conciliador a ouvir partes e testemunhas, o que, com o devido grão de sal, poderá facilitar a instrução feita pelo “Juiz” Leigo ou Togado, já que estariam autorizados a aproveitar, na Audiência de Instrução e Julgamento, tais depoimentos. Isto facilita a atividade e confere maior celeridade e efetividade na prestação da tutela jurisdicional, já que o magistrado, na audiência, somente tomaria o depoimento das partes ou testemunhas se houvesse alguma dúvida no depoimento já colhido pelo conciliador, devendo o interessado, nessa hipótese, caso a audiência não fosse convolada, peticionar postulando tal “reforço de oitiva” ao magistrado antes da audiência concentrada.

Tal inovação é digna de aplauso, uma vez que dá maior importância à figura do conciliador, que não irá se limitar a perguntar para as partes “se há proposta de acordo”, não contribuindo, em quase nada, para a tutela jurisdicional se o mesmo não for alcançado.

Com isso, uma reflexão deve ser feita no tocante à dificuldade de treinamento dos conciliadores: as constantes entradas e saídas dos mesmos e a importante autorização legislativa, que poderia ser adotada pelo legislador, e até mesmo analogicamente pelos magistrados, em todos os outros procedimentos dos demais Juizados, em prol da celeridade e efetividade processual. Isso porque, em regra, tais auxiliares da justiça não são remunerados e são angariados entre estudantes de Direito em períodos iniciais. Por outro lado, temos exitosa experiência feita pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro com os Juízes Leigos, que são remunerados e angariados junto à Escola da Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ), passando-se, assim, a dar tratamento similar aos conciliadores.

2.4. Atuação dos Representantes Judiciais da Fazenda e seus Poderes

Porém, sem dúvida nenhuma, uma das mais importantes inovações do diploma em análise é a exigência estabelecida pelo seu artigo 8º de que o Representante Judicial da Fazenda Pública (Procuradores do Estado e Municípios) deverá ter PODERES de conciliar, transigir ou desistir, nos termos da lei do respectivo ente, já que, sem tais poderes especiais, não haveria como se privilegiar a conciliação, que é o maior fundamento para os Juizados Especiais em geral.

Tal experiência já vinha sendo feita pela Fazenda Pública Federal, ainda que timidamente, não só em decorrência do advento da lei dos Juizados Especiais Federais, mas também em função de criações de Câmaras específicas administrativas, nas quais a conciliação é privilegiada com grandes devedores, havendo, inclusive, notícias de propostas legislativas em tramitação no Congresso nacional que privilegiam a conciliação e estabelecem poderes para os procuradores federais.

Para o êxito de tal diploma legal, mister se faz, então, que os entes da federação estabeleçam os limites e outorguem, por meio de lei específica, em atendimento ao princípio constitucional da legalidade que norteia a atuação da Fazenda Pública, os poderes especiais (artigo 38, 2ª parte, do CPC) para que seus procuradores possam conciliar, transigir ou desistir, já que estes, normalmente, apenas possuem poderes outorgados pela lei para representarem a Fazenda Pública nos termos da cláusula *ad judicium* (artigo 38, 1ª parte, do CPC). Esta é a razão pela qual quase não se vê audiência de conciliação nas Varas de Fazenda Pública e na Justiça Federal.

Com efeito, sem que os Estados e Municípios atendam a essa determinação legal, o diploma legal não atenderá ao seu objetivo e a sociedade é que sairá prejudicada pela burocracia que deve ser afastada pelos Administradores Públicos para que os exercícios de seus poderes, que, sempre é bom lembrar, foram outorgados pelo povo, sejam, realmente, legitimados.

2.5. As Tutelas de Urgência Antecipada e Cautelar

No tocante às tutelas de urgência, o artigo 3º da Lei 12.153/09 estabelece a possibilidade de concessão de antecipa-

ção de tutela, *tanto de ofício pelo magistrado, quanto mediante provocação da parte*, adotando o entendimento doutrinário que, apesar de até este momento ser considerado minoritário, é bem defendido por juristas de escol, tais como o Ministro Luiz Fux, e que é muito bem fundamentado na aplicação analógica do Poder Geral de Cautela (artigo 798, do CPC) ao artigo 273, do CPC, já que ambas são espécie do gênero tutelas de urgência. Frise-se que, com a nova redação do § 7º do artigo 273 do CPC, dada pela Lei 10.444/02, tal tese também foi reforçada pela previsão da fungibilidade de tais medidas de urgência, ante a dificuldade prática que, em algumas ocasiões, temos em distinguir uma da outra.

Dessa forma, a possibilidade expressa de concessão de antecipação de tutela de ofício será importante instrumento para a prestação jurisdicional em sede de Juizados da Fazenda Pública e merece ser ressaltada.

Observe-se, ainda, que, em prol da celeridade e efetividade dos processos em tramitação nos Juizados Fazendários, o artigo 4º da Lei 12.153/09 possibilita a interposição de RECURSO não só no caso de sentença, mas também contra as decisões que tratam das providências de urgência, estando aí mais uma importante distinção no que tange ao sistema dos Juizados Especiais da Lei 9.099/95, já que evitará a impetração do mandado segurança contra ato judicial em tais casos.

Diante da aplicação subsidiária da Lei 9.099/95, estabelecida pelo artigo 27 da Lei 12.153/09, o recurso cabível contra a decisão de antecipação de tutela, em razão do princípio da especialidade e do fato do Juizado da Fazenda Pública fazer parte do sistema dos juizados especiais (art. 1º da Lei 12.153/09), é o RECURSO INOMINADO e não o agravo de instrumento, de competência funcional da turma Recursal e que me parece, smj, pode ser formalizado agora na modalidade de instrumento. Diante de tal previsão legal, basta a simples retirada de cópias para a sua instrução e apreciação da Turma Recursal.

2.6. Execução Sincrética e as Prerrogativas do Reexame Necessário e Precatório Requisitório

No tocante à execução, a opção dos artigos 12 e 13 da Lei 12.153/09, como não poderia deixar de ser, foi pela **EXECUÇÃO SINCRÉTICA**, tanto das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, com a utilização das medidas de apoio nos termos dos artigos 461 e 461-A do CPC, quanto das obrigações de pagar quantia certa, mantendo-se somente a prerrogativa fazendária de que a execução somente poderá ocorrer após o trânsito em julgado, não obstante tenha sido dispensado o precatório requisitório diante da possibilidade expressa de “saque no banco depositário”.

Importante destacar que, caso a Fazenda não se organize para o pagamento das requisições de pequeno valor previstas nessa lei - que somente podem ser expedidas após o trânsito em julgado - há previsão expressa da medida de apoio, já consagrada na jurisprudência pátria mais abalizada, de sequestro do numerário na conta da Fazenda Pública. O bloqueio desse numerário pode ser feito na forma *on line* através do sistema BACENJUD, e não configura penhora de bem público (dinheiro), exatamente por se tratar de medida de apoio.

Destaque-se que a fixação das quantias tidas como de pequeno valor deve ficar ao arbítrio do legislador estadual ou municipal, diante do princípio federativo, já que os entes que compõem a federação são dotados de autonomia orçamentária e financeira, até mesmo porque o que é pequeno valor para um ente com arrecadação próspera (Ex.: Município do Rio de Janeiro), não o é para outro ente com ínfima arrecadação (Ex.: Município de Japeri).

Andou bem o legislador ao regulamentar na Lei 12.153/09, mais precisamente em seu artigo 13, § 3º, os tetos estaduais e municipais em 40 (quarenta) e 30 (trinta) salários mínimos, respectivamente, para suprir eventuais lacunas, aplicando-se imediatamente tais valores até que lei específica do ente da federação regulamente o assunto, conferindo, dessa forma, aplicação imediata ao preceito legal relacionado às requisições de pequeno valor, mesmo na ausência de norma específica do ente em virtude de sua omissão legislativa.

Ainda no tocante à execução sincrética, cumpre destacar que a dispensa para o precatório requisitório não pode abranger

execuções que superem o teto de 60 (sessenta) salários mínimos, já que quando a quantia exceder tal limite, o exequente pode tomar uma das duas atitudes, quais sejam: a) abrir mão do excedente e receber o teto de 60 (sessenta) salários mínimos através de Requisição de Pequeno valor; OU b) receber o valor devido, porém submetendo o seu crédito à fila do precatório requisitório diante do preceito constitucional consagrado no artigo 100 da Constituição da República.

Por fim, ainda com relação ao princípio da especialidade e excluindo prerrogativas tradicionais da Fazenda Pública, em prol dos princípios da simplicidade, celeridade e efetividade que nor-teiam o sistema dos juizados especiais, os artigos 7º e 11 da Lei 12.153/09 não deixam qualquer dúvida de que as regras gerais de prazo diferenciado para a Fazenda e reexame necessário não serão observadas em sede de juizados fazendários, sendo esta uma importante inovação dada por tal diploma legal.

2.7. Recursos, Turmas Recursais e Pedido de Uniformização de Interpretação da Lei.

Com relação ao sistema recursal em sede de juizados especiais da Fazenda Pública, o artigo 17 da Lei 12.153/09 estabelece que os recursos inominados contra as sentenças e decisões de antecipação de tutela do artigo 3º serão de competência funcional das TURMAS RECURSAIS, que deverão ser criadas na forma da legislação estadual e integradas por juízes de 1º grau, *preferencialmente* integrantes do sistema dos juizados especiais, INDICADOS segundo critérios de antiguidade e merecimento para um MANDATO de 2 (dois) anos. Isto amenizaria a questão da indicação política para o exercício de tais funções, que constantemente é alvo de críticas.

Destaque-se que tal mandato de dois anos não poderá ser renovado sucessivamente, a menos que não exista outro juiz na sede da Turma Recursal, conforme disposto no § 2º do citado dispositivo legal, que tem por objetivo acarretar uma rotatividade de integrantes para que as decisões judiciais sejam, constantemente, atualizadas e revistas, acompanhando a evolução social.

Mas, sem dúvida nenhuma, em sede recursal, a mais importante inovação do diploma em análise foi a previsão da possibilidade de **pedido de uniformização de interpretação de lei**, que poderá ser suscitado, **de ofício ou a requerimento do interessado**, quando houver divergência de interpretação do direito material entre turmas recursais integrantes do mesmo tribunal ou de tribunais de diferentes estados, objetivando diminuir os malefícios de decisões judiciais contraditórias entre os diversos órgãos julgadores integrantes do sistema dos juizados e até mesmo de órgãos do Judiciário fora de tal sistema.

A competência para apreciar o pedido de uniformização de interpretação de lei decorrente de controvérsia de **Turmas Recursais integrantes de um mesmo estado** é da denominada **REUNIÃO DAS TURMAS ENVOLVIDAS** (art. 18, § 1º), que será presidida por um Desembargador indicado pelo respectivo Tribunal de Justiça. Porém, se as decisões divergentes forem provenientes de Turmas Recursais integrantes de Tribunais diversos de diferentes estados ou quando as decisões contrariarem súmula do STJ, o seu julgamento será feito pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (artigo 18, § 3º), com a possibilidade de aplicação de regra semelhante aos recursos repetitivos (artigo 19, § 1º).

Por fim, complementando o simplificado, mas não inefetivo sistema recursal, nunca é demais frisar que haverá possibilidade, ainda que remota, de interposição de **RECURSO EXTRAORDINÁRIO** para o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, caso presentes todos os seus requisitos legais, entre eles a repercussão geral, diante do preceituado no artigo 20.

3. CONCLUSÃO E PROPOSTA PARA A CRIAÇÃO DOS NOVOS JUÍZOS IMPOSTOS PELA LEI 12.153/09

Neste momento inicial de análise da Lei 12.153/09, todas as considerações sobre os diversos assuntos que ela regula são sempre importantes para o aprimoramento da prestação jurisdicional nas causas fazendárias, que correspondem a uma parcela bastante expressiva dos processos em tramitação no Judiciário, e para que a justiça, em tais demandas, possa realmente alcançar a sua efetividade com uma celeridade razoável.

Diante de todo o exposto, de nada adiantará a alteração legislativa se não houver um diálogo democrático, franco e construtivo entre os diversos “atores” que devem participar de todos os procedimentos, a fim de que os órgãos jurisdicionais a serem criados possam realmente atingir o seu objetivo de contribuir para uma justiça cada vez mais célere e efetiva, em sintonia com o que estabelece a terceira onda renovatória de acesso à Justiça, há muito defendida por Mauro Cappelletti.

Dessa forma, não basta uma simples criação de inúmeros Juizados de Fazenda Pública para o êxito da lei. Mister se faz que todos os operadores do Direito nele envolvidos possam ter mecanismos adequados para a sua participação, a fim de que tais Juízos possam atingir o seu objetivo, já que nem sempre a quantidade traduz qualidade.

Todos sabemos que, diante do advento da lei de responsabilidade fiscal, todos os Tribunais de Justiça estão com orçamento apertado até para efetuar pagamentos de seus magistrados e servidores. Isso tem acarretado, até mesmo, um êxodo de serventuários para outros órgãos federais que possuem remuneração melhor.

Tal fato se deve à atual e injusta repartição de receitas tributárias que privilegiou a União em detrimento dos estados e municípios, motivo pelo qual, diante da concentração da arrecadação tributária na União e da relevância dos serviços prestados pelo Judiciário Estadual, entendo que esta deveria arcar, ou ao menos contribuir, com os custos de tais serviços.

Assim sendo, a **solução para os orçamentos apertados da justiça estadual** (não obstante a sempre crescente procura por seus serviços, hoje comprovada pela imposição de criação de novos juízos imposta pela lei federal de âmbito nacional ora em análise) seria a **União contribuir para as justiças estaduais conjuntamente com os estados ou, até mesmo, a implementação da chamada “nacionalização da justiça”, transferindo a responsabilidade do custo da máquina judiciária total para a União Federal**, prevenindo plano de carreira semelhante para todos os servidores integrantes do Poder Judiciário Nacional, diante do princípio da unidade

da jurisdição e da recente criação do Conselho Nacional de Justiça como órgão integrante do Poder Judiciário com atuação nacional e que, na prática, vem retirando a autonomia dos Tribunais ao investigar, até mesmo, Corregedorias Estaduais.

Mas essa é uma questão para a reflexão do Congresso nacional e das entidades de classe representativas dos integrantes do Judiciário, sejam de serventuários ou de magistrados, sendo certo que, até que tal mudança não seja implementada, os Administradores dos Tribunais terão que se valer da criatividade para criar mais e mais juízos, respeitando a lei de responsabilidade fiscal e com a missão, quase impossível, de não desprestigiar seus colaboradores sob o aspecto financeiro.

Por isso, com o objetivo, ainda que singelo, de tentar colaborar para a criação de tais juízos e me valendo da experiência pessoal tanto como Procurador do Estado no interior, onde atuei em 16 (dezesesseis) Comarcas durante 5 (cinco) anos, quanto como magistrado com atuação fazendária na Capital, quando ocupava o cargo de Regional da Capital, e no interior, como Juiz Titular de Vara Única, com número bastante considerável de executivos fiscais e demais demandas fazendárias, **entendo que uma solução bastante criativa e que poderia sair exitosa para “matar dois coelhos com uma cajadada só”**, já que resolveria o antigo problema da imensidão de executivos fiscais em todas as comarcas e também o da criação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos estados e municípios, seria a transformação de alguns juízos em **JUÍZOS FAZENDÁRIOS DO INTERIOR (nome provisório)** com Juizados Especiais da Fazenda Pública Adjuntos, já que autorizados pelo artigo 14, parágrafo único, da Lei 12.153/09, **com competência para mais de uma comarca**, em sintonia com o que já ocorre com as Procuradorias Regionais do Estado do Rio de Janeiro, que dão atribuição ao Procurador do Estado para atuar em mais de uma Comarca, sem que isso inviabilize a sua atuação.

Como **exemplo**, poderíamos utilizar a 4ª Procuradoria Regional da PGE/RJ, cuja sede está localizada na Comarca de Petrópolis, mas que abrange, além de tal comarca, as Comarcas de Teresópolis, Três Rios, Paraíba do Sul e Sapucaia. Considerando as

Comarcas abrangidas pela 4ª Procuradoria Regional, poderia ser instalado, até mesmo valendo-se da transformação de um dos juízos existentes em uma dessas comarcas, um JUÍZO FAZENDÁRIO, com Juizado Especial Adjunto, com sede em Petrópolis, para cobrir a competência dos executivos fiscais estaduais e municipais, bem como dos juizados da Fazenda Pública Adjunto relativos aos cinco municípios.

Outro exemplo poderia ser a 3ª Procuradoria Regional, cuja sede está localizada em Nova Iguaçu e que possui atribuição para as Comarcas de Nova Iguaçu, Belford Roxo, Nilópolis, Queimados e Japeri, em que o Juízo Fazendário, com o Juizado Adjunto da Fazenda Pública, ficaria sediado em Nova Iguaçu e com competência para as execuções fiscais do Estado e dos 5 (cinco) municípios, assim como para as causas abrangidas pelo Juizado da Fazenda Pública.

Destaque-se que, tal qual feito pelo legislador com relação à exclusão das demandas complexas dos Juizados da Fazenda, a competência para as demais ações fazendárias, que não fossem execução fiscal e de competência dos Juizados da Fazenda, tais como as de remédios, desapropriação, de responsabilidade civil, ações civis públicas e populares, continuaria na Vara Cível ou Única da Comarca, fato este que possibilitaria uma maior atenção a tais demandas.

Também não há que se falar em prejuízo para a defesa dos jurisdicionados, não só pela proximidade das comarcas; na colocação de todos os andamentos no sistema informatizado no Tribunal, que poderão ser consultados nas máquinas de todas as Comarcas; na possibilidade de distribuição de petições no PROGER de cada uma delas, sem se mencionar a possibilidade de criação de núcleos de atendimento da Defensoria Pública, que poderão atender em cada dia da semana em uma comarca, valendo-se das estruturas já existentes nas mesmas.


Essa é a razão para conclamar a reunião dos diversos atores envolvidos (Tribunal de Justiça e Procuradorias do Estado e Municípios), já que a criação de tais juízos fazendários, por regiões, no interior e até mesmo na capital, levaria à especialização em

matéria fazendária de menor complexidade e de executivos fiscais. Isso acarretaria uma maior produtividade na prestação da tutela jurisdicional, não só em sede de juizados especiais, mas também no que tange aos executivos fiscais com as decisões “em lote”, já que haveria interesse do estado e dos diversos municípios em colaborar com a instrumentalização de tais juízos através de convênios, que podem ser firmados com o Tribunal de Justiça para aparelhamento e, até mesmo, fornecimento de mão de obra complementar a dos servidores do Tribunal de Justiça, que, por sua vez, poderiam ser melhor aproveitados na coordenação dos grupos de trabalho, somando forças com os funcionários cedidos pelos municípios.

Frise-se, ainda, que é comum, ao menos no interior do Rio de Janeiro, a existência de Juízos com várias competências e, não raramente, as competências criminais e fazendárias são atribuídas ao mesmo juízo, fazendo com que a jurisdição fazendária fique relegada a segundo plano diante da existência de prazos legais para processamento de réus presos.

Dessa forma, com a **criação de Juízos Fazendários com competência territorial que abrangem mais de uma comarca, tal como tem ocorrido no processo de interiorização da Justiça Federal e da Justiça do Trabalho**, poderemos dar um passo muito grande para o êxito do objetivado pela Lei 12.153/06, além de resolver um antigo problema, que há muito atormenta a comunidade jurídica, que é a cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública estadual e municipal, que, repito, sempre fica relegada a segundo plano nos juízos com várias competências. Estudo nesse sentido poderá partir da divisão de trabalho já existente nas Procuradorias Regionais da Procuradoria do Estado, que leva em conta o volume de feitos fazendários nas diversas regiões interioranas, sem prejuízo de eventuais aperfeiçoamentos das divisões em regiões decorrentes da necessidade de criação desses novos juízos fazendário, que podem, facilmente, ser orientadas pelos diversos órgãos administrativos dos tribunais tais como a competente COMAQ no Rio de Janeiro.

Por fim, destaque-se que o presente trabalho não tem por objetivo esgotar o tema, tampouco estabelecer premissas inter-

pretativas intocáveis, mas sim contribuir, ainda que de forma singular, para o aperfeiçoamento da máquina Judiciária, bem como despertar o interesse da comunidade jurídica para os mais diversos temas que envolvem as novas leis oriundas dos movimentos de reforma processual e, conseqüentemente, do próprio Poder Judiciário, provocando o debate que, certamente, contribuirá para o aperfeiçoamento da atividade jurisdicional e o êxito da recentíssima e ainda na *vacatio legis*, Lei 12.153/09. 

A Legitimidade da Defensoria Pública para a Tutela dos Interesses Difusos (Uma Abordagem Positiva)

José Augusto Garcia de Sousa
Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela UERJ. Professor de Direito Processual Civil da UERJ, da Fundação Getúlio Vargas (RJ) e da EMERJ.

1. INTRODUÇÃO

Em 2007, a Lei 11.448, alterando o art. 5º da Lei 7.347/85, concedeu à Defensoria Pública, de maneira ampla, legitimidade para a propositura de ações civis públicas.¹ Tratou-se, na verdade, de uma lei mais “declaratória” do que “constitutiva”, na medida em que a Defensoria, mesmo sem norma expressa, já detinha e exercia a legitimidade para ações coletivas.² Sem embargo, logo

¹ A Lei Complementar 132/09, que alterou significativamente a Lei Complementar 80/94 (a lei orgânica da Defensoria Pública), veio ratificar a legitimidade coletiva da instituição, como será visto adiante.

² Sustentando o entendimento de que a Defensoria já possuía a legitimidade, confirmam-se: Fábio Costa Soares, *Acesso do hipossuficiente à justiça. “A Defensoria Pública e a tutela dos interesses coletivos lato sensu dos necessitados”*, in Raphael Augusto Sofiati de Queiroz (org.), *Acesso à Justiça*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002; Adriana Silva de Britto, “A Defensoria Pública e a Tutela Coletiva: o encontro das ondas renovatórias potencializando o acesso à justiça”, dissertação de mestrado apresentada na UERJ (orientação de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes), 2006; José Augusto Garcia de Sousa, “A nova Lei 11.448/07, os escopos extrajurídicos do processo e a velha legitimidade da Defensoria Pública para ações coletivas”, in José Augusto Garcia de Sousa (coord.), *A Defensoria Pública e os Processos Coletivos: comemorando a Lei 11.448, de 15 de janeiro de 2007*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008; Daniele Regina Marchi Nagai Carnaz, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Luiz Manoel Gomes Júnior, “Legitimidade da Defensoria Pública para propositura de ações civis públicas”, *Revista de Processo*, nº 163, set. 2008, esp. p. 293.

vieram as (esperadas) reações à posituação da legitimidade da Defensoria, sobretudo no que tange aos interesses difusos.³ Instalada a polêmica, faz-se necessário não deixar que a questão escape do terreno da racionalidade jurídica. É o que se pretende aqui. Com base em nosso sistema positivo – mas sem dispensar, naturalmente, uma hermenêutica aberta, como convém ao paradigma neoconstitucionalista –, buscaremos demonstrar que a legitimidade da Defensoria para a defesa de direitos difusos nada tem de extravagante. Muito pelo contrário, acha-se aí um terreno extremamente propício para a instituição atuar, a bem da sua imensa clientela.

Antes porém da abordagem direta do tema, vale visitar a “Defensoria Pública constitucional” e suas funções.

2. A “DEFENSORIA PÚBLICA CONSTITUCIONAL” E SUAS FUNÇÕES: A SUPERAÇÃO DO INDIVIDUALISMO E A CONSTRUÇÃO DE UM PERFIL MAIS SOLIDARISTA⁴

Qual o regime constitucional da Defensoria Pública?

A Constituição de 1988 foi bastante econômica em relação à Defensoria, deferindo-lhe apenas um dispositivo, o art. 134, ligado umbilicalmente ao art. 5º, LXXIV, este cuidando do direito fundamental à “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Segundo a literalidade do art. 134, *caput*, da nossa Carta, a Defensoria Pública é “instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orien-

³ A propósito, foi a Lei 11.448/07 alvo de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), que alegou, apesar da norma expressa do art. 129, § 1º, da Constituição (“A legitimidade do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”), que “a norma impugnada (...) afeta diretamente atribuição do Ministério Público, pois ele é, entre outros, o legitimado para tal propositura. A inclusão da Defensoria Pública no rol dos legitimados impede, pois, o Ministério Público de exercer, plenamente, as suas atividades”. A ADIn 3.943-1 foi distribuída à Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha, não tendo havido julgamento até o tempo da elaboração do presente texto (maio de 2010).

⁴ Para um aprofundamento das questões tratadas neste tópico, permita-se a remissão a José Augusto Garcia de Sousa, “O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública (‘revisitadas’): ainda faz sentido a visão individualista a respeito da instituição?”, *Revista de Direito do Estado*, nº 14, abr./jun. 2009.

tação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.”

Da leitura do texto constitucional, percebe-se claramente que foi deixada uma larga margem de manobra, ao legislador e ao intérprete, para a construção do perfil institucional mais adequado aos reclamos do solo e do tempo. Com efeito, a “Defensoria Pública constitucional” está assentada em cláusulas generosamente abertas, como “essencial”, “necessitados”, assistência jurídica “integral” e “insuficiência de recursos”. Qual o real alcance da essencialidade da instituição ou da assistência integral que deve prestar? De que necessitados e de que insuficiência de recursos se cogita? Só os carentes sob o prisma econômico podem ser atendidos? E quando carentes econômicos estiverem de braços dados, em alguma relação incidível, com pessoas não carentes? E se a proteção direta de uma pessoa abastada aproveitar reflexamente a um pobre? Todas essas questões, e muitas outras, não encontram no texto constitucional uma resposta pétreia e definitiva, muito pelo contrário. Nitidez maior só existe quanto ao norte básico da Defensoria: o acesso substancial à justiça prometido pelo Estado brasileiro.

Dessa forma, a parcimônia do constituinte de 1988 em relação à Defensoria Pública teve um aspecto favorável – e desafiador. Positivaram-se apenas algumas “chaves” hermenêuticas, que podem, se manuseadas com sensibilidade, abrir caminho para o aprimoramento da instituição em termos normativos e práticos.

Para o presente texto, importa especialmente a identificação dos “necessitados” que podem ser atendidos pela Defensoria Pública. Quem são eles? Trata-se de expressão constitucional que deve ser interpretada restritiva ou ampliativamente?

Há muitos anos, refletindo sobre esse tema em outro trabalho,⁵ chegamos à conclusão de que a tendência, no tocante às atribuições da Defensoria, era claramente expansiva, sobretudo

⁵ José Augusto Garcia de Sousa, “Solidarismo jurídico, acesso à justiça e funções atípicas da Defensoria Pública: a aplicação do método instrumentalista na busca de um perfil institucional adequado”, *Revista de Direito da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro*, nº 1, jul./set. 2002.

quanto às chamadas funções “atípicas”, aquelas que se desenvolvem independentemente da situação de carência econômica/financeira do beneficiário.⁶ Nossa conclusão baseou-se em vários fatores contemporâneos, como o avanço do solidarismo no Direito – favorecendo considerável “dessubjetivação” da ordem jurídica – e a *pluralização do fenômeno da carência*.⁷

Era inevitável, realmente, a superação progressiva da lógica individualista que sempre presidiu as funções institucionais, em favor de uma nova racionalidade, mais afinada com os anseios solidaristas da sociedade de massa – e necessariamente preocupada com a questão ecológica – em que vivemos. Dentro dessa nova racionalidade, impunha-se o crescimento das funções atípicas, passando a Defensoria a patrocinar não só direitos individuais de pessoas carentes, mas também interesses de grupos e ainda valores objetivos da ordem jurídica. Mais: passando a privilegiar trabalhos de natureza preventiva (como a prestação de informação jurídica a uma coletividade), sem um destinatário determinado.⁸

⁶ Nesse sentido, o saudoso Sílvio Roberto Mello Moraes (*Princípios Institucionais da Defensoria Pública: Lei Complementar 80, de 12.1.1994 anotada*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 24): “Típicas seriam aquelas funções exercidas pela Defensoria Pública na defesa de direitos e interesses dos hipossuficientes. E atípicas seriam aquelas outras exercidas independentemente da situação econômica daquele ou daqueles beneficiados com a atuação da Instituição” (a exemplo da defesa do réu sem advogado na área criminal, bem como a curadoria especial no cível).

⁷ O fenômeno da carência, extremamente multifacetado nos dias de hoje, tem merecido, para fins de proteção, uma compreensão abrangente, isenta de reducionismos. O Código de Defesa do Consumidor marca de forma clara essa tendência: a vulnerabilidade econômica do consumidor é apenas uma das várias vulnerabilidades consideradas. Repare-se o próprio texto constitucional: vários dos instrumentos previstos no art. 5º – a saber, o direito de petição e o direito de certidão; a ação popular, “salvo comprovada má-fé”; a ação de *habeas corpus*; a ação de *habeas data* e, na forma da lei, “os atos necessários ao exercício da cidadania” – foram positivados com a cláusula expressa da gratuidade, o que indica nitidamente a preocupação com o acesso amplo, desvinculado de qualquer cogitação a respeito da fortuna do beneficiário.

⁸ Confira-se a respeito o magistério de Ada Pellegrini Grinover (“Acesso à justiça e o Código de Defesa do Consumidor”, *O Processo em Evolução*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996, p. 116-117): “No que respeita à assistência judiciária, seu conceito também se renovou, tomando uma dimensão muito mais ampla. (...) Mas, além disso, também se dilatou o sentido do termo necessitados. Aos necessitados tradicionais, que eram – e ainda são – os carentes de recursos econômicos, acrescentaram-se os carentes de recursos jurídicos. E assim a assistência judiciária aos economicamente fracos foi estendida aos hipossuficientes

Como a Defensoria Pública não trabalha no vácuo, indiferente a eventos externos, a tendência expansiva confirmou-se. Estendeu-se à Defensoria aquilo que tem sido concedido às demais instituições jurídicas, em especial a Magistratura e o Ministério Público: repensar e atualizar os seus respectivos papéis sociais, bem como as técnicas jurídicas que lhes são inerentes.⁹

Coube primordialmente a dois diplomas legais, já citados, sacramentar a mudança de perfil da Defensoria Pública rumo ao solidarismo. Em primeiro lugar, cronologicamente, veio a Lei 11.448/07, que deu à Defensoria, de maneira ampla, legitimidade para a propositura de ações civis públicas. Dois anos depois, tivemos a Lei Complementar 132, de 07 de outubro de 2009, que alterou inúmeras disposições da Lei Complementar 80/94, a lei orgânica da instituição. Mais do que simplesmente alterar disposições específicas, a Lei Complementar 132/09 significou a superação definitiva da idade individualista da Defensoria. Vale, pois, conferir algumas das inovações trazidas pela Lei Complementar 132/09.

Em primeiro lugar, frise-se a modificação da própria definição legal da instituição (art. 1º da LC 80/94, com redação da LC 132/09): “A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos

jurídicos. O primeiro passo nesse sentido foi dado para a defesa penal, quando se tratasse de acusado revel, independentemente de sua capacidade econômica. Mais recentemente, porém, fala-se em uma nova categoria de hipossuficientes, surgida em razão da própria estruturação da sociedade de massa: são os carentes organizacionais, a que se refere Mauro Cappelletti. São carentes organizacionais as pessoas que apresentam uma particular vulnerabilidade em face das relações sociojurídicas existentes na sociedade contemporânea. (...) Todos aqueles, enfim, que no intenso quadro de complexas interações sociais hoje reinante, são isoladamente frágeis perante adversários poderosos do ponto de vista econômico, social, cultural ou organizativo, merecendo, por isso mesmo, maior atenção com relação a seu acesso à ordem jurídica justa e à participação por intermédio do processo.”

⁹ Sobretudo o Ministério Público experimentou transformações sensíveis, em virtude das exigências sociais (aí incluídas as exigências ecológicas, muito relevantes para a mudança de perfil do *Parquet*). De órgão basicamente interventivo e fiscalizatório no processo civil, passou a um papel bem mais ativo, tomando a iniciativa de deflagrar a jurisdição em inumeráveis situações.

e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicialmente, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.”

Destaque-se também a inclusão, pela LC 132/09, dos *objetivos* da Defensoria Pública, a saber (art. 3º-A da LC 80/94): “a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais” (inciso I); “a afirmação do Estado Democrático de Direito” (inciso II); “a prevalência e efetividade dos direitos humanos” (inciso III) e “a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório” (inciso IV).

Muito relevantes foram os acréscimos produzidos pela LC 132/09 no rol das funções institucionais da Defensoria (previstas no art. 4º da LC 80/94). Vejamos alguns exemplos: “promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios” (inciso II); “promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico” (inciso III); “prestar atendimento interdisciplinar” (inciso IV); “representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos” (inciso VI); “exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado” (inciso XI); “atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas” (inciso XVIII); “participar, quando tiver assento, dos conselhos federais, estaduais e municipais afetos às funções institucionais da Defensoria Pública” (inciso XX) e “convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais” (inciso XXII).

Ainda quanto às funções institucionais, a LC 132/09 acrescentou ao art. 4º da LC 80/94 vários incisos voltados para a atuação coletiva: “promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos,

coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes” (inciso VII); “exercer a defesa dos direitos individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal” (inciso VIII) e “promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela” (inciso X).

Portanto, a LC 80/94, na sua versão original, portava um rol acanhado (conquanto aberto) de funções institucionais; com a LC 132/09, passamos a um rol pujante, que dá grande ênfase à atuação coletiva.

Não bastasse, sublinhando o caráter democrático da instituição, a LC 132/09 fez questão de fixar uma lista de direitos dos assistidos da Defensoria Pública (art. 4º-A da LC 80/94).

Não é preciso continuar enumerando inovações trazidas pela LC 132/09. As citadas acima já permitem avaliar o impacto da LC 132/09 sobre o perfil institucional da Defensoria Pública. Além de ser a entidade que presta advocacia aos pobres, consolida-se para a Defensoria o papel de uma grande agência nacional de promoção da cidadania e dos direitos humanos, voltada para quem mais necessita de cidadania e direitos humanos. Desmancha-se de vez o exacerbado individualismo que sempre acompanhou os caminhos da instituição, passando a prevalecer filosofia bem mais solidarista.

O novo perfil ditado pela LC 132/09 vai ao encontro, insista-se, das exigências do entorno. Como poderia a Defensoria Pública continuar restrita à defesa de direitos subjetivos individuais se o sistema processual já tomou caminho diverso? Deveria porventura seguir na contramão do sistema? Consistindo a instituição em relevante instrumento de acesso à justiça, essa teimosa contramão não teria, seguramente, qualquer legitimidade constitucional.

Vale a ressalva de que o perfil mais coletivo e solidário da Defensoria não diminui o importantíssimo papel da instituição

na defesa individual. Em absoluto. A maioria dos atendimentos da Defensoria será sempre de natureza individual. Isso não significa, porém, que deva ser eternamente imposta à Defensoria uma filosofia institucional individualista e anacrônica, sem qualquer conexão com o contexto em que está situada.

Esclareça-se mais. A defesa de indivíduos carentes pode ser feita com eficácia superior, em muitos casos, através da via processual coletiva; por outro lado, existem alguns processos individuais que geram benefícios formidáveis para a coletividade, ainda mais sob a égide do sistema de precedentes vinculantes que vem sendo implantado em nosso país. Dessa forma, a nova racionalidade institucional não significa isolar-se em um tipo ou outro de tutela processual, e sim valorizar, de modo crescente, as atividades mais afinadas com os anseios solidaristas da sociedade em que vivemos. Em última análise, pois, a remodelagem do perfil da Defensoria Pública nada mais é do que um compromisso com atuações mais eficazes e satisfatórias socialmente.

É claro que esse novo perfil conta com o endosso pleno da ordem constitucional brasileira, que tem na solidariedade um dos seus valores fundamentais. A positivação do solidarismo aparece logo no transcendente art. 3º, I, da nossa Carta Magna: constitui objetivo fundamental da República “a construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Para que não reste qualquer dúvida acerca do significado do comando constitucional, figuram nos incisos seguintes, também entre os objetivos da República, a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso III), e a promoção do bem de todos, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (inciso IV).¹⁰ Além des-

¹⁰A importância do art. 3º da Constituição, que enumera os objetivos fundamentais da República, foi assinalada em texto de Cármen Lúcia Antunes Rocha (Ação afirmativa: o conteúdo do princípio da igualdade jurídica, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 131, jul./set. 1996). Destaca a autora os incisos I, III e IV do referido art. 3º, os quais evidenciam a profunda transformação operada pelo sistema constitucional de 1988 no princípio da igualdade (p. 289-290): “Verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover – são de ação, vale dizer, designam um

sa base normativa central, vários outros dispositivos constitucionais seguem a mesma corrente,¹¹ evidenciando que o solidarismo se acha firmemente estabelecido em nossa ordem jurídica. Dessa forma, pode-se dizer, com segurança, sem concessões a qualquer voluntarismo hermenêutico, que a Constituição brasileira acolhe e enaltece o princípio da solidariedade, um princípio fundamental que deve espargir sua força normativa por toda a extensão do nosso ordenamento, alcançando evidentemente a dinâmica de atuação da Defensoria Pública.¹²

Registre-se ainda que o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de referendar essa ampliação solidarista das funções institucionais da Defensoria Pública, cabível sempre que o interesse social solicitar. Com efeito, na medida cautelar relativa à ADIn

comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional. E todos os objetivos contidos, especialmente, nos três incisos acima transcritos do art. 3º da Lei Fundamental da República traduzem exatamente mudança para se chegar à igualdade. Em outro dizer, a expressão normativa constitucional significa que a Constituição determina uma mudança do que se tem em termos de condições sociais, políticas, econômicas e regionais exatamente para se alcançar a realização do valor supremo a fundamentar o Estado Democrático de Direito constituído. (...) O significado maior do art. 3º da Lei Fundamental da República é, pois, a demonstração de uma mudança essencial do constitucionalismo brasileiro, de uma proposta de sociedade diferente da que percebeu o constituinte de 87/88 e que não lhe pareceu livre, justa, fraterna e solidária.”

¹¹ Exemplificativamente, podemos citar o entranhamento da função social no próprio conteúdo do direito de propriedade (art. 5º, XXIII), a adoção de “prestação social alternativa” como sanção criminal (art. 5º, XLVI, d), a abertura de um amplo capítulo para os direitos sociais (arts. 6º a 11), a tutela especial de pessoas naturalmente fragilizadas – como as portadoras de deficiência (art. 37, VIII), as crianças e os adolescentes (art. 227), os idosos (art. 230) – e a positivação do “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, (...) impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (art. 225).

¹² Especificamente sobre a positividade constitucional do princípio da solidariedade, importa citar as seguintes palavras de Maria Celina Bodin de Moraes (“O Princípio da Solidariedade”, in Manoel Messias Peixinho, Isabella Franco Guerra e Firly Nascimento Filho organizadores, *Os Princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, p. 169): “A expressão referência à solidariedade, feita pelo legislador constituinte, longe de representar um vago programa político ou algum tipo de retoricismo, estabelece um princípio jurídico inovador em nosso ordenamento, a ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução das políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação-aplicação do Direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, pelos membros todos da sociedade.”

558 (RJ), que impugnava vários dispositivos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro acerca da Defensoria Pública, o Plenário do Supremo consagrou a interpretação lata do art. 134 da Constituição Federal, seguindo à unanimidade (no particular) o voto do relator, Ministro Sepúlveda Pertence. Vale a pena transcrever a parte desse voto que toca na matéria aqui debatida:

“21. Certo, a própria Constituição da República giza o raio da atuação institucional da Defensoria Pública, incumbindo-a da orientação jurídica e da defesa, em todos os graus dos necessitados (art. 134).

22. Daí, contudo, não se segue a vedação de que o âmbito da assistência judiciária da Defensoria Pública se estenda ao patrocínio dos ‘direitos e interesses (...) coletivos dos necessitados’, a que alude o art. 176, caput, da Constituição do Estado: é óbvio que o serem direitos e interesses coletivos não afasta, por si só, que sejam necessitados os membros da respectiva coletividade.

23. Também não consigo divisar, à vista desarmada, óbice constitucional à validade de que se incumba a Defensoria Pública do patrocínio judicial de associações votadas por seu estatuto à proteção do meio ambiente e de outros interesses difusos (C. Est., art. 176, § 2º, V, “e”), às quais a lei federal – como sucede com a Lei 7.347/85, endossada pela Constituição superveniente (CF, art. 129, § 1º) – confere legitimação concorrente para as correspondentes ações civis.

24. Estou em que o caráter altruístico da destinação institucional de tais entidades confere razoabilidade plena à outorga pelo Estado do patrocínio judicial gratuito das ações que sirvam à sua persecução, independentemente da indagação in concreto da sua capacidade financeira para arcar com os ônus da defesa privada.

25. A Constituição Federal impõe, sim, que os Estados prestem assistência judiciária aos necessitados. Daí decorre a atribuição mínima compulsória da Defensoria Pública. Não, porém, o impedimento a que os seus serviços se estendam ao

patrocínio de outras iniciativas processuais em que se vislumbre interesse social que justifique esse subsídio estatal.”¹³

Em relação ao julgado acima, esclareça-se, em primeiro lugar que o Supremo Tribunal Federal não tratou da questão da legitimidade *ad causam* da própria Defensoria Pública ou de órgão seu para as demandas coletivas, vez que a questão não estava em pauta. Outrossim, esclareça-se que, em relação à representação judicial, pela Defensoria, de associações destinadas à defesa de interesses coletivos *stricto sensu*, o Supremo entendeu que só poderia acontecer quando estivesse presente “o requisito da necessidade dos titulares do direito ou interesse coletivo”. Sem embargo, a decisão reforça, de maneira esplêndida, o caráter aberto do art. 134 da Lei Maior no tocante às atribuições da Defensoria. Na voz do Supremo, o art. 134 representa, para a instituição, apenas o mínimo constitucional, sem prejuízo da extensão – solidarista – dos seus serviços “ao patrocínio de outras atividades processuais [vale acrescentar: ou extraprocessuais] em que se vislumbre interesse social que justifique esse subsídio estatal”.¹⁴

¹³ O julgamento ocorreu em 16/08/91 e o respectivo acórdão está publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 146/439, valendo registrar ainda que, ao tempo da conclusão deste trabalho, a ADIn referida ainda não tinha julgamento definitivo, tendo sido transferida a relatoria para a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha.

¹⁴ Aduza-se que essa fórmula do *mínimo constitucional* foi também empregada na questão da gratuidade do registro civil de nascimento e da certidão de óbito aos “reconhecidamente pobres” (art. 5º, LXXVI, da Constituição), produzindo o Supremo Tribunal Federal, mais uma vez, jurisprudência favorável à nossa argumentação. Com efeito, na ADC 5, em que se pleiteou a declaração de constitucionalidade dos arts. 1º, 3º e 5º da Lei 9.534/97 – que preveem a gratuidade geral e irrestrita do registro civil de nascimento e do assento de óbito, bem como da primeira certidão respectiva –, o Pleno do Supremo seguiu por maioria o entendimento do relator, Min. Nelson Jobim, julgando procedente o pedido. Ficou assentado (conforme *Informativo* nº 421 do Supremo Tribunal Federal, período de 27 a 31/03/06, grifo nosso): “Considerou [o relator] inexistir conflito da lei impugnada com a CF, dado que o inciso LXXVI do art. 5º da CF, ao assegurar a gratuidade desses atos aos reconhecidamente pobres, determina o mínimo a ser observado pela lei, não impedindo que esta garantia seja ampliada, e, também, pelo fato de que os atos relativos ao nascimento e ao óbito são a base para o exercício da cidadania, sendo assegurada pela CF a gratuidade de todos os atos necessários ao seu exercício (CF, art. 5º, LXXVII)” (ADC 5, Rel. originário Min. Nelson Jobim, Rel. para o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, julgamento por maioria, vencido o Min. Marco Aurélio, em 11/06/07).

Visto o novo perfil de atuação da Defensoria Pública – um perfil mais solidarista, ditado pelas exigências do sistema constitucional e da sociedade brasileira contemporânea –, já podemos passar ao tema central do trabalho.

3. A RÉPLICA RELATIVA AO ENTENDIMENTO CONTRÁRIO À LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA

Para que se possa perceber o que está em discussão no tocante à legitimidade da Defensoria Pública para a defesa de direitos difusos, vejamos em primeiro lugar a argumentação contrária. Na inicial da ADIn intentada contra a Lei 11.448/07, podemos encontrar a suma desse entendimento restritivo: “a Defensoria Pública pode, somente, atender aos necessitados que comprovarem, individualmente, carência financeira”, os quais “devem ser, pelo menos, individualizáveis, identificáveis, para que se saiba, realmente, que a pessoa atendida pela Instituição não possui recursos suficientes para o ingresso em Juízo.” Em consequência, a Defensoria não poderia jamais entrar no campo dos direitos difusos, onde beneficiará – forçosamente – pessoas indeterminadas, muitas possivelmente não carentes.¹⁵

¹⁵ Na ADIn, recorde-se, a CONAMP (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público) pede o reconhecimento da inconstitucionalidade total da Lei 11.448/07 ou, *ad argumentandum*, interpretação conforme para excluir a legitimidade da Defensoria Pública quanto aos interesses difusos. Em parecer referendando a constitucionalidade da Lei 11.448/07, afirmou Ada Pellegrini Grinover acerca da ação da CONAMP (“Legitimidade da Defensoria Pública para ação civil pública”, *Revista de Processo*, nº 165, nov. 2008, p. 306, grifado no original): “Fica claro, assim, que o verdadeiro intuito da requerente, ao propor a presente ADIn, é simplesmente o de *evitar a concorrência da Defensoria Pública*, como se no manejo de tão importante instrumento de acesso à justiça e de exercício da cidadania pudesse haver *reserva de mercado*.” Ironicamente, o ideal para a CONAMP, a bem da corporação que representa, é que o pleito seja inteiramente denegado. Caso contrário – hipótese na qual não se acredita –, conquistas do Ministério Público correrão risco, à medida que o Supremo Tribunal Federal, por uma questão de coerência, poderá sentir-se tentado a podar também, acionado para tanto, a legitimidade coletiva do Ministério Público. Lembre-se, a propósito, que a legitimidade ministerial para a defesa dos direitos individuais homogêneos, igualmente sem base literal na Constituição, até hoje é extremamente vergastada. Em outras palavras, a CONAMP acabou assumindo papel semelhante ao que já foi exercido por algozes do próprio *Parquet*. Felizmente, amplos setores do Ministério Público pensam de maneira diversa. Veja-se por exemplo o que afirma Eurico Ferraresi, ilustre Promotor de Justiça em São Paulo (*Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo*:

Vamos à réplica. É uma réplica extensa, pois não são poucos os pontos, no entendimento restritivo, passíveis de crítica. Tal entendimento arrima-se em premissas alarmentemente desligadas de linhas evolutivas básicas do Direito brasileiro.

Impressiona na tese restritiva, em primeiro lugar, o viés ultraindividualista. Além de evidentemente deslocado — nas ações coletivas, sobretudo quando estão em jogo direitos difusos, não se trabalha com situações particulares ou identificações individuais —, trata-se de um individualismo exasperadamente inconstitucional, superado amplamente pelo que se falou aqui sobre a pujança do solidarismo entre nós. O princípio da solidariedade, repise-se, tem sede constitucional (e se vê cada vez mais fortalecido em virtude da prioridade assumida pela questão ambiental). Não havendo desvio de finalidade — o que aconteceria se a Defensoria propusesse ação civil pública mirando *exclusivamente* os interesses de pessoas abastadas —, não há qualquer problema, remoto que seja, no fato de ações coletivas da Defensoria beneficiarem, “por tabela”, pessoas não carentes. Tal efeito, à evidência, é inerente à ótica generosa e inclusiva das ações coletivas. Soa absurdo, para qualquer pessoa razoável, restringir as ações da Defensoria relativas a direitos difusos por conta do terrível “risco” de serem beneficiadas, também, pessoas não necessitadas...¹⁶

Em abono ao que acabamos de afirmar, temos as lições dos notáveis Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: “a De-

instrumentos processuais coletivos, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 210): “Reitera-se, aqui, a posição defendida nesse estudo no sentido de que órgãos públicos devem se somar na proteção dos direitos difusos e coletivos e não disputar titularidade. As técnicas processuais coletivas existem para benefício de todos. (...) A visão egoística é incompatível com o direito processual coletivo.”

¹⁶ Saliente-se que, nos dias de hoje, é cada vez maior o envolvimento de carentes e não carentes em uma mesma situação jurídica. Foi-se o tempo (se é que já existiu) em que os carentes se fechavam em guetos, onde podiam ser facilmente identificados. O que se quer hoje em dia é exatamente o contrário: que haja inclusão social, intercâmbio cultural e intensificação do pluralismo. Tome-se, como exemplo, o sistema de cotas das universidades públicas, uma das ações afirmativas postas em prática. Goste-se ou não do sistema, ele evidencia a realidade atual, uma realidade complexa, sincrética e plural.

fensoria Pública poderá ajuizar qualquer ação para a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos *que tenham repercussão em interesses dos necessitados*. Não será necessário que a ação coletiva se volte à tutela exclusiva dos necessitados, mas sim que a sua solução repercuta diretamente na esfera jurídica dos necessitados, ainda que também possa operar efeitos perante outros sujeitos.”¹⁷ Primoroso julgado gaúcho vai pela mesma trilha: “Em linha de princípio, a atuação da Defensoria Pública, nas ações coletivas de consumo em que prepondera o interesse coletivo, não se restringe à tutela dos interesses das pessoas necessitadas, mormente quando a prévia, ou mesmo posterior seleção por classe econômico-social, vier a inviabilizar esta via processual e a efetividade da jurisdição, ocasionando paradoxal prejuízo exatamente a esta parcela da sociedade a que este Órgão do Estado visa a assistir.”¹⁸

Prossiga-se. Além de exacerbadamente individualista, o entendimento desfavorável à legitimidade da Defensoria Pública revela-se ultraformalista, desprezando por completo outra linha

¹⁷ Marinoni e Arenhart, *Curso de Processo Civil*, v. 2, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 731-732.

¹⁸ Apelação 70023232820, Rel. Des. José Conrado de Souza Junior, Segunda Câmara Especial Cível do TJ/RS, julgamento unânime em 06/05/08 (julgado comentado por Daniele Regina Marchi Nagai Carnaz, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Luiz Manoel Gomes Júnior, “Legitimidade da Defensoria Pública para propositura de ações civis públicas”, *Revista de Processo*, nº 163, set. 2008). Plenamente alinhados com o julgado gaúcho, sustentamos em outro trabalho (“A nova Lei 11.448/07, os escopos extrajurídicos do processo e a velha legitimidade da Defensoria Pública para ações coletivas”, cit., p. 243): “um dos traços principais das demandas coletivas é exatamente a vastidão dos seus beneficiários, traço que não se compadece em nada com a construção de cercas no âmbito subjetivo das demandas. Tome-se o exemplo de uma associação de defesa do consumidor que busca a revisão de contrato-padrão oferecido por entidade financeira. Naturalmente, a revisão almejada pode favorecer também quem não seja consumidor (de acordo com a Lei 8.078/90), como é o caso de grandes empresas que contratam financiamentos direcionados a sua atividade principal. Numa hipótese assim, faltaria à associação de defesa do consumidor legitimidade para a ação coletiva? Evidente que não, sob pena de suceder um primor de iniquidade: os consumidores deixariam de ser beneficiados pela demanda coletiva porque esta poderia beneficiar também não consumidores... Ou seja, ninguém ganharia, todos perderiam! O mesmo vale para as ações coletivas intentadas pela Defensoria Pública. A pretexto da existência desses despropositados muros, separando os beneficiários, não se pode restringir a legitimidade da Defensoria.”

evolutiva da qual se orgulha o Direito brasileiro, qual seja, a linha instrumentalista, muito encarecida pela nossa processualística.¹⁹

Em poucas palavras, o que significa a instrumentalidade do processo? Um dos seus sentidos capitais é a vitória do conteúdo sobre a forma, do mérito sobre as preliminares. Decorre daí a seguinte equação: quanto mais relevante o direito material em pauta, mais intensa será a incidência do instrumentalismo processual. No caso dos processos coletivos, sobretudo aqueles envolvendo direitos difusos, nem é preciso dizer que a “taxa” de instrumentalidade pode ir ao céu, dada a presumida relevância dos interesses versados na lide. Por conseguinte, questões de ordem eminentemente formal, como a legitimidade, não devem ser sublimadas. Nessa seara, o “quem” é assunto secundário, sendo de se lamentar o fato de gerar tanta celeuma. Não se cuida, afinal, de celeuma inofensiva, meramente acadêmica. As demandas coletivas costumam ser extremamente árduas, envolvendo matérias complexas e réus poderosos. Se, além do objeto, tiver o legitimado de se preocupar com óbices formais, as chances de êxito diminuem bastante, em detrimento dos direitos afirmados na demanda — direitos qualificados, transindividuais. É como se um maratonista fosse obrigado a se preocupar não só com a linha de chegada, mas também com a sua própria permanência na prova, ameaçada por fatores alheios ao mérito atlético (a exemplo do brasileiro Vanderlei Cordeiro de Lima, agarrado por um fanático religioso irlandês quando liderava a maratona das Olimpíadas de Atenas, em 2004). Não pode dar muito certo.

¹⁹ Um desenvolvimento notável do instrumentalismo, em solo nacional, é a “fungibilidade de meios”, preconizada por Teresa Arruda Alvim Wambier. A propósito, confirmam-se os seguintes ensaios da ilustre doutrinadora: “Fungibilidade de ‘meios’: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade”, in Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier coordenadores, *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001; “O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo”, *Revista dos Tribunais*, nº 821, mar. 2004 (versão atualizada e ampliada do primeiro texto); e “O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade”, *Revista de Processo*, nº 137, jul. 2006. Pois bem, no terreno das ações coletivas, onde o que realmente importa é o objeto das demandas, não parece desarrazoado falar em fungibilidade também no que toca aos legitimados ativos.

Sintomaticamente, o primeiro dos princípios específicos do direito processual coletivo comum arrolados por Gregório Assagra de Almeida é o “princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito no processo coletivo”, de acordo com o qual “o Poder Judiciário, em vez de ficar procurando questão processual para extinguir, sem enfrentamento do mérito, o processo coletivo, deverá flexibilizar os requisitos de admissibilidade processual, a fim de que, na resolução do conflito coletivo, efetive o comando jurídico esperado socialmente.”²⁰ Em outra obra, de forma igualmente certa, o mesmo autor critica a “cultura da negativa da admissibilidade às ações coletivas”²¹, muito forte no Brasil. Vamos além: é aqui, principalmente, que a cultura mencionada não pode, de forma alguma, ser incentivada. De fato, vivemos em um país repleto de graves carências em setores básicos, detentor de índices sociais que teimam em permanecer vergonhosos. Há tarefas demais para se executar em prol da nação e especialmente dos carentes, mas faltam os recursos indispensáveis. Em uma terra assim, as demandas coletivas devem ser estimuladas ao máximo, e não recebidas com obstáculos formais. A esse luxo, positivamente, o país não pode se dar. Se uma extinção sem resolução do mérito é algo a lastimar até mesmo na Escandinávia, mais deprimente ainda é o encerramento prematuro de uma ação coletiva proposta em chão brasileiro.²²

²⁰ Gregório Assagra de Almeida, *Direito Processual Coletivo Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 572.

²¹ Gregório Assagra de Almeida, *Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, p. 156.

²² Não obstante, veja-se que coisa estupenda sucedeu no Rio Grande do Sul. A Defensoria Pública ajuizou ação coletiva para beneficiar os poupadores prejudicados pelos Planos Bresser, Verão, Collor I e Collor II. Obteve êxito. A sentença foi de procedência, beneficiando um número incalculável de consumidores gaúchos (eficácia no âmbito do tribunal competente para julgar o recurso ordinário). Aí o surreal aconteceu, algo que desafia um tratado sociológico: o Ministério Público, litisconsorciado ao Banco Itaú (réu), foi capaz de interpor apelação para pleitear, pasme-se, a extinção do processo sem julgamento do mérito (por suposta ilegitimidade ativa da Defensoria), em detrimento dos interesses de milhares e milhares de consumidores! Comentando o excepcional julgado que se seguiu (já referido anteriormente), Daniele Regina Marchi Nagai Carnaz, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Luiz Manoel Gomes Júnior sustentaram, com acerto, que o recurso ministerial não deveria sequer ter sido conhecido, por falta de interesse (Legitimidade da Defensoria Pública para propositura de ações civis públicas, cit., p. 293).

Manifesto, então, é o anti-instrumentalismo do entendimento contrário à legitimidade da Defensoria Pública para ações coletivas. Com efeito, o repúdio à legitimidade da Defensoria reverencia a malsinada “cultura da negativa da admissibilidade às ações coletivas”, que privilegia a forma em detrimento do objeto. Ao mesmo tempo, rema contra a salutar tendência de ampliação dos legitimados ativos, presente não só no Brasil, mas também no mundo.²³ Em verdade, a condição da legitimidade ativa, na jurisdição coletiva, há de ser tratada por um prisma negativo (assim como ocorre com outra condição para o regular exercício do direito de ação, a possibilidade jurídica), ou seja, a ilegitimidade somente deve ser reconhecida quando se afigurar gritante a impertinência subjetiva de uma determinada iniciativa processual. *In dubio*, a legitimidade deve ser deferida — eis aí a regra de ouro nos processos coletivos.²⁴ O que importa nestes, evidentemente, é o objeto, não o sujeito.

