

AMAGIS JURÍDICA

Desembargadora Jane Ribeiro Silva
Juiz Gilson Soares Lemes
Diretores

AMAGIS JURÍDICA
Associação dos Magistrados Mineiros

Ano II – Número 3 – jan./jun. de 2010



Belo Horizonte
2010

AMAGIS JURÍDICA

Diretoria Triênio 2010-2012

Juiz Bruno Terra Dias

Presidente

Desembargador Herbert José de Almeida
Carneiro

Vice-presidente Administrativo

Desembargador Luiz Audebert Delage Filho

Vice-presidente Financeiro

Juiz Luiz Carlos Rezende e Santos

Vice-presidente de Saúde

Desembargador Tibagy Salles Oliveira

Vice-presidente de Aposentados e Pensionistas

Juiz Antônio Carlos Parreira

Vice-presidente do Interior

Juiz Maurício Torres Soares

Vice-presidente Sociocultural-Esportivo

Juíza Maria Luíza Santana Assunção

Diretora-secretária

Ivone Campos Guillarducci Cerqueira

Subdiretora-secretária

Juíza Rosimere das Graças do Couto

Diretora de Comunicação

Desembargadora Jane Ribeiro Silva

Diretora do Centro de Estudos da Magistratura

Juiz Luiz Guilherme Marques

Vice-diretor do Centro de Estudos da Magistratura

Diretores Culturais

Desembargador Guilherme Luciano Baeta
Nunes

Juíza Mariângela Meyer Pires Faleiro

Juiz Mauro Simonassi

Conselho Deliberativo

Desembargador José Nepomuceno Silva

Presidente

Juiz José Aluísio Neves da Silva

Vice-presidente

Juiz Michel Curi e Silva

Secretário

Assessores Especiais da Presidência

Desembargador Tiago Pinto

Juiz Lailson Braga Baeta Neves

Desembargador Nelson Missias de Moraes

Desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro

Desembargador Doorgal Gustavo Borges de Andrada

Desembargador Márcio Aristeu Monteiro de Barros

Ministro Paulo Geraldo de Oliveira Medina

Conselho Editorial da Revista

Desembargadora Jane Ribeiro Silva

Diretora da Revista

Juiz Gilson Soares Lemes

Diretor da Revista

Desembargador Antônio Carlos Cruvinel

Desembargador Belizário Antônio de Lacerda

Desembargador Caetano Levi Lopes

Juiz Gilson Fonseca

Juiz Luiz Guilherme Marques

Juiz Marcelo Cavalcanti Piragibe Magalhães

Juiz Maurício Torres Soares

Desembargador Wander Paulo Marotta Moreira

Coordenadora de Comunicação da Amagis

Lilian Bellotti – Mtb – MG: 7598

Jornalistas

Bruno Gontijo – Mtb-MG: 11008

Georgia Baçvaroff – Mtb-MG: 08441

Adriano Boaventura – Mtb-MG: 09181

Fernanda Marques – Mtb-MG: 12188

PARTICIPARAM DESTA EDIÇÃO

ADRIANO ZOCHE

Juiz de Direito em Governador Valadares/MG. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-Minas 1

ÂNGELA DE LOURDES RODRIGUES

Juíza de Direito em Belo Horizonte. Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-Minas. Pós-graduada em Direito Processual Civil e Direito Processual Penal 21

AUGUSTO VINÍCIUS FONSECA E SILVA

Juiz de Direito titular da Vara Criminal de Muriaé/MG. Pós-graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil pela UNESA-RJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC). Ex-professor de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade Estácio de Sá, *campus* Juiz de Fora. Ex-professor de Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil da graduação em Direito da Faculdade Pitágoras, *campus* Ipatinga/MG. Professor de Teoria Geral do Processo, Processo e Constituição e de Tópicos Avançados de Direito Processual Civil no curso de pós-graduação em Direito da Faculdade Pitágoras, *campus* Ipatinga/MG 47

FERNANDO ARMANDO RIBEIRO

Juiz Civil do TJMMG. Pós-doutor pela Universidade de Berkeley (EUA). Doutor em Direito pela UFMG. Professor dos cursos de doutorado, mestrado e bacharelado da PUC-Minas 65

GUSTAVO HENRIQUE MOREIRA DO VALLE

Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Mestrando em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos. É Juiz de Direito do Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais..... 79

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador Aposentado do TJMG. Membro da Academia de Direito de Minas Gerais, do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual e da *International Association of Procedural Law*. Advogado 89

LAILSON BRAGA BAETA NEVES

Juiz de Direito de Entrância Especial. Professor do Departamento de Direito Privado da UNIMONTES, desde 1998, onde ministra Títulos de Crédito e Recuperação de Empresas e Falências. Mestrando do MINTER UNIMONTES/PUC 115

LUIZ CARLOS REZENDE E SANTOS

Juiz de Direito em Minas Gerais. Coordenador Executivo do “Projeto Novos Rumos” do TJMG. Membro do Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e das Medidas Socioeducativas em Minas Gerais. Professor licenciado da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC (*campus Bom Despacho*)..... 137

LUIZ GUILHERME MARQUES

Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de Juiz de Fora. Autor de diversos trabalhos jurídicos publicados em revistas especializadas e na Internet. Autor dos livros “A Justiça da França – um modelo em questão” – Editora LED, 2001, “A Ética no Judiciário” – EJEJ, 2009, e “A Psicologia do Juiz – o Judiciário do século XXI” – Letras Jurídicas, 2010 (no prelo) 151

MARIA LUIZA DE MARILAC ALVARENGA ARAÚJO

Juíza de Direito de Entrância Especial. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos e em Letras pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Membro do Comitê Técnico da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes (EJEF) e Juíza orientadora de aulas práticas de Direito Penal e Processual Penal e de estágio no Curso de Formação Inicial de Juízes Substitutos da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes – (EJEF). 167

MÔNICA SILVEIRA VIEIRA

Juíza de Direito do Estado de Minas Gerais. Mestre e Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais 197

REYNALDO XIMENES CARNEIRO

Bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito – Universidade do Brasil – Rio de Janeiro. Ex-prefeito municipal de Elói Mendes/MG (1973/1977). Foi Presidente do extinto TAMG e da AMAGIS, vice-presidente da AMB. Vice-Corregedor Geral de Justiça. 2º vice-presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). Superintendente da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes (EJEF). Ex-professor nas Faculdades de Direito de Varginha e Barbacena. Desembargador aposentado. Advogado..... 221

SÉRGIO SANTOS RODRIGUES

Advogado em Belo Horizonte/MG. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos/MG. Auditor do Tribunal de Justiça Desportiva de Futebol de Minas Gerais 235

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	XI
A EXIGÊNCIA DE PRÉVIO POSTULAMENTO ADMINISTRATIVO NAS AÇÕES PREVIDENCIÁRIAS <i>Adriano Zocche</i>	1
O AGRAVO RETIDO EM AUDIÊNCIA <i>Ângela de Lourdes Rodrigues</i>	21
DIREITO AO SILÊNCIO, AMPLA DEFESA, MENTIRA DO RÉU E ÉTICA PROCESSUAL PENAL <i>Augusto Vinícius Fonseca e Silva</i>	47
DESAFIOS E TRANSFORMAÇÕES DA HERMENÊUTICA CONTEMPORÂNEA <i>Fernando Armando Ribeiro</i>	65
CUMPRIMENTO DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE EM MEIO ABERTO E AUSÊNCIA DE VAGAS EM CASAS DO ALBERGADO: UM ESTUDO SOBRE A SITUAÇÃO VIVIDA NO ESTADO DE MINAS GERAIS <i>Gustavo Henrique Moreira do Valle</i>	79
OS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA (LEI N. 12.153, de 22/12/2009) <i>Humberto Theodoro Júnior</i>	89

A AÇÃO MONITÓRIA, O DEVIDO PROCESSO LEGAL, A AMPLA DEFESA, E AS CAMBIAIS PRESCRITAS <i>Lailson Braga Baeta Neves</i>	115
APAC: MUITO MAIS DO QUE HUMANIZAÇÃO DAS PRISÕES <i>Luiz Carlos Rezende e Santos</i>	137
A JUSTIÇA DA RÚSSIA <i>Luiz Guilherme Marques</i>	151
ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – LEI N. 8.069, DE 1990: NA TRILHA DOS DIREITOS HUMANOS <i>Maria Luiza de Marilac Alvarenga Araújo</i>	167
SOBRE O PARTO ANÔNIMO E AS PROPOSTAS PARA SUA LEGALIZAÇÃO NO BRASIL <i>Mônica Silveira Vieira</i>	197
VERTICALIZAÇÃO E CONCENTRAÇÃO DE PODERES NOS TRIBUNAIS SUPERIORES <i>Reynaldo Ximenes Carneiro</i>	221
DA FLEXIBILIZAÇÃO DO ARTIGO 554 DO CPC – POSSIBI- LIDADE DE SUSTENTAÇÃO ORAL EM AGRAVO DE INS- TRUMENTO E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO <i>Sérgio Santos Rodrigues</i>	235

APRESENTAÇÃO

Reflexão soberana

A terceira edição da Amagis Jurídica vem confirmar as virtudes que inspiraram a criação desta revista e que, já no primeiro número, disse a que veio: o talento do magistrado mineiro para o aprofundamento e a reflexão continuada da nobre missão de julgar. A cada passo – e edições – a magistratura mineira vai ocupando novos espaços e evoluindo ante a realidade dos tempos.

Não basta apenas julgar; mais do que sentenças, hoje, os magistrados refletem sobre o soberano exercício do fazer justiça à luz do interesse público e do pleno estado democrático de direito. A Amagis participa dessa construção e intensifica a presença de toda a classe no debate nacional sobre o futuro do Judiciário e da magistratura.

Boa leitura!



Bruno Terra Dias
Presidente da Amagis

1

A EXIGÊNCIA DE PRÉVIO POSTULAMENTO ADMINISTRATIVO NAS AÇÕES PREVIDENCIÁRIAS¹

Adriano Zocche

1. INTRODUÇÃO

Divulga-se com insistência na mídia que o Poder Público é um dos maiores “clientes” do Poder Judiciário, informação que o cotidiano da prática jurisdicional não desmente. Especificamente nas varas da Justiça Estadual de comarcas que não são sede da Justiça Federal constata-se que boa parte dos feitos judiciais em tramitação tem como objeto pedido de benefícios previdenciários em face do Instituto Nacional do Seguro Social.

Outro registro é que quantidade significativa dessas ações é aforada sem a prévia postulação administrativa. É comum que as partes procurem diretamente o Judiciário sem antes levar a pretensão à autarquia.

Reiteradamente se apura que as partes, muitas vezes seguindo orientação de advogados, resistem procurar a instância administrativa, preferindo acionar diretamente o Poder Judiciário.

O INSS deve então, pelo princípio da eventualidade, arguir em contestação toda a matéria interessante à defesa. Argui, normalmente,

¹ O presente artigo é resumo da dissertação apresentada à Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como exigência para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, tendo como orientador o professor Ricardo Luiz Marques.

a preliminar de falta de interesse de agir pela ausência de postulação administrativa; no mérito costuma também contestar o preenchimento dos requisitos necessários para o benefício postulado.

Em circunstâncias tais, o INSS não dá causa à instauração do processo pois não apresenta à parte resistência administrativa, justamente por não lhe ser apresentado qualquer pedido. Mas como, processualmente, pelo princípio da eventualidade, é levado a contestar o mérito, dá azo à superveniência do interesse de agir, e, na hipótese de condenação, sofre ainda os efeitos da sucumbência, onerando os cofres públicos.

Outra consequência é o aumento de demanda da função judiciária, sobrecarregando as secretarias e juízes com lides muitas vezes artificiais, que encontrariam solução natural administrativamente.

Diante disso, o presente artigo, resumo de dissertação apresentada à PUC-Minas, propõe a discussão da condição ao interesse de agir nessa espécie de ação, a partir dos termos estabelecidos em lei para início dos respectivos pagamentos dos benefícios, estudando consequências processuais em face dos posicionamentos adotados, como a possibilidade do juiz determinar à parte que faça o pedido administrativo.

2. O INTERESSE DE AGIR COMO CONDIÇÃO DA AÇÃO

O princípio da universalização da tutela jurisdicional não implica em que *todos* tenham direito ao pronunciamento judicial em *qualquer* circunstância. Segundo Dinamarco, “razões de ordem ética ou econômica legitimam certas limitações impostas pela lei ao direito ao provimento de mérito” (DINAMARCO, 2002, p. 298).

Com efeito, há “legítima conveniência de impedir a realização de processos sem a mínima condição de produzir algum resultado útil ou predestinados a resultados que contrariem regras fundamentais da Constituição ou da própria lei” (DINAMARCO, 2002, p. 298).

Daí o estabelecimento das condições da ação que, segundo a doutrina, são três: legitimidade de partes, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir. Para este trabalho a atenção dada é ao interesse de agir.

Trata-se da condição da ação assentada na premissa de que, embora o Estado tenha a obrigação de exercer a jurisdição, não convém acionar o aparato jurisdicional sem que se possa extrair dessa atividade resultado útil. A prestação jurisdicional solicitada pela parte deve ser necessária e adequada.

Segundo Câmara, “o interesse de agir é verificado pela presença de dois elementos, que fazem com que esse requisito do provimento final seja verdadeiro binômio: ‘necessidade da tutela jurisdicional’ e ‘adequação do provimento pleiteado’. Fala-se, assim, em ‘interesse-necessidade’ e em ‘interesse-adequação’. A ausência de qualquer dos elementos componentes deste binômio implica ausência do próprio interesse de agir” (CÂMARA, 2003, p. 126).

Consiste a *necessidade* da tutela jurisdicional na impossibilidade de satisfazer o alegado direito sem a intervenção do Estado, seja porque o requerido se nega a tanto, seja porque a própria lei assim exige.

Theodoro ressalta a *necessidade* do processo como componente do interesse de agir:

Localiza-se o interesse processual não apenas na utilidade, mas especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma necessidade, como adverte Allorio. Essa necessidade se encontra naquela situação ‘que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não fizermos, vermo-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (o direito de que nos afirmamos titulares)’ (...) Só o dano ou o perigo de dano jurídico, representado pela **efetiva existência de uma lide**, é que autoriza o exercício do direito de ação (THEODORO, 2007, p. 65, grifo nosso).

A necessidade do processo, de que fala Theodoro, reside na circunstância de que um dano jurídico fatalmente ocorrerá se a ação não for manejada. Esse dano é indicado pela existência de lide, ou seja, um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

3. O PEDIDO ADMINISTRATIVO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO

O Estado exerce funções de distintas naturezas, prevalecendo na doutrina a ideia da tripartição: a função legislativa, a administrativa (ou

executiva) e a jurisdicional. Em regra se faz correspondência de cada uma delas a três blocos orgânicos denominados “Poderes” do Estado.

A função legislativa, segundo Mello, “é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de normas gerais, normalmente abstratas, que inovam inicialmente na ordem jurídica, isto é, que se fundam direta e imediatamente na Constituição” (MELLO, 2002, p. 33).

A função administrativa do Estado consiste no exercício de “comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais vinculados, submetidos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário” (MELLO, 2002, p. 34).

A função jurisdicional “é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de ‘coisa julgada’, atributo este que corresponde à decisão proferida em última instância pelo Judiciário e que é predicado desfrutado por qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido tempestivo recurso” (MELLO, 2002, p. 34).

Segundo Liebman, a atividade jurisdicional baseia-se no “julgamento”, atividade exercida pelo juiz que consiste em “valorar um fato do passado como justo ou injusto, como lícito ou ilícito, segundo critério de julgamento fornecido pelo direito vigente, enunciando a regra jurídica concreta destinada a valer como disciplina do caso (fatispecie)” (LIEBMAN, 1985, p. 4).

Ressalta o autor que as duas mais importantes definições dadas à jurisdição são de Chiovenda e de Carnelutti. “A primeira delas – de Giuseppe Chiovenda – define a jurisdição como a atuação da vontade concreta da lei mediante substituição da atividade alheia pela de órgãos públicos, seja afirmando a existência da vontade da lei, seja tornando-a efetiva na prática” (LIEBMAN, 1985, p. 6). Vê-se que Chiovenda indica dois critérios distintivos, acatados pela doutrina tradicional, acerca das características da jurisdição: a) caráter substitutivo à atuação das partes; b) escopo de atuação do direito.

O caráter substitutivo da jurisdição existe porque o Estado proíbe que os particulares pretendam realizar justiça pelas próprias mãos e, assim, teve que estruturar um órgão para seu exercício, ou seja, para aplicação imparcial da vontade da lei ao caso concreto.

Liebman aponta ainda como importante a construção de Carnelutti, que caracterizava a jurisdição como atividade exercida sempre com relação a uma lide. Sobre a definição de Carnelutti, assim diz Liebman: “prefere ver na jurisdição a justa composição da lide, entendendo por lide qualquer conflito de interesses regulado pelo direito e por justa a composição feita nos termos deste” (LIEBMAN, 1985, p. 6).

Observa-se que Carnelutti trabalha com a noção de solução de conflito de interesses como essencial ao conceito de jurisdição.

Liebman entende que os dois conceitos – de Chiovenda e de Carnelutti –, se complementam. Desta forma seu conceito da jurisdição é o seguinte:

(...) podemos considerar a jurisdição como a atividade dos órgãos públicos do estado, destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica (LIEBMAN, 1985, p. 6).

A partir das ideias de Liebman, Dinamarco (1993) desenvolveu a doutrina da instrumentalidade, afirmando que a jurisdição é instrumento para a pacificação social e o processo possui escopos metajurídicos, sociais, políticos e jurídicos.

Apenas excepcionalmente se admite que um dos “Poderes” do Estado exerça funções que seriam inerentes a outro, sempre com previsão na Constituição.

Como se vê, o Poder Judiciário exerce função de controle, aplicando o direito com o objetivo de pacificação social ao solucionar as lides, substituindo-se a atuação das partes, impedidas de agir por si sós.

Observa-se com clareza o exercício dessa função quando da prática de atos administrativos, pois a atuação do Judiciário ocorre normalmente em momento posterior a da Administração. Vale dizer, o Judiciário, em regra, não pode nem deve praticar ato previamente ou em substituição à atuação primária do Executivo.

Como exemplo do típico exercício da função administrativa do Estado vê-se a atuação da Autarquia Previdenciária. Quando o INSS recebe o pedido administrativo de benefício previdenciário, exige do interessado a exibição de documentos ou oitiva de testemunhas para demonstração de fatos e analisa se o preenchimento dos requisitos legais está em pleno exercício dessa função.

Certo é que o Estado não tem condições de “descobrir” quando cada cidadão, independentemente de sua manifestação, reunirá os requisitos para fazer jus ao benefício previdenciário. Por mais que os avanços tecnológicos aumentem a eficiência administrativa e o Estado possua cadastros a cada dia mais completos sobre variados aspectos da vida do cidadão, ainda não é possível ao INSS conceder benefícios independentemente da demonstração, pelo interessado, da reunião dos requisitos legais.

Em razão disso, a lei e normas infralegais preveem a sequência de variados atos administrativos, a serem deflagrados pelo interessado, para verificação dos requisitos e posterior concessão de benefícios.

Nessa esteira, a Lei 8.213/91 estabelece que o termo inicial de muitos benefícios é a data do requerimento formulado pelo interessado ou depende essencialmente desse requerimento.

Por exemplo, quanto à aposentadoria por idade:

Art. 49. A aposentadoria por idade será devida:

I – ao segurado empregado, inclusive o doméstico, a partir:

- a) da data do desligamento do emprego, **quando requerida** até essa data ou até 90 (noventa) dias depois dela; ou
- b) da **data do requerimento**, quando não houver desligamento do emprego ou quando for requerida após o prazo previsto na alínea “a”;

II – para os demais segurados, da **data da entrada do requerimento**.

De modo similar a aposentadoria por tempo de serviço e a aposentadoria especial:

Art. 54. A **data do início** da aposentadoria por tempo de serviço será **fixada da mesma forma** que a da aposentadoria por idade, conforme o disposto no art. 49.

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.

(...)

§ 2º A data de início do benefício será fixada da mesma forma que a da aposentadoria por idade, conforme o disposto no art. 49.

Quanto ao auxílio-doença:

Art. 60. O auxílio-doença será devido ao segurado empregado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade, e, no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz.

§ 1º **Quando requerido** por segurado afastado da atividade por mais de 30 (trinta) dias, o auxílio-doença será devido **a contar da data da entrada do requerimento.**

O auxílio-doença possui característica pouco diversa dos demais, pois é benefício com finalidade de atender emergencialmente aquele que não tem condições de trabalhar, e por isso a lei estabelece que é devido a partir de certa data após o afastamento da atividade, o que é comunicado pelo empregador, ou, então, a contar da incapacidade. Mas, de todo modo, exige-se o requerimento administrativo, tanto é que, quando formulado por segurado afastado por mais de trinta dias, o benefício só é devido a partir “da entrada” desse pedido.

De modo geral, vê-se que até o benefício que é devido a partir de data anterior ao requerimento depende de sua formulação.

Feito o pedido junto à Autarquia, pode ocorrer sua denegação, cabendo então recurso administrativo, de interposição não obrigatória.

Mas, ressalte-se, a formulação do pedido administrativo, salvo exceções que podem ser bem identificadas, é necessária ao menos para ter o Poder Público conhecimento de que alguém se entende com direito a algo frente à própria Administração.

Com a resposta negativa ou inércia da Administração aí sim estará qualificado o direito do sujeito para a busca da tutela jurisdicional.

Com efeito, a partir da negativa da Administração Pública, ou mesmo diante de demora injustificada, configura-se a lide. Ou seja, passa a existir, de um lado, a pretensão do cidadão que quer um determinado benefício previdenciário, e, de outro lado, a resistência administrativa.

Assim, apresentada resistência relevante pelo INSS somente o Poder Judiciário poderá removê-la.

Segundo Theodoro, “Com a ação a parte introduz no processo o fato pré-processual da lide. Com a ação, o autor pede em juízo **aqui-**

lo que, antes do processo, lhe foi recusado pelo réu” (THEODORO, 2007, p. 72, grifo nosso).

Portanto, é imperioso que se formule o pedido administrativo, máxime quando há boas possibilidades de conquista do direito na via administrativa, o que se dá, por exemplo, no caso das aposentadorias dos rurícolas.

A propósito, Rocha e Baltazar explanam que “a maior parte dos benefícios é concedida mediante requerimento do segurado”. E prosseguem aduzindo que “a manifestação prévia da administração é também mais conveniente por várias razões. Primeiro, a via administrativa é usualmente mais rápida do que a judicial. Segundo, o ato de concessão de benefício envolve a verificação da documentação apresentada pelo requerente, tarefa para a qual são treinados os servidores da autarquia, não o Juiz, o qual terá dificuldades, por exemplo, para verificar o acerto dos recolhimentos efetuados por segurado autônomo. Terceiro, a função do Judiciário é controlar a administração pública e não substituí-la” (ROCHA e BALTAZAR, 2002, p. 285 e 286).

De todo modo, em casos específicos é possível admitir a ação sem o prévio requerimento administrativo, por se configurar a lide de outro modo.

Pode ocorrer de ser ultrapassado o prazo legal para concessão administrativa do benefício.

Há situações em que é notória a recusa do INSS em admitir como hábil para prova do tempo de serviço determinado documento. É exemplo a certidão de óbito de parente do requerente em que conste a qualificação da pessoa como “agricultor” ou “boia-fria”.

Em outras situações, o INSS aplica determinado índice de reajuste aos benefícios, com o qual não concorda o aposentado ou pensionista. Pela só aplicação de índice diverso do pretendido tem-se a resistência administrativa que justifica a ação judicial.

Por outro lado, é evidente que, havendo repetição de negativa em relação a determinada tese ou direito, torna-se inútil ou ocioso insistir-se na prévia audiência administrativa do órgão.

É o caso das controvérsias sobre a reformulação da renda mensal inicial nas pensões por morte após a Lei 9.032/95, que deu nova redação ao artigo 75 da Lei 8.213/91. Discutia-se se a nova redação da lei abrangia benefícios concedidos anteriormente à sua vigência.

Uma vez firmada a posição do INSS sobre a controvérsia, uniforme em todo o país, inútil o requerimento administrativo, pois o agente responsável pela apreciação do pedido simplesmente aplica a orientação normativa da cúpula do órgão.

Resta claro, então, que nessas situações não se faz necessário o pedido administrativo para ajuizar a demanda, eis que a lide é evidente diante da posição tomada pelo INSS.

Já em outras situações, para o ingresso direto no Poder Judiciário é comum a justificativa de que o INSS recusa-se sistematicamente a aceitar o protocolo de determinados pedidos. Afirmar-se que tais recusas são orais e manifestadas por funcionários subalternos do INSS, os quais são acusados, ainda, de atendimento inadequado por supostamente negarem informações ou por impedirem o acesso aos níveis gerenciais da Autarquia.

É comum ver nas petições iniciais alegação de deficiência no atendimento ao público por falta de estrutura da Autarquia, o que ocasionaria filas intermináveis, ou então negativas orais aos pedidos, entre outros argumentos semelhantes.

Sem embargo da constatação de que boa parte de tais problemas, especialmente as filas iniciadas pelas madrugadas, como notório, foram resolvidos, é de se salientar que a solução jurídica adequada não é a substituição da função administrativa pelo Judiciário, sob pena deste assumir as falhas estruturais do Executivo, o que infelizmente está acontecendo.

Ainda que se pudesse entender que as falhas da Administração ou a alegação de recusa oral do pedido justificariam o interesse de agir em juízo, não se pode desconsiderar que, no âmbito dos benefícios previdenciários, nos termos do art. 105 da Lei de Benefícios², o INSS não pode recusar o recebimento de qualquer pedido, e, caso o faça, está a autoridade ou funcionário que assim proceder sujeito a mandado de segurança e responsabilidade administrativa.

Ou seja, o ato ilegal, normalmente oral, consistente na recusa do recebimento do pedido, seja qual for a justificativa, ensejará mandado

² Art. 105. A apresentação de documentação incompleta não constitui motivo para recusa do requerimento do benefício.

de segurança e não justifica o ajuizamento de ação previdenciária sem prévia manifestação administrativa.

De mais a mais, não se pode estabelecer presunção de que a pretensão sempre será negada administrativamente, uma vez que ocorrem com frequência pedidos de desistência ou emendas às petições iniciais dos segurados, ficando nesses feitos registrada a obtenção administrativa da carta de concessão do benefício.

Não se pode admitir que o Judiciário seja transformado em verdadeiro balcão do INSS, sendo compelido a aceitar o trâmite de causas que poderiam ter desfecho na órbita administrativa, desonerando as atividades jurisdicionais.

É de se salientar, ainda, que não há qualquer dispositivo constitucional que permita conclusão em sentido contrário ao aqui exposto, embora muitas vezes se invoque o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal para se admitir o trânsito pelo Judiciário sem a prévia postulação administrativa.

Ocorre que tal dispositivo é interpretado erroneamente como se impusesse ou admitisse a substituição do Poder Executivo pelo Judiciário.

O texto constitucional é o seguinte: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A ameaça ao direito, segundo MORAES (2007, p. 237), deve ser plausível, ou seja, concreta, iminente.

Vê-se do constituinte o nítido propósito de se afastar do regime estabelecido pela Emenda Constitucional n. 07 da Carta anterior, que condicionava o acesso ao Judiciário ao esgotamento do caminho administrativo.

Nesse sentido, MORAES, 2007, p. 241:

A Constituição Federal de 1988, diferentemente da anterior, afastou a necessidade da chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado, pois já se decidiu pela inexigibilidade de exaurimento das vias administrativas para obter o provimento judicial (RP 60/224), uma vez que excluiu a permissão que a Emenda Constitucional nº 07 à Constituição anterior estabelecera, de que a lei condicionasse o ingresso em juízo à exaustão das vias administrativas, verdadeiro obstáculo ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário.

Ocorre que não há, e não poderia haver, lei qualquer que exclua da apreciação do judiciário pretensões de benefícios previdenciários.

A “lesão a direito”, salvo as exceções já mencionadas, só poderá advir com a negativa administrativa do pedido, o que configurará a lide e autorizará a ação. Por outro lado, “ameaça a direito” poderá acontecer na demora injustificada da apreciação administrativa do pedido.

Se a pretensão do benefício previdenciário não for exposta ao órgão administrativo, de modo geral, não haverá “lesão ou ameaça a direito”.

4. A DIFERENÇA ENTRE O PEDIDO E O EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA

O pedido é a apresentação inicial da pretensão, é formalização, demonstração de um interesse. Já exaurimento tem o significado de esgotamento, exaustão.

No direito brasileiro não é necessário o exaurimento da instância administrativa, ou seja, havendo negativa do pedido não se pode exigir que o interessado recorra administrativamente até a última instância possível antes de procurar o Judiciário.

Isso porque a negativa da Administração já indica a existência de lide, ou seja, que houve resistência a uma pretensão.

Mas não se deve confundir a dispensa de provocação do Estado na via administrativa com a desnecessidade de exaurimento dessa via.

Há certa ambiguidade da jurisprudência quando trata da exigência do pedido administrativo para configurar o interesse de agir. Muitas vezes tomam-se por sinônimos os conceitos de *requerimento* administrativo e de *exaurimento* da instância administrativa, ignorando-se que retratam situações substancialmente diversas.

Atualmente o Superior Tribunal de Justiça admite similitude entre os dois conceitos e até em decisões monocráticas está decidindo sem distinguir entre provocação e exaurimento da via administrativa, entendendo ser desnecessário o pedido administrativo para o ajuizamento da ação previdenciária.

Nem sempre foi assim, eis que em decisões mais antigas o Superior Tribunal de Justiça diferenciava bem os conceitos, como no

REsp 147.186/MG, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 19/3/1998.

A Turma Nacional de Uniformização (TNU) dos Juizados Especiais Federais tem o entendimento de que “O prévio exaurimento da via administrativa não se confunde com a existência de prévio requerimento junto ao INSS”, como julgado em 13/11/2006 no Processo 200572950068498, por unanimidade, publicação 23/11/2006, Relator Juiz Federal Marcelo Dolzany da Costa.

No seu voto, o relator explica que o feito foi extinto na origem considerando o juiz que o INSS não foi instado administrativamente a conhecer da pretensão e em nenhum momento os documentos juntados aos autos foram submetidos ao exame dos agentes da Autarquia. Relatou, ainda, que a Turma Recursal acrescentou que “o Judiciário não pode substituir a Administração, conferindo direitos que sequer chegaram a ser requeridos – e muito menos negados – em sede administrativa”.

A TNU então decidiu que, uma vez que o INSS não contestara o mérito, a ausência do pedido administrativo, que não se confunde com o exaurimento, leva à extinção do processo sem apreciação do mérito.

Outra decisão da Turma Nacional de Uniformização contém argumento curioso, por pragmático. No acórdão do Processo 200572959961790 o relator, Juiz Federal Alexandre Miguel, em julgamento ocorrido em 18/9/2006 registrou que entender-se desnecessário o pedido administrativo importaria “no aumento extraordinário do número de demandas desnecessárias no âmbito dos JEF’s”, o que comprometeria a celeridade daqueles processos onde realmente haja lide.

Ocorre que também a Justiça Estadual encontra-se assoberbada, talvez até mais que outros ramos do Judiciário, tendo ainda, sem qualquer contrapartida da União, que apreciar causas de competência originária do Poder Judiciário Federal. Ou seja, se argumento como esse é válido para no âmbito dos Juizados Especiais Federais exigir o pedido administrativo de benefício previdenciário, mais ainda o será no âmbito da Justiça Estadual, que age por delegação, não sendo sua a competência natural para tal espécie de ação.

5. A FORMAÇÃO DO PROCESSO SEM PROVA DO PEDIDO ADMINISTRATIVO

Como visto, se o interessado em benefício previdenciário nada pleiteia na esfera administrativa, nada pode reclamar judicialmente, uma vez que em tais circunstâncias a Autarquia Previdenciária sequer toma conhecimento da pretensão e assim, evidentemente, em nada terá resistido.

Não havendo lide, o Judiciário não pode ser procurado.

Então, a petição inicial que não demonstre que a pretensão tenha sido levada ao conhecimento da Administração comporta indeferimento por falta de interesse de agir, nos termos do artigo 295, III, combinado com o artigo 267, I, do Código de Processo Civil.

Entretanto, vê-se que é comum no cotidiano do foro que sejam deferidas as petições iniciais mesmo sem prova da instauração da via administrativa, sendo a Autarquia Previdenciária citada.

Esta pode assumir então uma das seguintes posições: 1) contestar e só alegar a falta de interesse de agir; 2) não contestar e ficar revel; 3) reconhecer a procedência do pedido; 4) contestar arguindo a preliminar, refutando também o mérito.

Na primeira hipótese, quando o INSS nada contesta no mérito, nenhuma oposição é colocada à pretensão e assim, evidencia-se que não há lide. A solução processualmente correta é a extinção do processo sem apreciação do mérito, devendo o juiz reconhecer a falta de interesse de agir.

Mas não se trata de situação comum, talvez por receio dos Procuradores do INSS que são obrigados, pelo princípio da eventualidade, a arguir toda a matéria que favoreça a Autarquia.

É que, na hipótese do juiz rejeitar a preliminar de falta de interesse de agir, ficaria a autarquia indefesa no mérito.

Mas não se pode dizer que ocorra desídia ou inabilidade profissional do Procurador do INSS que assim age. Trata-se de opção que ele deve fazer, mas não sujeita à responsabilidade administrativa, porque não significa necessariamente inépcia profissional.

Sabe-se que, ao contestar, o Réu tem o ônus de arguir tudo que interesse na sua defesa. Isso repercute depois nos limites da eficácia

da coisa julgada, considerando-se que a sentença passada em julgado fica imune a qualquer alegação que pudesse deixar em dúvida a estabilidade de seus efeitos.

Nos termos do art. 474 do Código de Processo Civil representa autêntico ônus ao réu exercitar as faculdades inerentes à eventualidade da defesa porque, ou ele alega todas as defesas que tiver, ou não poderá mais alegá-las depois que o mérito for julgado e a sentença restar coberta pela coisa julgada.

Pelo princípio da eventualidade, ou da concentração da defesa, cada faculdade processual deve ser exercitada dentro da fase adequada, sob pena do ato não poder ser praticado posteriormente. A garantia constitucional da ampla defesa abre portas ao réu para cumular defesas em ordem sucessiva, ainda que logicamente incompatíveis entre si, desde que essa incompatibilidade não chegue ao ponto extremo de caracterizar malícia ou litigância de má-fé.

Por exemplo, o demandado tem o ônus de manifestar-se sobre a causa de pedir deduzida na petição inicial (art. 300, do Código de Processo Civil), especificamente sobre os fatos, incumbindo-lhe formular, de uma só vez, todas as defesas de que dispõe, de caráter formal ou material sob pena de serem presumidos como verdadeiros e considerados como incontroversos (art. 334, III, do Código de Processo Civil).

Ou seja, o ônus de arguir na contestação “toda a matéria de defesa” é consagração do princípio da eventualidade que consiste, pois, na preclusão do direito de invocar em fases posteriores do processo matéria de defesa não manifestada na contestação.

Deve considerar, ainda, que a contestação do mérito levará inevitavelmente ao reconhecimento do interesse de agir superveniente. Com isso restará desprestigiada a atuação administrativa e as partes cada vez mais incentivadas a procurar o Judiciário.

O procurador do INSS deve, então, fazer análise criteriosa se cabível o benefício pretendido e, conforme o caso, deixar de contestar o mérito. Ou seja, deverá calcular o risco de alegar apenas a falta de interesse de agir na contestação, segundo os interesses da Autarquia.

A segunda situação ocorre quando o INSS é revel. Se isso ocorre, não se aplica a pena de confissão ficta do artigo 330 do Código de

Processo Civil, pois não são disponíveis os direitos da pessoa jurídica de direito público.

Se não se aplicam os efeitos da revelia, nem judicialmente há resistência à pretensão, não sendo caso de se falar em interesse superveniente de agir.

Como o juiz deve analisar as condições da ação e pressupostos processuais antes de adentrar ao mérito, conclui-se que a solução também é a extinção do processo sem mérito, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, porque, como visto, só se exerce a jurisdição quando há lide.

Na terceira hipótese, ante o reconhecimento da procedência do pedido, possivelmente o juiz julgará o mérito na forma do artigo 269, inciso II, do Código de Processo Civil, responsabilizando a autarquia Ré pela verba de sucumbência.

Trata-se de desfecho injusto, já que o INSS não recebeu qualquer pedido administrativo e, assim, não teve condições de analisar a pretensão antes que a mesma fosse levada ao conhecimento do Judiciário. E, uma vez levado o pedido ao Judiciário, não apresentou qualquer resistência, reconhecendo de plano a pretensão da parte requerente. Ou seja, tivesse a parte autora apresentado seu pedido primeiramente na esfera administrativa, teria alcançado com mais rapidez seu desiderato sem onerar a função judiciária do Estado.

Como o INSS, nessa hipótese, não deu causa ao surgimento do processo, entendemos que, apesar do reconhecimento do pedido, o mais justo é responsabilizar a parte autora pelas verbas sucumbenciais.

A quarta hipótese trata da situação que mais se repete no cotidiano forense, quando há contestação meritória.

Quando isso ocorre afasta-se a preliminar de ausência de interesse de agir, já que diante da resistência judicialmente compreende-se que mesmo administrativamente haveria oposição à pretensão.

O entendimento de que é possível ao Judiciário apreciar os pedidos formulados sem prévia provocação administrativa prende-se na circunstância de que o Juiz é obrigado a considerar, quando da sentença, fatos e circunstâncias supervenientes, nos termos do artigo 462 Código de Processo Civil: “Se, depois da propositura da ação, algum

fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença”.

Se o réu contesta o mérito, tem-se por evidente que **sobrevém** à parte o interesse de agir. Nessas hipóteses seria até teratológico extinguir o processo para exigir que a parte formule um pedido administrativo que, já sabe, será indeferido, pois manifesta a posição da parte no processo. Nesses casos a contestação de mérito é que evidencia a existência da lide e, com ela, o interesse de agir.

6. A POSSIBILIDADE DO JUIZ DETERMINAR À PARTE QUE FORMULE O PEDIDO ADMINISTRATIVO

Quando a ação é ajuizada sem prova do pedido administrativo, no momento do despacho inicial não haverá, ainda, pleno preenchimento das condições da ação, faltando à parte autora o interesse de agir. Vale dizer, a petição inicial não se apresentará apta.

Como o interesse de agir constitui matéria de ordem pública, sua ausência pode ser conhecida de ofício, independentemente da alegação da parte. Nos termos do artigo 295 do Código de Processo Civil é causa de indeferimento da petição inicial.

Ocorre que é dever do juiz mandar a parte sanar vícios da petição inicial, como expressam MARINONI e ARENHART (2008, p. 89):

Se a petição inicial não possui requisito que lhe é indispensável ou contém defeito ou irregularidade sanável, o juiz tem o dever de conferir ao autor a possibilidade de emendá-la.

Em outras palavras, é expressamente vedado ao juiz indeferir a petição inicial sem dar ao autor a oportunidade de corrigi-la. Nesse sentido, fala-se que o autor tem o direito – obviamente quando for o caso – de emendar a petição, sendo ilegal a decisão que a indefere sem ouvir o jurisdicionado.

Assim, deve-se reconhecer a possibilidade do juiz, ao despachar a petição inicial desacompanhada de prova de pedido administrativo, valendo-se do artigo 284 do Código de Processo Civil, determinar à parte que formule o pedido junto ao INSS em prazo razoável.

Assim fazendo, o juiz concede à parte a oportunidade de sanar o vício da petição inicial e de implementar a condição faltante, o interesse de agir.

Por dois motivos é interessante que o juiz assim proceda. Em primeiro lugar por economia, para “aproveitar o processo”, ou seja, para evitar novo ajuizamento (com distribuição por dependência para a mesma Vara – art. 253, II, do CPC) que fatalmente ocorrerá diante da negativa administrativa que se seguir à extinção do feito.

Em segundo lugar, para não frustrar expectativa da parte, muitas vezes carente e até iludida por advogado que deixou de dar a devida instrução de formular primeiramente o pedido administrativo.

É razoável que o juiz fixe prazo pouco superior a quarenta e cinco dias, que é, nos termos do artigo 41, § 6º, da Lei nº 8.213/91, o prazo para apreciação do pedido na esfera administrativa.

Sobre a possibilidade de emenda da petição inicial em prazo superior a dez dias, assim discorre MIRANDA (1974, p. 28, grifo nosso):

Tem o juiz de ler e examinar, com toda a atenção, a petição inicial, para verificar se foram satisfeitas as exigências constantes do art. 282 e 283. Se há defeitos, omissões, irregularidades e dúvidas, que lhe possam dificultar o julgamento do mérito e de alguma decisão que tenha ou possa ter de tomar o juiz, cabe-lhe determinar que o autor a emende, ou complete, ou esclareça, no prazo de dez dias. Convém – e é dever do juiz – que assim proceda ao ser-lhe apresentada a petição inicial, porém isso não obsta a que, tendo deferido a petição inicial, depois tenha de exigir que o autor satisfaça o que é necessário ou útil para o julgamento.

2) INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL – Há petições iniciais, com tal evidente inépcia, ou falta de atendimento ao art. 282 ou ao art. 283, que suscitam o indeferimento imediato. Se tal não acontece, tem o juiz a oportunidade de determinar que o autor satisfaça os pressupostos legais. Para que se respeite o que o juiz mencionou, há o prazo de dez dias. Se o prazo legal se esgota, há o indeferimento. Mas, pergunta-se, se o autor alega e prova que de mais tempo precisa, qual a solução? Ou a) se entende que o autor tem de retirar a petição inicial, para, noutra oportunidade, com pleno atendimento, reapresentá-la ao juiz, ou **b) se admite que o juiz prorrogue ou renove o prazo**, ou c) se deixa ao autor a escolha da solução a) ou da solução b). **Devemos acolher a solução b)**, porque, com ela, o juiz afasta a prorrogação, o que leva à solução a), ou prorroga ou renova o prazo.

Determinando o juiz que a parte demonstre, no prazo que fixar, a negativa ao pedido administrativo ou mesmo demora na sua apreciação, possibilitará o saneamento do defeito da petição inicial apresentada sem o manifesto interesse de agir.

Caso o INSS recuse o benefício postulado administrativamente, ou demore para o apreciar, dará à parte a possibilidade de prosseguir no processo.

Se o INSS conceder o benefício após a apresentação administrativo do pedido, inexoravelmente o processo será extinto com fulcro no artigo 267, VI, combinado com o artigo 295, III, ambos do Código de Processo Civil.

Caso a parte não atenda a determinação, a solução correta é a extinção do processo sem apreciação do mérito pelo indeferimento da petição inicial.

7. CONCLUSÕES

A significativa parcela das ações previdenciárias aforada sem prévia postulação administrativa congestiona desnecessariamente a função judiciária, sobrecarregando as secretarias e juizes com lides muitas vezes artificiais, já que encontrariam solução natural junto à Autarquia.

Não se confundem as funções do Estado, na divisão clássica: administrativa, legislativa e judiciária. Não há autorização para que o Judiciário substitua a Administração e em seu lugar pratique atos administrativos. O Judiciário exerce função de controle, aplicando o direito com o objetivo de pacificação social ao solucionar as lides, substituindo-se a atuação das partes.

É legítimo o estabelecimento de condições da ação. Dentre elas, o *interesse de agir*, consistente na necessidade e utilidade do processo para vencer a resistência da parte adversa.

Consiste a *necessidade* da tutela jurisdicional na impossibilidade de satisfazer o alegado direito sem a intervenção do Estado, seja porque o requerido se nega a tanto, seja porque a própria lei assim exige.

Regra geral, qualifica-se o direito à busca da tutela jurisdicional em matéria previdenciária com a resposta negativa ou inércia da

Administração ao pedido administrativo, pois aí estará configurada a lide. Ou seja, passa a existir a pretensão do cidadão que quer um determinado benefício previdenciário, e, de outro lado, a resistência da Administração, que demora injustificadamente a apreciar o pedido ou o nega.

Assim, apresentada resistência relevante pelo INSS somente o Poder Judiciário poderá removê-la.

Apenas em casos específicos é possível admitir a ação sem o prévio requerimento administrativo, por se configurar a lide de outro modo.

Como a Lei 8.213/91 estabelece como termo inicial de vários benefícios a data do requerimento administrativo, é essencial seja formulado tal pedido, já que explicitará que alguém se vê com direito a algo frente a Administração.

Ainda que se pudesse entender que as falhas da Administração ou a alegação de recusa oral do pedido justificariam o interesse de agir em juízo, não se pode desconsiderar que nos termos do art. 105 da Lei de Benefícios, o INSS não pode recusar o recebimento de qualquer pedido, e, caso o faça, está a autoridade ou funcionário que assim proceder sujeito a mandado de segurança e responsabilidade administrativa.

Não se deve confundir exigência do pedido administrativo com o exaurimento da via administrativa.

Não há qualquer dispositivo constitucional que permita conclusão em sentido contrário ao aqui exposto, embora por vezes se invoque o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal para se admitir o trânsito pelo Judiciário sem a prévia postulação administrativa.

É dever do juiz mandar a parte sanar vícios da petição inicial. Por isso pode (deve), antes de determinar citação do INSS, se a petição inicial estiver desacompanhada de prova de pedido administrativo, determinar à parte que formule o pedido junto ao INSS em prazo razoável, em torno de quarenta e cinco dias.

Se a parte não atender a determinação judicial a solução correta é o indeferimento da petição inicial e extinção do processo sem apreciação do mérito.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1965.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 2. edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1993.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de direito processual civil*. Vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1985.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Legitimação para agir. Indeferimento da Petição Inicial*, in “Temas de Direito Processual”, Primeira Série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, s/d.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR Junior, José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

THEODORO Junior, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 47. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

2

O AGRAVO RETIDO EM AUDIÊNCIA

Ângela de Lourdes Rodrigues

1. INTRODUÇÃO

O agravo retido no direito brasileiro é um dos temas de maior interesse e que obteve no decorrer dos anos variadas reformas. Apresenta-se com inúmeros questionamentos porque o ordenamento jurídico passou a adotá-lo como regra.

No presente estudo, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, procuraremos conhecer a origem do agravo e quais as modalidades existentes em nosso ordenamento jurídico. Prioriza-se a análise do agravo retido na audiência de instrução e julgamento e indaga-se a possibilidade de sua interposição em todas as audiências priorizando o princípio da oralidade e da celeridade concedendo ao juiz de primeira instância a oportunidade de reapreciar sua decisão, independentemente da interposição do agravo de instrumento.

Precisam ser averiguadas as controvérsias existentes entre os doutrinadores da viabilidade ou não do agravo retido de forma oral em audiência, do momento oportuno para sua interposição com a possibilidade de ocorrer a preclusão, bem como da oportunidade de manifestação do agravado sem ferir o princípio constitucional da isonomia.

O juízo de retratação no agravo retido e o juízo de reconsideração serão analisados, bem como a necessidade ou não de reiteração em razões recursais do pedido de reapreciação da decisão proferida quando do juízo de retratação.

O estudo contará com citações dos mais renomados mestres de nosso ordenamento jurídico que muito contribuíram para a realização deste trabalho.

2. DO AGRAVO RETIDO NO DIREITO BRASILEIRO

Dentre os vários recursos disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro, vamos aqui analisar e refletir sobre o agravo retido em audiência.

Alguns doutrinadores pátrios consideram o agravo somente como o recurso residual da apelação.

Merece destaque o entendimento de Pontes de Miranda (1949):

Agravo foi o nome do recurso que se diferenciou da apelação, ao se distinguirem, quanto à devolução da cognição (duplo exame), as sentenças definitivas e as interlocutórias, ou ao serem separados os feitos por simples distinção da categoria dos juízes. Seja como for, o instituto funcionou como ‘resíduo’ das apelações, ‘cesta de papéis’ da alta justiça, que assim depurava de questões menores o seu mister. A diferenciação segundo a definitividade ou não-definitividade era a mais racional; porém, historicamente, o velho direito longe esteve de permanecer nela.¹

Inicialmente, torna-se adequado conhecer a origem histórica do agravo buscando uma melhor compreensão sobre sua inserção e aplicação ao direito positivo brasileiro.

2.1 Origem histórica do agravo

A origem do agravo é encontrada no Direito Romano. Os pronunciamentos judiciais dividiam-se em interlocutórios (atos de expediente do processo, diligências, produção de provas, etc., sem apreciação do mérito da ação) e definitivos (apreciação do mérito com acolhimento ou rejeição da ação interposta). No direito romano pós-clássico, ao tempo do Imperador Justiniano (527 a 565 a.C.), admitia-se a interposição de recurso de apelação somente após a sentença definitiva. A apelação e o trânsito em julgado formal da sentença de mérito advêm do direito romano que não conhecia recurso das decisões interlocutórias.

O direito canônico permitia a interposição de apelação contra as decisões interlocutórias, mas no Concílio de Trento (1547-1563) ocor-

¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949, p. 207.

reu a proibição de interposição de recurso dos pronunciamentos interlocutórios harmonizando aquele direito com as leis imperiais.

Entretanto, os romanos perceberam a necessidade de um recurso contra as decisões interlocutórias diante da possibilidade de equívocos praticados pelo julgador que poderiam causar prejuízos futuros irreparáveis. Criou-se então a *supplicatio* na qual se permitia recorrer das decisões interlocutórias. A *supplicatio* não afrontava a decisão judicial proferida, simplesmente implorava à autoridade judicial o abrandamento da pena.

Franzé (2007), ao tratar da origem do Agravo no Direito estrangeiro leciona:

Em outras palavras, a irrecorribilidade em relação à interlocutória poderia acarretar injustiças.

Para suprir o anseio da população, foi criada a *supplicatio*, pela qual o recorrente reconhecia a justiça da sentença, contudo postulava pelo abrandamento da pena.

Nesse sentido, verificamos que a *supplicatio*, criada pelo Direito Romano, é a primeira notícia, na história, sobre recurso voltado para a impugnação das interlocutórias e, por conseqüência, guardando relação com a origem do agravo.²

A *supplicatio* teria influenciado o direito português que criou o recurso conhecido como agravo. No direito português, quando no ano de 1325/1357, o Rei Afonso IV proibiu a interposição da apelação contra as decisões interlocutórias que não tivessem caráter terminativo ou causasse mal irreparável. O agravo foi introduzido no direito português através da forma escrita, mediante o uso do instrumento (estormento) e a carta testemunhável, ou a carta de justiça, no lugar da queixa oral. Era utilizado o critério geográfico para determinar a competência para julgar o agravo de instrumento ou a carta testemunhável. Utilizou-se a palavra agravo no sentido de gravame. O agravo ordinário, utilizado especialmente contra os pronunciamentos dos sobrejuízes, era semelhante à *supplicatio* romana. Os sobrejuízes funcionavam como órgão de segundo grau para o recurso de agravo, surgiu na segunda edição das ordenações manuelinas em 1521. O di-

² FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Agravo frente aos pronunciamentos de Primeiro Grau no Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 5. ed, 2007, p. 64.

reito português classificou as sentenças em definitivas, interlocutórias mistas e simples e previu os seguintes agravos: o agravo ordinário, o agravo de instrumento, o agravo de petição e o agravo nos autos.

Assis (2007), ao tratar do agravo no direito português e no direito brasileiro ensina:

A evolução peculiar ocorrida no direito português, em matéria de impugnação às interlocutórias, consistiu na opção por uma média, mas providente via: adotou a diretriz romana, concedendo apelação contra as sentenças interlocutórias que têm força de definitivas; quanto às demais resoluções interlocutórias, criou e admitiu o agravo de instrumento, sem suspensão da causa, apresentado por petição para se decidir rapidamente, e, das interlocutórias sobre a ordem do processo, e menos gravosas, permitiu o agravo no processo para evitar preclusão.³

Do agravo nos autos originou no ordenamento jurídico pátrio o agravo retido admissível contra decisão interlocutória, proferida em primeira instância evitando que ocorra a preclusão possibilitando a sua reapreciação em recurso de apelação.

2.2 Modalidades de Agravo

No início o agravo retido foi conhecido como agravo nos autos, previsto em situações expressas. Ocorreu a sua adequação ao ordenamento jurídico no decorrer dos tempos mantendo-o ainda nos autos, mas com o nome de agravo retido.

No ordenamento jurídico pátrio, temos as seguintes modalidades de agravo:

a) Agravo Retido interposto contra a decisão interlocutória proferida pelo juiz de primeira instância e reapreciado pelo Tribunal se reiteradas suas razões quando da interposição da apelação;

b) Agravo por Instrumento interposto diretamente no tribunal, em autos apartados e instruídos com os documentos e peças determinadas no art. 525 do Código de Processo Civil, contra decisão proferida por juiz de primeira instância;

³ ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 461/462.

c) Agravo por Instrumento previsto no art. 544 do Código de Processo Civil interposto contra a decisão que inadmite recurso extraordinário ou recurso especial;

d) Agravo Interno interposto contra as decisões monocráticas proferidas pelos relatores nos Tribunais. Esta modalidade de agravo está prevista no Código de Processo Civil e nos regimentos dos Tribunais e era conhecida como *agravo regimental*.

Na via estreita deste estudo debruçaremos sobre o agravo retido, em especial o interposto em audiência.

3. DO AGRAVO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

3.1 Decisão Interlocutória

De acordo com o art. 162, § 2º do Código de Processo Civil “decisão interlocutória é o ato em razão do qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente”.⁴

Para melhor compreensão sobre o conceito de decisão interlocutória faz-se necessário compreender o que é questão e questão incidente.

Questão é o ponto controvertido de fato e de direito, é o ponto da controvérsia a ser decidido pelo juiz. Em que pese todas as definições existentes podemos considerar que a questão incidente se refere ao ponto duvidoso do processo que está em andamento e o que esta dúvida causa ou pode causar alteração na marcha processual necessitando de uma decisão que resolva o incidente, mas não coloque fim ao processo.

Nessa linha de entendimento merece citação a definição de Fernandes (1991) :

A questão incidental é aquela que surge no processo, cai sobre ele, ocasionando alterações no caminho procedimental. Assim, é acessória em relação ao processo e à questão principal. Constitui ela, ademais, um acidente no percurso processual, produzindo mudanças no seu trajeto, exigidos que sejam realizados novos atos, além dos que eram previstos numa tramitação normal.⁵

⁴ ABREU FILHO, Nylson Paim de. *Código de Processo Civil*. 9. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 405.

⁵ FERNANDES, Antônio Scarance. *Incidente Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 51.

Ressalte-se que a decisão interlocutória proferida em relação à questão incidente não põe fim ao processo, apenas resolve a controvérsia apresentada e determina o prosseguimento do feito, pois se assim não ocorrer e a sentença extinguir o processo, o recurso cabível é a apelação.

A decisão interlocutória ocasiona efeitos no decorrer da demanda. Existente nos autos a questão incidental, necessária se faz a sua apreciação para que o feito retorne ao trâmite normal. O inconformismo com a questão incidental só pode ser manifestado através do agravo, seja o retido, por instrumento ou o interno.

Admite-se no direito pátrio a interposição do agravo retido na forma oral e escrita, dependendo do momento em que a decisão recorrida foi proferida. Percebe-se que o agravo retido passou a ser a regra e o agravo de instrumento a exceção.

Bastos (2008) ao comentar o agravo retido como regra geral afirma:

Como se vê, o agravo retido passou a ser a regra geral do sistema, sendo admissível o processamento do recurso por instrumento somente nas situações em que a decisão puder causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida.⁶

3.2 Cabimento do Agravo Retido

Na audiência de instrução e julgamento o juiz decide normalmente questões relativas ao conjunto probatório dos autos. Pode ocorrer que o juiz decida determinada questão em audiência e uma das partes não se conforme com a decisão e interponha agravo retido. É cabível o agravo retido contra a decisão interlocutória proferida em audiência. Ao surgir qualquer dúvida que exija uma decisão judicial, o andamento do feito não pode prosseguir enquanto a questão incidente não for solucionada. Ao ser apreciada e decidida, pode ocorrer duas situações: que as partes interessadas aceitem a decisão proferida ou insurjam contra o ato decisório. No primeiro caso, aceitando a decisão proferida, enseja a preclusão que impedirá sua discussão posterior.

⁶ BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. Uma leitura crítica do novo regime do agravo no direito processual civil brasileiro. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre, v. 35 n. 109, Março de 2009, p. 26.

O art. 473 do Estatuto Processual Civil não admite a discussão de questões já decididas e preclusas. Torna preclusa a oportunidade de discutir o que já foi apreciado e não houve interposição de recurso ou mesmo interposto o recurso ocorra a sua desistência.

Machado (2007) nos ensina:

Todas as questões de ordem formal que, no curso do processo, vão sendo resolvidas por decisões interlocutórias (v.g. valor da causa, incompetência relativa, necessidade de prova pericial, conexão de causas, etc.) submetem-se ao fenômeno da preclusão, que, no caso, é a perda do direito de impugná-las. Isso se dá em virtude de três fatores: a) porque a parte já impugnou por agravo – art. 522 – e perdeu (preclusão consolativa); b) porque a parte deixou de impugnar no prazo (preclusão temporal – v. arts. 183 e 245); c) porque a parte praticou um ato incompatível com a vontade de impugnar. Só não se submetem à preclusão as chamadas objeções processuais previstas pelo art. 301.⁷

Franzé (2007) considera que o agravo retido tem como escopo evitar a preclusão: “mostra-se forçoso concluirmos, que o agravo retido tem por escopo: a) impedir a preclusão da decisão impugnada, quando não há necessidade de tutela de urgência; b) atender ao princípio da economia processual.”⁸

Alternativamente, se uma ou ambas as partes não concordam com a decisão proferida incidentalmente nos autos o recurso cabível é o agravo retido.