As considerações instrumentalistas que acabaram de ser feitas potencializam-se tremendamente quando se trata da legitimidade para a defesa de direitos difusos. Nessas demandas, não faz sentido algum o estabelecimento de exigências rigorosas no tocante à legitimidade ativa. É axiomático: os direitos são difusos, ou seja, pertencem a todos, mas não podem ser apropriados com exclusividade por ninguém. Enunciando o óbvio — que muitas vezes não se consegue enxergar —, assinala Márcio Flávio Mafra Leal: “O fundamental nas ACDDs [ações coletivas para defesa de direi-

²³ Sobre a questão da legitimidade ativa, revela Ada Pellegrini Grinover no relatório que produziu sobre os processos coletivos nos países de *civil law* (Grinover, Kazuo Watanabe, Linda Mullenix, *Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law: uma análise de direito comparado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 237-238): “A tendência é sem dúvida no sentido da abertura dos esquemas da legitimação a amplos segmentos da sociedade e a seus representantes: a pessoa física, as formações sociais, os entes públicos vocacionados para a defesa dos direitos transindividuais, outros entes públicos a quem compete a tutela dos mais diversos bens referíveis à qualidade de vida — incluindo as pessoas jurídicas de direito público.”

²⁴ Corroborando o que foi dito, temos as lições de Luiz Manoel Gomes Jr., *Curso de Direito Processual Coletivo*, 2ª ed., São Paulo, SRS, 2008, p. 86: “a regra na exegese dos textos que disciplinam as Ações Coletivas é ampliativa, pois, evidente é o interesse do legislador em ampliar o rol daqueles que podem ajuizar tais tipos de demandas.”

tos difusos] é que o direito difuso, uma vez violado, tenha como ser apreciado pelo tribunal e que o autor da ação seja habilitado e adequado para encaminhar o litígio. Para essa *adequação*, no entanto, não se exige representatividade do autor em relação à comunidade protegida, isto é, que o autor seja um membro ou representante dos interesses da classe. O que está em jogo é a eficácia das normas consagradoras de direitos difusos, cujo titular, para efeito de subjetivação (artificial) do direito, é a *comunidade*.²⁵

Ainda restou algum aspecto a ser fustigado no entendimento contrário à legitimidade da Defensoria Pública para a defesa de direitos difusos? Certamente. Além de tudo, ele peca por tomar como base, para restringir a atuação da Defensoria, o tipo dos interesses em jogo, desbordando assim para um conceitualismo anacrônico e impróprio – além de avesso, uma vez mais, às propostas instrumentalistas.²⁶

Vale dizer, a respeito, que o Código de Defesa do Consumidor se esforçou, no seu art. 81, para oferecer à ordem jurídica brasileira definições precisas acerca das três modalidades de

²⁵ Mafra Leal, *Ações Coletivas: história, teoria e prática*, Porto Alegre, Fabris, 1998, p. 49. Falando sobre a forte necessidade de “personificação” criada pelos bens comuns, como forma de estimular a sua proteção, confira-se também Antônio Herman V. Benjamin, “A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico – apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor”, in Édís Milaré (coord.), *Ação Civil Pública: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 86. E não se percam de vista, ainda, as lições de Rodolfo de Camargo Mancuso (*Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 221): “A exigência de uma ‘organização formal’ para os grupos que se pretendem portadores de interesses difusos conduz, ao mesmo tempo, a uma contradição interna (na medida em que o termo ‘difuso’ se opõe a ‘organizado’) e também a um impasse, visto que são justamente os interesses difusos, isto é, não organizados, em estágio ainda fluido, os que realmente carecem de tutela jurisdicional, como o único canal entre o limbo a que estão relegados e o seu reconhecimento pelo Estado e pela sociedade civil.”

²⁶ Irretocáveis, a propósito, as palavras de Elton Venturi (*Processo Civil Coletivo*, São Paulo, Malheiros, 2007, p. 89): “Uma vez garantida a ampla tutela jurisdicional de quaisquer direitos subjetivos, sejam de natureza individual ou metaindividual, não é admissível que o emprego das ações coletivas sofra restrições advenientes do apego a um exacerbado conceitualismo. O que se deve inferir é que os direitos metaindividuais não são passíveis de proteção jurisdicional pelo fato de serem tipificados e conceituados como difusos, coletivos e individuais homogêneos pela legislação infraconstitucional (Código de Defesa do Consumidor), mas sim pelo fato de constituírem direitos subjetivos constitucionalmente assegurados, cuja necessidade de tutela avulta em função de sua relevância social.”

interesses ou direitos coletivos em sentido lato (difusos, coletivos e individuais homogêneos). Mas é óbvio que a pretensão do legislador não foi alcançada. Sucederam-se muitas discussões conceituais a respeito do tema, chegando alguns autores a endereçar críticas severas ao legislador consumerista.²⁷ Surgiu polêmica até mesmo quanto ao melhor ângulo para a análise da questão.²⁸

Na prática, a confusão foi ainda maior. Esboroou-se de vez qualquer veleidade de rigidez conceitual. E não se culpe somente o legislador (a não ser por tentar algo irreal). Para a fluidez conceitual dos interesses coletivos *lato sensu*, vários fatores concorrem. Sabe-se, por exemplo, que de um mesmo episódio podem brotar lesões às três categorias de interesse.²⁹ Outrossim, direitos pura-

²⁷ Nesse sentido, Humberto Dalla Bernardina de Pinho, “A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas: primeiras impressões e questões controvertidas”, in José Augusto Garcia de Sousa (coordenador), **A Defensoria Pública e os Processos Coletivos: comemorando a Lei 11.448, de 15 de janeiro de 2007**, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 184: “a classificação dos direitos coletivos (*lato sensu*) no plano material é falha, leva a desencontros conceituais e já foi abandonada, desde o ano de 1966, pela legislação norte-americana.”

²⁸ Para alguns doutrinadores ilustres, como Nelson Nery Junior (**Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, 8ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 160), “o tipo de pretensão [concretamente deduzida] é que classifica um direito ou interesse como difuso, coletivo ou individual.” No entanto, não há unanimidade quanto a esse critério. Confira-se a opinião de José Roberto Bedaque dos Santos (**Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo**, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 34-35): “Não parece correto, todavia, afirmar-se seja a tutela jurisdicional pleiteada o elemento a determinar a natureza do interesse deduzido em juízo. Ao contrário, é o tipo de direito que determina a espécie de tutela. (...) Aliás, se não fosse assim, chegaríamos ao absurdo de afirmar que inexistem interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos fora do processo. (...) O interesse ou direito é difuso, coletivo ou individual homogêneo, independentemente da existência de um processo. Basta que determinado acontecimento da vida o faça surgir.”

²⁹ Nos Embargos de Divergência em Recurso Especial 141.491/SC (Rel. Min. Waldemar Zveiter, Corte Especial do STJ, j. em 17/11/99), podemos perceber a gênese comum de pleitos ligados aos três tipos de direitos consignados pelo art. 81, par. único, do Código de Defesa do Consumidor (difusos, coletivos e individuais homogêneos): “O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação coletiva de proteção ao consumidor, em cumulação de demandas, visando: a) a nulidade de cláusula contratual (juros mensais); b) a indenização pelos consumidores que já firmaram os contratos em que constava tal cláusula; c) a obrigação de não mais inseri-la nos contratos futuros, quando presente como de interesse social relevante a aquisição por grupo de adquirentes da casa própria que ostentem a condição das chamadas classes média e média baixa.”

mente individuais podem ser confundidos com direitos difusos.³⁰ E mais. Inevitavelmente, a classificação fica a depender, no mundo real, de perspectivas bem variadas. À guisa de ilustração, imagine-se ação coletiva para obrigar uma empresa automobilística a promover *recall*, no país todo, em relação a um determinado modelo portador de sério defeito de concepção, que facilita a combustão do veículo. Quais os interesses em jogo? Talvez interesses individuais homogêneos, pois cada consumidor tem direito próprio ao *recall*, direito que poderia ser reivindicado, sem dúvida, em ação individual. Por outro lado, pode-se preferir o entendimento de que se trata da defesa de interesse coletivo, na medida em que a prestação concretamente pedida na ação coletiva é indivisível – proporcionar o *recall* em todo o país – e busca beneficiar grupo de consumidores ligados com a parte contrária por uma relação jurídica base. Mas também não é absurdo o entendimento de que se tem, no caso, defesa de direito difuso, qual seja, o direito à incolumidade das pessoas que transitam pelas mesmas ruas perigosamente percorridas pelos veículos defeituosos. Portanto, uma mesma situação oferece três possibilidades razoáveis de enquadramento, o que confirma a falta de rigidez das linhas divisórias relativas às categorias de interesses coletivos.

Constatada a inexorável fluidez das três categorias de interesses coletivos *lato sensu*, conceda-se, para salvar os esforços do nosso excepcional Código de Defesa do Consumidor, que o objetivo do legislador não foi edificar uma classificação pétrea, mas apenas aproximativa, sem maior rigidez conceitual. Até aí, munidos de alguma dose de boa vontade, podemos ir. Mas só até aí. Passar disso para advogar que categorias tão fluidas e escorregadias podem sustentar graves restrições ao direito de ação, ainda mais na seara coletiva, significa já um despropósito sem tamanho. E é exatamente o que pretende o entendimento aqui criticado, esquecido por completo da imensa imprecisão que acompanha, teórica e praticamente, a tipologia dos interesses coletivos.

³⁰ A respeito, confira-se Marcelo Daltro Leite, “Ação individual e ação coletiva. O fenômeno da unitariedade e legitimidade de agir”, *Revista da EMERJ - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, nº 41, 2008.

Acrescente-se ainda que nos dias atuais se tem encarecido a tutela preventiva, inibitória. Vê-se aí mais um cânone ambiental assimilado pela sociedade contemporânea. É muito melhor prevenir do que remediar. Nas ações coletivas, sempre que possível, tem sido incluída pretensão com essa feição preventiva. Só que isso envolve, invariavelmente, direitos difusos. Tem-se então mais um fruto nocivo das propostas limitativas com base na tipologia dos interesses coletivos: a Defensoria Pública ficaria afastada da tutela inibitória coletiva, mais uma vez em detrimento da imensa população carente que a instituição tem o dever de defender.

Não bastasse tudo que se viu, as restrições com base na tipologia dos interesses coletivos conseguem atentar também contra a economia processual, valor caríssimo à tutela coletiva. Pudessem haver tais limitações, circunscrevendo a atuação da Defensoria Pública a um tipo específico de interesse, as ações coletivas da instituição ficariam incompletas, mutiladas, e as pretensões alijadas teriam de esperar outro legitimado e outra demanda – versando sobre os mesmos fatos e com possibilidade de resultados contraditórios –, o que seria um grande disparate. Desprezar-se-ia uma das principais vantagens das ações coletivas, que é a sua capacidade de imprimir economia e racionalização à atividade jurisdicional na sociedade de massa.³¹

Enfim, seja qual for o ângulo examinado, fica muito clara a impossibilidade de se acolher o entendimento contrário à legitimidade da Defensoria Pública para a defesa de direitos difusos, um entendimento escorado em premissas individualistas, formalistas e conceitualistas há muito tempo banidas do Direito brasileiro. E não se critiquem apenas as premissas. Essa tese contrária, caso

³¹ Eis aí mais uma razão pela qual não se pode confinar as ações coletivas da Defensoria à defesa exclusiva de carentes. Nesse sentido, o magistério de Luiz Manoel Gomes Jr. (*Curso de Direito Processual Civil Coletivo*, cit., p. 139): “(...) Por fim, mas não menos relevante, é que poderia haver uma situação fática absolutamente esdrúxula do ponto de vista lógico: uma Ação Civil Pública ajuizada pela Defensoria Pública, para a defesa de determinado direito coletivo, mas só em favor dos necessitados – *lembrando da dificuldade de se delimitar o que seja realmente um necessitado para tal finalidade* – e outra, movida por outro colegitimado, para a defesa do mesmo direito, mas agora em favor dos “não necessitados”, sendo que ambas deverão ser reunidas, pela evidente conexão, com perda de tempo para todos os interessados e, em última análise, a ação será uma só.”

pudesse prosperar, acabaria por frear a expansão do nosso sistema processual coletivo, algo que só aconteceu, até hoje, por força de intervenções governamentais altamente questionáveis.

Ao final desta seção, vale a ressalva de que a defesa de uma legitimação ampla para a Defensoria Pública não significa o desejo de vê-la como legitimada universal, insubmissa ao seu regramento constitucional.³² Evidente que não. A própria “judicialização” da política e das relações sociais, muito estimulada pela jurisdição coletiva, é fenômeno que deve ser visto com cautela e temperança. Sem embargo, não se pode admitir a aposição de restrições apriorísticas e condicionamentos tortuosos à legitimidade coletiva da Defensoria, de molde a esvaziar a autorização legal respectiva. Tais limitações mostram-se ilegítimas do ponto de vista constitucional e abalam as pilastras maiores do sistema processual coletivo, a saber, a abertura, a generosidade e a busca da maior efetividade possível da tutela jurisdicional.

4. A VALIA DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PARA A TUTELA DE DIREITOS DIFUSOS

Mais do que simplesmente rebater os argumentos contrários à legitimidade da Defensoria Pública para a defesa de direitos difusos, de resto uma tarefa que não parece difícil, cumpre aqui realçar a importância dessa atuação institucional para a nossa ordem jurídico-constitucional, bem como para a nação brasileira.

Pois bem, é *principalmente* na seara dos direitos difusos que não pode haver dúvida em relação à legitimidade da Defensoria Pública. “Principalmente”? Sim, principalmente – por uma série de motivos. O primeiro motivo: trata-se da atividade processual mais “altruística” que pode existir, na feliz expressão do Ministro Sepúlveda Pertence, proferida no julgamento da Medida Cautelar

³² Exemplo felizmente raro de atuação incompatível com as finalidades institucionais está na Apelação Cível 95.01.34956-0/DF, Rel. Juiz Ítalo Mendes, Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, julgamento em 14/09/00: “Processual civil. Extinção do processo sem julgamento de mérito por ilegitimidade ativa da Defensoria Pública para defender direitos dos contribuintes do imposto de importação de veículos automotores importados.”

relativa à ADIn 558 (julgamento citado em seção anterior). Esse julgamento, por sinal, reforça demais a legitimidade da Defensoria. Como já foi visto, entendeu o Supremo Tribunal Federal que a Defensoria, exatamente em razão do caráter altruístico da defesa dos direitos difusos, poderia representar (era de representação que se cuidava na ADIn) qualquer entidade votada à proteção de tais direitos, independentemente da situação econômica da entidade. Aplicada a mesma lógica à seara da legitimação *ad causam*, fica claro que a Defensoria, dada a relevância social da atuação, pode atuar de modo desembaraçado no campo dos direitos difusos, sendo inteiramente despropositado, nesse plano, considerar situações econômicas individuais.³³

Mais. Sendo tão altruísta e solidarista, a defesa dos direitos difusos não tem dono e nem aceita monopólio ou reserva de mercado, até porque se cuida de interesses não raro sub-representados.³⁴ Ao ensejo, considere-se a centralidade da questão ambiental

³³ Com efeito, trata-se de atuação da Defensoria sem qualquer apego ao critério econômico individual. O conjunto dos beneficiários é tão aberto que se mostra impraticável, e totalmente inadequado, pesquisar condições econômicas individuais. A propósito, as bem lançadas observações de Humberto Dalla Bernardina de Pinho a respeito da tutela, pela Defensoria Pública, dos direitos individuais homogêneos (**A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas**, cit., p. 184): “é razoável exigir do Defensor que abandone suas funções e, de calculadora em punho, saia batendo de porta em porta indagando se aquela pessoa pertence àquele grupo e, em caso positivo, proceda a uma investigação social para verificar ou não uma hipossuficiência que nem ele mesmo sabe como definir ou balizar?” As mesmas observações, com mais razão ainda, valem para a defesa de interesses difusos.

³⁴ Bastante esclarecedora, a respeito, a doutrina de Carlos Alberto de Salles (“Políticas públicas e a legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos”, **Revista de Processo**, nº 121, mar. 2005, p. 43): “Tendo por base a relação de cada sujeito individual com o bem em disputa, observa-se uma variação no grau de concentração do interesse, conforme o número de pessoas envolvidas. Quanto mais concentrado, maior a parcela de benefícios cabentes a cada indivíduo pessoalmente, tornando mais provável que estes indivíduos, motivados por sua parcela pessoal de interesse, assumam a iniciativa em sua proteção. Nessa perspectiva, os interesses mais concentrados tendem a ser super-representados, inversamente aos mais difusos, que tendem a ser sub-representados.” À vista desse quadro, conclui o autor (p. 50): “as opções relativas à legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos devem ter por norte a maior ampliação possível do acesso à justiça. Deve-se ter em mente que, tendo em vista a anatomia social dos interesses em questão, o problema será sempre de sub-representação, não o de um número exacerbado de litígios judicializados. Cabe, dessa forma, ampliar ao máximo a porta de acesso desses interesses à justiça e, ainda, criar mecanismos de incentivo para sua defesa judicial.”

no mundo contemporâneo, que não pode deixar de ser assimilada pela técnica jurídica, notadamente pela técnica processual. Como reflexo disso, deve ser evitada a todo custo a sub-representação dos interesses ecológicos no plano das ações coletivas. Vem exatamente ao encontro dessa preocupação o ingresso da Defensoria Pública na seara dos direitos difusos. Ganha a defesa ambiental, assim, mais uma combativa aliada, valendo lembrar que, segundo a Constituição (art. 225, *caput*), compete a todos – Poder Público e coletividade – o dever de proteger o meio ambiente equilibrado e saudável.

Aduza-se que a pluralidade de legitimados à ação civil pública cumpre importante papel, revelando-se aí uma ótima contribuição do direito processual ao fortalecimento da democracia participativa entre nós.³⁵ Essa legitimação deliberadamente plural torna ainda mais equivocadas as tentativas de exclusão da Defensoria. Sem maiores exigências, quaisquer associações podem defender interesses difusos, o mesmo ocorrendo com a União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista. É o que está no art. 5º da Lei 7.347/85, sem que jamais se suscitasse qualquer suspeita de inconstitucionalidade. Inexplicavelmente, tal suspeita só aparece quando se vê legitimada por lei – de resto uma legitimidade que chegou com imenso atraso – a instituição destinada à defesa dos carentes, isso em um país que sempre foi extremamente segregador do ponto de vista social e ainda hoje é marcado por assombrosas desigualdades.³⁶

³⁵ No mesmo sentido, Cyntia Danielle Paiva Leite e Kátia da Silva Soares Barroso, “A legitimidade da Defensoria Pública para a ação civil pública: considerações sobre a Lei 11.448/2007”, *Revista de Processo*, nº 162, ago. 2008, p. 147-148: “a melhor exegese da lei objeto de considerações neste estudo [a Lei 11.448/07], ao que parece, não pode ser restritiva, tendo em vista a própria essência da ação civil pública, que é instrumento destinado a contribuir para a democracia participativa.”

³⁶ Exato, a propósito, o seguinte julgado fluminense, anterior, frise-se, à Lei 11.448/07 (Apelação 2003.001.04832, Rel. Des. Nagib Slaibi Filho, Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, julgamento unânime em 03/06/03): “Constituiria intolerável discriminação negar a legitimidade ativa de órgão estatal – como a Defensoria Pública – às ações coletivas se tal legitimidade é tranquilamente reconhecida a órgãos executivos e legislativos (como entidades do Poder Legislativo de defesa do consumidor).”

O mais fundamental ainda não foi dito: sem prejuízo da indivisibilidade característica dos direitos difusos, são as pessoas carentes, inegavelmente, as que mais precisam da tutela respectiva. Imagine-se, por exemplo, um acidente ecológico que deixou de ser evitado – como tantos que ocorrem livremente no Brasil –, com danos à população: os maiores prejudicados serão sempre os necessitados, desprovidos de maiores defesas contra as intempéries da vida. Pense-se também em nosso caótico e brutal sistema penitenciário, “depósito” da clientela preferencial da Defensoria Pública: nesse cenário de horrores, há certamente inumeráveis pretensões relativas a direitos difusos ávidas para serem judicializadas. O mesmo, ainda, pode ser dito dos serviços públicos básicos, utilizados predominantemente pelos pobres, que não têm quaisquer condições de pagar plano de saúde ou de colocar os filhos em uma escola particular.

Repita-se com toda a ênfase: quem mais precisa da tutela dos direitos difusos são os carentes assistidos pela Defensoria Pública. Só isso já é suficiente, dentro de uma hermenêutica minimamente substancialista, para espancar qualquer dúvida acerca da validade e da conveniência da legitimidade da Defensoria no tocante à defesa de direitos difusos. Pudesse ser recusada tal legitimidade, estaríamos afastando os necessitados desses direitos *indivisíveis*, o que seria altamente discriminatório. Não se deixe, aliás, de realçar os escopos políticos do processo. Postulando a bem dos mais fracos, os defensores aproximam-se dos grupos cujos interesses restam frequentemente ignorados em outras instâncias decisórias, ganhando a instituição especial sensibilidade em relação a tais interesses. Pode-se dizer então que a Defensoria não é apenas mais um ente legitimado à propositura de ações civis públicas. Não. Na verdade, passamos a ter um legitimado *especial*, que, entre outras virtudes, pode valorizar, como nunca se fez, os interesses específicos das classes desfavorecidas, materializando mesmo um notável mecanismo de *contrapoder*, essencial à democracia pluralista.³⁷

³⁷ Aduza-se ter a Defensoria Pública um trunfo que os demais legitimados não costumam apresentar, a saber, o seu atendimento individual – que acaba, sem dúvida, estimulando o

Vale frisar, a propósito, a *instrumentalidade* da Defensoria Pública. Ela tem um fim precípua, a tutela dos carentes. Já quanto aos meios, não há tipicidade ou limites. A instituição, atada ao *dever de eficiência* (previsto pelo art. 37 da Constituição e também pelo art. 22 do Código de Defesa do Consumidor), deve, *obrigatoriamente*, se valer de todos os meios e técnicas, sejam quais forem, conducentes a uma tutela efetiva da sua clientela. Era exatamente em função desse caráter instrumentalista que a legitimidade da Defensoria para ações coletivas podia ser reconhecida mesmo sem lei expressa, conclusão que também era respaldada pela *teoria dos poderes implícitos*, desenvolvida no Direito norte-americano. Com efeito, se se atribui à instituição o monumental encargo de prestar assistência jurídica integral à massa de necessitados do país, ficam automaticamente transferidos os poderes à altura da empreitada, entre eles o poder de movimentar a jurisdição coletiva.³⁸

Ou seja, a Defensoria Pública não tem apenas a faculdade de atuar na área dos direitos difusos. Tem o *dever*. Trata-se de um imperativo de adequação e eficiência. Por outro lado, a denegação do acesso a tal mister representaria a condenação da instituição, com reflexos diretos nos seus assistidos, a uma atuação de segunda classe, privada das vias processuais mais modernas e eficazes. Reincidiríamos na lógica formal – e amarga – da célebre “*Justice is open to all, like the Ritz Hotel*”³⁹.

ajuízamento de ações coletivas. Em virtude da quantidade dos atendimentos e do volume dos processos oficiados, adquirem os defensores um conhecimento profundo a respeito dos problemas que mais afligem a população carente (aí incluído o conhecimento acerca dos argumentos da parte adversária). E surge, naturalmente, o anseio – ou melhor, o dever – de atacar coletivamente os problemas, de maneira a evitar sua infundável reiteração.

³⁸ Invoque-se, ao ensejo, interessante julgado do Superior Tribunal de Justiça. Em caso no qual era discutida a possibilidade de o próprio defensor público ir a juízo na defesa de suas prerrogativas funcionais, a Corte assim se pronunciou, afastando as preliminares de ilegitimidade e falta de capacidade postulatória (Recurso ordinário em mandado de segurança 1.054/RJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Segunda Turma, julgamento unânime em 07/10/92): “Se a Constituição outorga ao defensor público poderes para defender os necessitados, implicitamente lhe atribui todos os meios legítimos para tornar efetiva a sua atuação, inclusive legitimidade para propor ações, visando à obtenção de documentos com aquele objetivo.”

³⁹ Trata-se de um dito célebre (de autoria incerta). Sintetizou-se nele a crítica veemente do movimento do acesso à justiça à hipocrisia dos sistemas processuais elitistas e formalistas.

No plano mais estritamente constitucional, a denegação mencionada seria igualmente desastrosa. Com efeito, de que “essencialidade” (art. 134, *caput*) e de que “integralidade” (art. 5º, LXXIV) estaríamos falando se a Defensoria ficasse impossibilitada de defender em juízo os direitos difusos da sua imensa clientela? Mais grave ainda: um cerceamento tamanho, atingindo justamente a instituição voltada para a defesa dos necessitados, teria o endosso do Estado Social instaurado pela Constituição de 1988? Obviamente que não.

Só se pode concluir que a Lei 11.448/07 (ratificada pela Lei Complementar 132/09), ao positivizar a legitimidade da Defensoria Pública para pleitos transindividuais – sem embargo do fato de que a legitimidade poderia ser reconhecida mesmo na ausência de lei –, revelou-se numa valiosa ferramenta da efetividade da ordem constitucional pátria. Com a legitimidade, a Defensoria Pública tornou-se, de uma vez por todas, instituição substancialmente **essencial** à função jurisdicional do Estado; outrossim, passou a ser verdadeiramente **integral** a assistência jurídica por ela prestada. Além disso, a Lei 11.448/07 conectou firmemente o processo coletivo brasileiro ao Estado Social, tirando o primeiro de uma posição embaraçosa do ponto de vista constitucional: bastante evoluído em outros aspectos, nosso sistema coletivo legal deixava de legitimar para as ações coletivas, em um país no qual a esmagadora maioria da população é necessitada, exatamente a instituição voltada para a defesa dos carentes (ao mesmo tempo em que a legitimidade era distribuída, opulentamente, para entidades as mais diversas).

Por derradeiro neste tópico, não se deixe de assinalar que a legitimidade da Defensoria Pública para ações civis públicas tem merecido o apoio de farta e qualificada doutrina. Nesse sentido, podem ser registradas manifestações expressivas dos seguintes autores (entre outros): Alexandre Freitas Câmara⁴⁰, Aluisio Gon-

⁴⁰ “Legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública: um possível primeiro pequeno passo em direção a uma grande reforma”, in José Augusto Garcia de Sousa (coord.), *A Defensoria Pública e os Processos Coletivos: comemorando a Lei 11.448/07*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

çalves de Castro Mendes⁴¹, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.⁴², Humberto Dalla Bernardina de Pinho⁴³, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁴⁴, Luiz Manoel Gomes Jr.⁴⁵ e Rodolfo de Cargomo Mancuso⁴⁶.

Não se falou ainda de Ada Pellegrini Grinover, um dos maiores nomes do Direito brasileiro. É dela primoroso parecer em favor da legitimidade ampla e irrestrita da Defensoria Pública. Confira-se um trecho do parecer:

“O art. 134 da CF não coloca limites às atribuições da Defensoria Pública. O legislador constitucional não usou o termo exclusivamente, como fez, por exemplo, quando atribuiu ao Ministério Público a função institucional de ‘promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei’ (art. 129, I). Desse modo, as atribuições da Defensoria Pública podem ser ampliadas por lei (...).

O que o art. 134 da CF indica, portanto, é a incumbência necessária e precípua da Defensoria Pública, consistente na orientação jurídica e na defesa, em todos os graus, dos necessitados, e não sua tarefa exclusiva.

Mas, mesmo que se pretenda ver nas atribuições da Defensoria Pública tarefas exclusivas – o que se diz apenas para argumentar – ainda será preciso interpretar o termo necessitados, utilizado pela Constituição. (...)

Isso porque existem os que são necessitados no plano econômico, mas também existem os necessitados do ponto de vista organizacional. Ou seja, todos aqueles que são socialmente vulneráveis: os consumidores, os usuários de serviços

⁴¹ “O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos e a legitimidade da Defensoria Pública para as ações coletivas”, in José Augusto Garcia de Sousa (coord.), *A Defensoria Pública e os Processos Coletivos: comemorando a Lei 11.448/07*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

⁴² *Curso de Direito Processual Civil*, v. 4, 3ª ed., Salvador, Podivm, 2008, p. 236-239.

⁴³ “A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas...”, cit.

⁴⁴ *Curso de Processo Civil*, cit., p. 731-732.

⁴⁵ *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*, cit., p. 134-139.

⁴⁶ “Contribuição esperada do Ministério Público e da Defensoria Pública na prevenção da atomização judicial dos megaconflitos”, *Revista de Processo*, nº 164, out. 2008, esp. p. 164.

públicos, os usuários de planos de saúde, os que queiram implementar ou contestar políticas públicas, como as atinentes à saúde, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente etc. (...)

Da mesma maneira deve ser interpretado o inc. LXXIV do art. 5º da CF: ‘O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos’ (grifei). A exegese do termo constitucional não deve limitar-se aos recursos econômicos, abrangendo recursos organizacionais, culturais, sociais.”⁴⁷

Com as palavras da ilustre doutrinadora, fecha-se a seção. Fica restando, apenas, a demonstração concreta da valia da legitimidade da Defensoria Pública para a defesa de direitos difusos.

5. TRÊS APLICAÇÕES PRÁTICAS

Declinaremos agora, rapidamente, três exemplos práticos da atuação da Defensoria Pública na defesa de direitos difusos. Ver-se-á claramente como pode ser significativa tal atuação.

Iniciemos pela exitosa demanda da Defensoria Pública da União, intentada em junho de 2008, na qual se pleiteou a imediata cessação das atividades – manifestamente ilegítimas, como constataram de forma exaustiva os meios de comunicação do país – desenvolvidas pelo Exército brasileiro em uma determinada favela da cidade do Rio de Janeiro, com um saldo trágico de três mortes entre os moradores da favela (jovens detidos por um grupo do Exército e entregues à sanha de uma facção criminosa de outra favela).⁴⁸ Só a Defensoria Pública da União arrojou-se no

⁴⁷ Ada Pellegrini Grinover, “Legitimidade da Defensoria Pública para ação civil pública”, cit., p. 307-308.

⁴⁸ A ação civil pública, subscrita pelo defensor André Ordacgy, foi intentada em 18/06/08, tendo sido obtida medida liminar, deferida pela juíza Regina Coeli Medeiros de Carvalho Peixoto, da 18ª Vara Cível Federal do Rio de Janeiro (Proc. 2008.51.01.009581-8). A União ainda conseguiu, junto ao Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, uma suspensão parcial da decisão, mas tal suspensão, apenas parcial, serviu muito mais para reforçar a liminar. Tornada insustentável a permanência do Exército no Morro da Providência, até pela ampla divulgação da demanda, a retirada completa aconteceu pouco tempo depois.

caso, com repercussões as mais transcendententes. Foi favorecida a comunidade local, formada majoritariamente por moradores carentes, e foi beneficiada também a nação brasileira, já que se coibiu ação nada ortodoxa de relevante instituição nacional. Ou seja, impossível se pensar em caso mais ligado a interesses difusos, o que não impediu nem um pouco ficasse evidente a legitimidade, em todos os sentidos, da iniciativa da Defensoria Pública. Só um pensamento absurdamente formalista poderia vislumbrar alguma incompatibilidade com a Constituição. Incompatível com a Constituição, isto sim, era a prática coibida pela demanda coletiva intentada, em boa hora, pela Defensoria. Trata-se pois de um exemplo cabal da imprescindibilidade da abertura institucional para ações solidaristas.

No âmbito estadual, a Defensoria Pública tem tentado ações civis públicas para impedir a cobrança de taxa de uso dos banheiros dos terminais rodoviários.⁴⁹ Cuida-se de mais um ótimo exemplo de atuação inquestionável da Defensoria no terreno dos interesses difusos. De fato, mostra-se completamente indeterminável o grupo dos beneficiários, ligados exclusivamente por circunstâncias fáticas. Sem embargo, as ações miram muito particularmente as pessoas carentes, que andam de ônibus e têm dificuldades para pagar as taxas cobradas (que não costumam passar de um real). Ou seja, a Defensoria está plenamente dentro da sua missão constitucional. E os interesses são difusos.

Na área extrajudicial, vale registrar o termo de ajustamento de conduta firmado pela Defensoria Pública do Mato Grosso para garantir transporte público adequado até o presídio de Várzea Grande. Explique-se. Como o ponto final da linha de ônibus regular distava aproximadamente três quilômetros do presídio, restavam penalizados, nos dias de visita, os parentes das pessoas encarceradas, não raro idosos e crianças. Com o termo, comprometeu-se a concessionária local a fazer o transporte chegar até a porta do

⁴⁹ Temos notícia de pelo menos duas ações intentadas em 2009 com tal objeto, uma em Aracaju (SE), junto à 18ª Vara Cível, e outra em Marília (SP), junto à 3ª Vara Cível. Fonte das informações: www.anadep.org.br.

presídio nos dias de visita.⁵⁰ Mais uma vez, estamos diante de iniciativa claramente favorável a interesses difusos. O grupo beneficiário mostra-se absolutamente indeterminável. Quaisquer parentes de presos, atuais e futuros, serão beneficiados, bem como os próprios servidores penitenciários, e ainda visitantes eventuais (advogados, estagiários, jornalistas). Ao mesmo tempo, ainda que abstraindo-se por completo de situações econômicas individuais, a Defensoria entregou-se a labor imediatamente apontado para a sua clientela preferencial. Novamente perguntamos: alguma incompatibilidade com a Constituição? Nenhuma, evidentemente. Muito pelo contrário, tratou-se de compromisso ao mesmo tempo singelo e engenhoso, extremamente positivo do ponto de vista social.

Só esses três exemplos, extraídos de um conjunto muito maior de realizações práticas, já demonstram a transcendência da atuação da Defensoria Pública na seara dos direitos difusos. Cuida-se enfim de legitimidade que deve merecer visão generosa, como tudo que diz respeito ao acesso à justiça e aos direitos fundamentais.⁵¹

⁵⁰ O compromisso foi firmado em Várzea Grande-MT, em 25/07/07. De um lado, como compromitente, a Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso, representada pelos defensores Marcos Rondon Silva e André Renato Robelo Rossignolo. Do outro lado, como compromissários, o ente municipal e a União Transportes e Turismo Ltda., concessionária do serviço público de transporte coletivo urbano de Várzea Grande. Fonte das informações: www.dp.mt.gov.br.

⁵¹ Pode ser invocado, no particular, o “princípio da generosidade”, que há mais de cem anos era utilizado pelo grande Joaquim Nabuco para melhorar um pouco a vida dos escravos, fazendo com que a lei brasileira fosse interpretada a favor deles (*A Escravidão*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1999, p. 123). No regime constitucional de 1988 – felizmente já longe a vergonha da escravidão (mas ainda presentes graves denegações de direitos elementares) –, José Carlos Barbosa Moreira patrocina interpretação igualmente generosa do art. 5º, LXXIV, da nossa Carta, que garante assistência jurídica integral e gratuita a todos os que “comprovarem” insuficiência de recursos. Afastando a interpretação literal da norma, que levaria à revogação da presunção de carência prevista pelo art. 4º da Lei 1.060/50 (com redação da Lei 7.510/86), assinala Barbosa Moreira (“O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo”, *Temas de Direito Processual*: quinta série, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 60): “Nada faz crer que o legislador constituinte, ao elaborar um diploma profundamente marcado – com todos os defeitos que se lhe possam imputar – pela preocupação com o social, haja querido dar marcha à ré em processo evolutivo como o de que se cuida. De qualquer maneira, a supor-se que a lei houvesse concedido um *plus* aos necessitados, nem por isso se teria de concluir por sua incompatibilidade com a Constituição, que não estaria sendo contrariada, como seria, por exemplo, se a lei negasse a assistência, em algum caso, apesar da comprovação.”

6. RESENHA FINAL

Façamos, neste final, uma resenha das ideias principais do trabalho:

a) Em virtude principalmente de fatores caros à nossa ordem constitucional, como o fortalecimento do solidarismo e aquilo a que chamamos de “pluralização do fenômeno da carência”, caiu o dogma de que à Defensoria Pública só caberia a defesa de direitos subjetivos de indivíduos carentes economicamente. Impôs-se o atendimento de outras necessidades que não só a financeira. Passou a ser estimulado o patrocínio de grupos e de valores objetivos da ordem jurídica. Ganharam ênfase, ainda, trabalhos de natureza preventiva, sem um destinatário determinado (como é o caso da prestação de informação jurídica a uma coletividade). Dessa forma, uma nova racionalidade tomou conta da instituição, uma racionalidade mais solidarista, que acabou sendo inquestionavelmente positivada na seara institucional da Defensoria pela Lei Complementar 132/09.

b) Não há mais dúvida de que a Defensoria Pública deve atuar *sempre* que estejam em jogo interesses de pessoas necessitadas, mesmo que outras não necessitadas possam ser beneficiadas, reflexamente. Na sociedade complexa dos nossos dias, a propósito, cresce exponencialmente o número de relações que enlaçam, incindivelmente, carentes e não carentes. Em tais hipóteses, seria razoável que a Defensoria cruzasse os braços, por estar supostamente proibida de funcionar a favor de pessoas não carentes? Pessoas carentes ficariam então desassistidas pela só razão de estarem, por um “azar” do destino, envolvidas com outras mais afortunadas numa mesma situação litigiosa? As respostas negativas se impõem, a fim de que não seja esvaziada a cláusula constitucional da *integralidade* da assistência jurídica prestada pela Defensoria.

c) O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de referendar a tendência ampliativa das funções da Defensoria Pública. Segundo declarou o Supremo, o art. 134 da Lei Maior representa, para a Defensoria Pública, apenas o *mínimo constitucional*, sem prejuízo da extensão – solidarista – dos seus serviços “ao patrocínio de outras atividades processuais [vale acrescentar: ou extra-

processuais] em que se vislumbre interesse social que justifique esse subsídio estatal.” É exatamente o que sustentamos.

d) Relevante manifestação do perfil solidarista da Defensoria Pública é a defesa de interesses difusos, possibilidade reconhecida pela Lei 11.448/07 e pela Lei Complementar 132/09. Apesar de toda a celeuma que acompanha o assunto (cevada, em boa parte, não há como negar, por ardores mais corporativos do que propriamente dogmáticos), a legitimidade da Defensoria para a defesa de direitos difusos nada tem de extravagante, muito pelo contrário. Trata-se afinal de direitos altruísticos, sem dono, que não aceitam qualquer reserva de mercado, até porque não raro se acham sub-representados. E o mais importante: quem mais precisa da tutela respectiva são justamente as pessoas carentes, assistidas pela Defensoria Pública. Ressalte-se, ao ensejo, a *instrumentalidade* da Defensoria. Ela tem um fim precípuo, a tutela dos carentes. Já quanto aos meios, não há tipicidade ou limites. Atada ao dever constitucional de *eficiência*, a instituição deve, *obrigatoriamente*, se valer de todos os meios e técnicas, sejam quais forem, conducentes a uma tutela efetiva da sua clientela. À mesma conclusão leva a conhecida *teoria dos poderes implícitos*.

e) A Defensoria Pública não é apenas mais um ente legitimado à propositura de ações civis públicas. Cuida-se, em verdade, de um legitimado *especial*, que, entre outras virtudes, pode valorizar, como nunca se fez, os interesses específicos das classes desfavorecidas, materializando dessa forma um notável mecanismo de *contrapoder*, essencial à democracia pluralista.

f) Pudesse ser recusada a legitimidade da Defensoria Pública para a defesa de direitos difusos, estaríamos excluindo a participação dos necessitados nesses direitos *indivisíveis*, o que seria altamente discriminatório. Entre outros malefícios, a Defensoria ficaria afastada da relevantíssima tutela inibitória coletiva, que envolve invariavelmente interesses difusos. Sem dúvida, isso representaria a condenação da instituição, com reflexos diretos nos seus assistidos, a uma atuação de segunda classe, privada das vias processuais mais modernas e eficazes. Reincidiríamos na lógica formal – e amarga – da célebre “*Justice is open to all, like the Ritz Hotel*”.

g) No plano mais estritamente constitucional, a denegação mencionada seria igualmente desastrosa. Com efeito, de que “essencialidade” (art. 134, *caput*) e de que “integralidade” (art. 5º, LXXIV) estaríamos falando se a Defensoria ficasse impossibilitada de defender em juízo os direitos difusos da sua imensa clientela? Mais grave ainda: um cerceamento tamanho, atingindo justamente a instituição voltada para a defesa dos necessitados, teria o endosso do Estado Social instaurado pela Constituição de 1988? Obviamente que não.

h) Só se pode concluir que a Lei 11.448/07 (ratificada pela Lei Complementar 132/09), ao positivizar a legitimidade da Defensoria Pública para pleitos transindividuais – sem embargo do fato de que a legitimidade poderia ser reconhecida mesmo na ausência de lei –, revelou-se numa valiosa ferramenta da efetividade da ordem constitucional pátria. Com a Lei 11.448/07, nosso processo coletivo saiu de uma posição bastante inconveniente: em um país no qual a esmagadora maioria da população é necessitada, a legitimação *ad causam* fugia exatamente da instituição voltada para a defesa dos carentes (ao mesmo tempo em que a mesma legitimidade era oferecida, opulentamente, a entidades as mais diversas).

i) O entendimento contrário à legitimidade da Defensoria Pública para a defesa de direitos difusos arrima-se em premissas individualistas, formalistas e conceitualistas completamente alheias a linhas evolutivas básicas do Direito brasileiro. Na prática, esse entendimento restritivo favorece a “cultura da negativa da admissibilidade às ações coletivas”, extremamente nociva no Brasil, um país que continua apresentando graves carências em setores sociais básicos. Se uma extinção sem resolução do mérito é algo a lastimar até mesmo na Escandinávia, mais deprimente ainda é o encerramento prematuro de uma ação coletiva proposta em chão brasileiro.

j) Para se ter ideia das distorções a que pode levar a “cultura da negativa da admissibilidade às ações coletivas”, veja-se, por exemplo, o que aconteceu no Rio Grande do Sul, em importante pleito coletivo julgado procedente em primeiro grau (beneficiando milhares e milhares de consumidores gaúchos): o Ministério Pú-

blico interpôs apelação – felizmente não provida – postulando a extinção do processo sem resolução do mérito, por suposta ilegitimidade ativa da Defensoria Pública!

k) Em verdade, a condição da legitimidade ativa, nos processos coletivos, há de ser tratada por um prisma negativo (assim como ocorre com outra condição para o regular exercício do direito de ação, a possibilidade jurídica), ou seja, a ilegitimidade somente deve ser reconhecida quando se afigurar gritante a impertinência subjetiva de uma determinada iniciativa processual. *In dubio*, a legitimidade deve ser deferida, eis aí a regra de ouro nos processos coletivos. O que importa nestes, repita-se à exaustão, é o objeto, não o sujeito – notadamente quando estão em jogo direitos difusos.

l) Além de tudo, não se pode pretender qualquer restrição de legitimidade com base no tipo dos interesses coletivos em jogo. Trata-se, com efeito, de conceitualismo anacrônico e despropositado. As categorias previstas no art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor são assaz fluidas, teórica e praticamente, e não podem servir, de maneira alguma, como pretexto para limitações ao direito de movimentar a jurisdição coletiva.

m) A tese contrária à legitimidade da Defensoria Pública para demandas coletivas, em suma, arremete contra as pilastras maiores do sistema processual coletivo, quais sejam, a abertura, a generosidade e a busca da maior efetividade possível da tutela jurisdicional. Caso pudesse vingar, acabaria por frear a expansão do nosso sistema processual coletivo, algo que só aconteceu, até hoje, por força de intervenções governamentais extremamente questionáveis.

n) A valia social e política da legitimidade da Defensoria Pública para a defesa de direitos difusos é plenamente confirmada por atuações concretas, três delas declinadas no trabalho: a ação da Defensoria Pública da União pleiteando – e conseguindo – a retirada das forças do Exército indevidamente postadas em uma favela carioca, as ações coletivas estaduais para impedir a cobrança de taxa de uso dos banheiros dos terminais rodoviários e o compromisso de ajustamento de conduta promovido pela Defensoria do Mato Grosso para assegurar transporte público adequado até um presídio da cidade de Várzea Grande. 📖

A Propriedade Fiduciária no Direito Brasileiro

Uma Proposta para a Construção Dogmática do Modelo*

Raphael Manhães Martins

*Advogado. Tutor da Escola de Direito do
Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas
- FGV. Mestrando em Direito pela Universi-
dade Federal do Rio Grande do Sul.*

*O todo sem a parte não é o todo;
A parte sem o todo não é parte;
Mas se a parte faz o todo, sendo parte,
Não se diga que é parte, sendo todo [...]*
Gregório de Matos e Guerra

1. “O TODO SEM A PARTE NÃO É O TODO / A PARTE SEM O TODO NÃO É PARTE”

Sinédoque é um tropo que consiste em tomar a parte pelo todo, o todo pela parte; o gênero pela espécie, a espécie pelo gênero e por aí vamos. Se tal figura é empregada nas mais belas construções literárias, sendo um espaço privilegiado para a criatividade do artista, parece-nos que deveria ser empregada com certa parcimônia pelo legislador. Isso na medida em que, ao contrário do artista, o legislador não deve buscar uma expansão

* O presente artigo sintetiza e aprofunda algumas das reflexões desenvolvidas no estudo: “Análise da ‘aclimatação’ do *trust* ao Direito brasileiro: o caso da propriedade fiduciária”. *Revista de Direito Privado* (no prelo).

do leque de possibilidades hermenêuticas do intérprete, mas sim delimitá-lo.

Apesar de esta advertência parecer banal, ela não é de todo despidianda, quando aplicada às recentes tentativas legislativas de construir, no direito brasileiro, um modelo normativo para a propriedade fiduciária. Mesmo com uma abundância de estudos e trabalhos acadêmicos dedicados a erigir os seus fundamentos dogmáticos¹, conforme bem observado por Melhim Chalhub quanto a um de seus aspectos, estas tentativas têm sido realizadas de forma “tímida, esparsa e errática”.²

Num voo rasante, como de quem quer apenas observar os contornos de determinada paisagem, o que se verifica é a profusão de signos linguísticos aliada à falta de um tratamento sistemático do instituto. Vejamos:

A propriedade fiduciária foi incorporada ao direito brasileiro pela Lei 4.728, de 14.07.1965 (Lei do Mercado de Capitais). Na ocasião, ao regular o negócio jurídico da “alienação fiduciária em garantia” em seus arts. 66 e parágrafos e posteriores altera-

¹ Versando sobre o tema da propriedade fiduciária ou uma de suas espécies, no direito brasileiro, os seguintes trabalhos foram consultados na elaboração deste trabalho: ALVES, Vilson Rodrigues. **Alienação fiduciária em garantia**. Campinas: Millenium, 1998; BUZAID, Alfredo. “Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia”. RT 401/9-29. São Paulo: Ed. RT, mar. 1969; CAMINHA, Uinie. **Securitização**. São Paulo: Saraiva, 2005; CAVALCANTI, José Paulo. **O penhor chamado alienação fiduciária em garantia**. Recife: Companhia Editora de Pernambuco, 1989; CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário: alienação fiduciária**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009; FABIAN, Christoph. **Fidúcia: negócios fiduciários e relações externas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2007; GOMES, Orlando. “Contrato de fidúcia (*trust*)”. RF 211/11-20. Rio de Janeiro: Forense, jul.-set. 1965; FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Código Civil: parte especial: direito das coisas**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 15; GAGGINI, Fernando Schwarz. **Securitização de Recebíveis**. São Paulo: Ed. LEUD, 2003; GONÇALVES, Aderbal da Cunha. **Da propriedade resolúvel: sua projeção na alienação fiduciária em garantia**. São Paulo: Ed. RT, 1979; MOREIRA ALVES, José Carlos. **Da alienação fiduciária em garantia**. 2. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979; OPITZ, Oswaldo; OPITZ, Sílvia C. B. **Alienação fiduciária em garantia: aplicação da lei 4.728, de 14.07.1965**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1982; RESTIFFE NETO, Paulo. **Garantia fiduciária: direito e ações**. 2. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Ed. RT, 1976; e VIANA, Marco Aurelio S. **Comentários ao novo Código Civil: dos direitos reais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 16.

² “Afetação patrimonial no direito contemporâneo”. *Revista Trimestral de Direito Civil* 29/112. Rio de Janeiro: Padma, jan.-mar. 2007.

ções,³ o legislador referiu-se ao novo instituto como um “domínio resolúvel” (conforme a redação alterada pelo Dec. 911, de 01.10.1969).

Em outra oportunidade, na Lei 8.668, de 25.06.1993 (Lei dos Fundos de Investimento Imobiliário), o legislador preferiu a denominação de “propriedade fiduciária”, provavelmente por entender a inadequação do tratamento de tal situação como propriedade resolúvel (vide *infra*). Para tanto, definiu que os bens que constituem o patrimônio de um fundo de investimentos imobiliário, apesar de vinculados ao seu administrador, constituíam um patrimônio independente e incomunicável. Assim, e na forma do *caput* de seu art. 7.º: “Os bens e direitos integrantes do patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário, em especial os bens imóveis mantidos sob a *propriedade fiduciária* da instituição administradora, bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o patrimônio desta, observadas, quanto a tais bens e direitos, as seguintes restrições (...)” (grifou-se).

Posteriormente, entretanto, o legislador retomou o *nomen juris* “propriedade resolúvel” na Lei 9.514, de 20.11.1997 (Lei de Financiamento Imobiliário), que, em seus arts. 22 a 33, regula a “alienação fiduciária de coisa imóvel”. Em seu art. 22, assim esclareceu o legislador: “A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da *propriedade resolúvel* de coisa imóvel” (grifou-se). Entretanto, e na mesma lei, facultou-se, na operação de securitização de recebíveis imobiliários, a constituição de um “regime fiduciário”.⁴

³ Posteriormente o art. 66 e seus parágrafos foram substituídos pelo art. 66-A e parágrafos, pelo Dec. 911, de 01.10.1969, que, por sua vez, foi substituído pelo art. 66-B e parágrafos, pela Lei 10.931, de 02.08.2004, atualmente em vigor.

⁴ Pelo aludido regime, nos termos do seu art. 11, “Os créditos objeto do regime fiduciário: I - constituem patrimônio separado, que não se confunde com o da companhia securitizadora; II - manter-se-ão apartados do patrimônio da companhia securitizadora até que se complete o resgate de todos os títulos da série a que estejam afetados; III - destinam-se exclusivamente à liquidação dos títulos a que estiverem afetados, bem como ao pagamento dos respectivos custos de administração e de obrigações fiscais; IV - estão isentos de qualquer ação ou execução pelos credores da companhia securitizadora; V - não são passíveis

No Código Civil, o legislador retomou a ideia da propriedade fiduciária, inclusive para diferenciá-la da propriedade resolúvel, dedicando àquela um capítulo, compreendendo os arts. 1.361 a 1.368. Entretanto, atentando para tais artigos, verifica-se que eles se referem apenas à situação tratada na Lei 4.728/1965, isto é, à alienação fiduciária em garantia de bem móvel. Não se referem à alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, nem ao que o próprio legislador já havia definido como propriedade fiduciária ou regime fiduciário.

Na última oportunidade que teve, na Lei 10.931, de 02.08.2004, o legislador tratou do tema através da denominada “afetação patrimonial”, um dos mecanismos de modernização do sistema de financiamento imobiliário, pelo qual os bens afetados ao desenvolvimento de uma incorporação imobiliária não se confundiriam com o patrimônio do incorporador, permanecendo como patrimônio separado. Mas, apesar do aspecto arrojado da nova legislação, ainda incorremos no mesmo problema onomástico.

E assim vamos... Nessa matéria, nosso legislador enfrenta o que poderíamos chamar de um “problema de sinédoque”. Afinal, sem preocupações de sistematizar o instituto que se propôs a introduzir no direito brasileiro e movido pelo seu natural casuísmo (a busca de soluções para situações específicas e não para deficiências sistêmicas), tem-se perdido reiteradas oportunidades de conferir ao tema um tratamento adequado e fundado em valores e aspectos que são comuns às suas diversas espécies. Isto, por certo, em prol da segurança jurídica e da máxima efetividade social do instituto. Como resultado, perdeu-se um pouco em relação à compreensão de sua natureza jurídica e, mais importante, da sua dinâmica na vida social.

Entretanto, o papel da doutrina é justamente realizar a ponte que separa a forma casuística com que o legislador tratou o instituto (as partes) e o conceito geral da propriedade fiduciária (o todo).

de constituição de garantias ou de excussão por quaisquer dos credores da companhia securitizadora, por mais privilegiados que sejam; VI - só responderão pelas obrigações inerentes aos títulos a ele afetados”.

O presente trabalho, portanto, propõem-se a, a partir da análise destas diversas espécies de propriedade fiduciária do ordenamento jurídico, bosquejar uma delimitação do que podemos chamar de um *modelo de propriedade fiduciária*⁵.

Não se trata, por certo, de um mero exercício de elucubração, apenas para amoldar mais uma abstração ao sistema jurídico - algo típico da vetusta Jurisprudência dos Conceitos. Ao contrário, a construção de um modelo parte da necessidade de compreensão daqueles elementos que são comuns aos diversos institutos e, a partir destes elementos, extrair os valores que lhes subjazem, que os enformam e funcionalizam.

2. A PARTE QUE NÃO SE ENCAIXA NO TODO

Em sua clássica obra sobre os negócios jurídicos indiretos, Tullio Ascarelli observou que novos conceitos não costumam surgir no Direito de improviso. Eles são objeto de adaptação de antigas e históricas formas às necessidades de preencherem determinadas funções, que surgem com o desenvolvimento socioeconômico. Não se trata, por certo, de uma espécie de misoneísmo jurídico, mas de uma tentativa de conciliar as novas exigências da vida prática com a certeza e segurança da disciplina jurídica, através da criação de novo direito, sem comprometer a integridade do sistema. Dessa forma, atende-se às necessidades da vida hodierna através de institutos conhecidos, de maneira que à nova matéria oferece-se um arcabouço jurídico já testado e, na medida do possível, seguro.⁶

Este esclarecimento do jurista italiano é muito pertinente para a problemática da construção do modelo de propriedade fiduciária. Afinal, em discussão candente já por ocasião do Anteprojeto de Código de Obrigações, propunha-se a sua introdução no ordena-

⁵ Para tanto, será de grande valia o instrumental teórico fornecido por Miguel Reale, principalmente o seu sistema de modelos, que podem ser compreendidos como “estruturas normativas” que ordenam as situações fáticas “segundo valores, numa qualificação tipológica de comportamentos futuros, a que se ligam determinadas consequências” (*Fontes e modelos no direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 17).

⁶ ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Quorum, 2008, p. 156.

mento brasileiro - explicitamente inspirada no *trust* anglo-saxônico⁷ - através de uma roupagem existente e conhecida no sistema jurídico de então, qual seja, a propriedade resolúvel, figura milenar e já positivada no Código Civil de 1916, em seus arts. 647 e 648.

Nesse sentido, conforme propugnou Orlando Gomes: “A dupla propriedade - característica do instituto [do *trust*] - torna-o incompreensível, à primeira vista, por se chocar com o conceito de domínio predominante nos sistemas jurídicos de filiação romana [...]. Embora seja, de fato, inconcebível a dissociação da propriedade [...] pode-se naturalizar o instituto, considerando-se resolúvel a propriedade do fiduciário em relação aos imóveis, ainda tendo ele a faculdade de disposição, mas obrigado quanto aos móveis que alienar a sub-rogá-los”.⁸

Surge, nesse momento, a primeira das espécies de propriedade fiduciária. Entretanto, com o perdão da banalidade do exemplo, pode-se afirmar que a roupa utilizada para vestir o instituto não lhe era adequada. Isso na medida em que propriedade fiduciária e propriedade resolúvel não são conceitos intercambiáveis, sendo antes duas espécies distintas do gênero propriedade limitada.

Afinal, a propriedade, em linha de princípio, é irrevogável, dado que, por sua própria definição, é esta absoluta, exclusiva e perpétua. Exceção a tal situação é feita quando existe determinação em lei estabelecendo a sua limitação, ou, pela autonomia das partes, elas estabelecem, no título em que a aquisição do direito se funda, a condição para a sua extinção.

Nessa última hipótese, isto é, quando existe no título formal do qual se origina o direito de propriedade uma condição resolutiva ou termo,⁹ cujas ocorrências implicam a extinção do

⁷ Sobre a influência do *trust* na construção do modelo teórico de propriedade fiduciária, remetemos ao nosso trabalho anterior: “Análise da ‘aclimação’ do *trust* ao Direito brasileiro: o caso da propriedade fiduciária”, cit.

⁸ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 13.

⁹ A distinção entre condição e termo é mais do que trabalhada pela doutrina. A distinção fundamental entre as duas espécies residiria em que, a condição subordinaria a existência ou a exercibilidade dos efeitos de um negócio jurídico ao acontecimento de eventos futuros e incertos, enquanto, no caso do termo, tais acontecimentos seriam também futuros mas certos (MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. atual. por Antônio Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005, p. 561 e 577).

domínio sobre o bem, estamos tratando de uma propriedade resolúvel.¹⁰

Nessa modalidade de propriedade limitada, o proprietário (resolúvel) que adquire um bem, sob condição ou termo, atua como proprietário para todos os fins, sendo-lhe lícito praticar os atos de administração e disposição sobre a coisa. Com o implemento da condição ou o advento do termo, resolvem-se os direitos reais concedidos na sua pendência, retornando a coisa ao seu proprietário anterior (o proprietário diferido), em favor do qual operou-se a resolução. Caso caduque a condição, o proprietário resolúvel torna-se o proprietário pleno da coisa, uma vez que desapareceu a restrição que pendia sobre a propriedade.

O proprietário diferido, enquanto pendente a condição ou o termo, tem apenas uma expectativa de direito, ou seja, não é proprietário do bem. Apenas após o implemento da condição ou o advento do termo é que este pode reivindicar a coisa em poder de quem quer que esteja, como lhe faculta o art. 1.359 do CC/2002.

Note-se que a propriedade resolúvel está presente em uma série de outros negócios jurídicos, como a venda a contento, a doação com cláusula de reversão,¹¹ a compra e venda com cláusula de preempção ou preferência, a compra e venda com cláusula de reserva de domínio etc.¹²

A propriedade fiduciária também é uma propriedade limitada, mas não pela vontade das partes, como ocorre no negócio suspensivo, e sim por determinação legal,¹³ em decorrência da celebração de um negócio jurídico que atribui ao bem ou ao conjunto de bens determinada finalidade específica, seja ela de garantia, de administração ou de inversão, segundo a tripartição defendida por Orlando Gomes.¹⁴

¹⁰ GONÇALVES, Aderbal da Cunha. *Op. cit.*, p. 151.

¹¹ FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p. 320.

¹² VIANA, Marco Aurelio S. *Op. cit.*, p. 571.

¹³ Sem a determinação legal, estaríamos diante de um negócio fiduciário em garantia.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 15. Para o referido autor, os negócios fiduciários poderiam ser de três espécies: (a) de garantia, que visa a substituir o penhor e a hipoteca, aproximando-se da retrovenda; (b) de administração, quando o bem é transferido para ser administrado por um terceiro e não pelo seu beneficiário, na medida em que este pode não ter capacidade

Assim, enquanto na propriedade resolúvel a autonomia da vontade põe uma limitação ao direito de propriedade, a fim de subtrair parte da finalidade econômica desse direito, utilizando-se dele para outro fim prático que não aquele determinado em lei, a propriedade fiduciária é criada, por lei, justamente para atender determinadas necessidades e a limitação lhe é intrínseca.¹⁵

Nesse sentido, conforme Yaëll Emerich, tratando da propriedade fiduciária no direito francês: *“il est vrai que la propriété fiduciaire constitue un mode particulière de la propriété. Il s’agit d’abord d’une propriété finalisée. La fiduciaire ne dispose, pas de l’intégralité des prérogatives d’un propriété ordinaire, puisqu’il doit agir dans un ‘but déterminé’ par le constituant”*.¹⁶

Na “alienação fiduciária em garantia”, quer de bem móvel ou imóvel, a propriedade fiduciária tem a finalidade, atribuída por lei, de garantir o adimplemento de uma obrigação. Quando houver a cessação deste escopo, por perdão da dívida, adimplemento da obrigação ou a renúncia à garantia, haverá a extinção da alienação fiduciária e, conseqüentemente, da propriedade fiduciária.¹⁷

No “patrimônio de afetação” da incorporação imobiliária e na “propriedade fiduciária” dos Fundos de Investimento Imobiliário, por outro lado, a finalidade é a administração, isto é, determinada universalidade de bens é transferida para um terceiro com o propósito exclusivo de ser administrada por este. Isso, porque, presumidamente, o incorporador e o administrador do fundo têm maiores condições técnicas do que aqueles que cederam, fiduciariamente, seus bens para gerir tal patrimônio.

ou competência para fazê-lo por si; ou (c) de inversão, assim considerando aqueles em que concede-se ao fiduciário certa soma de dinheiro para que a aplique, com a obrigação de pagar a renda estipulada e devolver o capital transferido, logo que seja reclamado.

¹⁵ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Op. cit.*, p. 115. Neste sentido, o Código Civil de 2002, no art. 1.361, tratou de distinguir as duas figuras, esclarecendo que propriedade fiduciária seria uma espécie de propriedade resolúvel (*sic.*), criada com o escopo exclusivamente de garantia (“Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor”).

¹⁶ EMERICH, Yaëll. *“Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law: entre droit des contrats et droit des biens”*. *Revue internationale de droit comparé* n. 1, 61ème année, jan.-mar. 2009, p. 68 - grifo no original.

¹⁷ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Op. cit.*, p. 120.

No “regime fiduciário”, por outro lado, a finalidade da constituição da propriedade fiduciária é fundamentalmente de inversão, isto é, o futuro retorno de um certo capital ou crédito investido, administrado pelo fiduciário.

Além dessa distinção quanto à finalidade, é relevante notar que seus regimes não são intercambiáveis.¹⁸

Em primeiro lugar, enquanto pendente a condição da propriedade resolúvel, o proprietário resolúvel possui todas as faculdades jurídicas que formam o conteúdo da propriedade plena, com a restrição apenas de poder vir a deixar de ser proprietário, caso se verifique a condição resolutiva. Na propriedade fiduciária, por outro lado, o proprietário fiduciário possui limitações ao seu direito de propriedade, conforme a espécie que se trate. Na alienação fiduciária em garantia, por exemplo, ele não pode desfrutar de todas as faculdades jurídicas da propriedade plena, em decorrência do desdobramento da posse. Na propriedade fiduciária da alienação fiduciária o credor sequer mantém a posse direta do bem. Nos fundos de investimento imobiliário e no patrimônio de afetação, por outro lado, o proprietário, mesmo mantendo a posse do bem, apenas pode empregá-lo para as finalidades às quais foi constituído.

Em segundo lugar, caso se verifique a condição, no caso da propriedade fiduciária, opera-se a resolução *ex tunc* da propriedade, que retorna à titularidade do alienante. Na propriedade fiduciária, uma vez atingida a finalidade à qual se destinou a sua constituição, opera-se, em regra, a restituição da propriedade, não nas condições em que havia sido entregues ao proprietário fiduciário, mas o seu produto, operando-se a transferência com eficácia *ex nunc*.

Em terceiro lugar, caso não se verifique a condição, na propriedade resolúvel a propriedade torna-se plena para o proprietário - até aquele momento resolúvel - na medida em que desaparece a restrição que sobre ela pendia. Na propriedade fiduciária, por outro lado, as consequências do não implemento da condição

¹⁸ As distinções a seguir são desenvolvidas por MOREIRA ALVES, José Carlos. *Op. cit.*, p. 120 e ss.

variam conforme a propriedade e a finalidade a que se destina. Na alienação fiduciária em garantia, por exemplo, não se resolve a propriedade, mas se consolida a posse na figura do credor, que passa a ter o ônus de vendê-la para pagar-se e devolver o bem ao alienante. No patrimônio de afetação, por outro lado, podem os adquirentes do imóvel tomar para si a administração do bem afetado a fim de empregar tal patrimônio na consecução das finalidades da propriedade fiduciária.

Uma vez assentada esta diferença, resta verificar os valores que subjazem e dinamizam esta propriedade fiduciária:

3. AQUILO QUE É COMUM ÀS PARTES E AO TODO

3.1. Fidúcia.

A compreensão do conteúdo do valor fidúcia é matéria por demais extensa e controversa para os limites do presente trabalho. Entretanto, para os fins ora propostos, parece adequada a ideia apresentada por Fritz Schutz para a fidúcia (*fides*)¹⁹ em seu clássico estudo sobre os princípios da sociedade romana. Nesse sentido, o indigitado autor defende que o conteúdo significativo mínimo de *fides* na sociedade romana antiga, seria o dever de agir conforme a palavra empenhada.²⁰

Apesar de singela a definição, é esse o valor fundamental que sustenta a posição jurídica de proprietário fiduciário: ele deve agir conforme a palavra empenhada.

Essa ideia reitora impregnará a propriedade fiduciária em qualquer uma de suas modalidades, e não apenas por uma questão de onomástica. Por trás da propriedade fiduciária reside, em toda a sua força motriz, um ato de fidúcia, menor no caso daquelas com o escopo de garantia, maior nas de administração, mas sempre presente.

¹⁹ *“Es gehört zu ihnen Lebensprinzipien, treu zu sein. Natürlich haben auch sie sich gelegentlich des Treubruchs schuldig gemacht, aber die Existenz ihrer Maxime wird dadurch so Wenig beeinträchtigt wie die Existenz einer Rechtsnorm durch ihre Übertretung. Sie streben in der Tat ernstlich nach Treu; Treulosigkeit ist ihnen ein sozialer Makel” (Prinzipien des römischen Rechts. Berlin: Duncker & Humboldt, 1954, p. 151).*

²⁰ Loc. cit.

Quem bem percebeu a existência deste valor foi Pontes de Miranda ao observar que, subjacente a toda outorga da titularidade ou da posse de um determinado bem ou direito a um terceiros, existe o elemento fiduciário.²¹

Tanto é esse o caso que, na alienação fiduciária em garantia, encontraremos dois atos fiduciários, quais sejam: de um lado, a transferência da propriedade em garantia ao proprietário fiduciário e, de outro, a transferência da posse direta do bem ao devedor. Por conta desse duplo ato de transferência fiduciária, teremos a necessidade de uma dupla proteção. Pelo lado do devedor fiduciante, há previsão expressa no art. 66-B, § 2.º, da Lei 4.728/1965 que aquele que “alienar ou der em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no art. 171, § 2.º, I, do Código Penal”.

Pelo outro lado, entretanto, conforme bem esclareceu Alfredo Buzaid, o domínio não era apenas formal ou limitado; “todavia, não se pode deixar de reconhecer que o fiduciário está indiretamente vinculado, no exercício de suas faculdades de proprietário, a obrigações assumidas em face do fiduciante ou que derivam, quanto a ele, da natureza da boa-fé do negócio fiduciário; se ele deseja evitar responsabilidade, deve comportar-se, em relação à coisa, de modo a não contravir as obrigações”.²²

Neste sentido, a fidúcia, enquanto elemento da relação obrigacional, provoca o estreitamento, ou melhor, o fortalecimento dos vínculos da relação jurídica obrigacional. Afinal, a parte da relação jurídica marcada pelo elemento fiduciário necessariamente se coloca em uma posição de maior vulnerabilidade, sujeitando-se aos possíveis efeitos nocivos do comportamento do *auter*. Isso na medida em que a *fides* leva o fiduciante a “abrir suas guardas”, impossibilitando-o de precaver-se contra todas as consequências nefastas de uma quebra do dever fiduciário.

²¹ Curiosamente, Pontes de Miranda denominava o negócio fiduciário de garantia atípico como “transmissão em garantia” e reservava para o negócio típico a alcunha de “transmissão fiduciária, em garantia” (*op. cit.*, t. LII, p. 339).

²² *Op. cit.*, p. 19.

Como consequência, o caráter fiduciário da relação jurídica provoca um acirramento dos deveres laterais decorrentes da boa-fé,²³ de forma a proteger a posição da parte vulnerável na relação jurídica.

Sem prejuízo de tal dever geral de boa-fé, as espécies de propriedade fiduciária do ordenamento brasileiro foram positivadas em conjunto com uma série de deveres laterais de conduta, visando a resguardar a parte em fidúcia:

Para os fundos de investimento imobiliário (Lei 8.668/1993), por exemplo, há não apenas a previsão geral de responsabilidade do administrador do fundo por “má gestão, gestão temerária, conflito de interesses, descumprimento do regulamento do fundo ou de determinação de assembléia de quotista” (art. 8.º), como deveres expressos de informação (art. 15) e deveres de diligência com a administração do Fundo, com a previsão de atos considerados vedados (art. 12).

Na incorporação imobiliária (Lei 4.591/1964), em havendo a constituição de patrimônio de afetação, deve o incorporador “promover todos os atos necessários à boa administração e à preservação do patrimônio de afetação” (art. 31-D, I). Deve, sem prejuízo deste dever geral, atender aos deveres de informação (art. 31-D, IV, VI, VII, VIII), diligência (art. 31-D, III) e cuidado (art. 31-D, IV e V).

3.2. Segurança.

Ao lado da fidúcia teremos também presente o valor segurança, assumindo, na propriedade fiduciária, um duplo efeito: interno e externo.

²³ Para uma análise da relação entre boa-fé, deveres laterais e a relação obrigacional, remetemos ao nosso trabalho anterior: MARTINS, Raphael Manhães. “A teoria do inadimplemento e transformações no direito das obrigações”. *RDPPriv* 33. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2008, p. 250-289. Neste trabalho, assim tratamos de caracterizar os deveres laterais: “as normas heterônomas produzidas pela boa-fé, no caso concreto, que implicam a imposição de deveres aos sujeitos, são os denominados ‘deveres laterais’. Elas surgiram da observação de que a simples ideia de ‘possibilitar o cumprimento’ demandava não apenas o estado passivo de permitir o adimplemento, havendo mesmo a necessidade de impor determinadas condutas de colaboração ao devedor. Nesse sentido, os deveres laterais não são orientados ao cumprimento do dever principal da prestação. Seu papel é auxiliar a realização positiva do fim da relação obrigacional, principalmente, protegendo as pessoas envolvidas ou os bens da outra parte da relação contra os riscos de danos concomitantes” (Idem, p. 279).

Em primeiro lugar, no seu aspecto interno, a segurança fundamenta a afetação patrimonial na medida em que sua causa nada mais é do que a mitigação de riscos externos à relação jurídica, sendo relevante conceituar o que seria essa afetação patrimonial:

O patrimônio, conforme a tradicional teoria formulada no século XIX por Aubry et Rau e inspirada nos estudos pandectísticos de Zachariae, é compreendido como o conjunto de bens de uma pessoa, formando uma universalidade de direito,²⁴ que, conforme definição de nosso Código Civil, viria a ser “o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotado de valor econômico”.²⁵

Desta forma e segundo a mesma teoria tradicional, o patrimônio seria “*une enveloppe indissociablement liée à la personne (...) et regroupant la totalité de ses biens et de ses dettes. Cette construction juridique, dynamique car no figée dans le temps, est vue comme permettant à ça résonné de s’engager, en garantissant que ses biens présents et futurs de ses dettes actuelles et à venir*”.²⁶

Pela afetação patrimonial, por outro lado, parte do patrimônio anteriormente detido pelo sujeito separa-se do seu patrimônio geral, tendo em vista que aquele passa a estar “afetado” a determinada finalidade, seja esta determinada pela vontade das partes ou por lei.²⁷

Por conta dessa afetação patrimonial, os bens (*rectius* as relações jurídicas tendo por objeto tais bens) objeto do patrimônio afetado não se confundem ou se misturam com o restante do patrimônio geral do fiduciário, na medida em que esse patrimônio carece de uma finalidade específica, enquanto aquele outro o tem.

²⁴ EMERICH, Yaëll. *Op. cit.*, p. 61.

²⁵ Art. 91 do CC/2002.

²⁶ EMERICH, Yaëll. *Op. cit.*, p. 61-62.

²⁷ Conforme Pontos de Miranda: “Todo patrimônio especial tem um fim. Esse fim é que lhe traça a esfera própria, lhe cria a pele conceptual, capaz de armá-lo ainda quando nenhum elemento haja nele (...) A especialidade do patrimônio faz nascerem direitos, pretensões, ações e exceções que não tinha o titular do patrimônio geral, de que foi separado (...)” (*Op. cit.* t. V. p. 379).

Importante esclarecer que o patrimônio afetado não queda sem titularidade²⁸ nem constitui uma mera expectativa de direito. Ao contrário, o patrimônio tão somente ganha autonomia em relação ao patrimônio restante, de forma que os feixes de relações jurídicas que compõem cada um dos patrimônios não se entrecruzam, mas têm no mesmo titular um dos seus polos. Também não se pode considerar uma mera expectativa de direito, na medida em que o direito não se encontra na pendência de uma condição resolutiva.

Assim, o conjunto relações jurídicas que compõe o patrimônio fiduciário ganha autonomia²⁹ em relação ao restante do patrimônio geral do fiduciário. Mas é importante notar que a ideia de um patrimônio autônomo ao comum não é uma exclusividade da propriedade fiduciária. Ao contrário, a autonomia patrimonial está presente em uma série de institutos do direito brasileiro como, por exemplo, na falência, na ausência, em regimes matrimoniais, na herança quanto às dívidas do falecido etc.³⁰

Na propriedade fiduciária, entretanto, a afetação patrimonial assume um caráter instrumental à consecução das específicas finalidades econômicas e/ou financeiras reconhecidas pelo legislador em cada uma das espécies dessa propriedade. Isso na medida em que a afetação patrimonial visa a “resguardar tais negócios contra riscos patrimoniais estranhos ao ambiente específico da situação que se visa a proteger e às obrigações a ela vinculadas de forma específica”.³¹

²⁸ Em sentido contrário, vide SALOMÃO NETO, Eduardo. *O trust e o direito brasileiro*. São Paulo: Ed. LTr, 1996., p. 62.

²⁹ Esta autonomia significa que um mesmo sujeito pode vir a ser titular de mais de um patrimônio, na medida em que o que os definirá não é a titularidade, mas a destinação comum das relações jurídicas que o compõem. A questão foi bem observada por Uinie Caminha, para quem a teoria clássica ou subjetiva do patrimônio vinculava este à própria personalidade do sujeito, de forma que a existência de um único titular seria o elemento de coesão do conjunto de direitos e deveres que o compunham. Pela teoria moderna ou objetiva, entretanto, o fator de coesão deixa de ser a ligação com determinada pessoa, para ser a destinação comum a um conjunto de bens e direitos. Assim: “ao contrário da teoria clássica, pela teoria moderna é factível uma pessoa possuir mais de um patrimônio, desde que afetados a fins diferentes” (CAMINHA, Uinie. *Op. cit.*, p. 118-119).

³⁰ CHALHUB, Melhim Namem. *Op. cit.*, p. 91-92.

³¹ Idem. *Afetação patrimonial no direito contemporâneo cit.*, p. 115.

Assim é, por exemplo, o tratamento da propriedade fiduciária no regime fiduciário da securitização de recebíveis imobiliários, que estabelece: “os créditos objeto do regime fiduciário: I - constituem patrimônio separado, que não se confunde com o da companhia securitizadora; II - manter-se-ão apartados do patrimônio da companhia securitizadora até que se complete o resgate de todos os títulos da série a que estejam afetados (...)”.³²

No mesmo sentido, o patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias a lei estabeleceu: “O patrimônio de afetação [da incorporação imobiliária] não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva”.³³

Até na alienação fiduciária em garantia, há a ideia de um patrimônio de afetação, como se verifica na própria Lei de Falências (LC 11.101) no § 3º do artigo 49: “Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis [...], seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 60 desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.”

Em consequência desta afetação patrimonial, temos a segunda função da segurança em seu aspecto externo, qual seja, limitar os efeitos das relações jurídicas do credor em relação ao conjunto de bens que constituem a propriedade fiduciária.

³² Art. 11 da Lei 9.514/1997. Comentando esse dispositivo, assim entendeu Uinie Caminha: “A exemplo do que ocorre com os fundos imobiliários, a lei criou um regime fiduciário especial para operações de securitização de recebíveis, protegendo expressamente o patrimônio segregado para a securitização de eventuais demandas contra o originador ou mesmo contra o VPE [Veículo de Propósito Específico]” (*Op. cit.*, p. 153).

³³ Art. 31-A, § 1.º, da Lei 4.591/1964.

Essas limitações decorrem do reconhecimento de que, se o patrimônio afetado constitui um feixe ou centro de relações jurídicas próprias, vinculados à finalidade para a qual foi constituído, não poderiam relações jurídicas estranhas a estas finalidades, e que constituem o patrimônio comum (do fiduciário ou do fiduciante) ou um outro patrimônio afetado a outra finalidade, interferir ou prejudicar aquele objetivo.

Assim, tratou-se de regular, por um lado, a contaminação da propriedade fiduciária pelos passivos do fiduciário e, por outro, que a própria situação econômico-financeira do fiduciário viesse a resvalar nessa propriedade.

Exemplo paradigmático dessa proteção é o patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias.³⁴ Conforme a regra geral prevista no § 1.º do art. 31-A: “O patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva”.

Em havendo patrimônio de afetação numa incorporação imobiliária, os bens e direitos que estiverem compreendidos no patrimônio fiduciário (não apenas o terreno, mas todo o complexo de relações jurídicas vinculados ao desenvolvimento de um empreendimento imobiliário) não podem se comunicar com o patrimônio do fiduciário ou com os demais empreendimentos imobiliários desenvolvidos pelo próprio incorporador.³⁵

Outrossim, em decorrência desta afetação patrimonial, não apenas o incorporador sofre restrições em relação à utilização dos

³⁴ As referências a seguir foram introduzidas pela Lei 10.931/2004, na Lei 4.591/1964.

³⁵ Essa afetação é um mecanismo interessante para evitar o que o mercado denomina de “pedalar” os resultados das incorporações, isto é, o incorporador, tendo em vista não haver uma separação patrimonial entre suas incorporações, passa manipular o resultado e as receitas de um empreendimento com o dos demais. O resultado da incorporação superavitária serve para encobrir o resultado das deficitárias. Além dos problemas evidentes relacionados a aspectos de governança corporativa, tal prática criava a preocupante situação de que, em caso de falência da incorporadora, os empreendimentos, ainda que superavitários, eram arrastados pelos prejuízos da empresa falida pelas dívidas acumuladas com os demais empreendimentos deficitários, derrubando todos como se fossem pinos num jogo de boliche.

bens e direitos relacionados, objeto da propriedade fiduciária,³⁶ como os próprios frutos do patrimônio de afetação passam a integrá-lo, não se comunicando com o restante do patrimônio do devedor, e devendo ser aplicados no custeio das despesas relacionadas à incorporação.³⁷

E mais: a manutenção da efetiva afetação patrimonial passa a constituir uma obrigação do incorporador, conforme os termos do seu art. 31-D: “Incumbe ao incorporador: (...) II - manter apartados os bens e direitos objeto de cada incorporação”, cabendo-lhe não apenas manter e movimentar os recursos financeiros do patrimônio de afetação em conta de depósito aberta especificamente para tal fim, como manter uma escrituração contábil completa e específica para cada patrimônio de afetação, ainda que esteja desobrigado pela legislação tributária.

Mas tão relevante quanto proteger o patrimônio das demais relações jurídicas do fiduciário com terceiros é a proteção do patrimônio de afetação em relação à própria situação econômico-financeira do fiduciário.

Para tanto, em primeiro lugar, no caso de falência do incorporador, os seus efeitos não atingem os patrimônios de afetação constituídos, “não integrando a massa concursal o terreno, as acessões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação”.³⁸

E mais, como de nada adiantaria proteger o ativo afetado se a sua utilização ficasse a cargo de um administrador judicial ou do incorporador falido, a própria lei autorizou os adquirentes de unidades imobiliárias a assumirem o patrimônio afetado e o

³⁶ Por exemplo, no caso do § 3.º do art. 31-A da Lei 4.591/1964: “Os bens e direitos integrantes do patrimônio de afetação somente poderão ser objeto de garantia real em operação de crédito cujo produto seja integralmente destinado à consecução da edificação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes”.

³⁷ “Art. 31-A (...) § 4.º No caso de cessão, plena ou fiduciária, de direitos creditórios oriundos da comercialização das unidades imobiliárias componentes da incorporação, o produto da cessão também passará a integrar o patrimônio de afetação, observado o disposto no § 6.º (...) § 6.º Os recursos financeiros integrantes do patrimônio de afetação serão utilizados para pagamento ou reembolso das despesas inerentes à incorporação.”

³⁸ *Caput* do art. 31-F da Lei 4.591/1964.

empregarem na consecução do objetivo previamente definido, a construção de um empreendimento imobiliário.³⁹

Apesar de o patrimônio de afetação ter regulado da forma mais adequada e completa os efeitos do valor fidúcia, encontraremos estes dois vetores (proteção contra as demais relações jurídicas do fiduciário e de sua própria situação jurídica) em todas as espécies de propriedade fiduciária.⁴⁰

4. “MAS SE A PARTE FAZ O TODO, SENDO PARTE / NÃO SE DIGA QUE É PARTE, SENDO TODO.”

Do exposto acima, parece-nos possível e desejável a construção dogmática de um modelo de propriedade fiduciária que englobe as diversas espécies positivadas de forma casuística em nosso ordenamento jurídico.

Um passo para esta construção foi dado pela recente e já referida Lei nº 10.931/2004. Este diploma incluiu o artigo 1.368-A, no capítulo destinado à propriedade fiduciária no Código Civil, nos seguintes termos: “As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial”.

Desse artigo, ainda não observado de forma adequada pela doutrina, extrai-se a compreensão de que as diversas espécies de propriedade fiduciária acima referidas remetem-se a um conceito

³⁹ “Art. 37-F. (...) § 1.º. Nos 60 (sessenta) dias que se seguirem à decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador, o condomínio dos adquirentes, por convocação da sua Comissão de Representantes ou, na sua falta, de 1/6 (um sexto) dos titulares de frações ideais, ou, ainda, por determinação do juiz prolator da decisão, realizará assembleia geral, na qual, por maioria simples, ratificará o mandato da Comissão de Representantes ou elegerá novos membros, e, em primeira convocação, por 2/3 (dois terços) dos votos dos adquirentes ou, em segunda convocação, pela maioria absoluta desses votos, instituirá o condomínio da construção, por instrumento público ou particular, e deliberará sobre os termos da continuação da obra ou da liquidação do patrimônio de afetação (art. 43, inciso III); havendo financiamento para construção, a convocação poderá ser feita pela instituição financiadora.”

⁴⁰ Sobre este ponto, v. na doutrina brasileira fundamentalmente o trabalho de FABIAN, Christoph. *Op. cit.*, *passim*.

genérico que, naquilo que não for contrário às disposições das leis específicas, deve condicionar a interpretação/aplicação do instituto.

Para tanto, os elementos que unificam e funcionalizam as diversas espécies de propriedade fiduciária são os aludidos valores da fidejussão e da segurança. Tais valores, além de representarem o elemento nuclear (ainda que matizada) das diversas espécies, serão os parâmetros para a resolução dos casos concretos de qualquer instituto que incorpore a propriedade fiduciária. ☐

Dos Direitos Humanos da Vítima de Violência e a Responsabilidade do Estado

Patricia Pimentel O. C. Ramos
Promotora de Justiça no Rio de Janeiro

INTRODUÇÃO

A visão dos direitos humanos no Brasil tem sido conduzida prioritariamente na defesa dos direitos dos autores de crimes, gerando uma distorção para o público em geral do seu principal objetivo, que é a proteção de TODA PESSOA HUMANA em todos os seus aspectos.

Direitos humanos são os direitos inalienáveis assegurados a qualquer pessoa humana pelo simples fato de existir, celebrados pelo consenso internacional acerca de temas centrais à dignidade humana.

Sem adentrar nas considerações a respeito da denominação “direitos humanos” e “direitos fundamentais” (estes seriam exatamente os direitos humanos reconhecidos pelos Estados na ordem jurídica interna através da Constituição), utilizaremos ambas as expressões, com preferência por aquela.

O termo “direitos humanos” se popularizou, está sendo muito utilizado pela mídia, consta da nomenclatura de diversos órgãos governamentais que zelam pelos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e, portanto, foi escolhido como o título do presente artigo, que abordará a importância do direito à vida segura. Afinal, o direito à vida e à integridade física, própria e dos entes queridos, tema central deste trabalho, são os direitos mais preciosos da pessoa humana.

A proteção contra a violência e o dever do Estado de garantir esse direito, inclusive com a punição do violador e o ressarcimento da vítima, atentando-se para os termos da Lei 11.719 de 20 de junho de 2008, serão os temas abordados neste artigo.

O DIREITO HUMANO DE VIVER EM SEGURANÇA

“...a segurança pessoal é uma variável das mais importantes a serem consideradas nas estratégias de respeito aos direitos humanos. E segurança - tanto quanto saúde, educação, trabalho, etc. - é um benefício que um Estado democrático deve aos seus cidadãos. Sem ela, voltamos ao chamado “estado de natureza” - que talvez seja menos idílico do que pintaram os contratualistas da nossa predileção. Ou seja: lemos tanto Rousseau, que esquecemos Hobbes...”

(Luciano Oliveira, in: “Segurança: um direito humano para ser levado a sério”. - **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito** n. 11 - UFPE.)¹

Grande marco para a construção do Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros tratados voltados à proteção da pessoa humana, foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem, elaborada após a 2ª Guerra Mundial, sob o reflexo da indignação da comunidade internacional com as violações a direitos básicos do ser humano, cometidas durante a Guerra.

Assim, conquanto o reconhecimento do direito à segurança já existisse muito antes da Declaração dos Direitos do Homem, tendo sido fundamento para a própria criação dos Estados e organização da sociedade, a proteção contra a violência ganhou uma nova feição quando passou a constar expressamente desta Declaração, juntamente com outros direitos também reconhecidos na ordem internacional.

¹ Texto citado por Lenio Luiz Streck. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE (*UNTERMASSEVERBOT*) E O CABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA CRIMINAL: SUPERANDO O IDEÁRIO LIBERAL-INDIVIDUALISTA-CLÁSSICO, no site www.leniostreck.com.br, acessado em 20/01/2010.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 prevê no seu artigo III que TODA pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. É um direito estendido a TODOS, cabendo aos Estados empreender todos os seus esforços para garanti-lo².

Trata-se de consenso internacional que a pessoa humana deve estar protegida contra a violência. A violência é algo abominável e os Estados devem envidar todos os seus esforços na proteção da integridade das pessoas, protegendo o seu direito de existir e de viver em segurança.

Todavia, o direito humano à segurança nem sempre é reconhecido como tal pelos grupos de direitos humanos no Brasil, que, pelo contrário, interpretam como indevida essa classificação, justificando que somente há violação de direitos humanos quando o Estado é o agente (esquecendo-se de que o Estado também age por omissão).

Conquanto o Brasil esteja presente no Haiti numa missão da ONU há mais de quatro anos, para auxiliar aquele país na garantia do direito humano à segurança e à proteção contra a violência, provocada pelas investidas de gangues que instalam o terror, a pergunta que fica é: *Por que no Brasil os direitos humanos não têm sido invocados para proteger a população do terror imposto por facções criminosas e por agentes criminosos isolados, que roubam, estupram e matam com grande frequência? Por que os direitos humanos têm sido invocados tão somente para proteger aquele que pratica a violência, esquecendo-se das vítimas efetivas e daquelas em potencial?*

Atualmente assistimos no Rio de Janeiro e no Brasil, de uma forma geral, uma constante onda de crimes praticados com total desprezo pela vida humana e pelos demais direitos fundamentais, inclusive com o frequente assassinato de muitos policiais em simples patrulhamento “sem que o Estado esteja acompanhando com

² O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, reafirmando o direito à vida (artigo 6º) e à segurança pessoal (artigo 9º), cria mecanismos de proteção da pessoa individualmente (direito de petição, consagrando a capacidade processual internacional dos indivíduos), além da responsabilidade do Estado.

seu poder punitivo esse retrocesso social infeliz, o que acaba por estimular ainda mais as práticas delituosas”³. Ressalta André Guilherme Tavares de Freitas:

“Estamos convictos de que os crimes, cuja tônica constatada é o desprezo pelos direitos fundamentais (ex. homicídios; sequestros; torturas), foram os grandes responsáveis pela condução da sociedade brasileira, e em especial a fluminense, ao caos de segurança pública que diariamente nos salta aos olhos, bem como, continuam sendo o principal (se não o único) fator de permanência da nossa sociedade nesta infeliz condição de total inversão dos valores e de império da criminalidade”⁴

Embora esteja havendo intervenções para inverter o grave quadro do Rio de Janeiro, não se pode ignorar que as facções criminosas instalaram-se na sociedade fluminense de uma maneira tal que controlam grandes áreas da cidade, presídios e escolas públicas. Além de impor a obediência e o silêncio àqueles que residem nas áreas controladas, as facções criminosas (Comando Vermelho, 3º Comando, ADA - Amigos dos Amigos etc.) vêm determinando ao Estado-Escola que não permita a frequência de alunos de outras áreas, dominadas por outras facções criminosas, para a proteção dos próprios alunos, ou que fechem a escola quando há determinação. Ainda que um agente criminoso dos mais perversos, seja preso pela polícia, ele está, via de regra, sendo conduzido a um presídio onde lhe será garantido, dentre outros direitos: a-) estar com os amigos da mesma facção criminosa (afinal, ele não pode correr o risco de ser morto por inimigos da facção contrária); b-) utilizar o espaço do presídio como motel (afinal, o Brasil reconhece o direito do preso à visita íntima).

³ FREITAS, André Guilherme Tavares de. “A Infringência do Dever de Respeito aos Direitos Fundamentais como Critério de Aumento da Pena Base”, em *Contributos em Homenagem ao Professor Sergio Demoro Hamilton*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 76.

⁴ Ob. Citada, p. 88.

São tantos os direitos dos criminosos, são tantas as teorias que justificam os seus atos, atribuindo a culpa à sociedade, ao sistema capitalista e à desigualdade social, que a vítima é praticamente considerada culpada por ter sido brutalizada, ofendida, violentada nos seus direitos mais elementares.

Não se quer afirmar com isso que os direitos à educação, ao emprego e à moradia digna não sejam importantes para contribuir na prevenção da criminalidade, mas a efetivação desses direitos não é por si só suficiente para garantir a segurança.

Nas áreas de risco (áreas dominadas por facções criminosas), por exemplo, a violência dificulta sobremaneira a implementação dos direitos à educação e ao emprego. Nenhuma atividade econômica, que poderia gerar empregos, consegue prosperar onde impera a violência. Exemplo disso são os inúmeros estabelecimentos fechados ao longo da Av. Brasil, no Rio de Janeiro, sem mencionar as áreas mais críticas. Muitos professores não querem e não se sentem seguros em trabalhar em áreas dominadas por facções criminosas em litígio, onde a falta de professor se tornou um problema crônico⁵. A implantação do programa de aceleração do crescimento (PAC) vem exigindo que o Estado e os empreiteiros façam acordos escusos com as facções criminosas para garantir que os funcionários e as obras não sejam atacados⁶.

A violência, ademais, não está limitada àqueles que não receberam educação, oportunidade de emprego ou moradia digna. É, infelizmente, também praticada por pessoas que tiveram acesso à educação, ao emprego e à moradia digna, como nos inúmeros relatos de arruaças praticadas por “pitboys” (meninos de classe

⁵ Existe ação civil pública já transitada em julgado garantindo a lotação de professores no CIEP Rainha Nzinga D´Angola em Acari, mas, em uma das visitas realizadas pelo comissariado da Vara da Infância e Juventude, foi constatado um corpo esquartejado de uma pessoa na porta da escola e foi afirmado, no local aos comissariados, que existem várias facções criminosas em constantes litígios e que os professores preferem ser demitidos a serem lotados em Acari (Processo nº 2003.710.006619-6)

⁶ Vide notícia veiculada no Jornal *O Globo* do dia 7 de fevereiro de 2010 a respeito da morte de três operários que trabalhavam em uma intervenção do PAC (Programa de Aceleração do Crescimento) no Complexo do Alemão, porque chegaram ao trabalho às 7h da manhã num automóvel que não apresentava a logomarca da empreiteira, e foram metralhados, confundidos, segundo a notícia, com traficantes da facção rival.

média que brigam em boates e condomínios de luxo); da violência doméstica, praticada por homens de todas as classes sociais; das brigas com armas de fogo entre vizinhos ou por discussões no trânsito, que causam mortes inesperadas e por motivos fúteis, etc..

Tão fundamental para a existência humana, os direitos à vida e à segurança pessoal justificaram a própria criação do Estado. O reconhecimento desses direitos como tal, traduzem-se em condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana e para o desenvolvimento da civilização⁷, motivo pelo qual não há como deixar de lhes reconhecer a categoria de direitos humanos inatos e fundamentais. Nenhum direito humano é mais sagrado do que o direito à vida e à segurança pessoal. O homem se libertou da barbárie ao entregar ao Estado o direito de punir aquele que praticou um crime⁸, impedindo que a sociedade (vítimas potenciais) pratique justiça pelas próprias mãos.

Todavia, o Brasil não está sendo capaz de conter a criminalidade, sobretudo a organizada. A notícia da prática de crimes violentos consta diariamente dos jornais e muitos autores de crimes violentos estão impunes e circulando pela cidade.

Se o controle social do Estado é afrouxado a ponto de estimular a justiça com as próprias mãos, teremos, então, o retorno à barbárie, como o que está acontecendo no Rio de Janeiro com as milícias, formadas na sua maioria por bombeiros, policiais e agentes penitenciários residentes em áreas de risco, que estabelecem a ordem utilizando a mesma linguagem das facções criminosas, e que contam com o apoio de muitos moradores. A ausência do Estado exercendo efetivamente o direito de punir faz retornar o sentimento de busca pela vingança privada, sem as garantias de contraditório ou ampla defesa.

Nada é mais aterrorizante do que ter um ente querido morto brutalmente ou violentado sexualmente, sendo dever do Estado, por ter o monopólio do *jus puniendi*, agir efetivamente na conde-

⁷ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer - Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 37.

⁸ MARINHO, Alexandre Araripe. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 47.

nação do agressor, na reparação da vítima e na prevenção desses crimes.

Será que a legislação brasileira e as políticas de segurança pública estão sendo efetivas na garantia do direito à segurança? Os direitos sociais e a proteção da infância são importantíssimos na prevenção do crime, mas precisam estar associados a uma política criminal efetiva.

Num Estado Democrático de Direito, está-se diante de uma *política integral de proteção dos direitos*. Tal definição permite que se afirme que o dever de proteção estatal não somente vale no sentido clássico (proteção negativa), como limite do sistema punitivo, mas, também, no sentido de uma proteção positiva por parte do Estado. É ilusório pensar que a função dos Direitos Humanos, nesta quadra da história, esteja restrita à proteção contra abusos estatais.

Nesse sentido, conforme leciona Lenio Streck⁹, a Constituição determina - explícita ou implicitamente - que a proteção dos direitos humanos deve ser feita de duas formas: por um lado, protege o cidadão *frente ao Estado*; por outro, protege-o *através do Estado* - e, inclusive, por meio do direito punitivo - uma vez que o cidadão também tem o direito de ver seus direitos humanos fundamentais tutelados em face da violência de outros indivíduos. Afirma o referido autor:

“Quero dizer com isso que este (o Estado) deve deixar de ser visto na perspectiva de inimigo dos direitos fundamentais, passando-se a vê-lo como auxiliar do seu desenvolvimento (Drindl, Canotilho, Vital Moreira, Sarlet, Streck, Bolzan de Moraes e Stern) ou outra expressão dessa mesma ideia, deixam de ser sempre e só direitos contra o Estado para serem também direitos através do Estado. Insisto: já não se pode falar, nesta altura, de um Estado com tarefas de guardião de “liberdades negativas”, pela simples razão - e nisto con-

⁹ STRECK, Lenio Luiz. O DEVER DE PROTEÇÃO DO ESTADO (SCHUTZPFLICHT): O LADO ESQUECIDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS OU “QUAL É A SEMELHANÇA ENTRE OS CRIMES DE FURTO PRIVILEGIADO E O TRÁFICO DE ENTORPECENTES”? No site www.leniostreck.com.br, acessado em 20/01/2010.

sistiu a superação da crise provocada pelo liberalismo - de que o Estado passou a ter a função de proteger a sociedade nesse duplo viés: não mais apenas a clássica função de proteção contra o arbítrio, mas, também, a obrigatoriedade de concretizar os direitos prestacionais e, ao lado destes, a obrigação de proteger os indivíduos contra agressões provenientes de comportamentos delitivos, razão pela qual a segurança passa a fazer parte dos direitos fundamentais (art. 5º, caput, da Constituição do Brasil).”

A Declaração Universal dos Direitos do Homem prevê, no artigo XXIX, que toda pessoa tem DEVERES para com a comunidade. Os deveres decorrem do princípio de solidariedade do ser humano com a comunidade a qual pertence e integram a dignidade humana como decorrência da vida em sociedade. Nesse sentido, mencionam-se as lições de André Guilherme Tavares de Freitas¹⁰:

“Pode-se afirmar, então, que os direitos fundamentais relacionam-se com o princípio da solidariedade (dever de solidariedade geral e dever de solidariedade especial), que integra a Dignidade da Pessoa Humana e é uma decorrência da vida em sociedade, pois a condição social do Ser Humano faz com que este necessite do meio social para sobreviver e se desenvolver, mas também exige deste o cumprimento de sua parcela de colaboração para manutenção e seguridade deste meio, dever este nitidamente desrespeitado por ocasião de uma prática criminosa que atinge gravemente um direito fundamental.” (...) Se o princípio da proporcionalidade veda, por um lado, o excesso da proteção penal, também veda a deficiente proteção (...). Uma pena insuficiente pode representar um sério risco social em razão de alimentar a ousadia dos criminosos.”

¹⁰ FREITAS, André Guilherme Tavares de Freitas. “A Infringência do Dever de Respeito aos Direitos Fundamentais como Critério de Aumento de Pena Base” *in* **Contributos em Homenagem ao Professor Sergio Demoro Hamilton**, Coordenado por Alexander Araujo de Souza e Decio Alonso Gomes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 81/86.

Assim, cabe ao Estado exigir o cumprimento dos deveres por parte de todos, para dar efetividade aos direitos, que também a todos são assegurados.

A CONDENAÇÃO DO BRASIL PELA PROTEÇÃO INSUFICIENTE

O Estado Brasileiro, por sua leniência em relação à violência, foi condenado, no ano de 2001, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, por negligência e omissão no caso da biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes que, por duas vezes, foi vítima de tentativa de homicídio pelo marido, além de agressões que a deixaram paraplégica¹¹, sem uma resposta efetiva do Estado.

Foi ressaltado no relatório da Comissão Interamericana o dever do Estado Brasileiro de garantir às pessoas sujeitas à sua jurisdição o direito à segurança:

“O Estado está obrigado a investigar toda situação em que tenham sido violados os direitos humanos protegidos pela Convenção. Se o aparato do Estado age de maneira que tal violação fique impune e não seja restabelecida, na medida do possível, à vítima na plenitude de seus direitos, pode-se afirmar que não cumpriu o dever de garantir às pessoas sujeitas à sua jurisdição o exercício livre e pleno de seus direitos. Isso também é válido quando se tolere que particulares ou grupos de particulares atuem livre ou impunemente em detrimento dos direitos reconhecidos na Convenção. (...) A segunda obrigação dos Estados Partes é ‘garantir’ o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos na Convenção a toda pessoa sujeita à sua jurisdição. Essa obrigação implica o dever dos Estados Partes de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas mediante aos

¹¹ Comissão Interamericana de Direitos Humanos - OEA. Informe 54/01, caso 12.051, Maria da Penha Fernandes v. Brasil, 16-4-2001, parágrafos 54 e 55. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Vide comentários em Stela Valéria Soares de Farias Cavalcanti, *Violência Doméstica*, p. 189 e Flávia Piovesan em *Temas de Direitos Humanos*, p. 230.

quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Em consequência dessa obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção e, ademais, procurar o restabelecimento, na medida do possível, do direito conculcado e, quando for o caso, a reparação dos danos produzidos pela violação dos direitos humanos”¹²

Infelizmente, o Estado Brasileiro não está sendo capaz de impedir que as pessoas sejam vítimas, em grande escala, de violência doméstica, homicídios, roubos, estupros e sequestros, potencializados pela utilização de drogas. Não há um dia sequer em que esses crimes não constem de jornais, sendo importante lembrar os crimes atrozes praticados contra o menino João Hélio no ano de 2007, da família vítima de estupro e morte em Santa Tereza no ano de 2001¹³, do espancamento de uma empregada doméstica por um grupo de rapazes de classe média no ano de 2008, da morte da jornalista Sandra Gomide pelo também jornalista Pimenta da Veiga no ano de 2000¹⁴, da morte da atriz Daniela Perez no ano de 1992¹⁵, além de tantos outros. Não são crimes relacionados à pobreza, nem ao sistema econômico capitalista, mas sim resultado da total deturpação de valores de quem os pratica.

A Proteção Insuficiente do Estado Brasileiro na preservação do direito humano à vida segura é verificada na atuação dos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo.

¹² Comissão Interamericana de Direitos Humanos - OEA, Informe 54/01, caso 12.051, Maria da Penha Fernandes v. Brasil, 16-4-2001, parágrafos 42 a 44. Disponível em: <[HTTP://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm](http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm)> apud Flávia Piovesan. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2009, 3ª Ed., p. 230.

¹³ Mãe e filha de 13 anos foram estupradas e escalpeladas, sendo que a primeira morreu em razão das lesões. Um dos estupradores e assassinos, Alan Marques da Costa (que era o pedreiro de obra na casa) está prestes a receber livramento condicional - processo 0359248-74 20048190001 2004/04656-1.

¹⁴ Mesmo condenado, somente uma pesquisa aprofundada poderá indicar se o assassino confesso está preso. Circulou livremente por longo período mesmo após a condenação.

¹⁵ Os assassinos já cumpriram a pena e estão livres desde 1999, quando receberam livramento condicional, após menos de 7 anos de cadeia.

Em relação ao Poder Executivo, nota-se a ausência de políticas públicas efetivas de combate a criminalidade, que se iniciem desde a infância e sejam voltadas às famílias, além do patrulhamento ostensivo e controle de armas de fogo e drogas, com condições de trabalho e remuneração dignas para os policiais. A educação em horário integral e direcionada a construção da paz e respeito aos demais se faz essencial no Rio de Janeiro como uma política de segurança.

A construção da civilidade é desenvolvida no ser humano gradativamente durante a sua infância pela família e por um sistema educacional que valorize o respeito ao próximo, com vistas a bloquear os impulsos agressivos inatos do ser humano. Qualquer um pode agir com violência e é a nossa civilidade que nos impede de agir compulsivamente. Discorre o psiquiatra forense Robert I. Simon:

*“Sigmund Freud mergulhou profundamente nessa noção (de que a violência frequentemente é desencadeada pela ausência de elementos civilizadores, restritivos). Em **Das Unbehagen in der Kultur** ele mostra o ser humano como uma criatura comandada por poderosos instintos de agressão e paixões primitivas que levam a estupro, incesto e assassinato, contidos, ainda que de modo imperfeito, pelas instituições sociais e pela culpa.”¹⁶*

(...)

“O bloqueio de impulsos antissociais se aprende desde o berço, com a família e por meio do contato com várias outras estruturas sociais. Pais e cuidadores ajudam as crianças a internalizar os valores éticos, filosóficos, culturais e religiosos que também refreiam os impulsos antissociais. Mais tarde, o sistema político da sociedade procura garantir, por meio da lei e dos costumes, que as tendências destrutivas continuem dominadas - e, de preferência, nem sejam levadas em consideração. Porém, mesmo os genes mais saudáveis, os pais

¹⁶ SIMON, Robert I. *Homens maus fazem o que homens bons sonham: um psiquiatra forense ilumina o lado obscuro do comportamento humano*. Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 20.

e a família mais carinhosos, a comunidade mais inatacável do ponto de vista moral, a melhor educação e a sociedade mais humana não conseguem erradicar as forças obscuras e destrutivas presentes em nossa humanidade.”¹⁷

A implementação dos direitos à educação, ao planejamento familiar, à proteção da infância, por sua vez, precisam estar conjugados a uma política criminal efetiva. Por certo que os Direitos Sociais são relevantes na prevenção do crime, mas não são suficientes. As condutas antissociais, se não forem reprimidas, acabam gerando um efeito em cascata. A violência praticada por alguém contra outrem faz gerar o sentimento humano de revidar. A tolerância e a leniência do Estado a condutas antissociais por parte dos indivíduos faz proliferar a prática de condutas antissociais na sociedade. O uso de álcool e drogas, por sua vez, potencializa a prática de condutas antissociais na medida em que os impulsos não estão racionalmente controlados pelo indivíduo.

O Direito Penal, assim, tem um papel extremamente relevante na proteção dos direitos humanos, na medida em que deve ser capaz de impedir que os indivíduos pratiquem condutas antissociais violadoras de direitos humanos dos demais. A pena privativa de liberdade a ser aplicada, ademais, tem a relevante função, muitas vezes esquecida, de excluir do convívio social aquela pessoa que não consegue controlar os seus impulsos agressivos, resguardando as vítimas em potencial, ou seja, a sociedade em que vivemos.

O sistema penal brasileiro, contudo, está sendo bombardeado de ideias liberalizantes, permitindo que os autores de crimes permaneçam praticamente impunes, circulando livremente no meio social, reiterando suas condutas danosas e contribuindo para o caos e a violação dos direitos humanos de tantas outras vítimas.

Recentes decisões judiciais demonstram que estamos caminhando para uma total desproteção das vítimas potenciais, com

¹⁷ Ob. Citada, p. 33.

o deferimento de liberdade a criminosos perigosos e reincidentes sem exame criminológico¹⁸, com a proibição da utilização automática de algemas¹⁹ (nos crimes praticados com violência a periculosidade do agente deveria ser presumida²⁰), aplicação abusiva do princípio da insignificância ou bagatela etc. O Poder Judiciário Brasileiro, em diversas situações, vem exagerando no garantismo penal, deixando vítimas efetivas e em potencial em situações de vulnerabilidade extrema.

Uma análise crítica da nossa legislação penal, por sua vez, indica também a proteção insuficiente na atuação do Poder Legislativo, como pode ser notado nos exemplos abaixo citados:

¹⁸ EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO. DIREITO CONSTITUCIONAL. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. LEI 10.792/03. REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A FRUIÇÃO DO DIREITO. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA QUE EXTIRPOU O EXAME CRIMINOLÓGICO DO ROL DOS REQUISITOS PARA A PROGRESSÃO. EXAME QUE A SER EXIGIDO REQUER POSTULAÇÃO FUNDAMENTADA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA QUE NÃO DETERMINA, POR SI SÓ, A NECESSIDADE DA EXIGÊNCIA DO EXAME CRIMINOLÓGICO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA LAICIZAÇÃO DO DIREITO. Condenado que cumpre penas referentes a duas cartas de execução de sentença que refletem condenações por prática do crime de roubo. Pena unificada que totaliza dezesseis anos, oito meses e vinte dias de reclusão. Decisão que deferiu ao apenado a progressão de regime em 29 de junho de 2009 (cópia acostada à fl. 41), com base no cálculo de um sexto da pena realizada pelo Setor de Cálculo de Pena da Vara de Execuções Penais e na transcrição da ficha disciplinar do paciente, tendo entendido pela desnecessidade de elaboração do exame criminológico. Ministério Público que pretende o reconhecimento da necessidade de elaboração de exame criminológico em decorrência da reincidência específica do condenado, considerando-o requisito necessário para o deferimento desse direito. Lei 10.792/03, que alterou a redação do artigo 112 da Lei de Execuções Penais. O exame criminológico deixou de estar previsto como requisito para a progressão de regime. Alteração que veio a expurgar essa exigência que, inegavelmente, viola o princípio da laicização do Direito, o qual impede que o Estado se imiscua nas liberdades de escolha e de autodeterminação dos indivíduos. Portanto, o pleito de exame criminológico deve ocorrer de forma fundamentada, o que não se verifica no presente caso. Decisão mantida. NÃO PROVIMENTO DO RECURSO. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. QUINTA CÂMARA CRIMINAL. AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. 2009.076.00829. DES. GERALDO PRADO. JULGAMENTO: 14/01/2010.)

¹⁹ SÚMULA VINCULANTE 11 do STF: Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. (STF. Data de Aprovação Sessão Plenária de 13/08/2008. Fonte de Publicação DJe nº 157, p. 1, em 22/8/2008. DOU de 22/8/2008, p. 1.)

²⁰ HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. APELANTE QUE DESFERIU DEZENOVE GOLPES DE ESPADA NA EX-COMPANHEIRA, AMPUTANDO-LHE O BRAÇO. NECESSIDADE DO USO DE ALGEMAS BEM FUNDAMENTADA PELO MAGISTRADO. PEQUENA QUANTIDADE DE ESCOLTA E ALTA PERICU-

1- Matar alguém com vontade deliberada, na nossa legislação penal, traz como contrapartida para o agente criminoso a pena de apenas 2 (dois) anos de prisão (a pena é geralmente fixada no mínimo legal - 6 anos (art. 121 do CP), e, após o cumprimento de apenas 1/3 da pena, o agente criminoso tem recebido livramento condicional (art. 83 do CP). Isso sem falar nos indultos e outras maneiras de redução da pena privativa de liberdade;

2- Usar drogas e, com isso, contribuir para a indústria milionária do tráfico de drogas, financiando as facções criminosas, além de deixar o sujeito mais propenso para a prática de crimes violentos pelo efeito da droga (vejam-se as estatísticas dos crimes cometidos pelo uso de cocaína e crack), traz como contrapartida uma leve reprimenda que está mais próxima de uma infração administrativa do

LOSIDADE DO APELANTE DOTADO DE GRANDE FORÇA FÍSICA E EXPERT EM ARTES MARCIAIS. ENUNCIADO Nº 11 SÚMULA VINCULANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CIRCUNSTÂNCIAS QUE TORNAM LEGÍTIMA A DETERMINAÇÃO. DOSIMETRIA ESCORREITA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS QUE AUTORIZAM O AUMENTO DA PENA-BASE. RECONHECIMENTO DA TENTATIVA QUE SE MOSTRA PROPORCIONAL AO *ITER CRIMINIS* PERCORRIDO. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE OBSERVADOS PELO JUIZ *A QUO*. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1. Apelo da Defesa que alega nulidade pelo uso de algema durante a Sessão do Júri. E inadequação na dosimetria da pena. 2. O uso de algemas não constitui constrangimento ilegal quando necessário a preservar a segurança das testemunhas e evitar a fuga do preso, cabendo ao Juiz instrutor a disciplina das audiências e a condução dos trabalhos, de modo a preservar o respeito à justiça e a garantir a ordem (Enunciado nº 11 Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal). 3. O fato de ter sido indeferido o requerimento da defesa para que fossem retiradas as algemas do apelante não configurou constrangimento ilegal, pois, por ocasião da sessão em plenário, o Juiz Presidente entendeu ser necessária a medida para preservação da segurança, no sentido de que os trabalhos corresse sem maiores transtornos. 4. Afora isso, o fato de o apelante ter permanecido com algemas não influenciou o ânimo dos jurados quando o condenaram, uma vez que ele próprio confessou a prática delitiva. 5. Inconsistência do pedido defensivo de modificação da dosimetria da pena. Não houve excessivo rigor na fixação da reprimenda. 6. A vítima foi atingida por dezenove golpes de arma branca confeccionada pelo apelante. 7. As consequências do crime foram graves pela mutilação imposta à pessoa da vítima, que passa a ter reduzíssima capacidade de labor e colaboração social, além dos danos psicológicos. 8. Como quase todas as circunstâncias enunciatas no referido artigo são desfavoráveis, é plenamente justificável que a pena-base se afasta do mínimo cominado. Na sentença questionada, o magistrado, diante das circunstâncias judiciais desfavoráveis, majorou a pena atendendo aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 9. Por fim, vale consignar que o crime foi cometido por motivo torpe, sentimento abjeto de posse que o denunciado nutria pela vítima, sua ex-companheira e ante a negativa da mesma de reatar o relacionamento. 10. Recurso desprovido. Sentença mantida. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. 4ª Câmara Criminal. Apelação 2009.050.06199. Rel. Des. GUARACI DE CAMPOS VIANNA. Julgamento 27/10/2009).

que de uma resposta penal do Estado (art. 28 da Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006), inviabilizando a repressão a esse tipo de conduta.

3- Um adolescente de 17 anos que, em concurso com outros adolescentes da mesma idade, estupra, mata e estabelece o terror, não ficará internado mais do que 3 (três) anos, pois é o limite estipulado pelo direito penal juvenil para a internação (art. 121, § 3º do ECA). Não é a toa que as crianças brasileiras, que não têm o direito garantido pelo Estado de estudar em horário integral, estão sendo recrutadas cada vez mais cedo para integrarem as facções criminosas.

É a população em geral, sem ter cometido qualquer crime, que está vivendo em semiliberdade, proibida de circular livremente pela cidade e colocando grades em suas próprias casas, rezando para não ser atingida pela grande onda de violência que se espalha com a proliferação das drogas e das armas de fogo.

Quando o dever de punir do Estado é insuficiente, a vítima deve ser compensada, além dos danos causados pelo crime em si, pela dor causada pela impunidade do agressor, ou seja, pelo fracasso do Governo em realizar justiça. Nesse sentido, importante reproduzir citação de Diane Orentlicher, no livro de Flavia Piovesan: **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional:**

*“Nos casos em que o Direito Internacional exige dos Estados que realizem justiça relativamente aos responsáveis por crimes atrozes, medidas internacionais apropriadas devem continuar a insistir no princípio da responsabilização (**‘accountability’**). (...) Quando organismos internacionais se mostram incapazes de persuadir o Governo a processar autores de crimes atrozes, esses organismos devem continuar a insistir para que o Governo responsável garanta a compensação às vítimas e esta compensação deve incluir os danos sofridos em virtude do fracasso do Governo em realizar justiça” (Legal consequences of gross human rights abuses: issues of impunity and victim compensation)²¹.*

²¹ ORENTLICHER, Diane *apud* Flávia Piovesan. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 7ª Ed. p. 11.

O DEVER DE INDENIZAR A VÍTIMA: O AVANÇO DA LEI 11.719 DE 20.06.08

Sob o enfoque dos direitos humanos, a proteção da vítima ganha especial relevância. Quando o Estado é incapaz de garantir o direito à vida e o direito à segurança pública, surge para a vítima da violência o direito subjetivo de ser indenizada.