Franzé (2007) analisa o agravo retido e conclui:

(...) é uma espécie de agravo, processado obrigatoriamente por meio da forma oral, quando interposto em audiência de instrução e julgamento; b) pela forma escrita, em relação às demais decisões interlocutórias que não admitirem o agravo de instrumento; c) sempre será processado dentro dos próprios autos e somente será conhecido, se o agravante requerer em preliminar das ulteriores razões ou contra-razões de futura apelação; d) é cabível para impugnar as decisões interlocutórias, quando não houver urgência e puder ser reiterado em sede de apelação.

⁷ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Manole, 2007, p. 493.

⁸ FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Agravo frente aos pronunciamentos de Primeiro Grau no Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 5. ed., p. 162.

3.3 Momento da interposição

O momento adequado para a interposição do agravo retido em audiência de instrução e julgamento é imediatamente após a decisão interlocutória proferida e deverá constar do termo de audiência conforme determina o art. 523 do Código de Processo Civil.

Imediatamente significa que o agravo retido deve ser interposto logo após a decisão, de imediato, sob pena de preclusão. O agravante deve apresentar de imediato seu inconformismo com a decisão proferida, sob pena de preclusão e deve constar no termo onde são registradas as presenças e os principais fatos ocorridos, entre outros.

Ao analisar com rigor a expressão imediatamente podemos concluir que deve ser interposto pela parte que não concorda com a decisão e o magistrado deverá interromper o momento processual que estiver ocorrendo, tomando conhecimento do recurso interposto.

O estatuto processual estabelece que o agravo seja interposto de forma retida, oral e imediatamente, devendo constar do termo de audiência. O que importa é que a parte, inconformada com a decisão proferida, manifeste seu inconformismo imediatamente através do agravo retido.

Bastos (2008) ensina:

O advérbio ‘imediatamente’ utilizado no texto legal não deixa dúvidas: o inconformismo deve ser apresentado tão logo seja prolatada a decisão. Não será no final da assentada, mas no seu curso, à medida em que o magistrado proferir cada uma das decisões, sob pena de preclusão. O legislador olvidou que a audiência é um ato jurídico-processual complexo. Composta por momentos distintos e inúmeros outros atos, ela está sujeita a uma série de intercorrências, que vão da fixação dos pontos controvertidos que incidirá a prova (art. 451), até o indeferimento da contradita de uma testemunha ou de questões técnicas ligadas ao esclarecimento da prova pericial. Todas essas decisões desafiam o agravo imediato, comprometendo a validade da própria assentada.⁹

⁹ BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. Uma leitura crítica do novo regime do agravo no direito processual civil brasileiro. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre, v. 35 n. 109, Março de 2009, p. 31.

A interrupção do ato que se está praticando para interposição do agravo causa um certo atropelo na audiência que tem interrompida sua marcha processual e não podemos deixar de confessar que não raro as pautas de audiências correm com certo aperto de tempo e atraso em virtude de incidentes e imprevistos ocorridos. Entretanto, deve ser considerado que é de suma importância ocorrer a interrupção aguardando a reapreciação da decisão sobre o agravo retido porque este ato processual produz efeitos no andamento do processo e pode interferir na decisão final. Os pequenos atropelos ocasionados no decorrer da audiência em virtude do agravo retido são menores que os danos que podem ser ocasionados se ocorrer o prosseguimento do ato processual, evitando futuramente tumultos processuais e retardo na marcha processual.

Ressalte-se que, a interposição do agravo retido, ou seja, o inconformismo do agravante é que deverá ser imediato, sob pena de preclusão. Não é permitido que o agravante deixe para manifestar seu inconformismo com qualquer decisão interlocutória proferida em audiência posteriormente ensejando a preclusão.

3.4 Princípio da Oralidade

Interessa-nos no presente estudo o agravo interposto de forma oral, em audiência nos próprios autos. Esta modalidade de agravo não era prevista e foi empreendida pela Lei 9.139/95 buscando agilizar o andamento processual.

Consideram alguns doutrinadores que a obrigatoriedade da apresentação do agravo retido em audiência representa a concentração de inúmeros atos que, ao invés de agilizar, poderão ocasionar o retardo do andamento do processo. A audiência de instrução e julgamento tem por finalidade obter os esclarecimentos necessários à prova pericial existente nos autos e colher os depoimentos pessoais e a prova testemunhal considerada indispensável pelas partes. Dependendo da complexidade da questão e das decisões proferidas em audiência pode ocasionar o inconformismo das partes e dos advogados com interposição de vários agravos relativos a cada uma das decisões.

Entretanto, ousamos discordar desse entendimento ao considerar que o princípio da oralidade no agravo se apresenta como um dos princípios norteadores da celeridade, efetividade e economia processual.

Wambier (1991) considera:

Interposto o agravo sob forma oral durante a audiência, ou o juiz a reforma e o agravado com isso se conforma, ou a reforma, e isto vem a ensejar um outro agravo, o do primitivo agravado, agora sucumbente e possível agravante. Ou seja, não há tumulto, nem delongas, nem excessiva e desnecessária perda de tempo e dinheiro pelo fato de se admitir a interposição do agravo sob forma oral de decisão interlocutória proferida no curso de audiência de instrução e julgamento. Pelo contrário. A solução parece ser prática. Logo, a não aceitação desta solução pode significar, sob certo aspecto, não se atender ao princípio da economia processual.¹⁰

Se houver maior complexidade dos incidentes ocorridos que impossibilite o prosseguimento da audiência ou mesmo que sejam apresentadas as razões do agravante, perceptível o fato por todos aqueles que se encontram presentes, não haveria prejuízo às partes se a mesma fosse redesignada devido a impossibilidade de seu prosseguimento. Ademais, se as partes e os advogados concordam com a remarcação da audiência de imediato poderá ser agendada uma nova data com intimação de todos os presentes. Ressalte-se que esta redesignação por si só não ocasiona prejuízos irreversíveis às partes que terão solucionados todos os pontos controvertidos apresentados na audiência, possibilitando o prosseguimento normal do feito.

Outra possibilidade existente é a concessão do prazo de dez dias para apresentar das razões do agravante e do agravado, devendo o juiz decidir no mesmo prazo. Ressalte-se que o interesse das partes em conflito é a solução da lide. Se ambos concordam com o adiamento da audiência ou concessão do prazo para manifestação devido a complexidade das questões apresentadas, não existe interesse recursal ou mesmo alegação de prejuízo se os interesses estão resguardados.

3.5 A Obrigatoriedade da Interposição do agravo

A novidade introduzida pela Lei 11.187/2005, quanto a obrigatoriedade de interposição do agravo na audiência de instrução e jul-

¹⁰ WAMBIER, Teresa Alvim. *Agravo de Instrumento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 114.

gamento, encontra divergência entre os doutrinadores. Consideram alguns que ao invés da celeridade processual ocorrerá o retardamento da marcha processual porque o advogado terá que interpor o agravo retido imediatamente na audiência de instrução e julgamento sob pena de preclusão. Desta feita, em caso de dúvida quando a interposição ou não do recurso, o advogado optará pela sua interposição.

Machado (2008) afirma:

A obrigatoriedade estabelecida, pelo contrário, não deixará outra saída ao advogado senão interpor o retido sempre em caso de dúvida, para não correr o risco de prejudicar o cliente, aumentando, assim, o número de incidentes da audiência e o truncamento da atividade instrutória. O que se espera é que, apesar da sensação de risco e insegurança, os advogados tenham bom senso no exercício do direito de recorrer. A novidade não merece aplausos (texto de acordo com a Lei n. 11.187/2005).¹¹

É inquestionável a manifestação do inconformismo da parte na audiência, sob pena de preclusão. Entretanto, não há que se falar em interposição obrigatória do recurso que só deverá ser interposto para resguardar direito e interesse das partes. Se interposto o recurso ocorrer a reconsideração da decisão poderá o agravante requerer a desistência. Outrossim, é mais adequado fazer a interposição do que perder o prazo ou a oportunidade de revisão da decisão.

3.6 Manifestação do Agravado ou Ministério Público

Interposto o agravo retido o agravado tem o prazo de dez dias para manifestar. Se houver intervenção ministerial, tal como no agravo de instrumento, o Promotor de Justiça também manifestará porque tem interesse recursal.

Em que pese alguns doutrinadores entenderem desnecessária a oportunidade de manifestação do agravado e do Ministério Público, quando for o caso, priorizando o princípio da economia e celeridade processual, em virtude do tempo concedido a cada um, ousamos discordar de tal entendimento. A oportunidade de manifestação do agra-

¹¹ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Manole, 8. ed., 2009, p. 664.

vado para contraminutar e do DRMP, se for o caso, deve-se ao princípio do contraditório, isonomia e igualdade de oportunidade entre os envolvidos. Não se pode perder de vista que todos os envolvidos têm interesse no processo e a preclusão ocorre a cada momento. É mais adequado conceder a oportunidade de manifestação que oportunizar à parte prejudicada a interposição de novo recurso.

Deve-se ainda ponderar que a possibilidade do juízo de retratação poderá alterar consideravelmente o andamento do processo. Interposto o agravo na audiência deverá ser concedida oportunidade ao agravado para manifestação em observância ao princípio do contraditório.

Ao fixar o prazo para o agravante apresentar as razões de seu inconformismo em audiência o legislador silenciou quanto ao agravado.

Bastos (2008) leciona:

Ao estabelecer que o agravante deva recorrer de imediato, a nova regra lhe impõe uma franca desvantagem em relação ao agravado. Ferindo o princípio da igualdade, o novo regramento nos parece inconstitucional, na medida em que impõe ao recorrente que elabore suas razões no afogadilho da sessão, de forma oral e sucinta (a lei é expressa neste sentido) ao passo que permite ao recorrido utilizar os dez dias para elaborar sua resposta, por escrito, construindo-a com o cuidado que o ato pode exigir, inclusive com farta pesquisas e transcrições jurisprudencial e doutrinária, fortalecendo sua argumentação. O legislador deveria ter observado, pelo menos, o princípio da isonomia. Acreditamos que deva prevalecer uma interpretação consentânea com a Constituição, atribuindo para as contra-razões o mesmo prazo estipulado para o recurso, com a sua apresentação imediata.¹²

Partilhamos do mesmo entendimento acima exposto. A oportunidade ao agravado deverá ocorrer imediatamente após a interposição do agravo retido. Não se concebe o entendimento que o agravado poderá manifestar posteriormente, ou melhor, no prazo de 10 (dez) dias a contar da audiência. A concessão de um prazo fora da audiência para o agravado manifestar fere o princípio da isonomia e o tratamento paritário das partes, violando a norma constitucional.

¹² BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. Uma leitura crítica do novo regime do agravo no direito processual civil brasileiro. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre, v. 35 n. 109, Março de 2009, p. 32.

Gusmão (2008) ao fazer referência a Nelson Nery Junior ensina:

Também a resposta do agravado será manifestada verbalmente na audiência, logo após as razões do agravante, cabendo ao juiz, de imediato e diante dos argumentos das partes, manter sua decisão ou reconsiderá-la. Não terá maior sentido, até ferindo a regra da isonomia, pretender que o agravado possa dispor do prazo de 10 (dez) dias para, por escrito, responder ao agravo retido manifestado em audiência.¹³

3.7 Agravo Retido em todas as audiências realizadas

Entendem alguns doutos que se a audiência não for de instrução e julgamento o agravo retido não poderá ser interposto na forma oral que é exclusiva desta audiência.

Franzé(2007) adotando o mesmo posicionamento afirma:

Atualmente, a redação do 3º do art. 523 do CPC (trazida pela Lei 11.187/05) tornou obrigatória a interposição oral do agravo retido, quando a decisão interlocutória for proferida em audiência de instrução e julgamento.

Entendemos que essa norma não abrange a audiência preliminar (CPC, art. 331), pelas razões, a saber: a) por se tratar de norma restritiva do direito de recorrer, não pode ser interpretada ampliativamente, para também abarcar a audiência preliminar; b) é eloqüente o silêncio do legislador, em relação a qualquer outra audiência diferente da que realizar a instrução e julgamento.

Nesse diapasão, se a decisão interlocutória tiver sido proferida na audiência de conciliação (CPC, art. 331, & 2º) – ou em qualquer outra que não seja de instrução e julgamento-, o agravo retido deverá ser interposto na forma escrita.¹⁴

Quando se tratar de agravo retido interposto em audiência, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a interposição tão somente nas audiências de instrução e julgamento. Nossos doutos justificam a previsão do legislador exclusivamente para essa audiência porque via de regra nesta oportunidade são resolvidas as questões relativas às pro-

¹³ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 223.

¹⁴ FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Agravo frente aos pronunciamentos de Primeiro Grau no Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 5. ed., p. 166-167.

vas ou, excepcionalmente, outras relativas ao mérito que não poderão aguardar o julgamento final.

Considerando que o estatuto processual não prevê a interposição do agravo oral para as demais audiências, seja audiência de conciliação ou mesmo preliminar do art. 331 do Código de Processo Civil, o recurso cabível é o agravo retido no prazo de dez dias a contar da audiência ou o agravo de instrumento se houver risco de dano ou de difícil reparação.

Carneiro (2008) entende:

Já nas *audiências preliminares*, regidas pelo artigo 331 do CPC, podem ser equacionadas questões outras, relativas ao saneamento processual e portanto da maior relevância para o deslinde das causas, para as quais uma solução breve, mediante o emprego do agravo por instrumento, torna-se aconselhável, mais do que isso apresenta-se necessária.¹⁵

O mesmo entendimento é adotado por Machado (2007) quando considera que a reforma não foi adequada e somente não causou maiores danos porque a obrigatoriedade da interposição oral do agravo retido limitou-se à audiência de instrução e julgamento. Veja:

A alteração introduzida, parece-nos, só não é pior porque o novo dispositivo limita a obrigatoriedade à audiência de instrução (arts. 450 a 457), não atingindo a audiência de conciliação (arts. 125, IV e 277 e parágrafos), a audiência preliminar (art. 331), qualquer das audiências de justificação (arts. 804, 815, 858, 928, etc.), nem a de produção antecipada de prova oral (art. 847). Facultar à parte a interposição oral do agravo retido é diferente de obrigar a parte a interpor 'oral e imediatamente', de acordo com o texto, o seu recurso, sob pena de preclusão – a preclusão passa a ser a consequência inexorável do não-exercício imediato do direito processual de recorrer nesses casos. Trata-se, realmente, de situações muito diferentes, porque a facultatividade leva o advogado a discriminar situações, a interpor o agravo imediatamente em alguns casos de gravidade e importância, deixando outros para uma avaliação mais detida nos dez dias que se seguem, o que pode significar efetiva contribuição ao bom andamento da audiência de instrução.¹⁶

¹⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 212.

¹⁶ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Manole, 8. ed., 2009, p. 664.

Admite-se que o posicionamento deve ser tomado com adequação. Entretanto, acredita-se que na audiência preliminar ou de tentativa de conciliação o ideal é também a interposição do agravo retido possibilitando ao prolator da decisão revê-la naquele momento. Se mantida ou se reformada a decisão, ou se houver o risco de dano de difícil ou incerta reparação a parte que se sentir prejudicada poderá interpor o agravo de instrumento.

Considera-se que a interposição do agravo retido na própria audiência possibilita o juízo de retratação pelo julgador das decisões interlocutórias proferidas e evita a interposição exacerbada e desnecessária de agravo de instrumento nos tribunais. Em termos de celeridade processual também é vantajosa a interposição do agravo retido porque possibilita ao prolator, de imediato, rever sua decisão, diferente do agravo de instrumento que tem que aguardar a interposição e o cumprimento das formalidades legais para a revisão da decisão agravada.

Observa-se que com a possibilidade de apreciação do agravo retido em audiência, a parte que não se conformou com a decisão tem a oportunidade de retratação da decisão pelo próprio magistrado que a prolatou ou mesmo a reforma desta decisão através do agravo de instrumento alargando a possibilidade de revisão das decisões judiciais sem maiores delongas.

Sob todos os aspectos que analisamos a possibilidade do agravo retido em todas as audiências, vislumbramos vantagens porque concede ao magistrado de primeiro grau rever de imediato sua decisão, através do juízo de retratação ou mesmo porque diminui a interposição de imediato do agravo de instrumento no tribunal que só poderá ser interposta após a reapreciação da decisão proferida.

4. JUÍZO DE RETRATAÇÃO E O PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO

4.1 Juízo de Retratação

Após várias divergências doutrinárias quanto a admissibilidade do juízo de retratação no agravo retido, a Lei 9.139/95 espancou qualquer dúvida ao considerar que o juízo de retratação tornou-se admissível tanto no agravo de instrumento como no retido.

Denomina-se juízo de retratação a oportunidade concedida ao prolator da decisão agravada de revisão de sua decisão podendo mantê-la ou reformá-la. Vale notar que esse recurso independe de preparo e dispensa formação de instrumento uma vez que é interposto nos próprios autos. A marcha processual segue sem maiores delongas ou transtornos uma vez que a decisão será reapreciada pelo próprio prolator ou quem o substitua e poderá ensejar o pedido de reapreciação pelo Tribunal nas razões de apelação, se assim for requerido.

Carneiro (2008) faz remissão aos ensinamentos de Barbosa Moreira:

As boas (e importantes) razões invocáveis a favor da retratabilidade, aqui, são de ordem prática. É mais conveniente, e atende ao princípio da economia processual, permitir que o juiz reveja a decisão agravada, em ordem a evitar que, sendo fundada a impugnação e perca tempo e se gastem dinheiro e energias com atividade inútil. Não há o obstáculo da preclusão porque a interposição do agravo, mesmo retido, tem precisamente o efeito de impedir que ela se consuma.¹⁷

Existe uma controvérsia entre alguns doutrinadores quanto a obrigatoriedade ou não do juízo de retratação.

Carneiro (2008) faz duas citações:

Parece-me que o juiz, ante os argumentos desenvolvidos pelo agravante, no agravo retido, se entender conveniente deverá abrir oportunidade para a manifestação da parte contrária e, em seguida reexaminará a questão anteriormente decidida. Não há propriamente um direito do agravante, no agravo retido, de obter o reexame da decisão atacada (art. Doutr. *In Tribuna da Magistratura*).

(...)

A audiência do agravado é sempre obrigatória, nada importando que o órgão judicial venha depois a reformar ou manter o seu pronunciamento – o que, em qualquer dos dois casos, deve fazer em termos expressos, fundamentadamente (Comentários ao Código de Processo Civil, cit. 13. ed. N° 273, p. 502)

Consideramos que o juiz não pode deixar de analisar o recurso interposto sendo obrigatória sua manifestação seja para reformar ou

¹⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 226.

manter a decisão interlocutória agravada. Se fosse concedida tal faculdade ao magistrado, inviável seria a interposição do agravo retido que nenhum efeito produziria.

Resta prejudicado o agravo de instrumento quando o juiz reformar integralmente sua decisão de acordo com o art. 529 do Estatuto Processual Civil.

Por fim, registre-se que, reformada inteira ou parcialmente, a decisão pelo magistrado, tem ele o dever de expedir imediatamente ofício ao tribunal, comunicando a retratação, o que provocará uma de duas conseqüências: a) se a reforma é parcial, o agravo subsiste pela parte não modificada; b) se a reforma é total, o relator considerará prejudicado o recurso, remetendo o instrumento à primeira instância para ser apensado aos autos do processo.¹⁸

4.2 Prazo para o juízo de retratação

Possibilitando o agravo retido a reapreciação da decisão pelo juiz, esta deve ocorrer na primeira oportunidade que os autos retornarem conclusos. Adota-se o entendimento que prevalece a regra geral que o prazo é de dez dias nos termos do art. 189, inciso II do Código de Processo Civil.

Entretanto, deve-se ponderar que interposto o agravo retido na audiência de instrução e julgamento, aguarda-se que a decisão seja proferida na própria audiência. Excepcionalmente acreditamos que, tratando de questão de maior complexidade que impossibilite o juiz de reapreciá-la no decorrer da audiência, permite-se que a interrupção de sua realização determinando que os autos venham conclusos para melhor apreciação que deverá ocorrer no prazo de dez dias, impreterivelmente.

Esta interrupção da audiência e conclusão do processo só deverá ocorrer mesmo em casos excepcionais devendo o magistrado justificar a sua decisão porque o estatuto processual prevê a reapreciação naquele momento. Não existem precedentes desta ordem, mas na prática podemos constatar que existem situações inusitadas em audiência que podem ocasionar a impossibilidade de uma decisão imediata.

¹⁸ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Manole, 8. ed., 2009, p. 682.

Considerando que a decisão interlocutória tem caráter decisório e não se encontrando o magistrado em condições de reapreciar a questão é adequada a interrupção da audiência porque o seu prosseguimento poderá ser inútil e, ao invés de agilizar, poderá retardar o andamento processual.

Esta decisão de interromper o andamento da audiência, devido a complexidade da questão e a impossibilidade de decisão naquela oportunidade, poderá não encontrar resistência das partes e seus procuradores. Entretanto, se uma das partes ou procurador discordar e o magistrado determinar a interrupção do ato para reapreciação posterior da decisão, acredita-se que nesta nova decisão é admissível o agravo retido e caso este não surta o efeito desejado pela parte agravante porque o juiz mantém a decisão anterior, ensejará a interposição do agravo de instrumento, oportunamente.

A interposição do agravo de Instrumento, interposto diretamente no Tribunal, após o encerramento da audiência se justifica devido à possibilidade de causar à parte lesão grave e de difícil reparação.

4.3 Juízo de reconsideração

Quanto à possibilidade do pedido de reconsideração, que não encontra previsão legal, limita-se apenas a mais uma oportunidade concedida à parte que não se conformou com a decisão de requerer ao magistrado que reaprecie sua decisão. Esse pedido de reconsideração é muito comum na praxe forense. O requerimento apresentado pela parte inconformada com a decisão é feito de forma singela, sem custos e não suspende nem interrompe o prazo para recurso. Dispensa maiores argumentos para demonstrar o inconformismo da parte tendo a possibilidade de ser revista a decisão pelo mesmo prolator, que é muito válida.

Orione (1999) afirma:

(...) trata-se de expediente utilizado para atender à comodidade da parte, pois dispensa prazo, preparo, dedução bem argumentada das razões da inconformidade, e formação de instrumento; todavia, em face da ausência de base legal, o pedido de reconsideração não suspende nem interrompe o prazo para recorrer e, pois, o decêndio do agravo irá contar-se da intimação da decisão

interlocutória, e não da decisão que haja indeferido o pedido de reconsideração.¹⁹

Recorda-se que antes da reforma do agravo admitia-se que o agravante requeresse ao magistrado que reconsiderasse sua decisão, caso contrário, que a recebesse como agravo de instrumento. Com a nova sistemática do agravo de instrumento que só pode ser interposto diretamente no tribunal é admissível apenas que o receba como agravo retido.

Questão interessante se apresenta quando o pedido de reconsideração ocorre em audiência. Admite-se que se faça o pedido de reconsideração em audiência, caso contrário, que o receba como agravo retido.

É interessante observar que no pedido de reconsideração o juiz reapreciará sua decisão e o agravo retido possivelmente não modificará o entendimento adotado pelo magistrado. Outrossim, uma vez interposto o agravo retido o juiz terá que novamente reapreciar mantendo ou reformando sua decisão e a parte agravante ainda terá a oportunidade de reiterar suas razões quando da interposição da apelação e o tribunal terá que apreciá-lo antes do recurso de apelação.

De modo contrário, se requerido o pedido de reconsideração não cumulado com o agravo retido, seria plausível imaginar que ocorreu a preclusão para interposição deste último. A parte que deveria agravar retidamente e requereu a reconsideração ao invés de fazê-lo, perdeu a oportunidade de agravar retidamente porque requereu a reconsideração.

Consideram alguns doutos que somente teria cabimento a análise do pedido de reconsideração sem o pedido sucessivo de agravo se interposto contra decisão sobre questão de ordem pública.

Nesse sentido posiciona Nery (2006):

O pedido de reconsideração *puro e simples*, sem pedido sucessivo de recebimento como agravo, só tem cabimento quando se tratar de decisão sobre questão de ordem pública, a cujo respeito não se opera a preclusão, e que o juiz deve conhecer de ofício.

Ousamos discordar de tal entendimento. Considera-se que não há prejuízo porque o juiz indeferirá o pedido de reconsideração por

¹⁹ ORIONE NETO, Luiz. *Liminares no processo Civil*. São Paulo: Lejus, 1999, p. 33.

considerá-lo inadequado, mas terá que apreciar o agravo retido desta decisão em que poderão ser renovadas as mesmas razões do pedido de reconsideração. Outra alternativa não restará ao magistrado senão apreciar o agravo retido, agora interposto contra o pedido de reconsideração e suas razões, podendo ser novamente apreciadas pelo Tribunal quando da interposição da apelação.

4.4 Julgamento

Primeiramente o legislador reservou ao juiz monocrático o recebimento e apreciação do agravo retido em audiência de instrução e julgamento. Interposto o recurso, o magistrado deverá reapreciar a matéria proferindo sua decisão de manutenção ou reforma da decisão.

Questiona-se sobre a possibilidade de não conhecimento do agravo retido sob o entendimento de sua não admissibilidade. Entendemos que o recurso somente não será recebido quando se tratar de mero despacho, sem qualquer caráter decisório. Neste caso o ato judicial não produz nenhum gravame às partes, não possui nenhum conteúdo decisório sendo, portanto, irrecorrível.

Indeferindo o juiz o recebimento do agravo retido, por considerá-lo inadmissível, cabível se torna o recurso por se tratar de decisão interlocutória. Entretanto, impugnada por novo agravo a decisão de inadmissibilidade do recurso não poderá o magistrado indeferi-lo novamente sob pena de cerceamento de defesa.

A admissibilidade do agravo retido na Audiência de Instrução e Julgamento é feita pelo juiz que a preside e sua interposição não depende de preparo.

Interposto o agravo retido em audiência e analisado pelo juiz que a preside restará ao agravante submeter novamente a matéria à apreciação do tribunal quando do julgamento da apelação.

Questão interessante se apresenta quando a apelação não é conhecida por ser intempestiva. Se o agravo retido foi reiterado quando da apelação e é dela dependente para subir ao tribunal se a mesma for intempestiva, o agravo não será apreciado porque o estatuto processual determina que deverá ser conhecido preliminarmente.

Entretanto, quando se trata de apelação interposta por uma das partes e recurso de ofício, independentemente da tempestividade ou não da apelação voluntária o Tribunal deve ser conhecer do agravo retido reiterado.

Nesse sentido já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

(...) Não faz sentido discutir-se a tempestividade da apelação manifestada pelo Estado, contra a decisão de primeiro grau. É que tal decisão será necessariamente apreciada pelo Tribunal *ad quem*. O agravo retido deve ser apreciado pelo tribunal, na assentada em que fizer a revisão *ex officio* (CPC, art. 475). O art. 523 do CPC deve ser interpretado de modo a não tornar inútil o art. 522.²⁰

Existem várias controvérsias quando se trata de agravo retido reiterado nas razões recursais e no recurso de ofício. Entendem alguns mestres que sendo a matéria de ordem pública deve ser analisada quando houver reexame necessário.

Partilhamos de entendimento diverso que o agravo retido só poderá ser apreciado pelo Tribunal se reiterado nas razões de recurso. Esta é a condição de sua admissibilidade no juízo *ad quem*. A matéria de ordem pública será conhecida pelo tribunal por si mesma e não em razão do agravo retido. O que se conclui é que o agravo retido é um recurso dependente da apelação e só será apreciado se reiteradas suas razões quando da interposição daquela. Caso contrário, inadmissível ao tribunal apreciá-lo se não foram reiteradas suas razões ou se, mesmo reiteradas, a apelação não foi conhecida.

Não é necessário que o agravante repita em fase de apelação todas as razões apresentadas ao agravo retido sendo suficiente que sejam apenas reiteradas. Caberá ao tribunal apreciar o agravo retido e a apelação.

4.5 Reiteração do Agravo Retido

A Lei 11.187/2005 determinou expressamente que uma vez interposto o agravo retido, para ser reexaminado em recurso de apelação, necessária se faz sua reiteração quando das razões recursais.

²⁰ Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, REsp. 100.715, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU de 14/04/97, p. 12.690.

Cabe exclusivamente ao agravante reiterar na apelação ou nas contrarrazões seu inconformismo e reapreciação da decisão proferida no agravo retido. Se o agravante não reiterar seu inconformismo com a decisão nas razões recursais considera-se desistência tácita do agravo retido que não será apreciado.

Se ausente o requerimento explícito o tribunal não conhecerá do agravo retido. O mesmo ocorre se não houver apelação da sentença proferida ou se o recurso não for recebido e desta decisão não for interposto recurso. O conhecimento da apelação antecede ao conhecimento do agravo retido e é condição primordial para o seu julgamento.

Exceção ocorre quando se tratar de sentença proferida em reexame necessário.

Se a parte agravante silenciar quando da interposição da apelação o tribunal não conhecerá preliminarmente do agravo retido, salvo se a matéria a ser tratada é de ordem pública ou se abrange a decisão agravada e finalmente se for reexame necessário.

Quando se trata de matéria de ordem pública ou as razões estiverem contidas nas razões recursais da apelação é óbvio que dela conhecerá necessariamente o tribunal, no primeiro caso, de ofício e no segundo, ao analisar as razões da apelação consequentemente estará analisando as razões do agravo retido que ali estão abrangidas.

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no seguinte sentido “Impõe-se o exame da preliminar quando a matéria foi objeto de exame na sentença e fundamento da apelação”.²¹

Quando se trata de agravo retido, com sentença favorável ao agravante e contrária ao órgão público, a apelação ocorrer somente em reexame necessário, a questão se apresenta com um pouco mais de cautela. Se a decisão que ensejou o agravo retido for desfavorável ao ente público e a parte não interpuser apelação não será conhecido o agravo retido quando da apelação em reexame necessário e o tribunal poderá reformar a decisão de 1º grau e o agravante fica com a possibilidade de sucumbir.

²¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 29.154, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. j. 17.11.1992, DJU de 01.02.93, p. 466.

Carneiro (2008) considera:

Dois pesos, assim, e duas medidas, com a possibilidade de grave prejuízo à parte contrária à Fazenda, parte esta que verá seus agravos tidos por inexistentes, muito embora o reexame necessário equivalha, em seus efeitos e eficácia, a uma apelação integral em favor da Fazenda, abrangente de toda a área em que a mesma haja sucumbido. Mesmo se admitíssemos a preclusão das decisões interlocutórias desfavoráveis à Fazenda, continuaria presente a possibilidade do dano à parte contrária.

(...)

A parte contrária à Fazenda tem, pois, o mais legítimo interesse em que seus agravos sejam conhecidos, como conhecidos sempre foram os agravos do apelado (sistema do Código de 1939), e porque o reexame necessário é, afinal, em sua natureza, a mesma apelação *ex officio* do art. 822, parágrafo único do Código pretérito, permissiva do conhecimento do antigo agravo no auto do processo, mantido hodiernamente sob o rótulo de agravo retido.²²

Adota-se entendimento semelhante tendo que vista que o reexame necessário possibilita que a decisão seja favorável ao ente público. Não se admite que a parte que interpôs o agravo retido, que não teve interesse recursal porque a sentença lhe foi favorável, não tenha conhecido o agravo retido que se encontra nos autos e tenha que suportar a reforma da decisão que lhe era favorável. Da mesma maneira que o ente público não interpôs recurso e teve de ofício a reapreciação da decisão, necessário se faz que o agravo retido constante nos autos seja preliminarmente analisado, ainda que não tenha a parte interesse na apelação.

CONCLUSÃO

Buscamos no presente estudo a análise do agravo retido como regra geral no nosso ordenamento jurídico como a primeira e mais importante modificação ocorrida em relação ao agravo.

Desde sua origem, o agravo só é interposto das decisões interlocutórias. Das modalidades de agravo retido e de instrumento priorizou-

²² CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 217.

se o estudo do agravo retido em audiência de instrução e julgamento e a viabilidade de sua interposição em todas as audiências.

A inovação do agravo teve como objetivo agilizar a prestação jurisdicional e evitar o número excessivo de recursos nos tribunais possibilitando ao juiz de primeiro grau rever sua decisão.

Verificamos que apesar da possibilidade de algum retardo no andamento das audiências consideramos ideal a interposição de agravo retido não só nas audiências de instrução e julgamento bem como em todas as audiências seja de tentativa de conciliação, justificação ou mesmo do art. 331 do Código de Processo Civil. A oportunidade de se agravar retidamente em audiência oportuniza ao agravado também manifestar naquele momento, em virtude do princípio da oralidade e da isonomia. Ao juiz cabe reapreciar sua decisão fundamentando-a seja para mantê-la ou reformá-la.

Ponderamos sobre a possibilidade de surgir questões complexas que inviabilizem a manifestação em audiência admitindo-se a possibilidade de conceder às partes oportunidade para manifestação em dez dias e ao magistrado reapreciar sua decisão no mesmo prazo.

Não vislumbramos inconvenientes neste procedimento e verificamos que agiliza o andamento processual e resolve as questões incidentes com presteza e agilidade na marcha processual reservando aos tribunais tão somente a apreciação do agravo de instrumento, se for o caso, ou a reapreciação da decisão agravada se reiteradas nas razões recursais.

O que podemos concluir do presente estudo é que, ao admitir a interposição do agravo retido em todas as audiências, estaremos ampliando a oportunidade do juiz de primeiro grau rever sua decisão, de forma ágil e célere, evitando a interposição excessiva e algumas vezes desnecessária do agravo de instrumento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 461/462.

FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Agravo frente aos pronunciamentos de Primeiro Grau no Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 5. ed, 2007.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 212.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Manole, 9. ed., 2009.

ORIONE NETO, Luiz. *Liminares no processo Civil*. São Paulo: Lejus, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense.

Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, REsp. 100.715, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU de 14/04/97, p. 12690.

WAMBIER, Teresa Alvim. *Agravo de Instrumento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 114.

3

DIREITO AO SILÊNCIO, AMPLA DEFESA, MENTIRA DO RÉU E ÉTICA PROCESSUAL PENAL

Augusto Vinícius Fonseca e Silva

“Mentimos, isto é, criamos espaço para uma realidade diferente.”
(Carlos Drummond de Andrade. O Averso das Coisas [aforismos]
5. ed. São Paulo: Record, 2007, p. 142).

“A vida é curta, mas a verdade tem vida longa. Vamos falar a verdade.”
(Schopenhauer).

1. À GUISA DE INTRODUÇÃO

Realmente verdadeira a citação sobre a mentira do grande Drummond acima citada.

Mentimos, às vezes, para nos defendermos e, às vezes, mentimos para nós mesmos, esquecendo-nos, porém, do que já dissera o saudoso Renato Russo, isto é, de que mentir para si mesmo é sempre a pior mentira. E, mais, às vezes, mentimos tanto, que isso ganha foros de verdade (!?). Sim, é verdade. Uma mentira bem contada ou, repetidamente contada, pode convencer como verdade, transformando-se num *factoide*.¹

Mas, no processo penal, qual a verdadeira dimensão da *mentira* ou, mais precisamente, da mentira *do réu*? Sob o manto do direito ao silêncio, garantido a ele constitucionalmente (CF, 5º, LXIII), pode ir

¹ Palavra que me tem chamado a atenção é esta: *factoide*. Sua sonoridade é notável. No léxico, quer dizer: “qualquer afirmação que, de tanto ser repetida, acaba sendo vista como verdade incontestável”. (SACCONI, Luiz Antonio. *Pequeno Dicionário Sacconi da Língua Portuguesa*. São Paulo: Nova Geração, 2009, p. 307).

ao ponto de mentir? E mais, sob a alegação de ampla defesa, também direito fundamental de 1ª geração (CF, 5º, LV), pode distorcer a verdade como bem entender, ainda que para isso tenha que relegar ao limbo a ética processual?

É sobre isso que tenho me debruçado em estudar ultimamente, sobretudo após haver titularizado uma Vara Criminal do interior de Minas Gerais e quando da preparação das aulas para meus alunos de pós-graduação. E é sobre isso que trata o presente artigo.

2. O DIREITO AO SILÊNCIO – ORIGEM, SIGNIFICADO E EXTENSÃO

Ao contrário do que se possa imaginar, não foi na *Magna Carta* inglesa de 1215 que se previu, pela primeira vez, o direito ao silêncio.

Sua previsão primeva remonta ao *Talmud*, isto é, ao compêndio que englobava os vetustos ensinamentos orais baseados no Pentateuco de Moisés, cujo início data de antes da Era Cristã e cujo fim remonta ao século V d.C. A respeito, valem as lições de Diana Helena de Cássia Guedes Mármora Zainaghi:

Na textura desse procedimento criminal das antigas Cortes rabínicas, estava declarada a máxima *ein Adam se ipsum tenetur*. Numa tradução literal, significa que o homem não poderia apresentar-se como culpado ou como transgressor. Regra considerada absoluta, sem qualquer possibilidade de renúncia, a tradução inglesa é dada como *no one can incriminate himself*. Estava proibida a admissão em depoimento de qualquer testemunho auto-incriminatório, mesmo dado voluntariamente. A regra era de que a ninguém seria permitido confessar ou ser testemunha contra si mesmo.²

Na Inglaterra, noticia a citada autora, o princípio do *nemo tenetur se accusatore* nasceu sob a fórmula do *privilege against self-incrimination* e “foi solenemente afirmado no Estatuto de Carlos I, em 1641, embora já invocado no século XI em oposição ao instituto do juramento”.³

² O Direito ao Silêncio: evolução histórica. Do Talmud aos Pactos e Declarações Internacionais. In *Revista de Direito Constitucional e Internacional – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano 12 – Jul/Set de 2004, V. 48, p. 134.

³ *Idem*, p. 138.

Nos Estados Unidos da América, sua consagração plena adveio com a famosa V Emenda à sua Constituição e ganhou posição de destaque no caso *Miranda vs. Arizona* (384 US 436, 1966), que, segundo a doutrina constitucional moderna, serviu de “transparente fonte histórica de sua consagração na Constituição brasileira, porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a auto-incriminação”.⁴

No Brasil, sua previsão originária consta do antigo Código Processual do Distrito Federal, em seu art. 81.⁵ Antes da atual Constituição, “o tema era tratado entre nós no âmbito do devido processo legal, do princípio da não-culpabilidade e do processo acusatório”.⁶ atualmente, está positivado no art. 5º, LXIII, da CF/1988, cabendo ao Juiz, aliás, informar ao réu, antes de iniciar seu interrogatório, que tem ele resguardado esse direito (CPP, art. 186, *caput*).⁷

Em comentários ao indigitado art. 5º, LXIII, da CF, disserta argumentamente José Afonso da Silva:

Ninguém pode ser obrigado a dar qualquer possibilidade de lhe arrancar, pela habilidade técnica, palavras que possam ser utilizadas contra sua defesa e, pois, em favor de sua condenação; e, por outra, ninguém pode ser obrigado a exprimir-se, a falar, quando não quer ou não lhe convenha. E seu silêncio não pode ser tido como consentimento. Aliás, em matéria jurídica, em hipótese alguma vale a parêmia ‘quem cala, consente’. Uma interpretação desse jaez, agora, está constitucionalmente afastada. A norma é de permanência, o que dá o direito ao preso de ficar sempre calado, inclusive diante do juiz.⁸

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 635.

⁵ ZAINAGHI, Diana Helena de Cássia Guedes Mármora. *Obra citada*, p. 149.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Ob. cit.*, p. 636.

⁷ Anota Ada Pellegrini Grinover que “a ausência de informação implica nulidade do interrogatório, a qual, por sua vez, pode assumir duas dimensões: a mais grave, consubstanciada na nulidade de todo o processo, a partir do interrogatório, se, no caso, o ato viciado redundou o sacrifício da autodefesa e, conseqüentemente, da defesa como um todo. Ou, na dimensão mais moderada, pela invalidade do interrogatório, com sua necessária repetição, mas sem que os atos sucessivos fiquem contaminados, se se verificar que o conteúdo das declarações não prejudicou a defesa como um todo e os atos sucessivos”. (*Et alli. As Nulidades no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 81).

⁸ *Comentário Contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 159.

Para Ada Pellegrini Grinover, “o silêncio do acusado, na ótica da Constituição, assume dimensão de verdadeiro direito, cujo exercício há de ser assegurado de maneira plena, sem pode vir acompanhado de pressões, diretas ou indiretas, destinadas a induzir o acusado a prestar depoimento”.⁹

Redunda disso, pois, como adverte George Santos Maia, “não se poder concluir desfavoravelmente ao interrogado, pelo simples fato de ter-se calado, isto é, de abster-se de prestar declarações, em especial das que possam incriminá-lo”.¹⁰ Ou, noutra palavras, “só o silêncio do réu não pode nunca gerar condenação penal. Se a confissão do réu precisa ser confirmada por outras provas (art. 197 do Código), o mesmo deve ocorrer com o silêncio”.¹¹

Como expressão de autodefesa, o silêncio vai até mesmo no direito de o réu não comparecer à audiência para ser interrogado (desde que intimado, obviamente, para tanto), porque que, se se ausenta, não fala. Isso, também, leva a que não pode “o acusado ser obrigado a comparecer para o interrogatório ou para a realização de atos processuais”.¹² Enfim, uma vez intimado, o réu pode preferir silenciar-se pela boca ou pela ausência.

Mas, e se comparecer, quiser ser interrogado e não quiser silenciar-se, optando por *mentir*? Pode fazer isso, ainda que sob a capa da defesa ampla? Ou, de outro modo, porque ampla a defesa, admite ela a mentira? Passemos ao tópico seguinte.

3. SILÊNCIO E MENTIRA DO RÉU NO INTERROGATÓRIO

Pelo que se expôs até agora, indaga-se: pode o réu mentir sob o argumento de estar agasalhado pelo direito ao silêncio e à ampla defesa?

⁹ Obra citada, p. 80.

¹⁰ *Silêncio e Mentira do Réu no interrogatório*. Disponível em www.viajuridica.com.br. Acesso em 20.4.2010.

¹¹ CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição – Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 178.

¹² FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 304.

A jurisprudência do STF e do STJ é unânime pela possibilidade. Cite-se:

‘Habeas corpus’. Falsidade ideológica. – No caso, a hipótese não diz respeito, propriamente, à falsidade quanto à identidade do réu, mas, sim, ao fato de o então indiciado ter faltado com a verdade quando negou, em inquérito policial em que figurava como indiciado, que tivesse assinado termo de declarações anteriores que, assim, não seriam suas. Ora, tendo o indiciado o direito de permanecer calado e até mesmo o de mentir para não auto-incriminar-se com as declarações prestadas, não tinha ele o dever de dizer a verdade, não se enquadrando, pois, sua conduta no tipo previsto no artigo 299 do Código Penal. ‘Habeas corpus’ deferido, para anular a ação penal por falta de justa causa.¹³

RESP – PROCESSUAL PENAL – CITAÇÃO – INTERROGATÓRIO.

(...) O réu tem direito a aconselhar-se com terceiro, inclusive advogado, para orientá-lo para a explicação verbal. Cumpre evitar a surpresa. O réu poderá, sem qualquer censura, dar a versão que lhe pareça melhor, tem direito a mentira, porque não é obrigado a auto-acusar-se. Urge, entretanto, atender a finalidade do instituto: impedir prejuízo para o acusado. Se o interrogatório não prejudicou o réu, não faz sentido declarar a nulidade.¹⁴

O eg. TJMG segue o mesmo compasso:

APELAÇÃO – NULIDADE DO PROCESSO – DEFICIÊNCIA DE DEFESA – AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA – INÉRCIA DO DEFENSOR INDICADO DURANTE INTERROGATÓRIO – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO RÉU PARA CONSTITUIR NOVO PATRONO – ILEGALIDADE – DIREITO A NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL – MAGISTRADA QUE PRESSIONA O RÉU A FALAR A VERDADE – IMPOSSIBILIDADE – PRECEDENTES DO STF.

I – É responsabilidade do magistrado monocrático zelar pelo regular andamento do feito e tutela efetiva das garantias

¹³ STF – 1ª T. – HC 75257/RJ – Relator Min. Moreira Alves – Julgamento: 17/06/1997 – Publicação: DJ 29/08/1997, pp. 40219 – www.stf.jus.br. Igualmente: HC 68929 – Rel. Min. Celso de Mello – J. 22/10/91 – RTJ 141, n. 2, p. 512.

¹⁴ STJ – 6ª T. – REsp 54781/SP – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – Data do Julgamento: 09/10/1995 – Data da Publicação/Fonte: DJ 26/02/1996, p. 4093.

constitucionais. Assim, deve cientificar ao acusado a inércia do advogado que, indicado no interrogatório, não apresenta defesa prévia e nem se manifesta nos autos, deixando a deriva o réu que, ao final, é condenado sem defesa técnica substancial. II – É permeado de ilegalidade o ato de magistrada monocrática de pressionar o réu a declarar a verdade, ameaçando-o de que a sua situação vai piorar caso minta, pois o acusado, além do constitucional direito ao silêncio, tem também direito a não auto-incriminação, não possuindo, no exercício da autodefesa, nenhum compromisso com a veracidade fática, tarefa que incumbe ao órgão acusador. III – Precedentes do STF. IV – Processo anulado desde o interrogatório, inclusive.¹⁵

Na doutrina, assevera Guilherme Nucci, peremptoriamente:

Sustentamos ter o réu o *direito* de mentir em seu interrogatório de mérito. Em primeiro lugar, porque ninguém é obrigado a auto-acusar-se. Se assim é, para evitar a admissão de culpa, há de afirmar o réu algo que sabe ser contrário à verdade. Em segundo lugar, o direito constitucional à ampla defesa não poderia excluir a possibilidade de narrar inverdades, no intuito cristalino de fugir à incriminação. Aliás, o que não é vedado pelo ordenamento jurídico, é permitido. E se é permitido, torna-se direito.¹⁶

Da mesma forma, Fernando da Costa Tourinho Filho:

Quando do seu interrogatório, se ele a tanto assentir, o réu poderá dizer o que quiser e bem entender, dando aos fatos a versão que lhe parecer melhor, sem que possa cometer o crime de falso testemunho, mesmo porque sujeito ativo dessa infração é a testemunha. Ele pode até faltar à verdade. E, como observa Jorge de Figueiredo Dias, ‘não se trata de um direito de mentir, mas, simplesmente, da não punição da mentira’.¹⁷

Fernando Capez também é taxativo em afirmar que “a lei processual estabelece ao acusado a possibilidade de confessar, negar, silenciar ou mentir. O réu pode calar-se, sem que isso importe confissão tácita (CPP,

¹⁵ TJMG – Número do processo: 2.0000.00.353715-9/000 – Numeração Única: 3537159-32.2000.8.13.0000 – Relator Des. Alexandre Victor de Carvalho – Data do Julgamento: 09/04/2002 – Data da Publicação: 20/04/2002.

¹⁶ *Código de Processo Penal Comentado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 345.

¹⁷ *Código de Processo Penal Comentado (arts. 1º a 393)*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, V. 1, p. 601.

art. 198), e pode mentir, uma vez que não presta compromisso, logo, não há sanção prevista para as mentira”,¹⁸ mesmo porque, complementa Alexandre de Moraes, que segue a mesma linha, “não se conhece no nosso ordenamento jurídico o crime de perjúrio”.¹⁹

Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazuolli, analisando o art. 8º, § 2, g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), defendem o direito de mentir, mas o excepcionam quanto ao crédito das palavras do réu que mente:

O direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem confessar-se culpada, faz parte do princípio da não autor-incriminação, que envolve (...) o direito de mentir (não existe o crime de perjúrio no direito brasileiro). (...) É certo que a mentira do réu pode lhe trazer sérios prejuízos, porque ele perde a credibilidade.²⁰

Também de uma maneira mais ponderada sobre o tema, preleciona Denílson Feitoza:

Todavia, não nos parece que o direito ‘ao silêncio’, a um não fazer, permita o direito a um fazer, ou seja, o direito de o indiciado ou réu falar o que quer que sejam ainda que para tanto praticasse, por exemplo, uma denúncia caluniosa. Entendemos que, em hipóteses como esta, o indiciado ou réu deva ser penalmente responsabilizado. Contudo, pode o indiciado ou réu mentir, por exemplo, alegando que se encontrava em lugar diverso do local do crime ou que, simplesmente, não praticou o crime.²¹

George Maia Santos, em texto acima citado, aduz, inclusive, haver aproximação entre mentira e silêncio, com o que, *data venia*, não concordamos. A despeito disso, faz interessante ponderação sobre a extensão do “direito” de mentir do acusado. Disserta:

É importante que se entenda que o direito de mentir do acusado está muito próximo da omissão, posto que não possui ele o direito de criar

¹⁸ *Curso de Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 284.

¹⁹ *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. SP: Atlas, 2002, p. 399.

²⁰ *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica*. Coleção Ciências Criminais. Luiz Flávio Gomes e Rogério C. Sanches (Coord.). 2. ed. São Paulo: RT, 2009, V. 4, p. 112 e 113.

²¹ *Direito Processual Penal – Teoria, Crítica e Práxis*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 750.

situações fantasiosas com o exclusivo intuito de dificultar as investigações. A garantia concedida ao acusado de não dizer a verdade, corolário do direito de calar-se, não representa um salvo conduto para que possa mentir indiscriminadamente. Não se admite ao acusado criar situações que comprometam terceiros, tampouco que estabeleçam entraves completamente falsos e impeditores do processo de apuração dos fatos ou do normal desenrolar da instrução criminal, impedindo que a justiça chegue à verdade. A proteção legal vincula-se a sua própria defesa e aos fatos e atos com ela relacionados.

Certos precedentes jurisprudenciais já demonstraram limites quanto à mentira do réu. Registre-se:

Configura o delito de falsa identidade a conduta do agente que, ao ser preso, fornece nome falso à Polícia para esconder seus antecedentes, uma vez que age com o propósito de obter proveito próprio, consistente na preservação de sua liberdade, não se podendo falar em autodefesa, na qual a mentira é admitida apenas para contestar fatos trazidos pela acusação, pois o exercício da ampla defesa não acoberta, nem justifica, a prática de crimes.²²

Incorre na modalidade típica descrita no art. 307 do Código Penal o agente que, preso em flagrante, atribui-se falsa identidade, declinando incorretamente sua qualificação. Afinal, a mentira impunível, aceita processualmente, é aquela que tão-só visa a combater a acusação articulada pelo Ministério Público, e não se furta a ela, assumindo-se identidade suposta ou de terceiro.²³

Posicionando-se contrariamente à mentira do réu, Julio Fabbrini Mirabete:

O direito de ficar calado no interrogatório, não compreende o de mentir sobre a própria identidade ou se auto-acusar falsamente, sob pena de responder, respectivamente, pelos crimes de falsa identidade (art. 307 do CP) e de auto-acusação falsa (art. 341 do CP).²⁴

Igualmente, Eugenio Pacelli de Oliveira, para quem “o direito ao silêncio tem em mira não um suposto direito à mentira, como ainda se vê em algumas doutrinas, mas a proteção contra as hostilidades e intimidações historicamente desfechadas contra os réus pelo Estado”.²⁵

²² RJTACRIM 37/177.

²³ TJMG – Número do processo: 1.0024.00.068199-9/001 – Rel. Des. Eduardo Brum – Data do Julgamento: 28/11/2006 – Data da Publicação: 23/03/2007.

²⁴ *Código de Processo Penal Interpretado*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 516.

²⁵ *Curso de Processo Penal*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 325.

A despeito da dicotomia, tenho que a questão há, ainda, de ser filtrada por um tema que, infelizmente, tem se revelado esquecido ultimamente: a *ética*. É do que trataremos adiante.

4. **ÉTICA: BREVES APONTAMENTOS. ÉTICA PROCESSUAL PENAL?**

Sem a pretensão de esgotar o assunto, até mesmo por nos faltar conhecimento suficiente a tanto, vale citar, para fins de contextualização, o que vem a ser *ética*. Tratados já foram escritos a respeito, de sorte que tomamos a liberdade de adotar um conceito que nos parece didático e suficiente ao desiderato do presente trabalho.

A *ética* aproxima-se muito da *moral*, mas com ela não se confunde. Vejamos:

O termo *ética* provém do lexema grego *éthos*. Quando escrito com ‘e’ breve, significa ‘hábito’, enquanto que com ‘e’ longo significa ‘propriedade de caráter’. Nas suas investigações sobre as questões do bem e do mal, da virtude e do vício, Aristóteles empregou *éthiké* com sentido de reflexão sobre as ‘propriedades de caráter’.

Por *moral*, entende-se a reunião de costumes ou hábitos de um indivíduo ou de um povo, orientada por um princípio muito genérico de ‘bem’ ou de ‘correto’, enquanto, por *ética*, entende-se, também, o conjunto de princípios ou regras avaliados com rigor e consciência crítica. Isto significa que a *ética* procura desenvolver uma rigorosa avaliação sobre o que é o bem e o que é o mal, preocupando-se em indicar quais os caminhos realizam o homem enquanto agente de bem. Assim, se a *moral* indica os costumes de um determinado grupo – fundamentando, inclusive, o seu direito – a *ética* também questiona e teoriza sobre o que é justo, sobre o agir adequado a uma determinada situação, na qual se realize o bem e se evite o mal.

Enquanto um conjunto de normas, a *ética* indica ou sugere o modo adequado de comportamento em vista da realização do bem e da felicidade humana. Tem por objeto a elaboração de uma teoria crítica sobre a conduta humana a partir de uma determinada idéia de bem. Por outro lado, além disso, cabe à *ética* a análise do conjunto das condições necessárias para que a experiência da eticidade possa, em absoluto, ocorrer.

Assim, enquanto a *moral* está associada ao agir concreto, a *ética* vincula-se também à teorização sobre os valores e a vida morais,

discutindo basicamente a questão do bem e do mal. Em outras palavras: enquanto a moral envolve a prática, a ética pode referir tanto à prática, quanto à teoria sobre a mesma.²⁶

Gabriel Chalita, escrevendo sobre os *dez mandamentos da ética*, a respeito de um deles – *praticar as virtudes* –, fala, com propriedade, sobre a *verdade*:

Verdadeiro e falso são atributos que dizem respeito a quase todo tipo de afirmação que pode ser feita a respeito da realidade em que vivemos e das coisas que pensamos.

(...)

Obviamente, é difícil determinar em que situação uma mentira pode ser ética, mas pode acontecer.

(...)

Se alguém dá abrigo a um injustiçado perseguido político, pode ser lícito ocultar o paradeiro dessa pessoa se a polícia o buscar, pois essa atitude poderá ser a diferença entre viver ou morrer, para o indivíduo. No entanto, é bastante claro que a ética exige de todos um amor incondicional à verdade.

No entanto, quando se trata de falar sobre a conduta individual no que diz respeito àquilo que cada pessoa é capaz de fazer e, em suma, àquilo que cada pessoa é, dizer a verdade pode ser um ato realizado de modos extremos, ou com deficiência moral, ou com sinceridade, que é uma forma de excelência moral.²⁷

E, no campo dessas virtudes traçadas por Chalita é que se aproximam *verdade e boa-fé*, ambas refutando a mentira. Neste particular, irreprensíveis as colocações do André Comte-Sponville, ilustre professor-doutor de filosofia na Universidade de Paris I (Pantheon-Sobonne):

O que é a boa-fé? É um fato, que é psicológico, e uma virtude, que é moral. Como fato, é a conformidade dos atos e das palavras com a vida interior, ou desta consigo mesma. Como virtude, é o amor ou o respeito à verdade, e a única fé que vale. Virtude *altheiagal*, porque tem a própria verdade como objeto.

Não, claro, que a boa-fé valha como certeza, nem mesmo como verdade (ela exclui a mentira, não o erro), mas eu o homem de

²⁶ HRYNIEWICZ, Severo. *Para Filosofar Hoje*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 123 e 124.

²⁷ *Os Dez Mandamentos da Ética*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2003, p. 99, 100 e 101.

boa-fé tanto diz o que acredita, mesmo que esteja enganado, como acredita no que diz. É por isso que a boa-fé é uma fé, no duplo sentido do termo, isto é, uma crença ao mesmo tempo que uma fidelidade. É crença fiel, e fidelidade no que se crê. Pelo menos enquanto se crê que seja verdade.

(...)

A boa-fé é essa virtude que faz da verdade um valor (isto é, já que não há valor em si, um objeto de amor, de respeito, de vontade...) e a ela se submete.

(...)

O que é um homem verídico? É aquele, explicava Aristóteles, que ‘ama a verdade’ e que por isso recusa a mentira, tanto por excesso como por falta, tanto por fabulação como por omissão (...). Uma virtude? Claro: ‘em si mesma, a falsidade é coisa baixa e repreensível, e a sinceridade coisa nobre e digna de elogio’.

(...)

A boa-fé exclui então toda mentira? Parece que sim, e quase por definição: como se mentiria de boa-fé? Mentir supõe que se conheça a verdade, ou que se creia conhecê-la, e que se diga deliberadamente outra coisa que não o que se sabe ou o que se crê. É isso que a boa-fé proíbe ou recusa. Ser de boa-fé é dizer o que se pensa ser verdadeiro: é ser fiel (em palavras ou atos) à sua crença, é submeter-se à verdade do que se é ou se pensa. Toda mentira seria, pois, de má-fé, e por isso condenável.²⁸

O que dizer, então, da ética no Direito? Responde-nos Nilson Reis, eminente Desembargador do eg. TJMG, em profícuas lições de magistrado experiente:

A deontologia forense é a teoria dos deveres, razão por que contém normas éticas que devem ser inflexivelmente respeitadas pelo profissional no exercício da nobre profissão, que leva o direito da parte, como semente, para buscar a prestação jurisdicional, com o desate do processo, proporcionando a solução do conflito e, conseqüentemente, a proclamação do direito emergente do que está discutido, em contraditório e ampla defesa, nos autos processuais.²⁹

²⁸ *Pequeno Tratado das Grandes Virtudes*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 213, 217, 218 e 219. Vale registrar que este magnífico livro me veio às mãos como presente do insigne Magistrado do TJMG, Des. Geraldo Augusto, amigo, exemplo de julgador e homem realmente ético.