As conclusões do VII Congresso das Nações Unidas para Prevenção da Criminalidade e Tratamento aos Autores de Delitos potencializam um tratamento justo às vítimas, com reparação, indenização e ampla assistência. A Recomendação R (85) do Comitê de Ministros do Conselho de Europa e o Convênio 116 do Conselho de Europa sobre a Indenização às Vítimas de Delitos Violentos, de 24 de novembro de 1983 (ETS 116), sinaliza as medidas que devem ser adotadas no âmbito policial, da persecução, da tomada das declarações, das audiências, da primazia da reparação à vítima sobre a multa recolhida ao Estado, protegendo-se a privacidade da vítima e sua integridade contra a delinquência organizada. Podem ainda ser citadas, a Resolução número (77), de 27 de setembro de 1977, a respeito da indenização das vítimas de infrações criminais; a Convenção Europeia, de 24 de novembro de 1983, a qual se refere especificamente à indenização pelo Estado às vítimas de crimes violentos; a Recomendação (85)4, de 26 de março de 1985, no que tange às vítimas de violência familiar; a Recomendação 87 (21), de 17 de setembro de 1987, referente à assistência às vítimas e à prevenção da vitimização. A Resolução 40/34, de 11 de dezembro de 1985, da Organização das Nações Unidas, estabelece os postulados básicos em favor das vítimas de crimes²².

Sergio Cavalieri Filho²³, ao discorrer sobre os caminhos da responsabilidade civil, ressalta que a vítima do dano é o enfoque central da preocupação com os atos ilícitos, *in verbis*:

²² GIACOMOLLI, Nereu José. Reformas (?) Do Processo Penal. Considerações Críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 110/111.

²³ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas S.A, 2009, 8ª ed., p. 146.

“Nas últimas décadas, vem-se acentuando, cada vez mais forte, um movimento no sentido de socialização dos riscos. Em face do alarmante aumento de acidentes, principalmente no trabalho e no trânsito, tornando, muitas vezes, irreparável o dano, não só pelo montante da indenização, mas, também, pela falta de patrimônio da parte que o causou, lança-se mão de técnicas de socialização do dano para o fim de ser garantida pelo menos uma indenização básica para qualquer tipo de acidente pessoal. É o que, em doutrina, se denomina de reparação coletiva, indenização autônoma ou social.

A vítima do dano, e não mais o autor do ato ilícito, passa a ser o enfoque central da responsabilidade civil. Em outras palavras, a responsabilidade, antes centrada no sujeito responsável, volta-se para a vítima e a reparação do dano por ela sofrido; de uma dívida de responsabilidade evoluiu-se para um crédito de indenização” (Lambert-Frivre, **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, 1987, p.1). (grifos nossos)

O dano, por esse novo enfoque, deixa de ser apenas contra a vítima para ser contra a própria coletividade, passando a ser um problema de toda a sociedade.

O dever de indenizar a vítima de violência no Brasil é atribuído primariamente ao autor do delito. O autor da prática de um crime tem o DEVER de indenizar a vítima pelos danos causados pelo crime e de ressarcir o Estado pelas despesas com o seu encarceramento.

Consta do art. 91, inciso I, do Código Penal:

“Art. 91. São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;”

Por sua vez, consta da Lei de Execução Penal (Lei 7.210, de 11/07/1984):

“Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a três quartos do salário-mínimo.

*§ 1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender:
a-) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios;*

(...)

d-) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores;

art. 31. O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade.

art. 39. Constituem deveres do condenado:

(...)

V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;

(...)

VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores;

VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;”

Por sua vez, o art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.719 de 20 de junho de 2008, estabelece que:

“Art. 387. O juiz, ao proferir a sentença condenatória:

(...)

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os danos sofridos pelo ofendido;”

Verifica-se, pela interpretação sistemática dos artigos mencionados acima, que o art. 387 dá exequibilidade a deveres já expressamente previstos no Código Penal²⁴ e na Lei de Execução

²⁴ APELAÇÃO - Condenação - Atentado violento ao pudor em face de enteada menor. Recurso da defesa pugnando a absolvição, sob o argumento da precariedade da prova. Subsidiariamente, persegue a reforma do regime prisional e a retirada ou redução da indenização fixada a título de danos morais. Preambularmente, cumpre destacar a inaplicabilidade das alterações trazidas pela Lei 12.015/09 ao caso em apreço, uma vez que o *quantum* da pena

Penal, a fim de que o dever de indenizar conste expressamente da sentença criminal, com vistas a sua correta aplicação durante a execução da pena.

Não se trata de uma nova regra de direito penal, embora haja entendimento neste sentido²⁵, mas sim de regra processual,

não foi alterado ao tipo penal em questão, malgrado alteração de sua nomenclatura jurídica, agora, estupro, bem como em razão da nova figura típica disciplinada no artigo 217-A prever pena superior à prevista no antigo artigo 214, ambos do Código Penal, traduzindo-se a novel legislação em mais gravosa ao apelante, pelo que se devem manter as normas legais atinentes ao tema anteriores à reforma. Declarações da vítima, bem como depoimentos de outra testemunha, sua mãe, em juízo, formando conjunto probatório seguro. A palavra da vítima merece total credibilidade, não tendo a defesa conseguido fortalecer tese abraçada por seu defendente, que restou dissociada do restante do conjunto probatório. Regime prisional fechado que se mostra consentâneo com a natureza do delito, destacando-se o entendimento do STF, no sentido de que o estupro e o atentado violento ao pudor, mesmo nas suas formas básicas, ou seja, em que não há lesão corporal de natureza grave ou morte, constituem crimes hediondos, nos termos do artigo 1º, inciso V e VI, da Lei nº 8.072/90. A determinação de fixação de valor mínimo a ser pago à vítima a título de reparação instituída pela Lei 11.719/08 encontra aplicação nos crimes cometidos antes de sua vigência, por se tratar de norma de cunho processual. Tema que já era objeto do ordenamento, pois, nos termos do artigo 91, inciso I, do Estatuto Repressivo, a sentença penal condenatória, transitada em julgado, possui, como um dos seus efeitos genéricos, tornar certa a obrigação do agente criminoso de indenizar o dano causado pelo crime, traduzindo verdadeiro título executivo judicial, tendo-se da lei superveniente que a mesma apenas visa afastar o penoso caminho da liquidação da sentença penal condenatória, permitindo ao magistrado, ao fixar o *quantum* da indenização, tornar a obrigação líquida, possibilitando-se à vítima, desde logo, fazer cumprir a decisão no juízo cível. *Quantum* arbitrado que se mostra desproporcional, especialmente em face da condição econômica do apelante, devendo, pois, ser reduzido. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Apelação 2009.050.04749. 8ª Câmara Criminal. Rel. Des. DENISE ROLINS LOURENCO Julgamento 15/10/2009).

²⁵ DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. O primeiro Apelante restou condenado como incurso nas sanções previstas no artigo 158, § 1º, do Código Penal, enquanto o segundo Apelante o foi naquelas previstas no artigo 158, § 1º, e artigo 157, § 2º, I e II, na forma do artigo 69, todos do Código Penal. Foram interpostos recursos de apelação, em petições independentes para cada um dos denunciados. A defesa técnica do Apelante Reginaldo pretende o afastamento da causa especial de aumento de pena referente ao emprego de arma de fogo, assim como a declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 387, IV, do CPP, para afastar a fixação do valor da reparação do *dano* na sentença criminal. O Apelante Eduardo, a seu turno, através de sua defesa técnica, pretende, preliminarmente, a nulidade da sentença, ao argumento de que o Juízo seria incompetente, assim como por suposta não observância do rito processual estabelecido na lei de regência. No mérito, pugna pela absolvição por atipicidade da conduta ou por fragilidade probatória e, alternativamente, pretende o afastamento da causa especial de aumento relativa ao concurso de pessoas e a fixação do regime semiaberto. Cuida a hipótese de dois crimes de roubo ocorridos em Parada de Lucas, Rio de Janeiro, e um crime de extorsão praticado na cidade de Belford Roxo,

requisito da sentença, aplicável imediatamente²⁶, que vem aperfeiçoar o sistema penal, dando efetividade ao art. 91, I do Código Penal, possibilitando a correta execução da sentença criminal no sistema penitenciário para fins do cumprimento do trabalho do preso e ressarcimento da vítima (art. 29, §1º, “a” e art. 39 VII da LEP).

e assim, sendo as penas previstas para ambos os crimes idênticas, não merece prosperar a preliminar de incompetência do juízo, na medida em que, a teor do que dispõe o artigo 78, II, “b”, do Código de Processo Penal, prevalecerá como competente o juízo ao qual couber o julgamento do crime em que houver o maior número de infrações que, no caso concreto, é o da Comarca da Capital. Também resta rejeitada a preliminar que pretende a nulidade da sentença por alegada inobservância ao rito processual, na medida em que o douto Juiz sentenciante apenas corrigiu a tipificação jurídica diante de um erro material ocorrido na capitulação dos fatos narrados na denúncia, sendo a hipótese de *emendatio libelli* e, não, de *mutatio libelli*. Ao contrário do sustentado na denúncia, no sentido de que os Apelantes teriam exigido da vítima certa quantia em dinheiro para a devolução de seu veículo, tipo Kombi, que foi objeto de crime de roubo praticado no dia anterior, o conjunto probatório demonstrou que a iniciativa de entrar em contato com os Apelantes para “negociar” a devolução do referido automóvel partiu da própria vítima, o que, a toda evidência, faz com que inexistam a violência ou a grave ameaça caracterizadora do crime de extorsão, sendo, portanto, atípicas as condutas dos Apelantes. A não apreensão da arma de fogo não impede o reconhecimento da causa de aumento correspondente, prevista no crime de roubo, sendo suficiente o fato de a vítima, quando ouvida em sede judicial (fls. 141/142), ter declarado que o segundo Apelante portava arma de fogo. Resta afastada a imposição de reparação dos danos fixada na sentença, posto que a regra trazida pela Lei nº 11.719/08, que introduziu o parágrafo único do artigo 63 do Código de Processo Penal, tem natureza preponderantemente penal e só entrou em vigor 60 dias após sua publicação, que se deu em 23.06.08, sendo, portanto, posterior ao fato em apuração. RECURSOS CONHECIDOS, REJEITANDO-SE AS PRELIMINARES. NO MÉRITO, DÁ-SE INTEGRAL PROVIMENTO AO PRIMEIRO APELO E PARCIAL AO SEGUNDO PARA, NA FORMA DO ARTIGO 386, III, DO CPP, ABSOLVER OS APELANTES QUANTO À IMPUTAÇÃO DE PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 158, § 1º DO CP, ASSIM COMO PARA AFASTAR A IMPOSIÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS EM RELAÇÃO AO SEGUNDO APELANTE, MANTIDA, NO MAIS, A DOUTA SENTENÇA. EXPEÇA-SE ALVARÁ DE SOLTURA CLAUSULADO EM FAVOR DE REGINALDO CASTELO BRANCO FERREIRA. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. 7ª Câmara Criminal. Apelação 0079924-77.2008.8.19.0001 (2009.050.03930) - APELAÇÃO. Rel. Des. MAURILIO PASSOS BRAGA - Julgamento: 29/09/2009).

²⁶ Apelação. Art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal. Recurso defensivo com alegação de insuficiência de prova, e pedido de absolvição e, subsidiariamente, de afastamento das causas de aumento do emprego de arma, por não ter havido a apreensão da arma utilizada, e do concurso de agentes, por não ter sido provado; de redução da pena base aplicada e adequação da pena de multa; de redução do *quantum* de majoração em razão das duas causas de aumento; de fixação de regime prisional menos gravoso; e de afastamento da obrigação de indenizar. As declarações do ofendido, desde que coerentes e firmes, são admitidas como elemento de convicção, em sede penal, principalmente em crime contra o patrimônio, praticado, na maioria das vezes, sem a presença de testemunhas. Palavra da

Note-se que o art. 387, IV do Código de Processo Penal apenas determina ao Juiz que fixe os danos mínimos²⁷, aqueles visualizados de pronto, como os danos materiais evidentes e compro-

vítima e prova testemunhal firmes, seguras, que dão certeza da autoria e das causas de aumento. A ausência de apreensão e perícia da arma não impede o reconhecimento da causa de aumento de pena do inciso I do § 2º do art. 157 do C.P. A fixação da pena base acima do mínimo está fundamentada na má conduta social e personalidade distorcida do Apelante, que responde a diversos inquéritos policiais e ações penais, e está correta. Pena de multa fixada muito acima do mínimo legal que é corrigida. Se estão presentes duas causas de aumento de pena, o aumento de pena de 3/8 (três oitavos) é o mais adequado. Sendo o crime de roubo com duas causas de aumento de pena e as circunstâncias judiciais desfavoráveis, o regime prisional mais adequado é o inicialmente fechado. A obrigação de indenizar pelo dano causado pelo crime é efeito da sentença condenatória. Art. 91, I do Código Penal. O art. 387, IV do Código de Processo Penal determina apenas a fixação de valor mínimo para a indenização, sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido, podendo o Apelante discutir o restante do valor no juízo cível. Recurso parcialmente provido. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. 8ª Câmara Criminal. Apelação 2009.050.02437. Rel. Des. ANGELO MOREIRA GLIOCHE - Julgamento: 19/08/2009).

APELAÇÃO - Condenação por crime de atentado ao pudor. Recurso do Ministério Público requerendo o reconhecimento de continuidade delitiva e o caráter hediondo do delito. Apelação da defesa postulando a absolvição e, subsidiariamente, que a pena-base seja fixada no piso legal e que a indenização a título de danos morais seja reduzida. A palavra da vítima merece total credibilidade, não tendo, a defesa, conseguido comprovar a tese abraçada por seu defendente, que restou dissociada do restante do conjunto probatório. Episódio criminoso que consistiu em coação da moça a praticar com o segundo apelante feição e coito anal, atos estes cometidos no mesmo contexto de ação, para atingir a um mesmo fim, satisfazer a lascívia do réu. Crime único. Sentenciado que revela personalidade voltada à prática de delitos contra a liberdade sexual, ostentando antecedentes em desabono, nada menos do que treze anotações, inclusive com decretos condenatórios, estando, em dois deles, alcançada a definitividade, tudo levando a inferir-se que a fixação de uma punição mais branda não iria satisfazer os objetivos primordiais na sanção penal. Correta, pois, a pena básica em sete anos de reclusão, majorada em fase seguinte, por força da reincidência. A natureza hedionda do crime está explicitada pelo legislador, no artigo 1º, inciso VI, da Lei nº. 8072/90, sendo que a mera omissão sanável por via própria não pode representar qualquer prejuízo para a etapa executória. Merece retoque, somente, a sentença para reduzir o *quantum* fixado para pagamento de indenização à ofendida a títulos de danos morais, tendo em vista que se trata de taxista. Recurso do Parquet improvido. Recurso defensivo parcialmente provido. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. 8ª Câmara Criminal. Apelação 2009.050.04885. Rel. Des. DENISE ROLINS LOURENCO - Julgamento: 14/09/2009)

²⁷ APELAÇÃO - Art. 157 § 2º, I e II do CP - Pena de 06 anos, 03 meses e 18 dias de reclusão e 16 dias-multa, regime fechado e, ainda, a ressarcir os danos causados ao lesado no valor de R\$ 1.400,00. Apelante em conjunto de ações e desígnios com outro elemento, mediante grave ameaça exercida com emprego de uma faca e pela simulação de emprego de arma de fogo, subtraiu certa quantia em dinheiro, uma carteira de identidade, um cartão de crédito, um aparelho de telefone celular e um contra cheque, pertencentes à vítima. - Impossível a absolvição: materialidade e autoria plenamente demonstradas pelo conjunto probatório. Negativa do fato que é justificável, já que interrogatório é meio de defesa.

vados durante o decurso da ação penal²⁸, assim como os danos morais dos crimes praticados com violência ou grave ameaça, eis que danos presumidos (qualquer roubo, sequestro, homicídio ou estupro causa dor, sofrimento e humilhação)²⁹.

É em sede de crimes contra o patrimônio a palavra da vítima tem especial relevância para embasar o decreto condenatório. A vítima foi clara e precisa ao apontar o ora apelante como autor do delito: afirmou que este a ameaçou com uma faca, inclusive encostando-a em sua barriga e que ficou com a mão por baixo da blusa de forma a simular que estaria também armado. - Dosimetria da pena que não merece reparo: fixação da pena-base em 04 anos de reclusão de 10 dias-multa, aumentada de 06 meses de reclusão e 2 dias-multa, pela reincidência (FAC fls. 36 condenação por tráfico de drogas), passando a 04 anos e 06 meses de reclusão e 12 dias-multa, acrescida de 2/5, em razão das duas circunstâncias especiais de aumento de pena, tornando-se definitiva em 06 anos, 03 meses e 18 dias de reclusão e 16 dias-multa. - Improperável a alegação de ser incabível a reparação patrimonial fixada ex-offício pelo I. Juiz: a vítima deverá ser reparada pelos prejuízos sofridos e, de acordo com a nova redação dada ao art. 387, IV do CPP pela Lei 11.719/08, o Juiz deve fixar um valor mínimo para essa reparação. - Trata-se, pois, tão-somente, de um valor mínimo que se revele suficiente para recompor os prejuízos evidenciados de plano na ação penal. - Manutenção da sentença. - IMPROVIMENTO do APELO DEFENSIVO. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. 4ª Câmara Criminal. Apelação 2009.050.03599. Rel. Des. GIZELDA LEITÃO TEIXEIRA. Julgamento 21/07/2009)

²⁸ APELAÇÃO - Art. 155 caput c/c § 2º do CP Pena de 10 dias-multa. Fixado o valor de R\$ 80,00 para reparação dos danos causados. - Apelante de forma livre e consciente, adentrou no estabelecimento comercial e subtraiu quantia de R\$ 80,00 de propriedade da vítima. - Materialidade e autoria sobejamente demonstradas pelo conjunto probatório. - Incabível a aplicação do princípio da insignificância: não foi pequena a lesão praticada contra o bem jurídico. - E no ordenamento jurídico brasileiro o referido princípio não pode ser invocado para afastar a tipicidade. - Em matéria de crime contra o patrimônio, o pequeno valor já foi contemplado pelo legislador ao prever a hipótese de furto privilegiado. - Improperável o pleito de reconhecimento do furto privilegiado: o I. Juiz na aplicação da pena reconheceu que a coisa subtraída era de pequeno valor. Fixou a pena-base em 01 ano de reclusão e 10 dias-multa. Na 2ª fase ante a primariedade do réu e o pequeno valor da coisa furtada, aplicou somente a pena de multa, restando o ora apelante condenado a 10 dias-multa. A seguir, fixou o valor de R\$ 80,00 para reparação dos danos causados à vítima. - No que tange à gratuidade de justiça, o pagamento das custas processuais é consectário legal da condenação prevista no art. 804 do CPP, cabendo eventual apreciação quanto à impossibilidade ou não de seu pagamento ao Juízo da Execução. - Quanto ao prequestionamento, não se vislumbra ofensa a dispositivos de leis: o apelante foi legalmente processado e positivada a conduta delituosa, foi justamente condenado. - Manutenção da sentença. - IMPROVIMENTO do APELO DEFENSIVO (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. 4ª Câmara Criminal. Apelação 2009.050.06039. Rel. Des. GIZELDA LEITÃO TEIXEIRA. Julgamento 20/10/2009).

²⁹ LESAO CORPORAL CONTRA EX-COMPANHEIRA (VIOLÊNCIA DOMÉSTICA). LEI MARIA DA PENHA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. EM CRIMES QUE ENVOLVEM VIOLENCIA DOMESTICA, A PALAVRA COERENTE DA VÍTIMA MERECE ESPECIAL RELEVANCIA, MAXIME QUANDO EM HARMONIA COM O LAUDO DE EXAME DE CORPO DE DELITO - LESOES CORPORAIS E COM A PROVA TESTEMUNHAL, A QUAL REVELA QUE AS AGRESSOES FISICAS SOFRIDAS POR ELA OCORRERAM DENTRO DE RESIDÊNCIA, SEM TESTEMUNHAS OCULARES, DE

A vítima poderá solicitar a execução ou complementação da indenização no juízo cível (art. 63 do CPP), mas já estará resguardado o seu direito no âmbito criminal.

Não é razoável que a vítima somente esteja sendo indenizada pelo Estado quando a violência, a bala do revólver que a atingiu, tenha sido do agente do Estado, como o que vem ocorrendo atualmente. Esse raciocínio vem trazendo uma angústia por parte da vítima em atribuir a culpa ao agente do Estado, esquecendo-se de que o Estado será sempre o responsável, pela ação ou omissão, na proteção do direito à segurança. O Estado, por deter o monopólio do *jus puniendi*, obrigado a garantir o direito humano à vida segura no seu território, elaborar políticas públicas que garantam o direito à segurança, além de ser responsável por exigir do preso o trabalho para fins de ressarcimento da vítima (art. 29, § 1º da LEP), tem o dever de zelar pelo ressarcimento da vítima em relação aos danos causados por crimes praticados, sobretudo violentos. Trata-se de dever indisponível do Estado.

Não pode o Estado imiscuir-se na obrigação de garantir a segurança e omitir-se da responsabilidade em relação ao ressarcimento da vítima. Se admitirmos que o Estado não é capaz, melhor seria transferir a responsabilidade a empresas de segurança particular (concessão pública através de licitação), pois certamente não haveriam dúvidas quanto ao direito de a vítima ser indenizada pelo próprio responsável pela segurança³⁰, e o grau de exigência pela qualidade do serviço certamente seria mais apurado.

MOLDE QUE E INVIÁVEL O PLEITO ABSOLUTÓRIO, COMO TAMBEM O DESCLASSIFICATORIO PARA A CONDUITA DESCRITA NO ART. 129, CAPUT DO CODIGO PENAL, POIS PRESENTE A VIOLENCIA DOMÉSTICA, ELEMENTO DO TIPO DO SEU ART. 129, § 9. 2 - REPARAÇÃO DE DANOS. EFEITO DA CONDENAÇÃO. A REPARAÇÃO DE DANO A VÍTIMA E UM DOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO, SENDO INQUESTIONÁVEL O PREJUÍZO SOFRIDO POR ELA, MORMENTE MORAL, NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 91, I DO CODIGO PENAL, E 387, IV DO CODIGO DE PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIAS. 1ª CAMARA CRIMINAL. APELAÇÃO 36346-2/213. PROCESSO 200902085411/URUACU. Rel. Des. LEANDRO CRISPIM. ACORDAO 21/07/2009. DJ 397 DE 13/08/2009.

³⁰ Responsabilidade civil. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Assalto à mão armada iniciado dentro de estacionamento coberto de hipermercado. Tentativa de estupro. Morte da vítima ocorrida fora do estabelecimento, em ato contínuo. Relação de consumo. Fato do serviço. Força maior. Hipermercado e shopping center. Prestação de segurança aos bens

Enquanto o Estado for o responsável pela segurança pública, deve agir com eficiência na prestação desse serviço público e zelar para que os direitos da vítima (efetiva e em potencial) sejam respeitados.

O condenado, assim, está obrigado a trabalhar para indenizar a vítima dos danos sofridos. Conquanto seja disponível para a vítima (que poderá ou não promover a execução no juízo cível, além de promover a liquidação para apuração dos danos efetivamente sofridos, majorando o valor do ressarcimento), é **um dever do Estado exigir do preso o seu trabalho para o pagamento da indenização**. A indenização mínima tem um aspecto híbrido: é disponível para a vítima, que pode ou não exercer esse direito, mas é indisponível sob a ótica do Estado, que tem o dever de exigir do preso o trabalho e a obrigação de fazer o depósito do numerário destinado ao pagamento dos danos devidos à vítima. A obrigação principal e prioritária do pagamento do ressarcimento da vítima é do condenado, devendo o Estado responder subsidiariamente caso o condenado não cumpra o seu dever legal.

Tratando-se de dever indisponível do Estado, o Ministério Público tem legitimidade para solicitar a condenação dos danos

e à integridade física do consumidor. Atividade inerente ao negócio. Excludente afastada. Danos materiais. Julgamento além do pedido. Danos morais. Valor razoável. Fixação em salários-mínimos. Inadmissibilidade. Morte da genitora. Filhos. Termo final da pensão por danos materiais. Vinte e quatro anos. - A prestação de segurança aos bens e à integridade física do consumidor é inerente à atividade comercial desenvolvida pelo hipermercado e pelo shopping center, porquanto a principal diferença existente entre estes estabelecimentos e os centros comerciais tradicionais reside justamente na criação de um ambiente seguro para a realização de compras e afins, capaz de induzir e conduzir o consumidor a tais praças privilegiadas, de forma a incrementar o volume de vendas. - Por ser a prestação de segurança e o risco insitos à atividade dos hipermercados e shoppings centers, a responsabilidade civil desses por danos causados aos bens ou à integridade física do consumidor não admite a excludente de força maior derivada de assalto à mão armada ou qualquer outro meio irresistível de violência. - A condenação em danos materiais e morais deve estar adstrita aos limites do pedido, sendo vedada a fixação dos valores em salários-mínimos. - O termo final da pensão devida aos filhos por danos materiais advindos de morte do genitor deve ser a data em que aqueles venham a completar 24 anos. - Primeiro e segundo recursos especiais parcialmente providos e terceiro recurso especial não conhecido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp 419059/SP. Recurso Especial 2002/0021402-6. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI. Julgamento 19/10/2004. DJ 29/11/2004 p. 315. RSTJ v. 188, p. 339)

mínimos (morais³¹ e materiais) causados pelo autor de um crime quando oferece a denúncia criminal, devendo zelar para que a sentença criminal efetivamente atenda ao disposto no art. 387 do Código de Processo Penal e possa ser executada de forma que o condenado trabalhe para cumprir o seu dever legal de ressarcir a vítima dos danos causados. Caso a sentença não contemple o valor mínimo dos danos causados (materiais e morais), o Ministério Público tem legitimidade para recorrer, independente de ter solicitado a condenação dos danos mínimos na denúncia, pois a fixação deste valor mínimo é efeito secundário da sentença criminal e requisito desta a partir da vigência da Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, e, corretamente, já está sendo fixada pelos juízes³², inde-

³¹ Sugere-se que para fixar os danos morais causados pelos crimes praticados com violência, aplique-se o cálculo de meio salário mínimo por mês de condenação, considerando que a remuneração do trabalho do preso não será inferior a três quartos do salário-mínimo (art. 29 da LEP). Assim, meio salário-mínimo é valor razoável e suficiente para ser pago pelo condenado e atender a um ressarcimento mínimo da vítima.

³² APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2008.050.06896. APELANTE: ALEXANDRE FRANÇA DOS SANTOS. APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO CO-RÉU 1: ANTONIO CARLOS ATHAIDE CO-RÉ 2: CARLA OLIVEIRA DA SILVA ORIGEM: JUÍZO DA 4ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE DUQUE DE CAXIAS - TRIBUNAL DO JURI. RELATOR: DES. MARCUS QUARESMA FERRAZ. Tribunal do Júri. Artigo 121, § 2º, inciso IV e § 4º (vítima maior de 60 anos de idade), artigo 155, § 4º e artigo 211, na forma do artigo 69, todos do Código Penal. Pena: 25 (vinte e cinco) anos de reclusão, regime inicialmente fechado, e 60 (sessenta) dias-multa no valor unitário mínimo legal, e, com base no artigo 494, inciso I, alínea “d”, c/c artigo 387, inciso IV, ambos do Código de Processo Penal, o pagamento da quantia correspondente a 100 salários mínimos para reparação de danos causados pelas infrações. Apelo defensivo: a) anulação do julgamento, sob alegação de que o reconhecimento da qualificadora manifestamente contrariou a prova dos autos; b) atenuação das penas; c) redução do valor da indenização. Há prova de que o ataque homicida surpreendeu a vítima, a qual não teve possibilidade de reagir, pois não tinha motivo algum para suspeitar das intenções do apelante. Segundo lição de Mirabete, “A surpresa da vítima pode qualificar o delito quando efetivamente comprovado que o ato homicida é totalmente inesperado, impedindo ou dificultando a defesa, encontrando-se esta circunstância na cognição e vontade do agente”, destacando Cezar Roberto Bitencourt que “a surpresa constitui um ataque inesperado, imprevisto e imprevisível; além do procedimento inesperado, é necessário que a vítima não tenha razão para esperar a agressão ou suspeitar dela”. Assim, a soberana decisão dos juizes leigos não foi arbitrária, pois se baseou em uma das vertentes razoáveis e sérias do quadro probatório, e, portanto, deve ser respeitada. Referentemente à dosimetria da pena, a maioria entendeu que a exasperação das penas bases dos três crimes foi demasiada, considerando a fundamentação destacada na sentença, bem como a incidência da fração de 1/3 por força do § 4º, do artigo 121, do Código Penal, ficando vencido neste ponto o relator, que mantinha o *quantum* estabelecido na sentença. No tocante a fixação da indenização, de acordo com a nova redação

pendentemente da solicitação do *Parquet*, conquanto o pedido neste sentido contribuisse para a prestação jurisdicional mais completa³³.

O ofendido, em acréscimo, deve ser comunicado do resultado da sentença, além dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem, na forma do art. 201, § 2º do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.690 de 9 de junho de 2008. Nesse sentido, interessante mencionar acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, em Mandado de Segurança interposto pelo Ministério Público:

conferida ao artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, é grande a dificuldade de, no processo penal, ter a efetiva comprovação do valor dos danos sofridos pela vítima, ou pelos seus sucessores, principalmente quando esses sequer participaram do feito como assistentes, como no presente caso. O juiz, na verdade, não dispõe de elementos suficientes de convicção para aferir o valor da indenização, e, desse modo, é certo que deverá exercer esse novo atributo de forma muito cautelosa, a fim de que não sejam praticadas injustiças, suprimindo do réu seus direitos fundamentais de exercício da ampla defesa e contraditório. Em consequência, como bem determinou a nova disposição legal, o juiz deverá restringir-se a fixação de um valor mínimo de indenização, e, assim, percebe-se com nitidez o exagero do quantum fixado na sentença, que muito além das indenizações globais, integrais, fixadas nos juízos cíveis, que se utilizam de todas as garantias atinentes ao devido processo legal para a correta fixação dessas indenizações, atribuiu o valor elevadíssimo de 100 salários mínimos, forçando frisar que tanto o apelante como a vítima têm precária situação financeira. Apelo parcialmente provido, para adequar as penas e fixar o valor mínimo da indenização na quantia correspondente a quatro salários mínimos, mantidas as demais cláusulas da sentença. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. 8ª Câmara Criminal. Apelação 2008.050.06896. Rel. Des. Marcus Quaresma Ferraz. Julgamento 18/02/2009)

³³ APELAÇÃO. Crime de roubo majorado pelo concurso de pessoas. Sentença condenatória. Apelo defensivo buscando a absolvição por precariedade de prova. Impossibilidade. Prova oral contundente. Apelantes que, após ingressarem em veículo de transporte alternativo - van, e arrecadarem os pertences dos passageiros, tentam evadir-se após o motorista do veículo estacionar em frente a uma patrulha policial, vindo a serem presos por policiais e populares momentos depois. Reconhecimento formal por parte dos lesados em sede policial. Conjunto probatório firme e suficiente para a manutenção da censura penal estampada na sentença. Pedido de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. Pena base fixada no mínimo legal. Descabimento de aplicação da pena a quem do mínimo legal. Enunciado da Súmula 231 do E. STJ. Pleito de maior redução de pena pelo reconhecimento da tentativa. Pena bem dosada. Fixação de quantum indenizatório. Ausência de pedido do beneficiário e de prova que autorize a fixação do *quantum* indenizatório. Princípio da correlação. Violação do direito de defesa. Recursos a que se dá parcial provimento. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. 1ª Câmara Criminal. Apelação Criminal nº. 2009.050.02023. Rel. Des. Marco Aurélio Bellizze. DJ 27/05/2009)

“Mandado de Segurança. Impetração ministerial contra omissão do juízo que deixou de cumprir o disposto no artigo 201, § 2º, do CPP. Previsão legal para intimação da vítima acerca da sentença condenatória. Descumprimento que implica violação a direito líquido e certo, do titular da ação penal pública. Direito à observância, pelo juízo, do devido processo legal. Segurança concedida.

(...)

*“O § 2º do artigo 201 do CPP traduz, sob outro prisma, uma maior preocupação com a vítima, sujeito processual cujo tratamento vem melhorando desde o advento da Lei nº 9.099/95, que institui o Juizado Especial Criminal e lhe atribuiu maior participação e atenção. Exemplos disso são os institutos da composição civil (art. 74) e da suspensão condicional do processo (art. 89), em que a efetiva reparação do dano constitui condição **sine qua non** para a concessão do respectivo benefício. A Lei nº 9.099, aprimorando o olhar ao ofendido, condicionou benesses previstas para o autor da conduta delitiva à reparação do prejuízo suportado pela vítima. Justiça se faça, o Código Penal também condiciona o sursis especial (art. 78, § 2º) e o livramento condicional (art. 83, IV) à reparação do dano.*

E, em última análise, uma satisfação do Estado, detentor do poder-dever de garantir a segurança pública e a distribuição da justiça, àquele que, pelo menos em tese, à vista da prova produzida durante o processo penal, mais sofreu com a prática delitiva. É uma forma de manter o ofendido, sempre digno de respeito e consideração, informado sobre a solução destinada à causa da qual participou como fonte de prova. Antes de sujeito processual, a vítima figura, no entanto, como detentor de um direito penalmente relevante, tutelado pelo ordenamento legal e violado pela parte que ocupa o pólo passivo da ação penal. Pesa-lhe, muitas vezes, o trauma da violência desmedida. Crime grave ou não, seja condenatória ou absolutória a decisão, salutar a notícia do resultado do processo ao ofendido. Daí a imperatividade da

observância do dispositivo legal. 3. Por tais fundamentos, pelo meu voto, concedo a segurança para determinar o cumprimento, pelo juízo impetrado, do artigo 201, § 2º, do CPP.” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. 16ª Câmara de Direito Criminal. Mandado de Segurança 99009280260-7. Praia Grande - Impetrante Ministério Público. Rel. Des. Almeida Toledo. Julgamento 26/01/2010. Data do Registro 09/02/2010)

O livramento condicional somente deveria ser concedido ao preso após a reparação do dano causado pelo crime, conforme previsão do art. 83, inciso IV do Código Penal, cabendo ao Estado criar os meios necessários para que o condenado efetivamente trabalhe para o cumprimento desse dever legal. Se o Estado não possibilita que o preso trabalhe para cumprir a obrigação de ressarcir a vítima, cabe ao Estado, então, ressarcir-la.

A preocupação com a vítima é um dos marcos do direito penal contemporâneo. O art. 387, inciso IV do CPP, assim, está em plena vigência³⁴, e vem atender à necessidade de ressarcimento da vítima de um crime, notadamente das vítimas de crimes violentos (que tiveram o seu direito humano à vida segura violado) e estão, presumidamente, fragilizadas, justificando a intervenção do *Parquet*, que é responsável pela defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais, além dos individuais indisponíveis (art. 127 da CF).

³⁴ EMENTA - CRIME DE ROUBO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA BRANCA. Apelante que, travestido de mulher, aproxima-se da vítima e encosta uma navalha em seu pescoço, exigindo dinheiro e celular. Prisão em flagrante. Contexto probatório firme e seguro. Para o reconhecimento da causa de aumento relativa ao emprego de arma, basta que se verifique a real potencialidade lesiva do instrumento usado na ação, o que efetivamente ocorre na utilização da navalha como meio de grave ameaça no roubo. Precedentes. Fixação de condenação a título de reparação de dano que decorre da lei, em plena vigência e na qual não vislumbro qualquer inconstitucionalidade. Apelante beneficiado com a imposição do regime semiaberto para cumprimento da pena privativa da liberdade, quando o correto seria o fechado, indicado para crimes de roubo qualificado. Nada a fazer, à míngua de recurso ministerial. Sentença que não comporta qualquer reforma e fica mantida. Desprovenimento do recurso. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO.4ª Câmara Criminal. Apelação 0073411-59.2009.8.19.0001 (2009.050.05261) - APELACAO DES. NILZA BITAR - Julgamento: 15/09/2009 - QUARTA CAMARA CRIMINAL)

CONCLUSÃO

Os Direitos Humanos são direitos assegurados a TODAS as pessoas, sem distinção, nesses incluídos os direitos à vida e à segurança. É obrigação do Estado agir para assegurar que esses direitos sejam respeitados por todos em seu território. Trata-se de consenso internacional que a pessoa humana deve estar protegida contra a violência. A violência é algo abominável e os Estados devem enviar todos os seus esforços na proteção da integridade das pessoas, protegendo o seu direito de existir e de viver em segurança.


Todavia, o Brasil não está sendo capaz de conter a criminalidade, sobretudo a organizada. A notícia da prática de crimes violentos consta diariamente dos jornais e muitos autores de crimes violentos estão impunes e circulando pela cidade. A ausência do Estado exercendo efetivamente o direito de punir faz retornar o sentimento de busca pela vingança privada, sem as garantias de contraditório ou ampla defesa, o que acaba gerando mais violência.

Os direitos sociais e a proteção da infância são importantíssimos na prevenção do crime, mas precisam estar associados a uma política criminal efetiva. Num Estado Democrático de Direito, está-se diante de uma *política integral de proteção dos direitos*. Tal definição permite que se afirme que o dever de proteção estatal não somente vale no sentido clássico (proteção negativa) como limite do sistema punitivo, mas, também, no sentido de uma proteção positiva por parte do Estado. Os direitos humanos não são somente direitos contra o Estado, mas também direitos através do Estado, na medida em que o Estado tem a obrigação de proteger os indivíduos contra agressões provenientes de comportamentos delitivos.

O Brasil, todavia, já condenado no âmbito internacional pela proteção insuficiente ao direito à segurança, no famoso caso da Sra. Maria da Penha, no qual o agressor não recebeu uma resposta penal efetiva do Estado, está sendo bombardeado de ideias que promovem a impunidade dos criminosos, reproduzindo, em diversas outras situações, razões suficientes para que novo processo internacional seja instaurado contra o Estado Brasileiro. A resposta

penal efetiva do Estado se faz indispensável para contribuir para a redução da criminalidade, sendo também necessária a indenização da vítima.

No Direito Penal Contemporâneo, a preocupação com a vítima ganha especial relevância. Nesse sentido, a Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, dando nova redação ao art. 387, IV do Código de Processo Penal, determinou, como requisito da sentença criminal, a fixação, pelo Juiz, dos danos mínimos causados pelo delito, dando exequibilidade ao dever de indenizar previsto no art. 91, I do Código Penal e do dever de o condenado trabalhar para ressarcir a vítima (art. 29 § 1º, “a”, art. 31 e art. 39, V e VII da Lei de Execução Penal). O ofendido, em acréscimo, deve ser comunicado do resultado da sentença, além dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem, na forma do art. 201, § 2º do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.690 de 9 de junho de 2008.

O Ministério Público, por sua vez, na qualidade de representante da sociedade e responsável pela defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais, além dos individuais indisponíveis (art. 127 da CF), tem legitimidade para solicitar na denúncia os danos mínimos causados pelo autor do delito e de recorrer caso a sentença não atenda ao disposto no art. 387 do CPP. 

A Relevância da Função Jurisdicional e do Processo como seu Instrumento

Sérvio Túlio Santos Vieira

*Desembargador (aposentado) do TJ/RJ.
Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense.
Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA.*

1. INTRODUÇÃO

O presente texto apresenta uma análise sobre a evolução do acesso à jurisdição nas Constituições Federais, desde a instalação do Império até os dias coevos, enfatizando como o direito de ingressar em juízo e ver efetivada a decisão se convolou em garantia fundamental no contexto constitucional. Prossegue com breve estudo sobre o conceito, a natureza e a relevância da função jurisdicional, inclusive como instrumento de inclusão social. Salienta as características, princípios, espécies e eficácia da jurisdição. Ressalta a importância do processo como instrumento da jurisdição, além de focar sua utilidade no âmbito civil. Aborda o acesso à jurisdição administrativa, limitado pelos privilégios concedidos à Fazenda Pública pela legislação. Finaliza com exame dos limites da atividade jurisdicional no que diz respeito ao implemento de direitos fundamentais, na ocorrência de postergação do que foi delineado pela Carta Federal.

2. O ACESSO À JURISDIÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES FEDERAIS

O acesso à jurisdição ou à justiça, como prefere a maioria dos autores - o direito de ingressar em juízo para deflagração e

defesa de pretensões - está a merecer perpassar perante as Cartas Constitucionais que vigoraram no País desde a instalação do Império.

A Constituição Imperial de 1824 não explicitou o direito de acesso à jurisdição, como se vê da leitura do art. 179, que trata da inviolabilidade dos direitos civis e políticos. O acesso se dava de forma parcimoniosa. Ao cuidar do Poder Judicial, nos arts. 151 a 164, faz previsão do duplo grau, através de dois níveis de jurisdição, quais sejam, juízes e jurados na primeira instância (art. 151) e Tribunais de Relação em cada Província, no segundo grau de jurisdição, além do Supremo Tribunal de Justiça, na Capital do Império (art. 163), sem estabelecer pressuposto recursal para se chegar à mais alta Corte de Justiça. De certa forma garantiu-se a todos os súditos o direito de ingressar em juízo para discutir suas pretensões, porém com limitações e controle do Poder Judicial pelo Imperador.

Em matéria de Fazenda Pública, ou seja, no que se refere à jurisdição administrativa, é certo afirmar que ela não era exercida pelo Poder Judicial e sim, pelo Conselho de Estado, tendo em vista as atribuições que lhe foram conferidas pelo art. 142, da Carta Imperial.¹ O Ato Adicional de 06/08/1834 extinguiu o Conselho de Estado. Consta, no entanto, que ele teve suas atividades reativadas no reinado de D. Pedro II.²

Conclui-se que, no Império, havia acesso à jurisdição, pois todos os cidadãos tinham direito de ingressar em juízo e de recor-

¹ Edson Alvisi Neves, com referência ao tema, anota: “também é de se observar que o contencioso administrativo não estava sujeito ao julgo do Judicial, mas ao Conselho de Estado. Ainda, não competia ao Judicial, a análise de constitucionalidade, exclusivamente, função do Poder Moderador. Na realidade, o Poder Judiciário estruturado estava muito mais próximo da experiência colonial do que das aspirações externadas pela assembléia constituinte dissolvida, garantindo um rígido controle na estrutura judicial e na atuação jurisdicional” (**O Tribunal do Comércio**, Rio de Janeiro: Livraria Jurídica, 2008, p. 194).

² Flávia Lages de Castro registra que “o Poder Moderador permaneceu, prova máxima de que descentralizar não era de fato o objetivo e, apesar de o Ato Adicional ter extinguido o Conselho de Estado (e ter sido retomado assim que D. Pedro II subiu ao trono), o que este, provavelmente pretendia era, não uma federação, mas um governo central forte, tendo em vista a permanência do Poder Moderador, que se misturava com uma certa descentralização através de pequenas concessões do poder para as províncias” (**História do Direito Geral e Brasil**, 5ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 385).

rer até o último grau. Em matéria penal, os condenados desfrutavam, ainda, de mais uma garantia constitucional: pleitear perante o Imperador a revisão e a comutação das suas penas, em decorrência dos poderes do soberano, já que o Poder Moderador exercido pelo Imperador era “*a chave de toda organização política*” (art. 98, da Constituição Imperial).

A primeira Constituição Republicana, promulgada em 1891, igualmente, não encartou o acesso à jurisdição na Declaração de Direitos a que se refere o art. 72. Contudo, ao cuidar do Poder Judiciário, nos arts. 55 a 62, o direito de ingressar em juízo restou implicitamente aclamado. É o que se vislumbra da apresentação da sua estrutura, com destaque para o Supremo Tribunal Federal, com tripla competência: originária, recursal e revisional para reapreciação de processos criminais findos, que resultassem em condenação de réus (art. 59 c/c art. 81). Além disso, dispôs sobre a competência de juízes federais e estaduais para o processo e julgamento de demandas aforadas no primeiro grau de jurisdição, com recurso para os Tribunais Federais e Estaduais (arts. 61 e 62), restando o duplo grau facultado aos interessados.

A Constituição Federal de 1934, da mesma forma, não assegurou o ingresso em juízo para conhecimento e apreciação de lesão a direito individual. O art. 113, que versa inteiramente sobre direitos e garantias, também silencia acerca do acesso à jurisdição. Ao tratar do Poder Judiciário, todavia, procede, nos arts. 63 a 67, à apresentação sistematizada dos seus órgãos, facilitando o acesso à jurisdição, ao vedar, no art. 68, a apreciação de questões exclusivamente políticas, deixando entrever que estava à disposição dos jurisdicionados para o conhecimento de outras questões. Através da divisão do Poder Judiciário em Federal e Estadual, fez previsão da competência recursal dos órgãos de segundo e terceiro graus de jurisdição (arts. 76, 81, 83, 84, 104 e 105), afirmando, implicitamente, a facilitação da busca pela solução dos conflitos.

A Constituição Federal de 1937, na mesma diretriz da Carta Federal anterior, não se expressou pelo direito de ingressar em juízo. O art. 122, ao cuidar dos direitos e garantias individuais, igualmente, silencia a respeito. Apesar de ter sido imposta pelo

Governo Vargas, não houve supressão da garantia de invocar o Poder Judiciário para cognição e apreciação dos conflitos, como se infere da leitura do parcimonioso rol dos órgãos integrantes do Poder Judiciário, constante do art. 90, que não faz alusão à Justiça Federal ou à Justiça Eleitoral, em primeira e segunda instâncias. Tal como procedeu a Constituição de 1934, ao Poder Judiciário foi vedada a apreciação de questões exclusivamente políticas, de acordo com o art. 94, ficando subentendido que o ingresso em juízo estava assegurado para outras questões.

A Constituição Republicana de 1946 encartou o acesso à jurisdição como garantia de todos brasileiros e estrangeiros aqui residentes, prescrevendo, no art. 141 § 4º, que *“a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”*. O direito de invocar o Poder Judiciário para cognição e apreciação do conflito, além de ter sido explicitado, foi estendido à Justiça do Trabalho, até então não reverenciada pelas Cartas anteriores, como se deduz da leitura dos arts. 122 e 123.

A Constituição Federal de 1967, apesar de promulgada em pleno regime militar, manteve, no art. 150 § 4º, a garantia individual anunciada na Carta Republicana anterior, com a mesma redação, reestruturando os órgãos do Poder Judiciário e restabelecendo a Justiça Federal e a Justiça Eleitoral, facilitando, portanto, o acesso à jurisdição, através da oferta de diversos juízos com competência para processar e julgar, nas três instâncias, as causas comuns e especiais (arts. 107, 114, 117, 119, 122, 130, 134 e 136). A Emenda Constitucional nº 01, de 1969, conhecida como Constituição de 1969, seguiu o mesmo caminho, apresentando idêntica redação, que na renumeração do dispositivo anterior passou a ser o art. 153 § 4º.

Malgrado o acesso à jurisdição tenha sido assegurado na vigência da Constituição Federal de 1967, vale dizer, antes da edição da Emenda Constitucional nº 01, de 17/10/1969, houve sustação da garantia, uma vez que restou vedada a apreciação judicial dos atos administrativos expedidos pelo Presidente da República referentes à suspensão de direitos políticos de quaisquer cidadãos, por dez anos, cassação de mandatos eletivos federais, estaduais e mu-

nicipais, demissão, remoção, aposentadoria e disponibilidade de agentes públicos, servidores civis e militares, consoante dispunha o art. 11, do famigerado Ato Institucional nº 5, de 1968. O mesmo se vê da leitura de dispositivos dos Atos Institucionais nºs 7 (art. 9º), 11 (art. 7º), 12 (art. 5º), 13 (art. 2º), 14 (art. 3º), 15 (art. 4º), 16 (art. 8º) e 17 (art. 4º), todos expedidos em 1969, em razão do “regime de exceção”. Ditos Atos Institucionais foram expedidos antes da Emenda Constitucional nº 01, de 1969, também editada sob a égide do malsinado “estado de exceção”.

A Suprema Corte suportou os efeitos do Ato Institucional nº 5, de 1968. Logo após sua edição, três dos seus Ministros - somente pela independência das suas decisões, ou melhor, em razão do cumprimento de suas obrigações judicantes - foram afastados de suas funções, numa demonstração da maior violência que o Supremo Tribunal Federal já suportou.³ O jornal **O Globo** de Domingo, 14/12/08, p. 10, em seguidas reportagens sobre os 40 anos do AI-5, anotando frase do cientista político João Quartim de Moraes noticiou: “*O AI-5 foi uma carta branca para massacrar*”.

A Emenda Constitucional nº 01/69 legitimou e ratificou a prática daqueles atos arbitrários, como se infere da leitura dos arts. 181 e 182, que os aprovaram, subtraindo-os, mais uma vez, da apreciação pelo Poder Judiciário. Além disso, manteve a vigência do Ato Institucional nº 5, de 1968 e demais atos institucionais, respectivamente. O “estado de exceção” continuava.

O restabelecimento da garantia do acesso à jurisdição para aquelas matérias veio a ocorrer de forma implícita com a edição da Lei nº 6.683/79, que concedeu anistia política a todos que suportaram os efeitos dos malsinados atos institucionais. Mais adiante, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta da República, através dos arts. 8º e 9º, o primeiro regulamentado pela Lei nº 10.559/02, banuiu, de uma vez por todas, a limitação

³ Sobre o tema, registra Rodrigo Lins e Silva Cândido de Oliveira: “Os 40 anos do AI-5 trazem a memória de uma violência sem precedentes praticada pela ditadura militar contra a mais alta corte de Justiça do país: com base nele a ditadura militar impôs arbitrariamente a expulsão dos ministros Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva de suas cadeiras no Supremo” (*Tribuna do Advogado*, Tribuna Livre, outubro de 2008, p. 21).

do ingresso em juízo, prática ordinária do regime autoritário, que abalroa e colide com o Estado Democrático de Direito, agora garantido pelo art. 1º, da Lei Maior.

A Carta Federal promulgada a 5 de outubro de 1988, consagrada como Constituição cidadã, convolou o acesso à jurisdição em garantia fundamental, ampliando o conteúdo do tradicional preceptivo constitucional, insculpindo no art. 5º, XXXV: *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*. A ampliação da garantia fundamental se deve à inclusão da possibilidade de se ingressar em juízo para impedir a ameaça de violação de direito. Ademais, o acesso à jurisdição restou facilitado por meio de diversos órgãos que integram o Poder Judiciário, de acordo com o que se infere do rol do art. 92, da Lei Fundamental.

3. A RELEVÂNCIA DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

3.1 - Conceito e Natureza Jurídica da Jurisdição

3.1.1 - Conceito de Jurisdição

Apesar de renomados estudos no sentido de que a era da modernidade é anterior à Revolução Francesa, esse relevante fato social pode ser considerado o seu marco. Com a Revolução ocorreram adentradas mudanças na estrutura econômica, política e social na França, que se disseminaram pelo resto do mundo, aí se incluindo o Brasil.

A teoria da separação dos poderes, que tem origem na doutrina de Montesquieu, restou acolhida pela Revolução Francesa em 1789. A estruturação do Estado, dessarte, é um corolário da modernidade. E a separação dos poderes dá origem ao Estado Democrático de Direito, que é o Estado da modernidade. Este, por sua vez, sem abrir mão da sua soberania, desempenha atividades, máxime voltadas para o bem-estar dos indivíduos participativos. Ditas atividades são exercidas pelos três Poderes da República (Legislativo, Executivo e Judiciário), sendo divididas em legislativas, administrativas e jurisdicional (arts. 1º, 2º e 3º, da Carta da República).

A jurisdição é atividade estatal, uma vez que se cogita da primordial função de um dos Poderes da República, na conjugação

dos arts. 2º e 3º, da Carta Federal com o art. 1º, do Código de Processo Civil. Embora não se perceba, a atividade do Poder Judiciário é desempenhada na mesma direção da atividade desenvolvida pelo Poder Executivo. A diferença reside apenas na natureza da função que ditos Poderes exercem. Ao Executivo cumpre administrar; ao Judiciário compete julgar, muitas vezes contra a própria Administração Pública, através da jurisdição administrativa.

Ao prestar o serviço público, ambos os Poderes objetivam alcançar as recomendações do art. 3º, da Lei Maior, quais sejam: a) construir uma sociedade livre, justa e solidária; b) garantir o desenvolvimento nacional; c) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; d) promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Esse último objetivo, qual seja, promover o bem de todos, muito se ajusta à atividade jurisdicional, eis que se trata de função exercida por um dos Poderes da República, para solucionar conflitos de interesses.⁴

A jurisdição é resultado da manifestação da soberania do Estado. Como dever do Estado a jurisdição decorre da obrigação de responder às pretensões que lhe são dirigidas, acolhendo ou rejeitando os pedidos de natureza contenciosa ou voluntária. Além disso, consoante o conceito apresentado, a jurisdição serve de instrumento de solução dos conflitos intersubjetivos, controle das condutas antissociais e controle difuso da constitucionalidade normativa. Os atos estatais que não tiverem por fim alcançar esses objetivos, isto é, não se enquadrarem nessas atividades, não podem ser considerados jurisdicionais. Consequentemente estão fora do poder-dever da jurisdição.

⁴ Como diz Pierre Bordieu, no Título “Divisão do Trabalho Jurídico”, referindo-se ao trabalho desenvolvido no Poder Judiciário: “o campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer a boa distribuição (*nomus*) da ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de *interpretar* (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social” (O Poder Simbólico, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007, p. 212).

3.1.2 - Natureza Jurídica da Jurisdição

Diversas teorias tentam justificar a natureza jurídica da jurisdição. Podem ser destacadas as seguintes teorias: organicista, subjetiva, objetiva e da substituição.

A teoria organicista considera que a natureza dos atos do Estado depende dos órgãos dos quais advêm. São jurisdicionais os atos dos órgãos integrantes do Poder Judiciário. Afirma o Professor Juan F. Monroy Gálvez, da Universidade de Lima, que a teoria organicista “*nõo resiste a mais elementar análise*”, uma vez que os órgãos do Poder Judicial também editam atos administrativos (**Teoría General del Proceso**, Lima: Palestra Editores, 2007, p. 391). De outra parte, atos jurisdicionais podem ser expedidos por órgãos que não pertencem ao Poder Judiciário. É o que ocorre em países como o Peru com o Tribunal Fiscal, que tem jurisdição, e aqui no Brasil com o Senado Federal, com jurisdição para processar e julgar agentes públicos e agentes políticos, nos crimes de responsabilidade (art. 52, I e II, da Constituição Federativa). A teoria organicista tem valor histórico, pois carece de precursores.

A teoria subjetiva considera a jurisdição como atividade que tem como objeto tutelar os direitos subjetivos dos particulares, mediante a aplicação da norma geral no caso concreto. A crítica é dirigida ao fato de que pode haver atividade jurisdicional sem que haja direito subjetivo violado, como no caso em que se resolve uma “*incerteza jurídica*” ou aqui, no direito brasileiro, quando se decide uma ação declaratória (art. 4º, I e II, da Lei Processual Civil).

A teoria objetiva, em contraposição à teoria subjetiva, parte do princípio de que a jurisdição tem por fim a atuação do direito objetivo no caso concreto, assegurando sua vigência. A crítica é direcionada à incapacidade de se distinguir entre o ato jurisdicional e o ato administrativo, já que este também faz atuar o direito objetivo em casos concretos. A teoria objetiva é defendida por F. Carnelutti e P. Calamandrei. O primeiro leva em conta a característica da jurisdição com função de uma justa composição da lide; o segundo, considera a jurisdição como função garantidora do cumprimento das normas jurídicas vigentes em um Estado.

A teoria da substituição, que tem G. Chiovenda como precursor, considera a jurisdição como a função do Estado que tem por fim a atuação da vontade concreta da lei, mediante substituição da atividade dos particulares ou de outros órgãos públicos, pela atividade dos órgãos jurisdicionais. A teoria em análise não despertou muitas críticas, tendo em vista que parte do pressuposto de que a jurisdição é atividade de solução de conflito submetido a um órgão jurisdicional, que através da decisão vai substituir a vontade do vencido pela vontade estatal. Mereceu, apenas, a objeção de Galeno Lacerda, citado por Ovídio Baptista. Segundo ele, a teoria da substituição não é satisfatória, porque há conflitos envolvendo valores indisponíveis, cuja solução a atividade direta das partes não poderia alcançar, como, por exemplo, a nulidade do casamento. Portanto, não seria o caso de substituir a atividade das partes (SILVA, Ovídio A. Baptista da; MACHADO, L. Melíbio Uiraçaba; GESSINGER, Ruy Armando; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**, Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1983, p. 38). A teoria em questão bem caracteriza a função jurisdicional, que divide sua atividade em dois momentos processuais: cognição e execução.

A jurisdição é poder, dever, função e atividade.

Considera-se poder, uma vez que a atuação jurisdicional é conferida constitucionalmente ao Poder Judiciário. É dever porque, após entrar em funcionamento por provocação da parte ou do interessado (arts. 2º e 262, do Cód. Proc. Civil), vincula o Estado a resolver o conflito, prestando a tutela jurisdicional, não podendo o juiz se eximir de julgar, mesmo no caso de lacuna da lei (art. 126, do Cód. Proc. Civil; art. 4º, do Decreto-lei nº 4.657/42). Emoldura-se como função, por estar incumbida, através do processo, de resolver os conflitos de interesses, sejam individuais, sejam coletivos. É atividade, haja vista que o processo, sendo composto de várias formalidades envolvendo o juiz, partes e auxiliares da justiça, além de outros protagonistas, é desenvolvido para se chegar ao desiderato aguardado, qual seja, a entrega da prestação jurisdicional, com a sua efetivação.

Com esses quatro atributos é certo afirmar que a jurisdição é o poder-dever-função-atividade estatal encarregado de prestar a tutela jurisdicional em caso concreto.

A jurisdição é o poder-dever e atividade do Estado, que por meio do *ius imperii* e do processo, decide conflitos de interesse, impondo seu resultado aos litigantes, na função de dizer e realizar o direito. A função jurisdicional é o poder-dever do Estado voltado para solucionar conflitos de interesses intersubjetivos, controlar as condutas antissociais e a constitucionalidade normativa, através de órgãos especializados que aplicam o direito adequado ao caso concreto, utilizando seu poder de império para que suas decisões sejam cumpridas, promovendo uma sociedade dotada de paz social e justiça.

A jurisdição - como o próprio nome está a indicar, o poder-dever de dizer o direito - é a função estatal que, através do processo, encarrega-se de solucionar conflitos de interesse, substituindo a vontade das partes pela sua, culminando por mandar efetivar o que restou decidido. Em outras palavras, é a função estatal de um dos Poderes da República que faz incidir a norma jurídica *in abstracto* à situação fática que lhe é apresentada *in concreto*, solucionando o conflito que deu origem ao litígio.

Como poder-dever do Estado tem-se que o seu exercício expressa de maneira contundente sua autoridade sobre os cidadãos. A função jurisdicional reafirma o Estado como a organização política mais importante de uma sociedade. O Estado propõe o direito que deve ser cumprido (função primária). Através da jurisdição impõe o cumprimento desse direito (função secundária). Seus fins, como ressaltado anteriormente, são: solucionar conflitos de interesse, controlar as condutas antissociais e a constitucionalidade normativa. Como efeito, a atividade jurisdicional produz coisa julgada, característica ínsita desta espécie de função pública.

A jurisdição civil é exercida pelos juízes (art. 1º, da Lei Processual). A palavra “juízes” não se limita à atuação dos magistrados no primeiro grau de jurisdição. Quer se referir aos órgãos do Poder Judiciário de qualquer instância incumbidos de prestar a tutela jurisdicional no âmbito da competência cível.

A par da sua principal atividade, qual seja, solucionar conflitos de interesse, a jurisdição pode servir de instrumento de solução de pendências sem conflito, traduzindo-se em administração

pública de interesses privados, concedendo ou denegando autorização para prática de atos ou negócios jurídicos que imprescindem da chancela estatal. Trata-se da jurisdição voluntária ou graciosa.

3. 2 - A Relevância da Função Jurisdicional

Afora a exceção mencionada, o Poder Judiciário tem o monopólio da jurisdição. Consequentemente, somente os órgãos estatais jurisdicionais podem processar e julgar conflitos de interesse. Como foi visto, a jurisdição civil contenciosa ou voluntária compete aos juízes, de acordo com o art. 1º, do Cód. Proc. Civil. Pode ser até que outros órgãos estatais não jurisdicionais processem e julguem conflitos de interesse de natureza particular ou específica. Suas decisões, porém, carecem de coercitividade e definitividade, características da jurisdição.

O acesso à jurisdição se traduz em garantia constitucional versada na Carta Federal, acrescida de normas da Lei Processual, por ela recepcionadas. A relevância desse direito fundamental evidencia-se quando se constata que a jurisdição assegura que a ordem jurídica e as instituições devem ser vistas não mais a partir da perspectiva do Estado e sim, dos jurisdicionados. Acrescente-se que a jurisdição está inserida no quadro participativo dos indivíduos, uma vez que dita inserção faz com que eles sejam integrados numa ordem jurídica, no plano processual, isto é, no quadro da democracia participativa, eis que apresentam suas pretensões, se opõem através dos seus arrazoados e debates discursivos, que culminam com a prolação da decisão.

Ademais, o acesso à jurisdição abrange a assistência jurídica integral e gratuita aos indivíduos menos favorecidos economicamente, devendo ser prestada de preferência por órgão do Estado (arts. 5º, LXXIV e 134, da Constituição Federal). Essa atividade inclui a prestação de assistência jurídica em juízo e fora dele (judiciária e extrajudiciária). Pode ser dito que ela se convolou em relevante função estatal quando passou a assegurar o ingresso dos jurisdicionados nos Juizados Especiais, instituídos para atender à grande massa da população, até então carente de órgãos jurisdicionais com redução das formalidades procedimentais, de modo

a agilizar a tutela jurisdicional (art. 98, I, da Carta da República; arts. 1º e segs. da Lei nº 9.099/95; arts. 1º e segs. da Lei nº 10.259/01).

A jurisdição prima pelo critério da universalidade, vale dizer, todos os indivíduos participativos e pretensões devem ser admitidos, afastando-se os óbices econômicos e os obstáculos que impeçam a apreciação do mérito. A atividade jurisdicional é tão relevante que foi desenvolvido estudo no sentido de que nem mesmo a ausência de condições da ação e a falta de pressupostos processuais devem afastar o direito à obtenção de um pronunciamento de mérito, por se tratarem de obstáculos irrazoáveis.⁵

Malgrado se trate de respeitável entendimento, a ausência de pressuposto para a formação válida e regular do processo ou de uma das condições da ação impede a apreciação do *meritum causae*. No primeiro caso o processo - instrumento da jurisdição - não pode ter início e a atividade estatal está impedida de começar a funcionar. No segundo, regendo-se a lide por condições para a jurisdição apreciar o pedido formulado pelo demandante, nenhuma delas pode estar ausente. Nessas hipóteses, a norma processual encartada no diploma legal que rege a matéria prevalece sobre o interesse da parte, que está vinculada, por profissional habilitado, a observar os requisitos necessários para que o seu pedido seja apreciado. O processo se rege também pelo princípio da legalidade. Impõe-se, em casos tais, a extinção do feito sem resolução do mérito, não havendo como apreciá-lo (art. 267, IV e VI, da Lei Processual Civil).

Por obstáculos irrazoáveis, deve se entender os que, *exempli gratia*, impinge à parte - não amparada pela gratuidade de justiça - o ônus de recolher ou adiantar o recolhimento de custas, emolumentos ou honorários excessivos de auxiliar da justiça ou

⁵ Leonardo Greco anota que: “o acesso à justiça, como direito fundamental, corresponde ao direito que cada cidadão tem individualmente ao exercício da função jurisdicional sobre determinada pretensão de direito material, sobre o mérito do seu pedido. Esse direito não pode ser frustrado por obstáculos irrazoáveis, a pretexto de falta das condições da ação ou de pressupostos processuais...” (Estudos de Direito Processual, Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 230).

de produzir prova que está fora do seu alcance. *In casu*, sim, a atividade jurisdicional estaria ameaçada de se desenvolver para atingir a decisão final, por obstáculos que não se coadunam com o princípio da razoabilidade, impedindo o acesso ao resultado do processo.

O funcionamento da jurisdição, depois de iniciado com a deflagração da demanda, não impede que, a qualquer tempo, os litigantes possam transigir ou optar pela arbitragem, uma vez que a autocomposição também norteia o processo civil que, nesses casos, fica situado em plano secundário, exatamente para atender ao interesse das partes em conflito de solucionar a lide extrajudicialmente, consoante previsto nos arts. 840 e segs. do Cód. Civil, 1º e segs. da Lei nº 9.307/96, 1º e segs. da Lei nº 9.469/97.

A atividade jurisdicional não pode se prostrar no tempo, deixando as partes na expectativa prolongada de obter o resultado do processo, nem cansá-las ao extremo de fazer com que elas se desinteressem pela solução da lide. A solução da demanda deve ser dada tão logo o processo esteja em condições de ser julgado. A entrega da prestação jurisdicional tardia erige o processo em injusto, podendo prejudicar direito de uma das partes. Por isso que a relevância da jurisdição fez com que se editasse a Emenda Constitucional nº 45/04, que introduziu no art. 5º, da Lei Fundamental, o inciso LXXVIII, garantindo aos jurisdicionados a razoável duração do processo.

3. 3 - A JURISDIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE INCLUSÃO SOCIAL

O acesso à jurisdição pode também ser visto como uma forma de se proceder à inclusão social dos indivíduos menos favorecidos.

Os arts. 1º, par. único, 2º e 3º, da Lei Fundamental deixam entrever que o Judiciário é um dos Poderes da República, emanados do povo, e que os objetivos da Federação se traduzem na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza, da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais e promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor,

idade e quaisquer outras formas de discriminação. Sendo assim, está vinculado, através da jurisdição, a promover também a justiça social, na recomendação do art. 1º, do Cód. Proc. Civil.

Ao Executivo compete, através da Administração Pública, dar execução às atividades que venham a atender aos objetivos fundamentais do art. 3º, da Constituição Federal. O Executivo, como o próprio nome está a indicar - Poder mais próximo do Governo para dar cumprimento às políticas públicas - se investe na condição de gestor dos interesses dos indivíduos participativos. O Estado passa de soberano a prestador de solidariedade social, ou seja, prestador do serviço público no interesse dos administrados, razão da sua própria existência. Se ele não o faz, resta ao Judiciário, através da jurisdição, ainda que em caso concreto, determinar o cumprimento dos objetivos fundamentais inscritos no sobredito art. 3º, da Carta da República.

Por inclusão social deve ser entendido o procedimento necessário à eliminação ou à redução, ao mínimo, do número de grupos sociais ou indivíduos não alcançados pelos benefícios do sistema político-econômico. No caso brasileiro, a exclusão social perdura, após vinte anos de vigência da Carta Magna, em virtude das omissões administrativas e da insensibilidade do Executivo, sob o falso argumento de que a implementação de políticas públicas, voltadas para os princípios fundamentais, depende de leis complementares e de recursos, uma vez que os obtidos pelo sistema tributário são insuficientes. A alegação não procede.

A norma que versa sobre princípio fundamental de uma Constituição é **self executing**, dispensando a edição de lei complementar. Além disso, o sistema tributário nacional, apenas com relação aos impostos sobre o patrimônio e a renda, permite que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios arrecadem não menos de seis impostos, como se infere da leitura dos arts. 153, III e VI, 155, I e III e 156, I e II, da Lei Maior. Cada ente público pode cobrar dois tributos sobre o patrimônio para promover a inclusão dos que estão à margem dos benefícios básicos ou bens primários. Todos três entes públicos estão encarregados de dar cumprimento aos objetivos fundamentais. Se não o fazem, transfere-se a in-

cumbência para o Judiciário, via ação civil pública - a cargo do Ministério Público, da Defensoria Pública ou das demais pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, na defesa dos interesses difusos e coletivos, e na previsão dos arts. 1º, IV, e 5º, da Lei nº 7.347/85 - a tarefa constitucional de dar cumprimento aos objetivos fundamentais da República.⁶ O Executivo, através da sua administração, deve ter por finalidade atingir o bem comum da coletividade.⁷ Segundo conhecido ensinamento de Léon Duguit a atribuição primordial da Administração Pública é oferecer utilidades aos administrados e prestar serviços à coletividade (**Manuel de Droit Constitutionnel**, Paris, 1923, p.71).

Em síntese, a jurisdição como instrumento de inclusão social deve levar em conta: a) a redefinição do papel da jurisdição dentro do quadro político, pois o Poder Judiciário deve garantir a igualdade; b) a quebra da resistência de que ela não se presta a dar execução a políticas públicas, sob alegação de que se emolduram no poder discricionário da Administração Pública; c) a necessidade de se efetivar programas sociais; d) que o processo objetiva eliminar a manutenção de pessoas e grupos sociais à margem dos

⁶ Jônatas Luiz Moreira de Paula anota que “à jurisdição compete, mediante processo, conferir eficácia forçada às relações jurídicas espontaneamente ineficazes, impondo uma sanção jurídica em razão do dever jurídico descumprido, como forma de atendimento ao direito que foi lesado ou ameaçado. No caso em tela, a justiça social ocorrerá com a realização do artigo 3º, da CF. Noutras palavras, a justiça social ocorrerá com a inclusão social dos grupos mais necessitados”. Além disso, prossegue o Professor da Universidade Paranaense, “há um novo tempo e uma nova mentalidade sócio-jurídica. Ao juiz, prolator da jurisdição, não se admite um comportamento inerte, de mero aplicador da lei. As teorias tradicionais do direito já exigiam uma completa adesão à realidade social; o mesmo se diz com as doutrinas crítica e alternativa. Portanto, a dimensão axio-política em nenhum momento se conformará com um Judiciário presidente do processo, mas agente das transformações sociais, em benefício da própria sociedade. Nessa linha, o processo mostra-se como paradigma da democracia, porque alia-se à jurisdição, como instrumento de efetivação de direitos subjetivos contemplados, mas ineficazes. O artigo 3º, da CF, arrola os objetivos a serem alcançados pelo Estado Brasileiro - e aí inclui-se a jurisdição - como elemento teleológico do processo” (**A Jurisdição como Elemento de Inclusão Social**, São Paulo: Manole, 2002, p. 49).

⁷ Hely Lopes de Meireles registra: “os fins da administração pública resumem-se num único objetivo: o bem comum da coletividade administrada. Toda atividade do administrador público deve ser orientada para esse objetivo” (**Direito Administrativo Brasileiro**, 28ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 85).

benefícios do sistema político-econômico ou reduzir, ao máximo, o número de pessoas marginalizadas, aproximando-se do bem-estar social; e) que é falsa a ideia de que a inclusão social dos necessitados não pode ser executada, por imprescindir de regulamentação da sua efetivação; f) que as normas que enfatizam o bem comum e o fim social são constitucionais de interesse público, estando a vigorar; g) que, para realizar os fins determinados no art. 3º, da Constituição Federal, urge sobrepor-se ao postulado dogmático da independência dos poderes.

Assim, se o Executivo não dá cumprimento aos mandamentos constitucionais cabe ao Judiciário, em caso concreto, efetivá-los através do processo, como última providência, em substituição às atribuições da Administração Pública, comprovadas as omissões. A atuação da jurisdição, *in casu*, não tem por escopo mostrar que o Judiciário é um Poder superior e sim, atender às pretensões dos desfavorecidos atingidos, promovendo a justiça social, na obstinada vontade de reduzir as desigualdades.

3. 4 - Características, Atributos e Princípios da Função Jurisdicional

3.4.1 - Características e Atributos da Função Jurisdicional

A jurisdição apresenta as seguintes características: inércia, litigiosidade, criatividade, substituição, coercitividade, autonomia, definitividade das suas decisões e executoriedade.

A característica da inércia indica que a jurisdição só funciona quando um dos seus órgãos julgadores é provocado, ou seja, é instado a dar início ao processo, tendo em vista o que dispõem os arts. 2º e 262, do Cód. Proc. Civil. O funcionamento *ex officio* da jurisdição, mesmo para atender ao interesse de órgão integrante do Poder Público ou de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público - como ocorre com o inventário, que pode ser iniciado sem a provocação dos sucessores do autor da herança, no interesse da Fazenda Estadual em recolher o imposto de transmissão *causa mortis* (art. 989, da Lei Processual Civil) - deixa entrever a quebra da imparcialidade, que deve estar sempre presente na atividade jurisdicional, em reverência ao princípio do juiz natural, adiante examinado.

A litigiosidade bem caracteriza a atividade jurisdicional. Esta característica está vinculada à controvérsia, que nasce com a deflagração da demanda. O conflito é externado pelo demandante ao aforar a pretensão. Judicialmente apresentada o litígio é erigido em lide. Forma-se a relação processual. O demandado, em regra, resiste. O processo caminha até a entrega da prestação jurisdicional, passando antes pela sua apresentação. Quando o réu não resiste, aceitando o conflito expressa ou tacitamente, ou seja, reconhecendo a procedência do pedido ou deixando fluir *in albis* o prazo para contestar, a autêntica atividade jurisdicional é frustrada. A doutrina afirma que nesse caso não há jurisdição, já que esta pressupõe um conflito com resistência.

A criatividade é a característica da atividade jurisdicional que consiste na sua atribuição para fazer incidir uma norma específica, dentre as genéricas que compõem o direito objetivo. Trata-se de relevante característica da jurisdição, que não está presente em qualquer outra função ou atividade estatal. A jurisdição é o instrumento de aplicação do direito ao caso concreto. Através da atividade jurisdicional, faz-se incidir ou cria-se a norma jurídica que deve incidir para solucionar a lide. O órgão jurisdicional monocrático ou colegiado interpreta, faz incidir ou constrói a norma jurídica ideal para solucionar o conflito. Só a função jurisdicional tem o poder de dizer e construir o direito.

A substituição consiste na característica que atribui à jurisdição o poder de se encarregar de solucionar conflitos de interesses através do processo, substituindo a vontade das partes pela sua, culminando por mandar efetivar o que restou decidido.

A coercitividade da função jurisdicional é a característica consagradora da exteriorização do poder de império do Estado, ou seja, demonstra e impõe aos jurisdicionados que o resultado da atividade que desenvolve deve ser aceito por todos, pois é dotada do *jus imperii*. A característica da coercitividade quer significar que a jurisdição é atividade dotada de imperatividade. Se assim não fosse, os jurisdicionados não se curvariam ao comando das determinações e mandamentos por ela emitidos.

A característica da autonomia aclama a total independência da jurisdição, que inadmite controle por qualquer outro Poder ou órgão diverso da função jurisdicional, ainda que de maior envergadura. A decisão proferida pelo juiz só pode ser modificada pela Turma Recursal, Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, se houver recurso. As decisões prolatadas pelos órgãos colegiados, por sua vez, só podem ser modificadas pelo Superior Tribunal de Justiça ou pela Corte Suprema, em se admitindo recurso especial ou recurso extraordinário, respectivamente.

Esta característica também pode ser chamada de incontrolabilidade da atividade jurisdicional. O controle do Poder Judiciário exercido pelo Conselho Nacional de Justiça não diz respeito à atividade jurisdicional e sim, às suas funções administrativas e financeiras e ao cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados, como se infere da leitura dos arts. 92, I-A e 103-B § 4º, da Carta Federal. Portanto, pode ser afirmado que a atividade jurisdicional não está submetida ao controle por qualquer outro órgão, desfrutando de total autonomia. E para não parecer que o Judiciário quer se sobrepôr aos demais Poderes constituídos, melhor não falar em incontrolabilidade e sim, em autonomia.

A jurisdição é caracterizada pela “firmeza” das suas decisões, isto é, definitividade dos seus julgados, face à atividade que desenvolve na prestação dessa espécie de serviço público. Do contrário, a jurisdição seria tida como mera atividade administrativa, destituída de respeitabilidade e utilidade. A solução dada ao conflito, quando definitiva, vale dizer, com trânsito em julgado da decisão, convola-se em *res judicata*.

A executoriedade é a característica consagradora do poder da jurisdição de mandar cumprir suas decisões, tão logo ocorra a “definitividade”, isto é, o seu trânsito em julgado, sem necessidade de delegação da atividade executória a órgãos estranhos ao Judiciário ou do auxílio de qualquer outro para fazer valer suas resoluções judiciais.

Com relação aos atributos da jurisdição, pode ser destacado que, apesar de se tratar de atividade que se desenvolve por órgãos do Estado, não está impedida de dar cumprimento às decisões pro-

feridas contra o próprio Estado, isto é, em desfavor da Administração Pública e dos órgãos que a integram. As pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público integrantes da Administração Pública também estão submetidas à execução ou ao cumprimento das decisões dotadas de “definitividade”.

Ao tratar do tema “Jurisdição e Administração” Juan F. Monroy Gálvez, com amparo em estudo de Fernando de La Rúa, que, por sua vez, se lastreia na teoria da separação dos poderes, registra o seguinte entendimento: “*quem faz as leis não as aplica nem executa; quem as executa nem as faz nem julga; e o que julga não as executa nem as faz*” (**Teoría General del Proceso**, p. 415). De acordo com esse entendimento, a jurisdição não poderia dar execução ao comando legal porque julgou. Não é bem assim.

A Administração Pública desenvolve uma atividade primária, ao passo que a jurisdição exerce atividade secundária. Isto porque a Administração Pública expede atos administrativos e regulamenta atividades das relações jurídicas que mantém com os administrados. A jurisdição só funciona quando provocada (arts. 2º e 262, do Cód. Proc. Civil). Ademais, ela não cuida das atividades do dia a dia dos jurisdicionados. Atua somente quando há litígio (jurisdição contenciosa) ou, quando exigido por lei, eles necessitam de uma decisão que lhes permita praticar ato ou celebrar negócio jurídico (jurisdição voluntária).

Dispondo do monopólio do poder-dever de dizer o direito, com a exceção da situação político-jurídica apresentada no precitado art. 52, I e II, da Carta da República, não há razão para subtrair da jurisdição a execução dos julgados proferidos em desfavor da Administração Pública ou das suas pessoas jurídicas prestadoras de serviço público. Muito ao revés, tendo tomado cognição da lide desde o início e tendo procedido à densidade do ato administrativo que deu origem ao litígio, nada mais condizente do que dar continuidade ao processo. Até porque, na verdade, não se cogita de execução e sim, de cumprimento de sentença, uma *longa manus* da fase cognitiva.

3.4.2 - PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

A função jurisdicional é exercida e se desenvolve com estrita observância dos princípios da investidura regular, territorialidade, indelegabilidade, inevitabilidade, inafastabilidade e do juiz natural.

O princípio da investidura regular consagra que só pode exercer atividade jurisdicional, em nome do Estado, a pessoa física que - em consonância com a Lei Maior - ingressou como membro do Poder Judiciário, através de concurso público no primeiro grau, ou por nomeação para compor o quinto constitucional reservado aos membros do Ministério Público e a Advogados, no segundo grau de jurisdição (arts. 93, I e 94, da Carta da República).

O princípio da territorialidade traduz a ideia de que havendo necessidade de se fracionar a jurisdição em comum e especializada - haja vista tratar-se o Brasil de um país continental, composto de entes federados diversos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) - a atividade jurisdicional deve ser exercida por tribunais e juízes que detiverem competência territorial através de determinado órgão integrante do Poder Judiciário. Cada tribunal ou juiz tem jurisdição nos limites do seu território. Não pode o juiz de uma jurisdição territorial invadir a jurisdição territorial de outro (arts. 92 § 2º, 107 §§ 2º e 3º e 125 § 7º, da Constituição Federal; arts. 94 e segs., 200, 201, 222 e 747, do Cód. Proc. Civil).

O princípio da indelegabilidade consagra a impossibilidade de se delegar a jurisdição, já que se trata de fixação de atribuições cometidas ao Poder Judiciário pela Constituição Federativa, salvo quando prevista no próprio texto constitucional, como é o caso da execução de sentença nas causas de competência originária do Supremo Tribunal Federal, em que a prática de atos processuais pode ser atribuída a outros órgãos jurisdicionais.

O princípio da inevitabilidade consiste no dever do jurisdicionado de aceitar o resultado do processo que serviu de instrumento para a jurisdição funcionar, independentemente da sua vontade. A atividade jurisdicional é função estatal soberana e portanto coercitiva, não sendo possível a quem quer que seja - até mesmo a Administração Pública - recusar o resultado do que foi decidido

na jurisdição. Tem-se assim que a decisão da jurisdição deve ser aceita e reverenciada.

O princípio da inafastabilidade garante a todos os indivíduos participativos o direito de ingressar em juízo, de se defender e de assumir a qualidade de parte ou de interessado. Dito princípio é a exteriorização do direito fundamental de acesso à jurisdição a que se refere o art. 5º, XXXV, da Carta Política, quando registra que qualquer lesão ou ameaça a direito não pode ser afastada de apreciação pela atividade jurisdicional.

O princípio do juiz natural aclama que no exercício da atividade jurisdicional não existem órgãos estranhos ao Poder Judiciário. A função jurisdicional só pode ser desempenhada pelos órgãos do Poder Judiciário identificados na Carta da República (art. 92). Qualquer outro órgão estranho não exerce jurisdição, nem pode haver tribunal ou juiz de exceção para o julgamento de determinados indivíduos participativos ou de delitos de certa natureza (art. 5º, XXXVII, da Constituição Federal). O juiz natural é o órgão jurisdicional previsto na Lei Fundamental para processar e julgar determinada lide.

Os princípios que regem a jurisdição estão voltados para o seu acesso pelos indivíduos participativos, a rápida solução do litígio e a efetivação da decisão judicial, para assegurar o direito fundamental. Sendo assim, aquele que ingressa em juízo tem o direito de: a) expor sua pretensão; b) ser ouvido, resistindo à pretensão deduzida; c) obter uma decisão justa, motivada e proferida em prazo razoável; d) interpor os recursos previstos em lei; e) obter o pronto cumprimento da decisão, ou seja, a efetivação da tutela jurisdicional.⁸

⁸ Ao comentar sobre a “Tutela Jurisdicional em Nova Perspectiva”, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira escreve: “a constitucionalização do direito ao processo e à jurisdição (a exemplo do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição brasileira), de envolta com o direito fundamental de efetividade e a um processo justo (art. 5º, incisos XXXVII, LIII, LIV, LV, LVI), determina também seja assegurada a efetividade real do “resultado”, aspecto que ressalta o nexo teleológico fundamental entre “o agir em juízo” e a “tutela” jurisdicional (efetiva) do direito afirmado, ao final reconhecido. Trata-se de um direito fundamental do cidadão e inviolável por parte dos poderes estatais” (*Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 84).

Reunindo as características, os princípios e atributos podem ser destacados, em apertada síntese, alguns aspectos do funcionamento da atividade jurisdicional.

A todos residentes no país é assegurado o direito de deflagrar em juízo suas pretensões, através do exercício da ação, direito público, subjetivo e autônomo de exigir a entrega da prestação jurisdicional no caso concreto, após a produção das provas dos fatos alegados (art. 5º, XXXV, da CF; art. 333, I, do CPC). Àquele em desfavor de quem a ação é proposta deve ser assegurado o contraditório e ampla defesa, outrossim, com produção de provas (art. 5º, LV, da CF; art. 333, II, do CPC). A decisão final há de ser proferida em tempo razoável, devendo o juiz zelar pela rapidez do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF; art. 125, II, do CPC). À parte vencida, independentemente do duplo grau obrigatório de jurisdição (art. 475, do CPC), assegura-se o direito de recorrer, estando preenchidos os pressupostos dos rogos recursais em geral, em reverência ao princípio da falibilidade humana (arts. 496 e segs. do CPC). Transitada em julgado, garante-se ao vencedor o cumprimento de sentença, que poderá se processar consoante o disposto nos arts. 461e §§, 461-A, 466, 466-A e 475-I a 475-M, do CPC.

3. 5 - ESPÉCIES DE JURISDIÇÃO

A palavra jurisdição pode apresentar significado diverso do seu verdadeiro conteúdo. Muitas vezes confunde-se jurisdição com competência. Contudo, sabe-se que a jurisdição é a integralidade da atividade estatal, conferida constitucionalmente ao Poder Judiciário, ao passo que a competência é a sua parcela territorial, conferida ao órgão julgador. Portanto, descabe utilizar a palavra jurisdição como sinônima de competência. Traduzindo-se na totalidade da atividade estatal, não comporta reparti-la em jurisdição civil, administrativa, penal, militar ou trabalhista. O mais correto é dizer que há competência civil, administrativa, penal, militar ou trabalhista.

Até mesmo o linguajar jurídico-judicial não prima pela boa técnica ao se referir à jurisdição. Não é muito comum o profissional do direito dizer que determinado litígio está a cargo da com-

petência trabalhista. Quando muito diz que é da competência da Justiça (jurisdição) trabalhista. Admite-se, porém, a repartição da jurisdição tão somente para efeitos de estudo das suas espécies, como adiante se verá.

Por outro lado, não cabe atribuir à jurisdição o mesmo significado das atribuições dos poderes, como, *exempli gratia*, dizer que a matéria está submetida à jurisdição do Executivo ou à jurisdição do Legislativo. Correto é dizer que a matéria se submete à atribuição do Executivo ou do Legislativo.

A jurisdição pode ser fracionada em: a) comum e especializada; b) contenciosa e voluntária.

A jurisdição comum é a que processa e julga toda espécie de litígio. Não há especialização ou matéria que delimite sua atividade. A lei não atribui competência específica para o processo e julgamento de causas que serão decididas. Cogitando-se de litígio civil, torna-se desinfluyente a matéria ou a qualidade da pessoa. A atividade jurisdicional se inicia, bastando a provocação do órgão julgador. À jurisdição especializada compete processar e julgar as causas identificadas na Lei Maior ou nos diplomas legais que venham a identificá-las, na previsão constitucional. Leva em conta a matéria ou a qualidade da pessoa.

A Justiça Estadual exerce a jurisdição comum. A Justiça Federal é encarregada do contencioso judicial administrativo, ou seja, da jurisdição administrativa comum, que não leva em consideração a matéria administrativa e sim, exclusivamente, a qualidade da pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público federal, desde que assuma a forma de empresa pública, figurando como parte autora, ré, assistente ou oponente. A sociedade de economia mista federal não desfruta do foro privilegiado da Justiça Federal.

A atividade jurisdicional é exercida em caráter secundário, atuando quando instada a funcionar. No exercício da atividade primária, o Estado-administração pode ultrapassar os limites legais da sua atuação, procedendo com excesso de poder, o que autoriza o funcionamento da jurisdição administrativa. Quando isso ocorre, o Estado-juiz, se provocado, dá início à sua atividade, podendo

julgar o litígio entre o Estado-administração e o particular. Sendo assim, a Administração Pública se sujeita ao controle judicial dos seus comportamentos na prestação do serviço público, eis que podem estar em desconformidade com as normas legais e regulamentares, sejam eles comissivos, sejam omissivos.⁹

A Justiça Federal, como anunciado antes, também é especializada. Para melhor funcionar, a jurisdição federal especializada foi fracionada em trabalhista, eleitoral e militar, levando em conta a matéria a ser decidida, sendo desprezada a qualidade da pessoa, seja física, seja jurídica de direito público ou de direito privado. O fracionamento da jurisdição em comum e especializada é encontrado na leitura dos arts. 92, III a VII, 109, 114, 124 e 125, da Constituição Federal.

A jurisdição contenciosa se traduz na autêntica atividade jurisdicional. Evidencia-se pela res *in judicio deducta*, resistência do réu e controvérsia, que a caracterizam. O exercício da função jurisdicional culmina por chegar à decisão de mérito, na observância da legalidade estrita. A decisão nela proferida desafia a interposição de recursos, em continuidade da contenda, até se transmutar em coisa julgada (arts. 262, 263, 297, 458 e 496, do Cód. Proc. Civil).

A jurisdição voluntária, apesar de não contar com litigiosidade ou controvérsia, também é atividade jurisdicional. Dotada de menor relevância, o Estado-juiz também diz o direito, solucionando uma pendência, que não pode ser resolvida por qualquer outro Poder. Não se pode contestar o exercício de atividade jurisdicional na jurisdição voluntária, por ter ficado encarregada, pela Lei Processual Civil (art. 1º), de dar solução ao pretendido pelo interessado. A jurisdição voluntária é exercida para autorizar a prática

⁹ Celso Antonio Bandeira de Mello, ao comentar sobre o princípio do controle judicial dos atos administrativos, sublinha que “é ao Poder Judiciário e só a ele que cabe resolver definitivamente sobre quaisquer litígio de direito. Detém, pois, a universalidade da jurisdição, quer no que respeita à legalidade ou à consonância das condutas públicas com os atos normativos infralegais, quer no que atina à constitucionalidade delas. Neste mister, tanto anulará atos inválidos, como imporá à Administração os comportamentos a que esteja de direito obrigada, como proferirá e imporá as condenações pecuniárias cabíveis” (*Elementos de Direito Administrativo*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1992, p. 62).

de atos ou de negócios jurídicos, não se regendo pela legalidade estrita. Não produz coisa julgada (arts. 1103, 1109 e 1111, do Cód. Proc. Civil).

Em razão da natureza da jurisdição voluntária, que também é jurisdição, não seria coerente atribuir ao Executivo ou ao Legislativo atribuição para solucionar o pretendido pelo interessado. Afigura-se mais coerente com o Poder - que tem a incumbência de dizer o direito, através da jurisdição contenciosa - expedir a autorização para a prática de ato ou negócio jurídico, em prol de quem demonstra ter necessidade de obter a permissão judicial, após o exame do que é narrado, com fulcro em norma de direito material.

Segundo Juan Gálvez, a jurisdição voluntária não é jurisdição, uma vez que sua atuação não se destina a dar solução a conflitos. Também não pode ser considerada voluntária porque o Estado-juiz está obrigado a dar andamento ao procedimento. Além disso, sendo o requerimento admissível como formulado, passa a ser necessário para o interessado obter a autorização estatal para fazer algo ou celebrar negócio jurídico (**Teoría General del Proceso**, p. 406).

Malgrado se trate de respeitável entendimento, tem-se que a jurisdição voluntária também é atividade jurisdicional, só que destituída de litigiosidade. A jurisdição voluntária, inobstante não contar com processo e sim com procedimento, sem controvérsia propriamente dita, não deixa de ter relevância também, uma vez que necessária, *exempli gratia*, para que uma pessoa possa exercer a curatela de outra, em razão de incapacidade mental (arts. 1177 e segs., do Cód. Proc. Civil). Os que rejeitam a jurisdição voluntária como atividade jurisdicional sugerem até delegá-la a uma autoridade administrativa. Ouso discordar desse entendimento.

Imagine-se se a jurisdição voluntária se convolvesse em simples atividade administrativa, a cargo da Administração Pública estadual ou municipal para deferir uma curatela. Teria a autoridade administrativa conhecimento técnico-jurídico e experiência em atividade jurisdicional para, após interrogar o sujeito passivo da curatela, examinar as provas técnicas pertinentes à sua capa-

cidade mental, ouvir testemunhas em audiência e decretar-lhe a interdição, analisando, com profundidade, se a pessoa apontada, é, de fato, incapaz? E se ela se mostra, entretanto, com plena capacidade, *verbi gratia*, para receber seus proventos, o que coincidentemente é pretendido pelo sujeito ativo da curatela, vale dizer, neto do interditando, pessoa inidônea para gerir a pessoa e os bens do avô?

Melhor que a decisão permaneça a cargo da função jurisdicional e não administrativa. A interdição, encartada como procedimento especial de jurisdição voluntária, parece credenciar-se a ser decidida por autoridade judiciária e não administrativa dada sua relevância, que beira a natureza de uma ação de estado.

Portanto, qualquer que seja o procedimento de jurisdição voluntária, deve-se deixar a incumbência de decidir com o juiz (natural), já que se cogita de atividade que mais se afina com o Poder Judiciário. Assim, não se comete ofensa ao princípio da indelegabilidade da jurisdição, transferindo atividade jurisdicional também relevante a órgão estranho ao Poder Judiciário, a pretexto de que a jurisdição voluntária, como se diz doutrinariamente, “é mera administração pública de interesse privado”.

3. 6 - Eficácia da Atividade Jurisdicional

A garantia fundamental do acesso à jurisdição, para apreciação da lesão ou ameaça a direito, de que trata o sobredito art. 5º, XXXV, da Carta da República, representa mais que a simples providência de o indivíduo bater às portas do Poder Judiciário para deflagrar sua pretensão ou apresentar defesa. Inicia-se com o ingresso em juízo, produção de provas, realização de audiências, apresentação da prestação jurisdicional, interposição de recursos, trânsito em julgado da decisão e cumprimento da sentença, tudo isso em prazo razoável, consoante a novel garantia fundamental, qual seja, a razoável duração do processo, referida no inciso LXXVIII, do art. 5º, da Carta Federal, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/04.

O acesso à jurisdição, significa “direito à ordem jurídica justa”, isto é, direito a uma resposta do Poder Judiciário que

venha a dar pronta e efetiva solução ao caso apresentado, com a superação dos obstáculos processuais e procedimentais, que devem ficar abaixo do interesse das partes litigantes. Sustenta-se que o efetivo acesso à jurisdição se dá quando um maior número de pessoas é admitido a demandar. O acesso à jurisdição não se resume ao simples ingresso em juízo por um restrito número de pessoas.¹⁰

A par disso, o pleno acesso à jurisdição deve incluir o direito ao resultado justo do processo, aí se incluindo seu razoável tempo de duração, com o efetivo cumprimento da decisão judicial.¹¹

Através do processo - que tem por fim dar solução à lide, como adiante se verá - tem-se que, ao atingir o seu desiderato, o conflito restará solucionado. Com a entrega da prestação jurisdicional, vale dizer, transitada em julgado a decisão judicial, faz-se mister dar efetividade à vontade estatal em substituição da vontade dos litigantes. Quando isso ocorre, pode ser dito que a parte vencida tem seu intento substituído pela vontade jurisdicional.

Ao vencedor da demanda deflagrada na jurisdição administrativa interessa ver efetivada a decisão por ela proferida. Não se cuida de desrespeitar o princípio da separação dos poderes. Dito princípio é sempre reverenciado, enquanto a Administração Pública não pratica ilegalidade ou abuso do poder. Ocorrendo uma dessas hipóteses e expedido o decreto condenatório, faz-se mister dar pronto cumprimento à ordem judicial. Quando vencido, o Poder

¹⁰ Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco anotam: “Como se verá no texto, para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesse difusos); mas, para a integralidade do acesso à justiça, é preciso isso e muito mais” (*Teoria Geral do Processo*, 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 39).

¹¹ Eduardo Santos de Carvalho escreve que “o princípio do acesso à justiça, portanto, concebe a ação como algo muito além de um mero direito abstrato; a ação há de ser um instrumento voltado para a efetividade da tutela pleiteada. A exigência constitucional não se esgota na possibilidade de acesso formal ao órgão judiciário, mas exige o acesso a um resultado justo (a uma ordem jurídica justa)”, in “Ação Civil Pública: instrumento para a implementação de prestações estatais positivas”, *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, v. 20, p. 68.

Público está submetido ao cumprimento das decisões proferidas na jurisdição administrativa como se particular fosse.¹²

Confirmada a sentença ou reformada, é de se garantir à parte vencedora a efetivação da tutela jurisdicional, para que ela não se convolva em mera espectadora de uma decisão não cumprida (arts. 461 e 461-A, 466-A a 466-C e 475-I a 475-R, do CPC). Aí sim, percorrido todo o *iter* do acesso à jurisdição, verifica-se o respeito à garantia fundamental. Em outras palavras, se todos esses requisitos estiverem reunidos é certo dizer que se está diante de um processo justo, eis que integram o escopo do direito de ingresso em juízo para a obtenção da prestação jurisdicional necessária a compor o conflito.

O que mais de perto interessa à jurisdição é a efetivação do direito fundamental de acesso ao seu funcionamento, assegurado constitucionalmente, em benefício dos indivíduos participativos, jurisdicionados que buscam no Judiciário a solução dos seus conflitos, na impossibilidade de vê-los resolvidos amigavelmente, esgotadas as vias extrajudiciais.¹³ Como corolário, a decisão judicial, produto da atividade jurisdicional, deve desfrutar da qualidade de eficaz por ser definitiva, irrevogável, imutável e permanente.

4. A RELEVÂNCIA DO PROCESSO COMO INSTRUMENTO DA JURISDIÇÃO

4. 1 - Natureza Jurídica do Processo

Ao longo dos anos de estudo sobre sua natureza jurídica, restou consagrado que o processo é uma relação jurídica. Isso se

¹² Jesús González Pérez, citado por Leonardo Greco, entende que “a garantia do cumprimento efetivo das decisões judiciais não exige a Administração Pública, que, como qualquer cidadão, está submetida à lei e ao direito, e está obrigada por isso ao cumprimento das resoluções judiciais” (*Estudos de Direito Processual*, p. 263).

¹³ Sidnei Amendoeira Jr., manifestando-se sobre o tema, registra: “a tutela jurisdicional justa, por fim, é aquela que resulta da observância de todas as garantias constitucionais que visam justamente à proteção dos jurisdicionados, ou seja, a tutela justa é aquela que decorre da total observância do princípio do devido processo constitucional. O termo justiça aqui não é empregado em sentido ideológico, mas em sentido objetivo da observância plena e não meramente formal do princípio em questão. A idéia de devido processo constitucional vem impregnada pela noção de aplicação ao processo de todas as garantias constitucionalmente previstas não só para a tutela do processo, mas especialmente para a tutela pelo processo” (*Poderes do Juiz e Tutela Jurisdicional*, São Paulo: Atlas, 2006, p. 31).

deve ao fato de a teoria de a relação jurídica processual ter sido construída no final do século XIX, para dar ênfase à autonomia do Direito Processual Civil, capitaneada por Oscar Bülow, em 1868. De tanto ser enfatizada como ciência independente, segundo renomados autores, culminou a teoria por fechar os olhos para a realidade de direito material incompatível com o processo do Estado constitucional, no entendimento de Guilherme Marinoni. Segundo este autor, uma simples relação jurídica processual não quer dizer nada. O processo civil deve estar comprometido com os valores perfilhados pelo Estado constitucional.

Elio Fazzalari sustenta que o processo não tem natureza de relação jurídica e sim, de uma estrutura normativa composta de uma série de situações jurídicas, voltada para a participação das partes no procedimento judicial e para o contraditório na formação da decisão judicial (**Istituzioni di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, 8. ed., 1996, p. 77 e ss). Theodoro Junior rejeita esse entendimento, sob o argumento de que Fazzalari tentou inovar a concepção do processo, negando-lhe a natureza de relação jurídica, o que não encontra ressonância na grande maioria da doutrina processual nacional, esmagadora no sentido de que ele se traduz numa relação jurídica decorrente de um método ou sistema de atuação da jurisdição. Para repudiar a teoria fazzalariana, ele invoca as lições de Frederico Marques, Fidélis dos Santos e de Araújo Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco (**Curso de Direito Processual Civil**, v. I, 48. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 46-47).

Guilherme Marinoni critica ambas as teorias, sustentando que o processo não pode ser visto tão só como tal e sim, como instrumento do qual o Estado se desincumbe do dever de prestar tutela aos direitos, com efetiva participação das partes no procedimento adequado à tutela do direito material, com legitimidade diante dos direitos.¹⁴

¹⁴ O autor entende que “o processo não pode ser visto apenas como relação jurídica, mas sim como algo que tem fins de grande relevância para a democracia e, por isso mesmo, deve ser legítimo. O processo deve legitimar - pela participação - , ser em si legítimo - adequado à tutela dos direitos e aos direitos fundamentais - , e ainda produzir uma decisão legítima” (“Da Teoria da Relação Jurídica Processual ao Processo Civil do Estado Constitucional”, in **A Constitucionalização do Direito**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 514).

Para Juan Gálvez, o processo - que se traduz em fenômeno social de natureza jurídica - é dotado de um prestígio que transcende a solução de um conflito entre os jurisdicionados, pois se trata de um instrumento essencial para uma sociedade de convivência harmônica. Assevera que o processo é um fenômeno social de natureza jurídica, caracterizado pela reconstrução artificial da realidade afetada pela falta de atuação da conduta regulada pela norma jurídica substancial (**Teoría General del Proceso**, p. 362). Segundo o autor, a existência de um sistema processual autônomo e científico garante aspectos fundamentais de sobrevivência de uma sociedade equilibrada: a existência de um Estado, os direitos dos indivíduos dentro deste Estado e, principalmente, os direitos desses indivíduos frente ao Estado.

O entendimento de E. Fazzarali de que o processo é uma estrutura normativa direcionada à participação da partes para a formação da decisão judicial não deixa de admitir que se trata de uma relação jurídica. A doutrina de G. Marinoni no sentido de que há vinculação do processo à tutela dos direitos fundamentais, apesar de respeitável, parece que faz retornar à época em que o direito de ação não desfrutava de autonomia e estava vinculado ao direito material - teoria imanentista - entendimento desenvolvido para atualidade, com esteio no Direito Constitucional. A doutrina de J. Gálvez afigura-se bem condizente com a natureza do processo, por levar em conta que ele se caracteriza pela reconstrução artificial da realidade atingida pela ausência de atuação da conduta prevista na norma de direito material.

O litígio posto em pretório faz surgir a lide. Deflagrada, há processo, fenômeno social supedaneado em relação jurídica direcionada à reconstrução artificial da realidade atingida, ou seja, solucionar o conflito. Vê-se, portanto, que não é difícil acolher a doutrina do processo como fato social originário de uma relação jurídica que objetiva compor o conflito.

A relação jurídica processual é o repositório do conflito, da pretensão, do litígio e da lide. São os ingredientes do processo, instrumento da atividade jurisdicional, para se chegar à alimentação perfeita, vale dizer, à decisão judicial que dará solução à lide. Esses ingredientes processuais credenciam-se a breve estudo.

Quando as normas jurídicas não são observadas, constatando-se o seu descumprimento e, *exempli gratia*, duas ou mais pessoas direcionam seus interesses sobre o mesmo bem, surge o conflito. Se dois ou mais indivíduos querem exercer direitos sobre o mesmo bem, dirigindo-os na mesma direção, eles pretendem a mesma coisa. Há pretensão. Enquanto discutem esse conflito extrajudicialmente há litígio. Ocorrendo o ingresso em juízo surge a lide, que dá início à atividade jurisdicional, que se traduz não só em poder como também em dever estatal (E. Couture, **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**, 1974, nº 24, p. 39). A lide abrange o conflito, a controvérsia e o litígio.

O conflito é conceituado como a colisão de interesses, traduzido na coexistência de uma pretensão e de uma resistência acerca de um mesmo bem, no plano da realidade sociojurídica. A controvérsia é a eventualidade de que o sujeito passivo se serve para discutir o conflito sustentado pela parte contrária. O litígio é a resistência decorrente do choque de colisão de interesses (próprio e do outro). Deflagrado, isto é, aforado é erigido em lide.

Adverte Juan Gálvez que pode haver processo sem conflito e sem controvérsia, conflito sem litígio e litígio sem conflito.

O processo sem conflito é exemplificado com a hipótese de uma pessoa alegar judicialmente que o livro que está sendo lido pela outra é dela, apesar de pertencer ao leitor. O processo sem controvérsia é o da situação hipotética de o réu não resistir à pretensão deduzida pelo autor, reconhecendo a procedência do pedido ou deixando de contestar a ação no prazo legal. O conflito sem litígio pode ser identificado na situação de alguém, que tenha uma pretensão de relevância jurídica contra outra, deixa de ingressar em juízo para exigi-la. Finalmente, o litígio sem conflito é exemplificado com a situação do demandante que ajuíza ação com a pretensão de obter a solução de um conflito que não existe no mundo real. Trata-se de litígio putativo.

4. 2 - Conceito, Características e Princípios do Processo

4.2.1 - Conceito e Características do Processo

A jurisdição, como foi visto, é a atividade estatal encarregada de solucionar conflitos. O processo é o meio de atuação da

jurisdição. É o instrumento da função jurisdicional utilizado para o seu funcionamento.

Através do processo, o Estado-juiz desenvolve atividade com um único objetivo: decidir a lide, apresentando aos litigantes o resultado, fruto da vontade jurisdicional. O processo se forma e se desenvolve com observância de formalidades, uma vez que se cogita de instrumento de um sistema de atuação da jurisdição. Trata-se de instrumento jungido às normas legais e regulamentares. Se não integrassem um sistema vinculado, os órgãos judicantes atuariam discricionariamente, o que poderia comprometer o seu desenvolvimento para atingir o objetivo, qual seja: solucionar a lide, em tempo razoável.

O processo é exteriorizado pelo conjunto de atos processuais necessários ao seu desenvolvimento, o que se denomina procedimento. Este, pode ser conceituado como a forma material através da qual o processo atua para solucionar o conflito. Ele é o responsável pela formação da relação processual integrada pelo representante do órgão jurisdicional e as partes.

O processo apresenta as seguintes características: instrumentalidade, autonomia, natureza pública, natureza tríplice, complexidade, progressividade, unidade.

A instrumentalidade é a característica ínsita à própria definição do processo, considerado instrumento da jurisdição, ou seja, o meio pelo qual a jurisdição se serve para exercer sua primordial atividade, traduzida na solução da lide.

A autonomia caracteriza o processo por ser a relação jurídica processual independente da relação jurídica de direito material em que a pretensão se lastreia. A existência e validade do processo são independentes do direito invocado pelo litigante. Se este não tem razão, isto é, se o pedido for julgado improcedente, ainda assim o processo terá alcançado o seu fim, que é a composição da lide, originando, inclusive, coisa julgada tão logo a decisão não mais desafie qualquer recurso.

A natureza pública do processo é uma característica que se evidencia pela relação de direito público que se forma entre o Estado-juiz e as partes litigantes. A relação jurídica compõe-se da

prática de atos direcionados ao mesmo fim, isto é, ver proferida a decisão que irá solucionar a lide, além desta relação se desenvolver ostensivamente, com publicidade dos atos processuais, que excepcionalmente são praticados em segredo de justiça (art. 155, do Cód. Proc. Civil).

O processo tem natureza tríplice, pois a relação processual nele contida é formada pelo Estado-juiz e pelos litigantes (autor e réu), sendo doutrinariamente conhecida pelo aforismo “*jurisdicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei*”. A jurisdição voluntária, que também integra a função jurisdicional, não dá origem a processo, quando muito a procedimento, por ausência de partes litigantes e de pretensão deduzida (*res in judicio deducta*), uma vez que os sujeitos da relação jurídica são os interessados e o pedido é de simples autorização judicial.

A complexidade do processo é a característica que o identifica como uma relação jurídica composta de outras relações jurídicas, que se desenvolvem entre o Estado - pessoa jurídica de direito público - autor, réu e, em algumas vezes, assistente, oponente, denunciado à lide, além de outros protagonistas, envolvendo fatos e atos procedimentais diversos, muitas vezes com incidentes processuais que sequer dizem respeito ao mérito da causa. O processo, portanto, é um instrumento complexo do qual a jurisdição se serve para exercer sua atividade.

A progressividade consiste na característica que - vinculada aos princípios da continuidade e da preclusividade, adiante estudados - adverte às partes e eventuais protagonistas da necessidade do processo caminhar, sem retorno à etapa procedimental em que se encontrava, salvo quando ocorrer decretação de nulidade. Os atos processuais são progressivos e vão se tornando cada vez mais próximos do momento mais aguardado, que é o da prolação da sentença que irá solucionar a lide. A progressividade é um arremedo de crescimento da árvore com amadurecimento do fruto. Se assim não fosse, o processo não chegaria ao resultado esperado. Sua marcha não alcançaria a hora da apresentação da prestação jurisdicional.

A característica da unidade traduz a ideia de que a relação processual que se forma, apesar de complexa e progressiva, ob-

jetiva chegar ao momento do provimento jurisdicional. Os fatos ocorridos e as manifestações de vontade dos atos processuais são entrelaçados e atados, formando uma unidade processual para - no momento em que a causa estiver “madura” - o fruto seja colhido, com apresentação da decisão que solucionará a controvérsia.

O estudo das características - apesar dos respeitáveis entendimentos que pretendem convencer que o processo tem natureza jurídica diversa de uma relação jurídica - proclama a relevância desse instrumento da jurisdição, cujo escopo é a solução do litígio.

4.2.2 - Princípios do Processo

Para o seu desenvolvimento no objetivo de solucionar a lide, o processo como instrumento da jurisdição, sob o comando do órgão jurisdicional, deverá se pautar pela observância de princípios que dizem respeito à sua validade e aos prazos para a prática de atos, de modo a não estender a atividade jurisdicional por tempo além do necessário. Os princípios que dizem respeito à validade do processo são: paridade, legalidade, contraditório e ampla defesa. Os que dizem respeito aos prazos processuais são: brevidade, utilidade, continuidade, inalterabilidade e preclusividade. São analisados em conjunto.

O princípio da paridade ou da igualdade consagra que as partes são credoras dos mesmos direitos, estando submetidas às mesmas obrigações, para que não ocorra quebra de isonomia no tratamento. O princípio tem lastro no art. 5º, da Carta Federal, que cuida da isonomia e no art. 125, I, da Lei Processual Civil, que estabelece como dever do juiz dar às partes tratamento igual. Os prazos para a prática dos atos processuais, por exemplo, devem ser iguais para as partes, com as exceções elencadas nos arts. 188 e 191, do Cód. Proc. Civil.

A legalidade é um dos princípios do processo que restaram introduzidos no rol pela Constituição Federal (art. 5º, LIV). Conhecido como *due process of law* além de princípio do processo é também garantia fundamental da parte. Consiste no dever de a atividade jurisdicional observar todas as formalidades do processo

delineadas no diploma legal ou regulamentar que trata da matéria, toda vez que o litigante vier a suportar condenação patrimonial, sob pena de nulidade.

O contraditório e ampla defesa, constante do rol dos princípios inscritos na Constituição Federal (art. 5º, LV), também é garantia fundamental do litigante. Consiste no dever da atividade jurisdicional, em qualquer espécie de processo, de assegurar àquele que é demandado o direito de ser ouvido, se defender amplamente e interpor os recursos cabíveis.

O princípio da brevidade, também conhecido por princípio da rápida solução do litígio ou da razoável duração, consagra que o processo deve ser solucionado em espaço de tempo satisfatório, uma vez que se a atividade jurisdicional se prolongar indefinidamente, o demandante poderá se desinteressar pelo litígio e o demandado se acomodar, no errôneo entendimento de que sairá vencedor em razão da demora da entrega da prestação jurisdicional. Dito princípio está encartado na Constituição Federal (art. 5º, LXXVIII), sendo, outrossim, erigido em garantia fundamental. A Lei Processual Civil dispõe que o órgão jurisdicional deverá velar pela rápida solução da lide (art. 125, II).

A utilidade é o princípio que consagra reger-se o processo pela adoção de prazos úteis à prática dos atos processuais, a fim de que a atividade judicante não se dilate desnecessariamente, prorrogando a entrega da prestação jurisdicional. Os atos processuais devem ser praticados nos prazos designados, considerados bastantes para se atingir a solução da lide. Dito princípio está encartado no art. 177, do Cód. Proc. Civil.

A continuidade se traduz em outro princípio que diz respeito aos prazos para a prática dos atos processuais, objetivando, outrossim, não dilatar o funcionamento da jurisdição, com o retardo da solução do conflito. Os prazos processuais são contínuos, interrompendo-se excepcionalmente, vale dizer, apenas quando a lei estabelecer. O princípio está emoldurado no art. 178, da Lei Processual Civil.

A inalterabilidade se funda na imperatividade absoluta da norma processual, ou seja, na qualidade da norma cogente que

trata dos prazos peremptórios, proscrevendo a convenção das partes acerca da sua prorrogação. Os litigantes não podem convenicionar a dilação dos prazos peremptórios, como dispõe o art. 182, do Cód. Proc. Civil. Caso se cogite de prazo dilatatório - tratando-se, nesse caso, de norma processual de imperatividade relativa ou *agendi* - os demandantes podem convenicionar sua prorrogação, no permissivo do art. 181, do mesmo diploma legal.

A preclusividade é o derradeiro princípio que cuida dos prazos processuais, aclamando que eles se findam tão logo ocorra o implemento do termo resolutivo ou final, isto é, o advento do *dies ad quem*, independentemente de declaração judicial do seu encerramento, salvo a ocorrência de justa causa. A preclusão se dá tão logo decorra o prazo, para que a atividade jurisdicional não se estenda além do indispensável à entrega da prestação jurisdicional. O art. 183, do Digesto Processual cuida da preclusividade.

Se o órgão julgador, no exercício da função jurisdicional, observa os princípios do desenvolvimento e validade, além dos que dizem respeito aos prazos, a lide é solucionada rapidamente e o processo recebe a qualificação de justo.

4.3 - A Relevância do Processo

O processo é o instrumento imprescindível ao exercício da atividade jurisdicional. Sem processo não há jurisdição. E sem jurisdição não há como se exercer o direito fundamental de ingresso em juízo para apreciar a lesão ou ameaça a direito.

A relevância do processo reside no fato de ele se cogitar do meio utilizado para fazer funcionar a jurisdição, compreendendo uma série de atos sucessivos e vinculados entre si. Os atos processuais - que têm início com a manifestação de vontade de quem deflagra a ação, deduzindo pretensão - são direcionados à solução do conflito, através da prestação jurisdicional.

O fim do processo é solucionar conflitos para que se retorne à paz jurídica. Em outras palavras, o objeto do processo é a composição da lide, isto é, resolver o litígio de acordo com a vontade da lei, que vai originar a vontade jurisdicional.

A pretensão deve dar origem a um litígio que possa ser apreciado pela atividade jurisdicional, isto é, a uma lide que tenha condições de ser resolvida com apreciação do *meritum causae*. Significa dizer que a relevância do processo também reside no fato de a possibilidade do conflito se credenciar ao acolhimento de uma forma genérica no sistema jurídico.

Para que o conflito possa merecer apreciação de mérito é mister que a pretensão seja demandável. A expressão não deve ser interpretada no sentido literal ou restrito.

Por pretensão demandável deve se entender a que desfruta de reconhecimento no ordenamento jurídico. Em outras palavras, para que uma pretensão seja demandável é mister que o conflito tenha relevância jurídica, isto é, a matéria pertinente aos interesses resistidos esteja prevista dentro do sistema jurídico de uma sociedade politicamente organizada. O processo submetido à decisão do juiz deve ser solucionado por uma norma jurídica que - muito embora não tenha sido invocada pelo autor - incida sobre o caso. É a aplicação do aforismo *iura novit curia* (art. 7º, do Cód. Proc. Civil do Peru). Se há previsão de incidência de norma jurídica, a pretensão é demandável.

Na pretensão não demandável - apesar de a autonomia do processo e do autor invocar direito material em que se lastreia - o sistema jurídico nega a possibilidade dela ser reclamada judicialmente. É o caso da dívida de jogo, prevista no art. 1.943, do Código Civil Peruano. O mesmo ocorre no caso brasileiro quando o art. 814, do Código Civil, dispõe: “*as dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento, mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou o perdente é menor ou interdito*”.