²⁹ Ética e Moral. In *Amagis Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, Ano I, Número 2 – Jul. a Dez. de 2009, p. 186.

Dessarte, como não poderia deixar de ser, também o processo está amalgamado à ética, inclusive o processo penal, porque não? Descabido dizer que a falta de norma positivada no CPP inviabilizaria tal raciocínio, porquanto dito Diploma

admite interpretação extensiva e aplicação analógica para a lei processual penal, assim como complemento dos princípios gerais de direito. Assim, toda a normatividade processual civil também serve como suprimento ao processo criminal. Existe, hoje, uma verdadeira teoria geral do processo, abrangente de todas as modalidades desse instrumento.³⁰

Daí podermos nos valer da lição do eminente Desembargador paulista José Renato Nallini, para quem

existe um princípio de probidade no processo, encarado como estrutura cooperatória, em que de todos se reclama atuação de boa-fé.

(...)

O processo é uma luta civilizada. Ela deve ser um correto instrumento na realização da justiça. Para isso, os Códigos já contêm capítulo próprio de deveres das partes e de seus procuradores. São, antes, deveres éticos, depois convertidos em norma jurídica. Dentre eles, o dever da verdade, o dever da lealdade e boa-fé, o dever de fundamentação das pretensões, o dever de produzir provas úteis, o dever de comparecer a juízo, o dever de comportar-se convenientemente, o dever de não atentar contra a dignidade da justiça, o dever de urbanidade e muitos outros.

A postura ética é pressuposta a todos os protagonistas da cena judiciária: partes, operadores jurídicos e representante do Estado-Juiz. Na verdade, é difícil reclamar-se comportamento tal a alguém chamado a juízo, exatamente por haver falhado no cumprimento de seus deveres. Mas, no momento em que a controvérsia é entregue à apreciação do Estado, conduzir-se eticamente é norma cogente, que pode acarretar sanções de vária ordem ao seu infrator.

Os deveres éticos no processo abrangem tanto o processo civil como o processo penal e até o administrativo.³¹

Em estribilho, as lições do grande professor José Carlos Barbosa Moreira:

³⁰ NALLINI, José Renato. *Ética Geral e Profissional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 95 e 96, nota de rodapé n. 67.

³¹ Idem, p. 95.

A parte, desculpem a redundância, é necessariamente parcial, por isso ela é parte, mas nem por isso fica autorizada a proceder como melhor lhe pareça em quaisquer circunstâncias, sem observar limite algum. A parte tem, segundo a lei processual, o dever de veracidade. Isto está escrito expressamente no art. 14 do nosso CPC. São deveres das partes e de todos aqueles que, de alguma forma, participam do processo.³²

Redunda disso, consoante palavras de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, que

o comportamento ético dos personagens do processo coloca-se em posição de destaque. Isso por uma razão muito simples: se o processo é composto de pessoas, não só aquelas que formam a relação jurídica processual, mas, também, de tantas outras que contribuem para o seu desenvolvimento, é evidente que o comportamento, o modo como elas atuam, será absolutamente fundamental. Enfim, de nada terá valido o processo, como instrumento de trabalho estatal para realização da justiça, se os personagens do processo não direcionarem as suas atividades para os fins almejados, pois, como afirmava Platão, 'não pode haver justiça sem homens justos'. Daí a importância do aprofundamento do estudo da ética.³³

Nessa vereda, o novo Desembargador carioca Paulo Rangel chega a afirmar, com razão, que

a verdade processual deve ser vista sob um enfoque da ética e não do consenso, pois não pode haver consenso quando há vida e liberdade em jogo, pelo menos enquanto estiver comprometido com o outro como ser igual a nós, por sua diferença. A verdade obtida consensualmente somente terá validade se o for através da ética da alteridade (do latim alter 'outro') + -(i)dade: qualidade do que é do outro).³⁴

Certo. Mas, e se a despeito de tudo o que foi exposto, revelar-se do contexto probatório que o réu mente? Que consequências adviriam disso? Nenhuma?

³² Ética e Justiça. Artigo publicado na *Revista da EMERJ* (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro), v. 8, n. 29, p. 23.

³³ A ética e os personagens do processo. In *Processo Civil – Novas Tendências – Homenagem o Professor Humberto Theodoro Jr.* – Fernando Gonzaga Jayme *et alli* (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 559.

³⁴ *Direito Processual Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 7.

Poder-se-ia defender a aplicação do art. 14, I, do Código de Processo Civil, inclusive com a aplicação de multa por litigância de má-fé (arts. 17, I; 18 e 35, CPC) em colmatção de hiato do Diploma Processual Penal, tudo com arrimo no art. 3º deste *Codex*. Todavia, alguém poderia questionar, com aparente razão, que a imposição de multa no processo penal dependeria de norma expressa no CPP, tal qual existe nas hipóteses dos arts. 265 e 219 deste Estatuto.

Assim, a razão parece estar com Vladimir Aras, segundo quem as consequências incidirão quando da aplicação da pena, no exame das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP pelo Juiz. Confira-se:

Ao proferir a sentença condenatória, o juiz deve averiguar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e ali terá ensejo para repreender com mais rigor o réu mendaz, o mentiroso contumaz, o enganador. Esse deve merecer pena-base superior à daquele réu que silencia ou à daquele que sustenta sua versão fática sem recorrer a mentiras escandalosas ou a outras fabulações dolosas. Entre as circunstâncias do art. 59 do CP estão a personalidade do agente e sua conduta social. A mentira pode ser um dado revelador da personalidade distorcida do acusado ou pode ser fator identificador de uma conduta *antissocial*, de modo que, nesses casos, o juiz estará autorizado a fixar a pena-base acima do mínimo legal (CP, art. 59, II).

(...)

Não há defesa realmente ampla sem a possibilidade de o réu silenciar ou de o acusado opor-se à colaboração com a persecução criminal. Todavia, o *privilege against self-incrimination* não faculta ao acusado a mentira, não lhe permite menoscabar da seriedade de um julgamento criminal de um julgamento no qual, em regra, estão em jogo direito de terceiros, o direito da vítima à indenização pelo ato ilícito, o direito da família da vítima a uma resposta penal, o direito da sociedade a um julgamento justo e equilibrado e o direito à verdade reparadora dos dramas do crime.

(...) A verdade é sempre um lenitivo e sua tutela pelo Estado, em prol da sociedade e dos cidadãos atingidos pelo delito, nada tem de totalitária. A mentira atrapalha ou impede a descoberta da verdade, ao passo que o direito ao silêncio, sempre intangível, é indiferente, porque não causa dano a terceiros, nem prejudica a tarefa probatória do Estado, uma vez que, na ação penal pública, o ônus é sempre do Ministério Público.

A administração da justiça não pode ficar à mercê dos jogos verbais e da inventividade do acusado, sob pena de ver-se desmoralizada,

desprestigiada e ridicularizada. Mais grave do que a exposição do Judiciário ao ridículo pela aceitação de uma versão fantasiosa, são as conseqüências de uma decisão fundada em mentiras, engodos e falsidades. Perde a sociedade a confiança no sistema judicial e perdem as vítimas o direito à reparação pelo crime, o direito à verdade e o direito à justiça.

Nenhuma lei ou princípio constitucional assegura ao acusado o direito de mentir. O Direito caminha de mãos dadas com a Moral. Toda mentira é um desvio ético, mais ou menos reprovável. Moralmente, a mentira tem por fim enganar. Juridicamente, a mentira é reprovável, porque sempre pode prejudicar outrem. Embora tratada como um evento de menor importância por grande parte da doutrina, a mentira processual do acusado não é um indiferente jurídico. Poderá ser um ilícito civil na forma do art. 187 do Código Civil. Poderá também ser um crime.

(...)

De mais a mais, da leitura do art. 5º da Constituição brasileira, não se extrai o direito de mentir. Por igual, entre as garantias judiciais do art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica não está essa faculdade de agir qual Pinocchio diante de um juiz simplório. Na Convenção Americana de Direitos Humanos lê-se o direito de silenciar, de não colaborar com a justiça, mas não o de atrapalhar a produção da prova, falseá-la, desviar os esforços do Estado (em prol da vítima e da sociedade) para apuração de ‘estórias’ e contos da carochinha.

Assim, no seu interrogatório, o acusado poderá sempre silenciar, mas não poderá mentir. A mentira não é cabível no interrogatório de mérito, nem no interrogatório de qualificação.³⁵

Tem plena razão o autor. Das garantias constitucionais de ampla defesa e de não produzir prova contra si próprio não resulta a garantia do direito de mentir no decorrer do processo, mesmo porque também é princípio de estatura constitucional o *devido processo legal* que, se conspurcado pela mentira do réu, deixa de ser devido, posto que pode restar comprometida a efetiva tutela jurisdicional. É inadmissível que um mitômano comprometa todo um trabalho desenvolvido pelo Estado, com seus policiais em diligência, pelo Ministério Público com a denún-

³⁵ A mentira do réu e o art. 59 do CP. In *Garantismo Penal Integral – Questões Penais e Processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella (Coord.). Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 252 a 255.

cia e pelo Judiciário com o processo – o que custa muito caro –, sob a máscara da ampla defesa. Sim, isto é um *direito* do acusado, mas que não pode ser exercido abusivamente, mesmo porque o *abuso de direito*, na ordem jurídica brasileira, tem natureza de *ato ilícito* (CC, art. 187).

Nesta primeira fase de aplicação da pena, então, pode o Juiz sopear negativamente a circunstância judicial da *personalidade*.

Conquanto se tenha entendido que tal circunstância toca muito mais “aos ramos da psicologia, da psiquiatria, da biologia, do que a ciência do direito, uma vez que se deve mergulhar no interior do agente e buscar se avaliar sua maneira de ser, de agir, de viver, de se apresentar ao mundo exterior”³⁶, não se pode deixar de notar ser possível aferir dos dizeres do réu alguns “elementos da personalidade”, sejam eles “positivos”, como a “franqueza” e a “honestidade”, ou “negativos”, como a “insinceridade” e a “desonestidade”.³⁷

Dessa forma, não se estará infligindo ao réu uma multa pela sua inverdade, à míngua de previsão legal expressa (o que é um raciocínio razoável, mas questionável, face ao precitado art. 3º, do CPP), mas, por outro lado, não se estará fazendo ouvidos moucos à mentira, deixando-a inconsequente. Este parece ser o caminho correto.

5. CONCLUSÃO

O que redundo do exposto é que defesa é uma coisa, silenciar é outra. A defesa engloba o direito ao silêncio, que é uma abstenção, um *não dizer*. Indagado, pode o réu ficar quieto, defendendo-se, sem que isso possa gerar-lhe qualquer presunção de culpabilidade. Porém, mentir, distorcer a verdade, dizer a não verdade, sob o pretexto de se defender, sob o manto do direito de silêncio e de ampla defesa, em prejuízo de todo um trabalho pela procura da verdade, em desprezo pela dor das vítimas (sim, pois o crime faz vítima toda a sociedade) e em total inobservância dos mínimos contornos éticos de que deve cercar-se o processo, é manobra que não pode ser aceita, sob pena de

³⁶ SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória – Aspectos práticos e teóricos à elaboração*. Salvador: Jus Podivm, 2006, p. 40.

³⁷ É o que se lê em NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 187.

se relegar ao limbo todo o manancial deontológico de que deve estar lastreado o processo. Se silêncio e ampla defesa são princípios de envergadura constitucional, também o é o devido processo legal. E não cabe falar devido processo legal, se o mesmo foi cercado de mentira. Aliás, com a mentira, o processo legal deixa de ser devido.

O processo penal, pelo fato de lidar com a liberdade das pessoas, não vai ao ponto de admitir a defesa a qualquer custo. Se a lei resguarda o silêncio, que seja resguardado sepulcralmente *o silêncio!* Contudo, a mentira não pode ser tolerada. Quer o réu se defender sem confessar, que fique silente. Isso não vai e não pode torná-lo culpado. Agora, mentir é que não pode. Melhor dizendo: pode, mas devem incidir severas consequências processuais penais, sob pena de se cancelar fazer do processo um campo sem regras, o que não tem cabimento.

Se o Poder Judiciário ainda é tido como uma reserva moral do Estado, cabe a nós, Juízes de Direito, manter essa bandeira hasteada, inclusive fazendo que, no processo, sejam respeitados padrões éticos mínimos, como a verdade. Advogados e Defensores escrupulosos também devem contribuir para isso, não sendo éticos aqueles que orientam seu cliente mentir.

Enfim, se o processo pudesse ser visto como um jogo, que o fosse como o xadrez, em que se usa a estratégia, mas não como o pôquer, em que o blefe é admitido. A mentira não é estratégia, é blefe, é engodo, é inverdade, é má-fé, antiética, enfim, é inadmissível. E cabe ao Juiz coibi-la com rigor.

4

DESAFIOS E TRANSFORMAÇÕES DA HERMENÊUTICA CONTEMPORÂNEA

Fernando Armando Ribeiro

1. INTRODUÇÃO

O estudo do Direito é uma constante procura. Procura-se pelo sentido da Constituição, pela Justiça. Procura-se muitas vezes sem saber ao certo as feições do que se está a buscar. Procura-se frequentemente apenas no silêncio do texto como se ele tudo soubesse e a tudo respondesse.

Todavia, o Direito não é somente aquilo que consta dos textos de leis e Códigos. Os textos legais apenas trazem ordens de conduta na sociedade, aptas a regular relações intersubjetivas. Por conseguinte, a procura do Direito no texto legal implica no encontro de um Direito mudo, aplicado como a desconsiderar o sujeito que interpreta sem saber a que serve, desconsiderando a pluralidade normativa e a abertura de um sistema que é também principiológico.

Considerando que tudo que é apreendido e representado pelo sujeito cognoscente remete a um processo hermenêutico e que o mundo vem à consciência pela palavra, sendo a linguagem já a primeira interpretação, a hermenêutica torna-se inseparável da vida humana e, por conseguinte, do próprio Direito. Portanto, o Direito depende da mediação hermenêutica. Sem hermenêutica, não há Direito, apenas textos normativos. No Direito, por intermédio do discurso se exprime o válido e o não válido, o razoável e o não razoável, o que corresponde à dignidade da pessoa humana e o que a nega ou ignora, e para tanto sempre se está envolvido em uma dimensão hermenêutica.

Investigar e refletir a aplicação do Direito no paradigma do Estado Democrático de Direito e no contexto do pluralismo exige o reconhecimento da inevitabilidade do trabalho de recriação crítica dos textos normativos. Neste sentido, a Hermenêutica Filosófica desenvolvida por Hans-Georg Gadamer pode revelar-se fecunda e imprescindível ao estudo do Direito, demonstrando a sua inevitável compreensão enquanto diálogo crítico e reflexivo com a tradição.

2. A TEORIA CLÁSSICA DA INTERPRETAÇÃO

Historicamente, a hermenêutica penetrou de forma gradativa no domínio das ciências humanas e da filosofia, adquirindo com o advento da modernidade diversos significados. O modelo hermenêutico desde a escolástica até o sistema histórico-evolutivo consistiu, em linhas gerais, no estudo da sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões. Por conseguinte, a hermenêutica jurídica no sentido tradicional busca o sentido da *verba legis* por intermédio de métodos e técnicas de interpretação da lei. Uma teoria da interpretação.

Esta concepção da hermenêutica clássica no Direito é performativamente representada pelo pensamento de Francesco Ferrara, jurista italiano de 1921, cuja obra revela o entendimento de uma hermenêutica normativa que muita confiança deposita nos métodos interpretativos. Ferrara assevera que o intérprete tem apenas o papel de mediador entre a lei e o fato. Para ele, “a missão do intérprete é justamente descobrir o conteúdo real da norma jurídica” (FERRARA, 2003: 24).

No Direito brasileiro, esse pensamento hermenêutico normativo se personificou no nome de Carlos Maximiliano, que assim ensinava:

A hermenêutica jurídica tem por objetivo o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. (...) Para aplicar o Direito se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em suma, **o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém**: é o que se chama interpretar. (MAXIMILIANO, 1999: 1).

Interpretar é descobrir o sentido e o alcance da norma, procurando o significado dos conceitos jurídicos. A hermenêutica é a técnica. Deste modo, existem regras que o intérprete deve seguir, as quais se manifestam e se multiplicam nos chamados métodos de interpretação. Poderiam tais métodos levar à vontade do legislador, ou à vontade da lei, ou ainda ao estabelecido pela livre convicção do juiz? Não importa, o relevante é que, para esses autores, a grande contribuição da hermenêutica seria fornecer os métodos de interpretação que mostrariam o significado das normas.

3. A APLICAÇÃO DO DIREITO SOB O PRISMA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE GADAMER: UMA CONTRIBUIÇÃO AO DIREITO

As inconsistências e fragilidades de tais concepções teóricas têm, todavia, sido ignoradas por uma parcela da comunidade jurídica, que ainda insiste em aplicar irrefletidamente postulados advindos do paradigma da metódica jurídica, como, por exemplo, o de Carlos Maximiliano. Como acentua Lênio Streck (2004: 39), a hermenêutica enquanto técnica, saber operacional, domina no campo jurídico uma vez que o pensamento dogmático do Direito crê na existência de uma subjetividade instauradora do mundo que possibilitaria a “interpretação correta”, o “exato sentido da norma”. Tal compreensão jaz sob o paradigma da filosofia do sujeito, partindo da concepção de que é no sujeito que reside a verdade. Nas palavras de Lênio Streck:

(...) as práticas hermenêutico-interpretativas vigorantes/hegemônicas no campo de operacionalidade – incluindo aí a doutrina e a jurisprudência – ainda estão presas à dicotomia sujeito-objeto, carentes e/ou refratários à viragem lingüística de cunho pragmatista-ontológico ocorrida contemporaneamente, onde a relação passa a ser sujeito-sujeito. Dito de outro modo, no campo jurídico brasileiro a linguagem ainda tem um caráter secundário, uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto, enfim, uma espécie de instrumento ou veículo condutor de ‘essências’ e ‘corretas exegeses’ dos textos legais (STRECK, 2003: 18).

Mas, por que ainda impera no campo do Direito o paradigma da filosofia do sujeito? Um dos motivos é, certamente, a resistência que

se opõe às novas ideias. Não obstante, conforme expõe Souza Cruz (2006: 3), o exame dogmático dos textos legislativos se sustenta na incorporação das noções clássicas da divisão qualitativa dos poderes pela qual ao legislativo caberia uma ação de caráter volitivo, legando-se ao magistrado apenas a descoberta da vontade da lei ou do legislador. Vale lembrar ainda que, segundo Dalmo Dallari (1980: 95), o emprego dos vários modelos de interpretação confere ao intérprete o sentimento de isenção frente às injustiças que decorrem da lei, o que parece ser um tanto quanto cômodo. Além disso, acredita-se que a utilização das técnicas interpretativas pode conferir a tão aclamada segurança jurídica, pois limitaria o intérprete afastando-se assim as convicções teóricas próprias de cada indivíduo.

Todavia, a aplicação do Direito segundo os padrões dos métodos de interpretação implica a manutenção do que Tércio Sampaio denomina “mistério divino do Direito” remetendo ao “princípio de uma autoridade eterna fora do tempo e mistificante, conforme as exigências dos mecanismos de controle burocrático num contexto centralista” (FERRAZ JR, 1998: 178). É que a dogmática interpretativa não consegue atender as especificidades das demandas originadas de uma sociedade complexa e conflituosa na qual o crescimento dos direitos trans-individuais e a crescente complexidade social reclamam novas posturas dos operadores jurídicos (STRECK, 2003: 17).

É que, como acentua Marcelo Galuppo, a organização e a conformação jurídica do dissenso, do pluralismo, consubstanciado inclusive na Constituição Federal de 1988, depõe em desfavor de um pensar pronto e acabado acerca das regras jurídicas (GALLUPO, 2001: 59). Nesse sentido, a ideia de um sistema fechado mantido pelas técnicas interpretativas é refratária ao Estado Democrático de Direito mesmo porque a ideia de se monopolizar o objeto do conhecimento, de representá-lo como ele realmente é em si mesmo, exprime o desejo de adquirir o poder do objeto, o poder de dizer a norma. Exige-se, no contexto do Estado Democrático do Direito, um “pensar problematizador” no qual a ideia de um sistema fechado, rigoroso e prévio seja afastada em prol de um uma reconstrução dialógica que reivindica o caso concreto.

Ante as constatações de que o horizonte tradicional da “hermenêutica” técnica se revela cada vez mais insuficiente para o desiderato da interpretação jurídica, os pressupostos teórico-científicos, metodológicos e também filosóficos da Ciência do Direito postos em evidência pela Hermenêutica de Gadamer necessitam ser estudados e aprofundados.

Pela teoria hermenêutica de Gadamer a questão interpretativa deixa de colocar-se enquanto um problema metodológico, ou de simples técnica, para ser condição de possibilidade, à medida que a interpretação não é concebida como um meio de conhecer, mas como um modo de ser. A partir da obra *Verdade e Método*, a pergunta pelo sentido do texto jurídico é uma pergunta pelo modo como este sentido se dá, qual seja, pelo ser que compreende e pelos horizontes de sentido. Assim, as questões levantadas por Gadamer atingem profundamente os marcos teóricos e/ou práticos da Ciência do Direito. Os métodos interpretativos ainda tão em voga no estudo do Direito não conseguem filtrar a situação hermenêutica do intérprete. No próprio modo de utilizar-se dos métodos interpretativos já se manifesta aquele que se propõe a deles lançar mão. Ressalte-se, todavia, que a Hermenêutica de Gadamer não pretende negar que o Direito possui uma delimitação de sentido. Ele próprio esclarece que:

A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do Direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na idéia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa de conjunto (GADAMER, 1998: 489).

Considerando o Giro Hermenêutico operado por Gadamer, pode-se dizer que o intérprete é produto da linguagem, que envolve os pré-conceitos advindos da tradição. A linguagem em Gadamer é pensada a partir de uma reflexão da filosofia analítica, tendo como aporte teórico, mais especificamente, a teoria dos atos de fala de Austin. Apreciando os estudos de Austin, Gadamer afirma que “a linguagem é o médium universal em que se realiza a própria compreensão”. Só pela linguagem se pode compreender, salientando que não se entende

por linguagem apenas a descrição dos objetos. É pela linguagem que se compreende, na medida em que é através dela que se relacionam velhas descrições com outras novas, portanto, é por meio dela que se cria e age (GADAMER, 1998: 566).

É isso que permitirá a Gadamer entrelaçar a dialeticidade intrínseca à relação entre pensamento e fala, como conversação, na dialética da pergunta e da resposta pertinente a interpretação de qualquer texto. Neste sentido, chega o autor a dizer que “a lingüisticidade da compreensão é a concreção da consciência da história efetual” (GADAMER, 1998: 567). Não apenas a tradição, mas a própria compreensão tem natureza linguística, portando, pois, uma relação fundamental com a lingüisticidade. Como diz Gadamer, o próprio mundo “é o solo comum, não palmilhado por ninguém e reconhecido por todos, que une a todos os que falam entre si. Todas as formas da comunidade de vida humana são formas de comunidade lingüística, e, mais ainda, formam linguagem” (1998: 647). A mundanidade linguística do mundo em que desde sempre já nos movemos constitui então condição de todas as nossas concepções. Não há um ponto de observação fora da história, assim como não há história sem linguagem. Compreende-se aí o caráter especulativo inerente à linguagem, na medida em que suas palavras não copiam o ente, mas deixam vir à fala uma relação com o todo do ser.

Se a compreensão é lingüisticamente mediada, essa mediação é feita através de pré-compreensões. Nos termos de Gadamer, “não existe compreensão que seja livre de toda pré-compreensão, por mais que a vontade do nosso conhecimento tenha de estar sempre dirigida, no sentido de escapar ao conjunto de nossas pré-compreensões” (GADAMER, 1998: 709). A pré-compreensão seria uma antecipação prévia e difusa do sentido do texto influenciado pela tradição em que se insere o sujeito que o analisa. Noutros termos, é o produto da relação intersubjetiva que o hermeneuta tem no mundo. A pré-compreensão é parte formadora da própria compreensão, constitui ontologicamente a compreensão. Deste modo, como assevera Pereira não existe “possibilidade de compreender que se forme à margem do conjunto difuso de pré-compreensões advindas do horizonte histórico em que se situa o sujeito” (PEREIRA, 2001: 28).

Portanto, a situação hermenêutica do homem já o encaminha a um objeto com um certo olhar. O fenômeno sempre é visto de forma mediada, é sempre representado. Não se conhece algo em sua plenitude, mas sempre algo enquanto algo.

Não obstante, Gadamer ressalta que o horizonte histórico não significa enclausuramento, mas abertura. Como coloca Pereira, a consciência do horizonte histórico permite melhor vislumbrá-lo rumo a um padrão mais correto (2001: 28). Pela noção do horizonte histórico chega-se à consciência da múltipla possibilidade de sentidos em que se reconhece “uma constante mobilidade de significados cambiantes em função de cada época” (PEREIRA, 2001: 44).

Neste sentido, pertinentes são as considerações de Souza Cruz, que, aludindo ao giro linguístico, explica que, como fruto da linguagem social o “magistrado deve deixar de contar apenas consigo mesmo (ou com o consolo de que sua decisão, em caso de erro, poderá ser revista pelo tribunal/instância superior)” (SOUZA CRUZ, 2001: 232). Como fruto da linguagem social o magistrado conta com todos os seus pré-conceitos, desde suas mais remotas experiências (conscientes ou não), de sua formação humana e jurídica, até os elementos probatórios que se deram no curso regular do processo, argumentação das partes etc. A compreensão do juiz não se dá em solidão, ou seja, dele para com ele mesmo e exclusivamente a partir dele, pois ocorre num processo jurisdicional em que é precípua o contraditório e a ampla defesa. Tanto o autor quanto o réu ao se manifestarem no processo em simétrica paridade participam da interpretação-compreensão-aplicação (lembrando que não constituem momentos distintos) da lei expressa no provimento final do juiz. Portanto, no momento de produção do provimento jurisdicional as partes, o dito e o contraditado, já aportam para o provimento jurisdicional uma série de pré-compreensões, as quais densificam a possibilidade de sentido normativo para muito além de uma suposta moldura das normas.

Assim, o revelar da atividade interpretativa enquanto indissociável da pré-compreensão do intérprete, impõe-se à exigência de que o processo de interpretação seja aberto. Neste sentido, torna-se ainda mais imprescindível a necessidade daqueles que são legitimados, de participarem do processo para que venham a ser consideradas as suas

próprias pré-compreensões, uma vez que sofrerão as consequências da compreensão/aplicação que se fizer da norma.

A lei, o processo e toda formação jurídica e de vida do hermenauta compõem suas pré-compreensões, à qual se fundem as novas leituras do texto legal que se seguirão, bem como a análise do caso concreto que surgir, as teses empregadas pelos advogados, num círculo hermenêutico onde o saber do Direito não se fecha. Dessa forma, os métodos de interpretação devem ser entendidos como uma orientação aberta, incumbindo a eles salientar os aspectos que o intérprete deve levar em conta, mas consciente de que eles não têm o poder de esvaziar a interpretação das pré-compreensões do intérprete. Neste sentido, para Gadamer a compreensão do Direito não significa apenas um projetar do intérprete em direção a um significado, mas precipua-mente a aquisição pela compreensão de novas e numerosas possibilidades tais como a interpretação do texto, as relações nele escondidas, as conclusões que dele advém (2003: 41).

Na esteira de Gadamer, o intérprete do Direito já acessa o texto normativo munido de certas possibilidades de sentido, das pré-compreensões que, longe de revelarem um subjetivismo ou relativismo na interpretação, situam-se como verdadeiras condições de possibilidade de toda compreensão. Nesse sentido, para uma hermenêutica jurídica de viés gadameriano, o juiz só decide por que encontrou o fundamento. Como qualquer intérprete, há um sentido que é antecipado ao juiz – advindo das pré-compreensões – e neste momento já se tem a decisão. Portanto, o julgador não decide para depois buscar a fundamentação, mas só decide porque já encontrou o fundamento, que neste momento é ainda uma antecipação prévia de sentidos tomada de pré-compreensões ainda não problematizadas. Obviamente, deve o magistrado testar e aprimorar o fundamento, e revê-lo a partir de uma racionalidade discursiva. É certo que muitas decisões parecem manifestar apenas o primeiro sentido, isto é, revelam tão somente a antecipação do sentido embebida pelas expectativas do juiz, sem maiores aprofundamentos. Daí advém o possível elo entre a hermenêutica e a teoria da argumentação. É que, se a decisão jurídica deve ser construída argumentativamente, não devem ser apenas as compreensões e pré-compreensões do Juiz que devem conformá-la. Para esses casos a parte que se sente prejudicada, acreditando não ter sido o direito

devidamente interpretado, pode valer-se do duplo grau de jurisdição, que encontra aí um de seus mais sólidos fundamentos.

É relevante explicitar que, numa leitura gadameriana, mesmo após o aprofundamento de sentido, não se pode falar de uma verdade na interpretação como se fosse um conhecimento fixo. Para Gadamer pode-se ter num dado momento uma melhor interpretação considerando a história efetual da norma, seu contexto, sua construção dialógica e processual. Todavia, esta interpretação não pode ser considerada como definitiva, uma vez que a interpretação acontece de forma circular e espiralada, em que a cada leitura, novos elementos e releituras fazem-na expandir.

Destarte, uma interpretação só pode ser melhor em relação a um dado contexto, e nesse sentido o caso concreto ganha relevo. O caso concreto que reflete uma nova situação na qual o intérprete (o juiz é antes de tudo um intérprete) tem que renovar a efetividade da norma. Tal efetividade não se consegue simplesmente na tentativa de reconstrução da intenção original do legislador mesmo porque é ela uma tentativa fadada ao fracasso, considerando que a pré-compreensão daquele que interpreta faz parte do processo interpretativo. Renovar a efetividade da norma significa que ante um caso concreto, isto é um novo objeto cognoscível, o horizonte do intérprete com todas as suas pré-compreensões (suas experiências de vida, seu estudo e vivência do Direito) funde-se com o horizonte legado pelas dimensões do próprio caso. E do inter-relacionamento do horizonte próprio do intérprete com o do caso concreto que nasce um novo, que, obviamente, como já pontuado, necessita ser aprofundado pelo intérprete sob risco de expressar equívocos e pré-conceitos inautênticos. Dessa forma, a pretensão reguladora da norma é apenas o início de todo um processo hermenêutico em que se tem a aplicação produtiva da norma, uma vez que a compreensão não é um simples ato reprodutivo do suposto sentido original do texto.

Não obstante, considerando o círculo hermenêutico, o intérprete do Direito não retorna da fusão com o caso concreto ou com o texto normativo da mesma forma que nele entrou, porquanto seus pré-conceitos originais podem se consolidar, modificar, ou mesmo outros serem instaurados. Destarte, a cada caso concreto, ou a cada nova

leitura do texto jurídico tem-se um novo intérprete, seja mais convicto de sua posição jurídica, seja dela reticente.

Portanto, ante o círculo hermenêutico tem-se um melhor intérprete do Direito. E melhor intérprete em termos gadamerianos remete à metáfora de amplitude na qual quanto mais descrições estiverem disponíveis e quanto maior a integração entre elas, melhor a compreensão do intérprete em relação ao objeto identificado por qualquer das descrições. Em termos mais gerais, compreender melhor o Direito é ter consciência efetiva da historicidade de sua aplicação, é ter mais a dizer sobre ele, é ser capaz de abrir-se para conjugar ditames normativos, institutos, experiências e teorias de uma maneira sempre renovada e ao mesmo tempo integrada a uma correta reconstrução da própria tradição.

4. O DESAFIO DE ENFRENTAR O VERDADEIRO SENTIDO DA INTERPRETAÇÃO

Em sua obra *Humano, demasiado humano*, de 1886 (2000: 98), pontuou Nietzsche que a ciência moderna tem por meta garantir ao homem o mínimo de dor possível. Parece-nos que, nos dias de hoje e na cena jurídica atual, tal proposição não é descabida. De fato, a Ciência do Direito ainda prefere pautar-se em técnicas interpretativas que supostamente evitam o sofrimento de seus operadores ao minimizar a sua carga de responsabilidade na concretização do Direito. Os métodos interpretativos impedem que o intérprete tome consciência de que ele próprio está também inserido na interpretação e, por conseguinte, pode contribuir seja para um maior ou menor nível justiça, para a perpetuação ou para a erradicação das mazelas do Direito. Não obstante, identificar hermenêutica com técnicas interpretativas evita que a sociedade sofra da dor de saber que as leis nem tudo abarcam, de que a decisão do juiz não é o resultado de um mero exercício de lógica formal. Assim, a Ciência do Direito evita a dor da insegurança jurídica, a dor de um intérprete que não está isento da interpretação, mas ao contrário, faz parte dela.

Entretanto, em nome do mínimo de dor possível encarnado sob o ideário da segurança jurídica, o Direito corre o risco de incorrer, como de fato tantas vezes já incorreu, em imperdoáveis injustiças. Assim, o

que tem sido assegurado pelo Direito, na realidade, é tão somente por vezes “segurança de imutabilidade”, por outras, ironicamente, “segurança da arbitrária mutabilidade”, e em ambos os casos tem-se uma “segurança” de duvidoso valor.

Investigar e refletir a partir de elementos da Hermenêutica de Hans-Georg Gadamer é tentar vislumbrar outro horizonte para a compreensão da aplicação do Direito, que muitas vezes não é o mais cômodo. Gadamer, ao tornar consciente a situação hermenêutica, a fusão de horizontes, a consciência histórica, atinge toda tentativa de um saber objetivo da situação, exatamente porque o intérprete já está inserido em seu interior. Assim, a hermenêutica jurídica de Gadamer traz ao intérprete a *angústia do estranhamento* (STRECK, 2004: 217), isto é, desenraiza aquilo que o Direito tendencialmente encobre.

Ante a aplicação do pensamento Gadameriano no Direito, muito se diz de suas consequências. Desaguar-se-ia num juiz monológico e em decisões solipsistas? Acreditamos que não e pensamos que a própria trama da historicidade reflexiva inerente à hermenêutica gadameriana já seria suficiente para eliminar tal acusação.

Dessa forma, não é negando o estudo de Gadamer para o Direito que se afastaria do Direito a sua sujeição às pré-compreensões, à fusão de horizontes e toda a realidade do processo de compreensão por ele trabalhado. A interpretação e a aplicação do Direito envolvem seres humanos que têm como condição principal a de se fazerem seres hermenêuticos. Gadamer constitui um relevante aporte teórico a ser considerado para se pensar a questão dos métodos clássicos de interpretação do Direito e sua insuficiência. Aponta para a necessidade de outro paradigma capaz de considerar questões como o relativismo jurídico e a consistência e adequabilidade das decisões. Assim, a desmistificação do fazer hermenêutico realizado por Gadamer constitui um proeminente aporte para uma reflexão crítica sobre a pré-compreensão rumo a uma reorientação teórica da aplicação do Direito, que abrange não só a investigação sobre os mecanismos de pré-compreensão, como também a influência de uma pré-compreensão irracional e ideológica sobre a escolha do método interpretativo da norma jurídica. Neste sentido, a preocupação da Hermenêutica Jurídica passaria a se focar naquilo que acentua Inocêncio Mártires Coelho:

Se não existe interpretação sem intérprete; se toda interpretação, embora seja um ato de conhecimento, traduz-se, afinal, em uma manifestação de vontade do aplicador do Direito; se a distância entre a generalidade da norma e a particularidade do caso exige, necessariamente, o trabalho mediador do intérprete, como condição indispensável ao funcionamento do sistema jurídico; se no desempenho dessa tarefa resta sempre uma insuprimível margem de livre apreciação pelos operadores da interpretação; se ao fim e ao cabo, isso tudo é verdadeiro, então o ideal de racionalidade, de objetividade e, mesmo de segurança jurídica, aponta para o imperativo de se fazer recuar o mais possível o momento subjetivo da interpretação e reduzir ao mínimo aquele resíduo incômodo de voluntarismo que se faz presente, inevitavelmente, em todo trabalho hermenêutico (COELHO, 1997: 13).

Através de Gadamer torna-se imperativa a consciência de que as pré-compreensões emergem a todo o momento, e é necessário um esforço demasiadamente grande, não abarcado pelo método, para não se tomar “as nuvens do erro pelo céu da verdade” (HEGEL, 1985: 41). Problematizando Gadamer o intérprete do Direito pode desvelar novos sentidos sobre o denso problema da interpretação, encarando de forma mais realista e menos abstrata a tarefa que se põe diante dele. Pode, assim, fazer-se mais consciente do novo Direito capaz de emergir a partir da hermenêutica. Não o novo que tenha a pretensão de marco zero ou ponto de chegada na história, mas aquele que se abre à interlocução, negação ou reconstrução. Pois é um legado da hermenêutica o assumir a condição humana, finita e histórica, como condição de possibilidade de toda compreensão.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUSTIN, John Langshaw. *Quando Dizer é Fazer – Palavras e Ação*. Tr. Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

DALLARI, Dalmo. *Constituição e Constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1980.

FERRARA, Francesco. *Como Aplicar e Interpretar as Leis*. Belo Horizonte: Líder, 2002.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonard, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. *O Problema da Consciência Histórica*. Org. Pierce Fruchon. Trad. Paulo César Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica Constitucional e Pluralismo. In: *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Coord. José Adércio Leite Sampaio e Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

HEGEL, G.W. Friedrich. *A Fenomenologia do Espírito*. Coleção os Pensadores. Tr. Henrique Cláudio de Lima Vaz, Orlando Vitorino e Antônio Pinto de Carvalho. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

HEIDEGGER, Martin. *Sobre o Humanismo*. Trad. Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1967.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, Demasiado Humano*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RIBEIRO, Fernando Armando. *Conflitos no Estado Constitucional Democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. Processo Constitucional e a Efetividade dos Direitos Fundamentais. In: *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Coord. José Adércio Leite Sampaio e Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

5

CUMPRIMENTO DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE EM MEIO ABERTO E AUSÊNCIA DE VAGAS EM CASAS DO ALBERGADO: UM ESTUDO SOBRE A SITUAÇÃO VIVIDA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gustavo Henrique Moreira do Valle

A ausência de vagas em casas do albergado no Estado de Minas Gerais – estabelecimentos penais destinados ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto e da pena de limitação de fim de semana, *ex vi* do art. 93 da Lei n. 7.210/84¹ – constitui fato público e notório, sendo prova maior disso a circunstância de haver, em todo o Estado, conforme se colhe do *site* da Secretaria de Estado de Defesa Social do Estado de Minas Gerais², apenas duas casas do albergado³, quais sejam, “Casa do Albergado José de Alencar Rogêdo – CAJAR”, situada na Rua São Sebastião, n. 148, Centro, Juiz de Fora, Minas Gerais, com capacidade para 72 (setenta e dois) albergados, e “Casa

¹ É interessante se destacar que a introdução do regime aberto na legislação penal brasileira, com a criação da “prisão-albergue, espécie do regime aberto”, se deu com a edição da Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977.

² Disponível em: <http://www.seds.mg.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=288&Itemid=>. Acesso em: 25 jun. 2009.

³ Destaca-se que há, no Estado de Minas Gerais, outras casas do albergado, decorrentes de convênios administrativos ou de iniciativas locais, mas que não integram a Secretaria de Estado de Defesa Social, de modo que, não fazendo parte, ao menos oficialmente, do sistema de execução de penas sob administração do referido órgão público, não estão sendo consideradas no presente estudo.

do Albergado Presidente João Pessoa – CAPJP”, situada na Rua Ribeirinho, n. 112, Bairro São Francisco, Belo Horizonte, Minas Gerais, com capacidade para 64 (sessenta e quatro) albergados.

Assim sendo, considerada essa evidente deficiência do sistema de execução de penas privativas de liberdade no Estado de Minas Gerais, buscamos, com o presente estudo, examinar qual deverá ser, neste Estado, e enquanto se mantiver a presente realidade, a forma de cumprimento das penas em meio aberto pelos reeducandos.

Inicialmente, quanto ao descumprimento, pelo Estado de Minas Gerais, do comando inserto no *caput* do art. 95 da Lei n. 7.210/84, no sentido de que haverá, em cada região, pelo menos, uma casa do albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras, é de se destacar que a própria Lei n. 7.210/84, em suas disposições finais e transitórias, estabeleceu que, no prazo de 06 (seis) meses, contados da publicação da referida Lei (ocorrida em 13 de julho de 1984), “deverá ser providenciada a aquisição ou desapropriação de prédios para instalação de casas de albergados” (§ 2º de seu art. 203), sendo que a sanção pelo descumprimento dessa norma foi estampada no § 4º do art. 203 da Lei n. 7.210/84:

O descumprimento injustificado dos deveres estabelecidos para as Unidades Federativas implicará na suspensão de qualquer ajuda financeira a elas destinada pela União, para atender às despesas de execução das penas e medidas de segurança.

Contudo, o fato é que não se tem notícia de suspensão de ajudas financeiras destinadas ao Estado de Minas Gerais pela União Federal, e isso por um fato bastante evidente: não há, ao menos no atual estágio, e consideradas as notórias dificuldades financeiras experimentadas por todos os Estados da Federação, nenhuma condição de se cumprir, integralmente, a Lei n. 7.210/84, sendo materialmente impossível ao Estado de Minas Gerais, sob a ótica financeira, a manutenção, em cada região, pelo menos, de uma casa do albergado.

Posta essa inafastável realidade, que não é só do Estado de Minas Gerais, estendendo-se para todo o Brasil, permanece a questão: inexistindo casa do albergado, como cumprirá a pena aquele reeducando que fizer jus ao regime aberto?

A questão, ao menos se examinada sob o ângulo objetivo, é polêmica.

No Supremo Tribunal Federal, o tema foi discutido, pelo Pleno, quando do julgamento do *Habeas Corpus* n. 68.012, oriundo do Estado de São Paulo, relator o Ministro Sepúlveda Pertence.

Nesse julgamento, o Supremo Tribunal Federal, por apertada maioria de 06 (seis) votos contra 05 (cinco), decidiu (relator para o acórdão o Ministro Celso de Mello) que não há, pelos reeducandos, na ausência de vaga em casa do albergado, direito ao cumprimento da pena em prisão-albergue domiciliar (julgamento finalizado em 19 de dezembro de 1990):

‘HABEAS CORPUS’ – REGIME PENAL ABERTO – PROGRESSÃO – INEXISTÊNCIA DE CASA DO ALBERGADO – PRISÃO-ALBERGUE DOMICILIAR – IMPOSSIBILIDADE FORA DAS HIPÓTESES ESTRITAS DO ART. 117 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – ORDEM DENEGADA. – NADA JUSTIFICA, FORA DAS HIPÓTESES TAXATIVAMENTE PREVISTAS NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL (ART. 117), A CONCESSÃO DE PRISÃO-ALBERGUE DOMICILIAR, SOB O FUNDAMENTO DE INEXISTÊNCIA, NO LOCAL DE EXECUÇÃO DA PENA, DE CASA DO ALBERGADO OU DE ESTABELECIMENTO SIMILAR. – A NORMA LEGAL CONSUBSTANCIADA NO ART. 117 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL INSTITUI SITUAÇÕES SUBJETIVAS DE VANTAGEM, QUE APENAS BENEFICIAM AQUELES SENTENCIADOS CUJAS CONDIÇÕES PESSOAIS ESTEJAM NELA PREVISTAS. CONSTITUINDO REGRA DE DIREITO SINGULAR, TORNA-SE ELA INEXTENSÍVEL E INAMPLIÁVEL À SITUAÇÕES OUTRAS QUE LHE SEJAM ESTRANHAS. – AS NORMAS LEGAIS POSITIVADORAS DO REGIME PENAL ABERTO REVESTEM-SE DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO E SÓ INCIDIRÃO PLENAMENTE, INCLUSIVE PARA EFEITO DE DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO DA PRISÃO-ALBERGUE, A PARTIR DO MOMENTO EM QUE SE TORNE MATERIALMENTE POSSÍVEL, COM A EXISTÊNCIA DE CASA DO ALBERGADO OU DE ESTABELECIMENTO SIMILAR, A EXECUÇÃO DA PENA NESSE REGIME.

Contudo, nesse julgamento, notáveis Ministros restaram vencidos: Ministro Sepúlveda Pertence; Ministro Marco Aurélio; Ministro Paulo Brossard; Ministro Célio Borja; e Ministro Aldir Passarinho.

Com o brilho que lhe é costumeiro, o Ministro Sepúlveda Pertence, nesse julgamento, assentou, em seu voto:

Data venia, o art. 117 cuida, sim, de exceções ao recolhimento noturno do condenado à casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, que, este sim, é a regra geral do regime aberto de cumprimento da pena.

Não, definitivamente não – permitam-se a ênfase – de exceção ao recolhimento à prisão comum do condenado a que se reconheceu o direito à progressão para o regime aberto.

Este recolhimento à prisão comum não pode ser a regra geral, em relação à qual as hipóteses do art. 117 LEP, constituíssem as exceções, precisamente porque não pode ser regra geral o que é contrário à própria definição legal do regime de cumprimento da pena a aplicar-se.

Ainda nesse julgamento, é de se destacar indagação veemente, feita pelo Ministro Aldir Passarinho em seu voto:

Ora, se já possui o sentenciado aquelas condições pessoais de índole objetiva e subjetiva que lhe permitem ficar no regime aberto, porque devemos deixá-lo sem essas possibilidades de sustento e de ressocialização, mantendo-o em regime mais rigoroso, se a culpa é do Estado em não possuir a Casa do Albergado, quando lhe podemos proporcionar, dentro do regime aberto, a prisão domiciliar, na qual poderá trabalhar e ressocializar-se, já que lhe foi reconhecido encontrar-se em condições para que tal ocorra?

No Superior Tribunal de Justiça, a questão já foi, por diversas vezes, enfrentada, sendo que a orientação jurisprudencial dominante, naquele sodalício, pode ser exemplificada por meio desta ementa:

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. REGIME ABERTO. AUSÊNCIA DE VAGA EM CASA DE ALBERGADO. CUMPRIMENTO DA PENA EM PRISÃO DOMICILIAR ATÉ A DISPONIBILIZAÇÃO DE VAGA. POSSIBILIDADE.

1. **A teor do entendimento desta Corte, admite-se a concessão da prisão domiciliar ao apenado**, cumprindo pena em regime aberto, que se enquadre nas hipóteses do art. 117 da Lei de Execução Penal ou, excepcionalmente, como no caso em tela, **quando se encontrar cumprindo pena em es-**

tabelecimento compatível com regime mais gravoso, por inexistência de vagas em casa de albergado.

2. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ, 5ª Turma, REsp 919661 / RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 28.02.08, unânime)

Por fim, no âmbito do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, a jurisprudência ainda não se encontra pacificada, como se vê pelo cotejo exemplificativo destas duas ementas de julgados:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – REGIME ABERTO – AUSÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO PRÓPRIO – PRISÃO DOMICILIAR – POSSIBILIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO. A ausência de estabelecimento adequado para a satisfação da pena no regime aberto possibilita a concessão provisória de prisão domiciliar. O cumprimento da pena em regime mais gravoso do que o determinado colide com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da legalidade e da individualização da pena.

(TJ/MG, 4ª Câmara Criminal, Agravo de Execução Penal nº 1.0000.09.501932-9/001, Rel. Des. Herbert Carneiro, j. 09.09.09, unânime)

HABEAS CORPUS – REGIME ABERTO – PRISÃO DOMICILIAR – IMPOSSIBILIDADE – INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO ART. 117, LEP – ORDEM DENEGADA. – Fora das hipóteses do art. 117, da LEP, não cabe o benefício da prisão domiciliar, razão pela qual o condenado a cumprir pena em regime aberto deve aguardar o surgimento de vaga em estabelecimento prisional adequado, sob pena de consagração da impunidade. – Ordem denegada.

(TJ/MG, 5ª Câmara Criminal, *Habeas Corpus* nº 1.0000.09.496206-5/000, Rel. Des. Hélcio Valentim, j. 26.05.09, unânime)

Quanto à seara doutrinária, destacamos a lição de Julio Fabbrini Mirabete (2007, p. 467/468), que, após assinalar que “A circunstância de, eventualmente, não existir na comarca a Casa do Albergado não quer dizer que o Estado deve deixar de executar a pena privativa de liberdade regularmente aplicada”, anota que “quando o Estado não está aparelhado para oferecer o estabelecimento prisional adequado, de sorte que se possa observar, rigidamente, a progressão legalmente determinada, o direito do condenado que faz jus ao regime aberto não pode ser obstado com essa omissão”.

Por sua vez, Rogério Greco (2007, p. 505/507), afirmando que o reeducando tem “direito subjetivo em cumprir aquilo que lhe foi imposto na sentença condenatória”, é peremptório ao sublinhar que

não pode o condenado cumprir sua pena em regime mais rigoroso, por desídia do Estado, se foi determinado na sentença condenatória que o cumprimento se daria em regime aberto, ou seja, em casa do albergado ou estabelecimento similar. Nessa hipótese, entendemos que, se não existe qualquer dos estabelecimentos previstos na alínea c, do § 1º do art. 33 do Código Penal, excepcionalmente, poderá o condenado cumprir sua pena em prisão domiciliar.

Para Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 483), que defende a abolição do regime aberto caso se mantenha a falta de interesse político em sua concretização, a inexistência de casas do albergado em número suficiente

levou a gravíssimos fatores ligados à impunidade e ao descrédito do Direito Penal. Há décadas, muitos governantes simplesmente ignoram a sua necessidade. Por isso, o Judiciário foi obrigado a promover a inadequada analogia, porém inafastável, com o art. 117 desta Lei. Passou-se a inserir o condenado em regime aberto na denominada *prisão albergue domiciliar* (P.A.D.).

Por fim, Renato Marcão (2009, p. 145), após criticar a quase absoluta ausência de casas do albergado em funcionamento no Brasil, bem como após expor o panorama jurisprudencial sobre o tema, reconhece que

a realidade prática impõe, todos os dias, a concessão de albergue domiciliar a quem deveria expiar sua reprimenda no regime aberto, em casa de albergado, isso em razão da ausência de estabelecimento adequado e da falta de outra opção razoável.

Explicitados, ainda que de forma exemplificativa, os panoramas jurisprudencial e doutrinário sobre o tema, anotamos que, em nosso sentir, não pode o Estado-Juiz determinar, àquele que faz jus ao cumprimento de sua pena privativa de liberdade em meio aberto, situação mais gravosa do que aquela que decorre das normas contidas na Lei n. 7.210/84, sendo que as impossibilidades materiais do Estado de Minas Gerais não podem frustrar os direitos dos reeducandos, no tocante ao cumprimento de suas reprimendas.

Assim, sendo impossível o cumprimento da pena privativa de liberdade executada em meio aberto em casa do albergado, é de se reconhe-

cer, em favor dos reeducandos, o direito ao seu cumprimento em regime de prisão domiciliar, até mesmo por aplicação analógica, *in bonam partem*, do art. 1º da Lei n. 5.256, de 06 de abril de 1967, que, dispondo sobre a prisão especial, determina que

Nas localidades em que não houver estabelecimento adequado ao recolhimento dos que tenham direito a prisão especial, o juiz, considerando a gravidade e as circunstâncias do crime, ouvido o representante do Ministério Público, poderá autorizar a prisão do réu ou indiciado na própria residência, de onde o mesmo não poderá afastar-se sem prévio consentimento judicial.

Note-se que a tese que estamos a defender não enseja, propriamente, a ampliação do rol previsto no art. 117 da Lei n. 7.210/84, que é efetivamente taxativo, mas sim, e como bem ressaltou o Ministro Sepúlveda Pertence (conforme transcrição *supra*), o reconhecimento de que esse dispositivo, de natureza exceptiva, tem aplicação apenas quando se está a tratar de execução de pena privativa de liberdade em meio aberto desenvolvida em estabelecimentos adequados, quais sejam, casas do albergado, não sendo possível se admitir que a regra, para o meio aberto, ante a inexistência de vaga em casa do albergado, seja a custódia – ainda que somente no período noturno dos dias úteis e nos sábados, domingos e feriados – em estabelecimentos prisionais próprios para cumprimento de pena em regime fechado ou semi-aberto.

É dizer, os reeducandos não têm culpa pela precária estrutura prisional brasileira, não podendo ser penalizados pela inexistência de vaga em estabelecimento que, por força de lei, deveria existir e se encontrar em pleno funcionamento, ainda mais em se considerando os vários anos passados da entrada em vigor da Lei n. 7.210/84.

Entendimento em sentido contrário implica, em nosso juízo, e com respeito às orientações divergentes, em grave descumprimento do princípio constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da Constituição), que, como é cediço, incide em três fases distintas, quais sejam, a fase da cominação, a cargo do legislador, a fase da aplicação, atribuição do juiz da condenação, e, por último, a fase da execução, inaugurada, como esclarece José Antonio Paganella Boschi (2006, p. 67), “com trânsito em julgado da sentença, entre o Estado e o condenado e na qual intervêm, além do juiz e do Ministério Público, outros órgãos da administração pública”.

A respeito do princípio da individualização da pena em sede de execução, Alberto Silva Franco (2000, p. 164) pontua que

mais importante do que a sentença em si é o seu cumprimento, porque é na execução que a pena, cominada em abstrato pelo legislador e ajustada pelo juiz à situação singular, encontra o seu momento de maior concreção. É aí que o processo de individualização chega à derradeira etapa: a da pena real que adere, de modo definitivo, à pessoa do condenado.

É de se destacar que o próprio Supremo Tribunal Federal, no emblemático julgamento, pelo Pleno, do *Habeas Corpus* n. 82.959/SP, ocorrido em 23 de fevereiro de 2006, relatoria do Ministro Marco Aurélio, reconheceu, de forma explícita, a incidência do princípio da individualização da pena na fase executiva, ao assentar, exatamente por violação a este princípio, a inconstitucionalidade da redação originária do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, que estabelecia que a pena por crime hediondo ou equiparado deveria ser cumprida em regime integralmente fechado.

Assim, incidindo o princípio constitucional da individualização da pena em plena potência em sede de execução penal, nota-se que a submissão do reeducando a regime de cumprimento de pena mais gravoso do que aquele a que faz jus, de acordo com as decisões exequendas e os provimentos lançados pelo juiz da execução, importa em contrariedade ao referido princípio, sendo certo que a adoção, para fazer as vezes de casa do albergado, de estabelecimentos prisionais próprios do meio fechado e do meio semi-aberto, ainda que com autorização para saídas diárias, implica em regime de cumprimento de pena mais severo, se consideradas as normas contidas nos arts. 93 a 95 da Lei n. 7.210/84.

Ademais, e em última análise, a negação do direito ao cumprimento de pena em estabelecimento adequado, com imposição de regime mais severo do que aquele que resulta da legislação, implica em violação à própria dignidade do reeducando (art. 1º, inciso III, da Constituição), que é pessoa humana e merece, quanto aos direitos não afastados pela sua condição jurídica de condenado, integral respeito pelo Estado.

Assim, por todo o exposto, concluímos que, até a efetiva implementação, pelo Estado de Minas Gerais, de política destinada à fun-

dação, de forma regionalizada, de casas do albergado que observem os ditames da Lei n. 7.210/84 e possuam capacidade para atender a todos os reeducandos que cumprem pena privativa de liberdade em meio aberto, deverão aqueles não contemplados com vagas nas casas do albergado atualmente existentes cumprir suas penas em residência particular.

Contudo, e para se afastar, do cumprimento de pena em residência particular, a nota da impunidade, entendemos, também, que aos órgãos públicos executivos ligados ao sistema da Lei n. 7.210/84 – responsáveis, em última análise, como integrantes que são do Estado, pela situação de ineficiência existente em relação ao regime aberto de cumprimento das penas privativas de liberdade – cabe a fiscalização efetiva das condições estabelecidas para o cumprimento de pena em meio aberto e em residência particular, em especial no tocante à fiscalização da condição consistente em permanência na residência nos períodos determinados judicialmente, valendo-se, para tanto, e preferencialmente, de instrumentos eletrônicos de monitoramento.

BIBLIOGRAFIA

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. V. I. 8. ed., rev., amp. e atua. Niterói: Impetus, 2007.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

6

OS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA (LEI N. 12.153, DE 22/12/2009)

Humberto Theodoro Júnior

1. INTRODUÇÃO

Ao traçar as regras de organização do Poder Judiciário, a Constituição de 1988 determinou que a União e os Estados deveriam criar Juizados Especiais providos de juízes togados e leigos, com competência para “a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade” (art. 98, I). No próprio dispositivo constitucional, ficou determinado que o procedimento a observar nesses Juizados Especiais teria de ser *oral, sumaríssimo e desvinculado da hierarquia recursal dos tribunais comuns de segundo grau*, cabendo à lei disciplinar as hipóteses de transação e recursos cujo julgamento se daria por turmas de juízes de primeiro grau.

A instituição dos Juizados Especiais, portanto, haveria de se efetivar por meio da legislação infraconstitucional de organização judiciária, de iniciativa da União, no caso da Justiça Federal e Territórios, e de lei estadual, no caso da Justiça dos Estados. Quanto ao processo, porém, somente a lei federal poderia discipliná-lo, em virtude da reserva de competência legislativa prevista no art. 22, n. I, da Constituição.

A implantação desses novos órgãos judiciais tem sido feita paulatinamente, a partir da Lei n. 9.099, de 26/09/1995, a que se seguiram as Leis n. 10.259, de 12/07/2001, e 12.153, de 22/12/2009, tendo todas elas cumprido a missão de regular o processo de prestação jurisdicio-

nal dos Juizados Especiais, seja no âmbito das Justiças Estaduais, seja da Justiça Federal. Esta última lei federal completou o ciclo normativo necessário à instalação de mecanismos judiciários idealizados constitucionalmente para facilitar e simplificar o tratamento, na Justiça, das causas menos complexas e de menor valor.