Também se caracterizam como não demandáveis, no Direito Peruano, as pretensões que dizem respeito a assuntos políticos *stricto sensu*, como a declaração do estado de emergência e decisões presidenciais referentes à insurreição ou estado de guerra. Aqui no Brasil, como foi dito, na vigência dos Atos Institucionais, máxime o de nº 05/68, de acordo com o art. 11, estiveram emolduradas dentre as não demandáveis as pretensões de apreciação pelo

Poder Judiciário dos atos administrativos expedidos pelo Presidente da República, referentes à suspensão de direitos políticos de quaisquer cidadãos, por dez anos, cassação de mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, demissão, remoção, aposentadoria e disponibilidade de agentes públicos, servidores civis e militares.

Os conflitos com reconhecimento expresso ou tácito no sistema jurídico são suscetíveis de se convolver em pretensões demandáveis. Ao reverso, apresentando-se destituídos de fundamentação jurídica são candidatos à improcedência da demanda, nos termos do art. 427, do Cód. Proc. Civil Peruano. No Direito Processual pátrio a fundamentação jurídica é requisito que deve constar da petição inicial (art. 282, III, do Cód. Proc. Civil). Se o fato e fundamentos jurídicos do pedido não estiverem presentes no exórdio, há ausência de pressuposto processual, que autoriza o juiz extinguir o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, IV, do mesmo diploma legal. Se estiverem presentes mas não corresponderem à realidade dos fatos demonstrados em pretório, por qualquer meio de prova, a hipótese, aí sim, será de improcedência do pedido.

As pretensões que não podem ser deduzidas por impossibilidade jurídica são denominadas inertes. A designação tem esteio no direito inerte, nomenclatura carneluttiana ou no direito eunuco, na designação dos juristas Jorge Peyrano e Julio Chiappini. No direito processual pátrio, a impossibilidade jurídica do pedido, ao lado da ilegitimidade da parte e da falta de interesse processual, impede a apreciação do mérito, acarretando a extinção do feito sem pronunciamento de procedência ou de improcedência, nos termos do art. 267, VI, do Cód. Proc. Civil.

A pretensão não demandável não se confunde com a pretensão prescrita.

O que na verdade prescreve é o direito subjetivo, no prazo designado para o seu exercício, não havendo que se falar em “prescrição da pretensão”, como deixam entrever os arts. 189 e 190, do Código Civil. Contudo, para efeito exclusivo do presente estudo, pode se admitir que a palavra pretensão quer dizer direito subjetivo.

Decorrido o prazo previsto em lei para deflagrar a pretensão, ou seja, exercer o direito subjetivo judicialmente o titular, em decorrência da sua inércia, não tem mais oportunidade de obter um pronunciamento jurisdicional favorável ao seu interesse. A pretensão é demandável, mas o fato jurídico extintivo do direito vai consagrar que ele já não mais dispõe de força para sustentá-la.

A pretensão atingida pela prescrição acarreta a extinção do processo com resolução do mérito, de acordo com o art. 269, IV, da Lei Processual Civil. Cogita-se de julgamento de mérito - malgrado não pareça ao se proceder a uma análise apriorística - porque o demandante jamais poderá reproduzir a *res in judicio deducta*. O seu direito está extinto.

4.4 - A Socialização do Processo

O processo - instrumento de que o jurisdicionado se serve para fazer funcionar a atividade judicante, no intuito de ver resolvido o conflito - iniciado com a deflagração da ação, vincula-se ao problema social apresentado. As questões sociais que chegam à jurisdição, decorrentes dos conflitos, dão ao processo um cunho de socialização. Isto porque cada vez mais os jurisdicionados depositam suas esperanças na função jurisdicional.

Frequentemente, quem mais se serve da jurisdição é o menos favorecido. Em razão disso, surgiu nas últimas décadas do século XX um movimento jurídico-social no sentido de instituir instrumentos processuais para aproximar o Poder Judiciário dos grupos sociais e dos indivíduos participativos. Esse movimento passou a ser chamado de socialização do processo. Teve início com a edição da Lei nº 7.244/84, que instituiu os Juizados de Pequenas Causas, diploma legal considerado um marco do incremento do acesso à jurisdição, com dispensa das formalidades do processo civil comum e efetiva aproximação do Poder Judiciário da sociedade.

Logo a seguir, foi editada a Lei nº 7.437/85, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, à ordem econômica, à economia popular, à ordem urbanística e qualquer outro

interesse difuso ou coletivo. Esse relevante diploma legal, inicialmente, outorgou legitimidade ao Ministério Público e a certas pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público, para disparar o gatilho acionário, com o objetivo de defender ditos interesses e direitos fundamentais de grupos e indivíduos participativos, de acordo com a redação original do art. 5º. Mais socializando o processo atinente à ação civil pública, o preceptivo legal invocado foi alterado pela Lei nº 11.448/07 para legitimar outras pessoas jurídicas e outros órgãos a propô-la.

A Lei nº 8.078/90, que estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, XXXII e 170, V, da Constituição Federal e do art. 48 de suas Disposições Transitórias, representa, outrossim, grande marco da socialização do processo, notadamente quando dispôs sobre a responsabilidade por vício do produto e do serviço e a desconsideração da personalidade jurídica da pessoa jurídica ofensora dos direitos do consumidor (*disregard of legal entity*).

A grande revolução da socialização do processo ocorreu com a edição da Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais nos Estados e no Distrito Federal para conciliação, processo, julgamento e execução das causas cíveis de valor não excedente a quarenta vezes o salário mínimo, de rito sumário em razão da matéria, de despejo para uso próprio e ações possessórias tendo por objeto bens imóveis de valor igual ou inferior àquele limite.

Instituído com previsão de funcionamento de conciliadores e juízes leigos, não se conhecia, até então, um diploma legal que viesse a facilitar o acesso à jurisdição com resultados excepcionais nunca vistos, em decorrência da obtenção de um elevado número de conciliações, inatingível nos juízos cíveis. A Lei nº 10.259/01 instituiu os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, possibilitando microempresas e empresas de pequeno porte, inclusive, a figurar como partes autoras (art. 6º, I), o que não ocorria no âmbito dos Juizados Especiais estaduais, antes da edição da Lei Complementar nº 123/06, que trata do Estatuto da Microempresa

(art. 74) e da Lei nº 12.126/09, que deu nova redação ao art. 8º, da Lei nº 9.099/95.

A Lei dos Juizados Especiais estaduais veio suprir uma lacuna existente no âmbito do processo civil, haja vista que os indivíduos menos favorecidos - malgrado amparados pela Assistência Judiciária oficial ou prestada por advogados nomeados - ainda se mostravam parcimoniosos para ingressar em juízo, em decorrência das formalidades procedimentais dos juízos cíveis comuns, onde o patrocínio da causa fica a cargo dos advogados e os feitos se arrastam, notadamente nos grandes centros urbanos. Além de facilitar o acesso à jurisdição, sem grandes formalidades, os juizados especiais “desafogaram” os juizados cíveis, merecendo aplausos dos processualistas.¹⁵

Com o escopo de aproximar a atividade jurisdicional da sociedade, foram encetadas multifárias reformas processuais que se iniciaram com a Lei nº 6.246/75, passando pelas Leis nºs 8.950/94 e 11.232/05, chegando a Lei nº 11.694/08, no sentido de agilizar a entrega da prestação jurisdicional. Trata-se de iniciativa que teve início com os estudos desenvolvidos no sentido de reduzir a duração da atividade jurisdicional, pois desde a entrada em vigor da Lei nº 5.869/73, vale dizer, do Código de Processo Civil, em 01/01/74, os doutrinadores perceberam que se algumas normas fossem mantidas, o processo se protrairia no tempo, com prejuízo para os jurisdicionados.

Promulgada a Constituição Federal, em 05/10/88, estabelecendo um novo acesso à jurisdição, as reformas assumiram relevância e mais ainda com a edição da Emenda Constitucional nº 45/04, que dispôs sobre o princípio da razoável duração do processo, erigindo-o em garantia fundamental. A expedição dessa Emenda propiciou novas alterações do Código de Processo Civil,

¹⁵ João Carlos Pestana de Aguiar registra: “a história judiciária de todos os tempos jamais dispôs de um organismo dotado da virtude de agilizar conflitos menores e convocar o povo, na impressionante maioria hipossuficiente, para a defesa gratuita e eficaz de seus direitos. Portanto, nada tinha havido de semelhante nos mecanismos orgânicos e atividades do Poder Judiciário, embora houvesse em todo cidadão uma consciência e anseio latentes, hoje concretizados, de obter informal, simples, gratuita e célere distribuição de justiça e conquista da paz social” (*Juizados Especiais*, Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 1997, p.10).

por intermédio da expedição das leis processuais mais recentes, na tentativa de agilizar e consequentemente socializar o processo no interesse dos jurisdicionados.¹⁶

4. 5 - A Legitimação da Decisão pela Participação das Partes no Processo

O processo tem como efeito legitimar a decisão proferida. Isto se dá através da efetiva participação das partes, debates, discursos que contribuíram para a formação da convicção do juiz e entrega da prestação jurisdicional. A participação das partes no processo legitima a decisão proferida no instrumento de uma jurisdição democrática. A participação é possível em decorrência da imprescindível observância dos princípios que regem o processo civil, alguns deles, como foi estudado, erigidos em direito fundamental.

A participação consiste na oportunidade das partes de apresentar e sustentar suas razões e de se contrapor, produzir provas, integrar as audiências e julgamentos, com debates e discursos (alegações finais). Esses discursos apresentam pretensões de validade lógico-semânticas e pragmáticas que vão influenciar na formação da decisão. Esta, que deve sempre primar pela fundamentação, *ex vi* da recomendação inserta nos arts 93, IX, da Lei Maior, 131 e 458, II, do Cód. Proc. Civil, leva em consideração não só as provas produzidas como também os argumentos em que se fundam as alegações finais.

Anota Luiz Guilherme Marinoni que “a participação através do contraditório e da publicidade dos atos processuais confere à

¹⁶ Humberto Theodoro Junior anota: “toda uma grande reforma se fez, nos últimos anos, nos textos do Código de Processo Civil, com o confessado propósito de desburocratizar o procedimento e acelerar o resultado da prestação jurisdicional. Legislação extravagante também cuidou de criar ações novas e remédios acauteladores visando a ampliar o espectro da tutela jurisdicional, de modo a melhor concretizar a garantia de amplo e irrestrito acesso à justiça, tornado direito fundamental pelas Constituições democráticas, tanto em nosso país como no direito comparado. Até a própria Constituição foi emendada para acrescer ao rol dos direitos fundamentais a garantia de uma duração razoável para o processo e o emprego de técnicas de aceleração da prestação jurisdicional” (CF, art. 5º, inc. LXXVIII, com o texto da EC nº 45, de 08.12.2004), *in Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 5.

parte a oportunidade de interferir sobre a formação da decisão, garantindo a sua justiça” (**Teoria Geral do Processo**, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 455). O autor sustenta ainda que o órgão jurisdicional, antes de proferir a decisão, deve proceder ao exame das normas jurídicas que servem de lastro às razões dos litigantes com os pressupostos comunicativos e condições do processo legislativo democrático.¹⁷

4.6. O Processo contra a Fazenda Pública e a Efetivação da Decisão

Tal como na jurisdição civil, através do processo garante-se aos indivíduos participativos o acesso à jurisdição administrativa, uma vez que também está assegurado constitucionalmente, incidindo o que restou analisado no estudo acerca do conteúdo do indigitado art. 5º, XXXV, da Carta da República. No que atine à jurisdição civil, os indivíduos participativos desfrutam do pleno acesso, já que ingressam em juízo, via processo, e conseguem obter, satisfatoriamente, o cumprimento das decisões. O mesmo não pode ser dito do acesso à jurisdição administrativa.

O acesso inicial está garantido, todavia os jurisdicionados não contam armas processuais para obter o cumprimento das decisões judiciais consequentes da violação dos seus direitos subjetivos pela Fazenda Pública, verificando-se um acesso restrito à jurisdição.

As normas procedimentais das diversas espécies de execução contra a Administração Pública são - propositadamente e no interesse do Executivo - omissas. As relativas à execução de quantia certa são acanhadas e incompletas. No que pertine à execução da prestação de fazer ou ao cumprimento de sentença condenatória de prestação de fazer pela Fazenda Pública vencida, não há no Digesto Processual qualquer norma que cuide do tema.

¹⁷ Diz Guilherme Marinoni que de acordo com Habermas “a jurisdição deve buscar legitimidade assegurando que o processo de gênese da lei seja receptivo àquilo que os cidadãos estabelecem como consenso no espaço público. O juiz deveria estar atento ao consenso formado no espaço público a partir da discussão e do debate” (“Da Teoria da Relação Jurídica Processual ao Processo Civil do Estado Constitucional” *in* **A Constitucionalização do Direito**, p. 535).

Na tentativa de se garantir o pleno acesso à jurisdição ao vencedor de demanda aforada em desfavor da Administração Pública, vem se perfilhando a aplicação das normas dos §§ 1º a 5º, do art. 461, da Lei Processual Civil à execução da prestação de fazer, hoje denominada cumprimento de sentença. Nem mesmo a aplicação das astreintes vem intimidando a Administração Pública a dar cumprimento ao julgado, carecendo o jurisdicionado de edição de lei processual a respeito, para que não venha a ser convolado em mero espectador da tutela judicial pendente de efetivação.

A aplicação subsidiária de normas procedimentais da execução da obrigação de fazer, destinadas a efetivar a tutela jurisdicional em demandas decididas entre particulares, ao cumprimento de sentença de prestação de fazer proferida em desfavor da Fazenda Pública, não é adequada. Porém é a única forma de compelir a Administração Pública a cumprir o julgado, quer em ações de conhecimento, quer em ações mandamentais. O Judiciário muito tem feito para dar cumprimento às decisões proferidas na jurisdição administrativa, pois não há porque não se dar efetividade em casos tais.

O corolário da ausência de uma legislação específica, com normas próprias para reger os processos das ações envolvendo o Poder Público, culmina por abalroar o princípio da paridade de armas. Na sua ausência, a Administração Pública termina por ser agraciada com prerrogativas pouco justificáveis, mostrando-se assaz fortalecida perante os administrados. Estes, ao reverso, litigam com armas de pouco calibre, não sendo incomum desistirem das ações que ajuizaram ou abandonarem o processo, em decorrência da lentidão da sua tramitação, um corolário das multifárias prerrogativas.

De outra parte, a Lei Processual Civil dedica poucas normas que regem o procedimento das ações que se emolduram na competência do controle jurisdicional da Administração Pública. Em se tratando de processo de conhecimento, limita-se a estabelecer prazos em quádruplo para contestar e em dobro, para recorrer e o duplo grau obrigatório de jurisdição, no caso de a Fazenda Pública ser vencida. A execução de quantia certa culmina com a expedição

do famigerado precatório. É o que consta dos arts. 188, 475, I e 730, do Cód. Proc. Civil. Na busca de ações envolvendo a Administração Pública, uma é encontrada: cogitando-se de construção que está sendo erigida em desconformidade com leis e regulamentos de posturas municipais cabe ação de nunciação de obra nova em favor do Município para demandar o munícipe transgressor, tramitando por procedimento especial de jurisdição contenciosa, de acordo com a previsão do art. 934, III, da Lei Processual. E nada mais se acha a respeito, por mais que se procure no diploma processual.

A leitura dos precitados dispositivos do ordenamento processualístico deixa entrever que o acesso à justiça - facultado aos administrados no controle jurisdicional da Administração Pública - tem se convolado numa garantia bem restrita. A eles não se confere qualquer prerrogativa. Sequer o hipossuficiente é contemplado com norma processual, que leve em conta a sua situação econômica quando litiga com a Administração Pública no polo ativo ou passivo de qualquer demanda judicial.

A par das parcimoniosas normas processuais que versam sobre os processos envolvendo as atividades do Poder Público, vigora um reduzido número de leis que cuidam das ações de rito especial do contencioso judicial, tais como a Lei nº 4.717/65, que cuida da ação popular, a Lei nº 7.347/85, que trata da ação civil pública e a Lei nº 12.016/09, que regulamenta o mandado de segurança.

O mandado de segurança, *exempli gratia*, objetiva corrigir a ilegalidade ou o abuso de poder, praticado por autoridade administrativa, através de atos que violam direito líquido e certo e que autorizam sua impetração, cujo rito, em razão do *excés de pouvoir*, não hesita em se nortear pelos princípios da celeridade e da rápida solução do litígio. Vale lembrar, entretanto, que o acesso à jurisdição administrativa para assegurar direito líquido e certo, instituído constitucionalmente e até pouco tempo regulamentado pela Lei nº 1.533/51, passou a admitir a suspensão - pelo Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do recurso - da liminar ou do cumprimento da sentença, consoante previsto no art. 4º, da Lei nº 4.348/64. A Administração Pública, tal como

na vigente Lei nº 12.016/09, não precisava sequer recorrer. Através de requerimento, em princípio fundamentado, bastava invocar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, para sustar os efeitos da decisão, podendo acarretar prejuízo para o impetrante ou extinção do seu direito líquido e certo, às vezes de natureza fundamental.

Durante a vigência da revogada Lei nº 1.533/51, a suspensão da execução não se limitava aos mandados de segurança. A Lei nºs 5.021/66 autorizava e as Leis nºs 8.038/90, 8.437/92 e 9.494/97 ainda autorizam a sustação das medidas de urgência e decisões das autoridades judiciárias, nas ações individuais ou coletivas. A suspensão da execução das medidas liminares e das decisões pode se estender até o seu trânsito em julgado, numa acirrada demonstração de força de Leviatã contra Têmis, na tutela de direitos dos administrados.¹⁸

As Leis nºs 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66, que cuidavam do mandado de segurança e da suspensão das decisões foram revogadas pela Lei nº 12.016/09. Contudo, quase nada mudou. As prerrogativas continuam e foram até alargadas.

O novel diploma legal proscreve a concessão de liminar em situações que podem reclamar pronto deferimento da medida *in initio litis*. Demais disso, reforçou a suspensão da execução da liminar e da sentença, através de: a) novo pedido de suspensão ao tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário, quando negado provimento ao agravo de instrumento interposto contra a decisão que concedeu a liminar (art. 15 § 2º); b) suspensão das liminares cujo objeto seja idêntico, através de uma única decisão, com extensão da sua eficácia a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original (art. 15 § 5º). Sem dúvida, os impetrantes do *writ of mandamus*

¹⁸ Rogério Pacheco Alves, ao comentar sobre esse tema, assevera: “Aqui reside, talvez, um dos maiores riscos à efetividade do processo principal e ao próprio princípio do acesso à justiça, uma vez que, como é sabido, o trânsito em julgado de decisões, principalmente contra o Poder Público, dada a multiplicidade de instrumentos recursais e de prerrogativas processuais em seu favor, é algo bastante demorado, o que indubitavelmente põe em xeque a plena eficácia de um sem número de direitos fundamentais” (*Prerrogativas da Administração Pública nas Ações Coletivas*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 232-233).

mais terão que aguardar para ver corrigida a ilegalidade ou o abuso de poder cometido pela autoridade.

A manutenção de multifárias prerrogativas da Administração Pública em juízo funciona como instrumento de postergação do cumprimento das medidas coercitivas de maior densidade jurisdicional ou das decisões provisórias e definitivas e as convola em verdadeiros privilégios, que proporcionam às autoridades públicas protrair seus efeitos no tempo.¹⁹

Isso se deve ao fato de o Executivo se associar ao Legislativo para, de tempo em tempo, com o seu auxílio, obter a edição de mais um diploma legal, com o firme propósito de protrair os efeitos de decisões judiciais, além de proclamar que pretende se furtrar ao controle jurisdicional, revelando procedimento incompatível com os princípios que regem a harmonia entre os Poderes e o Estado Democrático de Direito, invocando quase sempre, o princípio da separação dos poderes. Trata-se de expediente encetado em sentido contrário do pleno acesso à jurisdição.

Quando se trata de Fazenda Pública, tudo se modifica. Direitos fundamentais, que a própria Administração Pública está encarregada de tutelar, passam a ser tratados como interesses secundários. Nesses casos há interesse na demora da entrega da prestação jurisdicional. A rapidez cobrada pela classe política e pelo Executivo só vale para os processos que envolvem interesses e conflitos particulares. Fica assim demonstrado que não há vontade legislativa em assegurar aos administrados meios eficazes para digladiar com a Administração Pública e obter a efetivação da tutela judicial; além disso, o anacronismo da legislação brasileira, convolvando a garantia constitucional do pleno acesso à jurisdição em direito de segunda ou de terceira geração.

¹⁹ Cláudio Brandão de Oliveira adverte que “o tratamento processual diferenciado, proporcional às necessidades do Estado, atende ao interesse público a partir do momento em que as condenações decorrentes da deficiente representação processual serão suportadas por toda a coletividade. Só não há, portanto, amparo constitucional e legal para privilégios que não se mostrem compatíveis com as necessidades do Estado. A criação por lei de tratamento processual diferenciado para o Estado, sem a correspondente razão do interesse público, viola a isonomia processual e deve ser reprimida com rigor” (*Manual de Direito Administrativo*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 278).

A maioria dos países europeus conta com um código do contencioso judicial administrativo. Na Alemanha vigora o Código de Jurisdição Administrativa (VwGO) desde 1960, fixando a competência da Justiça Administrativa para os litígios de caráter público, que não versem sobre conflitos referentes às jurisdições administrativas especializadas, tais como a social e a financeira. A Espanha adotou a Lei reguladora da Jurisdição Contencioso-administrativa em 1998. Portugal editou o novo Código de Jurisdição Administrativa e o Código de Organização da Justiça Administrativa em 2002. A Itália introduziu reformas nas leis que cuidam dos processos pertinentes à atividade administrativa e à efetivação da tutela de urgência. Os países que procederam às reformas da legislação pertinente ao contencioso administrativo não tiveram em mente suspender a execução de medidas de urgência, nem os efeitos da sentença até o seu trânsito em julgado.²⁰

Aqui, ao reverso, não há sequer projeto de lei, nem o tema é ventilado nos meios jurídicos, salvo no âmbito acadêmico. A situação atual é por demais vantajosa para o Poder Público quando litiga com o particular. Enquanto não se editar um código ou uma lei do contencioso judicial administrativo, para sua aplicação nos órgãos julgadores da jurisdição civil que fazem as vezes da jurisdição administrativa brasileira, adotando, dentre outros princípios, o da paridade de armas, o acesso à jurisdição não pode ser considerado uma garantia plena dos que pretendem litigar ou litigam com as pessoas jurídicas de direito público.

Isto é dito porque a suspensão da efetivação das decisões e sentenças, pelo Presidente do Tribunal competente para apreciar os recursos das ações que originaram os pronunciamentos interlocutórios ou de mérito - mediante a alegação de grave lesão aos interesses da Administração Pública, por meio de requerimento não

²⁰ Como diz Karl-Peter Sommermann, “é, hoje, evidente o consenso sobre a necessidade de garantir uma tutela judicial efetiva, bem como a de sua implementação por meio de um direito processual adequado. Inclusive nos Estados como os que até agora permaneciam com as estruturas tradicionais de uma justiça administrativa, na qual o cidadão possuía à sua disposição somente o recurso de anulação e não, o de medidas cautelares efetivas, a situação tem sido alterada profundamente” (Código de Jurisdição Administrativa, o Modelo Alemão, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 19).

erigido em recurso - é a maior demonstração da inaplicabilidade do princípio da paridade de armas no âmbito da Justiça Administrativa. Essa odiosa prerrogativa da Fazenda Pública em juízo, nos dias coevos, se assemelha ao arremedo de delegação de competência do Presidente da República ou do Governador de Estado ao Presidente do Tribunal, para não efetivar a decisão que envolve direito patrimonial do administrado litigante, de modo que o Erário fique, enquanto puder, imune à satisfação da prestação. Faz lembrar a época imperial, em que o Conselho de Estado, órgão subordinado ao Imperador, via Poder Moderador, tinha competência para os feitos do contencioso administrativo (Cf. Edson Alvisi Neves, **O Tribunal do Comércio**, p. 193-194).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A garantia do acesso à jurisdição tem se mostrado plena para solucionar conflitos aforados entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Desde a promulgação da Carta Política de 1988 todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País não mais hesitam em ingressar em juízo para fazer valer suas pretensões ou se defender. É sabido que, na era da pós-constituição do final do século XX, houve maior assimilação dos direitos pelos indivíduos participativos, que se tornaram mais esclarecidos, em razão dos meios de comunicação numa época globalizada, onde o acesso à informática e à Internet se faz presente, ainda que nos grupos e populações carentes de recursos.

A função jurisdicional, desenvolvida através do processo, tem sido incansável, ostentando eficiência e se apresentando como uma das mais relevantes atividades do Estado. A restrição à sua eficiência se resume às demandas deflagradas em desfavor da Fazenda Pública, tendo em vista as razões expostas, traduzidas em circunstâncias alheias à vontade dos juízes, impedidos de conceder tutelas de urgência e de determinar o pronto cumprimento de suas decisões, por força de dispositivos legais constantes de legislações que privilegiam os entes públicos e suas autoridades.

Por outro lado, o instrumento da jurisdição tem mostrado sua eficiência na garantia do exercício dos direitos individuais. Todavia, no que pertine aos direitos difusos e coletivos, o mesmo não

pode ser dito, em decorrência das omissões do Executivo, nos três níveis de governo, em atender aos interesses difusos e coletivos dos jurisdicionados.

O controle jurisdicional destinado a corrigir as omissões do Executivo só é possível quando ocorre fato concreto que viole direitos individuais, coletivos ou difusos. Em abstrato, ou seja, em caráter amplo, tem-se que é constitucionalmente vedada a expedição de resolução judicial para garantir aos indivíduos participativos o atendimento daqueles direitos, em decorrência do princípio da independência dos Poderes, inscrito no art. 2º, da Carta Federal. Na impossibilidade da Administração Pública ser compelida pelo Judiciário a implementar direitos fundamentais dos quais são titulares, em caráter irrestrito, os administrados devem aguardar a ofensa aos seus direitos, por ação ou omissão, para que a atividade jurisdicional possa ser desenvolvida.

A grande maioria dos jurisdicionados recolhe tributos exigidos e aguarda o Executivo implementar direitos fundamentais referidos na Constituição Federal, tais como saúde, educação, saneamento básico, segurança pública, transporte coletivo eficiente e outros que são postergados. Quando convém ou está imbuído de fins eleitorais, o faz. Do contrário, mantém-se na inércia. A jurisdição, contudo, não pode desenvolver atividade voltada a compelir a Administração Pública a cumprir o dever de implementá-los, em reverência ao princípio da separação dos poderes, tal como analisado.

O Pacto Maior da Nação, ao dispor nos arts. 1º, 3º, 5º e 6º acerca dos princípios fundamentais e direitos sociais, perfilhou, expressamente, o Estado Democrático de Direito voltado para o Estado Social, realizável através da distribuição dos mencionados benefícios, principalmente aos indivíduos menos favorecidos.²¹ A

²¹ Lênio Luiz Streck anota que “ora não parece muito difícil entender que a Constituição de 1988 abraçou a idéia do Estado Social, que está alicerçado nos dispositivos que apontam para a sua realização (através de dispositivos que estabelecem a justiça social, a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza, das desigualdades regionais, etc., assim como por outros mecanismos de sustentação desses objetivos, como os dispositivos que asseguram a busca dos recursos pelo Estado e que asseguram a intervenção na economia)”, *in* *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica - Uma Nova Crítica do Direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 554.

implementação daqueles direitos, no entanto, não vem ocorrendo.²²

De outra parte, o comportamento omissivo incute na população o que vem sendo chamado na doutrina de “decadência” do Executivo. Em razão disso, os indivíduos atingidos, estigmatizados pelas omissões e descrentes da iniciativa da Administração Pública em implementar ditos benefícios vêm tentando, através dos meios processuais colocados à sua disposição, individual ou coletivamente, acessar a jurisdição na esperança de obtê-los.²³

Se não fossem as omissões do Executivo, os indivíduos participativos não precisariam tentar buscar na jurisdição a garantia dos seus direitos fundamentais. As tentativas de afastar as omissões do Executivo, via jurisdição, são sempre bem-vindas, ainda que


²² Áurea Pimentel Pereira, no estudo sobre “A Justiça e os Direitos Fundamentais do Homem”, abrangendo os direitos sociais, registra: “É certo que as liberdades públicas e as conquistas sociais obtidas com a edição da Carta Política de 88, que restaurou no país o Estado Democrático de Direito, se revestem de enorme expressão, notadamente se e quando a todos os cidadãos estão sendo prometidos o gozo e a fruição de direitos tidos como fundamentais, a saber: o direito à liberdade, à igualdade, a uma existência digna, a verdadeira justiça social, ao lado da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, I e III). É de se lamentar, todavia, que muitas das promessas solenemente feitas pelo legislador constituinte na referida Carta não se tenham, ainda, se tornado efetivas para a redução do verdadeiro abismo de desigualdades que separa os homens em sociedade, grave problema - aliás não só do Brasil - que os governos, por falta de vontade política, não puderam até os presentes dias solver. Enquanto não ocorrer, isto é, enquanto não se instaurar efetivamente no país uma verdadeira justiça social, que J. Cretella Jr. prefere denominar ‘justiça distributiva’, impossível será assegurar ao homem em sociedade, em toda sua amplitude, o efetivo gozo dos direitos fundamentais, prometidos no texto constitucional. Espera-se que no futuro, com o despertar das consciências, possa se concretizar, como preconiza Fernando Whitaker, ‘um processo integral, que conjugue as atribuições do poder, com a dignidade de cada um, e que seja capaz de encarnar um ideal político e social de largas dimensões, conduzindo o povo para a sua realização’ (Ob. cit., p. 168)”, *in Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, v. 11, nº 43, 2008, p. 46-47).

²³ Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Resende de Carvalho, Manoel Palácios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos, com lastro em Antoine Garapon, *in Le Gardien de Promesses*, Paris, ed. Odile Jacob, 1996, p. 36, registram que, na sociedade democrática, o Estado tudo pode satisfazer, remediar e atender. “Daí que diante da sua decadência, as esperanças nele depositadas se transfiram para a Justiça. Doravante é nela, e via de consequência fora do Estado, que se encaminha a realização da ação política. O sucesso da Justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, em razão do desinteresse existente sobre elas e a perda do espírito público” (*A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*, Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p. 25).

limitadas a situações concretas. Nesses casos, devem ser adotados meios necessários a reduzir as desigualdades, na impossibilidade do Judiciário determinar que o Executivo proceda às mudanças estruturais que possibilitem atingir a justiça social.²⁴

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária é o objetivo da República Federativa, de acordo com o art. 3º, I, da Lei Fundamental, como foi visto. O Executivo está vinculado não só a dar cumprimento ao que está inscrito no inciso I, do preceptivo constitucional mencionado, como também aos demais objetivos fundamentais da República, insculpidos nos incisos II, III e IV. Entretanto, apesar da crescente arrecadação tributária - que a Administração Pública comemora anualmente e anuncia com grande alarde pela imprensa - pouco faz em prol dos que mais necessitam, abalroando os princípios da dignidade da pessoa humana e da eficiência, versados nos arts. 1º, III e 37, da Constituição Federal.

Se o Poder Público não atua com observância do princípio da eficiência, a jurisdição, sempre que provocada, deve funcionar não se olvidando de se pautar por esse mesmo princípio. Se três são os Poderes da República, um deve se esforçar para funcionar bem - dentro das suas atribuições, ainda que em desfavor do outro - de modo a garantir aos administrados o exercício dos seus direitos fundamentais e a correção do que resultou em ofensa.

Enquanto as mudanças não chegam, os jurisdicionados podem contar com o acesso à jurisdição, toda vez que seus direitos forem atingidos por ação ou omissão do Poder Público. É ao que se deve assistir no Estado Democrático de Direito, aclamado na Carta da República, daí a relevância da função jurisdicional. 

²⁴ José Fernando de Castro Farias registra que “a justiça social pressupõe mudanças estruturais nos planos social, econômico, político e jurídico; pressupõe o desenvolvimento de uma outra economia, uma alternativa do capitalismo. O Estado tem de garantir uma estrutura de propriedade justa, uma distribuição de renda justa, um sistema tributário justo, o acesso à saúde pública e à educação pública de qualidade, bem como promover políticas públicas voltadas para o combate às desigualdades” (*Ética, Política e Direito*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 141).

Notas sobre a Execução Penal

Álvaro Mayrink da Costa

*Desembargador (aposentado) do TJ/RJ.
Professor da EMERJ e Presidente do seu
Fórum Permanente de Execução Penal.*

1. INTRODUÇÃO

O objetivo destas notas de aula é apresentar de forma clara e resumida o *thema* da execução penal na Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, sem maior aprofundamento no enfoque crítico, diante do tempo de exposição e anseios de seus destinatários.

2. OBJETIVOS DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

2.1 - A pena é a principal consequência jurídica do injusto penal. O *princípio da necessidade da pena* abarca os seguintes princípios: *legalidade*, *fragmentalidade* e *subsidiariedade*. Visa, teoricamente, a *prevenir e reprimir as condutas* transgressoras da norma penal, criminalizadas diante do *princípio da intolerabilidade*, para garantir a paz pública e a segurança social.

2.2 - O juiz deverá aplicar a *resposta penal*, observados os requisitos objetivos conforme os indicadores normativos (antecedentes, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias, consequências e comportamento da vítima), destacando, ao final, que seja *necessária e suficiente* para a *reprovação e prevenção* do crime.

2.3 - Saliento que sobre a *prevenção* podemos destacar três vertentes principais contemporâneas: a) Jakobs, defensor da concepção hegeliana, mas não adepto de uma teoria absoluta preventista, advoga que a *função da pena* não ultrapassa o limite da *confirmação de validade da norma violada*, visto que o objeto jurídico da tutela seria tão só a *norma* e não os *bens jurídicos* tutelados. Para tal vertente, a pena seria *garantista das expectativas sociais* e possuiria o escopo de instrumento de restauração

da ordem externa confirmatória da norma; **b)** a vertente roxiniana vê na aplicação da pena a ideia de *prevenção geral, positiva* ou *negativa*, pois intimidaria o destinatário diante da possibilidade de reincidir e manteria a macrossociedade mais segura durante o seu cumprimento; **c)** a vertente agnóstica sustenta que a pena não possui qualquer *função* ou *justificativa*, constituindo-se unicamente de um ato de poder. Sublinhe-se o pensamento de Tobias Barreto de que “*o conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político*”. Adiro à posição roxiniana da *prevenção geral positiva limitadora* que se expressa em *limitar* o poder punitivo do Estado em relação ao ato e à proporcionalidade, através de procedimento assegurado pelas garantias constitucionais.

2.4 - A *execução penal* tem por finalidade efetivar as disposições da sentença ou da decisão judicial proporcionando “*condições para a harmônica integração social do condenado ou do internado*”.

2.5 - Von Liszt sustentava que a pena era *necessária* para a manutenção da ordem jurídica e, conseqüentemente, para a manutenção do Estado. Em princípio, as penas e as medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a futura inserção social do transgressor da norma penal. São os objetivos da nossa Lei de Execução Penal.

2.6 - Nos tempos contemporâneos, vai-se sedimentando, diante do discurso do medo, a tese da legitimação do Direito Penal por sua eficácia, olvidando-se a sua construção liberal, tutelar e garantista ao relativar-se direitos fundamentais e garantias individuais. A nosso aviso, porém, a pena como *instrumento legal* objetiva a *proteção dos bens jurídicos*, reafirmando regras de convivência e, por última via, a *manutenção do controle social*. Busca, mediante condicionamentos e limitações, *conscientizar* o destinatário a *aceitar os valores macrossociais*, superando os questionamentos que possam traduzir um impasse existencial entre o transgressor e os valores impostos e aceitos pela comunidade dominante. Nos tempos contemporâneos, os criminólogos e penalistas se dedicam a buscar novas modalidades menos aflitivas e mais pedagógicas de substituição da pena privativa de liberdade,

evitando o encarceramento e humanizando a execução com absoluto respeito à dignidade da pessoa humana.

2.7 - Sublinhe-se que há uma pluralidade de *protagonistas* diante do conflito social, com interesses legítimos e corretas expectativas: a) a *vítima* (busca a reparação do dano); b) o *delinquente* (visa a inserção social); c) a *comunidade* (objetiva a paz e a segurança social).

2.8 - Os modelos ou paradigmas da *resposta penal* são três: a) *dissuasório* (prevenir a criminalidade); b) *ressocializador* (inserir e reformar o apenado); c) *integrador* (reparação do dano, conciliação, paz social).

2.9 - A macrosociedade é corresponsável e atenta aos *fins da pena*, sendo a pena privativa de liberdade um instrumento deletério que não educa, não socializa, não dá condições efetivas à futura e efetiva inserção social, *estigmatiza* e *desassocia*, pois a educação e a formalização do indivíduo para a liberdade se conflita com a perda da liberdade, em ambiente de miséria e opressão.

2.10 - Repete-se que a pena ainda é uma exigência traumática excludente, contudo ainda *imprescindível*, objetivando a *punição*, como *finalidade socialmente necessária*, uma relação de causa e não de finalidade. A pena, quanto aos seus fins, é *pluridimensional*, daí a dificuldade do aplicador e do executor na sua coordenação e hierarquização para alcançar seus múltiplos objetivos. Continua sendo “*uma amarga necessidade de uma comunidade de seres imperfeitos que são os homens*”. O que resta dizer é que o *valor intimidativo* está na certeza de sua *aplicação e execução*.

2.11 - As penas são destinadas a serem *cominadas, aplicadas e executadas*.

2.12 - O Direito Penal do século XXI será no sentido de aumentar o espectro de penas menos afitivas e das medidas formais alternativas à pena de prisão, ao lado de uma política social realística e eficiente de inclusão social. Recorde-se que Ferrajoli concluía que a prisão é “*uma instituição ao mesmo tempo antiliberal, desigual e atípica*”, e, em parte, “*lesiva para a dignidade das pessoas, penosa e inutilmente afitiva*”. Convenci-me que o caminho a trilhar no *presente* é *aperfeiçoar* o cumprimento da pena de

prisão, perante o sistema de assistências, quando *imprescindível*, e substituí-la, quando oportuna e possível, por medidas alternativas e, no *futuro*, consciente de que a prisão perverte, deforma, avilta e embrutece, *substituí-la* por sanções menos afluivas e mais pedagógicas, que efetivamente possam contribuir para a inserção social, ou que, no mínimo, reduzam os danos, pois não podemos olvidar que vivemos em uma sociedade em funcionamento em que a criminalidade é um fenômeno normal.

2.13 - A pena é justificada por sua *necessidade, oportunidade e proporcionalidade*, constituindo-se em um instrumento do Estado para *realizar o equilíbrio do conflito de interesses*, observado o *princípio da intolerabilidade*, a fim de buscar a segurança e a paz social. A *necessidade* específica da pena privativa de liberdade se justifica quando o comportamento do sujeito se torna *intolerável* à convivência livre e pacífica dos cidadãos, após o esgotamento de todas as medidas de controle social, que resultaram inadequadas ou não satisfatórias.

2.14 - Nos tempos modernos e contemporâneos, antes de tudo, procura-se *evitar o encarceramento*, substituindo-o por uma alternativa à pena privativa de liberdade, quando houver a *possibilidade* de evitar a contaminação deletéria do cárcere e suas consequências, num processo gradual abolicionista.

2.15 - A história da pena é a história da luta por sua abolição e por estágios reformistas na defesa do *princípio da dignidade da pessoa humana* contra os abusos do poder estatal. O Direito Penal deve buscar o *equilíbrio* entre a realização de *funções simbólicas e funções instrumentais*.

2.16 - Passam-se os séculos e a prisão continua marcada por três vulnerabilidades básicas: **a) superlotação; b) ociosidade; c) promiscuidade.**

2.17 - O processo de *massificação* destrói qualquer tentativa prática de implantação de um sistema científico-pedagógico, tornando falido o *mito da ressocialização*.

2.18 - O cumprimento da pena é um episódio trágico para quem suporta e um fator constante de conflito, colocando em risco real e efetivo a segurança e a paz social.

2.19 - O direito de punir possui três fundamentos: **a) a defesa social; b) o ideal de reforma do transgressor; c) a intimidação geral e especial.**

2.20 - Note-se que a pena possui caráter *aflitivo* (priva o condenado de direitos e bens fundamentais) e retributivo, na proporção em que, na sua qualidade e quantidade, teoricamente, representa o desvalor da lesão ao bem jurídico violado. A pena é regida pelos *princípios*: **a) da oportunidade; b) da proporcionalidade; c) da anterioridade da lei; d) da individualidade; e) da necessidade.** São *características* da pena, do ponto de vista jurídico: **a) a legalidade; b) a igualdade; c) a individualidade;** e, por consequência ela é: **a) personalíssima** (não se estende aos familiares); **b) inderrogável** (certeza da aplicação); **c) proporcional** (ao desvalor do injusto praticado).

2.21 - A pena *justa*, repita-se, é a *necessária, oportuna e proporcional*, abarcados em todos os três momentos: **a) cominação; b) aplicação; c) execução.**

2.22 - O quadro das penas no Direito pátrio pode ser sintetizado: 1. *Penas privativas de liberdade*: **a) reclusão; b) detenção; c) prisão simples;** 2. *Penas restritivas de liberdade*: **a) prisão domiciliar; b) limitação de fim de semana; c) prestação de serviço à comunidade;** 3. *Penas restritivas de direitos*: **a) interdições; b) proibições;** 4. *Penas pecuniárias*: **a) multa; b) prestação pecuniária; c) pena de perda de bens e valores;** 5. *Penas morais*: **a) advertência; b) admoestação;** 6. *Pena de morte*: Código Penal Militar, em tempo de guerra.

2.23 - Alinho como *princípios* que regem a execução penal:

1. *Princípio da legalidade;* 2. *Princípio da isonomia;* 3. *Princípio da jurisdicionalidade;* 4. *Princípio do duplo grau de jurisdição;* 5. *Princípio do contraditório legal;* 6. *Princípio da humanização da execução da pena;* 7. *Princípio da individualização do regime prisional;* 8. *Princípio da pluralidade de atos;* 9. *Princípio da participação comunitária;* 10. *Princípio da vedação discriminatória;* 11. *Princípio da vedação das penas infamantes ou cruéis;* 12. *Princípio da cidadania;* 13. *Princípio da proporcionalidade;* 14. *Princípio da assistência.*

2.24 - Para que a *execução da pena* atenuo o mal da prisão, que é a própria pena privativa de liberdade, impõe-se uma noção ampla e integradora de intervenção estatal, que exige um *modelo conceitual*, com *programas assistenciais estruturados, claros e duradouros*, a possibilitar a real e efetiva inserção social.

2.25 - Sob um paradigma crítico, a Lei de Execução Penal¹ é uma verdadeira *Carta de Princípios* diante do quadro realístico das prisões brasileiras. Ao final desta primeira década do século XXI, o Estado e a sociedade civil se conscientizam, através do *programa de mutirões carcerários* permanentes e das comissões parlamentares de inquéritos, a fim de procurar atingir os seus objetivos: **a) efetivar as disposições da sentença ou de decisão judicial;** **b) proporcionar condições para a harmônica e futura integração social do condenado ou internado**, reforçando, assim, no Estado social democrático de direito o princípio da dignidade da pessoa humana.

2.26 - São órgãos da execução penal: **a) Juízo da Execução;** **b) Ministério Público;** **c) Conselho Penitenciário;** **d) departamento Penitenciário;** **e) Patronato;** **f) Conselho da Comunidade.**

3. SISTEMAS E REGIMES

3.1 - Em breve síntese, destacamos historicamente os três principais *modelos penitenciários*: **a) pensilvânico** (regime Filadélfia). Caracteriza-se pelo *isolamento celular e sua separação*, evitando a *promiscuidade*, bem como abrindo oportunidade para que os presos meditassem sobre os delitos cometidos, objetivando a conscientização dos erros e visando a melhora comportamental. O regime pensilvânico impunha *isolamento contínuo e absoluto*, havia inexistência de trabalho e era obrigatório o silêncio total para *“suavizar a alma pelo arrependimento”*; **b) auburniano**. Caracteriza-se pelo trabalho diurno em coletividade, mas com a imposição do *silêncio absoluto* entre presos e estes com os guardas das unidades prisionais. O isolamento era durante o período noturno;

¹ Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

c) *progressivo irlandês*. Caracteriza-se como regime fechado, mas não mais havia a necessidade de guardar silêncio durante o trabalho, inclusive admitindo o trabalho extramuros. Os presos não mais usam uniformes, não sofrem penas corporais, escolhem a natureza do trabalho e recebem parte do pecúnio. O sistema progressivo é o adotado pelo Brasil e pelas legislações contemporâneas.

3.2 - Salienta-se que o *mérito* é o critério que comanda a *execução progressiva*. A pena privativa de liberdade será executada em *forma progressiva* com a transferência do regime mais rigoroso para o menos rigoroso, a ser determinado pelo juiz da execução, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 da pena no *regime anterior* e ostentar *bom comportamento carcerário* comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedem a progressão. Aduza-se, como sempre sustentamos, que o juiz da execução poderá determinar a realização do *exame criminológico*, desde que fundamentado, observado o *perfil do condenado*, a fim de diminuir o risco de conflito pela inadequação da mudança na individualização do regime de cumprimento da pena (Súmula vinculante nº 26 do STF: “*Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico*”).

3.3 - A decisão será sempre motivada e precedida da manifestação do Ministério Público e do defensor. Idêntico procedimento será adotado em relação ao livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitadas as normas que vedam a progressão.²

3.4 - No que concerne à *comutação* de pena (Dec. nº 4.495/2002), os requisitos são todos de natureza objetiva, pois o requisito subjetivo previsto no art. 1º, § 1º, II do diploma (avaliação, por decisão motivada do juiz, de condições pessoais) se

² Lei nº 10.792, de 1.12.2003.

refere ao *indulto*. Vedada a *interpretação extensiva*, não se pode criar condição não prevista *ex lege* do art. 84, XII da CF/1988.³ Dispensável o parecer do Conselho Penitenciário. É a posição do Superior Tribunal de Justiça, ressaltando a hipótese do decreto de comutação *per se* prever requisitos subjetivos.

3.5 - Quando houver condenação por mais de um crime no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento de pena será feita pelo resultado da soma ou *unificação das penas*, observada, quando for o caso, a *detração* ou a *remição*.

3.6 - O Supremo Tribunal Federal editou Súmula nº 715 no sentido da *pena unificada*, para atender o limite máximo de 30 anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não se aplica ao deferimento de outros benefícios (*pena aplicada*), como o livramento e a progressão do regime mais favorável de execução. Outrossim, admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou aplicação de regime menos severo nela determinada *antes* do trânsito em julgado da sentença condenatória (Súmula nº 716). Recorde-se que a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a *pena aplicada* exige motivação idônea (Súmula nº 718).

3.7 - É oportuno salientar, para efeitos didáticos, algumas questões que transitam em relação à progressão de regime. *Indaga-se se a fração de 1/6 deve incidir* sobre o total ou restante da pena? Há duas correntes: a) o cálculo terá como base a pena imposta na sentença que está se executando e não o tempo que *resta* da pena. É a posição do Supremo Tribunal Federal; b) se o condenado cumpriu 1/6 do regime anterior e obteve a progressão, para a nova progressão, deverá cumprir tão só 1/6 da *pena restante* e não da *pena total aplicada*. É a posição do Superior Tribunal de Justiça. É a nossa posição.

3.8 - No caso dos *crimes hediondos* (Lei nº 11.464/2007), a progressão fica condicionada a ter o requerente cumprido mais de 2/5 da pena, ou de 3/5, se reincidente.

³ STJ, REsp 762.006-SP, rel. Min. Celso Limongi, j. 4.2.2010.

3.9 - Na hipótese de *recaptura*, conta-se 1/6 da data da recaptura, pois seria inócua a regressão para o regime fechado.

3.10 - Pela Lei nº 10.763/2003 (§ 4º do art. 33 do CP), o condenado por crime contra a administração pública terá progressão de regime *condicionada à reparação do dano* que causou ou à *devolução do produto do ato ilícito*, salvo impossibilidade de fazê-lo.

3.11 - O Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de *afastar a vedação de progressão* de regime de cumprimento de pena a *pessoa estrangeira que responde a processo de expulsão*, pois não seria lícito cogitar de proibição genérica diante da cláusula constitucional que impõe a individualização da pena. Foi *repelida* a tese de que o estrangeiro estaria proibido de encontrar trabalho, diante do art. 98 do Estatuto do Estrangeiro, bem como da pendência de procedimento de expulsão. Qualquer pessoa tem direito à progressão de regime prisional diante do art. 112 da Lei de Execução Penal, não sendo retirado do estrangeiro a possibilidade de reinserção social.⁴ Em síntese, o estrangeiro sem domicílio no país e objeto de expulsão, ainda que preso por tráfico de drogas, *não se constitui em óbice à progressão de regime de cumprimento de pena*.

4. ESTABELECIMENTOS, REGIMES E AUTORIZAÇÕES DE SAÍDA

4.1 - Os estabelecimentos penais (penitenciária, colônia agrícola, industrial ou similar, casa de albergado, centro de observação criminológica, hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e cadeia pública) destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança e ao preso provisório que, conforme a sua natureza, deverão contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.

4.2 - Nossa legislação adota o *regime progressivo* do mais grave para o menos grave, não se olvidando que no regime de cum-

⁴ STF, HC 97.147, rel. orig. Min. Ellen Gracie, rel. p/ o acórdão Min. Cezar Peluso, j. 4.8.2009.

primento da pena é finalidade essencial à valia dos provimentos condenatórios.

4.3 - Numa abordagem geral poderíamos observar os *vários estágios* progressivos à busca da inserção social: **a) fechado** (segurança máxima e média); **b) semiaberto** (colônia agrícola, industrial ou similar); **c) aberto** (casa do albergado e prisão domiciliar).

4.4 - Nos tempos contemporâneos, discute-se a validade do regime aberto e a inclusão do livramento condicional como última etapa do sistema progressivo.

4.5 - Podemos, então, distinguir:

a) Regime fechado. Será cumprido em *penitenciária*, com restrição das atividades laborativas pelo rigor da vigilância dos apenados considerados portadores de *alto risco transgressor* em razão da *pena imposta* (reclusão superior a oito anos) e reincidência (reclusão ou detenção) e, na execução, aos que tiverem sido *regredidos*.

O regime *disciplinar diferenciado* é aplicado nas hipóteses previstas no art. 52 da Lei da Execução Penal, devendo a decisão ser *fundamentada* pelo juiz da execução e determinado em processos de execução observado o *due process of law*. Registre-se que a Carta Política veda a *pena cruel* (art. 5º, III c/c XLIX e art. 1º, III, CF/88), duração máxima de até 360 dias, sem prejuízo de *repetição* da sanção disciplinar por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de *um sexto da pena aplicada* (considerados presos de *alto risco* para a ordem e segurança macro e microsocial).

A gravidade *genérica* do delito *per se* não justifica a imposição do regime fechado.

No *crime hediondo*, a regra para a imposição do regime prisional inicial é a vigente para todos os injustos penais.

O art. 10 da Lei nº 9.034, de 3.5.1995 (Lei de Prevenção e Repressão ao Crime Organizado) estipula que “*os condenados por crimes decorrentes de organização criminosa iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado*”. Não há tipificação do que seja *organização criminosa*, tanto que há o projeto em curso no Congresso Nacional.

b) Regime semiaberto. É uma ponte de transição no processo de inserção social. Inspira-se na *confiança* e no *mérito*. Nele pode começar a cumprir a pena o condenado cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito anos *ex vi* do art. 33, § 2º, *b*, Código Penal). É admissível a adoção do regime semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos, se favoráveis as circunstâncias judiciais (Súmula nº 269 do STJ).

A expressão normativa *poderá* (alíneas *b* e *c* do § 2º do art. 33 do CP) significa que o juiz deverá apreciar no caso concreto as condições objetivas e subjetivas.

O *trabalho externo* é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos, profissionalizantes, ou de instrução de segundo grau ou superior.

O exame criminológico é *facultativo*, podendo o juiz da execução determiná-lo para aferir as *condições pessoais de adaptabilidade* ao novo regime desde que *motivada* a decisão (observação do *perfil* do apenado). A matéria está submetida ao Congresso para *reforma* e já está em vigor a súmula vinculante nº 26 do Supremo Tribunal Federal.

Os indicadores do art. 59 do Código Penal se aplicam ao fixar o regime.

Na hipótese de *falta de vagas* no regime semiaberto, há duas posições: **a)** aguardar a vaga, permanecendo no regime fechado; **b)** aguardar a vaga no regime aberto.⁵ É a nossa posição.

O Supremo Tribunal Federal afastou a possibilidade de o apenado ser submetido, no cumprimento da pena que lhe fora imposta, a regime mais gravoso do que o previsto no título condenatório. A *falta de vagas* no regime semiaberto não implicaria transmutação a ponto de alcançar a forma fechada e implicitamente a consequência natural seria a *custódia em regime aberto* e, inexistente a casa de albergado, a *prisão domiciliar*.⁶

O *regime semiaberto* caracteriza-se pelas saídas temporárias, sem fiscalização direta (escolta) para possibilitar que o ape-

⁵ STF, HC 87.985-SP, 20.3.2007, m. v., Informativo 460.

⁶ STF, HC 96.169, rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.8.2009.

nado possa frequentar curso supletivo, profissionalizante ou de instrução do segundo grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução, na dicção do art. 122 da Lei da Execução Penal. As *saídas temporárias* poderão ocorrer para *visitar a família* ou a participação em *atividades para o retorno ao convívio social*.

A autorização para as *saídas temporárias* depende: a) do *comportamento adequado* do condenado; b) do *cumprimento de 1/6 da pena (primário)* ou de *1/4 (reincidente)*; e c) da *compatibilidade com os objetivos da pena*, conforme o art. 123 do Código Penal. Diz a Súmula nº 40 do Superior Tribunal de Justiça: “*Para a obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento no regime fechado*”.

Com a edição da Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010, foram alterados o Código Penal e a Lei de Execução Penal para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta (*monitoração eletrônica*).⁷ O sistema de vigilância eletrônica é constituído por um conjunto de equipamentos, aplicações informáticas e sistema de comunicação que permitem detectar à distância a presença ou ausência do acusado ou condenado em determinado local. O legislador estabeleceu que a ausência legal de vigilância direta não impede que o juiz da execução, quando assim o entender através de decisão fundamentada, determine a monitoração eletrônica do *condenado*.⁸ A fiscalização por meio da monitoração eletrônica é *facultativa* (consentimento do *acusado* ou *condenado*), em duas situações fáticas: a) autorizar a *saída temporária* no regime *semiaberto*; b) determinar a *prisão domiciliar*. A nossa legislação restringe a faculdade da vigilância eletrônica à saída temporária no regime semiaberto e ao determinar a prisão domiciliar (medida de coação de obrigação de permanência na habitação), não dando destaque aos casos de reclusos portadores de doença grave, evolutiva e irreversível ou de deficiência grave e permanente ou idosos, bem como na prevenção de violência doméstica e a assistência das suas vítimas, como o fez o diploma português

⁷ Álvaro Mayrink da Costa, “Monitoramento Eletrônico: Lei nº 12.258, de 15 de julho de 2010”, in 196ª Reunião do Fórum Permanente da Execução Penal, EMERJ, 8.7.2010.

⁸ Art. 122, parágrafo único, LEP.

(8.4.2010). Sublinhe-se que entre os *deveres especiais do acusado* ou *condenado* sob monitoração eletrônica: **a)** receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações (vigilância permanente); **b)** abster-se de *remover, violar, modificar, danificar* de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou *permitir* que terceiro o faça. No elenco de sanções diante do devido processo administrativo (*due process of law*) o juiz da execução *poderá* (faculdade) optar entre as seguintes medidas: **a)** regressão de regime; **b)** revogação da autorização de saída; **c)** revogação da prisão domiciliar; **d)** advertência por escrito. Outrossim, a monitoração eletrônica *poderá ser revogada*: **a)** quando se tornar desnecessária ou inadequada; **b)** se o *acusado* (admite ao preso cautelar) ou *condenado* violar os deveres a que estiver sujeito durante a sua vigência ou vier a cometer *falta grave*. A implementação da monitoração eletrônica dependerá de regulamentação do Poder Executivo. O monitoramento eletrônico não foi adotado no regime aberto, nas penas restritivas de direito, no livramento condicional e na suspensão condicional da pena diante a sistemática prevista em nosso ordenamento jurídico-penal (individualização, proporcionalidade e suficiência da execução), como apontado nas razões de veto.

Ao conceder a *saída temporária*, o juiz da execução *imporá* (obrigatória) ao beneficiário as seguintes condições, entre outras que entender compatíveis com as circunstâncias do caso e situação pessoal do *condenado* (facultativa): **a)** fornecimento do endereço onde reside a família a ser visitada ou onde poderá ser encontrado durante o gozo do benefício; **b)** recolhimento à residência visitada, no período noturno; **c)** proibição de frequentar bares, casas noturnas e estabelecimentos congêneres. Na hipótese de frequência a curso profissionalizante, de instrução de ensino médio ou superior, o *tempo de saída* será o necessário para o cumprimento das atividades discentes. Nos demais casos, as autorizações de saída somente poderão ser concedidas no prazo mínimo de 45 dias de intervalo entre uma e outra.

As *permissões de saída* são dadas aos condenados em regime fechado ou semiaberto e aos presos provisórios, mediante escol-

ta, quando: **a)** houve falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão; **b)** no caso de tratamento médico, durante o tempo necessário à finalidade da saída, por ordem do diretor do estabelecimento penal.

c) Regime aberto. Baseia-se na *autodisciplina* e no *senso de responsabilidade do condenado*.

Características legais: **a)** o condenado deverá ficar fora do estabelecimento sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e os dias de folga; **b)** o regime aberto deverá ser cumprido em *Casa de Albergado*, que deverá situar-se no centro urbano, sem obstáculos para evitar a fuga, com aposentos para presos e local adequado para cursos e palestras, conforme os arts. 93 a 95 da Lei de Execução Penal. Na hipótese de inexistência de *Casa de Albergado*, consolidou-se a utilização do *regime de prisão albergue domiciliar*, originalmente destinada aos maiores de 70 anos, acometidos de doença grave, ou condenados com filho menor ou deficiente físico ou mental ou gestante, na dicção do art. 117 da Lei de Execução Penal.

O Superior Tribunal de Justiça já firmou: “*Não se acolhe a alegação de constrangimento ilegal em virtude da expedição de mandado de prisão contra condenado em regime aberto, pois a guia de recolhimento é condição essencial para que se dê início à execução da pena. Cumprido o mandado e expedida a competente guia, o defensor poderá pedir a prisão albergue domiciliar, a qual não se confunde com o regime aberto de cumprimento de pena*”.⁹

Registrem-se as hipóteses de regressão do regime aberto: **a)** *prática de ato definido como crime doloso* (sustar cautelarmente o regime aberto); **b)** *frustrar os fins da execução* (falta grave ou ausentar-se durante o repouso noturno); **c)** *não pagamento da multa cumulativamente aplicada, podendo fazê-lo* (responsabilidade e disciplina); **d)** *condenação por crime anteriormente praticado*, mas que torne a soma das penas incompatíveis com o regime.

⁹ STJ, RHC 8.835-SP, 5ª T., rel. Min. Gilson Dipp, j. 23.11.1999, DJ 14.2.2000, 46.

Na hipótese de regressão, teria que regredir para o regime anteriormente fixado na sentença? Entendemos que depende do caso concreto.

O Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência que a Lei de Execução Penal não exige o trânsito em julgado de sentença condenatória para a regressão de regime, sendo suficiente que o condenado tenha praticado fato definido como crime doloso *ex vi* do art. 118, I.¹⁰

d) Regime especial. As mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, na dicção do art. 82, § 1º da Lei de Execução Penal, que ainda poderá ser dotado de seção para gestante ou parturiente e de creche com a finalidade de assistir ao menor desamparado cuja responsável esteja presa.

Assim, as instalações serão dotadas de um *berçário*, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamenta-los, no mínimo, até *seis meses de idade*. Note-se que os estabelecimentos penais para mulheres deverão possuir, *exclusivamente, agentes do sexo feminino na segurança de suas dependências internas*.

e) Não se aplicam as regras previstas na Lei de Execução Penal aos condenados por *crime militar*, cuja pena seja cumprida em estabelecimento militar adequado (regras diferenciadas de disciplina e hierarquia).¹¹

5. TRABALHO PRISIONAL

5.1 - O trabalho do condenado, como *dever social e condição de dignidade humana*, terá finalidade educativa e produtiva. Os condenados estão *obrigados ao trabalho interno* (manutenção da unidade prisional) na medida de suas forças e aptidões, como dever social e condição de dignidade da pessoa humana.

5.2 - Não podemos olvidar que a prisão dista muito de seguir o ritmo acelerado da macrosociedade, pois os cárceres são arquipélagos ocupados por tarefas rudimentares e durante muito tempo houve pressões político-empresariais contra a produção peniten-

¹⁰ STF, HC 97.218-RJ, 1ª T., rel. Min. Ellen Gracie, j. 12.5.2009.

¹¹ STF, HC 85.054-SP, 1ª T., rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 20.9.2005, Informativo 402.

ciária, sob o fundamento da mão de obra barata. Na atribuição do trabalho deverão ser levados em conta: a) a *habilitação*; b) a *condição pessoal*; c) as *necessidades futuras do preso*; bem como d) as *oportunidades oferecidas pelo mercado*. O trabalho proporciona ao recluso a aquisição e manutenção das aptidões para o exercício de uma profissão, qualificando a mão de obra, *promovendo a autoestima e gerando condições e estímulo* para antecipar a liberdade.

5.3 - O trabalho é o núcleo central do processo de socialização, razão pela qual o Estado tem o dever de promovê-lo, mas, infelizmente, não é disponível nas unidades prisionais para a massa carcerária, embora consagrado na nossa legislação o dever de trabalhar, ressaltando que somente os *presos provisórios não estão obrigados a trabalhar* (facultativo).

5.4 - O trabalho prisional não pode ter *caráter aflitivo*, sendo um instrumento básico para a qualificação profissional do apenado para a sua futura inserção social, *retirando-o da ociosidade no cárcere e estimulando a formação de pecúlio e a remição de pena*. O trabalho do preso será sempre *remunerado*, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 do salário mínimo. No regime semiaberto o trabalho extramuros agrava os custos do apenado diante do pagamento do transporte até o local de sua prestação e retorno à unidade prisional, razão pela qual o salário deveria ser o mínimo integral. O trabalho prisional é imposto, *forma parte da pena*, tem função e objetivos especiais, mas este *trabalho livre* não pode ter um preço vil, que imputaria criar uma *plus valia* em favor do Estado, que se *beneficiaria* com o excesso do valor percebido (*trabalho estatal escravo*). A *jornada normal* de trabalho não será inferior a 6 (seis) e não superior a 8 (oito) horas, com descanso nos domingos e feriados. Poderão ser atribuídas horas especiais de trabalho aos presos designados para os serviços de *conservação e manutenção* do estabelecimento penal. Se a jornada for inferior a 6 horas, poderá ser somada até completar oito horas, obedecendo ao número de dias a serem *remidos*, observada a planilha. O recluso não pode ser prejudicado por falta de registro na planilha das horas trabalhadas; havendo dúvida, devem ser contadas em seu favor.

5.5 - Não se pode esquecer que o produto de remuneração do trabalho do preso objetiva atender: a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outro meio; b) à assistência à família; c) a pequenas despesas pessoais, sempre estimulando a formação de patrimônio para o momento em que for colocado em liberdade (caderneta de poupança).

5.6 - O serviço prestado pelo apenado não configura relação de trabalho, uma vez que o preso não tem liberdade de contratar e que seu trabalho tem escopo educativo e de remição de pena, afastando a Lei de Execução Penal a aplicabilidade da Consolidação das Leis do Trabalho.

5.7 - Sendo o trabalho obrigatório, o Estado tem o dever de ofertá-lo para todos os encarcerados, pois constitui falta grave o descumprimento de trabalhar. O trabalho é também um direito do preso, condicionado às suas condições pessoais, à arquitetura prisional para a sua disponibilidade e à oportunidade de mercado. A Lei de Execução Penal limita o trabalho artesanal sem valor econômico, mas deixa a possibilidade para a remição.¹² O preso provisório não está obrigado ao trabalho (princípio de inocência até o trânsito em julgado). Porém, diante de execução provisória da sentença condenatória que não transitou em julgado para a defesa, inexistindo proibição, é recomendável a possibilidade do trabalho para evitar o ócio carcerário e já contar para a remição (faculdade do preso provisório).

5.8 - O art. 41 da Lei de Execução Penal inclui entre os direitos do preso “a atribuição de trabalho e sua remuneração” e a Carta Política, em seus arts. 6º e 7º, firma ser o trabalho um direito de todo o cidadão. Não há distinção no campo teórico entre a natureza e o exercício do trabalho, desde que seja lícito. Quanto à natureza jurídica do trabalho prisional, questiona-se, se um direito ou dever do preso e do Estado.

¹² Regras Mínimas para o Tratamento de Preso no Brasil, Resolução nº 14, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), 11 de novembro de 1994 (DOU de 2.12.1994).

5.9 - Na triste realidade microssocial, o trabalho é uma *regalia* concedida ante o preenchimento de requisitos objetivos e subjetivos, diante da superlotação carcerária e da ausência de uma arquitetura prisional que preveja os espaços necessários para a instalação das oficinas. Eis a razão pela qual o trabalho prisional se tornou um privilégio para um pequeno número de apenados.

5.10 - O trabalho poderá ser *interno* ou *externo*. Na hipótese de *trabalho externo*, os apenados em *regime fechado* (exceção) só poderão fazê-lo em *obras públicas*, ou por *entidades particulares*, desde que tomadas as devidas cautelas contra a fuga e em favor da disciplina. No *trabalho externo* devem ser observadas as cautelas de segurança e disciplina, presentes os requisitos objetivos e subjetivos, devendo-se principalmente ter em conta o *perfil do condenado*. A Constituição Federal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal garantem ao preso o *direito de trabalhar*. O condenado em *crime hediondo* pode exercer atividade laborativa externa. O *limite máximo de presos*, na hipótese, será de dez por cento do total de empregados da obra. No trabalho extramuros o preso *não está obrigado* ao trabalho, devendo haver sua autorização expressa. Na escolha do trabalho externo, a direção da unidade deverá levar em conta a *aptidão, disciplina e responsabilidade do preso*, além do requisito de já ter cumprido 1/6 da pena aplicada, ou unificada, se for a hipótese. A *autorização* para a prestação de *trabalho externo* é da atribuição do diretor do estabelecimento penal. Para o *direito ao trabalho externo* é necessário que o apenado se encontre em *regime semiaberto* (regra geral) e tenha cumprido 1/6 da pena que lhe foi imposta (tempo necessário para a observação do perfil do condenado). Não se pode esquecer, no processo seletivo, do princípio da *proibição da proteção deficiente*, observado o papel do Estado Social como preservador do interesse social. Há vertente contrária ao entendimento de ser “*admissível o trabalho externo aos condenados em regime semiaberto, independentemente do cumprimento de 1/6 da pena, pelas próprias condições favoráveis e ante o critério da razoabilidade que se faz necessário na adaptação das normas da execução à realidade*”

social e a sua própria finalidade".¹³ Na questão pertinente à falta grave do condenado em regime de semiliberdade com autorização para trabalho externo, não se pode olvidar que o apenado só pode ter punição disciplinar *se houver previsão legal*.

5.11 - O trabalho poderá ser gerenciado por uma *fundação* ou *empresa pública*, tendo por objetivo a formação profissional do condenado. A Lei nº 10.792/2003 tornou possível, observada a Lei de Responsabilidade Fiscal, que a União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios podem realizar convênios com a iniciativa privada, objetivando implantar oficinas de trabalho a setores de apoio das unidades prisionais, a fim de estimular a remição.

5.12 - Os *problemas principais do trabalho prisional* são: a) a *plena ocupação da população carcerária*; b) a *importância e o alcance na formação profissional dos reclusos*; c) a *eleição do sistema de organização do trabalho que melhor responda a tais propósitos*; d) o *exame crítico da possibilidade de ocorrência entre o exercício do trabalho e a disciplina carcerária*; e) *determinação da remuneração do trabalho penitenciário*.

5.13 - Finalmente, a Súmula nº 341 do STJ estatui que: "A *frequência a curso de ensino profissional é causa de remição de parte do tempo de execução da pena sob regime fechado ou semi-aberto*". Poderão ser remidos os dias de estudo efetivamente usados.

5.14 - Concluindo, não se pode confundir o *trabalho espontâneo e contratual* da vida livre com o trabalho prisional, que integra um conjunto de deveres pertinentes à pena.

5.15 - O Estado tem o direito de exigir que o condenado trabalhe (direito social ao trabalho) e é direito do preso a atribuição de trabalho e sua remuneração. A obrigatoriedade não vincula deveres de prestação pessoal do condenado. O recluso é um trabalhador privado de sua liberdade.

5.16 - A nosso sentir, a finalidade principal do labor prisional consiste em criar uma *qualificação* e uma *atitude laborativa*, patamares da força ética e educativa, que envolvem a assistência,

¹³ STJ, HC 8.725-RS, rel. Min. Gilson Dipp, j. 1.6.1999, DJU 25.6.1999.

objetivando a futura e harmônica inserção social na macrosociedade.

6. REMIÇÃO

6.1 - A remição encontra raízes no Código Penal espanhol, cujo instituto remonta ao art. 303 da *Ordenanza General de Presídios e Prisões*, de 14 de abril de 1834.

6.2 - A remição é um *direito público subjetivo* do apenado, incluindo o trabalho interno ou externo, manual ou intelectual, agrícola ou industrial, artesanal ou artístico, admitindo-se o burocrático nas unidades prisionais, pois é prestado para o seu efetivo funcionamento e com proveito *erga omnes*.

6.3 - O art. 38 do Código Penal diz que o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade e o art. 41 da Lei de Execução Penal arrola a atribuição de trabalho e remuneração. Na dicção da Lei de Execução Penal, em seu art. 39, V, trata-se de um *dever*, mas diante da Carta Política, o art. 6º diz que “*são direitos sociais, a educação, a saúde, o trabalho e o lazer...*”. Assim, o trabalho é um *direito do preso*, inadmitindo-se a não atribuição de trabalho por deficiência do Estado (superlotação carcerária, deficiência de oficinas e mestres nas unidades prisionais), *ratio* para a discussão da *remição ficta* (período de privação de trabalho por desídia estatal). Se o condenado requer a prestação de trabalho expressamente, seria a termo *a quo* a data da decisão denegatória por inexistir condições na unidade para a prestação do trabalho e do direito de remir a pena.

6.4 - A posição dominante é a de que *inexiste amparo legal para a remição ficta*, uma vez que não há previsão de trabalho como direito do condenado e obrigação do Estado em nenhum dispositivo legal.¹⁴ O trabalho surge como imposição da lei e obrigação do condenado na execução da pena privativa de liberdade.

6.5 - A remição conduz ao acréscimo de um dia de pena cumprida por três dias de trabalho, conduzindo à alteração do título

¹⁴ Arts. 34, § 1º e 35, § 1º, CP e 126 da LEP.

executório, que é a sentença penal transitada em julgado. A cada três dias trabalhados *acresce* um dia de pena cumprida.

6.6 - Só é admissível a *remição* nos *regimes fechado e semi-aberto*. O trabalho *esporádico* é ocasional, não efetivo, o que torna impossível a remição. O tempo de remição é *objeto de prova*, razão pela qual há uma *planilha de horas trabalhadas*, sendo declarada pelo Juiz da Execução, ouvido o órgão do Ministério Público. Não se computa o *trabalho espontâneo* fora dos horários nas unidades prisionais.

6.7 - Nos tempos atuais, não há mais espaço para não remir pelo trabalho artístico e intelectual. É pacífica a remição pelo estudo com base em 18 horas-aula por dia remido (6 horas de jornada em 3 dias).

6.8 - A Lei nº 12.245, de 24 de maio de 2010, alterou o art. 83 da Lei de Execução Penal para autorizar a instalação de salas de aula destinadas a cursos de ensino básico e profissionalizantes.

6.9 - O Supremo Tribunal Federal editou súmula vinculante: *“O disposto no artigo 127 da Lei nº 7.210/1984 (Lei da Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do art. 58”* (Súmula Vinculante nº 9). Embora tenha posição doutrinária admitindo o *princípio da proporcionalidade, a questão relativa a perdimento dos dias já remidos diante do cometimento de falta grave, sem edição de lei que modifique a redação do art. 127 da Lei de Execução Penal, há a perda total dos dias remidos*. É profundamente injusto e desestimulante, em termos de ações de política penitenciária, o encarcerado trabalhador, após anos de diária atividade laborativa em que já foi remido o tempo com o cálculo homologado com a alteração do título executivo, pelo cometimento de falta grave, perder todo o tempo trabalhado e ainda ser regredido no regime prisional. A questão só poderá ser modificada através de edição de mudança legislativa específica.

6.10 - Constitui injusto do tipo de falsidade ideológica atestar falsamente prestação de serviço para o fim de instruir pedido de remição.

6.11 - Há incidência da remição sobre a progressão de regimes e livramento condicional, inadmitindo-se em relação às medidas de segurança.

6.12 - Entendo ser nula a decisão homologatória de procedimento administrativo disciplinar que resulta na perda dos dias já remidos sob o fundamento do cometimento de falta grave. Há necessidade do devido processo legal, não bastando ter sido o apenado ouvido no âmbito da esfera administrativa. Sublinho a exigibilidade da manifestação da defesa no processo de execução. Há posição contrária na direção de que tal exigibilidade só cabe no caso de regressão de regime prisional *ex vi* do art. 118, § 2º da Lei de Execução Penal.¹⁵

7. DETRAÇÃO

7.1 - A *detracção penal* é o abatimento na pena privativa de liberdade e, na medida de segurança, do tempo de prisão provisória no Brasil e no estrangeiro, ou de prisão administrativa ou de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou mesmo em outro estabelecimento adequado.

7.2 - A detracção tem por escopo que o Estado não olvide o tempo em que, pelo mesmo ato, manteve o condenado preso ou detido, ou até internado em hospital de custódia, exarcebando o *ius puniendi*. Ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato.

7.3 - Há duas situações a observar para a admissão ou não da detracção penal: **a)** se o injusto penal é *posterior* à sentença condenatória, *descabe* a detracção; **b)** se o injusto penal é *anterior*, mesmo quando as penas se referem a fatos diversos aplicados em processos distintos, *admite-se*.

7.4 - A nosso sentir, o tempo de prisão cautelar por *ato que resultou na condenação* deve ser descartado do tempo da pena imposta na sentença penal condenatória, ainda que em outro processo guarde onexo causal. Há duas correntes: **a)** deve haver *ligação* entre o fato delitivo, a prisão provisória decretada e a pena aplicada (posição majoritária do STF); **b)** não se exige *ligação* entre o fato criminoso praticado, a prisão provisória e a pena, desde que haja *absolvição, extinção da punibilidade* ou *redução* da pena

¹⁵ STF, HC 95.423-RJ, 2ª T., rel. orig. Min. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, j. 3.3.2009.

em outro processo por injusto penal *anteriormente cometido*, mas tendo sido a prisão posteriormente decretada.

7.5 - Caio comete um injusto do tipo de roubo em 10 de janeiro de 2008 e depois comete um de furto, em 30 de abril de 2008, tendo a prisão preventiva decretada. Ao final, é absolvido em relação ao furto e condenado em relação ao roubo. Há detração do tempo de prisão provisória em relação ao processo de furto.

7.6 - Outrossim, se Tício estivesse cumprindo duas penas, uma de oito e outra de três anos de reclusão, e quando do cumprimento da primeira viesse a ser absolvido através de uma *ação de revisão criminal*, se operaria a *detração* em relação àquela em que fora absolvido.

7.7 - Em relação à *pena de multa*, não há previsão legal, razão pela qual aplica-se por analogia *in bonam partem* o tempo de prisão provisória (não terá nada a cumprir).

7.8 - É evidente que se o injusto penal é *posterior, totalmente isolado do contexto*, não se pode criar uma *carta de crédito* ao réu para utilizá-la em injustos penais futuros que vier a cometer.

7.9 - No caso da *medida de segurança*, o tempo da prisão provisória deve ter efeito no *prazo mínimo* da internação ou tratamento ambulatorial (1 a 3 anos) e não no *tempo total de aplicação* da medida de segurança (se Caio ficou preso preventivamente durante 1 ano e veio a ser julgado inimputável, fixada a medida de segurança de internação mínima de 3 anos, o exame de cessação de periculosidade deverá realizar-se após 2 anos). A detração não é para *levantar* a medida de segurança, mas para o efeito de *reduzir* o prazo de realização do exame de cessação de periculosidade.

7.10 - A detração é admitida em relação às penas restritivas de direitos relativas à prestação de serviço à comunidade e limitação de fins de semana. Há autores que admitem em relação às interdições temporárias.

8. SURSIS

8.1 - A suspensão condicional da pena foi introduzida com o Decreto nº 16.588, de 6 de setembro de 1924, objetivando evitar a *promiscuidade carcerária* e a *reincidência*. O Direito pátrio seguiu

o modelo franco-belga e surgiu pelas mãos de Emeraldino Bandeira acompanhando, em 1906, o modelo Bésenger.

8.2 - Desde a Reforma de 1984, o *sursis* deixou de constituir um *incidente da execução* ou *direito público subjetivo de liberdade do condenado*, constituindo-se numa *medida de natureza restritiva de liberdade*, configurando-se em efetiva forma de execução da pena com real caráter sancionatório e, desta forma, não sendo mais um *benefício*, mas uma *pena aplicada*.

8.3 - A *finalidade* do instituto é *evitar* que o condenado primário e não possuidor de maus antecedentes, por ter realizado injusto de pequeno potencial ofensivo, seja atirado à contaminação carcerária, conduzindo-o à reincidência.

8.4 - A suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade em nosso Direito se constitui em uma espécie de gênero de medidas penais alternativas à aplicação da pena privativa de liberdade, diferenciando-se por sua execução subsequente ao trânsito em julgado da condenação (certeza da imposição da pena privativa de liberdade), possuindo caráter sancionatório.

8.5 - A Reforma de 1984 estabeleceu formas de suspensão condicional: **a) *sursis comum ou simples***; **b) *sursis especial***; **c) *sursis etário***; **d) *sursis humanitário***.

8.6 - No *sursis comum* ou *simples* há dois requisitos *objetivos* (o *quantum* da pena privativa de liberdade não ser superior a dois anos e o não cabimento da substituição por pena restritiva de direitos) e dois *subjetivos* (não ser o condenado reincidente em injusto doloso e que a culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias autorizem a suspensão da execução da pena imposta). O *revel* (a ausência do réu é um direito decorrente dos direitos ao silêncio e de não produzir prova contra si mesmo) poderá ter a obtenção da suspensão condicional da execução da pena e, no mesmo sentido, o *estrangeiro* (aos residentes em caráter temporário pode ser aplicada a medida penal do *sursis*, pois o Estatuto do Estrangeiro não impede a sua aplicação). A condenação no *estrangeiro* não pode revogar o *sursis*, pois a norma não prevê tal restrição, sendo defesa a interpretação extensiva.

8.7 - No *sursis especial* é necessário que o condenado não seja reincidente em injusto doloso e tenha *reparado o dano*, salvo justa causa, e que as circunstâncias judiciais sejam favoráveis. A reparação do dano só será requerida desde que seja *possível* ao condenado suportá-la. A questão do ressarcimento do dano não é pacífica em nosso Direito Pretoriano, pois há forte corrente que advoga que *não pode ser condicionada* à substituição da pena privativa de liberdade pela *medida penal do sursis* ao ressarcimento do dano à vítima, pois isto *implicaria punir com prisão o eventual débito reconhecido no juízo cível*. Para tal corrente o *ressarcimento do dano* à vítima não se constituiria em *condição do sursis*, mas em *efeito extrapenal da condenação de natureza civil*, prevista no art. 91, I, do Código Penal. Desta forma, o inadimplente não constituiria causa obrigatória para a revogação do *sursis*, salvo se provado ser o réu solvente procurando frustrar o pagamento da indenização.

8.8 - A nossa posição é nesta direção, ao apenado que não puder reparar o dano, diante de sua efetiva impossibilidade econômico-financeira de fazê-lo e diante das causas especificadas no art. 59 do Código Penal, se lhe forem inteiramente favoráveis, o Juiz da Execução *poderá substituir* a obrigação pelas condições legais do *sursis especial*.

8.9 - Em síntese, no que tange à reparação do dano, não é mais causa de *revogação do sursis* ainda que solvente o condenado diante do art. 5º, LXVII, da Carta Política, que veda a prisão do devedor civil (exceto de alimentos).

8.10 - O segundo requisito objetivo é de que o injusto penal seja de mínimo grau de reprovabilidade, expressado no perfil do condenado (culpabilidade, antecedentes sociocriminais, motivos e circunstâncias). O prazo do período de prova é de dois a quatro anos.

8.11 - O *sursis etário* deve ser defendido aos condenados com mais de 70 anos de idade à data da sentença, se a pena não excede a *quatro anos*, sendo o *período de pena* aumentado de quatro para seis anos.

8.12 - O *sursis humanitário* é ditado por *razões de saúde* que justifiquem a suspensão das condições impostas, desde que a

pena *não* exceda a quatro anos, *não* se levando em conta a idade do condenado, *nem* se exigindo que a moléstia seja gravíssima ou incurável ou que esteja em estado terminal.

8.13 - No *sursis comum ou simples* o condenado deverá *prestar serviços à comunidade ou submeter-se à limitação de fim de semana*, no primeiro ano e, no segundo, às *condições legais* previstas nas alíneas *a, b, c* do § 2º do art. 78 do Código Penal (cumulativas e não alternativas). O art. 79 (o juiz poderá especificar outras condições desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado) é inconstitucional (*princípio da legalidade*). Várias vezes o condenado é submetido a condições vexatórias, hilariantes, que atentam contra a dignidade da pessoa humana. O juiz não pode deixar de impor as *condições legais*, sendo que a de *proibição de frequentar determinados lugares* deve guardar relação com a natureza do ato, exigindo-se a fundamentação idônea ao indicar os locais proibidos. A *prestação de serviço à comunidade* e a *limitação de fins de semana* são *penas autônomas* e como tais não deveriam constar no elenco de “*condições*” do *sursis*. Todavia, a corrente doutrinária e pretoriana majoritária sustenta que podem ser impostas como condições do *sursis*.

8.14 - A *revogação do sursis pode ser obrigatória quando*: a) condenado por sentença transitada em julgado, por injusto dolo; b) frustra, embora solvente, a execução da pena de multa ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano; c) descumpra as condições do cumprimento da prestação de serviços à comunidade ou o regramento da limitação do fim de semana. Será facultativa, quando: a) houver o descumprimento de qualquer das condições impostas; b) ou for irrecorrivelmente condenado, por injusto culposo ou por contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos. Há *prorrogação* automática do prazo de suspensão até o julgamento definitivo em caso de estar sendo processado por outro injusto penal (crime ou contravenção). O *termo inicial* do prazo de *prorrogação* conta da data da prática do novo injusto penal marcado pelo recebimento da denúncia, não bastando a instauração do mero inquérito policial, e o *termo final* é do julgamento definitivo de novo injusto penal. Questão rele-

vante diz respeito à *verificação posterior* ao período de prova para efeitos de revogação do *sursis*. Há duas correntes: a) mesmo que o prazo de prova tenha se extinguido, nada obsta que o condenado seja compelido ao seu cumprimento, desde que resulte provado ter praticado o novo injusto penal: o *sursis* seria revogado mesmo após o encerramento do *período de prova*, se verificado que no seu curso o condenado tenha praticado o novo injusto e a revogação seria *automática*; b) se constituiria em coação ilegal a revogação do *sursis* após o total cumprimento do prazo do período de prova, visto que a punibilidade já estaria extinta *ex vi* do art. 82 do Código Penal.

8.15 - A posição do Supremo Tribunal Federal em relação à suspensão condicional do processo, tratando-se de réu processado por *novo* crime no período de prova, é de que haverá revogação automática do *sursis*, mesmo que ultrapassado o lapso probatório. A decisão revogatória do *sursis* é meramente declaratória, não importando que a mesma venha a ser proferida somente depois que expirado o período de prova.¹⁶

8.16 - Quando a *revogação* for *facultativa*, poderá ser prorrogado o período de prova até o máximo, se este não tiver sido fixado, ao invés de revogar-se o *sursis*. Inexiste norma expressa vedativa da aplicação do *sursis* nos *crimes hediondos*, observando-se a proibição da analogia *in malam partem*.

8.17 - O Juiz da Execução pode *supletivamente* decidir a *espécie* e *condição* do *sursis* não previstas no título executório, desde que admitidos no texto legal.¹⁷

8.18 - Terminado o *período de prova*, sem que tenha ocorrido revogação, a *pena será julgada extinta*, em decisão declaratória e, na hipótese de *extinção imprópria da pena*, retroagirá quando não houver revogação, e a *data de extinção*, terá como termo *a quo* a data da *audiência admonitória*. Aliás, o período de prova se inicia com a realização da audiência admonitória. O condenado deverá ser intimado pessoalmente ou por edital para saber

¹⁶ STF, HC 84.660-SP, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 15.2.2005.

¹⁷ Art. 158, § 2º, LEP.

da sua *aceitação ou não* das obrigações ou deveres impostos. O *sursis* ficará sem efeito se o condenado, intimado, não comparecer injustificadamente à audiência admonitória (prazo de 20 dias).

8.19 - O registro da sentença condenatória, com a nota de suspensão, tem *caráter sigiloso*, salvo para as informações requeridas pelo Poder Judiciário ou pelo órgão do Ministério Público para o fim específico de instruir procedimento criminal, e só podem ser prestadas oficialmente.

8.20 - Cabe observar a questão pertinente à aplicação possível de dois *sursis sucessivos*. Na hipótese, se Caio estiver condenado, aplicada a *medida penal do sursis* e vier a cometer *novo* injusto penal e resultar condenado à pena alternativa do *sursis*, haverá a possibilidade da aplicação de dois *sursis sucessivos*, ainda que de *forma provisória*, pois se segunda medida penal vier a ser confirmada, será cassada a primeira. Nada impede que uma pessoa receba por uma ou duas vezes, sucessivamente, a medida penal do *sursis*. Para Antolisei, no que concerne à aplicação da medida penal do *sursis*, no caso de nova condenação por delito anteriormente cometido, a pena deve ser anulada com a suspensão nos limites da aplicabilidade do mero benefício. No caso de *concurso real*, a suspensão da pena só poderá ser feita se o resultado do cúmulo não for superior aos limites legais.

8.21 - A respeito da *efetividade* da suspensão da execução da pena diante da possibilidade de *substituição* das penas privativas de liberdade até quatro anos (as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade), observa-se que o *caráter subsidiário* do *sursis* em relação à *pena alternativa tirou-lhe a efetividade*, pois a restritiva de direitos, que cabe até quatro anos, *terá prioridade* em relação à sanção do *sursis*, que é até o marco de *dois anos*.

8.22 - Ainda cabe a medida penal do *sursis* e não a restritiva de direitos na hipótese da *“reincidência específica”* em injusto doloso ou culposo. Portanto, se Caio é reincidente em dois injustos de homicídio culposo, poderá pleitear o *sursis*, mas não a substituição por pena restritiva de direitos. Também, o reincidente condenado por injusto doloso à pena pecuniária pode pleitear o

sursis, o que é inviável em relação à restritiva de direitos por falta de previsão legal.

9. LIVRAMENTO CONDICIONAL

9.1 - O *livramento condicional* se constitui na antecipação limitada do resto do cumprimento da pena privativa de liberdade, em *caráter provisório* e sob *condições judiciais*. Assim, tem como patamar a *autodisciplina* e o *sense de responsabilidade do apenado*. Como medida de política criminal orientada na ideia de prevenção e emenda, não se trata de uma mera liberdade antecipada, mas de um *estágio probatório*, uma verdadeira ponte para a inserção social. O êxito do programa de livramento condicional depende do sucesso da progressão de regimes.

9.2 - Quanto à sua *natureza jurídica*, não há consenso doutrinário: **a)** *incidente da execução*; **b)** *direito subjetivo do condenado* (antecipação provisória da liberdade, concedida por medida de política criminal, sob determinadas cláusulas, ao condenado no curso do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta); **c)** *benefício que obedeceria a uma estratégia de política criminal, última etapa do regime progressivo*; **d)** *medida de execução penal de natureza complexa restritiva de liberdade*, pois o liberado fica condicionado a um período de prova com condições impostas pelo Estado, sob pena de sua revogação e conseqüente retorno ao cárcere para o cumprimento do restante da pena privativa de liberdade. *É a nossa posição*.

9.3 - Assim, o livramento condicional tem *caráter de sanção*, que substitui o resto da pena privativa de liberdade, que na prática é a última etapa do sistema progressivo, antecipando-se a inserção social do apenado. Seu caráter é de *prevenção especial positiva limitadora*, restritiva de liberdade, jamais se configurando em um incidente de execução, benefício ou direito subjetivo do condenado.

9.4 - São *requisitos* do livramento condicional:

a) a pena privativa de liberdade ser *igual* ou *superior* a dois anos;¹⁸ **b)** haver cumprido mais de 1/3 da pena, se o condenado

¹⁸ Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977.

não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; c) haver sido cumprida metade da pena, se o condenado for *reincidente* em crime doloso; d) ter comprovado *comportamento satisfatório* durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e *aptidão* para prover a família através de *trabalho honesto*; e) ter *reparado o dano* causado pelo injusto penal cometido, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo; f) cumprido *mais de 2/3* da pena, nos casos de condenação por *crime hediondo*, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, se o apenado *não for reincidente específico em crimes dessa natureza*; g) o condenado por crime doloso, cometido com *violência ou grave ameaça à pessoa*, o deferimento do livramento condicional ficará subordinado à constatação de *condições pessoais* que façam *presumir que o liberado não voltará a delinquir* (exame criminológico).

9.5 - A Lei de Contravenções Penais admite a medida penal, que só é possível quando a pena da prisão simples é igual ou superior a dois anos.

9.6 - O período de tempo *remido* e objeto de *detração* é *computado*.

9.7 - Aduza-se que diante do art. 84 do Código Penal as penas que correspondem a diversos injustos penais *devem somar-se* para o efeito do livramento condicional (unificação de penas), pouco importando que nenhuma delas seja igual ou superior a dois anos, desde que o total unificado atenda à exigência legal.

9.8 - A *gravidade* do injusto penal cometido e os *antecedentes penais* têm repercussão para o deferimento do livramento condicional. O *primário com bons antecedentes* tem o mesmo tratamento legal do *primário com maus antecedentes*, sustentando-se a interpretação restritiva diante do princípio da legalidade (para ambos o marco é igual de 1/3 da pena cumprida). No que concerne ao *comportamento prisional satisfatório*, é a conduta do preso diante de seus deveres durante a execução, não cabendo interpretação extensiva.

9.9 - O prontuário do condenado deve ser analisado como um todo: o importante é o grau de socialização demonstrando ca-

pacidade de adaptação social e opção por uma conduta conforme o direito.

9.10 - As condições do livramento condicional a que fica o liberado restrito em sua locomoção são *obrigações de fazer e não fazer*, que satisfeitas após o decurso do período de prova levam *ipse iure* à declaração de *extinção da pena*. São condições: **a)** obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável, se for apto para o trabalho; **b)** ter residência obrigatória na comarca da execução; **c)** fazer comunicação periódica ao juiz da execução de suas atividades ou ocupações; **d)** é vedada a mudança de residência sem o conhecimento do juiz da execução ou da autoridade incumbida da observação cautelar ou de proteção; **e)** obedecer ao recolhimento no horário estabelecido; **f)** abster-se de freqüentar determinados lugares.

9.11 - Aplicada a medida penal do livramento condicional, será expedida *carta de livramento* com cópias integrais da sentença. A *cerimônia do livramento* é relevante não só para o liberado como para os demais apenados, possuindo caráter didático e psicológico. É ato solene presidido pelo Presidente do Conselho Penitenciário, sendo necessário que o apenado aceite as condições. O liberado é considerado egresso durante o período de prova, daí o Estado deverá assisti-lo na orientação e apoio para a inserção social (concessão de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequado pelo prazo máximo de 2 meses).

9.12 - A revogação poderá ser *obrigatória* ou *facultativa*.

9.13 - A revogação é *obrigatória* quando: **a)** o liberado vier a ser condenado à pena privativa de liberdade, em sentença irrecorível, por injusto cometido *durante* a vigência da medida penal do livramento condicional; **b)** ou por injusto penal anterior à vigência do livramento condicional.

9.14 - Note-se que, revogada a medida penal do livramento condicional em razão do trânsito em julgado pela prática de injusto penal *durante* o período de prova, diante da gravidade do comportamento negativo do liberado, *não se desconta* na pena anterior o tempo em que esteve em liberdade, devendo *cumprir-la integralmente*, ainda que a nova condenação tenha imposto pena de multa ou restritiva de direito.

9.15 - Já na hipótese do injusto cometido antes do cumprimento do período de prova, é *computado* na pena privativa de liberdade o período de prova já cumprido, passando a cumprir tão só o resto da pena imposta. Somada à nova condenação se houver possibilidade de novo livramento, inexistirá óbice para o seu deferimento.

9.16 - A revogação *facultativa* ficará ao arbítrio judicial: a) se o condenado deixar de cumprir qualquer das *obrigações constantes da sentença*; b) ou for irrecorivelmente condenado, por outro crime ou contravenção, à pena que não seja privativa de liberdade.

9.17 - No que concerne ao *regime prisional*, dependerá do *motivo* que determine a sua revogação, não sendo obrigatório o regime fechado, podendo até admitir-se o regime aberto.

9.18 - A medida penal do livramento condicional poderá ser suspensa quando, pelo móbil ou circunstâncias, seja indicada a necessidade da suspensão da medida, exigindo-se o recolhimento imediato do liberado ao estabelecimento penitenciário, *impondo-se a sua oitiva* e a manifestação do órgão do Ministério Público. Se decretada a *prisão preventiva* no curso de nova ação penal, ficará *suspense* o livramento condicional, pois a *revogação* dependerá da decisão final.

9.19 - *Expirado o prazo* do livramento condicional sem a *suspensão* ou *prorrogação*, a pena é *automaticamente extinta*, configurando-se constrangimento ilegal a sua *revogação posterior* ante constatação de injusto penal cometido durante o período de prova.

10. DIREITOS DO PRESO

10.1 - Foi complexo e lento o processo de consolidação da posição jurídica do condenado, quer pelo reconhecimento da jurisdiicionalidade, quer pelo reconhecimento das garantias constitucionais como sujeito da execução (princípio da humanidade). *Os presos têm direitos?* É imperativo que passe da retórica para a realidade carcerária o *princípio à dignidade da pessoa humana*. Destaque-se o *direito de representação*, que permite que o preso

denuncie abusos da administração penitenciária no processo executório que se instrumentaliza mediante o direito de petição aos poderes públicos *ex vi* do art. 5º, XXXIV, alínea *a*, da Constituição Federativa de 1988.

10.2 - O preso *conserva* todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade e declarados na sentença, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.

10.3 - Dentro da esfera de âmbito *restrito*, poderíamos alinhar:

a) *direito à visita íntima* (controlar a violência sexual e estimular a convivência com esposas, companheiras e companheiros). O Decreto Federal nº 6.047/2007 prevê o *direito à visita*, que é regulada pelos critérios de *discricionariedade*, *conveniência* e *oportunidade*, devendo o Estado preservar a vida e a saúde dos presos;

b) *direito de cumprir a pena no local do domicílio*. A regra é do cumprimento no local do cometimento do injusto penal. Cada caso deve ser objeto de avaliação pelo Juiz da Execução (conveniências pessoais, familiares e da administração pública);¹⁹

c) *direito de proteção física e moral* (art. 5º, XLIX, CF/88). Estão discriminadas as assistências previstas nos arts. 40 e 41 da Lei de Execução Penal: *a)* alimentação suficiente e vestuário; *b)* atribuição de trabalho e sua remuneração; *c)* previdência social; *d)* constituição de pecúlio; *e)* proporcionalidade de tempo entre trabalho, descanso e recreação; *f)* participação de atividades profissionais, intelectuais, artísticas, desportivas, compatíveis com a pena; *g)* assistência material, jurídica, educacional, social, religiosa e à saúde; *h)* proteção contra qualquer tipo de sensacionalismo; *i)* entrevista direta com o advogado; *j)* visita de cônjuge, companheira, parentes e amigos, em dias determinados; *l)* chamamento nominal; *m)* igualdade de tratamento, salvo às exigências da individualização da pena e do regime; *n)* avistar-se com o diretor do presídio; *o)* possibilidade de representação por petição a qualquer

¹⁹ STF, HC 71.076-GO, 1ª T., rel. Min. Sydney Sanches, 5.4.1994, DJ 6.5.1994.

autoridade; p) contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação; q) atestado de pena a cumprir emitido anualmente.

É garantida a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado ou submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento. Sublinhe-se ainda a igualdade de tratamento, salvo quanto às exigências da individualização da pena.

A Lei nº 11.942, de 28 de maio de 2009, deu nova redação aos arts. 14, 83 e 89 da Lei de Execução Penal, assegurando o acompanhamento médico durante o pré-natal e o pós-parto, extensivo ao recém-nascido. Os estabelecimentos penais destinados às mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, até seis meses de idade. Aduza-se que as penitenciárias de mulheres serão dotadas de seções para gestantes e parturientes e de creches para abrigar *crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos*, com a finalidade de assistir à criança desamparada cuja responsável estiver presa.

d) direito à execução provisória. Pode o condenado à pena privativa de liberdade executá-la provisoriamente, principalmente em relação à *progressão de regime*, do regime fechado para o semiaberto, quando a decisão transitou em julgado para o Ministério Público, ou se a decisão baseia o máximo para a sanção penal. Aduza-se que o tempo de *prisão provisória* será computado como pena cumprida para *efeitos de detração*, na dicção do art. 42 do Código Penal. Sublinhe-se que na hipótese de progressão fica condicionado ao *mérito* e ao *exame criminológico*, desde que fundamentado, nos casos especiais. O Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido de que: *“Não se admite, enquanto pendente o julgamento da apelação interposta pelo Ministério Público com a finalidade de agravar a pena do réu, a progressão de regime prisional sem o cumprimento, pelo menos, de 1/6 da pena atribuída em abstrato ao crime”*. Na hipótese do caso concreto, *“não seria empecilho para o reconhecimento do requisito objetivo temporal para a pretendida progressão, levando-se em conta ser de 12*

anos a pena máxima cominada (art. 333 do CP) em abstrato para o delito de corrupção ativa, o paciente deveria cumprir, pelo menos, 2 anos de pena para requerer, à autoridade competente, a progressão para o regime aberto, o que já ocorrera”.²⁰ O Juízo competente para a execução provisória é o Juízo das Execuções (STF). O CNJ estatuiu, através da Resolução nº 19, de 29 de agosto de 2006, que: “A guia de recolhimento provisório será expedida quando da prolação da sentença ou acórdãos condenatórios, ainda que sujeitas ao recurso sem efeitos suspensivos, devendo-se ser prontamente remetida ao Juízo da Execução Criminal”.

10.4 - Assim, os termos da Resolução nº 19, de 29 de agosto de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, disciplina sobre a obrigatoriedade da expedição de guia de recolhimento provisório quando da prolação da sentença ou do acórdão condenatório sujeita a recursos sem efeito suspensivo. O Supremo Tribunal Federal já havia firmado que tanto o recurso especial quanto o recurso extraordinário, inadmitidos na origem, não têm, de regra, efeito suspensivo, razão pela qual a eventual execução do julgado, com a expedição de mandado prisional para o início do cumprimento da pena, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade.²¹

10.5 - O Conselho Nacional de Justiça objetivou proporcionar ao condenado a contagem do tempo para a progressão de regime de penas. A questão é controversa diante da corrente que entende tratar-se de regulamentação de *figura inexistente* da execução provisória da pena, salientando que o art. 105 da Lei de Execução Penal dispõe que só depois do trânsito em julgado de sentença que aplicar pena privativa de liberdade é que será expedida a guia de recolhimento à prisão, e diante da dicção do art. 106, II, do referido diploma legal, deverá constar da guia a sentença que transitou em julgado. Para esta corrente, há impossibilidade de se ter a execução do título judicial antes do trânsito em julgado.

²⁰ STF, 90.883-SP, 1ª T., rel. Min. Carmen Lúcia, j. 5.6.2007, Informativo 470. Precedente: HC 90.864-MG, DJ 17.4.2007.

²¹ STF, HC 89.754-1-BA, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 13.2.2007.

10.6 - A Súmula nº 717 do Supremo Tribunal Federal estabelece que: *“Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial”*. Há posição contestatória na doutrina sob o argumento de que *“permitir a progressão de regime ao preso sujeito a prisão especial reputará, no Brasil, cujo sistema prisional é lento e repleto de recursos procrastinatórios, praticamente o cumprimento da pena em regime carcerário severo”*.²²

11. REABILITAÇÃO

11.1 - Surgiu com as *lettres de réhabilitation* (1670) um dos instrumentos mais importantes e eficazes para possibilitar a inclusão social diante o processo de estigmatização da prisão perante o mercado de trabalho.

11.2 - A *finalidade* da reabilitação é a de *permitir o cancelamento do registro da condenação*, fazendo apagar na folha corrida a inscrição da matrícula da condenação penal e possibilitando restaurar os direitos atingidos pelos efeitos da condenação, previstos no art. 92, incisos I e II, do Código Penal.

11.3 - O art. 94 do Código Penal estabelece o prazo de dois anos do dia que a pena foi extinta ou de qualquer modo terminar a sua execução, computando-se o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não houver revogação.

11.4 - São *requisitos*: **a)** *que o requerente tenha domicílio no país no prazo referido*; **b)** *tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado*; **c)** *tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou a novação da dívida*.

11.5 - A posição do STJ é no sentido de que o condenado deve necessariamente ressarcir o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de fazê-lo ou exhibir docu-

²² Guilherme de Souza Nucci, *Código Penal Comentado*, 8ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, 345.

mento que comprove a renúncia da vítima ou a novação da dívida (Precedentes do STF). Se a vítima ou sua família se mostrarem inertes na cobrança da indenização, deve o condenado fazer uso dos meios legais para o ressarcimento do dano provocado pelo delito, de modo a se livrar da obrigação, salvo eventual prescrição civil da dívida. Não basta a certidão negativa.²³

11.6 - O *sigilo* sobre os registros criminais do processo e da condenação é obtido *imediatamente e automaticamente* com o art. 202 da Lei de Execução Penal. Sublinhe-se que a *reabilitação não apaga* a condenação penal em relação à futura *reincidência*, que só ocorrerá se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e o injusto penal *posterior* tiver decorrido o prazo e tempo *superior* a 5 anos.²⁴

11.7 - A reabilitação não é a única ferramenta para o sigilo do registro criminal. A Lei de Execução Penal consagra em duas hipóteses: **a)** no art. 163, § 2º, quando regula os registros na hipótese de *sursis*, ressalvadas as hipóteses de requisições pelo Poder Judiciário ou pelo órgão do Ministério Público para instruir processo criminal; **b)** no art. 202 da Lei de Execução Penal, quando houver cumprimento ou extinção da pena.

11.8 - Se a reabilitação for negada, poderá ser requerida, a qualquer tempo, desde que o novo pedido seja instruído com novas provas pertinentes aos requisitos do art. 94 do Código Penal.

11.9 - Cabe recurso *ex officio*, pois o agravo é das decisões denegatórias.

11.10 - Por último, o sigilo do registro é *automático e imediato* e a reabilitação é *ampla e não definitiva*; será revogada se o reabilitado reincidir, por decisão definitiva, ou se for condenado à pena que não seja de multa. ☐

²³ STJ, REsp 636.307-RS, rel. Min. Felix Fischer, j. 18.11.2004.

²⁴ Art. 64, I, do CP.

O Arquivamento no Projeto de Reforma do Código de Processo Penal

Sergio Demoro Hamilton

Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público - RJ e Professor Universitário. Diretor da Revista do Ministério Público do Estado.

1. Encontra-se em fase de elaboração legislativa o Projeto de Lei do Senado de nº 156, de 2009, proveniente dos trabalhos da Comissão Mista de Juristas criada pelo requerimento de nº 227, de 2008. O Anteprojeto foi elaborado por um Colegiado coordenado pelo Ministro Hamilton Carvalhido, contando como relator-geral o Dr. Eugênio Pacelli de Oliveira¹.

2. O arquivamento, objeto de nosso ensaio, vem regulado no Livro I, Título II, Capítulo III, Seção VII (art. 37 a art. 40). A “Exposição de Motivos” do Projeto ressalta, com inteira propriedade, a incompatibilidade existente entre os modelos normativos do atual CPP e da Constituição Federal de 1988. Tal estado de coisas motivou os sucessivos remendos que o vetusto Código dos anos 40 vem passando de molde ajustá-lo à Lei Maior, acabando por transformá-lo em verdadeira colcha de retalhos, dada a manifesta, inquestionável e visceral incompatibilidade entre os dois textos. Tudo isso em razão das diversas reformas setoriais que ocorreram em

¹ Compunham a Comissão Mista de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de CPP, além do Ministro Hamilton Carvalhido e do Dr. Eugênio Pacelli de Oliveira, os Drs. Antônio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

nossa lei instrumental penal nos últimos anos. Com efeito, com a adoção do princípio acusatório, vedando a atividade do juiz na fase de investigação, o Projeto nada mais fez que preservar, ao máximo, a isenção do magistrado. Não se concebe, assim, na fase do inquérito policial, em um sistema dito acusatório, dispositivos como os arts. 5º, II, proêmio, 10 § 1º e 13, II, primeira parte, aqui mencionados de forma meramente exemplificativa.

Nesse passo, o Ministério Público do Rio de Janeiro foi pioneiro ao criar as “Centrais de Inquérito”, tão logo entrou em vigor a nova Carta Magna, reservando-se ao juiz a prática de atos essencialmente jurisdicionais, tais como as cautelares pessoais e reais, o recebimento da denúncia ou a intervenção para fazer cessar qualquer ilegalidade, ao afastar, dessa maneira, o magistrado da prática de atos de investigação na fase pré-processual. Juiz, como tantas vezes já escrevi, julga e quem julga não deve investigar. É isto o que faz o Projeto ao determinar que a persecução penal, nesta fase, não guarda qualquer vínculo com a atividade jurisdicional. Nesse ponto, a “Exposição de Motivos” do Projeto revela-se peremptória ao afirmar que “não há razão alguma para permitir qualquer atuação substitutiva do órgão de acusação pelo juiz do processo” (item II).

3. Coerente com o perfil acusatório, segundo o qual a investigação não se dirige ao Judiciário, escapando, por isso mesmo, ao controle judicial, ressalvados, repita-se até a náusea, os casos em que o ato a ser praticado reveste-se de caráter *essencialmente jurisdicional*, o arquivamento deixou de sofrer controle por parte do juiz, ao contrário do que ocorre com o defeituoso e pouco técnico art. 28 do Código em vigor. O mando do arquivamento ou das peças de informação, agora, passará a ser exercido no âmbito exclusivo do *Parquet*. É certo que, sempre, haverá a possibilidade de controle externo por parte da vítima, que passa a ter legitimidade para questionar sobre o acerto da medida, providência, sem dúvida, salutar. Resta de pé, como não poderia deixar de ocorrer, a ação penal subsidiária, de iniciativa privada, que encontra matiz constitucional (art. 5º, LIX), mas que só terá aplicação, como se impõe, nos casos de inércia do órgão do Ministério Público. Em

ocorrendo a omissão do *Parquet*, a vítima adquire legitimidade extraordinária para agir. Caso tal não se dê, isto é, se o Ministério Público, no prazo legal, vier a determinar o arquivamento, a titularidade deve permanecer em suas mãos, pois que o órgão da acusação, legitimado ordinário para o exercício da ação penal pública, formou um juízo negativo sobre a acusação.

São, pois, duas situações processuais diversas. Na última hipótese não houve omissão do *Parquet*, mas um *non facere*.

Nesse passo, faz-se mister destacar que o Projeto, em muito, se aproxima do “Anteprojeto Grinover”, voltado para a Investigação Policial².

4. O art. 37, que abre a Seção VII, do Capítulo III, do Título II, do Livro I, do CPP, que se ocupa do Inquérito Policial, coerentemente com tudo aquilo que restou afirmado, estabelece que compete ao Ministério Público *determinar* o arquivamento do inquérito policial, em primeiro lugar, caso haja “insuficiência de elementos de convicção”. Em tal ocorrência, o texto, quero crer, está a referir-se à falta de suporte probatório mínimo a exigir o arquivamento. É modalidade de arquivamento que poderá ser revista desde que surjam novos elementos informativos que venham a constituir “prova nova”. No momento, impõe-se fazer uma distinção: o art. 39 permite que a mera notícia de outros elementos de informação venha a ensejar diligências por parte da autoridade policial, agindo de ofício ou mediante requisição do Ministério Público. Isto ainda não consubstancia o desarquivamento. Para que o inquérito policial venha a ser desarquivado, torna-se necessário que ocorra mudança *substancial* em relação ao que antes fora apurado. Nesse ponto encontra ainda plena aplicação a Súmula de nº 524 do STF, no que respeita à parte em comento, dela escoimando-se, naturalmente, aquilo que não mais pode ter lugar de acordo com o Projeto.

Prova nova, como sabido, é aquela que era desconhecida até então ou que, embora conhecida, por razões diversas, não pode ser

² Caso haja interesse, consulte-se meu ensaio sobre o *thema* na Revista Jurídica, da “Escola Superior do Ministério Público de São Paulo”, Ano I, nº 1 (Jan-Jun de 2001), p.103 e seguintes.

produzida no momento oportuno. Mas não é só; pode ocorrer que haja mera reviravolta na prova até então colhida. Explico-me de forma mais nítida: uma testemunha, por exemplo, muda, por completo, seu depoimento, incriminando o investigado, ou ainda surgem evidências de que o arquivamento decorreu de uma falsa perícia.

Na ocasião, impõe-se esclarecer que o vocábulo prova está aqui sendo empregado em sentido pouco técnico, obediente aos dizeres da Súmula de nº 524 do STF. Na verdade, na fase pré-processual não há falar em prova, mas apenas na colheita de dados. Prova é aquela produzida em juízo com as garantias asseguradas pela Constituição. Mesmo as “provas” ditas irrepetíveis são ou poderão ser discutidas, sempre em juízo, por ocasião do processo, acarretando sua reapreciação. É a chamada prova diferida.

Há moderna corrente doutrinária que identifica a “justa causa” com a falta de suporte fático para que a acusação seja formulada, motivando o arquivamento. Para mim, trata-se de mera superfetação no trato das condições da ação, pois justa causa nada mais é que um conceito válvula, abrangente de todas as hipóteses cuja falta pode motivar a carência de ação³.

5. Além da falta de suporte fático, podem motivar o arquivamento “outras razões de direito”. Que razões dariam azo para a rejeição da inicial?

Valho-me, agora, do art. 253, onde o Projeto indica as causas que motivam o indeferimento liminar da peça acusatória.

6. Resta examinar, então, quais seriam as “outras razões de direito” que ensejariam o arquivamento (art. 37).

A primeira motivação volta-se para a “falta de interesse por superveniência provável de prescrição” (art. 253, II). Nos casos de ação penal pública o interesse de agir do Ministério Público é presumido (art. 129, I da CF) em razão do princípio da legalidade⁴. No caso concreto em que se torne inviável a aplicação da lei penal

³ Remetemos o leitor, ainda uma vez mais, ao trabalho referido em o nº 2 destas notas, p. 103 e seguintes.

⁴ Veja-se sobre o assunto meu estudo “Breves anotações sobre o interesse de agir no processo penal”, in *Lições de Direito*, p. 213 e seguintes, UniverCidade Editora, Rio de Janeiro, 2005.

pela *provável* superveniência da prescrição, há, no meu entendimento, certa mitigação da obrigatoriedade, pois, no momento em que a ação penal seria proposta, a extinção da punibilidade ainda não havia ocorrido. É preciso, no entanto, que haja *probabilidade* da ocorrência da prescrição, devendo, em caso de dúvida, ser ajuizada a ação. A mera possibilidade da ocorrência da prescrição não é motivo para o arquivamento. O art. 37 faz referência a circunstâncias objetivas e subjetivas que irão orientar a fixação da pena. Volta-se, segundo entendo, ao tipo penal violado, à ocorrência de prováveis atenuantes, às causas que irão acarretar a diminuição da pena, aos antecedentes e à primariedade ou não do investigado, tudo a indicar que a eventual pena em concreto, se aplicada, levará, fatalmente, à extinção da punibilidade do fato. Não se trata, pois, de um mero exercício de futurologia, mas sim de uma cuidadosa análise de uma série de fatores que irão conduzir ao arquivamento.

A prescrição antecipada sempre sofreu severas críticas, quer da doutrina, quer da jurisprudência, não podendo o juiz sobre ela se manifestar antes da sentença por mera adoção do princípio retroativo. Tanto o Superior Tribunal de Justiça como o Supremo não a admitiam⁵.

Agora, no entanto, passará a ser lei, rendendo ensejo ao arquivamento. O objetivo do Projeto, quero crer, foi o de desafogar o foro de incontável número de feitos que nasciam fadados ao insucesso pela ocorrência provável da prescrição.

Faz-se necessário, repito, que ocorra a *probabilidade* da prescrição e não a mera possibilidade de sua superveniência.

Caso a ação penal venha a ser proposta em tais circunstâncias, caberá ao juiz indeferir a peça acusatória liminarmente (art. 253, II).

Requer-se, em tal modalidade de arquivamento, especial cuidado da parte do Ministério Público e do Magistrado, cada um a

⁵ No sentido de que não pode o tribunal declarar extinta a punibilidade pela aplicação do princípio retroativo, nem o juiz antes da sentença pela prescrição antecipada, veja-se farta jurisprudência, incluindo-se a do STJ RHC 2.926, 6ª Turma, D.J.U. 28.2.94, p. 2.916, e a do STF, RT, 639/389, in *Código Penal Comentado*, Jesus, Damásio E., p. 359, Editora Saraiva, 2002, 13ª edição.

seu tempo, na aplicação da regra do art. 253, II do CPP, evitando-se abusos que possam advir, ao malferir o princípio da obrigatoriedade, gerando a impunidade.

Observe-se, por fim, que na consolidação dos enunciados das Assessorias da Procuradoria-Geral da Justiça - RJ e dos Centros de Apoio Operacional, na parte relativa aos enunciados da Assessoria Criminal, já consta o de nº 4, com o seguinte verbete:

“É admissível o arquivamento do inquérito policial com base na falta do interesse de agir, na hipótese de prescrição pela pena ideal ou prescrição antecipada”.