A justificativa para o estabelecimento de uma justiça especial para as causas de pequeno valor e de menor complexidade foi a de que os custos e as dificuldades técnicas do processamento perante a justiça comum provocavam o afastamento de numerosos litígios do acesso à tutela jurisdicional, gerando uma *litigiosidade contida* não compatível com a garantia de tutela ampla e irrestrita assegurada pela Constituição (art. 5º, n. XXXV). Daí a necessidade de criar órgãos e procedimentos desburocratizados e orientados por princípios de singeleza e economia, para que nenhum titular de direitos e interesses legítimos continuasse à margem da garantia fundamental de acesso à justiça.

A primeira lei processual a disciplinar a atuação dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/1995), guardando fidelidade ao norteamento constitucional, cumpriu a tarefa de proclamar os *princípios informativos* do processo específico sob cuja regência operariam os novos órgãos jurisdicionais. De acordo com seu art. 2º, o processo em questão “orientar-se-á pelos critérios da (i) *oralidade*, (ii) *simplicidade*, (iii) *informalidade*, (iv) *economia processual* e (v) *celeridade*, buscando, sempre que possível, (vi) a *conciliação ou a transação*”.

O ideal, nos Juizados Especiais, é que a palavra falada seja mais usada que a escrita; que a controvérsia seja, sempre que possível, solucionada numa única audiência; que o formalismo seja completamente abandonado, sem prejuízo, é claro, do direito ao contraditório e defesa; que o sistema seja sempre operado de forma a produzir “o máximo de vantagem com o mínimo de dispêndio e energias”; que o processo demore “o mínimo possível”, sem prejuízo do equilíbrio entre “os valores da justiça e da celeridade”; que haja uma constante busca da “autocomposição”, realizando, sempre que possível, a “*justiça coexistencial*” tão valorizada por CAPPELLETTI, a qual, na ótica de ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, “é essencial para que se obtenha, através da jurisdição, a pacificação social, escopo magno do Estado Democrático”¹.

¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 10-25.

2. A INSTITUIÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA

Com base no art. 98, I, da Constituição, a Lei n. 12.153, de 22/12/2009, determinou a criação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, como órgãos da Justiça Comum e integrantes do sistema já existente dos Juizados Especiais (art. 1º, *caput*). Com isso, o sistema dos Juizados Especiais dos Estados e do Distrito Federal passou a ser formado por (a) Juizados Especiais Cíveis; (b) Juizados Especiais Criminais e (c) Juizados Especiais da Fazenda Pública (art. 1º, parágrafo único).

Antes da Lei n. 12.153 já existia, no âmbito da União, o Juizado Especial Federal, instituído e regulado pela Lei n. 10.259, de 12/07/2001, como órgão da Justiça Federal, com competência para processar, conciliar e julgar causas atribuídas àquela Justiça de valor até sessenta salários mínimos (art. 3º, *caput*).

A Fazenda Pública estadual e municipal, que estava fora do sistema de Juizados Especiais, passou a nele figurar a partir da Lei n. 12.153, de 22/12/2009 (DOU de 23/12/2009), com vigência programada para seis meses após sua publicação.

Diversamente do que ocorre com os Juizados Especiais Federais, onde não se cogita da atuação dos juízes leigos, os Juizados Especiais da Fazenda Pública instituídos pela Lei n. 12.153/2009 funcionam com o concurso de juízes togados, juízes leigos e conciliadores, tal como os demais órgãos judicantes que integram o sistema local de Juizados Especiais no âmbito da Justiça dos Estados (art. 15)².

² Embora a Lei n. 10.259/2001 não faça qualquer menção à figura do juiz leigo na composição do Juizado Especial Federal, JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR é de opinião que não há óbice legal à sua adoção, bastando, para tanto, recorrer à aplicação subsidiária da Lei n. 9.099/1995 (*Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais*. São Paulo: RT, 2006, p. 106-107). Deve-se lembrar, ainda, que a presença de juízes leigos nos Juizados Especiais, qualquer que seja a justiça que venham a integrar, corresponde a um desígnio de origem constitucional (CF, art. 98, I), que não convém ao legislador ordinário desprezar ou ignorar. A verdade, porém, é que nos quase dez anos de operação dos Juizados Especiais Federais não se tem notícia de movimento algum no sentido de dotá-los de juízes leigos.

3. DISCIPLINA LEGAL

Regem-se os Juizados Especiais da Fazenda Pública especificamente pela Lei n. 12.153, de 22/12/2009. Subsidiariamente, aplicam-se também as disposições do Código de Processo Civil, da Lei n. 9.099, de 26/09/1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) e da Lei n. 10.259, de 12/07/2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais), naquilo que, naturalmente, não conflitar com a disciplina traçada pela lei específica.

Pela comunhão de princípios informativos, pela adoção de procedimento sumaríssimo basicamente igual, e pela própria remissão legal feita entre os três diplomas normativos, deve-se reconhecer que todos eles formam uma unidade institucional, isto é, um só estatuto, qual seja, o estatuto legal dos Juizados Especiais brasileiros. Não havendo, portanto, conflito entre regras explícitas, os dispositivos de quaisquer das três leis podem ser aplicadas nos procedimentos de qualquer um dos diferentes Juizados. Por exemplo: a Lei n. 9.099, ao disciplinar o procedimento dos Juizados Cíveis, não cuidou nem das medidas de urgência nem do recurso das decisões interlocutórias. As Leis subsequentes, relativas aos Juizados da Fazenda Pública, regularam, tanto a possibilidade das medidas cautelares e antecipatórias como previram a recorribilidade dos respectivos provimentos. Essa disciplina, portanto, pode ser aplicada também nos Juizados Especiais Cíveis, de modo a preencher as lacunas da Lei n. 9.099³.

Por outro lado, prevê a Lei n. 12.153, que os Tribunais de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, no âmbito de suas competências, expedirão normas regulamentando os

³ A visão de sistema dos diversos Juizados Especiais serve para suprir lacunas reciprocamente das três leis que regulam cada um dos juizados. As normas explícitas, porém, de cada uma dessas leis não devem ser havidas como revogadas pelo só fato de um dos Juizados Especiais ter sido normatizado de forma diferente. A intercomunicação preceitual deve ocorrer, em princípio, para superar lacunas. A revogação deve ser expressa ou pelo menos inequívoca. Assim, a situação da competência, que é relativa na Lei n. 9.099 e absoluta na Lei n. 12.153, não implica em derrogação da disciplina traçada para os Juizados Especiais Cíveis. Há dois regimes legais explícitos: (i) o da Lei 9.099, que se funda no caráter opcional do acesso ao Juizado Especial Cível (art. 3º, § 3º); e (ii) o da Lei n. 12.153 que atribui competência absoluta aos Juizados da Fazenda Pública (art. 2º, § 4º). Não tendo havido revogação explícita, persistem os regime diferentes de competência de um e outro Juizado.

procedimentos a serem adotados para o processamento e o julgamento do pedido de uniformização de jurisprudência e do recurso extraordinário, em relação aos casos julgados pelos Juizados Especiais da Fazenda Pública (art. 20). Nesse ponto, não haverá de se aguardar o advento de lei. O problema será equacionado regimentalmente pelos tribunais.

4. COMPETÊNCIA ABSOLUTA

Não vigora para os Juizados da Fazenda Pública a liberdade de opção das partes entre eles e a justiça ordinária. “No foro onde estiver instalado o Juizado Especial da Fazenda Pública, a sua competência é *absoluta*” (Lei n. 12.153, art. 2º, § 4º)⁴, diversamente do regime de livre escolha adotado pela Lei n. 9.099, art. 3º, § 3º, para ingresso da parte na justiça comum ou nos juizados especiais cíveis dos Estados.

A competência absoluta *in casu* vigora, no entanto, apenas para as causas ajuizadas depois da instalação do juizado especial, de modo que são vedadas as transferências de demandas aforadas anteriormente perante as varas da justiça ordinária (art. 24). Não se aplica, portanto, a regra geral do art. 87 do CPC, que, nos casos de competência em razão da matéria, manda prevalecer sobre os processos em curso a inovação legal superveniente.

A Lei n. 12.153, por outro lado, permite aos Tribunais de Justiça a implantação dos Juizados Especiais com competência temporariamente menor do que a prevista em seu art. 2º. Essa limitação, porém, só deverá prevalecer até cinco anos a partir da entrada em vigor da Lei n. 12.153. A justificativa para a medida será a “necessidade da

⁴ “A competência se diz *absoluta* quando não pode ser modificada pela vontade das partes, ao contrário da relativa que admite essa modificação” (ALVIM, J. E. Carreira. *Juizados Especiais Federais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 22). Assim, “nos termos do § 3º do art. 3º da Lei nº 10.259/01, no foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial, a sua competência é *absoluta*, o que significa que não tem o autor, como nos juizados especiais estaduais, o direito de optar pela vara federal comum” (idem, p. 21). O mesmo ocorre em relação aos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito da Justiça Estadual, visto que a Lei n. 12.153/2009, em seu art. 2º, § 4º, adota o mesmo critério de competência *absoluta* preconizado pela Lei 10.259/2001 para a Justiça Federal.

organização dos serviços judiciários e administrativos” (art. 23). Os Juizados Especiais da Fazenda Pública, porém, deverão ser instalados pelos Tribunais de Justiça no prazo de dois anos a contar da vigência da Lei n. 12.153 (art. 22).

5. COMPOSIÇÃO DO ÓRGÃO JUDICANTE

O Juizado Especial da Fazenda Pública será presidido por um juiz togado, auxiliado por conciliadores e juízes leigos. As respectivas atribuições são as previstas nos arts. 22, 37 e 40 da Lei n. 9.099/1995. A presença de conciliadores e juízes leigos não é uma criação do legislador infraconstitucional, decorre de uma programação constitucional (CF, art. 98, I) traçada com o nítido propósito de realizar, por meio dos Juizados Especiais, uma justiça *coexistencial*, onde a tônica se dê sobre a conciliação, a economia processual e a informalidade. A presença de juízes leigos tende a dinamizar o procedimento, visto que, por obra de gestão da Justiça, a figura clássica e solitária do juiz togado pode desdobrar-se em numerosos juízes não togados dentro do mesmo juízo, cuja quantidade poderá variar sempre em função do volume de causas existentes. Além disso, a presença e a circulação de juízes oriundos do povo permite a internalização no sistema dos Juizados Especiais, de critérios menos frios do que os rigidamente seguidos na Justiça ordinária, facilitando a aproximação dos litigantes para as soluções consensuais e permitindo que as sentenças, quando não obtido o acordo, sejam mais próximas da experiência da vida e dos sentimentos gerais da comunidade⁵.

Pena é que, nesses anos iniciais de implantação dos Juizados Especiais, pouca ênfase tem sido dada à integração dos juízes leigos em seus quadros funcionais.

⁵ Para o Deputado Gilberto Nascimento Flávio Dino, “tais atores [conciliadores e juízes leigos] simbolizam a participação popular na administração da justiça, uma das singularidades do Estado Democrático de Direito. A eficiência de sua atuação já restou comprovada pela experiência dos Juizados Especiais Cíveis” (Câmara aprova criação de juizados especiais da Fazenda Pública. Disponível em: <http://www.direito2.com.br/acam/2009/mai/14/camara-aprova-criacao-de-juizados-especiais>; acesso em 11.1.2010).

A designação dos conciliadores e juízes leigos far-se-á na forma da legislação dos Estados e do Distrito Federal (Lei n. 12.153, art. 15), observado o seguinte regime:

- a) Os conciliadores e juízes leigos são qualificados legalmente como “auxiliares da justiça” (art. 15, § 1º);
- b) Os conciliadores não precisam ser, necessariamente advogados, mas deverão, de preferência, ser recrutados entre bacharéis em direito (§ 1º);
- c) Os juízes leigos deverão ser advogados com mais de dois anos de experiência (§ 1º, *in fine*);
- d) Os juízes leigos ficarão impedidos de exercer a advocacia, não em sua plenitude, mas apenas perante os Juizados Especiais da Fazenda Pública, em todo o território nacional, enquanto no desempenho de suas funções (§ 2º);
- e) A condução da audiência de conciliação é feita pelo conciliador, sob supervisão do juiz (art. 16), que tanto poderá ser um juiz togado como leigo (Lei n. 9.099/1995, arts. 21 e 22); assim, na busca da solução conciliatória, o conciliador pode, até mesmo, ouvir as testemunhas presentes, além das partes e prepostos (art. 16, § 1º);
- f) A função do juiz leigo é a prevista na Lei n. 9.099/1995⁶.

6. COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO JUDICANTE

Cabe aos Juizados Especiais da Fazenda Pública, respeitadas as regras gerais definidoras da competência de foro, “processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos” (Lei n. 12.153, art. 2º, *caput*), inclusive aquelas

⁶ O juiz leigo pode presidir a audiência, tanto de conciliação como de instrução e julgamento (Lei n. 9.099, arts. 21 e 22). Tendo dirigido a instrução, caberá ao juiz leigo proferir a sentença, a qual será imediatamente submetida ao juiz togado, “que poderá homologá-la, proferir outra em substituição ou, antes de se manifestar, determinar a realização de atos probatórios indispensáveis” (Lei n. 9.099, art. 40). O ato decisório do juiz leigo, portanto, é apenas um esboço de sentença, já que sua eficácia dependerá de homologação do juiz togado.

pertinentes às respectivas autarquias, fundações e empresas públicas (*idem*, art. 5º, II).

Excluem-se, porém, dessa competência, as seguintes causas, nos termos do § 1º citado, artigo 2º, todas havidas como de maior complexidade e, portanto, não compatíveis com o procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais:

I – as ações de mandado de segurança⁷, de desapropriação⁸, de divisão e demarcação, populares, por improbidade administrativa, execuções fiscais e as demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos⁹;

II – as causas sobre bens imóveis dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, autarquias e fundações públicas a eles vinculadas;

⁷ Os mandados de segurança excluídos da competência dos Juizados Especiais são aqueles impetrados contra autoridades em geral, e não os que se voltam contra atos e decisões dos próprios juizados. Neste caso, a competência para processar e julgar o *mandamus* “é da Turma Recursal, e não do Tribunal de Justiça” (STJ – Corte Especial, CC 40.199, Rel. p/ ac. Min. Barros Monteiro, ac. 06/10/2004, *DJU* 23/05/2005, p. 119). Essa competência prevalece até mesmo quando o ato impugnado seja da própria Turma Recursal (STF – Pleno, MS-QO 24.691/MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, ac. 4/12/2003, *DJU* 24/06/2005, p. 5). A competência, porém, será do Tribunal de Justiça, quando o objeto do *writ* for o controle da competência dos Juizados (STJ – Corte Especial, RMS 17.524, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 02/08/2006, *DJU* 11/09/2006, p. 211).

⁸ A exclusão das ações expropriatórias não abrange a apelidada “desapropriação indireta”, que, na verdade, se resolve em ação indenizatória, perfeitamente compatível com a competência do Juizado Especial. O que a lei não quer é que o Poder Público se valha do rito especialíssimo do Juizado Especial para promover as autênticas ações de desapropriação, mesmo porque a legitimação ativa para acesso ao referido Juizado é exclusiva do particular (Lei n. 12.153, art. 5º, I).

⁹ O fato de o inciso II se referir apenas às demandas sobre direitos “coletivos ou difusos” como excluídas da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública não importa inclusão das ações coletivas sobre direitos individuais homogêneos na esfera de competência daqueles juizados. Em primeiro lugar porque a ação exercitável perante o Juizado Especial em questão somente pode ter como autor *pessoa física, microempresa* ou *empresa de pequeno porte* (Lei n. 12.153, art. 5º, I), entidades que não se legitimam a propor ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos (CDC, art. 82). Segundo, porque as ações coletivas, quaisquer que sejam elas, revestem-se de complexidade não compatível com o procedimento simples e célere dos Juizados Especiais, razão pela qual não se pode reconhecer como cabíveis naqueles juizados senão as ações singulares.

III – as causas que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou sanções disciplinares aplicadas a militares.

Se a pretensão versar sobre obrigações vincendas, “para fins de competência do Juizado Especial, a soma de 12 (doze) parcelas vincendas e de eventuais parcelas vencidas não poderá exceder o valor referido no *caput* deste artigo”, ou seja, 60 (sessenta) salários mínimos (art. 2º, § 2º).

A proposta legislativa do Deputado Antônio Carlos Valadares destacou que, além dos conflitos entre a Administração e seus servidores, o Juizado Especial da Fazenda Pública será de grande serventia nos pequenos conflitos gerados por impugnações de lançamentos fiscais, como os de IPTU (antes, naturalmente, do ajuizamento da execução fiscal), de cassação ou anulação de multas de trânsito e atos de postura municipal, entre outras demandas, que dificilmente se compatibilizariam com o ônus e custos da justiça ordinária. Aliás, é bom lembrar que a Lei n. 10.259, no campo dos Juizados Especiais Federais, já ressaltava a competência daqueles entes judiciais para conhecer das ações de cancelamento ou anulação dos atos administrativos relacionados com os lançamentos fiscais (arts. 3º, § 1º, III)¹⁰.

Portanto, o fato de as execuções fiscais terem sido excluídas do Juizado Especial não quer dizer que as ações anulatórias de obrigação tributária não possam ser por ele apreciadas. As execuções fiscais não se incluem na competência dos Juizados Especiais, pela simples razão de que a Fazenda Pública não figura entre os legitimados ativos para demandar naqueles juizados (Lei nº 12.153, art. 5º, I). Ademais, o gigantesco volume das execuções fiscais, se pudessem elas tramitar pelos Juizados Especiais, acabariam por abarrotar seus serviços, inviabilizando o fim específico da instituição, que é o de proporcionar ao povo uma justiça sobretudo expedita.

¹⁰ Segundo a Lei n. 12.153, nos Juizados Especiais da Fazenda Pública “será possível ajuizar demandas contra Estados e Municípios e discutir cobranças de ICMS, IPTU e IPVA, além de multas de trânsito ou ambiental. O valor da causa, no entanto, não pode ultrapassar 60 salários mínimos – em torno de R\$30 mil” (ADRIANA AGUIAR. Juizados receberão processos tributários. Disponível em <http://www.incorporativa.com.br/mostranews.php?id=3144>. Acesso em 12/1/2010).

Se, porém, na ação anulatória de lançamento tributário a Fazenda Pública apresentar, na contestação, pedido contraposto (Lei n. 9.099, art. 31) e sair vitoriosa, terá ela constituído em seu favor título executivo judicial, que obviamente será exequível no próprio Juizado Especial. Não se há de pensar que, *in casu*, a execução de sentença estaria excluída da competência do Juizado, por força da norma que não permite a execução fiscal dentro de sua competência. É que execução fiscal e execução de sentença são ações completamente distintas, já que aquela se funda em título extrajudicial, dando origem a um contencioso tão amplo como o das ações ordinárias de cobrança, enquanto que a última nem mesmo se considera ação distinta da condenatória, não passando de simples fase desta, o que torna reduzidíssimo o campo de impugnação ao cumprimento da condenação judicial (CPC, art. 475-L). Por outro lado é certo, em nosso direito positivo, que, em princípio, o cumprimento da sentença deve efetuar-se perante “o juízo que processou a causa no primeiro grau de jurisdição” (CPC, art. 475-P, II).

Uma vez que o Juizado Especial tem competência para julgar o pedido condenatório contraposto pela Fazenda Pública, e que nesse julgamento pode advir a condenação do autor, é claro que caberá ao Juizado fazer cumpri-la. É bom lembrar que a jurisdição atribuída aos Juizados Especiais da Fazenda Pública compreende tanto a cognição como a execução, nas causas de sua competência (Lei n. 12.153, art. 1º).

O Projeto aprovado no Congresso previa que ocorrendo litisconsórcio ativo para o limite de sessenta salários, determinado pelo *caput* e pelo § 2º do art. 2º, seria considerado individualmente por autor (§ 3º). O dispositivo, entretanto, foi objeto de veto presidencial. Considerou-se que grandes litisconsórcios, envolvendo problemas de grupo numeroso de litigantes gerariam complexidade procedimental incompatível com a singeleza e celeridade própria dos Juizados Especiais¹¹. Assim, os pedidos formulados pelos diversos autores consorciados haverão de ser somados e somente prevalecerá a competência do Juizado Especial se o total não ultrapassar sessenta salários mínimos.

¹¹ As razões do veto ao § 3º do art. 2º foram as seguintes: “ao estabelecer que o valor da causa será considerado individualmente, por autor, o dispositivo insere nas competências dos Juizados Especiais ações de maior complexidade e, conseqüentemente, incompatíveis com os princípios da oralidade e da simplicidade, entre outros previstos na Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995” (DOU 23/12/2009).

Na verdade, embora o art. 2º cuide basicamente do pequeno valor da causa como o critério geral a observar na definição da competência do Juizado Especial da Fazenda Pública, a exclusão, *ratione materiae*, feita em seu § 1º, demonstra que se trata não só de um juízo de pequenas causas, mas também de causas de menor complexidade, devendo as duas condicionantes serem observadas cumulativamente.

7. LEGITIMAÇÃO

Conforme dispõe o art. 5º da Lei n. 12.153, que não discrimina entre pessoas físicas e pessoas jurídicas, podem ser partes no Juizado Especial da Fazenda Pública:

I – como *autores*, as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006¹²; obviamente, grandes ou médias empresas não podem prevalecer do pequeno valor da pretensão para ter acesso ao Juizado Especial da Fazenda Pública, já que, entre as pessoas jurídicas, a Lei n. 12.153 somente confere legitimação ativa às micro e às pequenas empresas;

II – como *réus*, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, bem como autarquias, fundações e empresas públicas a eles vinculadas.

Sobre a intervenção de terceiros, observar-se-á o art. 10 da Lei n. 9.099/1995, ou seja, apenas o litisconsórcio se apresenta possível no Juizado Especial da Fazenda Pública¹³. Quaisquer outras figuras interventivas são excluídas por representarem aumento de complexida-

¹² A Lei n. 12.153 não exige que o autor pessoa física seja maior e capaz. O incapaz, portanto, pode pleitear no Juizado Especial da Fazenda Pública, desde que adequadamente representado.

¹³ “Todas as espécies de litisconsórcio podem se manifestar nos processos que tramitam nos Juizados Especiais Cíveis. O art. 10, *in fine*, da Lei n. 9.099/95 afirma expressamente ser admissível nesse microsistema processual o litisconsórcio, sem distinção quanto à espécie. Pode, assim, haver litisconsórcio ativo (entre pessoas naturais capazes, microempresas ou empresas de pequeno porte, apenas), passivo ou misto. O litisconsórcio pode ser necessário ou facultativo, unitário ou simples, originário ou ulterior” (CÂMARA, Alexandre Freitas, *op. cit.*, p. 71).

de procedimental incompatível com a singeleza que deve prevalecer nos Juizados Especiais.

Quanto ao litisconsórcio, pode ocorrer tanto no polo ativo como no passivo, “tendo em vista que, em princípio, a multiplicidade de sujeitos no polo ativo ou passivo da demanda não reflete na simplicidade, informalidade e celeridade dos Juizados Especiais Cíveis”, inclusive quando se trata dos Juizados Especiais Federais¹⁴ e dos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

Estabelecido eventual litisconsórcio passivo entre entidades previstas na Lei n. 12.153 e outras previstas na Lei n. 10.259, a competência será do Juizado Especial Federal e não do Juizado Especial Estadual, dada a exclusividade absoluta da competência da Justiça Federal para julgar todas as causas em que sejam partes a União, entidade autárquica ou empresa pública federal (CF, art. 109, I).

8. MINISTÉRIO PÚBLICO

Não há previsão de intervenção do Ministério Público no procedimento dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Apenas no incidente de Uniformização de Jurisprudência, o relator, se necessário, ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias (art. 19, § 3º). A simples presença de pessoa jurídica de direito público no polo passivo da ação não será motivo para justificar a intervenção do Ministério Público¹⁵. Mas, se houver incapaz envolvido na causa, sua participação como *custos legis* será obrigatória, segundo a regra geral do art. 82, I, do CPC¹⁶.

¹⁴ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais*. São Paulo: RT, 2006, p. 135.

¹⁵ “Não cabe ao MP, como fiscal da lei, velar pelos interesses das pessoas jurídicas de Direito Público.” (STJ, 1ª T., REsp. 7.199 – SP, Rel. Min. Pedro Aciole, ac. 06/05/1991, DJU 27/05/1991, RT 671/210). É que o interesse público, necessário para legitimar a intervenção do MP não se identifica com o da Fazenda Pública (STF, 1ª T., RE 96.899 – ES, Rel. Min. Néri da Silveira, ac. 3.9.1985, RTJ 133/345; STJ, 2ª T., REsp. 30.150 – PR, Rel. Min. Adhemar Maciel, ac. 2/12/1996, RSTJ 100/107).

¹⁶ “O art. 82, I, do CPC determina a intervenção obrigatória do Ministério Público nas causas em que há interesse de incapaz, pena de nulidade do processo, teor dos arts. 84 e 246 do CPC” (TRF – 1ª R., 2ª T., Ap. Civ. 94.01.14583-0 – MG, Rel. Des. Assuete Magalhães, ac. 14/6/1995, DJU 3/8/1995, p. 48248).

9. REPRESENTAÇÃO DAS PARTES

Sobre a representação das partes no Juizado Especial da Fazenda Pública prevalecem, em princípio, as regras traçadas pelo art. 9º da Lei n. 9.099/1995, e pelo art. 10 da Lei n. 10.259/2001, quanto aos sujeitos ativos.

Quanto às pessoas jurídicas demandadas, deverão atuar por meio de seus representantes judiciais (CPC, art. 12), aos quais se reconhece o poder de conciliar, transigir ou desistir, nos processos dos Juizados Especiais, nos termos e nas hipóteses previstas na lei do respectivo ente da Federação (Lei n. 12.153, art. 8º).

Permite o sistema do Juizado Especial, tanto na Justiça Estadual (Lei n. 9.099/1995, art. 9º, § 4º) como na Justiça Federal (Lei n. 10.259/2001, art. 10) a representação da parte, mediante designação por escrito, por meio de advogado ou não. A regra, porém, não se refere ao exercício do *ius postulandi*, já que esse é privativo, por lei, do advogado regularmente inscrito na OAB. A representação por leigo é aquela do preposto, cuja atuação se circunscreve à audiência de conciliação, de modo que os poderes conferidos não vão além dos atos negociais de transação, se o representante não for advogado.

Essa preposição processual depende de outorga de poderes específicos para transigir e pode ser conferida a qualquer pessoa de confiança da parte, independentemente de manter, ou não, vínculo empregatício com o outorgante¹⁷.

10. A PRESENÇA DO ADVOGADO NOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA

A primeira legislação sobre a matéria, a que instituiu os Juizados Especiais Cíveis na Justiça Estadual (Lei n. 9.099/1995), previa que o autor estaria autorizado a postular sem a assistência de advogado em causas de valor até 20 salários mínimos, não naquelas que superassem tal limite (art. 9º). Já a Lei n. 10.259/2001, que criou os Juizados Especiais Federais, dispensou a presença do advogado, qualquer que fosse o valor da pretensão do autor, desde que compatível com a competência especial do Juizado (art. 10).

¹⁷ Lei n. 9.099/1995, art. 9º, § 4º, com a redação da Lei n. 12.137/2009.

A Lei n. 12.153/2009 não tem dispositivo referente à matéria, mas manda aplicar subsidiariamente tanto a Lei n. 9.099 como a Lei n. 10.259. Uma vez que a Lei dos Juizados Especiais Federais é mais recente que a dos Juizados Cíveis Estaduais, a participação de advogado nos processos dos novos Juizados Especiais da Fazenda Pública deve-se reger pela Lei n. 10.259 e não pela Lei n. 9.099. Não é só pelo critério cronológico, por si suficiente para dirimir o problema, mas sobretudo pelo critério da similitude (analogia) que se deve dar prevalência à regra traçada para o Juizado Especial Federal. O objeto da Lei n. 12.153 está muito mais próximo do da Lei n. 10.259 do que do da Lei n. 9.099.

Logo, é facultativa a assistência do autor por advogado nos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito da Justiça Estadual¹⁸.

11. ATOS DE COMUNICAÇÃO PROCESSUAL E PRAZOS

As citações e intimações, nos procedimentos dos Juizados Especiais da Fazenda Pública realizar-se-ão segundo as regras do Código de Processo Civil (Lei n. 12.153, art. 6º). Quer isto dizer que, quanto às intimações dos atos processuais, prevalecerá a regra do que, havendo órgão oficial encarregado da divulgação de tais atos, o procurador da Fazenda estadual ou municipal não será intimado pessoalmente, mas mediante publicação na imprensa (CPC, art. 236). A citação, porém, deverá ser feita com a antecedência mínima de trinta dias da audiência de conciliação (art. 7º).

Os prazos da Fazenda Pública são os mesmos da contraparte. Não prevalecem no Juizado Especial os prazos diferenciados previstos no Código de Processo Civil para as pessoas jurídicas de direito público (art. 7º).

O emprego de meios eletrônicos para as intimações é autorizado pelo art. 8º, § 2º, da Lei n. 10.259, cuja disciplina se aplica também aos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

¹⁸ FERREIRA, Júlio César Cerdeira. Juizados Especiais da Fazenda Pública. Rápidas considerações. In: *Jus Navigandi*. Teresina, ano 14, nº 2373, 30 dez. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14107> (acesso em 12/01/2010).

12. PETIÇÃO INICIAL, CITAÇÃO E RESPOSTA

A petição inicial pode ser formulada oralmente ou por escrito, observadas as regras do art. 14 da Lei n. 9.099/1995.

O demandado é citado para comparecer a uma audiência de conciliação, onde deverá, se for o caso, oferecer sua contestação. Em regra, o autor deve ser cientificado da data da audiência no próprio ato do ajuizamento da causa. Se isto não ocorrer, terá de ser intimado consoante as regras comuns do CPC.

A resposta do demandado pode ser, tal como a inicial, formulada por escrito ou por via oral. Nela são admissíveis pedidos contrapostos, independentemente de reconvenção (Lei n. 9.099, art. 17, parágrafo único).

As exceções de suspeição e impedimento seguem as regras comuns do Código de Processo Civil.

13. AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO

Ao receber a inicial, o Juizado, por seu órgão competente, designará audiência de conciliação, determinando a citação da pessoa jurídica de direito público, em seu representante judicial, de modo que entre o ato citatório e a audiência permeie um prazo de no mínimo trinta dias (Lei n. 12.153, art. 7º). Será necessário o uso do mandado já que a citação postal é vedada quando for ré pessoa de direito público (CPC, art. 222, “c”).

Quanto ao poder de transigir do representante da Fazenda Pública demandada será aquele conferido pela legislação a que se acha vinculado¹⁹.

Não ocorrendo acordo, o demandado produzirá sua resposta na própria audiência de conciliação, ocasião em que se designará outra

¹⁹ Lei n. 12.153/2009: “Os representantes judiciais dos réus presentes à audiência poderão conciliar, transigir ou desistir nos processos da competência dos Juizados Especiais, nos termos e nas hipóteses previstas na lei do respectivo ente da Federação” (art. 8º). Não é preciso que a lei local preveja poderes de conciliação específicos para a atuação de seus procuradores perante o Juizado Especial. À falta de regulamentação particularizada para tal hipótese, prevalecerão as regras gerais existentes no Estado, seja em lei, seja em estatutos das entidades paraestatais, sobre a possibilidade de transação em nome do Poder Público.

audiência para instrução e julgamento, se necessária. É de se julgar imediatamente a causa, ou dentro do menor prazo possível, se não houver provas a produzir que justifiquem a audiência de instrução e julgamento.

14. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA

É dever da entidade ré “fornecer ao Juizado a documentação de que disponha para o esclarecimento da causa, apresentando-a até a instalação da audiência de conciliação” (Lei n. 12.153, art. 9º). Se não o fizer espontaneamente, poderá ser compelida por ordem judicial, deliberada de ofício ou a requerimento do autor.

A prova documental do autor deverá ser produzida com a inicial (CPC, arts. 283 e 396) ou até a audiência de conciliação (Lei n. 9.099, art. 33).

Quanto à prova testemunhal, a Lei n. 12.153 prevê que sua coleta caberá ao juiz que preside a audiência de instrução e julgamento (art. 16, § 2º). Na audiência de conciliação, a lei permite que também o conciliador ouça as partes e testemunhas (art. 16, § 1º). Se esses depoimentos forem julgados suficientes, o juiz dispensará novos testemunhos, desde que não haja impugnação das partes (art. 16, § 2º, *in fine*).

Dispõe, ainda, o art. 10 da Lei n. 12.153, a propósito da *perícia*, que o juiz, reconhecendo sua necessidade para a conciliação ou para o julgamento da causa, nomeará pessoa habilitada, encarregando-a de apresentar o laudo até cinco dias antes da audiência. Como se vê, a lei autoriza o juiz a ordenar a perícia até mesmo antes da audiência de conciliação, embora o normal seja fazê-lo dentro daquela audiência e depois de frustrada a tentativa de solução conciliatória. De qualquer maneira, o laudo sempre deverá ser apresentado antes da audiência, seja ela de conciliação ou de instrução e julgamento²⁰.

²⁰ A prova técnica não poderá, obviamente, ser consumada totalmente fora do contraditório. Se o juiz promoveu sua realização antes da audiência de conciliação, e portanto antes da presença do réu no processo, terá de ensejar-lhe, posteriormente, oportunidade de impugnação e quesitação esclarecedora. Havendo manifestação do réu nesse sentido, de maneira alguma poderá o juiz julgar a causa sem cumprir o indispensável contraditório.

A Lei n. 12.153 evita falar em prova pericial, referindo-se apenas a exame técnico por pessoa habilitada, e não faz menção alguma à possibilidade de as partes formularem quesitos e indicar assistentes técnicos. Certamente o fez para evitar que o procedimento do CPC fosse transplantado para o Juizado Especial da Fazenda Pública, de forma rotineira, o que contrariaria sua índole sumaríssima e informal. Não se pode, entretanto, em nome do contraditório e ampla defesa, recusar às partes o direito de quesitos esclarecedores e a apresentação de parecer técnico obtido extrajudicialmente, quando o esclarecimento da verdade o exigir, a exemplo do que a Lei n. 10.259, art. 12, § 2º, permite, em determinadas hipóteses, nos Juizados Especiais Federais.

15. SENTENÇA E REEXAME NECESSÁRIO

O aperfeiçoamento da decisão da causa depende, no Juizado Especial, de pronunciamento do juiz togado. Mesmo quando a Lei n. 9.099/1995, confere poderes ao juiz leigo para redigir a sentença no processo em que a instrução for por ele presidida, esse ato decisório não produz, por si só, o efeito imediato de uma verdadeira sentença. Terá, para tanto, que ser homologado pelo juiz togado, o qual poderá recusar a homologação e proferir outra sentença, em lugar daquela preparada pelo juiz leigo (Lei n. 9.099, art. 40).

Em outros termos, ou a sentença é originariamente prolatada pelo juiz togado ou, sendo preparada pelo juiz leigo, haverá de aperfeiçoar-se pela homologação do juiz togado. A sentença do juiz leigo, portanto, “é sempre *ad referendum* do juiz togado”²¹, a quem a lei reserva a última palavra no julgamento da causa.

Nas causas decididas nos procedimentos do Juizado Especial da Fazenda Pública, mesmo sendo sucumbente o ente público, não há reexame necessário (Lei n. 12.153, art. 11).

À falta de disciplina própria, prevalece para a sentença dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, a regra do art. 55 da Lei n. 9.099, ou seja, não há condenação em custas e honorários advocatícios no julgamento de primeiro grau de jurisdição, a não ser quando se reconheça ter ocorrido litigância de má fé.

²¹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, op. cit., p. 251.

16. TUTELA DE URGÊNCIA (MEDIDAS CAUTELARES E ANTECIPATÓRIAS)

Ao juiz presidente do Juizado Especial da Fazenda Pública é conferido o poder de deferir, de ofício ou a requerimento das partes, medidas cautelares e antecipatórias no curso do processo, para evitar dano de difícil ou incerta reparação (art. 3º da Lei n. 12.153). Observar-se-á, na espécie, a disciplina geral do Código de Processo Civil (art. 273) e a especial que dispõe sobre medidas cautelares e tutela antecipada contra a Fazenda Pública (Leis n. 8.437/1992 e 9.494/1997). É o único caso em que se admite recurso contra decisão interlocutória no Juizado Especial (Lei n. 12.153, art. 4º).

17. RECURSOS NOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA

Salvo no caso de medidas cautelares e antecipatórias, não cabe recurso contra decisões interlocutórias, no sistema processual da Lei n. 12.153 (art. 4º). Quando recorrível, a decisão interlocutória desafiará agravo de instrumento²², observado o procedimento previsto no Código de Processo Civil para essa modalidade recursal, ou seja, o recorrente se dirigirá diretamente à Turma Recursal, instruindo sua petição com as peças extraídas por cópia dos autos²³.

²² ALVIM, J. E. Carreira, *op. cit.*, p. 96. “O art. 4º da Lei 12.153/2009 consagra a irrecorribilidade das interlocutórias como regra. Prevê que apenas serão recorríveis: a sentença; interlocutórias que (i) antecipem os efeitos da tutela; (ii) defiram providências cautelares” (AMILCAR. Advogado. Curitiba. Juizados Especiais da Fazenda Pública, Processo Civil. Disponível em: <http://www.direitointegral.com/2010/01/lei-12153-juizados-especiais-fazenda.html>. Acesso em 12/1/2010). A Lei n. 12.153 não atribui nome algum ao recurso manejável contra a decisão que defere medida cautelar ou antecipatória. É, na essência, algo igual ao agravo de instrumento, pelo que tanto faz que a parte use o *nomen iuris* de agravo, como simplesmente o de recurso, sem qualquer adjetivação. Não é nome que, *in casu*, define a natureza ou substância do recurso.

²³ Enquanto outra lei não trace algum preceito para disciplinar o acesso do recurso à segunda instância, o CPC, como fonte subsidiária expressamente invocada pela Lei n. 12.153, deve ser aplicado para regular o recurso contra a decisão interlocutória relativa à medida cautelar e antecipatória.

A recorribilidade a que alude o art. 4º da Lei n. 12.153 já era prevista, nos mesmos moldes, no art. 5º da Lei disciplinadora do Juizado Especial da Justiça Federal (Lei n. 10.259). Como a nova Lei que instituiu o Juizado Especial da Fazenda Pública nos Estados procurou englobar todos os Juizados num único sistema (Lei n. 12.153, art. 1º, parágrafo único), parece-me razoável admitir que as inovações recursais trazidas pelas duas últimas leis devem se ampliar para todo o sistema, de modo a incluir, também os Juizados Civis regulados pela Lei n. 9.099.

As sentenças nos Juizados Especiais da Fazenda Pública são recorríveis (Lei n. 10.259/2001, art. 4º), mas não ensejam apelação para o Tribunal de Justiça. Tampouco se há de cogitar de recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, quando a causa for submetida ao segundo grau interno dos Juizados²⁴. Pode caber, no entanto, recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal do que restar decidido, não pelo juiz singular, mas pelas turmas recursais internas do juizado (art. 21).

São irrecorríveis as sentenças do Juizado Especial que homologarem a conciliação ou o laudo arbitral (Lei n. 9.099, art. 41)²⁵.

O recurso no caso em que seja manejável contra a sentença é endereçado à *Turma Recursal* integrante do Sistema dos Juizados Especiais, a qual se compõe de juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição, na forma prevista na legislação local, com mandato de dois anos. O recrutamento, de preferência, será feito entre os juízes integrados ao sistema dos Juizados Especiais²⁶. O prazo de interposição do recurso é de dez dias (Lei n. 9.099, art. 42). Efetuado o preparo, o recorrido terá, também, dez dias para contrarrazões (Lei n. 9.099, art. 42, § 2º).

²⁴ “Não cabe *recurso especial* contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos *Juizados Especiais*” (STJ, *Súmula 203*).

²⁵ Não sendo admissível recurso nem ação rescisória, os atos homologados que estiverem contaminados por motivo de nulidade ou anulabilidade terão de desafiar a invalidação pelas vias ordinárias da *querela nullitatis*, para não se consagrar “o absurdo de se admitir decisões viciadas e absolutamente inimpugnáveis” (CÂMARA, Alexandre Feitas, *op. cit.*, p. 143-144).

²⁶ Lei n. 12.153/2009, art. 17: “§ 1º A designação dos juízes das Turmas Recursais obedecerá aos critérios de antiguidade e merecimento. § 2º Não será permitida a recondução, salvo quando não houver outro juiz na sede da Turma Recursal.”

Há permissão expressa, também, para o cabimento dos embargos de declaração, tanto em face das sentenças dos juízes de primeiro grau, como dos acórdãos das Turmas Recursais (Lei n. 9.099, art. 48).

É do acórdão da Turma Recursal, e não diretamente da sentença, que se poderá cogitar do recurso extraordinário para o STF, em caso de ofensa à Constituição, desde que configurada a “repercussão geral” (CF, art. 102, inc. III e § 3º).

Em qualquer caso, não se permite recorrer, nos Juizados Especiais, sem a representação por advogado, ainda que o processo tenha se desenvolvido até a sentença sem o patrocínio técnico (Lei n. 9.099, art. 41, § 2º)²⁷.

O recurso, nos Juizados Especiais, se a parte não estiver amparada pela assistência judiciária gratuita, estará sujeito a preparo. Este, entretanto, não é prévio como no CPC, podendo ser feito nas 48 horas seguintes à interposição, independentemente de intimação e sob pena de deserção (Lei n. 9.099, art. 42, § 1º)²⁸.

Não há efeito suspensivo para o recurso, em regra, mas o juiz pode conferi-lo, para evitar dano irreparável para a parte (Lei n. 9.099, art. 43).

18. UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA NOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA

Prevê a Lei n. 12.153/2009 o incidente de *uniformização de jurisprudência*, que poderá ser provocado por pedido da parte interessada, quando ocorrer “divergência entre decisões proferidas por Turmas Recursais sobre *questões de direito material*” (arts. 18, *caput*)²⁹.

²⁷ Não se estende ao grau de recurso “a capacidade postulatória atribuída às partes nos processos cujo valor não ultrapasse vinte salários mínimos” (CÂMARA, Alexandre Freitas, *op. cit.*, p. 144).

²⁸ O julgamento do recurso acarreta imposição dos encargos da sucumbência à parte vencida (Lei n. 9.099, art. 55: “A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé. Em segundo grau, o recorrente, vencido, pagará as custas e honorários de advogado, que serão fixados entre dez por cento e vinte por cento do valor de condenação ou, não havendo condenação, do valor corrigido da causa.”).

²⁹ O prazo e as formalidades do incidente serão tratados na legislação local de que cogita o art. 1º da Lei n. 12.153 e na regulamentação prevista no art. 20, da mesma lei. Subsidiariamente, observar-se-á a Lei n. 10.259/2001, que já contém disciplina de sistema similar de uniformização para o âmbito da Justiça Federal.

Divergências no campo do procedimento não justificam o incidente, muito embora se deva reconhecer que os abusos autoritários sejam tão graves no plano processual como no plano material.

O julgamento do incidente será feito em reunião conjunta das Turmas em conflito, sob a presidência de um desembargador indicado pelo Tribunal de Justiça da unidade federativa a que pertençam ambas as Turmas (art. 18, § 1º). Se os juízes tiverem sede em cidades diversas, a reunião das Turmas poderá ser feita por meio eletrônico (art. 18, § 2º). A forma de realização do julgamento em questão deverá ser regulada pelo Tribunal de Justiça, regimentalmente.

Quando as Turmas divergentes pertencerem a Estados diversos, ou quando a divergência envolver decisão em contrariedade com súmula do Superior Tribunal de Justiça, o pedido de uniformização será por este julgado (art. 18, § 3º). Caberá ao Superior Tribunal de Justiça dispor regimentalmente sobre a tramitação do incidente, que na verdade equivale a um verdadeiro recurso.

O Superior Tribunal de Justiça será também convocado a manifestar-se, a pedido da parte, quando a solução adotada pelas Turmas locais de Uniformização contrariar súmula daquela Corte Superior (art. 19, *caput*). A interferência do STJ, dessa maneira, não se baseia em divergência com sua jurisprudência dominante, mas tão somente se dará quando a contrariedade atingir entendimento já sumulado.

Em suma: o STJ é o competente para conhecer diretamente do pedido de uniformização em duas situações: (i) quando o dissídio se verificar entre Turmas Recursais de Estados diferentes; e (ii) quando uma Turma de Uniformização Recursal proferir decisão contrária à Súmula do STJ. Fora daí, as próprias Turmas conflitantes deverão resolver a divergência, nos moldes do § 1º do art. 18 da Lei n. 12.153 (isto é, em reunião conjunta, presidida por desembargador designado pelo Tribunal de Justiça a que ambas se vinculam).

Muito embora, a Lei n. 12.153 somente preveja a uniformização direta pelo STJ nos casos de acórdão local contrário a entendimento sumulado, aquela Corte baixou a Resolução n. 12, de 14/12/2009, apoiada em decisão de Supremo Tribunal, para permitir que divergências com jurisprudência não sumulada possam ser apreciadas pelo Superior Tribunal de Justiça por meio de *reclamação*. Assim, o que não

se consegue pela via do pedido de uniformização se torna alcançável por intermédio do remédio constitucional da reclamação, o que, como é óbvio, somente se tornou possível por meio de uma interpretação ampliativa do referido instituto³⁰.

19. CAUSAS REPETITIVAS

Configurada a situação de múltiplas causas em torno de questões idênticas àquelas já submetidas à uniformização do STJ, os pedidos subsequentes ficarão retidos nos autos, aguardando o pronunciamento do STJ (art. 19, § 1º).

No STJ observar-se-ão as seguintes medidas:

- a) “Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Presidente da Turma de Uniformização e, nos casos previstos em lei, ouvirá o Ministério Público, no prazo de 5 (cinco) dias” (art. 19, § 3º);
- b) “Decorridos os prazos referidos nos §§ 3º e 4º, o relator incluirá o pedido em pauta na sessão, com preferência sobre todos os demais feitos, ressalvados os processos com réus presos, os *habeas corpus* e os mandados de segurança” (art. 19, § 5º);
- c) “Publicado o acórdão respectivo, os pedidos retidos referidos no § 1º serão apreciados pelas Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou os declararão prejudicados, se veicularem tese não acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça” (art. 19, § 6º).

O Projeto aprovado no Congresso permitia a intervenção de *amicus curiae* no incidente de uniformização (§ 4º do art. 19), mas o dispositivo foi vetado pelo Presidente da República³¹.

³⁰ STF, Pleno, ED. no RE 571.572/BA, ac. 26/08/2009, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 27/11/2009.

³¹ *Razões do veto*: “Ao permitir a intervenção de qualquer pessoa, ainda que não seja parte do processo, o dispositivo cria espécie *sui generis* de intervenção de terceiros, incompatível com os princípios essenciais aos Juizados Especiais, como a celeridade e a simplicidade” (DOU 23/12/2009).

20. MEDIDAS DE URGÊNCIA

O relator, nos casos de uniformização presididos pelo Tribunal de Justiça ou pelo Superior Tribunal de Justiça, poderá conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, medida liminar de suspensão dos processos, dentro dos quais se estabeleceu a controvérsia. Os fundamentos da medida de urgência serão (i) a plausibilidade do direito invocado e (ii) o fundado receio de dano de difícil reparação (art. 19, § 2º).

21. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA

Há regras especiais na Lei n. 12.153, que disciplinam o cumprimento da sentença ou do acordo, nos processos dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, fazendo a necessária diferenciação entre a efetivação das obrigações de fazer, não fazer, entregar coisa certa e de prestar quantia certa (arts. 12 e 13).

22. OBRIGAÇÕES DE FAZER, NÃO FAZER OU DE ENTREGA DE COISA

O cumprimento do acordo ou da sentença, com trânsito em julgado, que imponham obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa certa, será efetuado mediante ofício do juiz à autoridade citada para a causa, com cópia da sentença ou do acordo (art. 12 da Lei n. 12.153)

23. OBRIGAÇÕES DE QUANTIA CERTA

O cumprimento de sentença relativo a obrigação de pagar quantia certa, dar-se-á após o respectivo trânsito em julgado, observados os procedimentos traçados pelo art. 13 da Lei n. 12.153:

- a) Se a obrigação for de pequeno valor (CF, art. 100, § 3º), a execução dar-se-á mediante *requisição judicial*, feita em ofício à autoridade que foi inicialmente citada para a causa, *independentemente* de precatório. O pagamento deverá ser realizado no prazo máximo de sessenta dias (art. 13, I).

Se a requisição judicial for desatendida, o juiz imediatamente “determinará o sequestro do numerário suficiente ao cumprimento da decisão” (art. 13, § 1º, da Lei n. 12.153). Não há nem mesmo necessidade

de prévia audiência da Fazenda Pública devedora, como deixa claro o referido dispositivo legal.

- b) Sendo o montante superior àquele definido como de pequeno valor, o cumprimento da sentença dar-se-á por meio de *precatório* (art. 13, II).

São estatuídas, ainda, pela Lei n. 12.153, as seguintes regras a serem observadas na execução das sentenças relativas a obrigações de quantia certa:

- a) “As obrigações definidas como de pequeno valor a serem pagas independentemente de precatório terão como limite o que for estabelecido na lei do respectivo ente da Federação” (art. 13, § 2º);
- b) “Até que se dê a publicação das leis de que trata o § 2º, os valores serão:
 - I – 40 (quarenta) salários mínimos, quanto aos Estados e ao Distrito Federal;
 - II – 30 (trinta) salários mínimos, quanto aos Municípios” (art. 13, § 3º);
- c) “São vedados o fracionamento, a repartição ou a quebra do valor da execução, de modo que o pagamento se faça, em parte, na forma estabelecida no inciso I *do caput* e, em parte, mediante expedição de precatório, bem como a expedição de precatório complementar ou suplementar do valor pago” (art. 13, § 4º);
- d) “Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido para pagamento independentemente do precatório, o pagamento far-se-á, sempre, por meio do precatório, sendo facultada à parte exequente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório” (art. 13, § 5º);
- e) “O saque do valor depositado poderá ser feito pela parte autora, pessoalmente, em qualquer agência do banco depositário, independentemente de alvará” (art. 13, § 6º);
- f) “O saque por meio de procurador somente poderá ser feito na agência destinatária do depósito, mediante procuração específica, com firma reconhecida, da qual constem o valor originalmente depositado e sua procedência” (art. 13, § 7º).

24. EXECUÇÃO E LITISCONSÓRCIO

A vedação de fracionamento da condenação para obter regimes executivos diversos, constante do art. 13, § 4º, da Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, decorre de regra da própria Constituição Federal (art. 100, § 4º). Não incide, todavia, em tal restrição a hipótese de litisconsortes facultativos, que, embora litigando no mesmo processo e obtendo sentença única, são titulares de direitos distintos e autônomos. Tecnicamente, não ocorre, de fato, fracionamento algum que corresponda ao regime interditado pela regra constitucional, como reiteradamente tem decidido o Supremo Tribunal Federal.³² O que realmente acontece é um cúmulo de condenações distintas, uma em favor de cada litisconsorte.

Por igual razão, admite a jurisprudência que também o advogado possa executar separadamente a verba honorária da sucumbência, usando quando o valor lhe permitir a via da execução de obrigações de pequeno valor, mesmo quando a condenação principal se submeta ao regime executivo do precatório. A autonomia do crédito advocatício decorre de previsão legal expressa e incontestada³³ daí que pode receber tratamento executivo próprio sem se contaminar pelo regime aplicável ao credor principal e sem se embaraçar com a vedação do artigo 100, § 4º, da Constituição.³⁴

³² “Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Execução contra a Fazenda Pública. Litisconsórcio facultativo. Requisição de Pequeno Valor. *Inexistência de afronta ao art. 100, § 4º, da Constituição da República.*” (STF, 1ª T., AgRg no RE 514808/RS, Rel. Min. Carmen Lúcia, ac. 09/10/2007, DJU 14/11/2007, p. 49). No mesmo sentido: STF, 2ª T., AgRg no RE 478470/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, ac. 11/09/2007, DJU 28/09/2007, p. 67; STF, 1ª T., RE 523199/RO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, ac. 26/04/2007, DJU 22/06/2007, p. 40.

³³ “Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.” (STJ, 5ª T., REsp 671.512/RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, ac. 19/5/2005, DJU 27/6/2005 p. 439).

³⁴ “A execução dos honorários advocatícios com valor inferior ao limite previsto na Lei n. 15.683/05, autoriza o pagamento por Requisição de Pequeno Valor – RPV, não implicando fracionamento da execução, ainda que o montante do crédito principal tenha obedecido ao regime dos precatórios.” (TJMG, Agravo 1.0024.03.166412-1/002, Rel. Des. Silas Vieira, ac. 19/10/2006 DJMG 21/11/2006). Em sentido con-

25. DIREITO INTERTEMPORAL

A Lei n. 12.153/2009 não criou os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito da Justiça Estadual. Estatuiu as regras para o respectivo funcionamento, quando tais juizados vierem a ser criados pela União e pelos Estados, através de suas leis de organização judiciária³⁵.

Fixou-se, além disso, um prazo de *vacatio legis* de seis meses para que as disposições da Lei n. 12.153 entrassem em vigor (art. 28), dentro do qual é de se esperar que a criação dos Juizados Especiais venha realmente a ocorrer por ato de quem tem competência para tanto; ou pelo menos que o processo de criação seja iniciado, já que o art. 22 da Lei n. 12.153 assinala um prazo geral de até dois anos de sua vigência para que a referida instalação esteja concluída.

Mesmo depois de concretamente instalados os referidos juizados, sua competência será imediata apenas para os processos ajuizados durante seu efetivo funcionamento. Embora se atribua caráter absoluto à competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, o art. 24 da Lei n. 12.153/2009 veda o deslocamento das demandas aforadas perante o juízo comum da Fazenda Pública, antes da instalação do novo Juizado.

trário, entende Ernane Fidelis dos Santos, para quem a vedação do art. 13, § 4º, da Lei n. 12.153 e do art. 100, § 4º, da CF, deve se aplicar inclusive à verba advocatícia de sucumbência, ao argumento de que, mesmo pertencendo a credor distinto, não perde sua característica de acessório da condenação principal (*Manual de Direito Processual Civil*, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, no prelo, vol. I, n. 1.053). Não é esse, entretanto o entendimento que tem sido adotado na jurisprudência, liderada pelo STF e pelo STJ e que se acha fielmente esposado pelo seguinte aresto do TJSP: “Requisição De Pequeno Valor. Honorários de sucumbência. Fracionamento com relação à condenação principal. Crédito de pequeno valor. *Tratando-se de litisconsorte facultativo, há divisibilidade dos seus direitos nos termos do art. 100, § 4º, da CF, possibilitando-se o fracionamento dos honorários sucumbenciais*” (TJSP – 3ª C. Dir. Púp., AI n. 904.056-5/4-00, Rel. Des. Marrey Uint, ac. 2/6/2009, <http://esaj.tj.sp.gov.br/ejsg/resultadoCompleta.do> – acesso em 25/2/2009).

³⁵ “Os Juizados Especiais da Fazenda Pública, órgãos da justiça comum e integrantes do Sistema dos Juizados Especiais, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência” (Lei n. 12.153/2009, art. 1º).

7

A AÇÃO MONITÓRIA, O DEVIDO PROCESSO LEGAL, A AMPLA DEFESA, E AS CAMBIAIS PRESCRITAS

Lailson Braga Baeta Neves

INTRODUÇÃO

A ação monitória é um tipo de ação de rito especial, é um instituto de Direito Processual Civil, introduzido em nosso ordenamento jurídico por uma das muitas pequenas reformas que foram feitas no nosso Código de Processo Civil.

O presente instituto suscita dúvidas e controvérsias quanto ao seu objetivo e alcance.

Causa espécie, o número de alterações legislativas, visando à celeridade processual, que, no fim, causam controvérsias e incertezas, sabe-se lá, inclusive, se atingem o seu objetivo final.

Neste modesto trabalho, iremos nos ater à utilização da monitória para atingir-se o pagamento das cambiais prescritas, sua adequação ao instituto e aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

A monitória tem por fundamento um documento que contém uma dívida de valor ou uma obrigação de dar alguma coisa, mas que não tenha eficácia de título executivo.

Tem um rito mais ágil, posto que o réu seja citado para pagar ou embargar, e a sua inércia converte a ação, antes cognitiva, em executiva, expedindo-se o mandado correspondente, dando ao documento uma força que não tinha antes.

A questão que se pretende suscitar aqui é quando o documento que tinha força executiva, como um título de crédito alcançado pela prescrição, fundamenta a ação monitória.

Em face disso resolvemos desenvolver este modesto trabalho, no qual falaremos das generalidades sobre a ação monitória, suas origens e ação monitória no direito luso-brasileiro, e o conceito de ação monitória e sua natureza jurídica.

Em seguida, passaremos a analisar o instituto da prescrição; considerações gerais e conceito.

No terceiro item trataremos dos títulos de crédito; considerações gerais, noção e função do instituto, características, conceito específico de alguns títulos, prescrição dos títulos de crédito e ações cambiais.

No quarto item, iremos tratar das posições favoráveis e contrárias à utilização, pura e simples do título de crédito prescrito enquanto fundamento da ação monitória.

No quinto item, passaremos a analisar os princípios constitucionais do “devido processo legal”, “do contraditório” e “da ampla defesa” e sua relação com a ação monitória.

Em seguida analisaremos a relação entre os pressupostos de admissibilidade do processo e as condições da ação em relação aos princípios constitucionais, relacionando-os com a ação monitória.

Finalmente, passaremos às nossas conclusões.

1. GENERALIDADES SOBRE A AÇÃO MONITÓRIA

1.1 As Origens da Ação Monitória

As origens da ação monitória remontam à Idade Média. Foi nessa época que se estabeleceu o direito do credor de obter diretamente do juiz a ordem do cumprimento da prestação desejada (execução). Entretanto, o mandato era acompanhado de cláusula segundo a qual o devedor poderia opor exceções dentro de certo prazo.

Esta cláusula, segundo Chiovenda¹, foi denominada de justificativa.

¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 312.