Portanto, o Ministério Público do Rio de Janeiro já se opôs de acordo com os termos do Projeto.

7. Mas há outras razões de direito que motivam o arquivamento além da falta de interesse na ação penal pela provável superveniência da prescrição. Tal se dá quando ausentes, em exame liminar, quaisquer das condições da ação ou ainda dos pressupostos processuais (art. 253, III).

O conceito de condição da ação ou de pressuposto processual é auferido na doutrina. O código dos anos 40 deu preferência a uma definição concreta das causas de rejeição da inicial de acusação (art. 43). Assim elas se dariam quando o fato narrado evidentemente não constituísse crime (*rectius*, infração penal) (I), quando já estivesse extinta a punibilidade (II) ou quando fosse manifesta a ilegitimidade de parte (ativa ou passiva) (III). Em tais hipóteses haveria carência de ação, por falta de condição genérica. Ao lado delas, havia as chamadas condições de procedibilidade, também motivadoras do indeferimento da inicial (art. 43, III, parte final, do CPP). Estas, porém, reversíveis quanto aos seus efeitos. Agora, a petição inicial também merecerá rejeição quando, *prima facie*, verifica-se a falta de pressuposto processual. No regime anterior, de acordo com o sistema adotado, a falta de pressuposto processual acarretava a nulidade do processo (art. 564), não impedindo, necessariamente, pois, a renovação do feito criminal, conforme o caso.

Cumpra observar, no entanto, que nem sempre a falta de um pressuposto processual é motivo para que a exordial de acusação venha a ser rejeitada. É o caso típico da incompetência; em ocorrendo essa situação processual, caberá ao juiz remeter o feito ao juiz que entender competente, dando margem a que este, caso não aceite a sua competência, suscite o conflito negativo respectivo (art. 123 a art. 127).

Pode ocorrer, ainda, que, antes do oferecimento da denúncia, tenha lugar o conflito de atribuições entre órgãos do Ministério Público (art. 35, III). Caso tal situação venha a ter lugar, a decisão se dará no âmbito do *Parquet* e, até que a atribuição venha a ser definida, a ação penal não poderá ser proposta. Entre nós (MPRJ), compete ao Procurador-Geral de Justiça dirimir os conflitos de atribuições, determinando o órgão do MP que deva officiar no feito (art. 11, XVI, da Lei Complementar nº 106, de 3 de janeiro de 2003 - LOMPERJ).

É preciso ter em conta que a atribuição é pressuposto processual de validade da instância, sendo, pois, louvável que o Projeto dela se tenha ocupado, tratando-a como matéria processual, como sempre defendemos de longa data⁶, ao deixar de relegá-la às diversas leis orgânicas do *Parquet*⁷.

8. Quando do arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o Ministério Público sofrerá, como é salutar, controle externo em relação à sua decisão. Assim, ficará obrigado a comunicar à vítima ou a seu representante legal a notícia do arquivamento. Em relação à vítima, constitui direito seu “ser comunicada do eventual arquivamento

⁶ Cf. “Reflexos da falta de atribuição na instância penal”, separata da *Revista Forense*, volume 269, estudo doutrinário em que examinei, ainda na década de 70, a natureza jurídica da atribuição e o conceito de “Promotor Legal”.

⁷ Já assinalamos, faz muito: “Matéria de índole tipicamente processual, é estranhável que o nosso Código dela não se tenha ocupado, ficando o tema relegado para leis orgânicas estaduais de regulamentação da atividade do Ministério Público, pois os reflexos da decisão do conflito de atribuições, como será visto, nem sempre se encerram na esfera puramente administrativa mas podem interferir com a competência dos juizes, criando uma zona cinzenta que está a exigir tratamento processual adequado”. “Apontamentos sobre o conflito de atribuições”, in *Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, nº 03, 1976, p. 43 e seguintes.

da investigação para efeito do disposto no art. 38, parágrafo primeiro” (art. 89, inciso V, letra”c”).

É que a vítima ou seu representante legal, caso não venha a por-se de acordo com o arquivamento, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias contado do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme venha a dispor a respectiva lei orgânica. Trata-se de prazo processual, aplicando-se, pois, a regra do “*dies a quo non computatur*”, contando-se, porém, o do vencimento. Cogita-se de um recurso hierárquico para a instância de revisão do próprio Ministério Público.

A vítima tem interesse moral e, eventualmente, material em recorrer, pois poderá vir a intervir como assistente (art. 75 a art. 78) e mesmo como parte civil (art. 79 a art. 82) caso a ação penal venha a ser proposta. Elogiável, sem dúvida, o eventual controle externo que a vítima possa exercer, afastando o juiz de qualquer ingerência na fase pré-processual.

9. O investigado, da mesma forma, será comunicado da providência. Houve, talvez, cuidado em excesso na determinação do art. 38, uma vez que tal comunicação só deveria ter lugar caso o investigado já estivesse na condição jurídica de “indiciado” (art. 31). É certo que o investigado pode, em princípio, ter interesse futuro em ver processado o acusador que, agindo de má-fe, deu causa à investigação, praticando, assim, os crimes contra a administração da justiça cogitados nos arts. 339 e 340 do CP. Daí a compreensível providência do legislador.

10. A autoridade policial, da mesma forma, será comunicada, pois subsiste para ela o dever jurídico de investigar, caso surjam “outros elementos informativos” (art. 39), ainda que não venha a lograr êxito na empreitada.

Em tal medida não se cogita, evidentemente, de controle externo de arquivamento, que se efetiva, como visto, pela intervenção da vítima. Trata-se, apenas, de mera informação, voltada para a autoridade policial, tendo em conta eventuais e futuras investigações que possam vir a ser efetuadas pela polícia na hipótese do aparecimento de novos dados, pois, é bom assinalar, que ela pode, em tal circunstância, agir de ofício (art. 39).

11. Outra forma de controle externo de arquivamento vem destacada no art. 38, parágrafo segundo. Tal ocorre nos crimes praticados em detrimento da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, quando vítimas de crime. A revisão do arquivamento do inquérito policial naquelas infrações penais poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial.

Anote-se, aqui, que o controle externo é mais amplo do que aquele exercido pela vítima comum. Esta tem o prazo de 30 (trinta) dias para submeter a matéria à revisão da instância superior do Ministério Público (art. 38, § 1º); já na hipótese prevista no parágrafo segundo do art. 38 a lei não especificou prazo para a revisão, podendo, assim, ser ela pedida enquanto a punibilidade não estiver extinta.

Observe-se que o prazo de 30 (trinta) dias não consta do *caput* do art. 38, mas apenas do seu parágrafo primeiro, não vinculando, em consequência, o parágrafo segundo do artigo em questão. A lei protege, destarte, de forma mais ampla, o Poder Público.

12. Qual órgão do Ministério Público oficiará como instância de revisão?

O Projeto não especifica, no âmbito do Ministério Público, o órgão dotado de atribuição para decidir a respeito do arquivamento impugnado. Relega, apenas, à “instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica”. (art. 38, parágrafo primeiro).

Averbe-se, por importante, que mesmo que não ocorra provocação da vítima (casos dos parágrafos primeiro e segundo), caberá ao órgão do Ministério Público que determinou o arquivamento comunicar sua decisão à instância de revisão do próprio *Parquet*, “na forma da lei” (art. 38). O parágrafo primeiro do art. 38 foi, nesse passo, mais explícito ao dizer “conforme dispuser a respectiva lei orgânica”.

A Lei Orgânica do *Parquet* fluminense estabelece que compete ao Procurador-Geral de Justiça designar membros do Ministério Público para “oferecer denúncia” nas hipóteses de “não confirmação de arquivamento de inquérito policial”, “bem como de

quaisquer peças de informação” (art. 11, XIII, “a” da L.C. 106, de 03-01-2003). Nada impede, evidentemente, que o próprio chefe da Instituição venha a propor a ação penal. Porém, é inusual que assim proceda. Obraria melhor nossa Lei Orgânica caso houvesse usado o verbo delegar ao invés de designar, pois, em razão do princípio da autonomia funcional, o caso é de delegação.

O Código dos anos 40 dispunha, no art. 28, que, ao Procurador-Geral incumbia dar a última palavra sobre o arquivamento, *quando provocado pelo juiz*. O controle da observância do princípio da obrigatoriedade era, assim, exercido pelo magistrado, providência incompatível com sistema acusatório e o com princípio da inércia.

Nada impedia que o próprio Projeto tivesse indicado o órgão dotado de atribuição para a providência revisional. Ao revés, preferiu deixar a medida ao órgão ministerial, “conforme dispuser a respectiva lei orgânica” (art. 38, parágrafo primeiro).

Observe-se, outrossim, que, de qualquer forma, haverá a possibilidade de revisão, seja ela provocada pela vítima, seja ela comunicada pelo próprio órgão do Ministério Público que promoveu o arquivamento, tornando, assim, mais amplo o controle do princípio da legalidade.

O anteprojeto Grinover, elaborado por expressivo número de juristas, presidido pela professora Ada Pellegrini Grinover⁸, fazia referência ao “órgão superior do Ministério Público” como sendo o competente para homologar ou rejeitar a promoção de arquivamento, mediante deliberação.

Da mesma forma, não especificava qual seria o órgão superior do Ministério Público que gozaria de atribuição para aquela medida. Como não fazia referência à Lei Orgânica respectiva, dava ensejo a que a revisão pudesse ser levada a efeito pelo Conselho Superior do Ministério Público, pelo Colégio de Procuradores de Justiça (ou, onde houver, pelo seu Órgão Especial), pelo próprio

⁸ Integravam a referida Comissão, além da professora Ada Pellegrini Grinover, os professores Petrônio Calmon Filho (secretário), Antônio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, Rogério Lauria Tucci, Sidnei Beneti, René Ariel Dotti e Rui Stocco.

Procurador-Geral ou por um colegiado dotado de atribuição específica para funcionar como órgão revisional, sendo esta última a providência a que me parecia mais adequada⁹. Nesta última hipótese seriam criadas tantas câmaras de revisão quantas se fizessem necessárias para atender à demanda de arquivamentos. Tais colegiados seriam integrados por 3 (três) Procuradores de Justiça, cabendo ao mais antigo na classe a sua presidência. A deliberação se daria por maioria de votos. Estou, aqui, a referir-me ao *Parquet* estadual, e, de modo especial, ao do nosso Estado (RJ).

13. Nos casos de atribuição originária, a revisão ou a homologação do arquivamento ficará a cargo do Colégio de Procuradores de Justiça, nos termos do art. 12, XI da Lei 8.625, de 12-II-1993 (LONMP), ou do seu Órgão Especial, onde se fizer presente. No caso, caberá à vítima dirigir o recurso de revisão para este último Colegiado.

14. Os atos de controle externo, em si, são valiosos, se bem usados. Mas impõe-se o cuidado para que não se transformem em manifestação de vingança ou em perseguição imotivada, criando-se a partir daí um indevido contraditório na fase de pura investigação.

Outro aspecto a ser considerado consiste no fato de que a vítima (quando particular) terá que constituir advogado para confrontar o arquivamento, mesmo que ele esteja fundado somente em matéria de fato. Caso a medida encontre base unicamente em questão de direito, não resta a menor dúvida que, *a fortiori*, a assistência jurídica para a vítima torna-se indispensável, pois o recurso terá, em qualquer caso, que ser fundamentado. Da mesma forma que o arquivamento, necessariamente, exige-se do advogado o enfrentamento das razões apresentadas pelo Ministério Público para não promover o ajuizamento da ação penal. Caso contrário, não haveria a paridade de armas no exame do tema a ser apreciado, restando a vítima desprotegida. Quando o arquivamento se der nos crimes praticados em detrimento da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, portanto vítimas da

⁹ *Apud op. cit. in n° 02*, destas notas, p.103 e seguintes.

infração penal praticada, as razões serão apresentadas por sua representação judicial.

15. O investigado poderá recorrer contra o arquivamento?

A lei manda que ele seja cientificado da medida (art. 38). Porém, ao cogitar dos recursos possíveis que submetem a matéria à revisão da instância competente, ocupa-se somente da vítima (art. 38, parágrafos primeiro e segundo). Houve da parte do legislador um silêncio eloquente, partindo do princípio de que o investigado não sucumbiu, embora, em tese, houvesse interesse seu na reforma dos fundamentos legais que motivaram o arquivamento. Portanto, incabível qualquer reação sua contra a providência.

Resta de pé a indagação: qual motivo justifica a comunicação a que alude o art. 38?

Quero crer que ela encontra sua razão de ser no art. 40, embora a incumbência das providências ali indicadas esteja afetada ao Ministério Público. Seria uma forma de o investigado tomar conhecimento se todas aquelas providências acauteladoras e administrativas foram tomadas. Há, também, o aspecto moral, pois o mesmo Estado, que iniciou a investigação, está agora comunicando ao mero investigado, mesmo que não tenha chegado sequer a ser indiciado, que não encontrou elementos para ajuizar a ação penal. Outras razões estão indicadas ao final do item 9, *supra*. Com mais razão, o indiciado, igualmente, será cientificado destas últimas medidas.

16. O art. 39 não traz qualquer novidade. Todo o arquivamento é, de comum, provisório. Desde que haja notícia de outros elementos informativos, a autoridade policial deverá proceder a novas diligências, agindo de ofício ou mediante requisição do próprio Ministério Público. Tais diligências, caso revelem *fato novo* capaz de alterar *substancialmente* os elementos de informação que constavam do inquérito arquivado, poderão dar azo ao ajuizamento da ação penal. Somente não serão cabíveis novas diligências caso, *evidentemente*, haja ocorrido a extinção da punibilidade do fato. A regra do art. 39 já constava do Código de 41 (art. 18), embora a atual, do Projeto, seja, do ponto de vista técnico, mais completa.

17. Encerra a Seção VII, do Capítulo III, do Título II, do Livro I do Projeto, o art. 40, voltado para providências de natureza administrativa que devem ser tomadas, uma vez ultimado o arquivamento. Tal se dá nas investigações em que o juiz das garantias é chamado a intervir (art. 15). A primeira delas refere-se ao arquivamento propriamente dito (art. 35, IV c/c 15 e 40), ao passo que a segunda terá lugar quando o órgão do Ministério Público declinar de sua atribuição (art. 35, III c/c 15 e 40) para officiar na causa. Em ocorrendo uma daquelas hipóteses, o juiz das garantias será comunicado pelo Ministério Público “para baixa dos procedimentos e respectivos registros na instância judiciária.”

O juiz das garantias constitui uma novidade do Projeto. Segundo explicita a “Exposição de Motivos”, “será (ele) o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra assentada no texto constitucional exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais” (item III). Através dele será possível manter o distanciamento do juiz do processo que irá decidir o mérito. Parece-me que tais funções já são exercidas, na atualidade, pelo chamado juiz de plantão, que, apenas, poderia ter suas atribuições ampliadas, se necessário. Demais disso, vislumbro dificuldades para a sua criação nas pequenas comarcas. Pode ser que esteja equivocado e que a medida venha a render bons frutos. É o que todos desejamos.

De qualquer maneira, o Ministério Público deverá comunicar-lhe não somente o arquivamento do inquérito respectivo, bem como a ocorrência da declinatória de atribuição por parte do órgão do *Parquet* atuante no feito (que, em princípio, poderá acarretar uma série de desdobramentos futuros), para efeito das anotações e controle indicados ao final do art. 40.

Assim, como o juiz das garantias deverá ser informado da abertura do inquérito policial (art. 15, IV), ele, da mesma forma, terá que ter ciência do seu encerramento ou de eventuais providências que possam a vir a refletir no seu acompanhamento (art. 40).

É certo que algumas das medidas a que se refere o art. 15 “arranham”, de certa forma, o sistema acusatório. Não estou a referir-me às cautelares típicas, mas a outras iniciativas que poderiam e deveriam ser providenciadas pelo próprio Ministério Público, como, v.g., aquela indicada no art. 15, X.

18. Pode-se afirmar que o Projeto, no seu todo, em matéria de arquivamento, resguarda o sistema acusatório, o que, sem dúvida, é louvável. Aproxima-se, nesse passo, do anteprojeto sobre a investigação policial concebido pela “Comissão de Reforma do Código de Processo Penal” (“Anteprojeto Grinover”)¹⁰. Bem se concebe que a via adotada pelo Projeto vem ao encontro de tudo o que tenho sustentado nos últimos anos, particularmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, no sentido do princípio acusatório. Após incontáveis vaivéns, vejo que o Projeto, por fim, conforta aquela tese, pelo menos em sede de arquivamento.

Dessa maneira, o controle do arquivamento se dará, integralmente, no âmbito do Ministério Público. Porém, como é próprio de um regime democrático, assegura-se à vítima e ao suspeito (investigado ou indiciado) uma participação maior na fase investigatória. Trata-se de modalidade de controle externo por parte dos sujeitos da relação de direito material até então não experimentada em nossa legislação processual.

Outro ponto relevante do Projeto reside na referência expressa feita à atribuição do Ministério Público (art. 35, III) até então relegada às diversas leis orgânicas do *Parquet*. Desde o momento em que o juiz ficará afastado do arquivamento, a menção à atribuição, agora prevista na lei processual, torna-se inafastável, pois que aquela medida se exaure no campo exclusivo do Ministério Público. ☐

¹⁰ Pedimos licença, novamente, para remeter o leitor ao nosso estudo referido no item 02 destas notas de rodapé.

Lançamento para Prevenir Decadência Diante de uma das Causas de Suspensão da Exigibilidade do Crédito Tributário Prevista no Artigo 151 do CTN

Andrea Veloso Correia

*Procuradora do Município do Rio de Janeiro.
Professora de Direito Tributário da EMERJ
e da Fundação Getúlio Vargas - FGV/RJ.*

I. INTRODUÇÃO

O objetivo desta exposição é tecer algumas considerações acerca do lançamento para prevenir decadência, quando se está diante de uma causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151 do CTN); questão controvertida na doutrina e jurisprudência pátrias.

Neste trabalho, serão examinados diversos aspectos que envolvem este lançamento (prazo para efetivá-lo, acréscimos moratórios e sua forma), sob a ótica da legislação aplicável e da jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça.

II. LANÇAMENTO PARA PREVENIR DECADÊNCIA. DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL. TRIBUTO LANÇADO POR HOMOLOGAÇÃO

O posicionamento que prevalece no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o lançamento deve ser efetuado, visando a prevenir decadência, mesmo diante de uma causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Isso ocorre porque as hipóteses do artigo 151 do CTN não suspendem o prazo decadencial, para efetivação do lançamento, mas tão somente o prazo prescricional, para a cobrança judicial

do crédito tributário. Em outras palavras, o Fisco não poderá inscrever em dívida ativa ou ajuizar execução fiscal de crédito que esteja com sua exigibilidade suspensa, mas poderá efetuar o lançamento, exercendo o seu direito potestativo, nos termos do artigo 142 do CTN.

Vale a pena trazer à colação o seguinte precedente do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

“RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ART. 151 DO CTN. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE O FISCO REALIZAR ATOS TENDENTES À SUA COBRANÇA, MAS NÃO DE PROMOVER O SEU LANÇAMENTO. ERESP 572.603/PR. RECURSO DESPROVIDO.

1. O Art. 151, IV, do CTN determina que o crédito tributário terá sua exigibilidade suspensa havendo a concessão de medida liminar em mandado de segurança. Assim, o Fisco fica impedido de realizar atos tendentes à sua cobrança, tais como inscrevê-lo em dívida ativa ou ajuizar execução fiscal, mas não lhe é vedado promover o lançamento desse crédito.

2. A primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, dirimindo a divergência existente entre as duas Turmas de Direito Público, manifestou-se no sentido da possibilidade de a Fazenda Pública realizar o lançamento do crédito tributário, mesmo quando verificada uma das hipóteses previstas no citado art. 151 do CTN. Na ocasião do julgamento dos ERESP 572.603/PR, entendeu-se que a “suspensão da exigibilidade do crédito tributário impede a Administração de praticar qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança do seu crédito, tais como inscrição em dívida, execução e penhora, mas não impossibilita a Fazenda de proceder à sua regular constituição para prevenir a decadência do direito de lançar” (Rel. Min. Castro Meira, DJ de 5.09.05).

3. *Recurso especial desprovido* (grifos nossos).

(RESP 736040/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 11/06/2007)

Note-se que a questão está pacificada no STJ, face o julgamento dos **Embargos de Divergência no RESP 572.603/PR**, DJ 05/09/05. Do voto do Relator, destaca-se o seguinte trecho:

“ (...) No que se refere à segunda questão, o entendimento segundo o qual a Fazenda está impedida de efetivar o lançamento do tributo, cuja exigibilidade encontra-se suspensa em decorrência de ordem judicial, implica admitir-se a interrupção do prazo decadencial, o que não se coaduna com a natureza do instituto. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário impede a Administração de praticar qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança do seu crédito, tais como inscrição em dívida ativa, execução e penhora, mas não impossibilita a Fazenda de proceder à sua regular constituição para prevenir a decadência do direito de lançar.”¹ (gn)

Pelo visto acima, ocorrendo a suspensão da exigibilidade do crédito por força de decisão judicial (ex: liminar em MS ou Cautelar; antecipação de tutela), sem que tenha sido efetivado anterior lançamento do crédito tributário objeto da lide, deverá ser feito lançamento de ofício para prevenir a decadência nos termos do art. 149 do CTN.

Note-se que o contribuinte não tem qualquer prejuízo com a efetivação do lançamento, pois poderá obter certidões positivas com efeitos de negativa, nos exatos termos do art. 206 do CTN. As hipóteses do art. 151 do CTN dão ensejo ao fornecimento desse tipo de certidão, que possui os mesmos efeitos da certidão negativa de débito.

Uma outra questão, sobre a qual já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, diz respeito ao depósito do montante integral, visando à suspensão da exigibilidade do crédito (art. 151, II, do CTN) e à necessidade de se formalizar o lançamento de ofício.

¹ No mesmo sentido: AgRg no RESP 1058581/RS, 2ª Turma, DJ 27/05/2009.

Note-se que, em relação às liminares (art. 151, IV do CTN) e à antecipação de tutela (art. 151, V do CTN), o posicionamento prevalente do STJ é o exposto acima: o lançamento deve ser feito para prevenir a decadência. Quanto ao depósito do montante integral, a jurisprudência tem feito uma distinção em relação aos tributos lançados por homologação.

O STJ tem entendido que, com o depósito, tem-se verdadeiro lançamento por homologação. O contribuinte calcula o valor do tributo e substitui o pagamento antecipado pelo depósito. Nesse caso, se a Fazenda aceita como integral o depósito, aquiesce com o valor indicado pelo contribuinte, o que equivale à homologação tácita prevista no art. 150, parágrafo quarto do CTN; sem a necessidade de se efetuar o lançamento de ofício.

A questão já se encontra pacificada pela Primeira Seção daquele Tribunal:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL. DEPÓSITO JUDICIAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DESNECESSIDADE DE LANÇAMENTO FORMAL PELO FISCO. PRECEDENTES DA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. (...)

2. A Primeira Seção desta Corte possui entendimento pacífico no sentido de que “no caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o contribuinte, ao realizar o depósito judicial com vistas à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, promove a constituição deste nos moldes do que dispõe o art. 150 e parágrafos do CTN. Isso porque verifica a ocorrência do fato gerador, calcula o montante devido e, em vez de efetuar o pagamento, deposita a quantia aferida, a fim de impugnar a cobrança da exação. Assim, o crédito tributário é constituído por meio da declaração do sujeito passivo, não havendo falar em decadência do direito do Fisco de lançar, caracterizando-se, com a inércia da autoridade fazendária apenas a

homologação tácita da apuração anteriormente realizada. Não há, portanto, necessidade de ato formal de lançamento por parte da autoridade administrativa quanto aos valores depositados” (ERESP 686.479/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, DJ 22.9.2008).

3. *Nesse sentido, destaco, também os seguintes julgados: AgRg nos ERESP 1.037.202/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJ 21.08.2009, EDcl nos ERESP 464.343/DF, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, DJ 3.3.2008, ERESP 615.303/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Rel. p/acórdão Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, DJ 15.10.2007.*

4. *Agravo regimental não provido.” (gn)*

(AgRg no Ag 1163962/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJ 15/10/2009)

O raciocínio do acórdão (apesar de discordar do mesmo, pois, a meu ver, depósito e pagamento não se confundem eis que o primeiro é causa de suspensão e não ingressa nos cofres municipais integralmente, e o segundo é causa de extinção do crédito tributário, ainda que sob condição resolutória - art. 150, parágrafo primeiro do CTN), se baseia na ideia de que o depósito sendo integral, suspende a exigibilidade do crédito e deverá ser levantado pela parte vencedora na demanda, com o trânsito em julgado da decisão. Se vencedora a Fazenda, a conversão em renda extingue o crédito tributário (art. 156, VI, do CTN); nada mais podendo ser cobrado.

O grande problema prático desse posicionamento é que, na grande maioria dos casos, o depósito é feito em parcelas ou mensalmente (caso do ISS), e a Fazenda não é intimada pelo Juízo Fazendário dos depósitos, para que possa verificar a sua integralidade; o que deveria, *data venia*, sempre ocorrer.

III. PRAZO PARA EFETIVAÇÃO DO LANÇAMENTO PARA PREVENIR DECADÊNCIA - TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO

Durante muito tempo, a jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça foi no sentido de que o prazo para lança-

mento de ofício, em relação aos tributos sujeitos a lançamento por homologação (ex: ISSQN e ICMS), resultava da conjugação dos prazos previstos no parágrafo quarto do art. 150 e no art. 173, I; ambos do CTN.

Ou seja, o prazo para a fazenda lançar era de 10 anos (tese dos cinco + cinco), contados da seguinte forma: cinco anos contados do fato gerador (art. 150, parágrafo quarto do CTN) + cinco anos contados do primeiro dia do exercício financeiro seguinte ao fim do prazo anterior (art. 173, I, do CTN). No entanto, esse entendimento não mais prevalece naquele Tribunal superior, desde o julgamento do RESP 973.733-SC - repetitivo.

Na verdade, o STJ entendia que o prazo para o Fisco lançar de ofício tributo lançado por homologação seria de dez anos, da mesma forma que o prazo para o contribuinte pedir devolução do tributo lançado por homologação também era de dez anos. No momento em que a Lei Complementar 118/2005 (art. 3º) acabou com a tese dos dez anos pró-contribuinte, o STJ não mais aceitou a tese dos cinco + cinco pró-Fisco.

Deve ser ainda mencionado que a maioria dos tributos lançados por homologação envolve, atualmente, o preenchimento de uma declaração, como ocorre no Imposto de Renda, no ICMS (GIA-guia de informação e apuração do ICMS) e nos tributos federais (DCTF- declaração de débitos e créditos tributários federais).

O que vai diferenciar os tributos lançados por homologação (art. 150 do CTN) daqueles lançados por declaração (art. 147 do CTN) é que, na primeira hipótese, além da declaração, o sujeito passivo já antecipa o pagamento do tributo; enquanto no segundo caso, quem efetiva o lançamento é o Fisco, com as informações prestadas pelo contribuinte.

Com base nessas premissas, poderíamos resumir a jurisprudência atual do STJ da seguinte forma:

a) se o tributo foi declarado e não pago - Não há que se falar em decadência, pois o crédito tributário está constituído pela própria declaração de débito do contribuinte (confissão de dívida), sendo possível a imediata inscrição em dívida

ativa e ajuizamento da EF (tão logo não mais subsista a causa de suspensão)². Nesse caso, à semelhança do que ocorre com o depósito integral, não haverá a formalização do lançamento (Súmula 436 do STJ). O prazo prescricional começa a contar da data do vencimento do tributo não pago³.

b) se o tributo não foi declarado nem pago - aplicação do artigo 173, I, do CTN. Não havendo pagamento nem declaração de débito, não há o que homologar, por isso aplica-se a regra geral em matéria de decadência.

c) se foi realizado um pagamento - a Fazenda Pública tem o prazo de cinco anos, contados do fato gerador (art. 150, parágrafo quarto do CTN), pois, neste caso, estamos diante de um típico lançamento por homologação.

IV. LANÇAMENTO PARA PREVENIR DECADÊNCIA. COBRANÇA DE JUROS DE MORA. EXCLUSÃO DAS PENALIDADES

Outra questão fundamental diz respeito à definição do que deva ser objeto do lançamento tributário, se tão somente o principal corrigido, ou se deverão ser incluídos os acréscimos moratórios (juros de mora e multa de mora) e penalidades (v.g. descumprimento de obrigações acessórias, infrações à lei tributária).

Nesse pormenor, duas hipóteses devem ser examinadas.

A primeira hipótese refere-se ao caso de a liminar ou da antecipação de tutela que suspenda a exigibilidade do crédito tributário ser concedida *antes da data de vencimento da dívida*, isto é, *antes da data para antecipação do pagamento do imposto* (caso do ISS que é lançado por homologação). Nessa hipótese, não há que se falar em quaisquer acréscimos ou penalidades, pois a obrigação tributária ainda não venceu.

A situação mais conflituosa surge no caso de a decisão judicial que suspenda a exigibilidade do crédito tributário ter sido proferida *após a data de vencimento da dívida*, quando poderão

² RESP 962.379/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavaski, DJE 28/10/2008 (repetitivo).

³ RESP 1120295/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 21/05/2010 (repetitivo).

incidir acréscimos moratórios e eventuais penalidades, previstas na legislação do ente tributante.

A meu ver, só poderão ser objeto do lançamento visando a prevenir a decadência os acréscimos que não tiverem um caráter punitivo/sancionatório, já que o contribuinte não pode ser prejudicado por estar cumprindo uma decisão judicial que suspendeu a exigibilidade do crédito tributário.

Em relação aos juros de mora, o posicionamento prevalente tanto na doutrina, quanto na jurisprudência é de que os juros não têm caráter punitivo, pois possuem um caráter remuneratório (recomposição do custo do dinheiro).

A controvérsia se cinge à multa moratória. A pergunta que se faz é se a multa em questão tem um caráter punitivo ou se visa tão somente a indenizar/compensar o Fisco, que ficou privado da utilização dos recursos que não foram pagos na data própria.

A natureza da multa moratória é muito controvertida na doutrina e na jurisprudência. O meu entendimento é no sentido de que ela não tem caráter punitivo, mas sim, indenizatório. Ela visa a compensar o Fisco, que ficou privado da utilização dos recursos na data própria. O Fisco tinha a expectativa de receber o valor até a data aprazada e não o recebeu e, por isso, não pôde atender às suas atribuições constitucionais. A frustração do recebimento da receita pública acarreta prejuízos financeiros-orçamentários. A multa moratória é comparável à indenização prevista no direito civil.

De todo modo, em relação à questão posta em debate (inclusão ou não da multa moratória no lançamento, visando a evitar a decadência), existe jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que poderia ser utilizada a favor da inclusão.

O Superior Tribunal de Justiça possui precedentes de suas duas Turmas de direito público no sentido de que, uma vez cassada a liminar que vise à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, são devidos juros moratórios e multa moratória pelo não recolhimento do tributo, desde a data do vencimento do tributo. Isso porque a cassação da liminar faz com que o contribuinte retorne

ao *status quo* anterior. Aplica-se ao caso a Súmula 405 do STF. O mesmo raciocínio é adotado para a antecipação de tutela⁴.

Em outras palavras, se o ente pode cobrar juros e multa de mora desde o vencimento do tributo, como se a liminar nunca tivesse sido concedida, a *contrario sensu* poderá efetuar o lançamento com a inclusão de todos os acréscimos moratórios, visando a prevenir a decadência.

Enquanto prevalecer a decisão que suspende a exigibilidade do crédito tributário, o crédito não pode ser cobrado. Com a cassação da causa que suspendia a exigibilidade, o Fisco poderá cobrar o tributo, com todos os acréscimos moratórios, desde o vencimento do tributo.

Nesse sentido, são os seguintes precedentes:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ART. 535 DO CPC. OMISSÃO. CPMF. LIMINAR EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CASSAÇÃO. DÉBITO EM CONTA CORRENTE. SÚMULA 7 STJ. JUROS E MULTA DE MORA. INCIDÊNCIA.

(...) São devidos juros moratórios e multa pelo não recolhimento de CPMF em face de liminar suspensiva de exigibilidade do crédito fiscal, posteriormente cassada. Precedentes da Primeira e Segunda Turma. (...)” gn

(RESP 928958/MG, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJ 04/06/07)

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. FINSOCIAL. COMPENSAÇÃO. CASSAÇÃO DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. INCIDÊNCIA IMEDIATA DA MULTA MORATÓRIA. PRECEDENTES.

(...) Retornando os fatos ao *status quo* ante, em razão da cassação da liminar anteriormente deferida, cabe ao Fisco a cobrança do crédito tributário na sua integralidade, inclusive quanto aos encargos decorrentes da mora.

4. Com a cessação dos efeitos da liminar, o contribuinte perdeu a proteção judicial que lhe autorizou o não recolhimento do FINSOCIAL. Restabeleceu-se, portanto, a sua condição

⁴ RESP 1011609/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 06/08/2009.

de devedor da contribuição sobre os fatos geradores ocorridos no período abrangido pela medida judicial, advindo de tal circunstância a responsabilidade por todos os ônus decorrentes do descumprimento da obrigação tributária, entre eles, a multa moratória.

5. *Precedentes: RESP 636.256/PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 06/12/2004; RESP 586.883/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, unânime, DJ de 28/04/2004. (...)” gn*

(RESP 834715/MG, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJ 03.08.06)

“1. O provimento liminar, seja em sede de Mandado de Segurança, seja por via de antecipação de tutela, decorre sempre de um juízo provisório, passível de alteração a qualquer tempo, quer pelo próprio Juiz prolator da decisão, quer pelo Tribunal ao qual encontra-se vinculado. A parte que o requer fica sujeita à sua cassação, devendo arcar com os consectários decorrentes do atraso ocasionado pelo deferimento da medida.

(...) *Deveras, afigura-se correta, portanto, a incidência de multa moratória quando da denegação da ordem de segurança e consequente cassação da liminar anteriormente deferida. (...)*

Destarte, a multa moratória somente é excluída nas hipóteses liminar, acompanhada de depósito, (...)” gn

(RESP 676133/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 13/02/2006)

Note-se que a última decisão só exclui a incidência da multa moratória no caso de ter sido efetuado o depósito do montante integral. Na verdade, o depósito é a única causa de suspensão que faz cessar para o contribuinte a obrigação de recolher os acréscimos moratórios, pois, a partir do depósito, tais acréscimos passariam a ser de responsabilidade do Banco (artigo 9º, parágrafo quarto da Lei 6.830/80, e Súmula 179 do STJ).

Ressalte-se novamente que nenhum prejuízo terá o contribuinte pela inclusão no lançamento dos juros e da multa moratória, pois ele continuará a ter direito à certidão positiva com efeitos de

negativa. Se ele vier a ganhar a ação, o débito será cancelado. Se a Fazenda sair vencedora, ele será cobrado integralmente.

Por fim, deve ser mencionado que, na área federal, existe legislação específica que trata do ponto aqui examinado, qual seja, a Lei 9.430/96, artigo 63. Esse artigo estabelece, em seu *caput*, que não caberá lançamento de multa de ofício na constituição do crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributos cuja exigibilidade tiver sido suspensa por liminar em Mandado de Segurança.

Entretanto, a multa moratória incidirá após trinta dias da data da publicação da decisão judicial que cassar tal liminar. De acordo com o *parágrafo segundo* desse artigo, a interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar *interrompe* a incidência da multa de mora desde a concessão da medida judicial até o prazo de 30 dias supracitado. Tal legislação, no entanto, só se aplica à esfera federal.

V. VEÍCULO INSTRUMENTAL DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO: NOTA DE LANÇAMENTO OU AUTO DE INFRAÇÃO

O último ponto a ser examinado diz respeito ao veículo a ser utilizado pela Fazenda para a efetivação do lançamento a fim de evitar a decadência - Nota de Lançamento ou Auto de Infração. A meu ver, o meio adequado seria a Nota de Lançamento, pois não será lançado qualquer valor a título de multa punitiva.

No Município do Rio de Janeiro, o artigo 63 do Decreto Municipal nº 14.602/96 determina que a exigência do crédito tributário, em todos os casos em que o lançamento do tributo não resulta em aplicação de penalidade por infração à legislação tributária, formaliza-se pela lavratura de Nota ou Notificação de Lançamento.

O artigo 66 do mesmo Decreto Municipal, por sua vez, esclarece que a aplicação de penalidade por infringência à legislação tributária decorrente de procedimento fiscal (o que não é o caso), formaliza-se pela lavratura de Auto de Infração.

VI. CONCLUSÃO

Pelo exposto, conclui-se que as causas que suspendem a exigibilidade do crédito tributário (artigo 151 do CTN) não suspendem

o prazo decadencial para efetivação do lançamento. Portanto, deverá ser efetuado o lançamento para prevenir a decadência, salvo nos casos em que a decisão judicial *expressamente* impedir a constituição do crédito tributário através da realização do lançamento.

O único caso em que a jurisprudência do STJ dispensa a efetivação do ato formal do lançamento ocorre, em relação aos tributos lançados por homologação (caso do ISS e do ICMS), quando o depósito for do montante integral do débito questionado (art. 151, II, do CTN). Nessa hipótese, o depósito integral corresponderia ao pagamento antecipado.

O prazo para efetivação do lançamento de ofício é de cinco anos. Nos tributos lançados por homologação (caso do ISS e do ICMS), se foi efetuado pagamento do tributo, ainda que a menor, o prazo começa a contar da ocorrência do fato gerador (art. 150, parágrafo quarto do CTN). Se o pagamento não foi efetuado/antecipado, ou se ele foi feito com dolo, simulação ou fraude (art. 150, parágrafo quarto, *in fine*, do CTN), o termo *a quo* do prazo é o primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado, ou seja, o exercício seguinte à ocorrência do fato gerador (art. 173, I, do CTN). Segundo a jurisprudência atual do STJ, não se somam mais os prazos dos dois artigos. A Fazenda não tem mais dez anos para efetivar tal lançamento de ofício.

O lançamento para prevenir decadência não incluirá os acréscimos moratórios se a decisão judicial que determinar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (ex. liminar ou antecipação de tutela) for anterior ao vencimento da obrigação tributária.

Se ela for posterior, deverão ser incluídas no lançamento, além do principal devidamente corrigido monetariamente, o valor referente aos juros de mora e à multa moratória de caráter indenizatório, ressarcitório ou compensatório, excluindo-se as sanções decorrentes de infrações à legislação tributária, que têm nítido caráter punitivo.

Como não serão incluídas penalidades, o lançamento para prevenir a decadência deverá ser efetuado através de nota ou notificação de lançamento e não por meio de auto de infração. ¶

É Possível “Simplificar a Linguagem Científica”?

Eduardo Feld

Juiz de Direito do Estado do Rio Grande do Norte. Mestre em Direito e Engenheiro Eletrônico pelo IME.

A “campanha pela simplificação da linguagem jurídica”, embora recheada de boas intenções, pode esconder um perigoso viés, que inclui, entre outros vícios, o menosprezo à figura do advogado.

Não é de hoje que várias entidades da comunidade das carreiras jurídicas articulam uma campanha que visa ao uso de uma linguagem mais simples nas peças redigidas no âmbito dos processos judiciais.

A iniciativa está longe de ser de todo desarrazoada, tendo em vista que se fundamenta, principalmente, no enraizamento de hábitos linguísticos arcaicos, os quais ainda encontram nichos de adeptos, gerando morosidade, desperdício e até mesmo perplexidade.

Não seria também privado de fundamento que se estendes-se esta ideia às outras áreas de conhecimento. Assim, ao lado do “juridiquês”, também deveriam ser simplificados o “economês” e as linguagens usadas pelos médicos, contadores, engenheiros, informatas e técnicos dos mais diversos ramos.

É preciso, entretanto, que os militantes de tal ideia compreendam que há limitações e, sobretudo, riscos de deturpações.

Não queremos aqui nos aprofundar no debate que, não raro, surge em torno do caráter científico do direito e de outros conhecimentos. É preciso, no entanto, rapidamente, apresentar alguns

elementos caracterizadores do que se considera um conhecimento científico. A maioria dos estudos neste sentido nos diz que a ciência se caracteriza por observação, método, controle, finalidade e linguagem, entre outros.

Importante, também, no nosso contexto, notar que o caráter científico é visto como justificativa para certas características que são consenso em várias áreas - dentre elas o nosso objeto - como a seriedade com que profissionais devem ser ensinados, formados e treinados, para bem desempenhar com sucesso seu mister, na persecução de seus objetivos, que muito têm a ver com uma função de alta virtude social.

Neste diapasão, a “campanha pela simplificação da linguagem jurídica” extrapola seus limites, na medida em que ameaça virar lei, obrigando inclusive ao impossível, ou seja, que as sentenças possam ser entendidas por qualquer pessoa.

Façamos uma analogia com a medicina. A bula dos remédios sofreu recentemente uma modificação segundo a qual, hoje, deve conter uma parte intitulada “informações ao paciente” continuando presentes as informações técnicas, apenas acessíveis aos profissionais. Ninguém, em sã consciência, advogaria que se retirasse da bula a informação de que o medicamento possui efeitos anticolinérgicos, simpatomiméticos e extrapiramidais, embora a população em geral não entenda tais termos. Isto por duas razões: a mediata, que consiste na ideia de que a medicina é uma ciência; e a imediata, qual seja, o fato de que para todo remédio existe um médico que o prescreveu e que tem a obrigação de explicar que efeitos são esses a seu cliente. O mesmo se diga dos diagnósticos, receitas, prontuários etc..

Assim, a muitos causa espanto o fato de que uma pessoa leia uma sentença e não entenda se ganhou ou perdeu, mas ninguém se surpreende se essa mesma pessoa necessita do auxílio de um médico para entender um diagnóstico.

Neste ponto, é preciso observar que todas essas questões têm um certo grau de fluidez, mesmo porque quase sempre há grande polêmica em torno das funções e prerrogativas de cada profissional e também em relação a que circunstâncias tornam

esse profissional essencial, sobretudo durante a fase transitória de regulamentação de cada carreira.

Para exemplificar, no Brasil, há certos medicamentos que podem ser comprados até em padarias e ser objetos de propagandas, que devem conter a famosa frase “em persistindo os sintomas o médico deverá ser consultado”. Entre tais remédios, o ácido acetilsalicílico, que pode matar por perfuração no estômago se não tomado adequadamente, e a dipirona, que é proibida em vários países do primeiro mundo, tendo em vista efeitos fatais que pode causar em certas pessoas.

Por outro lado, há não muito tempo, não era necessário possuir formação para advogar, sendo ainda conhecida a figura do solicitador ou “rábula”. Ainda hoje, se discute se é preciso ser advogado para subscrever peças na Justiça Especializada Trabalhista. Ainda temos o exemplo dos Juizados Especiais, que dispensaram a figura do advogado nas causas de até vinte salários mínimos, o que causou, na época, certa indignação, por parte dos advogados, que alegavam, inclusive, inconstitucionalidade do dispositivo em face da essencialidade do profissional. Mas por que uma causa de valor menor que um determinado limite dispensa o advogado e a de maior valor o exige? Por que vinte, e não trinta ou dez salários mínimos? Será isto uma “dipirona jurídica”?

Enfim, até o momento, pensamos que conseguimos mostrar que o assunto está longe de ser tão simplório como uma “campanha de simplificação” possa dar a entender, sobretudo aos menos atentos, não excluindo destes os nossos legisladores. Uma afirmativa pode ser, entretanto, feita sem hesitação: qualquer um que tenha um problema jurídico deve ter assistência de um profissional, ainda que seja este o funcionário que atende no Juizado ou na Justiça do Trabalho. Vejam que a maioria das petições subscritas por leigos não são por estes elaboradas, o que seria equivalente, na nossa alegoria, a uma automedicação.

Do mesmo modo, é impossível que “qualquer pessoa” entenda uma sentença. Em primeiro, porque vivemos num país em que uma expressiva percentagem da população é analfabeta, semia-

nalfabeta ou analfabeta funcional. Enfim, muitos de nós não são capazes de compreender texto algum.

Não há uma campanha pela simplificação dos textos médicos ou econômicos, embora estes, não raro, apresentem os mesmos vícios dos textos jurídicos. Este fato está a revelar um possível viés deletério de que tal campanha pode padecer, a despeito de que este não seja o objetivo de seus idealizadores. Este viés se ramifica, entre outras conclusões, às seguintes:

a) Ao aceitar a ideia de que “qualquer pessoa” deveria entender uma sentença, nega-se o caráter científico do Direito, uma vez que a linguagem de uma ciência não é de domínio comum do povo, abrindo-se livre caminho para o “achismo”, ou seja, a decisão judicial com base em “opiniões”.

b) Como corolário, homologa-se como se válida fosse a péssima qualidade do ensino jurídico da maioria das faculdades do país, em que os alunos veem o que (não) estão aprendendo como uma simples práxis resultante de um baú de opiniões de onde se aproveitam as mais convenientes, desprezando-se a metodologia que necessariamente deve servir de matéria-prima dos silogismos utilizados.

c) Despreza-se aquele profissional que estudou e trabalhou anos para compreender e aplicar uma ciência, como se ele fosse dispensável e seu saber fosse menor que o dos demais profissionais, os quais estão legitimados a usar sua linguagem própria.

d) Faz-se tábula rasa do velho ditado romano, obrigando o juiz ao impossível, pois, definitivamente, sentença para “qualquer pessoa entender” não dá! ☞

Combate às Drogas: Fracasso Anunciado

Um mundo sem droga - ONU, 1998 - Uma Utopia?

José Mauro Braz de Lima

Professor Associado da Faculdade de Medicina - UFRJ. Diretor Geral do HESFA - Hospital Escola São Francisco de Assis - UFRJ. Coordenador Geral do Programa Acadêmico de Álcool e Droga - CEPRAL/HESFA/UFRJ.

Enquanto não mudarmos algumas premissas que hoje servem de base para o enfrentamento das drogas em geral; enquanto não nos aprofundarmos no diagnóstico mais adequado e sistêmico dessa questão na sociedade moderna; enquanto não levarmos em conta e identificarmos bem os fatores de risco e de proteção que nos leva às constatações inconvenientes na gênese do problema das drogas, o fracasso da anunciada guerra às drogas será sempre o resultado mais plausível de todas as políticas implementadas por grande parte dos países que enfrentam este desafio. Hoje, após três décadas de luta declarada dentro dos parâmetros convencionais, a situação de um modo geral só tem piorado, sobretudo na questão da violência, um epifenômeno humano e natural.

Vejamos algumas questões relativas a essas premissas, com base nas evidências nem sempre devidamente consideradas por grande parte dos que estão na linha de frente deste “combate” - especialmente os das áreas de saúde (que lidam com pacientes), de educação e de segurança pública (repressão).

Em primeiro lugar, é preciso mudar o conceito tradicional e arraigado de doença, de acordo com os parâmetros médicos convencionais. A chamada Dependência Química (DQ) é apenas a pon-

ta do “iceberg”, que acarreta, sim, doenças de verdade, muitas vezes fatais. A dependência química deve ser vista como uma condição biopsicossocial e, portanto, transcende o “paradigma médico” comum, de forma a exigir uma abordagem sistêmica e multidisciplinar. Nesse sentido, é preciso avançar para além dos amplos conceitos que a própria OMS vem utilizando, ampliando o leque da Dependência Química (modelo médico de doença) para um modelo mais sistêmico, dentro de um paradigma biopsicossocial: “Problemas Relacionados ao Uso, Abuso e Dependência do Álcool e das outras Drogas” (PRAD). Com esta visão ampliada, incluímos os que têm problemas com o uso e com o abuso de álcool e outras drogas, além dos dependentes propriamente ditos.

Com isso, somos obrigados a ver que não só a DQ deve ser alvo da atenção do sistema. As manifestações biopsicossociais relacionadas ao uso e abuso, além da dependência do álcool e das outras drogas, aparecem nos vários documentos da relação de consumo das SPA - Substâncias Psicoativas (lícitas e/ou ilícitas). Estas manifestações relacionadas ao uso podem ser verificadas logo no início (acidentes de trânsito, violência pessoal e urbana, problemas no trabalho ou nos estudos/escolas, na gravidez etc.) ou nas várias situações de abuso (distúrbios orgânicos, doenças degenerativas, complicações devidas aos episódios de embriaguez frequente, acidentes, violências etc.), antes da instalação flagrante do quadro de DQ propriamente dito.

Em segundo lugar, sabemos que “não há sociedade sem drogas, nunca houve e, provavelmente, nunca haverá”. Esta frase revela a evidência histórica do uso e abuso do álcool, que se inscreve desde os primórdios de nossa civilização pela forte e marcante cultura das bebidas alcoólicas (cerveja, vinho e destilados - cachaças, uísque, saquê, vodka etc.). Além disso, os relatos de uso do ópio e da heroína na Ásia e depois na Europa e EUA, da cocaína no Peru, Bolívia e Colômbia, do peyote no México, da maconha na América do Sul, e de outras tantas substâncias psicoativas fazem parte da história da nossa civilização ao longo dos séculos até os dias de hoje. Apesar da explosão social da cultura do álcool na segunda metade do século XX, não podem

ser consideradas novidades apesar de terem alcançado níveis de consumo preocupante.

O *boom* do uso das drogas após os anos 60 revela outras mudanças da nossa cultura associadas a novos valores e ao impressionante crescimento da sociedade de consumo, vinculada às sérias correntes das políticas neoliberais prevalentes no Ocidente.

Realmente, nestas últimas três ou quatro décadas, os problemas relacionados ao álcool e às outras drogas atingiram proporções terríveis, transformando-se em uma das mais sérias e preocupantes questões sociais em grande parte dos países. Hoje, devem ser considerados mais do que questões de Saúde ou Segurança Públicas, mas questões relevantes de políticas globais do Governo e de Estado. Os Estados Unidos são um bom exemplo: trata-se do país que mais investe em estratégias de combate às drogas, mas reconhecem que, apesar dos enormes gastos e empenhos, estão perdendo essa guerra. Continuam a ser o país que consome quase metade da cocaína produzida no mundo, além de ser um dos maiores consumidores de maconha e outras drogas sintéticas e do subestimado e elevado consumo de álcool.

Isso nos leva a concluir que estamos errando em alguns aspectos, ou, pelo menos, não se está atingindo o âmago da questão. A estratégia de guerra não parece que está dando certo. Polícia e repressão, justiça e prisão, não parecem ser as principais variáveis deste “combate”. Nem só a Saúde, com internação e tratamento especializado, está dando efetivos resultados, embora ambos - repressão ao tráfico e atendimento médico - sejam indispensáveis.

Outro ponto importante é a genealogia dos PRAD. Este é o aspecto mais complexo e difícil de tratar. Os fatores de risco e/ou pré-determinantes e as condições biopsicossociais envolvidas na base do problema do álcool e das drogas ainda não foram analisadas de modo mais adequado e aprofundado. Não é fácil entender o processo que conduz pessoas ao uso das SPA (substâncias psicoativas: álcool e outras drogas). Contudo, existem algumas evidências que devem ser consideradas para a melhor compreensão das bases neuropsicológicas da DQ, ou melhor, dos PRAD.

Os avanços no campo da Neurociência, aliados a um novo olhar sobre a natureza do uso, abuso e dependência das drogas, podem nos ajudar a entender por que buscamos substâncias psicoativas, ou melhor, por que o cérebro torna-se dependente ou encontra nas drogas uma saída efetiva para as suas angústias e seu mal-estar.

Todas as SPA integrantes do arsenal mais disponível (álcool, maconha, cocaína, heroína, anfetaminas, LSD, ecstasy e outras drogas sintéticas, cola de sapateiro, tinner etc.) possuem um claro viés analgésico e/ou anestésico de acordo com os seus efeitos específicos sobre o cérebro. Não é à toa que alguns analgésicos e anestésicos são derivados das drogas (éter, morfina, dolantina, xilocaína etc.). Portanto, o nosso cérebro tem nas drogas (SPA), uma excelente, barata e acessível ferramenta para o alívio do mal-estar ou, em outro sentido, da nossa insustentável leveza de ser. Isso, aliás, já tinha sido descrito por Freud em 1920 em seu livro: **O Mal-Estar na Civilização**. A literatura também tem inúmeros registros sobre esta situação. Entre outros, podemos citar Aldous Huxley em **Admirável Mundo Novo**, em que fala de uma droga genérica, o “soma” oferecida para todos. A bebida alcoólica, tão banal e aceita, produz no cérebro um efeito relativamente semelhante ao das drogas ilícitas. Em alguns casos, é até pior. A necessidade do alívio do desprazer faz todos serem, portanto, vulneráveis às drogas. É isso que constatamos hoje, como ontem e, com certeza, amanhã.

Dessas três premissas emerge uma problemática facilmente compreendida pela simples lei do mercado (lei de oferta e da procura). Com a demanda (procura) elevada, decorrente, em parte, da crescente necessidade de alívio para uma grande parte das pessoas, naturalmente, surge um “mercado”, ou rede de tráfico marginal para atender a busca por drogas. O mesmo mercado, porém, se constata para as drogas lícitas (bebidas alcoólicas), exceto no período da conhecida “lei seca” na década de 20, nos EUA, quando surgiram quadrilhas de traficantes e uma rede de violência vinculada ao contexto (o caso de Al Capone é um exemplo).

Hoje, as diversas quadrilhas de traficantes observadas no Brasil, no México e na Colômbia (não só nas favelas, mas também na classe média alta), com extensões nos EUA e Europa, têm uma alta taxa de lucro, o que faz do tráfico de drogas um excelente negócio e de rápido retorno. Trata-se de um esquema de fácil compreensão se o abordarmos sobre o empírico e humano viés do comércio através da venda ou da troca de bens e posses. Nesta troca, muitas vezes o corpo e as mentes se prostituem.

Não podemos desconsiderar que vivemos em uma sociedade consumista. A todo o momento somos incentivados a adquirir produtos e bens - e existem produtos para todos os gostos e *status* - que reforcem o signo do poder/potência (carros, roupas de grife, mansões, viagens, lazeres etc.). Os jovens que moram nos condomínios caros, no fundo, têm as mesmas pulsões e desejos daqueles que moram nos bairros pobres. Buscam se afirmar em um grupo ou, simplesmente, ter mais dinheiro e poder para adquirir “coisas” de acordo com as demandas sociais da comunidade (*status*) na qual estão inseridos. De novo, vale lembrar que o mal-estar se situa na condição de incômodo, de não conseguir alcançar a posição (*status*) de poder, o que imprime o sentimento da insatisfação ou de falta (induzida, às vezes, pela propaganda incentivando ao consumo de qualquer coisa), fazendo surgir uma “necessidade” de buscar alívio (fugir do desprazer), através das drogas (SPA). Esse sentimento de alívio do mal-estar também pode ser obtido por outros mecanismos, que trazem outras “recompensas” (para atender demandas criadas de acordo com cada cultura), tais como cultura do poder de consumo, a malhação (academias de ginástica), a Internet, trabalho, sexo, comidas etc. (as mais diversas compulsões).

Deste contexto, dentro de uma visão sistêmica, se depreende a necessidade efetiva e urgente de uma abordagem mais ampla e aprofundada. Hoje, com bases em mais informações e subsídios do campo da Neurociência, podemos adotar medidas mais conscientes e mais apropriadas. Todavia, resta um grande espaço do comportamento humano e da vida das pessoas e das comunidades em geral que escapam ao controle ou à administração das organi-

zações sociais ou dos governos, que dizem respeito à liberdade e à privacidade individual.

Enfim, temos que lidar com os nossos limites e possibilidades reais, temos que buscar a redução das perdas e dos danos, tendo a consciência de evitar a visão utópica de um mundo perfeito, sem drogas, na mesma medida do ser possível um sujeito sem o seu natural mal-estar, com total capacidade de superar a inexorável e insustentável leveza de ser, (e do ser).

Concluindo e ratificando os três ângulos de visão fomentados pelas três premissas levantadas, temos a considerar as seguintes observações e possíveis sugestões:

- O modelo utilizado no combate às drogas nos últimos dez anos não surtiu os efeitos desejados; logo, é preciso mudar de modelo.

- A estratégia do foco da dependência química (DQ) deve ser ampliada para o dos problemas relacionados ao uso, abuso e dependência do álcool e das outras drogas (PRAD), dentro da perspectiva de Saúde Pública, tendo como abordagem a visão sistêmica.

- Em face dos novos conhecimentos de Neurociências é preciso entender que os problemas relacionados às drogas, enquanto SPA, não se limitam somente a uma questão de doença (médica) ou de marginalidade (conflito com a lei), mas de especial complexidade que envolve aspectos biopsicossociais e econômicos - culturais. Logo, somam-se como estratégias, ações de educação, de informação e de prevenção, indispensáveis para o enfrentamento das drogas, além do combate ao tráfico e outras práticas associadas ao mesmo (corrupção, lavagem de dinheiro, tráfico de armas...).

Portanto, é importante ressaltar que frente à complexidade e à magnitude do problema das drogas, em especial à violência associada, as organizações sociais e o Governo, além de instituições da Sociedade Civil, devem estar envolvidas e compromissadas, de modo contínuo, nesta tarefa nos seus diversos lados de: educação, prevenção, segurança, atendimento, inserção social etc.

Só assim, penso, estaremos assumindo o difícil desafio que representam os PRAD, sem imaginar na utópica anulação, mas buscando efetivamente a possível redução das perdas e dos danos que envolvem de modo direto ou indireto, todos nós. 📄