Assim, o *mandatum* de solvendo diferia profundamente da *mandatum* solvendo de *processus executivus* e documental, porque se expedia com a citação do devedor e prosseguia a despeito da oposição do devedor.

É de se concluir que a ação injuncional, ou monitória, não é uma inovação do Direito Processual moderno.

Quanto ao procedimento, deve-se dizer que se o devedor, notificado, negligenciava a oposição no prazo, executava-se o *mandatum* sem delongas. Todavia, apresentada a oposição, dava-se início à fase cognitiva.

Logo, tratava-se de um processo de cognição incompleta, visto que esta só teria lugar se o devedor se opusesse à pretensão do credor.

Variam os processos monitórios no direito moderno. Na Áustria e no Brasil, por exemplo, exige-se que o direito do autor se funde em documentos; na Alemanha e na Suíça, não.

É conhecida no Direito Inglês para crédito de determinada cifra de natureza urgente.

Teve boa aceitação na Itália, consoante compilação do primeiro Código de Sardo, de 1854. Entretanto, foi esquecido no Código de 1865.

Tentou-se a sua reintegração em 1909, no projeto de reforma, mas tal, só foi possível em 1922, embora tenha sido introduzido no ordenamento jurídico líbio, em 1913.

1.2 A Ação Monitória no Direito Luso-Brasileiro

No direito luso, o antecedente próximo da ação monitória é a antiga ação de assinação de dez dias, pela qual se ajuizavam obrigações que exigiam pronta execução.

Segundo Carreira Alvim², o procedimento tinha por base as escrituras públicas, os alvarás particulares de pessoas privilegiadas e as sentenças para os quais não competia procedimento executivo.

O réu, naquele procedimento, era citado, em dez dias, para pagar ou apresentar termo de quitação da dívida, ou então apresentar embargos para evitar a condenação.

² ALVIM, José Eduardo Carreira. *Código de Processo Civil Reformado*, p. 398.

Nos embargos, o réu podia alegar, além do pagamento, qualquer defesa que tivesse, como em um processo cognitivo comum.

Essa ação só tinha lugar entre as partes contratantes e não alcançava o cônjuge ou o herdeiro.

Segundo o Professor Leonardo Greco³, a assinatura de dez dias durou até a edição do Código de Processo Civil de 1939, que não acolheu o procedimento.

O Código de 1973, como o anterior, também ignorou o procedimento monitório, provavelmente por já enumerar um rol suficiente de documentos com força executiva.

A Lei 9.079, de 14 de julho de 1995, introduziu em nosso ordenamento jurídico a ação monitória, que se encontra, atualmente, no artigo 1.102-A, conforme dicção abaixo:

A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

1.3 Conceito de Ação Monitória e Natureza Jurídica

Os doutrinadores entendem que a ação monitória é um procedimento cognitivo sumário, com o fim de se obter, rapidamente, o título executivo.

Segundo o Desembargador Leonídio Dolher⁴, ação monitória tem a natureza jurídica de ação condenatória.

Na verdade, buscou-se com a edição do artigo anterior, permitir que o credor, titular de um documento em que seja esculpida uma obrigação, mas que não tenha um título executivo, possa obtê-lo, sem percorrer o caminho do rito ordinário, todavia, sem violar os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, já que se o devedor não ficar inerte, instala-se o processo cognitivo.

³ GRECO, Leonardo. *O Processo de Execução*. V. I, p. 33.

⁴ DOLHER, Leonídio. *Revista de Julgados*. Belo Horizonte: Del Rey, v. 71, p. 27. 1999.

2. O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

2.1 Considerações Gerais

Alguns operadores do direito, inclusive membros da magistratura, entendem que os títulos alcançados pela prescrição perdem a sua eficácia e se tornam documentos desprovidos de eficácia executiva, razão pela qual sua executividade pode ser recuperada pela ação monitória.

Em face disso, para dar um mínimo de qualidade a este texto, será feita uma análise, ainda que superficial, sobre o instituto da prescrição.

2.2 Conceito de Prescrição

Embora a prescrição seja instituto comum a todos os ramos do direito, sua definição é dada pelo Direito Civil, sendo de suma importância principalmente para os estudiosos do Direito Privado.

Trata-se de um instituto de direito substantivo, e não de direito adjetivo, como entendem alguns.

Disciplinada no Código Civil Brasileiro, a prescrição é caracterizada pela influência do elemento tempo, pois atribui juridicidade a situações que se prolongam no tempo.

Assim, o legislador confere ao titular de um direito um espaço temporal para fazer valer o referido direito, perdendo, em razão de sua inércia, a prerrogativa de torná-lo efetivo.

Beviláqua⁵, citado por Sílvio Rodrigues, define prescrição como a perda da ação atribuída a um direito e de toda a sua capacidade defensiva em consequência do não uso delas durante um determinado espaço de tempo.

Portanto, o que perece em face da prescrição não é o direito, mas a ação que o assegura.

⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Apud* RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, p. 320.

3. OS TÍTULOS DE CRÉDITO

3.1 Considerações Gerais

Antes de adentrarmos na definição de título de crédito, devemos entender que o crédito é a negociação de uma obrigação futura para a efetivação de negócios atuais.

Seus elementos fundamentais são confiança e tempo.

Assim o credor confia no devedor, pois troca os seus bens no presente, pela promessa de pagamento futuro.

Para melhor compreendermos a importância dessa definição, devemos nos lembrar de que a nossa civilização tem no comércio, ou seja, na atividade mercantil, a base de sua constituição.

Foi assim com o surgimento das feiras, dos burgos, bem como com os grandes descobrimentos.

Suas normas são rígidas e eficazes, mas proporcionando celeridade, sem descuidar da segurança, tudo isso em razão da atividade mercantil.

Por isso, o crédito precisava de uma forma célere, segura e eficaz para a sua circulação.

Surgiu, pois, o título de crédito, sem dúvida, a mais formidável criação do direito mercantil.

3.2 Noção e Função do Título de Crédito

Sendo o crédito a negociação de uma obrigação futura, o título de crédito, por consequência, é o documento que contém em si a obrigação da realização dessa obrigação.

Vale dizer, o título de crédito é o documento no qual se materializa a obrigação futura, objeto da promessa do devedor. Portanto, o que se incorpora ao título é o crédito e não toda a relação obrigacional que o antecede.

Para que se caracterize como tal, o documento tem de se revestir de força suficiente para que esteja contido nele mesmo o direito em questão, ou seja, o crédito.

Este requisito denomina-se *incorporação*, cuja posse equivale à titularidade do direito, razão pela qual a obrigação não pode ser exigida sem a sua exibição e a sua entrega ao devedor. De regra, implica quitação. A sua transferência implica a transmissão do direito.

Segundo Vivante⁶, citado por Dylson Dória “título de crédito é um documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo nele mencionado”.

3.3 Características dos Títulos de Crédito

As principais características comuns às cambiais são: incorporação, literalidade e autonomia.

A incorporação se explica pela existência do direito no próprio corpo do título, de sorte que a existência de um implica a do outro. Ou seja, o direito encontra-se posto no corpo do título.

A literalidade resulta do valor do crédito, posto que é exatamente o valor literal contido no título. O valor ali escrito limita a obrigação ao montante declarado. Além disso, estabelece uma função para toda firma lançada no título, posto que de alguma forma, vincula aqueles que a lançaram.

A autonomia diz respeito à independência das obrigações assumidas no título, ou seja, cada obrigação assumida é autônoma em relação a outra. Assim, se uma obrigação assumida for inválida persiste a outra. Em razão da autonomia, os obrigados (obrigado principal, avalistas e endossantes), têm o prazo de prescrição de suas obrigações, diferenciados, dependendo do grau da obrigação assumida no título.

Outras características que existem e que não são comuns a todos os títulos, são antagônicas e denominadas *independência* e *causalidade*. Alguns títulos como a letra de câmbio, nota promissória e o cheque, uma vez criados, desvinculam-se da causa que gerou a sua formação. Denomina-se tal característica *independência* e são, por isso, chamados títulos completos.

Existem outros títulos como as duplicatas e o conhecimento de transporte, que precisam da prova de um documento que os comple-

⁶ VIVANTE, Cesare. *Apud* DÓRIA, Dylson. *Curso de Direito Comercial*. V. 2, p. 6.

mente, conferindo-lhes validade. A duplicata, como o nome indica, é a duplicação do contrato original, mas com força cambiária e sem a existência válida da fatura, não adquire validade. São os chamados títulos incompletos.

3.4 As Ações Cambiais

A legislação que rege a matéria, sobretudo a lei uniforme, previu ações próprias para a sua cobrança. Também foram previstos os prazos prescricionais no mesmo arcabouço legal.

O nosso Código de Processo Civil, em seu artigo 585, incluiu os títulos de crédito na categoria dos títulos executivos extrajudiciais.

Por essa razão, o credor não precisa propor uma ação de conhecimento contra o devedor para exigir o seu crédito. Ele pode propor a ação executiva de forma direta.

Entretanto, prescrita a ação cambial, pode o credor intentar ação contra os obrigados principais (para este fim, o aceitante, o sacador, o emitente da promissória ou seus avalistas) ação de locupletamento, ou seja, de enriquecimento ilícito.

O autor deve provar que o réu enriqueceu-se ilicitamente em face do descumprimento da obrigação. Não cabe contra os obrigados indiretos e tem os seguintes requisitos:

- a) Um título de crédito formalmente perfeito;
- b) Desoneração da responsabilidade cambial, quer seja pela falta de apresentação para aceite ou protesto no tempo hábil, bem como pela prescrição;
- c) Prova de que o prejuízo do portador correspondeu a um indevido enriquecimento do réu.⁷

A ação de locupletamento, é bom que se diga, não tem a cambial como objeto, visto que a lei uniforme declara, expressamente, que a prescrição atinge qualquer forma de ação cambial, mas o enriquecimento ilícito por parte do obrigado principal.

⁷ DÓRIA, Dylson. *Curso de Direito Comercial*. V. 2, p. 72.

Não se discute, portanto, a cambial, mas o enriquecimento sem causa, o que fica demonstrado pela impossibilidade de se propô-la contra os demais coobrigados no título.

No mesmo sentido, a ação de cobrança tem por escopo realizar obrigação existente entre as partes, da qual o título é apenas um indício de sua existência, exigindo-se, pois, prova complementar e contundente, cujo ônus é do autor.

O objeto da ação de cobrança será, por exemplo, uma compra e venda realizada entre as partes ou qualquer outra forma contratual, mas nunca o título que já se encontra prescrito.

Em qualquer dos casos mencionados, ação de locupletamento ou de cobrança, o ônus da prova é do credor.

Entretanto, não prescrito o título e aforada uma ação executiva, outra seria a situação, visto que o direito incorporado pelo documento estaria gozando da presunção de certeza, liquidez e exigibilidade, razão pela qual caberia ao executado a desconstituição da presunção, demonstrando a força da inversão do ônus probante.

Os requisitos do título (incorporação, literalidade e autonomia) conferem-lhe uma presunção *juris tantum*, que impõe ao devedor o ônus da prova a tal ponto que não existe revelia nos embargos do devedor.

Logo, as demais ações (locupletamento e cobrança) não restauram as cambiais prescritas, posto que têm objeto que não os títulos de crédito. Embora o documento componha como documento probante a ação, este não é objeto da ação, mas tão somente um dos meios de prova da existência da obrigação que se discute no processo e, na maioria das vezes, o título prescrito é insuficiente, para, por si só, convencer quanto a natureza da obrigação em discussão.

4. POSIÇÕES SOBRE OS TÍTULOS PRESCRITOS E A AÇÃO MONITÓRIA

4.1 As Posições Favoráveis

Entendem eminentes doutrinadores, sobretudo o Dr. Ernane Fidélis dos Santos⁸, que a força probante do título, ainda que prescrito ou

⁸ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Ação Monitória*, p. 70-71.

mesmo diante da ausência de algum requisito que o desnature como título executivo, deve ser admitido como prova escrita do procedimento monitorio, inclusive sem declinar o negócio subjacente, posto que a monitoria se funda, apenas em um documento escrito e no pedido puro e simples de pagamento.

Para essa corrente, basta a simples declaração da dívida fundada no documento escrito e sua descrição.

A causa de pedir do mandado de injunção é, pois, a simples informação da dívida, sem necessidade de se descrever o negócio subjacente.

Portanto, segundo essa corrente, a monitoria faz as vezes de ação cambial pura e, querendo ou não, restaura o título prescrito.

4.2 A Posição Contrária

Outros doutrinadores, aqui representados pelo Desembargador Leonídio Dolher⁹, posicionam-se franca e diametralmente em oposição à anterior.

Alegam os doutrinadores que a ação monitoria, instituto de direito processual civil, portanto de direito adjetivo, não poderia revogar a legislação pertinente à prescrição, um instituto de direito substantivo, sem qualquer menção a este respeito.

Para os defensores desse posicionamento, a prevalecer o entendimento posto no subitem anterior, todo o ordenamento no que tange à prescrição estaria revogado por um artigo de lei de natureza eminentemente processual, causando a insegurança e incerteza jurídica nas relações, em especial as mercantis.

5. A AÇÃO MONITÓRIA E O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

5.1 O Devido Processo Legal

O Devido Processo Legal, é mais do que um princípio, uma garantia processual fundamental, assim como os princípios do contraditório

⁹ DOLHER, Leonídio Mathias. *Revista de Julgados*. V. 71, p. 31. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

tório e da ampla defesa, todos eles postos na Constituição da República, enquanto direitos fundamentais.

A palavra “due”, em inglês, tem tanto o sentido de “devido”, quanto de “obrigação”, bem como de “adequação”. Vale dizer, tem o significado de “adequado”, também.

Certamente, que tem o sentido de adequação, quando nos referimos à expressão “due process of law”, visto que a palavra “law” já dá o sentido de legal, que engloba o sentido de obrigatoriedade, visto que a obrigatoriedade ou o comando integra o elemento normativo da norma jurídica, sem o qual, não há que se falar em lei ou norma jurídica.

Logo, “o devido processo legal”, constitui na garantia dada ao cidadão de que em juízo seja submetido a um rito processual adequado às questões a serem dirimidas, permitindo-lhe, de forma ampla, exercer o contraditório, a ampla defesa, de forma que sejam amplamente ouvidas no que diz respeito às questões postas. É uma forma de assegurar o equilíbrio processual.

Não se admite que o procedimento adotado seja menor do que a questão que vai ser tratada, ou que não comporte a dilação probatória que o caso exige.

É o autor quem escolhe o procedimento, por isso, cabe a ele escolher um rito que seja adequado à questão proposta, sob pena de ser obstado aquele procedimento a fim de que outro seja tomado.

Um exemplo clássico disso, no direito pátrio, é a eleição da via sumaríssima (juizado especial), quando, em defesa fica demonstrada a necessidade de prova pericial. Ora, claramente não se trata do procedimento adequado ao caso, embora legal, não sendo razoável a exclusão da produção da prova com a qual o réu pretende demonstrar suas alegações.

Assim, é preciso analisar se a proposição de uma ação monitória, baseada, puramente, em um título de crédito prescrito, atende ao requisito da adequação, visto que não nos resta dúvida quanto à legalidade do procedimento.

Não devemos olvidar, que o devido processo legal, assim como o contraditório, é um procedimento meio, posto que sua finalidade seja garantir a ampla defesa, enquanto prática realizável no processo.

A adequação, é bom que se diga, faz-se diante do caso concreto, bem defendem vários autores, dentre eles Alexy¹⁰ e Günther¹¹, cada qual à sua maneira, mas ambas incompatíveis com a ideia posta de presunção de existência de um determinado negócio jurídico em face de uma declaração de valor, pura e simples.

Alexy, por exemplo, entende que princípios são normas, assim como as regras, todavia, em caso de colisão entre princípios deve haver um sopesamento, utilizando-se da máxima da proporcionalidade.

Esse entendimento é corroborado por Ávila¹², entretanto, como se nota, a colisão se dá entre uma norma posta na Constituição e outra na legislação processual infraconstitucional, embora, tal colisão seja provocada, no nosso entendimento, pelo intérprete e não, pelo legislador.

Para Günther, a fundamentação está ligada à validade da norma. O processo de justificação da norma se apoia no seu critério de validade.

Uma norma é válida e, portanto, se justifica quando conta com o assentimento de todos os envolvidos, ou seja, a todos a quem a norma se destina. Esta universalização obtida através do consenso dialógico se faz necessária para a sua justificação.

Entretanto, quanto à aplicação, deve-se observar a adequação da norma ao caso concreto. Em suma, é a sua aplicação que revelará a sua adequação ao caso.

Para que seja verificada a sua adequação, é preciso que se verifiquem todas as circunstâncias e características do caso concreto, confrontando todas as normas que podem a ele ser aplicadas.

Exige-se, pois, que a aplicação seja imparcial e só será assim se houver coerência na realização da adequação das normas aplicáveis e todas as circunstâncias do caso concreto.

Pelo menos, essa é a visão do autor.

¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹¹ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

¹² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

5.2 O Devido Processo Legal e a Ação Monitória

A ação monitória é um procedimento legal, de natureza especial posta no nosso ordenamento jurídico, quanto a isso não restam dúvidas. A sua eficácia em face da cultura judiciária brasileira já é outro assunto, que não é pertinente a este trabalho.

Entretanto, ao se admitir que alguém proponha a ação monitória com base, unicamente, em um título prescrito (cheque, promissória, letra de câmbio, etc.), sem declinar a causa subjacente, ou mesmo a declinando, não apontar nenhum documento que a corrobore além do título em questão, o princípio do “devido processo legal”, em sua essência, estará sendo violado.

Isso porque a norma posta no artigo 1.012 do CPC exige que o documento revele a natureza da negociação.

É de se ressaltar, que mesmo o documento assinado por duas testemunhas, deve conter obrigação unilateral ou, se bilateral, a prova de que a obrigação do exequente foi cumprida, sob pena de inexigibilidade.

Ora, da mesma forma, o título prescrito, contém tão somente uma declaração de dívida e nada mais. Não há como inferir dali qual negócio foi realizado, sua natureza, se bilateral ou não, etc.

Dizem alguns que isso poderá ser esclarecido por ocasião dos embargos, mas aí é que reside o maior engano e violação do direito da parte.

O ônus do autor inclui provar o fato constitutivo do seu direito, e isso não difere na ação monitória. Cabe a ele também, provar tudo o mais que alegar.

Ora, se alega que realizou, por exemplo, uma compra e venda com o réu e que este não pagou pela coisa, posto que o cheque prescrito não tinha provisão. Deve provar também o negócio, a entrega da coisa, bem como o não pagamento, único fato corroborado pelo título.

A transferência de tal ônus ao réu é ilegal e inadequada, pois o procedimento não tem essa extensão.

Caberia ao réu nos embargos, tão somente, as defesas naturais desse tipo de ação, provar que pagou por outra forma, que não recebeu a coisa, ou os defeitos ou vícios inerentes ao negócio.

Exigir dele, todavia, que a partir de um título em que se estriba toda uma negociação, que ele venha fazer a contraprova de uma alegação sem rastro probatório, é violar o princípio do devido processo legal, pois retira-lhe os elementos que lhe permitem a contraprodução probatória, ou a exposição adequada de suas razões.

Em face da visão de Günther, por exemplo, não existe sequer adequação nesta forma de proceder.

Já em relação à Alexy, teríamos uma violação ao postulado da proporcionalidade, já em face da adequação, diante da colisão da norma constitucional e da norma infraconstitucional.

Entretanto, a colisão se encontra, em casos como esse, não entre as normas, mas na aplicação inadequada de uma delas, sem observar o comando constitucional.

Toda norma jurídica deve ser interpretada à luz da constituição.

6. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E A AÇÃO MONITÓRIA

6.1 O Princípio do Contraditório

O “princípio do contraditório”, na mesma esteira, previne o equilíbrio das partes, pois exige que toda a alegação ou prova produzida no processo possa ser contrariada pela outra parte.

Esse princípio permite o exercício em concreto da ampla defesa, assim como o “devido processo legal”.

Tais princípios, garantias fundamentais que são, estão de acordo com o modelo constitucional vigente, ou seja, o “Estado Democrático de Direito”.

6.2 O Princípio do Contraditório e a Ação Monitória

Obviamente, só pode haver contrariedade de algo que está posto no processo, razão pela qual não se pode exigir ou transferir ao réu que prove a inexistência, extinção ou inexigibilidade de um negócio, cuja alegação de existência não esteja nos autos. Vamos além, não se pode exigir que o réu venha aos autos para provar a inexistência,

extinção ou inexigibilidade de um negócio que embora alegado pelo autor, não existe prova constitutiva de sua existência.

Isso não é contraditório, é inquisitório, posto que se atribui a presunção de veracidade a uma alegação feita pelo autor, exigindo que o réu a desconstitua, baseado em, exclusivamente, uma alegação, ou pior, na falta dela, estribado apenas em um documento de declaração de dívida sem que se saiba ou tenha base para inferir as razões de sua criação.

Não há como relevar o fato de que a ação monitória tem por origem a Idade Média, em que a uns eram atribuídos direitos e valores diferenciados, razão pela qual a palavra de alguém, com apenas um documento indiciário de um fato, podia lhe atribuir certa presunção.

Entretanto, diante da atual Constituição, o equilíbrio das partes se impõe em face dos princípios aqui mencionados.

As regras de admissão do processo, aliás, nada mais são do que o resultado do sopesamento dos princípios do acesso à justiça e os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

7. O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E A AÇÃO MONITÓRIA

7.1 O Princípio da Ampla Defesa

O Princípio da ampla defesa consiste na existência de meios legalmente assegurados ao cidadão de ingressar em juízo para defender um direito ou suposto direito que entenda estar sendo ferido ou, se demandado, a possibilidade de, dentro de um procedimento equilibrado, adequado e legítimo, possa contrapor suas alegações e de utilizar os meios probatórios necessários para demonstrar a veracidade e validade de seus argumentos.

Por isso, o princípio da ampla defesa só faz sentido se acobertado pelos princípios anteriormente analisados.

Não se admite que o cidadão não tenha a seu dispor os meios necessários para expor e defender suas posições, em pleno Estado Democrático de Direito.

Jürgen Habermas¹³, sociólogo e filósofo alemão entende que o processo jurídico deve contar com a participação intensa e efetiva dos interessados, de forma equilibrada e racional, pois só assim a resultante teria legitimidade.

De outra forma, a falta de participação, ou a negativa de participação não legitimaria o processo ou o resultado obtido, pela comunidade ou grupo a que se destina.

Sendo assim, a ampla defesa, além de ser uma garantia do cidadão é um suporte para o Estado Democrático de Direito e uma garantia de validade dos atos praticados pelo Estado seja qual for a sua face (executivo, legislativo, judiciário).

7.2 O Princípio da Ampla defesa e Ação Monitória

A ação monitória tem por objetivo, em face de pelo menos um documento que demonstra a existência de uma obrigação unilateral de dar pagar ou dar coisa certa, diante de uma revelia, atendendo ao princípio da celeridade e economia processual, passar imediatamente para a fase de satisfação do direito (execução).

Essa pretensão legislativa, não ofende, em abstrato, os princípios da ampla defesa ou os demais anteriormente analisados. Isto porque, diante da prova documental acima, a inércia foi uma opção do devedor demandado.

Entretanto, caso o documento seja apenas um título prescrito, não haverá prova do negócio ou da sua unilateralidade, sequer saberemos as razões do negócio, ou se este obedece aos requisitos de validade do ato jurídico, principalmente quanto ao objeto lícito.

De outra sorte, mesmo o documento assinado por duas testemunhas que contenha uma obrigação exequível, exige-se a prova de unilateralidade do negócio ou, se bilateral, se tornou unilateral pelo cumprimento da obrigação do pretense exequente.

Ora, em face disso, pergunta-se, como se admitir na monitória a presunção de unilateralidade, existência e licitude de um negócio

¹³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. V. I. Trad. Flávio Breno Siembeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

estribado apenas em um título prescrito, que, em face da prescrição, é apenas uma declaração de dívida?

No nosso entendimento, a ampla defesa fica seriamente comprometida.

Cabe ao autor da monitoria provar o fato constitutivo do direito com o documento ou documentos que instruem o processo e que são:

- a) O negócio em si e sua licitude e validade;
- b) A unilateralidade da obrigação, ainda que pelo cumprimento da sua parte;
- c) O não cumprimento pelo devedor.

Dos fatos acima expostos, apenas o não pagamento pode ser presumido pela presença do título nos autos, mas não os demais, e todos eles fazem parte do fato constitutivo do direito do autor.

Ora, o devedor tem o direito de, em face das alegações e provas carreadas pelo autor de determinar a sua estratégia de defesa, considerando o direito à ampla defesa, que, em concreto, em face da ausência de demonstração cabal dos requisitos acima, pode ser até o silêncio, para não lhe atrair um ônus desnecessário.

E nem se diga que tal opção é ilegal ou imoral, posto que ao credor exequente, quando embargado, sempre se admitiu que o silêncio não impõe os ônus da revelia por entender que sua opção de defesa reside unicamente no título que estriba a execução.

Entretanto, a presunção em favor do autor, pode comprometer qualquer sistema defensivo.

Por isso o título prescrito, puro e simples, não pode subsidiar a ação monitoria.

Não podemos ignorar que o procedimento monitorio tem origem na Europa medieval, época em que a palavra de uns tinha mais valia jurídica sobre a de outros, sendo aceitável, pois, em face daquele modelo que, com um início de prova documental, fosse presumida a veracidade das assertivas de uns sobre outros, tudo em uma época em que o magistrado, membro da corte, representava o monarca.

Entretanto, tal procedimento hermenêutico não pode ser admitido sob a égide da Constituição cidadã, visto que esta exige a aplicação do princípio constitucional da ampla defesa.

A ampla defesa exige, além do dito anteriormente, imparcialidade. Esta, por sua vez, se revela pela equidistância do julgador em relação às partes. Entretanto, havendo um procedimento em que o julgador presume a veracidade de uma alegação em face da outra, transferindo à última o dever de desconstituir uma presunção de existência lícita e válida de um negócio, bem como a sua unilateralidade, certamente põe termo à equidistância necessária, causando o desequilíbrio processual e óbice quase intransponível à defesa.

Esta presunção que não encontra sequer, respaldo na lei, fere o direito à ampla defesa do réu, bem como compromete a legitimidade do processo e das decisões tomadas, chegando a macular a imparcialidade e equidistância do Judiciário, que já não é mais do rei, mas do povo.

8. A AÇÃO MONITÓRIA E AS NORMAS GERAIS DE ADMISSIBILIDADE DO PROCESSO

8.1 A Função Constitucional das Normas de Admissibilidade do Processo

São conhecidas as normas de admissibilidade do processo: as condições da ação, as condições de procedibilidade, os requisitos quanto à petição inicial e os documentos essenciais à propositura da ação.

Muitos e abalizados operadores do direito entendem que tais normas não seriam recepcionadas pela Constituição vigente, por serem obstáculos ao acesso à Justiça.

Todavia, neste trabalho não as vemos sob esse prisma.

Acontece que assim como existe o princípio do acesso à justiça, também existem os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Ora, se uma ação é proposta sem a observância de requisitos que permitam o devido processo legal, do contraditório, ou da ampla defesa, faz-se necessária uma norma sopesante para que todos os princípios sejam preservados.

Permitir o andamento de um processo que dificulte a ampla defesa, por exemplo, ou mesmo que impossibilite a sua exequibilidade, só faria ofender o princípio e tornar ineficaz o exercício da Justiça.

Um sopesamento normativo leva ao equilíbrio que é a extinção do processo inviável em face do sistema jurídico em voga, permitindo ao autor retornar à Justiça com outro pedido, mas corrigidos os erros do anterior.

Esta postura legislativa preserva os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como assegura ao autor o acesso ao Judiciário, com pedido renovado, sem os vícios dos anteriores.

Portanto, sua análise sob uma ótica renovada em face da Constituição se impõe.

8.2 Os Pressupostos Processuais e a Ação Monitória

Humberto Theodoro Júnior¹⁴, em sua obra, deixa claro que compete ao autor provar o fato constitutivo do seu direito, referindo-se à ação monitória, competindo ao réu, unicamente, provar o fato impositivo, modificativo ou extintivo daquele direito.

Daí porque, na falta de comprovação do fato constitutivo, pode o réu, inclusive, optar pelo silêncio.

Entende Theodoro Júnior, que a prova a cargo do autor tem que evidenciar, por si só, a liquidez, certeza e exigibilidade da obrigação, porque o mandado de pagamento a ser expedido liminarmente tem que individuar a prestação reclamada pelo autor e não haverá oportunidade para o credor completar a comprovação do crédito e seu respectivo objeto.

Além disso, entende o Humberto Theodoro que o mandado de pagamento só pode apoiar-se em obrigação cuja existência não reclame acerto ulterior e cuja atualidade já esteja adequadamente comprovada.

¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 38. ed. V. III, p. 369. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Em síntese, exige-se que a ação proposta contenha todos os requisitos de admissibilidade necessários à propositura da ação, sob pena de extinção do processo.

Uma decisão fundada na falta das condições da ação ou dos demais requisitos de admissibilidade, em nada ofende como dito acima, o princípio de acessibilidade à justiça, ao contrário, se impõe para o equilíbrio do ordenamento, legitimação dos atos do Estado Juiz, bem como para a garantia do Estado Democrático de Direito.

Sob outra ótica, nada mais se faria senão sob a violência do desrespeito às normas constitucionais e infraconstitucionais, do que reavivar o título prescrito.

CONCLUSÃO

- A ação monitória é um procedimento legítimo que tem por finalidade dar ao credor um acesso mais rápido ao título executivo.
- Todavia este procedimento não é adequado para discutir uma obrigação não cumprida, unicamente com base em um título de crédito prescrito, mesmo porque, para tanto, existem as ações cambiais previstas na legislação adequada.
- A utilização da monitória nas bases acima, viola os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.
- Essa violação compromete o direito do cidadão, a legitimação do processo e a credibilidade do Judiciário, bem como a democracia no processo e, conseqüentemente, o próprio Estado Democrático de Direito.
- As normas de admissibilidade do processo devem ser observadas na ação monitória, da mesma forma que nos demais ritos processuais, sob pena de afetar o equilíbrio de princípios que sustentam as garantias de um processo justo ao cidadão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Código de Processo Civil Reformado*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1990.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Bookseller, 1998.

DOLHER, Leonídio Mathias. *Revista de Julgados*. V. 71, p. 27. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

DÓRIA, Dylson. *Curso de Direito Comercial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GRECO, Leonardo. *O Processo de Execução*. V. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Trad. Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. V. I. Trad. Flávio Breno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. V. 1, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Ação Monitória*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. V. III. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

8

APAC: MUITO MAIS DO QUE HUMANIZAÇÃO DAS PRISÕES

Luiz Carlos Rezende e Santos

1. INTRODUÇÃO

Sem dúvida que o combate imediato à violência deságua na condenação criminal. Também não há dúvida de que seja a pena de prisão a que mais se aplica, entre nós. Da mesma forma há consenso geral de que o sistema prisional é um fracasso no que toca à recuperação dos condenados e desestímulo para que voltem à vida criminosa. Ouvimos e lemos diariamente que, de um modo geral, a prisão deseduca, maltrata, torna os maus piores e não melhora os melhores. Costuma ser que depois do cumprimento da pena retornem à vida livre e às ruas com requintes de vileza e crueldade maiores, pois os adquiriram no cárcere.

Sabemos que cuidar dos condenados sempre foi atribuição do Estado e reservado ao Poder Executivo. Por isso que, por muitos anos, somente as instituições penais, de ofício, e as vertentes religiosas, por caridade, se preocupavam com os presos. Mas a violência e a reincidência criminal cresceram e crescem dia a dia. Esse crescimento não é por outro motivo senão o de ausência de verdadeiras políticas eficazes de execução penal e de recuperação do condenado como cidadão. Foi isso que levou, primeiro a comunidade, depois o Judiciário, a preocupar-se com o condenado, como indivíduo, pessoa e cidadão que deve voltar ao convívio da sociedade.

Essa preocupação levou o Conselho Nacional de Justiça – CNJ – a criar, como já é público, o projeto “Começar de Novo”, visando o as-

pecto individual do preso e a ótica social de permitir o retorno do ex-presidiário ao convívio das pessoas sem risco de aumentar o clima de violência já existente.

No entanto, sem o alarde do “Começar de Novo”, esse projeto teve em Minas Gerais um excelente precursor, ou seja: o bem sucedido “Novos Rumos da Execução Penal”. A primeira APAC, em Itaúna, com o Juiz Paulo Antônio, contaminou de entusiasmo o Desembargador Joaquim Alves de Andrade, que assumiu o projeto como um sacerdote.

O segredo do sucesso é a participação intensa do Poder Judiciário, aliado às comunidades locais e à iniciativa privada. O Governo do Estado adotou o projeto e, ainda muito antes que o CNJ começasse a se preocupar com a reinserção do preso na sociedade, já trabalhava nesse sentido, com pleno sucesso.

Essa atividade, entretanto, apenas se concretiza nas Comarcas, havendo vontade política dos órgãos municipais em conjunto com participação efetiva e voluntária da comunidade e a imprescindível atuação do Juiz de Execuções. Esse deve ser conhecedor do método, um verdadeiro convertido pela causa, sob pena da APAC se constituir exclusivamente em mais uma cadeia, sem atingir o propósito de preparar o preso para a vida em sociedade.

2. O INÍCIO

Quando um grupo de pessoas ligadas aos movimentos cristãos de São José dos Campos (SP) organizou-se, no final da década de sessenta e início da próxima, não esperava que seus passos fossem seguidos em tantos outros locais.

Por certo, acreditavam esses cristãos serem resposta a um chamado de Deus, para ajudar às pessoas que cumprem pena de prisão e seus familiares, na dolorosa missão de aceitar a condenação e facilitar-lhes o retorno à sociedade com oportunidade de trabalho.

Aquele grupo era motivado pelo instrumento **A.P.A.C.**, que, para eles significava: **Amando ao Próximo Amarás a Cristo**, representando a evidência de devoção à fraternidade cristã àqueles atirados às mais vis e degradantes humilhações.

Cumpriam, assim, o preceito do Evangelho de Marcos: “O que fizeste ao menor dos meus irmãos a mim o fizeste.”

Apoiada pelo então Juiz de Direito da Comarca de São José dos Campos, Dr. Silvío Marques Neto, a organização, sob a liderança do advogado Mário Ottoboni, ganhou notoriedade ao assumir o desafio de administrar o Presídio local.

A organização de Ottoboni necessitava de legitimidade civil. Assim, inspirado pela religiosidade do Grupo fundador da APAC nasceu a Pessoa Jurídica denominada Associação de Proteção e Assistência ao Condenado que passou a administrar Centros de Reintegração Social. A metodologia ganhou força através da aplicação de seus doze elementos:

- 1) Participação da comunidade;
- 2) Recuperando ajudando o recuperando;
- 3) Trabalho;
- 4) Religião;
- 5) Assistência jurídica;
- 6) Assistência à saúde;
- 7) Valorização humana;
- 8) A família;
- 9) O voluntário e sua formação;
- 10) Centro de Reintegração Social – CRS;
- 11) Mérito;
- 12) Jornada de libertação com Cristo.

Aceitas e cumpridas as etapas pelos voluntários e presidiários, ocorre – na expressão do Procurador de Justiça mineiro Tomaz de Aquino Resende – o “milagre”! Afinal aquele ser desprezível e odiado, verdadeiro lixo humano, é reconhecido como pessoa capaz de conviver com qualquer outra, sem perder suas marcas de sofrimento, diante da desgraça, como um distintivo pela vitória alcançada.

O Desembargador Joaquim Alves de Andrade sustenta que essa é a grande missão da APAC: “Transformar criminosos em cidadãos.”

3. A TRAJETÓRIA DAS APACs EM MINAS GERAIS

Em nosso Estado, ao projeto agregaram-se alguns ingredientes além dos doze elementos de Ottoboni. Principalmente a mineiridade, traduzida na boa recepção da novidade, bem como a humildade, para aprender o que é bom.

A primeira APAC mineira foi instalada na Comarca de Itaúna em janeiro de 1986. Ali houve o feliz encontro de Valdeci Antônio Ferreira, atual presidente da FBAC – Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados – com Paulo Antônio de Carvalho, Juiz de Direito responsável pela Execução Penal da Comarca de Itaúna. Ambos renunciaram a carreiras pessoais, ao perceber que tinham a relevante missão de tornar a unidade APAC (de Itaúna) paradigma das outras que nasceriam. E conseguiram!

De fato, a partir daquela época, muitas APACs nasceram em solo mineiro, nenhuma com a pujança da de Itaúna, com raríssimas e honrosas exceções, como a da unidade de Nova Lima, que também encontrou o Juiz de Direito Juarez Morais de Azevedo, e voluntários especiais como a Professora Magna Lois Rodrigues Mendes como grandes timoneiros.

O sucesso da APAC de Itaúna despertou interesse nos órgãos de cúpula do Tribunal de Justiça Mineiro, na gestão do Presidente Gudesteu Biber, que contou com o valoroso entusiasmo de seus colegas Desembargadores Sérgio Antônio de Resende e Joaquim Alves de Andrade. Daí nasceu, em Minas Gerais, o “Projeto Novos Rumos na Execução Penal”.

A partir de então, início do ano de 2002, a bandeira dos Novos Rumos passou a ser adotada como política de execução penal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. O Desembargador Joaquim Alves de Andrade tomou por missão disseminar, em todo território mineiro, a metodologia Apaqueana de Mário Ottoboni. Essa iniciativa foi reconhecida pelo Governo do Estado de Minas Gerais, e, no ano de 2004, através da Lei Estadual 15.299 permitiu-se a celebração de convênio de manutenção e administração das unidades pelo erário mineiro.

Mas foi no ano de 2006 que o Governo do Estado de Minas Gerais deu grande passo em proveito da metodologia Apaqueana. O então

Secretário de Estado de Defesa Social – Professor Antonio Anastasia – após visita a Itaúna – sustentou que além da manutenção deveria o Governo investir na construção dos Centros de Reintegração Social das APACs.

Dessa forma o movimento ganhou força e permitiu um salto de cerca de mil por cento no universo dos condenados submetidos à “metodologia apaqueana”, como instrumento para sua recuperação e reinserção no meio social.

Em recente entrevista, o hoje Governador Anastasia comentou a experiência do Estado de Minas Gerais com as APACs:

(...) essa é uma experiência muito exitosa, as chamadas APACs. Acho que todos em Minas conhecem esse modelo, que começou em Itaúna, já tem em várias cidades mineiras, uma bela parceria com o Poder Judiciário e o Ministério Público. São alternativas que estamos criando e que estão, a meu juízo, melhorando o sistema penitenciário brasileiro. (Minas Gerais de 24/04/2010, p. 5)

4. PECULIARIDADES DA METODOLOGIA

Segundo números da FBAC – Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados – nas APACs onde a metodologia é aplicada em sua plenitude o índice de reincidência não tem ultrapassado a 10% (dez por cento) de seus egressos.

Esse número é espantoso se comparado à afirmação do CNJ – Conselho Nacional de Justiça – de que a média nacional de reincidência entre os egressos do sistema carcerário gira em torno de 60 (sessenta) a 70 (setenta) por cento.

Não é, porém, somente o baixíssimo índice de reincidência dos presos que passaram pela metodologia APAC o que mais impressiona. Há também o custo diminuto de manutenção dos Centros de Reintegração Social das APACs.

Informa a Secretaria de Defesa Social do Estado de Minas Gerais que, na maioria das unidades APAC mineiras a manutenção de cada preso custa menos do que um terço da despesa média do preso no sistema comum. No mesmo sentido, também a S.E.D.S. informa que o valor de construção de cada vaga em presídios mineiros tem custo

de três a quatro vezes mais que o custo por vaga nos Centros de Reintegração Social das APACs.

Há muitas outras vantagens para as APACs em comparação com os presídios tradicionais. Vejamos algumas.

a) Participação dos Presos:

O chamado compartilhamento da administração da APAC com os presos tem a sua viga mestra nos Conselhos de Sinceridade e Solidariedade (CSSs). Tais conselhos, compostos exclusivamente por presos, aprecia, entre outras tarefas, o mérito (conquistado ou perdido) dos recuperandos. Trata-se de dois dos elementos do método (CSS e mérito) e merecem estudo mais profundo em outra ocasião.

Porém sobre os Conselhos, necessariamente existentes em todas as unidades, oportuna a lição de Mário Ottononi:

o CSS, desde sua instituição, revelou-se um organismo de cooperação excelente, porque traz aos dirigentes a vivência do presídio e pugna por soluções práticas, simples, econômicas, aqueles que realmente vão ao encontro dos anseios de todos os recuperandos. (Vamos matar o criminoso?, Paulinas, p. 69)

É pura verdade, pois os Conselhos são capazes de manter a disciplina no interior do Centro de Reintegração Social e preparam os recuperandos para diversas atividades, inclusive de segurança. Têm como principal objeto a apreciação do mérito para buscar aferir o nível de seu comprometimento, de sua caminhada, dos benefícios que pode alcançar e quais as atividades de responsabilidade que poderá praticar. A L.E.P. prevê esta avaliação para a concessão dos benefícios conforme doutrina do saudoso Jason Albergaria:

Relativamente ao comportamento do condenado, exige-se a comprovação de comportamento satisfatório durante a execução, do bom desempenho no trabalho e da aptidão para a profissão, com vistas à própria subsistência. (Manual de Direito Penitenciário, ed. Aide, p. 174)

Estas observações são importantíssimas no desenvolvimento da metodologia, como veremos a seguir.

b) Segurança:

De imediato, é a ausência de guarda armada que causa ao observador que visita as unidades a primeira impressão valorosa. É normal

que, ao chegar à unidade, seja o visitante recebido por um preso de regime mais brando (aberto ou semi-aberto) responsável pelas chaves da portaria. A existência de espaços próprios para visitantes, familiares e advogados demonstra organização e segurança do estabelecimento.

A administração compartilhada entre voluntários, funcionários e recuperandos concede um ar sereno ao centro de reintegração social logo notado. Há quem chega a não perceber, de imediato, que se encontra no interior de um estabelecimento prisional. Apesar da inexistência de seguranças armados são ótimos os índices de ordem observados nos estabelecimentos das APACs, posto que o número de fugas é proporcionalmente menor do que no sistema comum, não havendo registros de motins ou rebeliões no interior das APACs.

c) Higiene:

É sobremodo marcante adentrar-se na unidade APAC sem a desagradável percepção do aroma peculiar a quase todas as prisões. Aquele cheiro de roupas encardidas e gente apodrecendo é terrivelmente degradante.

Não se trata apenas de fornecimento de material básico de higiene e de acesso ao sol, mas, principalmente, da ausência do estresse diário que acaba provocando aquela sudorese típica que produz o odor único. A responsabilidade pela limpeza é entregue ao CSS que escala a tarefa dos recuperandos que, por sua vez, a organizam e compartilham a higiene coletiva. Ao final, dentre os critérios de mérito pessoal, os próprios presos avaliam seus colegas, incluindo na verificação a higiene individual.

d) Alimentação:

Raríssimas vezes se verificam queixas relativas à alimentação servida nas APACs, uma vez que os responsáveis pela cozinha são os próprios presos (escalados pelo CSS) que se empenham para que a alimentação seja preparada com cuidado, capricho e respeito aos colegas.

Os cardápios são discutidos e observam-se casos de dietas peculiares de alguns dos recuperandos, com necessidades alimentares especiais em virtude de enfermidades.

Também é comum que voluntários, visitantes e funcionários se alimentem da mesma comida servida aos recuperandos, assegurando, assim, a qualidade dos alimentos.

Muitos voluntários, em especial familiares dos internos, ajudam bastante na preparação dos alimentos, sobretudo nos dias de visita, facilitando a locomoção dos responsáveis pela cozinha e trazendo um clima e um aroma de familiaridade para a mesa e o próprio ambiente prisional.

e) Organização jurídica:

Um dos fatores mais estressantes que acomete o condenado à pena privativa de liberdade é a incerteza e a ausência de informação a respeito do processo a que responde. Assim, a existência de um serviço jurídico organizado no interior do próprio Centro de Reintegração Social suaviza e contém a ansiedade do recuperando para ciência e acompanhamento de seus eventuais benefícios.

Além disso, as remissões são computadas a tempo e modo, e apresentadas diretamente a quem de direito para homologação.

É de se destacar também que as audiências são realizadas no próprio prédio da APAC, o que assegura a presença das Autoridades no local e traz confiança à metodologia aplicada.

f) Objetos de uso pessoal e diário:

O uso de talheres, bem como ferramentas como facas, formões, chaves de fenda, martelos e serras seria inimaginável no interior de um presídio comum, principalmente no ambiente destinado aos apenados do regime fechado. Não é o caso das APACs. Nelas, ao contrário, a entrega de tais ferramentas aos presidiários pelo Conselho de Sinceridade e Solidariedade (composto por eles mesmos) faz parte da estratégia psicológica de gerar responsabilidade e recuperar a confiança individual. É capaz de despertar no recuperando sentimentos de valor e de esperança de contemplação com vagas no mercado de trabalho. Esperança de boa remuneração e de uma vida socialmente transformada.

g) Limites:

Nos CRS, segundo a metodologia, todos os recuperandos têm compromisso com o trabalho. Mas não são forçados a isso. São trabalhos próprios da metodologia da recuperação. Necessários à boa administração do estabelecimento e, por conseguinte à boa ordem, conforto e bem-estar deles mesmos. Os presos têm tarefas a reali-

zar, diariamente, sendo elas do cotidiano coletivo ou individual, bem como da rotina da APAC.

Valorizar a precisão de horários para refeição, para uso do aparelho de televisão, a participação efetiva em cursos, palestras, e manter o ambiente sempre respeitoso, permite ao recuperando conhecer um mundo com valores e limites diferentes daquele em que viveu e contribuem para a tranquilidade do ambiente.

Esta rotina diária, de forma programada e organizada proporciona uma ótima convivência no CRS e serve de exemplo para a vida do recuperando quando deixar a prisão. A boa convivência começa diante da percepção de que há boa recepção de sua parte para com os novos colegas recém-chegados ao presídio, para com suas respectivas famílias, bem como para com a administração do estabelecimento penal. São características bem próprias das APACs.

5. O “PROJETO COMEÇAR DE NOVO” DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Incompleto restaria este trabalho se não lembrássemos que o Conselho Nacional de Justiça lançou nacionalmente, em outubro de 2009, o “Projeto Começar de Novo” no âmbito do Judiciário Brasileiro que tem como principais finalidades:

Ações voltadas à sensibilização de órgãos públicos e da sociedade civil com o propósito de coordenar, em âmbito nacional, as propostas de trabalho e de cursos de capacitação profissional para presos e egressos do sistema carcerário, de modo a concretizar ações de cidadania e promover redução da reincidência. (Plano de Projeto)

Percebe-se que o projeto do Conselho Nacional é extremamente amplo e tem como escopo a Recuperação da Pessoa Humana. Este é também o principal objetivo da metodologia “apaqueana” e é por isto que através da Resolução 633/2010, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (no final da gestão do Desembargador Sérgio Antônio de Resende) emprestou a experiência do “Projeto Novos Rumos” para implantação do “Projeto do Conselho Nacional de Justiça”, acreditando que poderá servir como modelo para o Brasil.

6. O ALCANCE DA METODOLOGIA APAC

Muito mais do que permitir contato sincero do condenado que cumpre pena na APAC com sua família, sem riscos à segurança, e conceder-lhe o benefício de alimentar-se com talheres de metal e pratos de louça, de ter banheiros limpos e material para higiene, a metodologia tem alcançado outros objetivos, ainda que iniciais, mas tão importantes quanto a implementação do método.

a) As audiências públicas:

A cada audiência pública para divulgação do método, abrem-se oportunidades para discussão do sistema carcerário nacional. Percebe-se, em tais ocasiões, que é possível noticiar às comunidades o quanto é cruel e desumano o cumprimento de penas privativas de liberdade nos presídios tradicionais. As histórias de promiscuidade, de corrupção, de drogas e torturas são narradas, causam estupefação e aterrorizam a todos. Escancara-se a notícia de que, no ambiente prisional comum, ocorrem inúmeros crimes, de furtos a tráfico de drogas, de torturas a crimes contra os costumes, ficando impunes os autores, como se naqueles locais houvesse uma permissibilidade legislativa, uma couraça de imunidade, o que é absolutamente intolerável.

Nessa audiência apresenta-se a metodologia APAC como alternativa viável ao sistema prisional comum, pois entrega ao condenado um ambiente sadio e faz com que ele se resigne a cumprir a pena, para retornar ao convívio, à vida social como pessoa de bem.

b) Criação de vagas no Sistema Comum:

Alguns incautos sustentam que o sucesso da metodologia fosse simples ato de seleção, no interior das prisões convencionais, de alguns delinquentes com perfil criminológico arrependido, propenso a abandonar a vida do crime. Ainda que este “segredo do sucesso” fosse verdadeiro, já se justificaria, pois pessoas com essa índole não deveriam ter a personalidade contaminada pela mácula dos presídios comuns, sendo seduzidos para continuarem na vida criminosa, num aprendizado de verdadeira academia do crime.

Observa-se, entretanto, que as APACs são feitas para receber todo e qualquer tipo de condenado, independentemente do crime praticado. Este deverá submeter-se à metodologia, com empenho, que talvez se

transforme em sua única e verdadeira oportunidade de reinserção social. Aqueles que não o fazem retornam às prisões comuns, com seus desconfortos e todas as misérias que lhes são próprias.

Depois de iniciada a aplicação da metodologia nas unidades APAC, permite-se a criação de novas vagas no sistema carcerário em celas antes utilizadas pelos condenados, nas diversas prisões e cadeias públicas.

Isto, por si só, demonstra a importância do sistema que, com pouco dispêndio, permite a redução da superpopulação carcerária de nossos presídios.

c) Conversão e convertidos:

Ficava preso às mais insignificantes bagatelas, às vaidades das vaidades, minhas velhas amigas que me solicitavam a natureza carnal, murmurando: ‘Tu nos vais abandonar?’ E também: ‘De agora em diante, nunca mais estaremos contigo’. E ainda: ‘De agora em diante, não poderás mais fazer isso e aquilo!’ [...] Sentia-me envergonhado por ainda dar ouvidos ao sussurro daquelas tolices, e indeciso hesitava. (Santo Agostinho)

O desenvolvimento das práticas do método APAC ao longo da caminhada do Recuperando no Centro de Reintegração Social pode proporcionar a ele a verdadeira conversão.

Concentrado e empenhado neste novo rumo, por certo se libertará das más influências que lhe conduziram à prática criminosa. Mais do que isto, poderá, diante da comunidade e de sua família, ser testemunha viva da sua vitória sobre o mal. Doravante poderá ser ele exemplar instrumento do bem.

É verdade que poderá não alcançar a conversão, mas é certo que a oportunidade lhe foi oferecida. A grande maioria dos condenados que estão em prisões tradicionais nunca tiveram estrutura familiar ou social capaz de permitir o livre arbítrio daquilo que efetivamente querem.

Mais uma vez socorremos através de Santo Agostinho para indicar a importância da possibilidade de escolha:

Sem o livre arbítrio, não haveria mérito ou demérito, glória nem vitupério, responsabilidade nem irresponsabilidade, virtude nem vício...

A partir da recuperação oferecida pela APAC o condenado passa, então a ter oportunidade de optar. Anote-se ainda, apenas, para enriquecer a importância da escolha oferecida aos recuperandos da APAC, que mesmo aqueles que voltam à delinquência cometem crimes de menor potencial ofensivo consoante pesquisa da FBAC – Fraternidade Brasileira de Assistência ao Condenado.

As possibilidades de novas escolhas (livre arbítrio) dentre as práticas desenvolvidas nas APACs não são exclusivas dos condenados, já que os operadores do Direito, Juízes, Promotores de Justiça, Advogados e Defensores que convivem na APAC passam a ter muito mais legitimidade em suas atuações. Vivenciam a realidade dos presos e de suas famílias, conhecendo suas angústias e ansiedades. Adquirem novos e claros parâmetros para desenvolvimento de seus trabalhos.

Não é diferente o que ocorre com o voluntariado. Médicos, religiosos, dentistas, psicólogos, professores, engenheiros, motoristas, empresários, jornalistas, políticos e tantos outros que convivem o cotidiano das APACs passam a ter diferente impressão dos presos e de seus familiares. São estes, verdadeiros formadores de opinião, pessoas que divulgam a metodologia, ajudam a diminuir os preconceitos, e trazem novos voluntários para o trabalho de recuperação do condenado.

Descobrem novas experiências e novo e agradável sentido para a vida, em ajudar o próximo. Não raro, essas descobertas, segundo seus depoimentos próprios, proporcionam mais elementos de felicidade no seio de suas famílias e de sua vida social. Também é conversão!

O reflexo na sociedade local, ao verificar o alcance da metodologia, muito além do simples amor cristão aos desafortunados, implica no festejo de vitória do bem, tornando a APAC um dos orgulhos da comunidade.

7. CONCLUSÃO

Ter fé é acreditar nas coisas que você não vê; a recompensa por essa fé é ver aquilo em que você acredita. (Santo Agostinho)

A organização de movimentos para implementação de APACs tem alcançado resultados excelentes no bem-estar dos participantes, independentemente daqueles que, propriamente, advêm da aplicação

da metodologia. A motivação do voluntariado, o conhecimento da realidade do sistema carcerário nacional e a vontade de auxiliar na recuperação do condenado é satisfação humana de servir ao próximo, é motivo de bem-estar gozado por poucos, na antevisão de uma grande conquista.

A metodologia proporciona a oportunidade de que as pessoas nela envolvida sejam capazes de resgatar a ideia de que, por trás do condenado existe um ser humano e que voltará à sociedade. Ensina a todos nós, que “todo homem é maior do que seu erro” e pode ser recuperado como pessoa útil.

A certeza de que algo profissional está sendo feito pela recuperação do criminoso e em proveito da segurança da comunidade é estímulo ainda maior na vida daqueles que têm os mais nobres compromissos com o futuro da sociedade em que vivemos.

A necessidade de se fomentar novos grupos e comunidades para instalação e manutenção de APACs é cada vez maior, até mesmo para que todos tenham o compromisso de que a responsabilidade da recuperação do preso é de toda a sociedade e não de um Poder Instituído.

As APACs possibilitam, assim, diversas conquistas, como:

- fomentar a crença em qualquer espécie de ser humano;
- estimular a caridade; multiplicar vagas no sistema penitenciário comum;
- permitir o cumprimento de pena privativa de liberdade nos termos da Lei de Execuções Penais e valorizar a dignidade da pessoa humana.

Além de tudo, reduz a criminalidade com a minimização da reincidência e, por fim, possibilita a demonstração rotineira do seu principal milagre: A RESSURREIÇÃO DOS VIVOS.

Muito mais do que implementar uma Associação de Proteção e Assistência ao Condenado, o “Projeto Novos Rumos” do Tribunal de Justiça de Minas Gerais ao desenvolver e propagar a metodologia torna-se instrumento conjunto das instituições e da comunidade para combater a violência.

9

A JUSTIÇA DA RÚSSIA

Luiz Guilherme Marques

ESTRUTURA DA CÚPULA

O Poder Judiciário na Rússia tem três ramificações na cúpula:

- a) Justiça Constitucional, representada pela Corte Suprema Constitucional (responsável pelo julgamento das questões de constitucionalidade);
- b) Justiça Arbitral, representada pela Corte Suprema de Arbitragem (competente para o julgamento final das questões comerciais, submetidas aos tribunais arbitrais das instâncias inferiores);
- c) Justiça Comum, representada pela Corte Suprema (competente para todos os processos trabalhistas, civis, administrativos e penais).

SÉROUSSI (2000: 190) mostra mais duas ramificações da Justiça russa: a Justiça de Paz e a Arbitragem nos padrões dos demais países.

Quanto à primeira dessas duas diz:

(...) existem tribunais de inspiração ocidental, denominados ‘justiça de paz’, que julgam os litígios de todos os tipos de qualquer importância que seja.

Sobre a segunda diz:

(...) os recursos à arbitragem pública (estatal, de serviço) e à arbitragem privada (muito residual) funcionava já, mas sob diferentes formas, na URSS.

É essa a estrutura da Justiça russa atual.

Como federação e, ainda mais, ainda em fase de modificação, a Rússia mantém uma estrutura judiciária complexa para o observador estrangeiro, uma vez que tanto o Poder Central quanto as 89 unidades federadas podem manter estruturas judiciárias próprias.

No entanto, conforme já dito, a estrutura judiciária russa mantém basicamente três ramos diferentes: o primeiro tem como órgão máximo a Corte Constitucional (competente para as questões de constitucionalidade), o segundo é encabeçado pela Suprema Corte (competente como última instância da Justiça comum: causas civis, penais, trabalhistas e administrativas) e o terceiro encabeçado pela Suprema Corte de Arbitragem (competente para as causas comerciais).

Abaixo dessas Cortes federais existem, respectivamente, as seguintes Cortes das unidades federadas: as Cortes de Leis Constitucionais, a Alta Corte e as Cortes Móveis de Arbitragem.

A Alta Corte tem abaixo de si a Corte Distrital e as Justiças de Paz.

Esse é o quadro completo da estrutura judiciária russa, sem contar a Arbitragem estatal e a privada, pouco relevantes.

Como já dito, a estrutura federativa ainda cheia de desacertos entre o Poder Central e as unidades federadas gera distorções e muitas dificuldades principalmente para a compreensão dos juristas estrangeiros.

Marina KONIOUKHOVA, em *A Guide To Russian Legal Research* (<http://www.llrx.com/features/russia.htm>) diz sobre os Juizes de Paz, que são a área menos graduada do Judiciário das causas não comerciais e não constitucionais: “*JUÍZES DE PAZ* são juizes das unidades federativas da Federação Russa e formam parte integrante do sistema das Cortes de jurisdição comum” (<http://www.hro.org/docs/rlex/mirsud.htm>).

O restabelecimento do instituto da Justiça de Paz na Rússia em 2000 é um importante passo no desenvolvimento da reforma legal e judicial e contribui para uma proteção judicial acessível e operante para os cidadãos.

Incumbem aos Juizes de Paz funções e obrigações iguais às dos demais juizes da Rússia: exercer a justiça observando precisa e estritamente as regras constitucionais, as normas geralmente reconhecidas, normas e princípios de Direito Internacional e tratados internacionais concluídos com a Federação Russa.

Conforme consta do endereço <http://ladev.univ-paris1.fr/page.encyclo.sonore.html>, a Rússia “está organizando uma jurisdição administrativa”.

A Rússia ingressou no Conselho da Europa em 1998, passando a integrar um grupo de países que tem procurado unificar seu Direito, dando ênfase aos Direitos Humanos, julgáveis pela Corte Europeia de Direitos Humanos. A Rússia aderiu à Convenção Europeia dos Direitos Humanos em 05/05/1998, nessa mesma data tendo aderido aos Protocolos n. 1, 4 e 7, tendo também aderido aos Protocolos de n. 9, 10 e 11. Aderiu também à Convenção Antitortura e seus Protocolos de n. 1 e 2, além da sua adesão à Carta Europeia da Autonomia local, conforme noticiado no seguinte endereço: <http://cpt.coe.int/fr/presse/19980505fr.htm>.

É um dos países signatários da Convenção Europeia de Ajuda Mútua Judiciária Em Matéria Penal, tendo apresentado algumas reservas em 7 de novembro de 1996, conforme se pode ver no endereço http://www.consilium.eu.int/ejn/data/vol_b/4b_Convenção_protocolo_accords/entraide_judic_penale/030rdfr.html.

A URSS foi admitida na ONU em 24 de outubro de 1945. A Federação da Rússia endossou o estatuto de membro da URSS nas Nações Unidas em 24 de dezembro de 1991.

A modernização tem ocorrido de forma acelerada, como se poderá ver no curso deste estudo, bem assim também pelo

RELATÓRIO GERAL DA X CONFERÊNCIA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS EUROPEIAS

(Peter PACZOLAY)

As Constituições de determinados antigos países socialistas enunciaram formalmente o princípio da separação dos poderes – provavelmente em relação à ideologia precedente que tinha rejeitado a ideia de separação dos poderes, o que reflete também sua vontade de se adequar às normas ocidentais do constitucionalismo. A Rússia é uma prova eloquente nesse sentido. Em virtude da doutrina marxista-leninista, todos os poderes estavam concentrados nas mãos dos soviets. Em 1992, após a extinção da União Soviética, o princípio da separação dos poderes foi lembrado no texto da antiga Constituição como fundamento do novo regime constitucional, o que

criou uma cisão entre os novos fundamentos constitucionais e o antigo texto. Em 1993, a nova Constituição da Federação Russa passou a vigorar levando em conta a repartição de poderes entre autoridades legislativas, executivas e judiciárias, lembrando que tanto as autoridades legislativas, quanto as executivas e judiciárias passam a ser independentes.

Apesar de já ultrapassadas as informações desse noticiário, vê-se que na época em que foi veiculado, já estava em vigor o novo Código de Processo Penal, o novo Estatuto dos Juízes, a modificação à lei sobre o Sistema Judiciário e a legislação sobre a Corte Constitucional, enquanto que estavam em tramitação o novo Código de Processo Civil e a Lei de Organização da Comunidade Judiciária. É de se ressaltar que o novo Código do Trabalho foi editado em 2002, o Código de Processo Penal em 2001 e o Código Penal em 1996 (que entrou em vigor em 1º/01/1997), tendo ocorrido a reforma do Judiciário ainda em 2001.

O número de juízes na Rússia é de 20.000 mais ou menos, de representantes do Ministério Público de 40.000 mais ou menos e de funcionários da área de investigação criminal de 50.000.

Regra geral, os juízes são eleitos vitaliciamente, têm imunidade total, seus vencimentos são reduzidos, mas acumulam muitas mordomias.

A regra da magistratura é a da colegialidade, oficiando um juiz togado ao lado de dois juízes leigos.

No total existem por volta de 2.550 Tribunais na Rússia, aí estando incluídos os federais, os das unidades da Federação e até os municipais, sendo difícil relacioná-los de forma mais clara, levando em conta o fato de que a Federação se apresenta ainda um tanto complicada para os próprios governantes do país e muito mais será para que possa compreendê-la qualquer estrangeiro.

Realizada a 24ª Conferência dos Ministros da Justiça Europeus, em 04 e 05/10/2001, sob a égide do Conselho da Europa, reunido em Moscou, adotaram-se algumas normas a serem aplicadas a todos os países aderentes, dentre os quais a Rússia, relacionadas com os seguintes temas: prazo razoável para a tramitação dos processos, direito a um processo justo, melhora do sistema judiciário, temas relacionados com o processo de execução, e oficiais de justiça, conforme se pode ver no endereço <http://www.uilh.com/fr/6actualites/index.html>.

É de se lembrar a atuação da RUSSIAN ACADEMY OF JUSTICE nesse processo de modernização, a qual pode ser contatada inclusive pelo endereço eletrônico: rla@cityline.ru

SÉROUSSI (2000: 191) mostra a situação dos juízes na Rússia do período federativo:

Após a lei de 26 de junho de 1992, os juízes:

- são nomeados vitaliciamente após concurso,
- beneficiam-se da inviolabilidade, que se estende à sua pessoa e seus bens.

Conforme a constituição de 12 de dezembro de 1993, os juízes:

- recebem uma formação jurídica de alto nível,
- são independentes do poder político (não pertencem a um partido político) e são inamovíveis.

A lei orgânica de 31 de dezembro de 1996 revoga o princípio de recrutamento por concurso: nomeação dos juízes pelo Presidente da Federação da Rússia sob proposição da Corte Suprema (princípio da cooptação).

Assim, os juízes russos atuais são indicados pela Corte Suprema e nomeados pelo Presidente da Federação russa.

A CORTE CONSTITUCIONAL

GARCIA (1998) diz:

Uma corte de justiça naquele país não pode nulificar uma norma apodando-a de inconstitucional; desse modo, o Judiciário não tem qualquer função de promover revisão judicial ('judicial review'), existindo apenas uma exceção: em 1991 foi criada a Corte Constitucional da Rússia, a qual está investida do poder de promover a revisão constitucional, ou seja, ela pode, por meio de moção apresentada por uma organização governamental, suspender uma norma ou um ato do Executivo reputado como inconstitucional, ou dar a sua interpretação à luz da Constituição. É também fixado que, em qualquer caso em que uma alegação de inconstitucionalidade contra uma norma ou um ato for suscitada no curso de um processo perante as cortes regulares, tal questão é automaticamente remetida ao exame da Corte Constitucional.

A SUPREMA CORTE

GARCIA (1998) diz quanto à competência da Justiça “comum” (aquela que julga as causas que não são da competência das Cortes Arbitrais), que tem como órgão máximo a Corte Suprema:

(...) se a parte em um caso cível é um cidadão não envolvido em atividades financeiras e de negócios, a sua causa será analisada pela corte de jurisdição geral.

Em toda a Rússia existem por volta de catorze mil juízes em 2.500 cortes de jurisdição geral em diversos níveis, perante as quais a grande maioria dos litígios é levada. Em 1993, elas resolveram 1.800.000 questões de natureza civil.

A maior e mais importante parte do sistema regular de justiça são as cortes do Povo, que atendem a cada distrito urbano ou rural. Além da corte de Arbitragem, não existem cortes de jurisdição especial na Rússia, a não ser essas Cortes do Povo, que lidam com questões domésticas. Como integrante do sistema de jurisdição geral, elas lidam com mais de noventa por cento de todos os casos cíveis e criminais. As causas são julgadas por um juiz profissional que preside um colegiado formado por mais dois juízes, chamados ‘assessores do povo’, ou por um colegiado formado por três juízes togados, ou ainda, por apenas um juiz. Em 1993, a Rússia passou a experimentar a instituição do Tribunal do Júri, somente utilizado nos casos mais graves.

Decisões proferidas pelas cortes inferiores podem sofrer apelação para a Suprema Corte da Rússia.

A apelação direta para a Corte Superior (no sistema legal russo tal apelação é chamada ‘cassational review’) não é o único meio conferido à parte para recorrer contra uma decisão judicial. A lei garante aos cidadãos o direito de apelar para as cortes superiores mesmo quando o prazo hábil para agitar a ‘cassational review’ tiver expirado. Esse direito pode ser exercido não apenas por quem já tenha sido efetivamente condenado e enquanto ainda esteja cumprindo a sua sentença, mas por qualquer um em favor daquela pessoa.

É de se notar que, ao contrário dos países tradicionalmente vinculados à ‘common law’, na Rússia o julgamento das cortes em casos concretos não estabelece precedentes. Em outras palavras, o sistema legal não se baseia na possibilidade de o juiz criar e estabelecer direito.

A Suprema Corte da Rússia não possui o poder de proceder à ‘judicial review’, mas detém o poder de iniciativa legislativa e de

vinculação das suas conclusões quanto à interpretação das leis. A autoridade e as posições expostas pela Suprema Corte sempre são levadas em consideração pelos legisladores.

Além disso, a Suprema Corte expede instruções de orientação para as cortes inferiores em assuntos legais específicos, baseados em análises desenvolvidas sobre a administração da Justiça em um determinado campo do Direito. Tais instruções têm efeito vinculante sobre todas as cortes de justiça, assim como também sobre as agências oficiais que laboram com o Direito, e podem ser consideradas como uma autêntica fonte de direito.

GARCIA (1998) diz sobre a competência das Cortes de Arbitragem:

Sempre que ocorre uma disputa entre empresas de negócios, o caso é levado a julgamento perante as cortes de arbitragem. O sistema em que elas estão inseridas apresenta-se dividido em dois níveis, encimados com aproximadamente dois mil juizes, que trabalham numa média de três milhões de disputas anuais.

O MINISTÉRIO PÚBLICO

DAVID (1954: 304) esclarece com uma certa defasagem em termos de época, pois que seu livro trata apenas da época soviética, mas, mesmo assim, vale a pena conhecer essas realidades, uma vez que o Ministério Público não mudou tanto de lá para cá, estando havendo algumas mudanças mais importantes somente nos últimos anos, no período federativo, ou seja, após 1991, e, principalmente após 1º/01/1994, quando entrou em vigor a nova Constituição:

O Ministério Público é definido pelos autores: ‘um órgão do Estado soviético que exerce a fiscalização sobre a legalidade, que supervisiona e dirige a atividade dos órgãos de instrução criminal e que sustentam, em nome do Estado, a acusação diante dos Tribunais’.

Logo adiante fala das duas missões do Ministério Público: a geral e a de fiscalização da atividade judiciária. Também afirma que o Ministério Público não toma decisões por ele próprio, mas sim peticiona aos órgãos competentes para que providenciem a correção dos atos e decisões que os casos merecem.

Menciona o livro de KAREV, que aborda a história do Ministério Público soviético, destacando a lei de 28 de maio de 1922, que deu ao

Ministério Público uma feição mais próxima da atual, mas afirma que somente em 1932/1933 o Ministério Público passou a ter as características que tem atualmente, adquirindo sua plena independência. A lei orgânica do Ministério Público era na época do livro de KAREV a de 20 de junho de 1933, atualizada pela lei de 20 de julho de 1936. Diz também que a Constituição de 1936, no seu capítulo IX tratou do Ministério Público.

Quanto à chefia da instituição, cabia ao Procurador Geral da URSS, a quem eram subordinados os Procuradores das Repúblicas Socialistas Soviéticas e os Procuradores Especiais (procuradores do Exército, Marinha de guerra, transportes por via férrea, transportes marítimos e fluviais). Os procuradores das Repúblicas Socialistas Soviéticas tinham sob suas ordens os procuradores das Repúblicas autônomas, das regiões e das províncias. Estes últimos tinham como subordinados os procuradores dos distritos e das cidades. Por aí se observa que o Ministério Público era hierarquizado.

A progressão funcional dos representantes do Ministério Público e seu estatuto eram tratados num decreto do *Presidium* do Soviete Supremo da União Soviética de 16 de setembro de 1943. Sua responsabilidade disciplinar era regulada por uma portaria do Ministério Público da URSS de 17 de outubro de 1942.

DAVID comenta que o Ministério Público soviético era muito diferente do Ministério Público francês (p. 309).

A situação atual é a seguinte.

O Ministério Público, que tinha uma importância exagerada no período soviético, tanto nas causas criminais quanto nas cíveis em geral, e bem assim na área administrativa, a tendência é de reduzir seus superpoderes.

Vale a pena conhecer o Relatório da Comissão para Obediência das Obrigações e Engajamentos dos Estados-membro do Conselho da Europa no que pertine ao Ministério Público, que se lê no endereço de Internet: http://www.marianne-en-ligne.fr/98-07-27/e_a1a.htm:

Quando de sua adesão ao Conselho da Europa, a Rússia se obrigou a reformar seu Ministério Público que, nessa época, estava largamente embasado no modelo comunista da ‘prokuratura’. Nenhum progresso parece ter-se realizado nesse aspecto: o papel e as fun-

ções do Ministério Público são objeto de uma lei adotada em novembro de 1995 e não modificada depois. Na prática, isso significa que, diante de um tribunal, a igualdade das armas entre a acusação e a defesa não é sempre garantida. Fora do tribunal, isso significa que o Ministério Público dispõe de determinados poderes (controle da legalidade dos atos administrativos, seguido do respeito aos direitos humanos e direitos civis, função de fiscalização dos presídios e expedição de mandados de prisão) que, na maior parte dos Estados-membros do Conselho da Europa, foram transferidas a outros órgãos tais como tribunais administrativos, mediadores e juízes. Conforme o artigo 5º, § 3 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), o projeto do novo Código de Processo Penal prevê que a expedição de mandados de prisão é uma função que incumbe aos juízes aos quais ela será finalmente transferida.

A situação é muito menos clara no que diz respeito ao direito de defesa dos direitos humanos e outros direitos dos cidadãos. Apesar da adoção da lei sobre a função de comissário dos direitos humanos, o Ministério Público entendia quando de nossa visita em novembro de 1997, que ele não deveria perder seu poder de defender os direitos humanos e os outros direitos dos cidadãos, pois nesse domínio ele fornece cada ano um serviço eficaz e gratuito a milhões de cidadãos que não podem se conceder os serviços de um advogado ou pagar as despesas judiciais, ou que não querem aguardar a morosidade da Justiça. Esse serviço, o Ministério Público acredita que o comissário dos direitos humanos não estará à altura de prestar, por falta de estrutura adequada. Em princípio, é evidente que o poder de controle sobre a administração deveria competir aos tribunais administrativos, mas também que o encargo de defender os direitos humanos deveria ser confiado a uma instituição independente do Ministério Público, por exemplo ao comissário dos direitos, um mediador ou um órgão similar. Um órgão cuja função principal é acusar as pessoas (por exemplo, de uma infração) e que, conseqüentemente, se bate a priori pelos interesses do Estado, não pode ao mesmo tempo se bater contra o Estado; também, um órgão que ordena a detenção de uma pessoa possa ao mesmo tempo velar por que seus direitos, uma vez detida, não sejam violados.

O número de membros do Ministério Público ainda é excessivo, sendo atualmente de 40.000, frente aos 20.000 juízes, o que deverá ser objeto de alguma regulamentação para melhor aproveitar esse contingente excessivo de servidores públicos.

O MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

DAVID (1954) fala de início que além do Ministério da Justiça da URSS, cada uma das Repúblicas Socialistas Soviéticas tinha seu próprio Ministério da Justiça:

Aos Ministérios da Justiça (URSS e Repúblicas Socialistas Soviéticas) compete elaborar disposições que permitam o funcionamento dos tribunais, uma vez estes constituídos, e assegurar o funcionamento dos mesmos, sem se imiscuir nas funções propriamente judiciais (p. 310).

Afirma que o Ministério da Justiça da URSS controlava

(...) a atividade dos Ministérios da Justiça existentes nas Repúblicas Socialistas Soviéticas. Controla também, por intermédio destes últimos, a atividade dos Ministérios da Justiça das Repúblicas autônomas e das diretorias da Justiça existentes nos Sovietes das regiões, províncias e cidades. A todos esses funcionários dessas administrações, o Ministério da Justiça da URSS remetia regulamentos que eram para eles, obrigatórios; podia igualmente ab rogar, ou modificar, as decisões ou diretivas dessas administrações. Aos tribunais, o Ministério podia apresentar diretivas referentes à maneira de organizar seu trabalho. Inspecionava os tribunais e verificava se a aplicação do Direito realizada por eles estava correta. Se lhe parecia que os processos estavam mal julgados, o Ministério da Justiça somente podia, todavia, informar aos presidentes das Cortes Supremas das Repúblicas Socialistas Soviéticas competentes. O Ministério da Justiça da URSS, além disso, tomava conhecimento e publicava repertórios de jurisprudências. Ao Ministério da Justiça competia fixar as circunscrições e o orçamento dos vários tribunais, analisar as questões de organização judiciária e a realização das eleições para os cargos de juiz; regulamentava o dever para os juízes de prestar contas de suas atividades aos cidadãos; dirigia os oficiais de justiça, era encarregado das estatísticas judiciárias, publicava instruções com vistas a melhor organizar o trabalho dos tribunais. O Ministério da Justiça era encarregado diretamente da organização dos tribunais de exceção. Controlava a organização e a atividade dos tabeliães e advogados. Era encarregado da preparação profissional dos juízes de todos os tipos; dirigia institutos científicos de pesquisa em matéria de Direito e exercia seu controle de forma geral sobre as faculdades de Direito e a distribuição, nas carreiras, dos estudantes que tinham terminado seus estudos jurídicos. O Ministério, enfim, se ocupava das questões de codificação das

leis, decretos, ordenanças, quando se tratava de matérias legislativas da URSS, supervisionando os ministérios das Repúblicas Socialistas Soviéticas quando se tratava de legislação dessas últimas. Em cada República Socialista Soviética e em cada República autônoma existia paralelamente um Ministério da Justiça; esses ministérios se ocupavam das questões de organização, administração de finanças da Justiça, dentro da sua respectiva circunscrição. Eles eram colocados sob a direção do Ministério da Justiça da URSS e velavam pela execução das diretivas desse último. Decretos especiais regulamentavam sua organização e atividade. Os Ministérios das Repúblicas Socialistas Soviéticas controlavam a atividade dos Ministérios das Repúblicas Autônomas, onde elas existiam. Serviços do Ministério da Justiça existiam junto aos Sovietes das regiões, províncias e cidades.

O Ministério da Justiça atual tem procurado apresentar-se moderno, atendendo às ideias democráticas e trabalhando para o melhor desempenho da Justiça, procurando observar as regras estabelecidas, em última instância, pelo Conselho da Europa, do qual a Rússia faz parte.

OS ADVOGADOS

TURGUENIEV (1847) diz que na sua época não havia a profissão de advogado na Rússia.

De início devemos informar que dois políticos destacados do período socialista (Lenin e Alexandre Kerenski) iniciaram suas vidas como advogados, mas, quando assumiram o poder como políticos nada realizaram para valorizar a classe dos advogados, até porque, na época, todas as profissões eram tidas como iguais em importância, não devendo, de acordo com a ideologia socialista, uma ser mais destacada que as outras.

DAVID (1954) traça a história da classe dos advogados na então União Soviética, afirmando que no início do regime socialista essa classe passou por muitas dificuldades pelo fato dos governantes entenderem que pessoas leigas poderiam muito bem exercer as atribuições dos antigos advogados, merecendo destaque a modificação ocorrida em 1939, segundo a qual somente poderiam exercer a advocacia as pessoas inscritas nas Ordens dos Advogados, que na época em que foi escrita a obra a que nos referimos, eram “livres associações formadas por pessoas que

exercem uma atividade de juristas” (p. 317). Esclarece também que as Ordens dos Advogados eram organizadas nas províncias ou territórios, nas Repúblicas Autônomas e nas Repúblicas Soviéticas.

As inscrições para ingresso nas Ordens dos Advogados eram apresentadas à Presidência das Ordens, sendo realizada uma investigação aprofundada sobre os candidatos, conforme prescrição do Ministério da Justiça. Se a decisão era de recusa, os candidatos poderiam recorrer ao Ministro da Justiça da República Socialista Soviética competente, podendo apelar contra a decisão deste último ao Ministro da Justiça da URSS (p. 318).

Quanto aos impedimentos DAVID (1954) afirma que não podiam acumular suas funções com a de funcionário público, a não ser como atividade de ensino ou de natureza científica, podendo exercer funções eletivas nos estabelecimentos ou organizações nacionalizados ou coletivizados (p. 318).

Quanto aos honorários advocatícios eram regulados por uma instrução do Ministério da Justiça da URSS, que fixava os honorários máximos, mas “honorário efetivo é fixado por acordo com o cliente pelo diretor do Escritório de Consulta ou, se não existe tal escritório, pelo próprio advogado. No primeiro caso, é ao Escritório que o cliente paga os honorários” (p. 318).

Menciona também sobre a assistência judiciária, prevista na mencionada instrução, quando se tratava de processos sobre alimentos, indenizações por acidentes de trabalho, pensões e causas versantes sobre seguro. Esclarece que determinadas pessoas faziam sempre jus à gratuidade, sendo elas os soldados e suboficiais das Forças Armadas da URSS (p. 318).

Esclarece que os Escritórios de Consulta não podiam cobrar honorários pelas informações e conselhos puramente verbais que dessem (p. 319).

Quanto à responsabilidade disciplinar, havia uma instrução especial relativa ao processo administrativo, ali estando previsto que contra as decisões da presidência das Ordens dos Advogados podia o advogado recorrer ao Ministro da Justiça da República Socialista Soviética competente e em seguida ao próprio Ministro da Justiça da URSS, sendo de se notar que os procedimentos somente pode-

riam ser iniciados por iniciativa da presidência das Ordens dos Advogados (p. 319).

A situação atual é a seguinte: há uma procura pela verdadeira independência dos advogados, que tem aumentado, seguindo os padrões vigentes nos países do Conselho da Europa, do qual a Rússia faz parte atualmente.

OS TABELIÃES

DAVID (1954) afirma que a atividade dos tabeliães era dirigida pelo Ministério da Justiça da URSS no nível mais elevado e, abaixo, pelos Ministérios da Justiça das Repúblicas Socialistas Soviéticas (p. 320).

Fala da existência de dois tipos de tabeliães:

– tabeliães-chefes (nas cidades mais importantes: nomeados, removidos, exonerados pelos Ministros da Justiça das Repúblicas Socialistas Soviéticas);

– tabeliães (para as cidades de menor importância: nomeados, removidos, exonerados pelos chefes de Departamento desses Ministérios, que oficiavam junto ao sovietes provinciais, regionais ou das cidades) (p. 320).

Eram impedidos de exercer qualquer função pública, salvo eletiva ou de ensino (p. 320).

Eram obrigados ao dever de sigilo para os atos de seu ofício, juntamente com os seus substitutos e assessores (p. 320).

Quanto às procurações, contratos ou transações de todos os gêneros, quando o valor era superior a 500 rublos, era obrigatório o uso do instrumento público (p. 320).

Era prevista a gratuidade para determinadas categorias de pessoas (p. 321).

A área do Notariado está pouco desenvolvida na Rússia.

No entanto, tem sido feito um esforço de aprendizado e desenvolvimento, inclusive com o apoio de profissionais estrangeiros. É o que se pode ver no seguinte endereço: <http://www.notaires.ch/a/a.lasso>:

1 – Reunidos em assembleia geral em Berna em 8 de novembro de 2002 sob a presidência de Bernhard G. Burkard, os membros

da Federação Suíça de Notários tiveram a honra de ouvir o Conselheiro Federal Pascal Couchepin, [...] Um segundo prestigioso convidado estava presente: Evgueni Kliatchin, presidente da Federação de Notários da Rússia, que conta atualmente cerca de 6.000 notários: ele lembrou nessa ocasião que a Confederação Suíça conduziu durante 5 anos um programa de cooperação e de formação de notários russos, programa que fez muito sucesso... mas que terminará em 31 de dezembro de 2002, [...]

2 – Rússia: um simpósio internacional de notários de 16 a 19 de maio de 2002 ocorreu em Moscou reunindo mais de 120 participantes provenientes de 22 países principalmente do leste europeu (presidentes de notariatos e representantes de Ministério de Justiça) sobre o tema “O PAPEL SOCIAL DO NOTARIATO NOS PAÍSES DO LESTE EUROPEU, DA FEDERAÇÃO DA RÚSSIA E DA CEI”, organizado pela Câmara Federal Notarial da Rússia.

A situação atual é a seguinte: os parâmetros impostos pelo Conselho da Europa vão moldando todos os institutos jurídicos russos, inclusive a profissão dos notários.

CONCLUSÃO

1) A história da Justiça da Rússia pode ser dividida em três períodos distintos: a) czarista, b) socialista e c) federativo;

2) No primeiro período os juízes eram considerados meros funcionários do czar, tendo fracassado a tentativa de Mikhail Speranski (no começo do séc. XIX) de adaptar a legislação russa, inclusive a referente à Justiça, ao padrão napoleônico, enquanto que o Direito era resultado da vontade mais ou menos esclarecida do czar;

3) No segundo período, com a ideologia predominante, os juízes continuavam a não ser um Poder, mas sim funcionários eleitos, subordinados ao Partido Comunista, colocados no mesmo nível dos demais trabalhadores, até porque havia uma sutil intenção de dar menor valor aos intelectuais, justamente por serem considerados mais difíceis de serem controlados pelos governantes, enquanto que o Direito era reflexo da vontade do Soviete Supremo, órgão de cúpula do Partido Comunista;

4) Somente no terceiro período passaram a ser um Poder, após a edição da Constituição de 1993, também ocidentalizando-se cada vez mais o Direito, obediente às normas supranacionais do Conselho da Europa;

5) O ingresso da Rússia no Conselho da Europa em 1998 foi um dos passos mais importantes para o seu Judiciário e seu Direito, pois, a partir daí, procurou padronizar suas estruturas e ideologia pelos referenciais dessa comunidade internacional;

6) O Poder Judiciário atual está se modernizando rapidamente, sob a orientação de juristas franceses e canadenses, através da cooperação desses dois países, e procurando se adequar às regras do Conselho da Europa, que analisa os projetos de lei antes de sua votação pelo Legislativo russo, o mesmo se dizendo do seu Direito em geral;

7) Para a modernização completa do Poder Judiciário da Rússia e avanço maior do seu Direito seria interessante seu ingresso na União Europeia, mas parece que isso não acontecerá a curto prazo.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Introdução ao Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 1998.

BOSSEN, Gerd D. *et alii*. *A Rússia no Início da Era Putin*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Processo Civil no Direito Comparado*. Belo Horizonte: Líder, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DAVID, René; HAZARD, John N. *Le droit soviétique*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

GALITZIN, Emmanuel. *Aperçu de l'état social et politique des trois pays à cette époque, in La Russie du XVIIe siècle dans ses rapports avec l'Europe Occidentale, de Pierre Potemkin*. Paris: Editora Gide et J. Baudry, Éditeurs, 1855.

- GARCIA, Cláudia Viana. O Sistema Judicial da Rússia. *Correio Brasileiro*, 16/11/98, Caderno Direito & Justiça, p. 4, Brasília.
- HAZARD, John N.; DAVID, René. *Le droit soviétique*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954.
- HESPANHA, António M. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. Mem Martins: Publicações Europa-América, 1997.
- HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. VOL. I, Tomo 1º, Rio de Janeiro: Forense, 1953.
- KARAMZINE, N. M.. *A História da Rússia*. [s.n.].
- LAMARE, Tite de. *Caminhos da Eterna Rússia*. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1997.
- LAS REFORMAS JURIDICO-POLITICAS EN LA URSS (1988-1991) – Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- MADEIRA, Hécio Maciel França. *Digesto de Justiniano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- NASCIMENTO, Walter Vieira do. *História do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- PROUVOST, Leon. *Le Code Bolchevik du Mariage*. Seine el Oise: Conflans-Honorine, 1921.
- REALE, Miguel. *Problemas de nosso tempo*. São Paulo: Editorial Grijalbo, 1970.
- SÉROUSSI, Roland. *Introduction au droit comparé*. Paris: Dunod, 2000.
- SILVA, Octacílio Paula. *Ética do Magistrado à Luz do Direito Comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- THE COLUMBIA ENCYCLOPEDIA. Fifth Edition 1995. Columbia University Press.
- TURGUENIEV, N. *La Russie, les Russes*. Tome III, de l'Avenir de la Russie. Paris: Au Comptoir des Imprimeurs-Unis, 1847.
- VON GRUNWALD, Konstantin. *União Soviética*: São Paulo: Círculo do Livro, 1978.

10

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – LEI N. 8.069, DE 1990: NA TRILHA DOS DIREITOS HUMANOS

Maria Luiza de Marilac Alvarenga Araújo

A pátria não subsiste sem liberdade,
nem a liberdade sem a virtude,
nem a virtude sem os cidadãos (...)

Ora, formar cidadãos não é questão
de dias; e para tê-los adultos é
preciso educá-los desde crianças.
(Rousseau)

1. INTRODUÇÃO

A convicção de que todos os seres humanos têm o direito a ser igualmente respeitados pelo simples fato de sua humanidade é a ideia central do movimento em prol dos direitos humanos.

Tendo como fundamental essa compreensão, é preciso buscar o alcance do conceito de direitos humanos.

Conceitos são ideias elaboradas, organizadas e desenvolvidas a respeito de um assunto e exigem análise, reflexão e síntese¹. Mas, para se chegar a um conceito, via de regra, forma-se um *preconceito*.

A complexidade da real origem do *preconceito* é uma das grandes dificuldades que o ser humano enfrenta para entender como respeitar e amar o próximo de forma objetiva e sensata. O *pré+conceito*,

¹ SÁTIRO, Angélica e WUENSCH, Ana Miriam. *Pensando melhor. Iniciação ao Filosofar*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 11.

é o conceito antecipado, opinião formada, muitas vezes, sem reflexão, é uma compreensão, parcial, incompleta, de alguma coisa.

Infelizmente, têm-se banalizado o conceito de **preconceito** e o que ele realmente significa. Na verdade, o **preconceito**, quando bem usado, pode tornar-se um **conceito**, ou seja, um conhecimento mais amplo e completo. O **preconceito** só se torna negativo, maléfico, quando ficamos nele, sem desenvolvê-lo, baseando unicamente nas aparências e na empatia. Aí, sim, ele nos limita, nos impede de ver as coisas de uma maneira mais desenvolvida, ampla, transparente.

O conceito de Direitos Humanos evoluiu através da história da sociedade, de acordo com a organização da vida social, a corrente doutrinária, o modelo sócio-político-ideológico e as lutas presentes em cada período histórico.

Assim, para se chegar ao **conceito** mais recente de *direitos humanos*, é necessário começar pelos diversos **preconceitos** referentes aos *direitos humanos*, revelados na variedade de terminologias usadas para designá-los: *direitos naturais*, *direitos do homem*, *direitos individuais*, *direitos públicos subjetivos*, *liberdades fundamentais*, *liberdades públicas*, *direitos fundamentais do homem* e *direitos humanos fundamentais* e tentar desenvolvê-los.

Para Norberto Bobbio, a expressão “direitos do homem” é muito vaga e conduz, na maioria das vezes, a definições tautológicas: “direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem”. Em outros casos, dizem algo apenas sobre o desejado ou proposto para esses direitos, e não sobre o seu conteúdo: “direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado”.² Salienta Bobbio que os direitos humanos não nascem todos de uma vez, como um catálogo cerrado de prerrogativas. Para o ilustre jusfilósofo italiano, os direitos humanos são mutáveis de acordo com as condições históricas, das necessidades e interesses, das classes no poder, das transformações técnicas etc.³

As expressões *direitos individuais* e *direitos públicos subjetivos* referem-se à concepção individualista da pessoa humana, no Estado

² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 6. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 17.

³ *Ibidem*, p. 18.

liberal, exprimindo a situação jurídica subjetiva do indivíduo em relação ao Estado, sendo geralmente empregada para denominar uma parte dos direitos fundamentais, qual seja, a dos direitos civis concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, por isso não são suficientes para traduzir a amplitude dos *diretos humanos*.

As expressões *liberdades fundamentais* e *liberdades públicas* igualmente carregam estreitas ligações com as concepções de tradição individualista dos *direitos individuais* e dos *direitos públicos subjetivos*. Referem-se, geralmente, apenas às liberdades individuais clássicas – direitos civis – e às denominadas liberdades políticas – os direitos políticos –, sendo, portanto, limitantes e insuficientes para indicar o abrangente conteúdo dos *direitos humanos*, nos quais estão também contidos os direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais.

Insurgindo sobre o termo *direitos fundamentais do homem*, alega-se que o termo “do homem” já não é suficientemente indicativo de toda a espécie humana, ou seja, abrangente dos dois gêneros/sexos, em face da evolução, inclusive no direito, da situação da mulher, e, seguindo-se a tendência dominante na ordem jurídica e social é preferível utilizar-se a expressão “pessoa humana”.

A expressão *direitos humanos fundamentais*, ao coligir, num mesmo termo, *direitos humanos* e *direitos fundamentais*, pode parecer redundante, reduplicativa, vez que ambas referem-se aos mesmos objetos e conteúdos.

Para José Afonso da Silva, empregava-se a expressão *direitos naturais* por se entender que se tratava de direitos inerentes à natureza do homem só pelo fato de ser homem, isto é, direitos inatos que cabem ao homem só pelo fato de ser homem. Contudo, sustenta que não se aceita mais com tanta facilidade a tese de que tais direitos sejam naturais, provenientes da razão humana ou da natureza das coisas, na medida em que são direitos positivos, que encontram seu fundamento e conteúdo nas relações sociais materiais em cada momento histórico.⁴

Entende Paulo Bonavides⁵ que quem diz *direitos humanos*, diz *direitos fundamentais*, e quem diz estes diz aqueles, isto é, a mesma coi-

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucioinal positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 180.

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Os Direitos Humanos e a Democracia*. In *Direitos Humanos como Educação para a Justiça*. Reinaldo Pereira e Silva (org). São Paulo: LTr, 1998, p. 16.

sa, sendo aceitável numa acepção mais genérica o uso indistinto das duas expressões, como sinônimas. Porém, por razões de vantagem didática recomendam, para maior clareza e precisão, o uso das duas expressões com ligeira variação conceitual. Assim, a fórmula *direitos humanos*, por suas raízes históricas, seria adotada para referir-se aos direitos da pessoa humana antes de sua *constitucionalização* ou *positivação* nos ordenamentos nacionais, enquanto *direitos fundamentais* designam os direitos humanos quando deixam de ser direitos naturais e se convertem em direitos positivos, trasladando-se para o espaço normativo dos sistemas constitucionais.

José Joaquim Gomes Canotilho aduz que as expressões *direitos do homem* e *direitos fundamentais* são frequentemente utilizadas como sinônimos. Entretanto, é possível distingui-las a partir da origem e do significado, uma que *direitos do homem* são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista), ao passo que os *direitos fundamentais* são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos humanos arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal. Os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.⁶

Sérgio Resende de Barros⁷, por sua vez, argumenta que não há razão para separar *direitos fundamentais* de *direitos humanos*, simplesmente porque não há dicotomia entre eles. Só, abreviação, dentro do mesmo instituto jurídico. Apesar de contrapor o entendimento de que sejam institutos jurídicos distintos, enfatizando que, na verdade, o instituto nasceu uno e nunca foi senão um e que “essa dicotomia retira humanidade ao fundamental e fundamentalidade ao humano”, admite que os direitos humanos devem ser distinguidos dentro de uma escala que vai do mais geral e fundamental ao mais particular e operacional, considerando, por conseguinte, a existência de *direitos humanos fundamentais* (para quem prefere denominar *direitos humanos principais*, porque basilares, fundamentais em sentido amplo em que dão princípio

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 393.

⁷ BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 36-48.

e fundamento a seus direitos mais particulares e instrumentais) e *direitos humanos operacionais* (subsidiários dos principais, fundamentais no sentido estrito em que dão concreção a seus principais, instrumentando-os para os realizar), mas todos no mesmo espaço institucional, compondo um só instituto jurídico, sem separação, mas apenas *atuação*: aqueles operaram por meio destes que os atuam, de forma que nessa interação, todo o *humano* continua a ser *fundamental*, assim como todo *fundamental* continua a ser *humano*, sem separação.

Edilsom Farias⁸ entende que as expressões direitos fundamentais e direitos humanos referem-se ao mesmo objeto: *os status ou posições fundamentais garantidas juridicamente*. Porém, a despeito dessa similitude, importa assinalar que, ultimamente, vem-se preferindo a expressão *direitos fundamentais* para referir-se à dimensão constitucional desses direitos (os direitos subjetivos assegurados em uma Constituição), reservando-se o emprego da expressão *diretos humanos* para aludir-se à dimensão internacional desses direitos (os direitos subjetivos proclamados em declarações e demais tratados internacionais)

Conforme visto linhas acima, o *conceito* de direitos humanos alcança um caráter fluido, aberto e de contínua redefinição. Os múltiplos *conceitos* são quase todos construídos e desenvolvidos a partir de diferentes concepções e *preconceitos*. Neste ambiente, como é fácil perceber, cada autor encontra a definição que julga mais apropriada.

Vieira de Andrade⁹ justifica essa *pluralidade conceitual* dos direitos humanos pela diversidade de perspectivas a partir das quais eles são considerados, ou seja, aquilo a que se chama ou a que é lícito chamar *direitos fundamentais* pode, afinal, ser considerados por diversas perspectivas. Assim, foi numa perspectiva *filosófica* ou *jusnaturalista* que os direitos humanos foram primeiramente considerados, ou seja, traduzidos, em primeira dimensão, pelo *direito natural*, vistos, pois, como *direitos de todas as pessoas humanas, em todos os tempos e em todos os lugares*, sendo, portanto, *absolutos, imutáveis, anespaciais e atemporais*. Nesta maneira de ver, são *paradigmas axiológicos*, anteriores e superiores ao Estado e à própria Sociedade. Para ele, esta

⁸ FARIAS, Edilsom. *Liberdade de Expressão e Comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.27.

⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 12-30.

perspectiva não tem apenas interesse histórico, modernizou-se, mas não desapareceu e é a ela que por vezes se recorre ainda hoje, sempre que há deficiências ou dificuldades na aplicação das normas positivas referentes aos direitos humanos.

Numa segunda perspectiva, impulsionada pelos efeitos do *pós-guerra* (II Grande Guerra), os direitos humanos são concebidos como *direitos de todas as pessoas, em todos os lugares*, sendo declarados, pactuados e convencionados para serem promovidos e protegidos no âmbito da comunidade internacional, numa visão *universalista* ou *internacionalista*.

E numa terceira perspectiva – *estadual ou constitucional* – os direitos humanos são entendidos como *direitos das pessoas ou de certas categorias de pessoas, num determinado tempo e lugar*, mais precisamente em seus estados nacionais, como direitos positivos, *constitucionalizados*, tornando-se, assim, por meio da consagração constitucional, *direitos fundamentais*. Impulsionados por esse movimento *constitucionalista*, iniciado pouco antes nos Estados americanos e continuado desde então por toda a Europa e pelo Mundo, hoje, já não há notícias de constituições que não tenham disposições que destaquem os *direitos fundamentais* como *direitos humanos constitucionalizados*.

Desta forma, encontramos na doutrina diversos conceitos de direitos humanos de inspiração *jusnaturalista*, ou *universalista*, ou *constitucionalista*, e até mesmo conceitos *híbridos*, conjugando elementos de mais de uma perspectiva, na tentativa de elaboração conceitual mais precisa. Vejamos.

João Batista Herkenhoff assim conceitua Direitos Humanos :

Por direitos humanos ou direitos do homem são, modernamente, entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir.¹⁰

¹⁰ HERKENHOFF, João Batista. *Curso de Direitos Humanos*. V. I. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 30.

Selma Regina Aragão também conceitua os direitos humanos como sendo “os direitos em função da natureza humana, reconhecidos universalmente pelos quais indivíduos e humanidade, em geral, possam sobreviver e alcançar suas próprias realizações”.¹¹

Na mesma linha, Maria Victória Benevides entende, que os direitos humanos

são aqueles direitos comuns a todos os seres humanos, sem distinção de raça, sexo, classe social, religião, etnia, cidadania política ou julgamento moral. São aqueles que decorrem do reconhecimento da dignidade intrínseca a todo ser humano. Independem do reconhecimento formal dos poderes públicos – por isso são considerados naturais ou acima e antes da lei –, embora devam ser garantidos por esses mesmos poderes.¹²

José Castan Tobeñas, por sua vez, agregando novos elementos ao conceito, define *direitos humanos* como aqueles

Direitos fundamentais da pessoa humana – considerada tanto em seu aspecto individual como comunitário – que correspondem a esta em razão de sua própria natureza (de essência ao mesmo tempo corpórea, espiritual e social) e que devem ser reconhecidos e respeitados por todo poder e autoridade, inclusive as normas jurídicas positivas, cedendo, não obstante, em seu exercício, ante as exigências do bem comum.¹³

Numa perspectiva mais *constitucionalista* e preferindo a expressão *direitos humanos fundamentais*, Alexandre Moraes considera-os como sendo

o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.¹⁴

¹¹ ARAGÃO, Selma Regina. *Direitos Humanos na ordem mundial*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 105.

¹² BENEVIDES, Maria Victória. Cidadania e Justiça. In *Revista da FDE*. São Paulo, 1994.

¹³ Apud, *Ibidem*.

¹⁴ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 39.

Perez Luño diz que “os termos ‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’ são utilizados, muitas vezes como sinônimos”, mas reconhece que “há firme propensão doutrinal e normativa de reservar o termo ‘direitos fundamentais’ para designar os direitos positivos no nível interno”, ao passo que “a fórmula ‘direitos humanos’ seria a mais usual para denotar não só os direitos naturais positivados nas declarações e convenções internacionais, mas também aquelas exigências básicas relacionadas com a *dignidade*, liberdade e igualdade da pessoa que não alcançaram um estatuto jurídico positivo”. Propõe então que os direitos humanos sejam entendidos como sendo

um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.¹⁵

Edilsom Farias, inspirado no conceito de Perez Luño, atualiza-o, acrescenta-lhe os valores *fraternidade ou solidariedade*, declinando que

os direitos humanos podem ser aproximadamente entendidos como constituídos pelas posições subjetivas e pelas instituições jurídicas que, em cada momento histórico, procuram garantir os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e da fraternidade ou da solidariedade.¹⁶

Norberto Bobbio¹⁷ descreve o processo de desenvolvimento dos direitos humanos, dizendo que estes nascem como *direitos naturais universais*, desenvolvem-se como *direitos positivos particulares* (quando cada Constituição incorpora Declarações de Direitos), para finalmente encontrarem sua plena realização como *direitos positivos universais*.

Como se vê, diversas expressões foram utilizadas através dos tempos para designar o fenômeno dos direitos humanos, e diversas foram suas justificações. Nota-se, difusamente, uma certa sinonímia entre *direitos fundamentais* e *direitos humanos*. Para alguns, entretanto,

¹⁵ PEREZ LUNO, Antônio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 4. ed. Madrid : Tecnos, 1991, p. 44. Tradução livre. Grifos no original.

¹⁶ FARIAS, Edilsom. Op. cit., p. 26.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 30-32.

não são a mesma coisa e, sobretudo, teriam âmbito de incidência diverso. *Direitos fundamentais* teriam uma significação demarcada pelo espaço nacional. Seriam os direitos humanos positivados na ordem autocrática de um país. *Direitos humanos* seriam os mesmos direitos fundamentais enquanto expressos em ambiente internacional.

Considerando os posicionamentos transcritos, me parece que a expressão *direitos humanos*, por sua amplitude, é a que mais se adequa ao estudo dos Direitos Humanos, protegidos no âmbito da comunidade internacional, numa visão universalista ou internacionalista.

Dentre as inúmeras conceituações pertinentes ao tema, a que se me afigura mais completa é aquela apresentada por Perez Luño, vez que inclui em seu conceito de *direitos humanos* os valores da **dignidade**, da **liberdade** e da **igualdade** por considerar que foram sempre em torno deles que os direitos humanos foram historicamente reivindicados, mas com o acréscimo proposto por Edílson Farias – dos valores **fraternidade** ou **solidariedade**, vez que esses valores fundamentam os direitos humanos de terceira geração/dimensão e não foram mencionados no conceito de Perez Luño. Porém, com a ressalva de que o valor da **solidariedade** parece fundamental, na atualidade, os direitos humanos em sua **quarta geração/dimensão**, já por muitos anunciada, emergindo das reflexões sobre temas referentes ao desenvolvimento autossustentável, à paz mundial, ao meio ambiente global saudável e ecologicamente equilibrado, aos direitos relacionados à biotecnologia, à bioengenharia e à bioética, bem como às questões relativas ao desenvolvimento da cibernética, da realidade virtual, da chamada *era digital*, numa perspectiva *holística* dos direitos humanos. Desta forma, **fraternidade** e **solidariedade** são valores distintos e não entendidos como tendo igual significado ou representativos do mesmo momento histórico, mas reveladores de diferentes e novas dimensões dos direitos humanos e refletindo o seu processo histórico evolutivo. Importa ressaltar, ainda, que novos direitos humanos vão sendo percebidos e positivados à medida que o tempo passa, uns completando os outros e todos favorecendo o surgimento de novas expressões. Neste sentido Flávia Piovesan ensina que

uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Isto é, afasta-se a idéia da sucessão ‘geracional’ de direitos, na medida em que acolhe a idéia da expansão, cumulação e for-

talecimento dos direitos humanos consagrados, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação. Logo, apresentando os direitos humanos uma unidade indivisível, revela-se esvaziado o direito à liberdade, quando não assegurado o direito à igualdade e, por sua vez, esvaziado revela-se o direito à igualdade, quando não assegurada a liberdade.¹⁸

Assim, fazendo-se a junção dos conceitos propostos por Perez Luño e Edílsom Farias, com as ressalvas apresentadas, *direitos humanos* seriam hoje um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, buscam concretizar as exigências da dignidade, da liberdade, da igualdade, da fraternidade e da solidariedade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente, em todos os níveis.

Ou, ainda, se considerarmos a *dignidade* um valor *aglutinante* dos valores da *liberdade*, da *igualdade*, da *fraternidade* e da *solidariedade* humanas, o que significa que o sacrifício total de algum deles importa uma violação da pessoa humana, pois não pode haver dignidade com liberdade abusivamente cerceada, nem na desigualdade, nem nos contravalores da fraternidade e da solidariedade, numa versão mais sintética, ainda podemos considerar os *direitos humanos* como sendo

um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, buscam concretizar as exigências da dignidade da pessoa humana, as quais devem ser reconhecidas positivamente em todos os níveis.

Um preconceito negativo como um dos entraves à realização dos direitos humanos.

Procurando evidenciar como as dimensões presentes no *preconceito* ampliam e/ou restringem o modo de ver, pensar e agir em relação aos Direitos Humanos, um *preconceito* com grave carga negativa que vem sendo difundido, desde os anos 80, acerca dos direitos humanos, é a ideia distorcida que insiste em descrever os direitos humanos como instrumento de “proteção dos bandidos contra a polícia”. Tal deturpação vem quase sempre acompanhada das perguntas: “e os direitos humanos das vítimas?” ou “por que esse pessoal dos direitos humanos não defende as vítimas desses bandidos?”. Não raro são vei-

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. XXXI/XXXII.

culadas imagens de policiais vítimas de confrontos ou de familiares de vítimas com discurso de que no caso desses os “Direitos Humanos” não aparecem em sua defesa, mas se fossem bandidos, estariam lá para prejudicar o trabalho da polícia.

Tal preconceito carrega dois problemas. *Primeiro*: a tentativa de aprisionar os direitos humanos às questões meramente policiais e, *segundo*, em consequência, estigmatizar os defensores dos direitos humanos como “protetores de bandidos”.

Ora, as questões *policiais* enfrentadas pelos direitos humanos constituem apenas pequena parte (situada no âmbito dos direitos civis) de seu amplo conteúdo. José Reinaldo de Lima Lopes¹⁹ esclarece que os casos de defesa dos direitos humanos de meados da década de 70 para cá só parcialmente se referem a questões policiais. A sua imensa maioria – não noticiada pela grande imprensa – esteve concentrada nas chamadas questões sociais (direito à terra e à moradia, direitos trabalhistas e previdenciários, direitos políticos, direitos à saúde, à educação etc). E no decorrer da segunda metade da década de 80, principalmente nos anos de 1985 a 1988, as organizações de defesa dos direitos humanos multiplicaram informações sobre a Constituição e a Constituinte, inclusive apresentando proposta (incluída no regimento interno do Congresso Constituinte) de emendas ao projeto de Constituição por iniciativa popular. Assim, a tentativa de restringir os direitos humanos às questões policiais é, senão carregada de *ignorância* quanto ao amplo conteúdo e alcance dos direitos humanos, motivada de *má-fé* por grupos de poder historicamente obstruidores do irreversível processo evolutivo dos direitos humanos, ou seja, querem minar a efetivação de um modelo de desenvolvimento sustentável, com inclusão social e econômica, ambientalmente equilibrado e tecnologicamente responsável, enfim, minar o avanço da democracia no plano econômico, de aprofundamento do diálogo permanente entre Estado e sociedade civil, questão chave para a efetivação da justiça.

Quanto ao questionamento referente às *vítimas*, José Reinaldo de Lima Lopes²⁰ também esclarece que os direitos humanos buscam de-

¹⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito, Utopia e Justiça*. Coleção Seminários nº 09. Rio de Janeiro: Instituto de Apoio Jurídico Popular: Fase, 1988, p. 14.

²⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit. p. 13.

fender a pessoa humana não de um indivíduo qualquer, isolado, *atomizado*, mas do exercício abusivo do poder, principalmente das instituições do poder político, econômico, social e cultural. Ainda segundo José Reinaldo de Lima Lopes²¹, a expressão direitos humanos refere-se aos conflitos entre as pessoas humanas e as organizações de poder: o Estado, o mercado, organizações burocráticas, impessoais, havendo sempre uma *situação de desequilíbrio estrutural de forças entre a vítima e o violador*, sendo aquela permanente e estruturalmente subordinada a este. Assim, a relação de conflito *criminoso x polícia* é enxergada pelos direitos humanos como relação pessoa humana (criminoso) x Estado (polícia), não sendo permitido ao Estado (polícia) abusar do poder (prisões ilegais, torturas, etc) contra as pessoas (mesmo consideradas “criminosas”).

Deste modo, temos uma questão de direitos humanos *quando se tem uma relação de poder geradora de desigualdade e discriminação*, em que a parte hipossuficiente/vulnerabilizada desta relação é discriminada, subjugada, coagida, submetida, forçada abusivamente aos interesses e/ou vontades da outra parte, como nas relações de poder entre *mercado x consumidor, homem x mulher (relações de gênero), adulto x criança, branco x preto, rico x pobre, hetero x homo, sadio x doente, pessoa não deficiente x pessoa com deficiência, pessoa jovem x pessoa idosa* e até mesmo na relação *espécie humana x outras espécies*. Em todas essas relações de poder, os direitos humanos buscam a defesa da parte hipossuficiente/vulnerabilizada, sendo, portanto *direitos das vítimas*, das vítimas de abuso de poder.

Cançado Trindade enfatiza:

O Direito dos Direitos Humanos não rege as relações entre iguais; opera precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos. Nas relações entre desiguais, posiciona-se em favor dos mais necessitados de proteção. Não busca um equilíbrio abstrato entre as partes, mas remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades. Não se nutre das barganhas da reciprocidade, mas se inspira nas considerações de *ordre public* em defesa dos interesses superiores, da realização da justiça. É o direito de proteção dos mais fracos e vulneráveis, cujos avanços em sua evolução histórica se têm devido em grande parte à mobilização da sociedade

²¹ Ibidem, p. 13-14.

civil contra todos os tipos de dominação, exclusão e repressão. Neste domínio de proteção, as normas jurídicas são interpretadas e aplicadas tendo sempre presentes as necessidades prementes de proteção das supostas vítimas.²²

Logo, os direitos humanos não são *neutros*, mas tomam partido da pessoa humana e buscam proteger, promover e zelar pela sua dignidade, eis que qualquer desrespeito à pessoa humana (independentemente de sua condição) significa amesquinhar, empobrecer e desrespeitar toda a humanidade, porquanto cada pessoa humana, em sua imagem, reflete toda a humanidade.

Direitos Humanos não é facção política, nem ideológica, e nem social. Direitos Humanos abrangem todas as pessoas, independentemente das condições em que se encontram. Se esse conceito não exclui ninguém, ele também contempla o policial. Se esse conceito visa todos os direitos, se não exclui ou privilegia um direito sobre o outro, logo não fará distinção nem concessão, vai proteger todo aquele que o buscar, e aqueles que dele necessitem.

No nosso país, infelizmente, ainda imperam as incompreensões sobre o tema, vez que quando se fala de Direitos Humanos se pensa apenas em Direito Penal e relacionam-se todas as questões com a administração da justiça criminal, enquadrando-o como “defesa de bandidos”.

Imersa em estigmas que a própria sociedade criou e contra ela mesma, de que “todo bandido merece morrer”, “lugar de bandido é na cadeia”, frutos de uma educação falha, ela até hoje, não “acordou” para o fato de que, ao mesmo tempo, por ser “bandido”, à luz do preconceito social, o indivíduo perde todos os seus direitos à dignidade e civilidade.

E a consequência disso é o assustador aumento da delinquência: multiplicam-se as vítimas fatais de crimes hediondos, brutais, pavorosos, sórdidos, depravados, etc. Contra as mulheres são cometidos delitos de lesões corporais, estupro e homicídios passionais; os homens de negócio são sequestrados e mortos. Os menores infratores, dia a dia nas ruas, são autores de atos repugnantes, em geral, sob efeitos do álcool e das drogas proibidas.

²² Antônio Augusto Cançado Trindade na apresentação do livro de Flávia Piovesan. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. XXXI/XXXII.

A despeito deste quadro míope, é inegável que paulatinamente tem ocorrido grandes avanços no reconhecimento e compreensão dos direitos humanos

2. REFLEXÕES ACERCA DA LEI 8.069/90 – ECA – NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

O processo de construção de um sistema de direitos humanos para crianças e adolescentes perpassou por um longo caminho de mudanças políticas, ideológicas e sociais, nos âmbitos internacional e nacional.

A partir do advento da Declaração dos Direitos da Criança em 1959 adotada pela Assembleia das Nações Unidas, inaugura-se uma nova esfera de proteção dos direitos da Infância-adolescência através da definição de vários princípios garantidores dos direitos desse público. A partir de então, tornou-se conforme nos aponta Saraiva²³ “imperioso o estabelecimento de uma Normativa Internacional com força cogente, apta a dar efetividade aos Direitos preconizados na Declaração dos Direitos da Criança, na ONU”.

Em 1989, aprova-se por meio da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, a Convenção sobre os Direitos da Criança, um documento com força coercitiva para os Estados signatários, incluindo o Brasil.

Assim, nos anos 80 inicia-se um processo de ampla discussão na América Latina sobre a “Convenção Internacional dos Direitos da Criança”, introduzindo-se a dimensão jurídica dos problemas da infância-adolescência na ação dos movimentos sociais.

O Brasil, seguindo a linha de entendimento da normativa internacional, garante a proteção integral ao estabelecer no artigo 227 da Constituição da República de 1988, que a criança e o adolescente são prioridade absoluta e assegura-lhes o direito à vida, à saúde, à educação, à liberdade, ao respeito e garante a proteção especial em vários aspectos, em atenção a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

²³ SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 55.

Nesta perspectiva de direitos humanos, promulga-se em 13 de julho de 1990 a Lei 8.069 – Estatuto da Criança e do Adolescente, aderindo o legislador à Doutrina da Proteção Integral. Esta regulamentou importantes conquistas em favor das crianças e adolescentes brasileiros previstas na Constituição da República de 1988, que incorporou o espírito das discussões da comunidade internacional no âmbito das Nações Unidas e sedimentadas na Convenção Internacional dos Direitos da Criança. No entanto, o conjunto de inovações introduzidas pelo Estatuto vão muito além do aspecto jurídico, pois se desdobram por outros âmbitos da realidade política e social brasileira.

O salto para a “doutrina da proteção integral” é o marco fundamental da construção do novo direito, das políticas públicas e dos direitos humanos. Introduziu-se uma nova concepção em relação à infância e adolescência, rompendo-se com a “doutrina da situação irregular” prevista no Código de Menores (Lei 6.697/79), que considerava “irregular” os carentes, os abandonados, os inadaptados, os infratores. Os novos paradigmas conceituais e normativos tomaram o firme propósito de introduzir a criança e o adolescente como prioridade nacional, convocando a família, a sociedade, o estado a concebê-los como detentores de direitos e não meros portadores de necessidades a esperar pela boa vontade do Estado.

Nesse aspecto, introduz a lei o sustentáculo do direito da criança e do adolescente, qual seja, o Princípio do Respeito à Condição Peculiar de Pessoa em Processo de Desenvolvimento, fundamentado na dignidade da pessoa humana e tendo como escopo a proteção integral. Sob a perspectiva de que os Princípios ocupam um lugar de proeminência em nossa Constituição da República, este princípio impõe a ideia da singularidade, ou seja, a criança e o adolescente sendo respeitados em suas diferenças. Um sujeito que não está pronto e que será construído a partir das oportunidades que lhe serão oferecidas, bem como um ser capaz de se responsabilizar por suas ações.

Verifica-se, assim, que o Estatuto introduz grandes inovações no campo do direito brasileiro em relação ao conteúdo, ao método e à gestão. A inovação de conteúdo percorreu pela trilha de vários instrumentos normativos do direito internacional em favor dessa população, consolidando a doutrina da proteção integral. Vale ressaltar que além da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (20/11/89), outros

dispositivos como as Regras de Beijing (29/11/85), as Regras Mínimas das Nações Unidas para os jovens Privados de Liberdade (14/11/85), as Diretrizes de Riad (14/12/90) dentre outros, foram assimilados pela nossa legislação.

Todo esse conjunto normativo introduziu a criança e o adolescente como protagonistas de sua história, tornando-os titulares de direitos e obrigações próprios de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, ou seja, de alguém que está vivenciando um processo de formação e transformação física e psíquica.

Em relação ao método, pontuam-se duas conquistas básicas, quais sejam: a introdução das garantias processuais no relacionamento do adolescente em conflito com a lei com o sistema de justiça, rompendo-se com a discricionariedade; e a superação da prática assistencialista erroneamente intitulada de cidadania, na medida em que agora crianças e adolescentes são sujeitos de direitos previstos em lei e aqueles que os violarem podem ser responsabilizados criminalmente.

No que se refere à gestão, a Lei determina a responsabilidade partilhada entre as três esferas de governo (União, Estados e Municípios), bem como a parceria com a sociedade civil e a corresponsabilidade família-sociedade-governo no cuidado com nossos adolescentes e no aprimoramento das ações públicas.

Assim prescreve o artigo 86 do ECA:

A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A partir desse ponto, o Estatuto introduz a interdisciplinaridade como marca de atuação entre aqueles que militam no direito da infância e da juventude. Entendendo-se que qualquer intervenção nesta área depende de ações compartilhadas e de diálogo entre toda a rede de atendimento.

No esforço de garantir uma democracia mais participativa e no entendimento de que a eficácia da Lei depende de inúmeros fatores, o Estatuto da Criança e do Adolescente gerou instituições representativas da sociedade civil, como os conselhos de direitos da criança e do adolescente em todos os níveis e os conselhos tutelares voltados para

formulação de políticas públicas e para a garantia de direitos desse público. Vale ressaltar que a consolidação da cidadania envolve a prática da reivindicação e da apropriação dos espaços públicos para garantir os direitos dos cidadãos.

Pensar a prioridade absoluta (art. 227, CR/88) da qual é detentora a criança e o adolescente, é sustentar contra todos os obstáculos e circunstâncias os ideais de justiça, igualdade e liberdade. Pressupõe que os indivíduos, na trama das relações de poder que os atravessam, exercitem a prática da liberdade e renovem suas ações através de um novo pensamento, de um novo julgamento e uma nova atitude que afete positivamente o desenvolvimento da sociedade. Enfim, é uma exigência ética e moral imediata que se impõe na trilha da construção de direitos humanos.

O novo paradigma impõe normas diferentes do mundo adulto, em função do trato da diferença e do respeito à diversidade. Segundo o artigo 2º do Estatuto, “criança é a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”. Assim, após dezenove anos de vigência o Estatuto deixa de ser um “adolescente” e entra na “maioridade”. É o momento de pensar e repensar os avanços e impasses postos pela realidade na implementação da Lei, criando estratégias para o enfrentamento dos problemas que se tornam a cada dia mais complexos.

Portanto, há dezenove anos instituiu-se um novo tempo e um novo espaço de inserção social e política para as crianças e adolescentes brasileiros. Embora todo esse contexto de avanços na legislação, a trilha a se percorrer rumo à garantia da dignidade das crianças e adolescentes e a construção efetiva de sua cidadania ainda é longa.

O desafio é garantir que as políticas de atendimento à criança e ao adolescente possibilitem uma inserção menos desigual na sociedade. Para o enfrentamento dessa e outras questões sociais, exigem-se dos gestores das políticas sociais ações convergentes e articuladas com níveis de eficiência e eficácia, rompendo com a lógica assistencialista e partindo para a construção de uma verdadeira cidadania. Outrossim, é fundamental resgatar os princípios que a Lei informa para a formulação das políticas sociais: a universalização, o direito à vida, à liberdade, o respeito e dignidade humana.

Nesse sentido, Norberto Bobbio, aponta como um dos grandes desafios da contemporaneidade:

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais e históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.²⁴

INDICADORES SOCIAIS: Amostra de uma realidade

Os indicadores sociais nos apontam que, apesar dos avanços, muito ainda há por fazer pela infância e adolescência brasileira. No Brasil, as desigualdades socioeconômicas apresentam índices altamente elevados. A pobreza, a desigualdade social, a exclusão social, são fenômenos que se interligam e demandam um repensar das práticas econômicas e sociais assumidas pelos governos e pela sociedade em seus diversos níveis.

No âmbito da educação, verifica-se um consenso entre especialistas e leigos no que se refere à importância desta na vida de toda criança e adolescente, visando como reza o art. 53 do ECA ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, ao preparo para o exercício do mundo do trabalho e da cidadania. A educação é, portanto, o elemento fundamental para que crianças e adolescentes possam construir sua autonomia e se tornar indivíduos preparados a exercer sua cidadania. Para isso, o processo educacional deve assegurar, dentre outros pontos, a “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; o direito de ser respeitado por seus educadores” (art. 53, inc. I e II).

No entanto, apesar dos significativos avanços no número de crianças e adolescente incluídos na escola, a desigualdade social se faz espelhar ainda neste meio.

Nesse aspecto, segundo dados do Pnad²⁵ (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio realizada em 2008), publicada em 18/09/2009,

²⁴ BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 46.

²⁵ Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/mat/2009/09/18/pnad-2008-brasil-nao-avanca-no-combate-ao-analfabetismo-767669278.asp>. Acesso em: 26/10/09.

“o número de crianças na faixa etária que segundo a legislação brasileira obrigatoriamente deve estar estudando, ou seja, entre 6 e 14 anos, 97,5% estavam matriculadas em 2008, acima dos 97% de 2007. Entre as crianças de 4 e 5 anos, o número de inclusão na escola também aumentou de 72,8%, frente a 70,1% em 2007”.

O ponto de questionamento se refere ao número de analfabetos, que em detrimento da realidade acima referida ainda é muito expressivo. Os dados do Pnad nos mostram que o Brasil não avançou nessa questão. A pesquisa indica que “a taxa de analfabetismo ficou praticamente estável na passagem de 2007 (10,1%) para 2008 (10%). Devido ao crescimento da população neste mesmo período, o total de brasileiros com mais de 15 anos que não sabem ler e escrever ganhou mais 113 mil pessoas e chegou a 14,2 milhões”. Ressalte-se que o Brasil tem uma população de mais de 21 milhões de adolescentes, com idade entre 12 e 18 anos.

É um quadro gravíssimo, pois demonstra que a falta de política pública envolvendo não só a inclusão escolar, mas que promova uma educação aberta e de qualidade, vem excluindo cada vez mais crianças e jovens do espaço escolar e intensificando as desigualdades sociais. Essa realidade revela que o Estado (porque é seu dever) oferece o ingresso na escola, mas o direito de aprender ainda é para poucos.

Dados do Unicef²⁶ demonstram que “cerca de 8 milhões de adolescentes entre 12 e 18 anos vivem em famílias que recebem menos de meio salário mínimo por mês”. Equivale a menos de 200 reais para a manutenção da família em despesas com alimentação, vestuário, saúde, educação, dentre outras. Estudos desse órgão esclarecem que a pobreza por si só não é causa de desvios de comportamento, mas limita a vida dos adolescentes e impede a frequência na escola, porque os obriga a trabalhar e faz deles os principais alvos da violência física e sexual.

O trabalho infantil é uma polêmica questão. A legislação brasileira permite o trabalho a partir dos 14 anos de idade. Até os 16 anos o adolescente pode trabalhar como aprendiz, o que significa aprender uma profissão. Na fase de 16 e 17 anos é permitido a ele trabalhar, exceto em lugares insalubres, em serviços noturnos, penosos, perigosos

²⁶ Disponível em: http://www.unicefkids.org.br/pag_texto.php?pid=64- Acesso em 26/10/09.

ou em atividades que prejudiquem seu desenvolvimento, garantindo-se os direitos trabalhistas vigentes.

Apesar da regra constitucional e de todo movimento social para proteção e erradicação do trabalho infantil, os dados demonstram que ainda há crianças e jovens trabalhando sem remuneração e quando esta existe é irrisória, não há respeito às garantias trabalhistas.

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE:²⁷

no Brasil, em 2008, havia 92,5 milhões de pessoas com cinco anos ou mais de idade ocupadas, destas, 4,5 milhões tinham de 5 a 17 anos de idade, sendo 993 mil delas crianças de 5 a 13 anos. As pessoas ocupadas representavam 10,2% da população de 5 a 17 anos de idade, 0,7 ponto percentual a menos que em 2007, e 3,3% das crianças de 5 a 13 anos. Das pessoas de 5 a 17 anos de idade ocupadas em 2008, 32,2% eram trabalhadoras não remuneradas, percentual que chegava a 60,9% entre as crianças de 5 a 13 anos de idade. Das pessoas de 14 ou 15 anos de idade ocupadas, 34,0% eram trabalhadoras não remuneradas e, dentre as pessoas ocupadas de 16 ou 17 anos de idade, esse percentual era de 19,1%. O rendimento médio mensal de todos os trabalhos das pessoas de 5 a 17 anos de idade ocupadas aumentou de R\$ 262, em 2007, para R\$ 269, em 2008. As pessoas de 5 a 13 anos de idade recebiam em média R\$ 100; as de 14 ou 15 anos de idade, R\$ 190; e as de 16 ou 17 anos, R\$ 319.

Muitas críticas são postas pela sociedade em relação à legislação trabalhista, ressaltando principalmente que a inserção precoce no mundo do trabalho evita que a criança e o adolescente entrem na criminalidade. Não há como negar que o trabalho é um valor em nossa cultura, porém não se pode sobrepô-lo a outros valores fundamentais para uma categoria que está em processo de desenvolvimento, como o lazer, a cultura, a escola, a saúde. Vale refletir que direitos humanos são efetivamente direito de todos. Questiona-se, assim, o fato de que a legitimação pela inserção precoce no trabalho é posta para jovens de classes menos favorecidas, quando se fala em jovens de classes abastadas a história se inverte. A esses, o estudo como perspectiva futura

²⁷ Disponível em: <http://www.ecodebate.com.br/2009/09/19/pnad-2008-trabalho-infantil-diminui-mas-ainda-e-realidade-para-993-mil-criancas-de-5-a-13-anos/>. Acesso em 26/10/09.

para uma melhor qualificação e inserção profissional é colocado em primeiro lugar.

Constata-se muitas vezes que a violação de direitos humanos de crianças e adolescentes ocorrem dentro da própria família, que deposita neles o encargo de sustento e sobrevivência do núcleo familiar. Há também categorias denominadas “pais de rua” e “mães de rua”, pessoas que exploram o trabalho de crianças e adolescentes nas ruas das cidades. Pelos dados do IBGE (2008) “1,3 milhões de jovens com idade entre 14 e 15 anos trabalham – muitos deles não como aprendizes, mas como adultos”. Para cada criança no mercado de trabalho há dois adultos desempregados.

Há que se refletir sobre a necessidade de mudança de mentalidade em relação à proteção ao adolescente trabalhador. Colocando-o livre de toda forma de discriminação e exploração, intensificando políticas públicas que visem à profissionalização e ao trabalho protegido. Urge, ainda, a criação/ampliação de políticas que objetivem a promoção do núcleo familiar na perspectiva da geração de renda, em detrimento de políticas assistencialistas legitimadas historicamente pelos governos brasileiros.

Segundo Bracks²⁸, as dificuldades de inserção do jovem no mundo do trabalho protegido provêm de vários aspectos. Dentre eles cita-se a resistência de empresários em reconhecer os malefícios do trabalho infantil e acolher as garantias da legislação trabalhista, e a escassez de vagas nos programas de trabalho protegido, quando existem. Toda essa exclusão, aliada às necessidades de consumo dos adolescentes postas por uma sociedade que privilegia o “ter” em detrimento do “ser”, promove a vinculação da criança e do adolescente na rua para garantir o seu sustento.

Destaca-se que a vida na rua envolve a criança e o adolescente em situações de risco sob o manto da liberdade e da aventura: nos sinais de trânsito fazendo malabarismos, na venda de balas; conduzindo-os ao “risco da morte” e na prática de atos infracionais.

Em relação aos adolescentes autores de ato infracional, o Estatuto contempla um novo modelo de responsabilização, com regras e

²⁸ BRACKS, Maria Amélia. *Revista do MP/MG Jurídico*. Publicação do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAF. Procuradoria-Geral de Justiça- Ano II. Edição Especial. Out. 2007. p. 18.

garantias próprias do Direito Penal e do Constitucionalismo. No novo sistema, o adolescente que comete ato infracional é entendido não apenas como alguém que está em conflito com a lei, mas um ser em desenvolvimento a quem é assegurado todas as garantias processuais, o respeito e a dignidade. A função jurisdicional abandonou o viés assistencial e passou a ser responsável exclusivamente pela composição dos conflitos, sendo desjudicializadas as questões referentes à falta ou carência de recursos materiais.

O legislador formulou um conjunto diferenciado de medidas quando um sujeito menor de 18 anos comete ato infracional. Estabeleceu que à criança, ou seja, à pessoa até doze anos incompletos, serão aplicadas medidas de proteção previstas no artigo 101 do ECA. Para os adolescentes – aqueles na faixa etária entre 12 e 18 anos incompletos – aplicam-se as medidas socioeducativas previstas no artigo 112: medidas em meio aberto (advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviço à comunidade e liberdade assistida) e medidas privativas de liberdade (semiliberdade e internação).

Em que pesem as novas disposições garantistas e responsabilizantes preconizadas pela Convenção Internacional, pela Constituição da República e pelo Estatuto o caráter sancionatório e retributivo das medidas socioeducativas tem sido objeto de muita divergência na sociedade. Movida pela mídia em momentos de comoção social (crime violento contra a pessoa cometido por adolescentes, por exemplo), a sociedade clama por soluções e políticas públicas de segurança que se baseiam na redução da maioridade penal.

No entanto, os dados nos mostram que a maioria dos jovens brasileiros não comete ato infracional, ao contrário, são eles as vítimas da violência. Levantamento realizado em 2004²⁹ demonstrou que em cada grupo de 100 mil pessoas mortas, 43 mil são adolescentes na faixa etária de 17 anos e 31 mil na faixa de 16 anos.

A comparação entre a população total de adolescentes entre 12 e 18 anos, e aqueles em conflito com a lei no período de 2005/2006³⁰ de-

²⁹ Mapa da violência 2006. Jovens do Brasil/OEI.

³⁰ Fonte: Levantamento Nacional do Atendimento Sócio Educativo realizado pela Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente, da Secretaria Especial de Direitos Humanos, da Presidência da República (SPDCA/SEDH /PR)

monstrou que apenas 0,14% dos adolescentes cometeram ato infracional neste período em relação ao restante dessa população, 99,86%. Indica a pesquisa que os 0,14% de adolescentes autores de ato infracional (em números absolutos 34.870 adolescentes, em uma população total de 24.461.666 – IBGE/2006) estão cumprindo algum tipo de medida socioeducativa em todo o Brasil, desmistificando o mito da impunidade. Deste universo em conflito com a lei, 41% cumprem medida em meio fechado (internação), 55% em meio aberto (liberdade assistida ou prestação de serviço à comunidade) e 4% em semiliberdade. Outrossim, deve-se ressaltar que o Brasil está entre os países em que a idade de responsabilização juvenil é a mais baixa (12 anos), seguido de países como Holanda e Irlanda.

Os dados nos levam a refletir: o que realmente devemos reduzir? É preciso um olhar mais amplo para o fenômeno da violência, na convergência de fatores socioeconômicos, culturais, familiares, individuais e institucionais.

Indicadores do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) mostram que somente 20% das infrações cometidas por adolescentes referem-se a homicídios ou latrocínios. O Estatuto da Criança e do Adolescente determina que a internação seja medida breve e excepcional, devendo-se priorizar a aplicação de medidas socioeducativas em meio aberto, e não é isso o que ocorre na maioria das unidades da Federação.

João Batista Costa Saraiva³¹, proferindo palestra sobre “A necessidade de uma Lei de Execuções de Medida Socioeducativa”, esclarece: “é certo que o sistema socioeducativo, relativo às sanções a que se sujeitam esses adolescentes carece de efetividade. Programas de Meio Aberto ainda são poucos e muito ineficientes, a reclamar urgentes providências”. Aponta que é preciso superar o “velho paradigma da ambiguidade, do que o velho sistema era pródigo”.

A Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude – ABMP, em 29 de junho de 2009, divulgou nota se posicionando contra toda e qualquer

– 2006 – Disponível em : <http://www.promenino.org.br/AdolescentesemconflitocomaLei/tabid/158/Default.aspx>. Acesso em 26/10/09.

³¹ Juiz de Direito. Seminário Estadual de Medidas Socioeducativas. MG, 2009.

proposta de redução da idade penal no Brasil, bem como das propostas legislativas em tramitação no Congresso Nacional que visem à ampliação dos prazos de cumprimento da medida socioeducativa de internação. Nesse sentido ressaltam:

É flagrante a constatação de que União, Estados e municípios têm negligenciado historicamente na implantação dos programas e estruturas necessárias para a execução das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), uma vez que a imensa maioria dos municípios ainda não dispõe de programas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade, devidamente estruturados e dotados de um projeto pedagógico consistente.

Em função de todo esse cenário, constata-se que o sistema político vivenciado pela nação brasileira tem sido marcado por enfrentamentos diversos.

A implementação de políticas que contemplem a efetiva inclusão social e garanta a responsabilização preconizada pela lei aos adolescentes em conflito com a lei, não vem operando sem conflitos. As dificuldades postas ao longo do tempo na execução das medidas socioeducativas foram observadas por órgãos de fiscalização e de execução das medidas socioeducativas previstas no ECA, em todos os níveis. Assim, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA –, responsável por deliberar a política de atenção a esse público, apresentou ao país o *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE*. Este instrumento, sustentado nos direitos humanos, na ética e no caráter pedagógico/sancionatório das medidas, visa orientar e normatizar a prática socioeducativa. No entanto, ainda não saiu do papel para se tornar realidade na execução das medidas socioeducativas em todos os Estados brasileiros.

Os indicadores sociais são ainda preocupantes quando a questão é o fenômeno da violência sexual contra crianças e adolescentes. O enfrentamento desta forma de violência é complexo e deve ser analisado dentro da lógica de Direitos Humanos. Os abusos que ocorrem no silêncio do núcleo familiar, ou por meio de pessoas que não causam nenhuma suspeita – vizinhos, amigos –, demandam ações articuladas de toda a rede de atenção à criança e ao adolescente, possibilitando ações efetivas de prevenção, de tratamento e responsabilização.

O sistema familiar atual é perpassado por crises internas e externas advindas de um contexto social de dificuldades de ordens diversas: falta de trabalho, de educação, de equipamentos de saúde (principalmente na área de tratamento da toxicomania e saúde mental) e de programas sociais que promovam a autonomia e a socialização das famílias.

A legislação atual introduziu princípios que asseguram à criança e ao adolescente a convivência familiar e comunitária, entre outros direitos. No entanto, segundo dados do IPEA/2004, 20 mil crianças/adolescentes permaneciam em 589 abrigos no Brasil. Destes, 32,9% estavam institucionalizados entre dois e cinco anos e 6,4% há mais de 10 anos.

Pela nova regra do processo de adoção no Brasil, Lei 2.010/2009, crianças e adolescentes não podem ficar mais de dois anos nos abrigos como medida de proteção, salvo determinação expressa da justiça. Os abrigos são responsáveis por manter a autoridade judiciária informada sobre as condições de adoção ou de retorno à família das crianças e adolescentes sob a sua tutela.

O que se espera é que a referida medida garanta de forma efetiva a proteção desse público vulnerável. Isso nos leva a refletir que não faltam leis no Brasil que objetivem garantir ao público infanto-juvenil direitos fundamentais, faltam políticas públicas que as tornem eficazes.

A condição para a realização plena da cidadania social de nossas crianças e adolescentes envolve o sentimento de pertencimento a uma sociedade, através do acesso ao mundo do trabalho, da educação, da saúde, da habitação, do lazer, e de todas as demais necessidades básicas. A exclusão do sujeito desses processos de inserção social leva-o a uma condição de vulnerabilidade social e de fragilização dos vínculos sociais. Na perspectiva de Vera Telles³²

(...) o desafio da cidadania é, mais do que nunca, construir um sentimento de pertencimento, sem o qual homens e mulheres não podem se reconhecer como cidadãos. É impossível fazer dos direitos referências que estruturam identidades cidadãs numa sociedade que destitui, por todos os lados, cada um e todos, de um

³² TELLES, Vera da Silva. Sociedade Civil e a Construção de espaços públicos. In: DAGNINO, Evelina (Org). *Os anos 90: política e sociedade no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 91 e 92.

lugar de reconhecimento. Para além das conseqüências conhecidas no aumento espantoso da pauperização, como pensar de outra forma não apenas os salários irrisórios, o trabalho precário e o desemprego, mas também o descalabro dos serviços públicos que, em vez de organizar as condições de uma vida digna, armam um perverso espelho que projetam as imagens da exclusão daqueles cujas vidas parecem não importar a ninguém?

Conclui-se, assim, que o novo sistema de garantias exige dos operadores do direito, dos gestores das políticas públicas, da sociedade civil organizada e de todos aqueles que militam nesta área uma real mudança de mentalidade e de postura perante a criança e o adolescente sujeito de direito.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS: DESAFIOS

Essas breves reflexões acerca da Lei 8.069/90 – ECA – na perspectiva de direitos humanos, não pretende examinar todas as questões postas a partir do paradigma da proteção integral.

Apesar de os indicadores sociais demonstrarem que a trilha rumo à dignidade, a emancipação e a promoção social desse público, está sendo construída a passos muito lentos; deve-se reconhecer que hoje crianças e adolescentes são sujeitos de direitos exigíveis com base em lei e que a doutrina da proteção irregular, amparada na subjetividade e na incapacidade da infância e da juventude, não mais se sustenta.

O Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu o Sistema de Garantia de Direitos – SGD – em três eixos: órgãos de defesa dos direitos humanos (Judiciário, Ministério Público, Defensorias Públicas, Conselhos Tutelares, dentre outros), eixo da promoção dos direitos (serviços e programas de políticas públicas, serviços e programas de execução de medidas socioeducativas e serviços e programas de proteção aos direitos humanos); e por fim o eixo de controle e efetivação de direitos (a ser exercido pelos Conselhos de Direitos, Conselhos Setoriais de deliberação de políticas e também pela sociedade civil) .

O que se espera é que os órgãos que compõem o SGD atuem de forma articulada e qualifiquem seus operadores para uma participação efetiva nas deliberações e controle das ações públicas. Faz-se necessário uma incidência desses atores no planejamento, no monito-

ramento e na avaliação da execução orçamentária, visando assegurar a prioridade absoluta das crianças e adolescentes nas políticas de cada governo.

As questões desse campo são bastante complexas e muito ainda está por fazer, demandando de todos os atores envolvidos capacitação permanente, na busca de novos consensos éticos, políticos, ideológicos, técnicos e jurídicos.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 1987.

ARAGÃO, Selma Regina. *Direitos Humanos na ordem mundial*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BENEVIDES, Maria Victória. Cidadania e Justiça. *In Revista da FDE*. São Paulo, 1994.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca e ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho, 2ª reimpressão, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Os Direitos Humanos e a Democracia. *Direitos Humanos como Educação para a Justiça*. SILVA, Reinaldo Pereira e (org). São Paulo: LTr, 1998.

BRACKS, Maria Amélia. *Revista do MP/MG Jurídico*. Publicação do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAF. Procuradoria-Geral de Justiça – Ano II. Edição Especial. Out. 2007.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei Federal 8.069/90. Belo Horizonte: CEDECA-MG, 1990.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CURY, Munir; SILVA, Fernando do Amaral; MENDEZ, Emílio Garcia. *Estatuto da Criança e do adolescente: Comentários jurídicos e sociais*. São Paulo: Malheiros, 1992.

FARIAS, Edilsom. *Liberdade de Expressão e Comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

HERKENHOFF, João Batista. *Curso de Direitos Humanos*. V. I. São Paulo: Acadêmica, 1994.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito, Utopia e Justiça*. Coleção Seminários nº 09. Rio de Janeiro: Instituto de Apoio Jurídico Popular: Fase, p. 14.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6. ed., Madrid: Tecnos, [s/d].

Manual: *Direitos Humanos no Cotidiano*. Secretaria Nacional dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça. 2. ed. Brasília. 2001.

MENDEZ, Emílio Garcia; COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *Das necessidades aos direitos*. São Paulo: Malheiros, 1994.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, estado de derecho y Constitución*. 3. ed. Madri: Teccnos, 1990.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

PUIG, Santiago Mir. *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

SARAIVA, João Batista Costa. *A Necessidade de uma Lei de Execução de Medidas Socioeducativas*. Seminário Estadual de Medidas Socioeducativas de Minas Gerais. Publicação Subsecretaria de Atendimento às Medidas Socioeducativas. Belo Horizonte/MG. 2009.

SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SÁTIRO, Angélia e WUENSCH, Ana Miriam. *Pensando melhor. Iniciação ao Filosofar*. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TELLES, Vera da Silva. Sociedade Civil e a Construção de espaços públicos. In: DAGNINO, Evelina (Org). *Os anos 90: política e sociedade no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1994.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Apresentação do livro de Flávia Piovesan. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. XXXI/XXXII.

11

SOBRE O PARTO ANÔNIMO E AS PROPOSTAS PARA SUA LEGALIZAÇÃO NO BRASIL

Mônica Silveira Vieira

INTRODUÇÃO

Recentemente, tornou-se intensa no Brasil a discussão sobre a possibilidade, a necessidade e a conveniência de se adotar, neste país, o instituto do parto anônimo, o qual foi instituído, com garantia mais ou menos abrangente de sigilo da identidade da mãe do recém-nascido, em alguns países da Europa e em diversos dos Estados componentes dos EUA.

O clamor pela legalização do parto anônimo, manifestado por alguns setores da sociedade brasileira, como o IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família –, por alguns veículos de comunicação social e movimentos sociais, tornou-se particularmente intenso após a divulgação, por meio da imprensa, de diversos casos de abandono de recém-nascidos em situações que dificultavam sua sobrevivência, sendo talvez o mais rumoroso desses exemplos o caso da menina abandonada pela mãe na lagoa da Pampulha, na cidade de Belo Horizonte, que foi amplamente noticiado.

O movimento pela legalização do parto anônimo fez com que três projetos de lei sobre o assunto fossem apresentados por deputados federais, estando atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados. Nas justificativas de tais proposições, os deputados que as apresentaram citam particularmente a necessidade de prevenir abortos, infanti-

cídios e o abandono de recém-nascidos, além da experiência de outros países, que, de alguma forma, permitem o resguardo da identidade das mães que não desejam permanecer com seus filhos, após o parto.

Diante da ampla movimentação social em relação ao tema, da proposição de tais projetos de lei e da relevância de se verificar se a normatização proposta é adequada e pode realmente contribuir para a solução ou a minoração do problema do abandono de crianças que acabaram de nascer, torna-se necessário desenvolver estudo sobre o tema, proposta deste trabalho, que não pretende exaurir a discussão, mas, sim, oferecer elementos para reflexão, pois a matéria deve ser amplamente debatida e analisada, não se podendo aceitar que qualquer dos projetos seja transformado em lei antes de profunda análise da questão.

Para desenvolver o trabalho proposto, mostra-se necessário, inicialmente, compreender o que se entende, em termos gerais, por parto em segredo, passando-se, em seguida, a examinar, ainda que brevemente, como a questão vem sendo tratada em alguns países europeus, especialmente na França, país que, juntamente com Luxemburgo, conferiu maior proteção ao segredo acerca da identidade da mãe que optou pelo parto anônimo.

Em seguida, colaciona-se a opinião de alguns doutrinadores brasileiros acerca da matéria, cujo estudo ainda se inicia em nosso país, para, em seguida, examinar alguns dos principais problemas que envolvem o tema e analisar os projetos de lei em tramitação na Câmara dos Deputados acerca da matéria.

1. PARTO EM SEGREDO

Por meio da expressão parto em segredo, ou da expressão parto anônimo, costuma-se designar o instituto jurídico que tem por objetivo resguardar o direito subjetivo da mulher que gera um filho de manter sua identidade em sigilo, de modo que não seja levada ao conhecimento do filho e da sociedade em geral.

A expressão consagrada pela língua francesa para designar o instituto, *accouchement sous X* (que, de forma imperfeita, poderia ser designada como “parto sob X”), faz referência ao fato de que os registros de nascimento, nesses casos, contêm, no lugar reservado ao nome da mãe, apenas a letra X, indicando que tal dado não foi revelado.

Defendendo a legalização do instituto no Brasil, Rodrigo da Cunha Pereira define as diretrizes que, em regra, constam das normatizações sobre o tema:

A lei do Parto Anônimo consiste em dar assistência médica à gestante e quando a criança nasce ela é ‘depositada’ anonimamente em um hospital, preservando a identidade da mãe e isentando-a de qualquer responsabilidade civil ou criminal. Depois a criança é entregue, também anonimamente, para adoção. Ela não chega a ser registrada em nome da genitora e, portando, não há que se falar em destituição do poder familiar, como normalmente é feito nos processos de adoção.¹

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Historicamente, a prática social que antecedeu o parto anônimo envolvia a utilização da “roda dos enjeitados”, dispositivos giratórios instalados em entidades como conventos e igrejas, nos quais as mães que desejavam abandonar seus bebês podiam colocá-los, anonimamente, para evitar eventual identificação, girando o dispositivo em seguida, para que a criança passasse para o interior da edificação, onde poderia ser adequadamente recolhida, para ser posteriormente destinada à adoção.

Há registros de que a “roda dos enjeitados” tenha sido utilizada pela primeira vez na França, em Marselha, em 1188, tendo seu uso se popularizado na década seguinte, quando o papa Inocêncio III, em vista do grande número de recém-nascidos encontrados mortos no rio Tibre, determinou que o sistema fosse adotado nos territórios da Igreja. Afirma-se que alguns sobrenomes comuns na Itália, Esposito (exposto) e Innocenti (inocentes) tiveram origem no fato de seus primeiros portadores terem sido encontrados na “roda dos enjeitados”. A história registra que Jean-Jacques Rousseau se valeu da “roda” para abandonar os cinco filhos que gerou com Thérèse le Vasseur.²

No Brasil, a “roda dos expostos” se fazia presente em diversas igrejas e hospitais, tendo sido a última delas desativada em 1948, ten-

¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Parto anônimo – uma janela para a vida*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=359>>. Acesso em 22/02/2008.

² BUCHALLA, Ana Paula. *Salvos pela “roda”*. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/070307/p_073.shtml>. Acesso em 22/10/2008.

do-se registrado que, durante sua existência, mais de 5.700 crianças foram abandonadas dessa forma.³

3. A NORMATIZAÇÃO DA MATÉRIA EM ALGUNS DOS PRINCIPAIS PAÍSES DA EUROPA

Na Itália, o ordenamento jurídico garante às mulheres o direito ao parto em segredo, mas tal direito subjetivo não impede a revelação e o reconhecimento posterior da relação jurídica de filiação, o qual pode decorrer de iniciativa da mãe ou do filho. Assim, diversamente do que ocorre na França, conforme se verá, a ação de investigação de maternidade não é obstada pelo fato de ter a mãe optado pelo parto anônimo.

Na Espanha, chegou-se a permitir, na legislação referente ao estado civil, o parto em segredo, o qual, porém, deixou de ser admitido desde 21 de setembro de 1999, em razão de decisão do Supremo Tribunal.

Na Bélgica, desde o pronunciamento do Comitê Consultivo de Bio-ética, em 1988, entendeu-se possível o “parto em discrição” (*accouchement dans la discrétion*), que é diferente do modelo francês do parto em segredo, eis que, entre os belgas, permite-se que o filho posteriormente pesquise sua filiação⁴, não se garantido à mãe, portanto, o resguardo absoluto do sigilo acerca de sua identidade. Thérèse Jeunejean ressalta que, como a Bélgica não garante o segredo de forma absoluta, como ocorre na França, muitas mulheres belgas vão até tal país apenas para se beneficiarem de sua regulamentação sobre o *accouchement sous X*⁵.

Na Alemanha e na Suíça, tampouco se garantiu o parto em segredo nos moldes franceses, eis que, nesses países, há garantia constitucional do direito ao conhecimento das origens pessoais. Desde 1989, a Corte Constitucional alemã entende que o direito ao conhecimento

³ FREITAS, Douglas Phillips. *Parto anônimo*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=412>>. Acesso em 22/10/2008.

⁴ HOUCARD, Béatrice. *Accouchement sous X: l'état du droit en Europe*. Disponível em: <<http://www.robert-schuman.org/pdf.qe.php?num=sy-9>>. Acesso em 25/02/2008.

⁵ JEUNEJEAN, Thérèse. *savoir d'où l'on vient : une question lancinante*. Disponível em: <http://www.petitmonde.com/Doc/Article/Savoir_d_ou_l_on_vient_une_question_lancinante>. Acesso em 25/02/2008.

das origens é decorrência direta do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da igualdade entre filhos. A Constituição suíça, por sua vez, garante expressamente o acesso das pessoas à sua ascendência.⁶

Em 2000, na Alemanha, foi apresentado projeto de lei com a finalidade de legalização do parto anônimo, que foi rejeitado em razão do entendimento de que o direito ao conhecimento das origens genéticas é decorrência direta e necessária do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, garantido constitucionalmente. Rejeitado tal projeto, continua sendo dever de todo aquele que ajuda a realizar um parto comunicar às autoridades competentes a ocorrência do fato e a identidade da mãe da criança.

Na Alemanha, na Bélgica, na Espanha, no Reino Unido e na Suíça, o nome da mãe deve obrigatoriamente constar do assento de nascimento, a menos que sua identidade nem tenha chegado a ser conhecida, como em caso de abandono do recém-nascido em local ermo, sem testemunhas. Nesses países, as pessoas adotadas podem obter informações acerca de sua filiação biológica, eis que, embora a adoção implique a lavratura de novo assento de nascimento, os adotados, a partir de uma certa idade, ou no momento de seu casamento – dependendo do ordenamento jurídico considerado –, podem tomar conhecimento do assento de nascimento original. A lei inglesa é a que representa tentativa mais intensa de efetivar a reaproximação entre o filho adotado e a família biológica, ao prever que os órgãos de registro civil devem manter uma lista com o nome e endereço dos filhos que, uma vez maiores, pretendem entrar em contato com seus pais biológicos, e dos pais biológicos que têm intenção de reencontrar os filhos.⁷

3.1 França – o *accouchement sous X*

Além de Luxemburgo, a França é o único país europeu que permite o anonimato absoluto do parto, por opção da mãe.

O artigo 326 do Código Civil francês, em sua redação atual, prevê que, quando do parto, a mãe pode pedir que o segredo de sua admis-

⁶ HOUCARD. *Op. cit.*

⁷ HOUCARD. *Op. cit.*

são na instituição de saúde e de sua identidade seja preservado, caso em que, conforme ressalva o artigo 325, não será admitido o ajuizamento de ação de investigação de maternidade. Por sua vez, o art. 57 estabelece que, em regra, o assento de nascimento deve indicar, entre outros dados, o prenome, nome, idade, profissão e domicílio dos pais da criança. No entanto, se a identidade de ambos ou de um dos genitores não for informada ao oficial do estado civil, não se faz nos registros qualquer menção a tais pessoas. O dispositivo legal dispõe ainda que a mulher que pede o segredo de sua identidade quando do parto pode informar os prenomes que deseja sejam atribuídos à criança.

O artigo L222-6 do Código de Ação Social e das Famílias (*Code de l'action sociale et des familles*) dita que toda mulher que pede, quando de seu parto, a preservação do segredo de sua admissão e de sua identidade pelo estabelecimento de saúde, deve ser informada dos efeitos jurídicos de tal pedido e da importância para todas as pessoas do conhecimento de suas origens e de sua história. A mãe deve ser convidada a prestar informações sobre sua saúde e a do pai, sobre as origens da criança e as circunstâncias do nascimento e também a deixar, em um envelope fechado, o registro de sua identidade. Deve ser também informada acerca da possibilidade de que a qualquer momento cancele o segredo sobre sua identidade e também de que sua identidade não poderá ser revelada, a não ser nas condições previstas no art. L147-6. Necessária também que receba a informação de que poderá, a qualquer momento, registrar sua identidade em um envelope fechado ou completar as informações que prestou no momento do nascimento. No exterior do envelope onde forem registrados os dados eventualmente informados pela mãe, devem ser mencionados os prenomes dados à criança, e, se for o caso, o fato de que foram escolhidos pela mãe, assim como o sexo da criança, a data, o lugar e a hora do seu nascimento. O dispositivo legal apontado prevê que as mães que o desejarem têm direito a acompanhamento psicológico e social pelo Serviço de Assistência Social à Infância. Estabelece também que nenhum documento de identidade poderá ser exigido da mulher, nem se fará averiguação a seu respeito.

O artigo L147-6 do mesmo Código, por sua vez, prevê que o Conselho Nacional de Acesso às Origens Pessoais deve comunicar à pessoa que deseje conhecer sua origem e a identidade de sua mãe biológica,

após ter certeza de que realmente deseja tomar conhecimento de tal informação, nas seguintes hipóteses: se já dispõe de uma declaração expressa da mãe, cancelando o segredo sobre sua identidade; se não houver manifestação expressa da vontade da mãe de preservar o segredo de sua identidade, depois de se haver verificado sua vontade; se um de seus membros ou um mandatário houver obtido o consentimento expresso da mãe, respeitando sua privacidade; se a mãe já morreu e não manifestou vontade contrária à revelação de sua identidade, quando de um pedido de acesso ao conhecimento das origens do filho, sendo que, nesse caso, um dos membros do Conselho ou um mandatário deste previne a família da mãe biológica a respeito e propõe aos familiares um acompanhamento. O art. 147-7 estabelece que o acesso de uma pessoa às suas origens não produz efeitos sobre seu estado civil ou sobre sua filiação, não fazendo nascer obrigações para qualquer pessoa.

A previsão da possibilidade de conhecimento das origens, desde que haja consentimento da mãe ainda viva, ou desde que esta haja morrido e não tenha se oposto à revelação de sua identidade após a morte, foi incorporada à legislação francesa posteriormente à normatização do parto em segredo. Concomitantemente, foi criado, como visto, o Conselho Nacional de Acesso às Origens Pessoais (*Conseil National d'Accès aux Origines Personnelles* – CNAOP), destinado a pesquisar as famílias biológicas das pessoas nascidas sob o regime do parto em segredo, permitindo o acesso de tais pessoas à sua origem, nos casos acima listados.

Segundo Béatrice Houchard, tal modificação teve especialmente o objetivo de adequar a legislação francesa aos tratados e convenções internacionais, especialmente à Convenção Internacional de Direitos da Criança, que estabelece que toda criança, tem, na medida do possível, direito ao conhecimento de suas origens. Ressalta que, em 1995, 780 crianças nasceram sob o regime do parto em segredo na França, tendo sido 560 em 1999, entre 785.000 nascimentos, e mais de 10.000 na década de 1980, estimando que existem cerca de 400.000 pessoas lutando pela possibilidade de conhecimento da identidade de seus pais, por meio das associações que atuam junto ao governo, a fim de que seja modificado o Código de Família.⁸

⁸ HOUCARD. *Op. cit.*

A existência da regulamentação francesa do parto em segredo, e as posteriores criação do CNAOP e previsão da possibilidade de o filho conhecer suas origens, com o consentimento da mãe, não foram suficientes para pacificar a questão, havendo inclusive várias organizações francesas que defendem atualmente a total supressão do parto anônimo⁹.

Roger Henrion salienta que a descoberta da mãe pode não corresponder à imagem que o filho idealizou, e que o pedido de conhecimento das origens pode também perturbar profundamente as mães biológicas, diante da angústia de ver seu passado “remexido”, o que pode lhes acarretar graves problemas familiares, como divórcio e separação, ou até mesmo suicídio. Destaca ainda que “o problema é tão humano quanto jurídico” e aponta a possibilidade de que, ao se abrir o envelope, verifique-se que nada contém, ou que registra apenas informações falsas.¹⁰

4. OS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS DE DOUTRINADORES BRASILEIROS

Segundo Douglas Phillips Freitas, o número de abortos e de abandonos de recém-nascidos no Brasil poderá ser diminuído caso seja legalizado o parto anônimo, nos casos em que os pais praticam a ilicitude por não desejarem que seja reconhecido qualquer vínculo com o filho. O autor ressalta que a criminalização do abandono do recém-nascido não soluciona o problema, pois apenas faz com que os pais, com temor da punição, procurem as possibilidades mais clandestinas possíveis de abandonarem o filho, diminuindo ainda mais suas chances de sobrevivência. Defende a liberdade da mulher escolher ser ou não mãe da criança que gerou.¹¹

⁹ HOUCARD. *Op. cit.*

Destaca-se particularmente a Coordenação das Ações pelo Direito ao Conhecimento das Origens – CADCO (*Coordination des Actions pour le Droit à la Connaissance des Origines*), que luta pelo direito ao conhecimento da identidade dos pais de 400.000 pessoas nascidas sob o regime do parto em segredo (Informação disponível em: <<http://alter-echos.blogspot.com/2007/04/societatissaccouchement-sous-x.html>>. Acesso em 25/02/2008.)

¹⁰ HENRION, Roger. *Accouchement sous X: les nouvelles dispositions législatives*. Disponível em: <http://www.academie-medecine.fr/Upload/anciens/rapports_153_fichier_lie.rtf> Acesso em 25/02/2008.

¹¹ FREITAS. *Op. cit.*

O IBDFAM sustenta que o parto em segredo “permite que a mulher que não pode ou não quer o filho seja atendida de forma gratuita no hospital, durante toda a gravidez, sem ter de fornecer seu nome ou seus dados verdadeiros”, sendo admitida com nome fictício, para que sua identidade permaneça secreta. A criança, porém, permanece sem nome até que seja adotada. Ressalta que a mãe que opta pelo parto anônimo deve autorizar a adoção do filho, renunciando ao poder familiar, sem possibilidade de arrependimento, após o prazo previsto da legislação de cada país que regulou o instituto.¹²

Débora Gozzo defende a legalização do parto anônimo no Brasil, alegando que este tem por objetivo evitar o aborto, o infanticídio e o abandono do recém-nascido, preservando seu direito à vida. Ressalta, porém, que os dados da mulher devem permanecer sigilosamente registrados.¹³

Fabiola Santos Albuquerque também argumenta que o parto anônimo deve ser legalizado no Brasil, não meramente como alternativa ao aborto, mas como “política pública de proteção à criança”, que, em seu entender, encontra-se em total conformidade com o art. 227 da Constituição.¹⁴

5. PRINCIPAIS PROBLEMAS ENVOLVIDOS

O registro dos diferentes regramentos adotados por diversos países, na tentativa de enfrentar o problema do abandono de recém-nascidos, e o estudo particularmente da legislação francesa, das modificações que sofreu e das reações que provoca na sociedade, especialmente por parte daqueles que nasceram sob o regime do parto em segredo (*nés sous X*) demonstra que qualquer tentativa de normatização do parto em segredo no Brasil deve ser objeto de profunda reflexão.

¹² INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Pesquisa – parto anônimo no mundo*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=374>>. Acesso em 22/02/2008.

¹³ GOZZO, Débora. Nascimento anônimo: em defesa do direito fundamental à vida. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, ano 6, n. 2, 2006, p. 125.

¹⁴ ALBUQUERQUE, Fabiola Santos. *O instituto do parto anônimo no direito brasileiro. Trabalho apresentado no VI Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br>>. Acesso em 22/02/2008.

xão e de ampla discussão na sociedade, não se podendo admitir que se aprove apressadamente qualquer proposta de legalização apenas em decorrência do aumento do número de abandonos de recém-nascidos, ou, pelo menos, do destaque que se tem dado a esses casos, nos meios de comunicação nacionais.

Há, evidentemente, questões muito complexas envolvidas quando se discutem o abandono de recém-nascidos e o parto em segredo, entre elas a necessidade de adotar medidas para diminuir, com a maior rapidez possível, o número de casos de aborto e de abandono, assim como o sofrimento das mulheres que não desejam ou não têm condições (físicas, psicológicas, sociais ou econômicas) de permanecer com seus filhos e o sofrimento dos filhos abandonados, experimentado durante toda a sua vida, o qual pode se ampliar quando são impedidos de conhecer suas origens.

Segundo Roger Henrion, o abandono do filho é uma solução de pânico, de desespero. Afirma que certas mulheres, em uma situação muito difícil, entendem que, por meio do abandono, oferecem melhores oportunidades ao filho, que poderá ser adotado, sendo tal atitude que por alguns descrita como “ato de amor”. Henrion entende que, para uma mulher que é compelida ao abandono, a possibilidade de manter a maternidade em segredo permite esconder o fato da sociedade e das pessoas próximas, de modo a preservar sua liberdade de decisão e de escolha de seu futuro, evitando a prática de infanticídio ou o abandono do filho em condições que possam dificultar sua subsistência.¹⁵

Por outro lado, não se pode olvidar da dor que atinge grande parte das pessoas nascidas sob o regime do parto em segredo, e que acumulam intensos sofrimentos durante toda a vida, por não poderem conhecer suas origens e por não compreenderem o abandono a que foram submetidas. A título de exemplo, pode-se citar o relato de Bernadette Stassen, a qual sustenta que um filho abandonado pela mãe que optou pelo parto em segredo, e ao qual não seja permitido conhecer suas origens, é uma pessoa que viverá sempre em contato com a dor, com a autodestruição, com o conflito. Alega que não ter o direito de saber quem é sua família biológica é constante fonte de sofrimento, especialmente em razão da ausência de “construção interior”, de identidade. Afirma

¹⁵ HENRION. *Op. cit.*

ser muito doloroso saber que o silêncio que cerca sua identidade somente será “levantado” se sua mãe biológica o permitir.¹⁶

A legalização do parto em segredo, portanto, tem sérios efeitos sobre a vida e a integridade moral e psicológica das pessoas nascidas sob tal regime, os quais não podem ser desconsiderados, nesse momento em que se cogita de sua adoção no Brasil. Uma questão que parece ser pouco discutida pela doutrina que se dedica atualmente ao estudo do tema, embora de forma incipiente, é a necessidade de que se cobre a responsabilidade das pessoas que assumem o risco de gerar um filho. É preciso lembrar sempre que todo direito subjetivo, como o direito à expressão e vivência da sexualidade, encontra correspondência no dever do titular responsabilizar-se sobre os efeitos de seus atos, especialmente sobre os efeitos que geram em relação a terceiros, o que é ainda mais problemático no caso em que os efeitos dos atos praticados são exatamente a geração de novas pessoas.

Ao tratar da matéria, deve-se, pois, ter sempre em mente que qualquer normatização que se adote precisa preservar precipuamente o melhor interesse da criança, que não merece apenas ter sua vida protegida, mas, também, tem direito a que os demais aspectos de suas personalidade, abrangendo a integridade física, moral e psíquica, sejam protegidos.

É necessário levar em conta os efeitos que o abandono terão sobre a criança, eis que, como destaca Cleber Affonso Angeluci, é durante a infância que cada ser humano revela e desenvolve a autoconsciência, que, segundo ele, é a mais radical e relevante ocorrência do processo evolutivo da espécie, revelando a pessoa que existe no ser humano. O autor destaca ainda que os vínculos afetivos são imprescindíveis para permitir o adequado desenvolvimento da pessoa¹⁷.

Elisângela Böing e Maria Aparecida Crepaldi, que estudaram a fundo a situação de bebês abandonados em maternidades, observam que o abandono lhes causa prejuízo psíquico, especialmente em decorrência da ruptura com pessoas significativas e da institucionalização prolongada, colocando em risco o desenvolvimento da criança:

¹⁶ STASSEN, Bernadette. *Accouchement sous X*. Disponível em: <http://www.reliures.org/dossiers/19/n-Accouchement%20sous%20X.pdf>. Acesso em 25/02/2008.

¹⁷ ANGELUCI, Cleber Affonso. Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. *Revista CEJ*, Brasília, n. 33, abr./jun. 2006, p. 49.

Ao nascer, o bebê é um ser indefeso e incapaz de sobreviver por meio de seus próprios recursos; o que lhe falta deve ser compensado e fornecido por um adulto cuidador. Para além dos cuidados de alimentação e higiene, vários autores ressaltam a necessidade do bebê de um contato afetivo contínuo advindo de uma figura constante – a mãe ou um cuidador substituto competente – com a qual estabelecerá relações de apego que vêm assegurar e favorecer seu desenvolvimento biopsicoafetivo (...)

Spitz (1979, p. 99) ressalta a importância do afeto na relação mãe-filho no aparecimento e desenvolvimento da consciência do bebê e a participação vital que a mãe tem ao criar um ‘clima emocional favorável’, sob todos os aspectos, ao desenvolvimento da criança. Segundo o autor, são os sentimentos maternos que criam esse clima emocional que confere ao bebê uma variedade de experiências vitais muito importantes por estarem ‘interligadas, enriquecidas e caracterizadas pelo afeto materno’. Tais experiências são essenciais na infância, pois, nesse período, os afetos são de altíssima relevância, maior do que em qualquer outro período posterior da vida, visto que, do ponto de vista psicológico, grande parte dos aparelhos sensório, perceptivo e de discriminação sensorial ainda não amadureceu; como consequência, a atitude emocional da mãe serve para orientar os afetos do bebê e conferir qualidade de vida à sua experiência.

A vivência de uma relação calorosa, íntima e contínua com a mãe ou mãe substituta permanente, ou seja, uma pessoa que desempenha, regular e constantemente, o papel de mãe, mostra-se essencial à saúde mental do bebê. É essa relação complexa, rica e compensadora com a mãe, nos primeiros anos de vida, enriquecida de inúmeras maneiras pelas relações com o pai e familiares, que a comunidade científica julga estar na base do desenvolvimento da personalidade e saúde mental (Bowlby, 1988).¹⁸

Qualquer tentativa de enfrentamento do problema do abandono de recém-nascidos não deve envolver apenas preocupações com providências imediatas, isto é, que permitam a redução da incidência do problema desde logo, como a garantia do anonimato das mães, mas também e principalmente precisam incluir medidas a serem implementadas o mais rapidamente possível, que combatam a origem do problema, como o desenvolvimento da consciência e do exercício da responsabilidade dos possíveis pais e mães, a educação sexual e re-

¹⁸ BÖING; CREPALDI. *Op. cit.*, p. 211-213.

produtiva da população e o apoio psicossocial às gestantes, entre tantas outras medidas necessárias.

Böing e Crepaldi ressaltam a necessidade de ser proporcionado acompanhamento psicológico à mãe, especialmente após o parto, o que pode, em diversos casos, reverter a decisão prévia de abandono do filho.¹⁹

6. OS PROJETOS DE LEI BRASILEIROS

O primeiro dos três projetos de lei brasileiros que tramitam conjuntamente na Câmara dos Deputados, a fim de legalizar o parto anônimo no Brasil, é o Projeto de Lei de número 2.747, de 2008²⁰, de autoria do Deputado Federal Eduardo Valverde, que registra ser seu objetivo prevenir e coibir o abandono de recém-nascidos pelas respectivas mães. Assegura a todas as mulheres o direito ao parto anônimo, em todas as unidades integradas ao Sistema Único de Saúde. Permite a realização do pré-natal e do parto sem identificação da mãe, quando esta solicitar que assim se proceda. Seguindo a lei francesa, prevê que a mulher deverá ser informada acerca dos efeitos jurídicos de seu pedido e da importância de que as pessoas conheçam sua origem genética e sua história.

O projeto estabelece que os hospitais devem garantir tratamento psicológico às mulheres que optarem pelo parto anônimo. Dita que a mulher que se submeter ao parto anônimo deverá ser informada da possibilidade de fornecer informações sobre sua saúde ou a do pai, as origens da criança e as circunstâncias do nascimento, devendo saber também que sua identidade será mantida em sigilo, somente podendo ser revelada nas hipóteses indicadas no art. 11, isto é, por ordem judicial ou em razão de doença genética apresentada pelo filho. O art. 9º determina que a criança somente poderá ser encaminhada para adoção após passadas oito semanas de sua chegada ao hospital, podendo a mãe ou os parentes biológicos reivindicá-la, nesse prazo. Caberá aos profissionais de saúde e ao diretor do hospital em que a criança for

¹⁹ BÖING. CREPALDI. *Op. cit.*, p. 217.

²⁰ Os projetos de lei aqui analisados, assim como o parecer de comissão temática abaixo indicado podem ser encontrados, na íntegra, no endereço eletrônico da Câmara dos Deputados: <<http://www.camara.gov.br>>.

abandonada a observância das formalidades e o encaminhamento da criança para adoção. O art. 12 prevê que, em caso de parto anônimo, a mãe fica isenta de qualquer responsabilidade civil ou penal em relação ao filho.

O Projeto de Lei 2.834, de 2008, de autoria do deputado federal Carlos Bezerra, prevê alteração na redação do art. 1.638 do Código Civil, que trata das hipóteses de perda do poder familiar, inserindo no dispositivo o inciso de número V, estabelecendo que também perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que optar pela realização do parto anônimo. Estabelece também a inclusão de parágrafo único em tal artigo, estabelecendo que se considera “parto anônimo aquele em que a mãe, assinando termo de responsabilidade, deixará a criança na maternidade, logo após o parto, a qual será encaminhada à Vara da Infância e da Adolescência para adoção”.

Por fim, encontra-se em tramitação também o Projeto de Lei número 3.220, de 2008, por cuja aprovação luta o IBDFAM, de autoria do deputado federal Sérgio Barradas Carneiro. Institui no Brasil o parto anônimo (art. 1º), assegurando à mulher a possibilidade de, durante a gravidez ou até o momento em que deixar a instituição de saúde, após o parto, não assumir a maternidade da criança que gerou. O art. 3º garante o direito da mulher que deseja manter sua identidade em segredo de realizar o pré-natal e o parto gratuitamente, em todos os postos de saúde e hospitais da rede pública que tenham convênio com o SUS e contem com serviços de atendimento neonatal.

O referido projeto estabelece que a mulher que solicitar, durante o pré-natal ou o parto, a preservação do segredo de sua identidade pelo estabelecimento de saúde, deve ser informada acerca dos efeitos jurídicos de seu pedido e da importância que o conhecimento das próprias origens e história pessoal tem para todos os indivíduos, estabelecendo que, desde a opção, deve-lhe ser oferecido acompanhamento psicossocial (art. 4º). O art. 6º prevê o dever da mulher fornecer e prestar informações sobre a sua saúde e a do pai, sobre as origens da criança e acerca das circunstâncias do nascimento, as quais permanecerão em sigilo na unidade de saúde em que ocorreu o parto, somente podendo ser os dados revelados a pedido do nascido nessas condições, mediante ordem judicial.

A proposição estabelece também que a unidade de saúde onde ocorreu o nascimento deverá, no prazo máximo de vinte e quatro horas, informar o fato ao Juizado da Infância e Juventude, por meio de formulário próprio, sendo competente o Juizado da comarca em que ocorreu o parto, salvo motivo de força maior (art. 7º). A criança deverá ser encaminhada ao local indicado pelo Juizado, segundo o art. 8º, assim que tiver condições de alta médica, não podendo ser destinada à adoção menos de dez dias após seu nascimento, devendo ser incluída no Cadastro Nacional de Adoção, caso não seja iniciado o processo de adoção, em trinta dias.

Propõe a realização de um registro provisório, efetuado pelo Juizado da Infância e Juventude, recebendo a criança um prenome, não se fazendo o preenchimento dos campos reservados à filiação, ficando resguardada a possibilidade de que a mãe que optou pelo parto anônimo escolha o nome que gostaria fosse dado à criança (art. 9º).

O art. 10 dita que a mulher que desejar manter segredo sobre sua identidade ficará isenta de qualquer responsabilidade criminal em relação ao filho, ressalvando o disposto no art. 123 do Código Penal, estabelecendo que também fica isento de responsabilidade criminal aquele que abandonar o filho em hospitais, postos de saúde ou unidades médicas, de modo que a criança possa ser imediatamente encontrada.

O art. 11 estabelece que a mulher que se submeter ao parto anônimo não poderá ser autora ou ré em qualquer ação judicial visando ao reconhecimento da maternidade. Por sua vez, o art. 12 prevê o dever de toda pessoa que encontrar um recém-nascido encaminhá-lo a um hospital ou posto de saúde, que deverá, em até vinte e quatro horas, informar o fato ao Juizado da Infância e Juventude, por meio de formulário próprio. Impõe o art. 13 o dever da pessoa que encontrou a criança apresentar-se ao Juizado da comarca onde a houver encontrado, para ser inquirida sobre as condições em que encontrou a criança, cabendo-lhe precisar o lugar e as circunstâncias da descoberta, a idade aparente e o sexo do bebê, a autoridade ou pessoa a quem foi confiada e quaisquer particularidades que possam contribuir para sua identificação futura. Prevê que tal pessoa poderá ficar com a criança sob seus cuidados, se o desejar, tendo preferência para a adoção, desde que seja considerada apta.

Por fim, o art. 14 dita que a observância das formalidades e o encaminhamento da criança ao Juizado são de responsabilidade dos profissionais de saúde que a acolheram e da diretoria do hospital ou unidade de saúde onde ocorreu o nascimento ou onde a criança foi deixada. O art. 15 prevê expressamente a possibilidade de que as unidades de saúde mantenham, nas entradas de acesso, espaços adequados para receber as crianças ali deixadas, preservando a identidade da pessoa que ali as deposita.

6.1 Os pareceres da Comissão de Seguridade Social e Família e da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania

Os três projetos de lei indicados foram objeto de parecer da Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados, relatado pela deputada Rita Camata, que opinou pela rejeição de todos eles, por entender que “contrariam todo o direcionamento das lutas e do trabalho desenvolvido pelos movimentos que por décadas atuam na defesa dos direitos de crianças e adolescentes no Brasil”, sustentando que “não se pode institucionalizar medida como essa baseados apenas no clamor gerado pela ampla exploração de alguns casos farratamente noticiados pela mídia”.

O parecer ressaltou que os projetos apenas preveem a responsabilidade da mulher sobre o destino do filho, sem qualquer previsão sobre o pai, destacando também a contrariedade aos artigos 10, 15 e 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Sustentou que os projetos ferem o direito à preservação da identidade, e que não garantem o anonimato completo às mulheres, nem poderiam fazê-lo, em virtude dos sinais exteriores da gravidez, e da utilização dos espaços das unidades de saúde reservadas para o tratamento de mulheres grávidas. Aduziu que as mulheres que não desejam manter seus filhos podem entregá-los para adoção, e que não é adequado impor a instituições de saúde deveres que não se inserem em suas funções. Ressaltou que resulta das proposições o efeito inadmissível de que, enquanto a criança não for adotada, ficará sem filiação e sem identidade.

Tal entendimento foi endossado pelo parecer do Deputado Luiz Couto, da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, que, em

16/04/2009, opinou pela inconstitucionalidade, “injuridicidade”, e, no mérito, pela rejeição de todas as proposições de lei referentes ao parto anônimo que tramitam atualmente na Câmara dos Deputados.

6.2 Falhas nas proposições em tramitação

Em relação ao Projeto de Lei de número 2.834, de 2008, necessário observar que sua eventual aprovação provavelmente acarretaria tantas dúvidas acerca da aplicação do instituto do parto em segredo que poderia inviabilizar, na prática, sua aplicação. Isso porque, como visto acima, propõe apenas a previsão de que a mãe que opta pelo parto anônimo deverá ser destituída do poder familiar, por meio de decisão judicial. Pouco esclarece acerca da regulamentação e da natureza do parto anônimo e das garantias que dele decorreriam. Ademais, de acordo com seu texto, mesmo abandonando o filho e não revelando sua identidade, a mãe permaneceria, em tese, titular do poder familiar, enquanto dele não fosse destituída, por decisão judicial, a qual, evidentemente, dependeria de revelação de sua identidade, inclusive para que pudesse ser a ré citada.

O Projeto de lei número 2.747, também de 2008, incorporou vários dispositivos da legislação francesa, como a previsão de que o pré-natal e o parto podem ser realizados anonimamente, garantindo-se seu custeio e operacionalização pelo Sistema Único de Saúde, devendo-se informar à mulher acerca dos efeitos jurídicos de seus atos e da necessidade que todos têm de conhecer suas origens.

A previsão de que se deve garantir tratamento psicológico às mulheres que optarem pelo parto anônimo é indevidamente restritiva, pois correto seria que fosse oferecido acompanhamento dessa natureza para toda mulher que manifestasse interesse em abandonar seu filho, o que, como visto, poderia evitar que se confirmassem muitas decisões de abandono.

O projeto, também nos moldes da legislação francesa, prevê apenas a possibilidade, não o dever, de que a mulher forneça informações sobre sua saúde ou a do pai, sobre as origens da criança e as circunstâncias do nascimento, devendo ser informada de que sua identidade será mantida em sigilo, somente podendo ser revelada nas hipóteses indicadas no art. 11, quais sejam, por ordem judicial ou em razão de doença genética

apresentada pelo filho. Porém, como não prevê as hipóteses em que o juiz poderá autorizar a revelação da identidade da mãe, torna possível, em tese, que a revelação seja autorizada sempre que o julgador que entender que o direito ao conhecimento da origem genética é direito da personalidade e direito fundamental que se sobrepõe ao direito à privacidade da mãe. Estando expressamente prevista a possibilidade de ser o segredo quebrado por decisão judicial, constata-se que o projeto dificilmente alcançaria efetivamente o objetivo de diminuir os riscos para nascituros e recém-nascidos, em razão da sempre presente possibilidade de revelação posterior, mediante autorização judicial, da identidade da mãe.

Além de usar a expressão Juizado (e não Vara) da Infância e Juventude, que não mais se utiliza na linguagem jurídica, o projeto se refere ao dever de profissionais de saúde cumprirem formalidades que sequer especifica claramente. Por outro lado, é problemática a previsão de que a mãe ficará isenta de responsabilidade civil e penal em relação ao filho, inclusive diante da possibilidade de que tenha lhe causado danos antes do abandono, e também em virtude da necessidade de que sejam ponderados, de um lado, seu direito à privacidade e à intimidade, e, de outro, o direito do filho à integridade física, moral e psíquica, e à reparação de todos os danos causados a seus direitos da personalidade.

Importante ressaltar ainda que o projeto silencia em relação ao registro da criança e à atribuição de nome a esta – providência imprescindível à efetivação de seu direito à identidade pessoal –, no período de oito semanas dentro do qual a criança não pode ser encaminhada para adoção.

Por sua vez, o Projeto de Lei de número 3.220, igualmente apresentado em 2008, repete diversas disposições do de número 2.747, eis que procurou aprimorá-lo, de modo que não há utilidade em repetir as críticas acima feitas, em relação às previsões normativas que lhe são comuns.

Divergência fundamental entre os dois projetos consiste no fato de que, no projeto que ora se analisa, há previsão de que a mulher que opta pelo parto anônimo tem o dever de fornecer e prestar informações sobre sua saúde e a do pai, sobre as origens da criança e acerca

das circunstâncias do nascimento, as quais permanecerão em sigilo na unidade de saúde em que ocorreu o parto, somente podendo ser os dados revelados a pedido do nascido nessas condições, mediante ordem judicial.

Esse projeto reduz para dez dias o prazo mínimo para encaminhamento da criança para adoção, o que traz o evidente risco de que o filho abandonado em razão de depressão pós-parto²¹ seja submetido a processo de adoção antes mesmo de que a mãe possa se recuperar psicologicamente e avaliar lucidamente se a decisão de abandono realmente corresponde à sua vontade interna.

A previsão de que se efetue registro provisório de nascimento demanda complementação, inclusive a fim de que seja compatibilizada com as disposições da Lei de Registros Públicos e de que se estabeleçam regras importantes para viabilizar seu cumprimento, como as relativas ao livro em que deve ser lançado tal registro.

Não se pode deixar de observar que o projeto cuidou de questão relevante, ao prever, seguindo o exemplo da legislação francesa, que a mulher que se submeter ao parto anônimo não pode pretender poste-

²¹ Acerca da depressão pós-parto e de sua relevância e relação com o abandono de recém-nascidos, registra Carmen Sylvia Ribeiro:

“A gravidez e o parto representam momentos marcantes para a mulher. São períodos de grandes transformações, não só em seu organismo (envolvendo todos os sistemas fisiológicos) mas também em seu psiquismo e em seu papel sócio-familiar. Como é sabido, as pessoas têm, normalmente, uma maior probabilidade de adoecerem emocionalmente durante os momentos mais críticos de suas vidas, sejam momentos objetivamente tidos como bons ou ruins. Trata-se de uma resposta emocional às solicitações de adaptação.
(...)

São vários os estudos sobre os efeitos deletérios do abandono para a criança e a importância do vínculo mãe-filho na formação do apego. Kennel descreve um período sensível-materno, imediatamente após o parto, que torna mais intenso o desenvolvimento do vínculo da mãe com seu recém-nascido. Podemos acreditar que os transtornos psíquicos da mãe, nesta fase precoce da maternidade, sejam considerados fatores de grande risco para a negligência física ou emocional em relação à criança e que o grau dessa negligência seria diretamente proporcional à gravidade das condições psíquicas da mãe.” (RIBEIRO, Carmen Sylvia. *A influência dos transtornos afetivos do puerpério sobre o recém-nascido*. Disponível em: <<http://virtualpsy.locaweb.com.br/index.php?sec=30&art=109>>. Acesso em 22/02/2008.)

riormente o reconhecimento do vínculo com o filho, nem mesmo pela via judicial.

Embora seja evidente sua impropriedade e incompletude, as disposições referentes à preferência, para adoção, da pessoa que encontrar o recém-nascido abandonado, não serão aqui examinadas por fugirem ao tema deste estudo.

Crítica muito interessante a todos os projetos ora analisados é apresentada por Douglas Phillips Freitas, o qual ressalta que todos eles deixaram de contemplar a situação do pai da criança abandonada pela mãe, afirmando ser necessário realizar pesquisas sobre o genitor e outros parentes do recém-nascido²². Trata-se de omissão inadmissível, pois é evidente que não cabe apenas à mãe da criança decidir abandoná-la para que seja adotada por outrem, devendo tal decisão ser tomada também pelo pai, que deve sempre ser consultado, a menos que seja comprovadamente desconhecido, ou que não possa ser encontrado, após o esgotamento de todas as providências possíveis para que sua localização seja tentada.

O sigilo acerca da identidade da mãe, fundado no direito desta à privacidade e à intimidade, colide com o direito do filho ao conhecimento de sua origem genética, que vem sendo reconhecido como direito da personalidade, diretamente decorrente, portanto, do princípio da dignidade da pessoa humana, que não se confunde com o vínculo de filiação, conforme ressalta Paulo Luiz Neto Lôbo:

O estado de filiação, que decorre da estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano de pai e filho, constitui fundamento essencial da atribuição de paternidade ou maternidade. Nada tem a ver com o direito de cada pessoa ao conhecimento de sua origem genética. São duas situações distintas, tendo a primeira natureza de direito de família e a segunda de direito da personalidade. As normas de regência e os efeitos jurídicos não se confundem nem se interpenetram.

(...)

Para garantir a tutela do direito da personalidade não há necessidade de investigar a paternidade. O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual

²² FREITAS. *Op. cit.*

apontam para necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida. Não há necessidade de se atribuir a paternidade a alguém para se ter o direito da personalidade de conhecer, por exemplo, os ascendentes biológicos paternos do que foi gerado por dador anônimo de sêmen, ou do que foi adotado, ou do que foi concebido por inseminação artificial heteróloga. (...)

Toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para preservação da saúde e, a fortiori, da vida. Esse direito é individual, personalíssimo, não dependendo de ser inserido em relação de família para ser tutelado ou protegido. Uma coisa é vindicar a origem genética, outra a investigação da paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem (biológica ou não). (...).²³

Assim, é possível que, diante de um caso concreto, ao ponderar os direitos de personalidade (que são também direitos fundamentais) envolvidos, o juiz decida pela revelação da identidade da mãe biológica, para resguardar o direito do filho ao conhecimento de suas origens genéticas, embora, nos termos do projeto de lei, tal reconhecimento não produza efeitos sobre o estado de filiação deste.

Diante da clara possibilidade de que a identidade da mãe seja revelada – o que seria possível por aplicação das disposições da Constituição da República, ainda que não houvesse no projeto de lei disposição nesse sentido –, é preciso refletir se realmente a adoção do parto anônimo pode realmente contribuir para minorar o problema do abandono de recém-nascidos mais do que já o faz a consagrada possibilidade de encaminhamento da criança para adoção. Ao se realizar tal reflexão, é preciso ter em mente, como bem ressaltado no parecer da Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados, que a gravidez se exterioriza socialmente de várias maneiras, de modo que a mera previsão jurídica de que seja resguardado sigilo a seu respeito dificilmente impedirá a sociedade de ter conhecimento da situação em que se encontra a mulher. Como ressalta Silma Mendes Berti,

²³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=126>>. Acesso em 22/02/2008.

(...) a gravidez, expressão externa de uma vida, é, na vida da mulher, na vida de um casal, na vida de uma família, um momento de grande riqueza e de profunda complexidade. A gravidez tem valor altamente simbólico tanto para a mulher quanto para a sociedade em que ela vive.²⁴

Por fim, necessário salientar que, além de decorrer do princípio da dignidade da pessoa humana o direito ao conhecimento da origem genética, por muitos considerado direito da personalidade, o Brasil é signatário da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, que, em seu artigo 7, prevê que, desde o nascimento, a criança tem direito a um nome e, se possível, a conhecer seus pais. A possibilidade de conhecimento dos pais a que se refere o dispositivo, evidentemente, é de ordem fática. Por sua vez, os Estados signatários da Convenção, nos termos do artigo 8, comprometeram-se a respeitar o direito à preservação da identidade da criança, inclusive no que concerne às relações familiares.

CONCLUSÃO

A questão do abandono de recém-nascidos e do aborto deve ser enfrentada por meio de medidas múltiplas, de caráter educativo, socioeconômico e mediante garantia de tratamento de saúde, especialmente psicológico, às mães, buscando-se atacar especialmente a origem do problema, fomentando a responsabilidade de pais e mães e daqueles que, com suas ações, fazem surgir a possibilidade de se tornarem pais e mães, investindo em educação, inclusive sexual e reprodutiva, e fornecendo meios para que seja colocada em prática, e proporcionando-se o necessário tratamento para as gestantes e mães recentes que enfrentem problemas psicológicos.

A legalização do parto em segredo não combate a causa do problema, mas serviria apenas como medida de caráter imediatista, na tentativa de reduzir o risco de abandono e de aborto, em casos de gravidez indesejada. Tal instituto envolve questões muito complexas, como a institucionalização do abandono de recém-nascidos, com profundas consequências sobre sua formação e desenvolvimento, não podendo ser adotado antes de profunda reflexão e discussão social.

²⁴ BERTI, Silma Mendes. *Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 29.

A análise da situação dos países que, com maior ou menor abrangência, permitem resguardar o segredo sobre a identidade da mãe que decide abandonar o filho, permite concluir que a maioria deles autoriza, em algum momento, geralmente após a maioridade, que se tenha acesso à identidade da mãe. Além de Luxemburgo, a França é o único país europeu em que o sigilo é resguardado de forma absoluta, apenas podendo ser revelado com o consentimento da mãe, o que gera muita controvérsia e movimentação de boa parte da sociedade em prol da supressão do *accouchement sous X*.

As propostas de legalização do parto em segredo no Brasil, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados, apresentam diversas falhas, suficientes para justificar sua rejeição, independentemente de qualquer consideração acerca da conveniência, da eficácia e da constitucionalidade do parto em segredo.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *O instituto do parto anônimo no direito brasileiro*. Trabalho apresentado no VI Congresso Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br>>. Acesso em 22/02/2008.

ANGELUCI, Cleber Affonso. Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. *Revista CEJ*, Brasília, n. 33, abr./jun. 2006, p. 43-53.

BERTI, Silma Mendes. *Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BÖING, Elisângela; CREPALDI, Maria Aparecida. Os efeitos do abandono para o desenvolvimento psicológico de bebês e a maternagem como fator de proteção. *Estudos de psicologia*, Campinas, v. 21, n. 3, setembro-dezembro 2004, p. 221-226.

BUCHALLA, Ana Paula. Salvos pela “roda”. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/070307/p_073.shtml>. Acesso em 22/10/2008.

FREITAS, Douglas Phillips. *Parto anônimo*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=412>>. Acesso em 22/10/2008.

GOZZO, Débora. Nascimento anônimo: em defesa do direito fundamental à vida. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, ano 6, n. 2, 2006, p. 123-137.

HENRION, Roger. *Accouchement sous X: les nouvelles dispositions législatives*. Disponível em: <http://www.academie-medecine.fr/Upload/anciens/rapports_153_fichier_lie.rtf>. Acesso em 25/02/2008.

HOUCARD, Béatrice. *Accouchement sous X: l'état du droit en Europe*. Disponível em: <<http://www.robert-schuman.org/pdf.qe.php?num=sy-9>>. Acesso em 25/02/2008.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Pesquisa – parto anônimo no mundo*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=374>>. Acesso em 22/02/2008.

JEUNEJEAN, Thérèse. *savoir d'où l'on vient : une question lancinante*. Disponível em: <http://www.petitmonde.com/Doc/Article/Savoir_d_ou_l_on_vient_une_question_lancinante>. Acesso em 25/02/2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=126>>. Acesso em 22/02/2008.

RIBEIRO, Carmen Sylvia. *A influência dos transtornos afetivos do puerpério sobre o recém-nascido*. Disponível em: <<http://virtualpsy.locaweb.com.br/index.php?sec=30&art=109>>. Acesso em 22.02.2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Parto anônimo – uma janela para a vida*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=359>>. Acesso em 22/02/2008.

STASSEN, Bernadette. *Accouchement sous X*. Disponível em: <<http://www.reliures.org/dossiers/19/n-Accouchement%20sous%20X.pdf>>. Acesso em 25/02/2008.

12

VERTICALIZAÇÃO E CONCENTRAÇÃO DE PODERES NOS TRIBUNAIS SUPERIORES¹

Reynaldo Ximenes Carneiro

Registro, de início, o meu agradecimento ao nosso líder, o Presidente Bruno Terra Dias, pela deferência em convidar-me para participar da palestra de abertura do Ano Temático, que a AMAGIS promove. Sua Excelência demonstrou especial atenção com o colega e amigo, porque, sabedor de minhas limitações para falar como magistrado apto a bem desenvolver o tema, desabitado que estou a realizar palestras, teve o cuidado de compensar os participantes ao convidar para atuar do outro lado, como representante da classe política, do Parlamento, um palestrante do melhor nível, o Deputado José Genoino e, como debatedores, os Desembargadores Néelson Missias de Moraes e Tiago Pinto.

O Deputado José Genoino é uma figura emblemática da política brasileira, que, com destemor e idealismo, na época da ditadura, enfrentou a repressão, com o sacrifício de sua integridade física, em área inóspita, que o levou e a seus companheiros a sofrer suplícios de toda ordem e, restaurada a democracia, com a mesma coragem, tem atuado intensamente como uma das lideranças mais respeitadas do Congresso Nacional.

Os colegas Néelson Missias de Moraes e Tiago Pinto, com intensa atuação na AMAGIS e na AMB, estão em dia com a realidade do Judiciário e podem trazer luzes para o esclarecimento do tema a ser tratado.

¹ Palestra proferida pelo desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro no primeiro encontro do Ano Temático da Associação dos Magistrados Mineiros (Amagis), realizado no dia 6 de maio de 2010.

Penso que, as carências minhas, serão supridas, com vantagem, pelo Parlamentar ilustre, que, certamente, com a experiência e a vivência política que possuí, não haverá de concordar com essa concentração de poderes, que pode levar o país a um impasse, em razão de o Judiciário ficar entregue totalmente à cúpula, com os juízes, advogados e demais participantes da cena jurídica impedidos de criar o direito, como tradicionalmente ocorre no país e, também, pelos Desembargadores Néelson Missias e Tiago Pinto, que, como afirmei, têm acompanhado a evolução dos projetos que são apresentados ao Parlamento.

O Judiciário no Brasil, a começar pela primeira Constituição Republicana, de 24/02/81, tinha bem delineados os seus órgãos, com o Supremo Tribunal Federal situado no ápice da pirâmide, com poderes definidos no art. 59, como se vê:

Art 59 – Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I – processar e julgar originária e privativamente:

- a) o Presidente da República nos crimes comuns, e os Ministros de Estado nos casos do art. 52;
- b) os Ministros Diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade;
- c) as causas e conflitos entre a União e os Estados, ou entre estes uns com os outros;
- d) os litígios e as reclamações entre nações estrangeiras e a União ou os Estados;
- e) os conflitos dos Juízes ou Tribunais Federais entre si, ou entre estes e os dos Estados, assim como os dos Juízes e Tribunais de um Estado com Juízes e Tribunais de outro Estado.

II – julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos Juízes e Tribunais Federais, assim como as de que tratam o presente artigo, § 1º, e o art. 60;

III – rever os processos, findos, nos termos do art. 81.

§ 1º – Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;
- b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

Pois bem, como a Constituição tinha sido elaborada com base no modelo americano, mudanças ocorreram para aperfeiçoamento da estrutura judiciária, nas Constituições que se seguiram, mas nenhuma delas ousou criar mecanismos que pudessem impor orientação a ser seguida, não só de jurisprudência, mas de procedimentos administrativos, como se observou na Reforma do Judiciário, estatuída pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

A Emenda Constitucional n. 07, de 13 de abril de 1977, promulgada pelo General Ernesto Geisel, em face do recesso do Congresso Nacional, introduziu a advocatária, dando nova redação ao inciso I do art. 119, com introdução de alíneas com a redação seguinte:

Art. 119: (...) (Compete ao Supremo Tribunal Federal)

(...) (I – processar e julgar originariamente:)

l) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual;

(...)

o) as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja avocação deferir a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido; e

p) o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República; (...).

Encerrado o período militar, empossado o Presidente civil, eleito pelo Colégio Eleitoral, convocou-se a Constituinte, que despertou a cidadania que se entusiasmou e ficou na expectativa de que fosse elaborado um texto constitucional, que pudesse ter vigência duradoura, motivo de haver comparecido a Brasília, durante a sua discussão e votação, representantes de todos os segmentos da sociedade, interessados em dar a sua contribuição para a feitura de uma Constituição representativa da vontade do povo.

Aprovado o texto, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no dia 05 de outubro de 1988, que deu ao Judiciário um tratamento de verdadeiro Poder, com a introdução de sistema de controle de constitucionalidade mais moderno, segundo prática

observada nas últimas normas constitucionais da Europa, reservada ao STF a competência constitucional e deixada ao STJ a do direito infraconstitucional, com restrições definidas, trazendo como importante inovação a independência administrativa e financeira do Judiciário.

O cenário que se seguiu era auspicioso, pois se dizia ser o século XXI, o da primazia do Judiciário, tendo em vista a confiança que o Constituinte depositou neste Poder.

A falta de hábito do brasileiro em ver cumpridos os preceitos constitucionais e legais, talvez tenha trazido a ilusão de que as disposições não seriam observadas integralmente, motivo pelo qual provocou grande impacto a decisão do Presidente do STF que deferiu liminar para impedir o recesso do Congresso Nacional antes de ser votada a Lei de Diretrizes Orçamentárias, pois o § 2º do art. 57 da Constituição de 1988, impede que se interrompa a sessão legislativa sem a votação dessa Lei.

Entretanto, os resquícios de um período tenebroso dificultaram as mudanças na Justiça, como seria desejável e como aspiravam os magistrados, sobretudo aqueles que atuavam nas associações de classe, tendo em vista que a cúpula dirigente dos tribunais estaduais e federais, passaram a praticar os mesmos erros e conservaram os mesmos vícios que existiam e existem na administração pública brasileira, com os gestores voltados para a satisfação dos interesses pessoais, para satisfazer suas vaidades, despreocupados com a realização dos meios para cumprir bem a finalidade do Poder, realizando gastos em obras de fachada, com desvios financeiros através de criação de vantagens não permitidas, com a ausência de planejamento e com o sistema de valorização da pessoa do Presidente, de tal sorte que tudo girava em torno deste, sem a possibilidade de o colegiado atuar para exercer o indispensável controle interno, não só para legitimar as despesas realizadas sem qualquer planejamento como também para evitar ilícitos, como se deu na edificação do prédio do TRT da 2ª Região.

A situação chegou a um ponto que a opinião pública lutou para que se criasse um órgão de controle administrativo para traçar diretrizes que pudessem modernizar a administração do Judiciário. Preparada a Reforma para estabelecer o órgão para o planejamento, as cúpulas dos Tribunais Superiores atuaram, com todas as forças, liderados pelo

então Presidente do augusto Pretório, para a ampliação de seus já extensos poderes, o que fizeram sob o fundamento de que as mudanças eram necessárias para agilizar a prestação jurisdicional.

Chegou-se à Emenda Constitucional n. 45/2004, que, dentre as alterações mais expressivas, criou o Conselho Nacional de Justiça e introduziu a súmula vinculante em matéria constitucional, do STF, abrindo ensejo para o STJ batalhar para que suas súmulas tenham também a mesma natureza, em desacordo com o que ficou no texto, porque não aprovada a proposta de súmula pelas duas Casas do Congresso. É bem verdade que pode ainda vir a ser aprovada, como súmula impeditiva de recurso, se a parte da Emenda Constitucional n. 45/2004, que foi aprovada com redação diversa no Senado vir a ser aprovada na Câmara dos Deputados.

A propósito, sempre com o pretexto de acabar com o retardamento da prestação jurisdicional, está em vias de ser apresentado ao Senado projeto elaborado por Comissão nomeada pelo seu Presidente, no qual consta dispositivo que permite o indeferimento de pedido formulado em ação por alguém que se julgue lesado em seu direito, se a postulação for contrária à súmula prevalecente nos Tribunais Superiores.

Tem-se hoje a Reclamação que afeta aos Tribunais Superiores o poder de suspender ou cassar decisões que contrariem orientação que traçaram em caso assemelhado, mesmo em processos com partes diferentes, e, agora, pretende-se introduzir uma cultura de negação da jurisdição, com este dispositivo que impede o cidadão de ingressar em juízo, pois a tanto representa o indeferimento da inicial sem que se permita o uso dos recursos e provas inerentes ao processo.

A magistratura está subjugada ainda à Lei Orgânica da Magistratura Nacional, votada ao impulso da orientação baixada pelo General Geisel através da Emenda Constitucional n. 07, de 13 de abril de 1977, com o Congresso Nacional em recesso. A indigitada Emenda surgiu porque se alegou que o Parlamento não votara a Reforma Judiciária, que era indispensável, pelo que se decretou o recesso e recrudescer a ditadura.

Em outra oportunidade, em artigo escrito para a revista *Del Rey Jurídica*, acentuei:

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu ser o Estatuto da Magistratura Nacional de iniciativa do excelso Supremo Tribu-

nal Federal e desde a promulgação em 05 de outubro de 1988 até os dias de hoje, quase vinte anos, a norma complementar não foi encaminhada ao Congresso Nacional, embora o tenha sido certa feita, mas retirada, para se amoldar às mudanças havidas depois de seu encaminhamento, segundo justificativa apresentada ao Parlamento.

No dia 15 de fevereiro deste ano, enquanto a Associação dos Magistrados Brasileiros realizava, em Belo Horizonte, reunião de seus Conselhos Executivo e de Representantes para adotar medidas que motivassem o STF a remeter ao Congresso Nacional o projeto de Lei Complementar sobre o Estatuto da Magistratura, antes que comemorassem os vinte anos de vigência da Constituição, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em ato prestigiado com as presenças do Presidente Itamar Franco, do Dr. Aristides Junqueira, então Procurador-Geral da República e de outras autoridades estaduais e federais, festejava os quinze anos de vigência da Lei Orgânica do Ministério Público.

A frustração da magistratura presente à reunião foi notada e se afirmou, ao ensejo, que o Ministério Público não se submetia a nenhum diploma repressor e realizava suas tarefas sem embaraços, tornando-se instituição de grande credibilidade na república, pode ter sua lei orgânica moderna, enquanto o Judiciário submetido à norma que denigre o próprio regime autoritário, que foi banido, não conseguiu que o seu diploma fundamental saísse das cogitações e da aspiração maior da magistratura.

Pode-se dizer, sem exagero, que o entulho autoritário só permanece intocado para a magistratura e para os tribunais de segundo grau, apesar de a Reforma do Judiciário haver provocado profunda mudança no Poder: criou o Conselho Nacional de Justiça; tornou facultativa a constituição do Órgão Especial; explicitou que o Órgão Especial exerce atribuições delegadas de competência do tribunal pleno; estabeleceu que metade da composição do órgão delegado é provida pelos mais antigos e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno; facultou aos tribunais a eleição dos órgãos diretivos e a elaboração do regimento interno, enfim, ao mesmo tempo em que introduziu a novidade do controle externo, quis implantar um sistema mais aberto e antinômico ao previsto na LOMAN.

Penso que todo o Capítulo do Poder Judiciário antes da Reforma introduzida através da Emenda n. 45/2004 e depois dela, de modo algum abona a permanência do diploma autoritário, votado em época abominável, inclusive porque, em relação aos Tribunais e Juízes Estaduais, há expressa disposição prevendo que os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos na Constituição.

Ora, os princípios estatuídos na Constituição impõem o sistema participativo nas gestões dos órgãos coletivos e o respeito à vontade do titular da soberania, que é o povo, interessado em ver a administração pública gerida de forma transparente e desconcentrada, afastado o risco de corrupção, presente em condições como as atuais.

A Reforma do Judiciário consubstanciada na Emenda Constitucional n. 45/2004 não foi implantada em sua inteireza. Na verdade, só a parte que interessava a um de seus maiores pregoeiros foi aproveitada: a instalação do Conselho Nacional de Justiça. Tudo o mais que foi aprovado é auto aplicável e não se materializa, porque não se liberta o Judiciário da vocação autoritária, como por exemplo: eleição dos órgãos diretivos pelos tribunais (não se pode considerar eleição o sistema que vem do regime militar em que se não exerce opção, não se faz escolha dentre alternativas e nem mesmo se estabelece prévia como se fazia nos quartéis dentre os estrelados); definição das atribuições delegadas pelo tribunal pleno ao Órgão Especial (o Tribunal de São Paulo principiou a votação do regimento interno pelo pleno, quando se saberia quais as atribuições que seriam delegadas ou se seria suprimido o órgão especial, mas os mais antigos reagiram e levaram a questão ao STF, que iniciou o julgamento, com votos na linha da modernização e da abertura, mas houve pedido de vista, sem que até hoje se saiba qual a solução a ser tomada para se aferir como se colherá a vontade do plenário em relação ao que irá delegar ao órgão delegado); sistema de provimento da metade elegível do órgão especial (os tribunais estão tratando a matéria de forma diferenciada), etc.

O Estatuto da Magistratura vem tarde e Deus permita que chegue a tempo de resolver as crises registradas no âmbito da Justiça, em todas as latitudes e altitudes. Com efeito, a falta de uma diretriz segura para o recrutamento dos integrantes do quinto constitucional tem provocado atritos entre os órgãos fornecedores de listas e os tribunais, que, algumas vezes, são levados para solução judicial, que, como sabido, retarda a investidura e prolonga a fricção com descrédito ao Judiciário. O último embate ocorreu entre o STJ e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, órgãos superiores que, ao protagonizarem a disputa, deixaram à mostra a necessidade de uma legislação orgânica para disciplinar todas as matérias relevantes do Judiciário.

Por outro lado, o sistema de administração do Judiciário ainda se encontra defasado, em autêntico regime presidencialista, antítese do colegiado, sem uma norma que imponha o aproveitamento eclético dos membros dos tribunais nas diversas comissões que atuam no assessoramento dos órgãos diretivos e de sua relação

com o pleno ou com o órgão delegado. O Legislativo que se adequou à Constituição Cidadã respeita a participação de cada segmento que o constitui nas comissões técnicas permanentes e transitórias, mas o Judiciário que se compõe de membros com atividades especializadas e diversificadas não observa o mesmo critério nas comissões que são criadas, impedindo uma participação efetiva dos membros do tribunal nos atos da administração e no controle interno da eficiência do administrador. Controle interno que é indispensável para servir de alerta e para acompanhar a evolução administrativa. Atualmente, as comissões criadas são providas por ato do administrador e, com isso, nem sempre estão os componentes dessas comissões à vontade para realizar sua função de auxiliar e de censurar o que se projeta e se realiza no órgão. A propósito, através da Emenda Regimental n. 08/01 o próprio STF, com onze membros, todos cidadãos e cidadãos de idoneidade comprovada, de reputação ilibada, limitou a competência do Presidente para a movimentação dos quadros funcionais e os atos administrativos são aperfeiçoados após a discussão nas reuniões administrativas com quorum previsto no Regimento Interno.

Não se desconsidere que se tentou criar uma regra de aposentadoria diferenciada destinada aos Membros dos Tribunais Superiores sob o falacioso fundamento de que não haveria prejuízo à carreira da magistratura, embora a limitação de permanência, através da fixação de uma idade para se aposentar, tem por escopo possibilitar a rotatividade no Poder e, para o país, mais se justifica a idade limite para os componentes dos órgãos de cúpula, aqueles que verdadeiramente interpretam em definitivo as leis e estabelecem as súmulas vinculantes ou as vindouras súmulas impeditivas de recurso. Entendo que a infeliz iniciativa demonstra a despreocupação com o interesse do povo, que é o titular da soberania, para atender pretensões individuais.

A propósito, os tribunais superiores têm regimentos internos que não seguem a LOMAN, como é o caso do STJ. Na composição do órgão especial não seguia e não segue o critério da antiguidade pura, mas recrutava e recruta parte dos ministros dentre os mais antigos das Sessões e na convocação para substituição obedece regras que o próprio tribunal estatuiu, sem mencionar que as listas para escolha de seus Membros são feitas em escrutínio fechado, sem motivação, contrariando até mesmo Resolução baixada pelo CNJ, que tem como seu Corregedor o Ministro oriundo do STJ.

As dificuldades para a modernização do Judiciário residem na carência de democracia interna para mudar o atual sistema. Esse privilegia a manutenção do *status quo* em detrimento do anseio

pela renovação dos métodos administrativos. A dificuldade para aperfeiçoar a máquina judiciária se origina da contradição verificada de o diploma constitucional trazer inovações modernizantes enquanto a LOMAN mantém o arcaísmo de se privilegiar pessoas, caso da regra de antiguidade, resíduo do autoritarismo mantido só para a magistratura. Em uma das sessões do órgão especial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais indagou-se: a integração dos membros dos Tribunais de Alçada e de Justiça trouxe economia para os cofres públicos? O silêncio sepulcral deixou à mostra a resposta: a integração não se efetiva enquanto não houver vontade política dos que controlam o Poder em admitir e assimilar a participação de todos na administração da Justiça. É que a eficiência surge quando todos participam e se conscientizam da importância de seu papel na realização da tarefa comum.

Os inconformados com a letargia e com o autoritarismo que persistem nos tribunais indagam: por que se instalou o CNJ com a participação de membros recrutados de vários órgãos, através de um sistema seletivo de uso de poderosos lobbies, grande parte sem experiência na carreira e por que se permite a intromissão cada vez mais ampla desse órgão, em assuntos internos e peculiares a cada unidade da federação, e se negam aos tribunais a sua organização interna e a efetivação de uma administração verdadeiramente colegiada? A quem aproveita a manutenção do pernicioso sistema: *quid prodest?*

É com o devido respeito que se faz a crítica: o retardamento da reforma política levou o STF a implementar os princípios que emergem da Constituição, como é o caso da fidelidade partidária, mas a mesma medida não se toma para expurgar do nosso meio a pérfida legislação – a LOMAN – ainda observada, apesar do banimento da ditadura!

É auspicioso ver e sentir que a magistratura nacional se conscientizou de que é tempo de o Judiciário brasileiro amoldar-se às regras constitucionais democráticas, como outras instituições que ganharam em eficiência ao se tornarem mais transparentes e mais atentas às necessidades e aos clamores da população.

A verdadeira Reforma do Judiciário depende, em última análise, de um Estatuto da Magistratura moderno, compatível com os princípios constitucionais, e, por consequência, da iniciativa do augusto Supremo Tribunal Federal. – ‘O Judiciário da Reforma sob o jugo da Loman’, Reynaldo Ximenes Carneiro, páginas 22 a 25, *in Del Rey Jurídica*, revista semestral da Editora Del Rey, Ano 10, nº 19, 1º semestre, 2008.

Mais recentemente, ao apresentar o relatório de gestão da Segunda Vice-Presidência, registrei:

A Reforma do Judiciário, em alguns pontos, estrangulou a autonomia administrativa e financeira do Judiciário, ao criar o CNJ, que, ultimamente, tem sido pródigo em baixar resoluções sobre todos os assuntos referentes à administração, numa concentração de poder jamais imaginada.

A criação do CNJ, com a composição incluindo pessoas estranhas, se deveu, na verdade, à falta de seriedade do Judiciário em exercer o seu auto-governo, pois, nem controle interno existia e existe, em administração no regime presidencial, autocrática, e não colegiada, como seria de rigor, desinteressada a cúpula da capacitação da magistratura para o exercício da autonomia.

É bem verdade que, no seio da magistratura e em poucos tribunais, havia uma fermentação para que se colhessem, de órgãos especializados, estudos e orientações válidas para que o Judiciário pudesse exercer sua função administrativa a altura do que consta no texto constitucional. E, em boa hora, os reformadores e líderes, foram encontrar na Fundação Getúlio Vargas, pioneira na formação de administradores no país, a disposição para fazer esses estudos a fim de organizar cursos de preparação de magistrados, para capacitação em Poder Judiciário, desenvolvidos através da Escola Nacional da Magistratura, vinculada à Associação de Magistrados Brasileiros.

É por isso que, ao início da gestão, juntamente com o Desembargador Doorgal Andrada, acreditado e culto líder da magistratura mineira e brasileira, estivemos na Fundação Getúlio Vargas para propor um convênio a fim de que fosse promovido um curso de capacitação em Poder Judiciário para os magistrados mineiros, nos moldes do que era realizado para a ENM e para outros tribunais, e, ainda, para que fosse projetada uma pesquisa de percepção dos magistrados sobre a realidade da Judiciário Mineiro, que acabou por ser feita, produzindo uma verdadeira radiografia da Justiça do Estado.

O curso e a pesquisa foram altamente proveitosos e até hoje se colhem frutos positivos da iniciativa, tanto que a Fundação Getúlio Vargas foi procurada para oferecer outros cursos, inclusive, curso à distância, com excelente aproveitamento.

(...)

A Fundação Getúlio Vargas foi contactada, por esta Superintendência, para promover um Workshop sobre orçamento do Judiciário, com o propósito de despertar os magistrados, sobretudo os do Tribunal de Justiça, para o conhecimento de orçamento, a fim de que seja estimulada a efetiva participação de todos na elaboração da proposta orçamentária, que é, por assim dizer, a

pedra angular da administração pública. O amadorismo na aplicação de vultosos recursos públicos não se justifica nos dias de hoje, pois, se são escassos os recursos, mister que sua aplicação se faça com austeridade. Esse Seminário sobre orçamento haverá de servir, também, para discutir-se a conveniência de tornar colegiada a administração, com a escolha pelos próprios Membros do Tribunal dos desembargadores que devem compor as Comissões Técnicas, em contraste com a prática nociva, já cristalizada, de o Presidente recrutar só os próximos para participar da gestão, decidindo, só com estes, das questões mais prosaicas, como, por exemplo, o da indicação para recebimento de medalhas, às mais sérias, como a previsão para edificar-se o prédio sede, com dotação programada no anterior para o orçamento do exercício seguinte, que foi suspensa, após gastos com fundação e com contratação da obra, tendo em vista que teria sido superestimada a receita e subestimado o valor dos dispêndios financeiros.

É por isso que a condução do Tribunal de Justiça deve ser realizada pelo colegiado, numa integração plena de seus membros, com recrutamento nos órgãos fracionários, através de indicação dos próprios desembargadores que componham esses órgãos, usando alternância entre o mais antigo e o mais novo, ou, de forma democrática, por meio de voto. Numa administração colegiada, situações tais não ocorrem, porque a responsabilidade passa a ser de todos, que participam amparados pela norma de regência. É interessante que no Legislativo a administração não é só afeta ao Presidente, sendo as deliberações administrativas tomadas com a participação da Mesa, do Colégio de Líderes e dos segmentos partidários, dentro da maior normalidade, enquanto que no Judiciário, que é órgão colegiado, não se consegue adotar o mesmo sistema, na condução administrativa.

A realidade do Judiciário está a exigir urgentes providências para que se implementem práticas salutaras na administração do Poder. Com o devido respeito que se devota ao excelso Pretório, não se justifica a demora e a falta de interesse em se encaminhar o Projeto da Lei Orgânica da Magistratura ao Congresso Nacional, para que, efetivamente, o Judiciário dos Estados e o Federal possam aprimorar sua organização interna e praticar a eficiência pela escolha dos mais vocacionados para as funções de sua inclinação, com a eliminação do entulho autoritário, que é a LOMAN, estatuto criado na época mais cruel da ditadura militar.

Casa de ferreiro, espeto de pau: o único Poder que se submete à legislação autocrática é o Judiciário, que não viu implantadas, após vinte e um anos de vigência da Constituição, as mudanças que o texto constitucional estabeleceu, à falta de iniciativa do ór-

gão responsável pela guarda do diploma maior, que não enviou a Lei Complementar que disponha sobre o Estatuto da Magistratura para o Congresso Nacional votar e aprovar. As constantes divergências para aplicação das regras criadas, tem demonstrado que não se permite a desconcentração do Poder, porque tudo tem sido levado ao augusto STF ou, então, ao CNJ, órgão de controle que se imiscui em assuntos que não lhe deviam ser levados, porque, embora se afirme nacional o Judiciário, há de se respeitar as peculiaridades de cada tribunal, para que as questões *interna corporis* sejam solucionadas de forma mais consentânea com a realidade local. Relatório de Gestão de 2008/2010, do Segundo-Presidente do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Não tem escapado ao observador que a concentração de poder faz com que as gestões nos órgãos de cúpula cometam falhas que se pronunciam em todos os escalões. O STJ, como acentuado no artigo que escrevi para a Revista Jurídica da Del Rey, ainda hoje mantém o sistema de formação de listas dos candidatos para ingressarem na alta Corte com votação secreta, com os participantes do plenário trocando votos, numa disputa que não leva em consideração os méritos dos candidatos e a sua origem classista, mas as vinculações para o futuro comando do órgão, com o compromisso tomado dos candidatos ao ingresso.

Por outro lado, o CNJ continua a baixar normas sobre todas as questões, numa quantidade que torna até difícil o acompanhamento pelos tribunais a que se destinam. Ultimamente, a AMB, que foi uma das maiores apoiadoras do órgão, tanto que foi a responsável pela ADC que acabou por reconhecer a constitucionalidade da composição do CNJ, tem ajuizado ações junto ao STF para ver declarada a inconstitucionalidade de alguns desses diplomas regulamentares.

O STF, malgrado tenha sido posto em pauta a medida judicial tendente a ver solucionada a questão de competência para a elaboração do Regimento Interno, se do Órgão Especial ou se do Plenário, ainda não realizou o julgamento, o mesmo ocorrendo em relação a ação ajuizada para definir se ainda continua em vigor a LOMAN ou se prevalece a disposição constitucional, em relação às eleições para os cargos de direção dos Tribunais, tendo em vista que a votação da cautelar foi por maioria e vários Ministros se reservaram para manifestar de forma definitiva no momento em que retornasse a matéria para julgamento final.

É por isso que se diz que está em mãos do Congresso Nacional afastar esses riscos de concentração de poder nas cúpulas, para que não seja o Judiciário restrito ao cumprimento de soluções de cima para baixo, sem que se ouça a base, a mais importante peça de qualquer instituição.

Ainda agora, encontra-se na Câmara dos Deputados a parte da Reforma do Judiciário que só foi aprovada no Senado, para a revisão pela Câmara, no sentido de confirmar ou não a posição que tomou na primeira votação, e, dentre as matérias, duas, pelo menos, são relevantes, uma a que deseja implantar a súmula impeditiva de recurso de interesse do STJ, que, se aprovada, vai, no futuro, representar outra súmula vinculante, tal o empenho do Superior Tribunal em ter tratamento idêntico ao do STF, em matéria infraconstitucional, a outra se trata de uma pretensão corporativa da Justiça Federal que deseja alterar a composição dos Tribunais Regionais Eleitorais, para que mais representantes da Justiça Federal componham os Regionais Eleitorais, o que representará uma agressão justamente à Justiça que vem recebendo, seguidamente, a consagração da opinião pública, como a instituição de maior credibilidade. Afinal, os juízes estaduais é que, no interior, presidem todo o processo eleitoral e as eleições, adquirindo experiência que vão levar para o Tribunal, quando convocados. Essa participação do juiz estadual deverá continuar porque a Justiça Estadual está presente em todos os municípios do país, enquanto a Federal somente nos grandes centros. Será que a Câmara vai fazer vista grossa e atender a esse movimento corporativista? Não acredito!

A Comissão de Juristas nomeada pelo Presidente Sarney tem sofrido críticas porque até mesmo ao fazer as audiências não fornece aos interessados, sobretudo aos juristas, o esboço do trabalho para que possa ser discutido. Alguns especialistas, com apoio na opinião da maioria dos processualistas e de entidades de classe, expediram nota, repercutida no Migalhas (Migalhas n. 2.380, quarta-feira, 05 de maio de 2010), em que reclamam da imprensa com que a matéria está sendo apreciada e a forma de realizar os trabalhos, sem que sejam encaminhadas aos verdadeiros processualistas as linhas mestras do projeto. Matéria desta envergadura não pode ser votada de afogadilho. A falta de transparência é resultado dessa concentração de poderes, que contamina a todos que estão junto à Corte Brasileira!

Esperamos que haja uma reação das associações de classe, das entidades ligadas à Justiça e, principalmente, que o Congresso Nacional tome consciência da realidade, para que não se cometam erros irreparáveis.

13

DA FLEXIBILIZAÇÃO DO ARTIGO 554 DO CPC – POSSIBILIDADE DE SUSTENTAÇÃO ORAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Sérgio Santos Rodrigues

1. INTRÓITO

Segundo o “Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa”¹, uma das várias acepções do verbo “sustentar” é *defender com argumentos ou razões*. A sustentação oral no Direito nada mais é, portanto, que a prática desta defesa em nome de seu cliente perante as Cortes de Justiça. É, geralmente², a única oportunidade de manifestação não escrita no processo em defesa das alegações de cada parte.

A importância da produção de sustentação oral nos Tribunais é notoriamente reconhecida e indiscutível na busca da ampla defesa dos jurisdicionados. O Desembargador mineiro José Tarézio de Almeida Melo, em seu livro “Direito Constitucional do Brasil”³, invoca os ensinamentos de Piero Calamandrei no sentido de ampliar o debate no processo, o que, ao fim, acaba por reforçar a importância da sustentação oral e da linguagem falada na busca da justiça:

¹ Encyclopaedia Britannica do Brasil. V. III, 8. ed., p. 1650.

² Há oportunidades em que as “Alegações Finais” são feitas oralmente em audiência.

³ Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 407/408.

Como está em Calamandrei: sem ouvidos não há audiência. A afetuosa desconfiança entre juízes e advogados, a que se refere o Mestre italiano, tem de ser vencida, a todo custo, para que, num estágio de firmeza, em ambas as profissões, não se precise pôr em escrito para que se comece a acreditar. Para Calamandrei, o processo a aproximar-se-á da perfeição quando tornar possível que a troca de perguntas e respostas, entre juízes e advogados, seja aquela que se desenrola normalmente entre pessoas que se respeitam e que, sentadas em volta de uma mesa, buscam esclarecer reciprocamente as idéias em benefício comum.

Calamandrei indicava até a fragmentação da sustentação oral num diálogo, em que a arte da oratória sai perdendo, mas a justiça sairá ganhando.

A regulamentação da sustentação oral no ordenamento jurídico brasileiro passa por leis ordinárias e regimentos internos dos Tribunais, que na prática ainda divergem em relação ao momento em que deve ser produzida – depois da leitura do relatório ou do voto do relator – o que não é, contudo, objeto deste estudo⁴.

O que se pretende é discutir o disposto pelo artigo 554 do CPC, que impede a sustentação oral em agravo de instrumento e embargos de declaração, embora sua importância, repita-se, seja notoriamente reconhecida e sua prática seja, também, uma das formas de manifestação da ampla defesa.

Sendo assim, propõe-se que haja uma flexibilização do dispositivo legal supracitado, conforme o caso concreto, em busca da efetiva justiça, nos termos que passaremos a expor.

2. DEVIDO PROCESSO LEGAL E AMPLA DEFESA – DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal elenca alguns princípios aplicáveis ao processo, dentre estes, destacam-se no artigo 5º o devido processo legal e a ampla defesa. Em relação à importância desses mandamentos da Lei Superior, Freddie Didier destaca⁵:

⁴ No TRT da 5ª Região, por exemplo, a sustentação oral é realizada após o voto do Relator.

⁵ *In* Curso de Direito Processual Civil. V 1. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 22.

A aplicação das normas constitucionais processuais, especialmente aquelas relacionadas aos direitos e garantias fundamentais, deve pautar-se nas seguintes premissas: i) os princípios são normas jurídicas, com força normativa imediata; ii) são normas garantidoras dos direitos fundamentais e, portanto, toda a teoria dos direitos fundamentais deve ser-lhes aplicada. Talvez esses sejam os dois pilares do neoconstitucionalismo: a teoria dos princípios e a teoria dos direitos fundamentais. Ambas devem ser aplicadas no estudo do direito processual.

Vê-se, portanto, que aqueles princípios são considerados direitos fundamentais, motivo pelo qual devem sobrepor-se a qualquer norma e servir de inspiração para a interpretação de lacunas. Discorrendo sobre o devido processo legal, Alexandre de Moraes⁶ relata:

A Constituição Federal de 1988 incorporou o princípio do devido processo legal, que remonta à Magna Charta Libertatum de 1215, de vital importância no direito anglo-saxão. (...). O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa.

Sem dúvida, o devido processo legal é o gênero do qual as espécies são os princípios que garantem um processo mais justo e igualitário, tais como a ampla defesa, o contraditório, a publicidade dos atos processuais, o juiz natural, dentre outros.

Aprofundando o tema, Nelson Nery Júnior faz uma subdivisão do devido processo legal em devido processo legal em sentido material (*substantive due process*) e devido processo legal em sentido processual (*procedural due process*), em suas palavras, “para indicar a incidência do princípio em seu aspecto substancial, vale dizer, atuando no que respeita ao direito material, e, de outro lado, a tutela daqueles direitos por meio do processo judicial ou administrativo”⁷.

Prosseguindo, Nelson Nery Júnior finaliza sua explanação sintetizando o que interessa a este estudo:

⁶ *In* Direito Constitucional. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 121.

⁷ *In* Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 37.

Resumindo o que foi dito sobre esse importante princípio, verifica-se que a cláusula ‘procedural due process of law’ nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível (...).⁸

Esta última expressão reflete exatamente uma decorrência do devido processo legal que é a ampla defesa, garantida pela Constituição Federal em seu artigo 5º, LV aos litigantes em processos judiciais ou administrativos com os meios e recursos a ela inerentes, ou seja, de todas as formas possíveis em prol da garantia de manifestação e exposição de ideias do jurisdicionado (através de seu advogado, obviamente).

Sobre a ampla defesa, ensina Alexandre de Moraes⁹:

Por ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário (...).

Em suma, em qualquer doutrina que se pesquise, ver-se-á que a ampla defesa é uma das garantias primordiais do processo e deve ser exercida literalmente de todas as formas possíveis.

3. A SUSTENTAÇÃO ORAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A sustentação oral, um direito dos advogados, foi prevista em sua forma mais ampla no artigo 7º, IX da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil), cuja redação era:

Art. 7º. São direitos do advogado: (...). IX. Sustentar oralmente as razões de qualquer recurso ou processo, nas sessões de julgamento, após o voto do relator, em instância judicial ou administrativa, pelo prazo de quinze minutos, salvo se prazo maior for concedido.

Todavia, em 02/08/1994, foi distribuída a ADI 1105 – Relator Ministro Paulo Brossard – que teve liminar deferida pelo pleno do STF em 03/08/1994, suspendendo a eficácia do supracitado dispositivo até a decisão final da ação, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence.

⁸ Op. cit., p. 42.

⁹ Op. cit., p. 122.

Em 17/05/2006, apreciou-se o mérito da ação, já sob a relatoria do Min. Marco Aurélio em razão da aposentadoria do antigo relator, que foi julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do inciso IX do artigo 7º da Lei n. 8.906/94, vencidos os mesmos Ministros que indeferiram a liminar. Atualmente, o processo está concluso desde 28/11/2008 com o Ministro Ricardo Lewandowski, designado redator para o Acórdão.

Em razão desse julgado, a matéria passou a ser regulada somente pelo Código de Processo Civil (CPC), que em seu artigo 554 determina:

Na sessão de julgamento, depois de feita a exposição da causa pelo relator, o presidente, se o recurso não for de embargos declaratórios ou de agravo de instrumento, dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente e ao recorrido, pelo prazo improrrogável de 15 (quinze) minutos para cada um, a fim de sustentarem as razões do recurso.

Fica claro, portanto, que enquanto o Estatuto da OAB previa a sustentação oral em qualquer recurso, o CPC limitou a sua prática, vedando-a expressamente nos casos de julgamento de Embargos de Declaração e no Agravo de Instrumento, o que passou a ser a regra geral vigente em nosso ordenamento jurídico.

4. NECESSIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DO ARTIGO 554 DO CPC

A regra vigente, que limita a produção da sustentação oral, traz a reflexão: a medida é positiva ou negativa?

Certamente, beneficia-se a celeridade nos julgamentos. Para os que conhecem a realidade de uma sessão de julgamento em Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Superiores, sabe-se que, não raro, elas se iniciam no começo da tarde e avançam pela noite em razão do grande número de processos para serem apreciados. Logo, se pudesse ser produzida a sustentação oral em todos os Agravos e Embargos de Declaração, é claro que ocorreria drástica interferência na duração das sessões.

Por outro lado, há de se imaginar que alguns Agravos e Embargos de Declaração têm a mesma – ou até mesmo maior – importância que uma Apelação ou Recurso Especial, por exemplo.

Dois casos são emblemáticos para comprovar esta assertiva. Imagine-se primeiro um caso de decretação de falência. O único recurso cabível, consoante o artigo 100 da Lei no. 11.101/05 (Lei de Recuperação de Empresas e Falência) é o agravo de instrumento. Sendo assim, a produção de sustentação oral em um caso que vai decidir se uma empresa deve quebrar ou não é de extrema importância para a defesa do cliente, que gerará, ainda, reflexo em outros setores da sociedade como trabalhadores, consumidores, dentre outros.

Se não for oportunizado ao advogado falar no julgamento do Agravo, pode ser que ele não tenha mais como se pronunciar perante o Tribunal em momento algum, já que, decretada a falência, o processo voltará a tramitar normalmente em 1ª instância até seu encerramento.

Raciocínio análogo pode ser feito para os Embargos de Declaração, mas em situação pouco diferente. Supondo que um pedido de falência seja julgado improcedente, caberá recurso de apelação. Imagine-se que, no Tribunal, essa decisão é revertida e chega-se à conclusão que será decretada a falência da empresa em 2ª instância. O primeiro recurso que caberia em face desse acórdão seria os Embargos de Declaração com efeitos modificativos ou infringentes. Logo, a importância deste é inquestionável na busca da justiça.

O que se pretende com esses argumentos é demonstrar que o artigo 554 do CPC não só pode como deve, conforme o caso concreto, ser flexibilizado. No caso do Agravo de Instrumento, há casos em que se aceita a sustentação oral, conforme a Câmara e o Tribunal¹⁰.

Todavia, quando se trata de Embargos de Declaração há uma objeção maior, sendo, infelizmente, ainda raros os casos em que se admite a produção de sustentação oral, mesmo que haja pedido de efeito modificativo.

Nestas exceções, citamos um exemplo no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. O Desembargador Audebert Delage, ciente destas pe-

¹⁰ Exemplificando, no Tribunal de Justiça de Minas Gerais admite-se a sustentação oral em Agravo de Instrumento na 1ª, 2ª, 7ª, 8ª, 9ª, 16ª e 17ª Câmaras Cíveis.

culiaridades, admite sustentação oral em Embargos de Declaração com a justificativa:

Sempre me coloquei na posição de que, quando há embargos declaratórios com possibilidade de acolhimento, imprimindo efeitos infringentes a esses embargos declaratórios, aí, com mais razão, acolho, não só colocando-o em pauta, como, também, admitindo sustentação oral. (Processo n. 1.0000.00.274.059-5/001. Public. 03/02/2009).

Esse posicionamento é o que julgamos ser o mais correto e em consonância com a aplicação literal do princípio do devido processo legal e da ampla defesa. Freddie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha também comungam dessa opinião¹¹:

Tudo indica, então, que a restrição contida no art. 554 do CPC, que veda a sustentação oral nos embargos de declaração e no agravo de instrumento, não se compatibiliza com a atual sistemática constitucional, sendo certo que se deve admitir a sustentação oral em qualquer recurso, com o que se põe em relevo a necessária contribuição dos advogados no julgamento e o indispensável diálogo que se deve nutrir entre advogados e magistrados.

O reconhecimento da importância do tema ora exposto é ratificado pelo Projeto de Lei do Senado n. 472/2008, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares (PSB/SE). Sua proposição é exatamente alterar o artigo 554 do CPC para permitir que seja produzida sustentação oral em Agravo de Instrumento e em Embargos de Declaração com efeitos infringentes ou modificativos.

Na Justificação do Projeto, o Senador bem argumenta:

A importância da sustentação oral deriva da própria Constituição Federal, que em seu art. 5º, inciso LV, estabelece que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Dentro da esfera da ampla defesa, situa-se a previsão da sustentação oral, como meio que poderá auxiliar no esforço da tese apresentada por escrito através da petição de recurso ou de contra-razões, inclusive, na maioria das vezes a sustentação oral serve para esclarecer aos magistra-

¹¹ *Curso de Direito Processual Civil*. V. 3, 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 547.

dos uma situação jurídica que passou despercebida, ou focar o ponto principal do conflito, que muitas vezes não foi captada pelo juiz-relator e sua respectiva assessoria, em face de leitura de inúmeras peças processuais.

Fica claro, portanto, que a doutrina, o Legislativo e o Judiciário já se inclinam ao entendimento de que a atual redação do artigo 554 do CPC merece reforma. Enquanto isso não ocorre, é importante que, em nome de princípios constitucionais hierarquicamente superiores a leis ordinárias, este dispositivo seja interpretado de forma diversa e flexibilizado, como bem defendido por Freddie Didier¹²:

Encarados os princípios constitucionais processuais como garantidores de verdadeiros direitos fundamentais processuais, e tendo em vista a dimensão objetiva já mencionada, tiram-se as seguintes conseqüências: (...) b) o magistrado poderá afastar, aplicado o princípio da proporcionalidade, qualquer regra que se coloque como obstáculo irrazoável/desproporcional à efetivação de todo direito fundamental.

Logo, é por questão de coerência com o texto constitucional que poder-se-á negar vigência a parte do artigo 554 do CPC, privilegiando-se, assim, o direito fundamental à ampla defesa.

5. CONCLUSÃO

A sustentação oral é uma clara forma de aplicação do princípio da ampla defesa em busca dos interesses dos jurisdicionados. Logo, sua limitação implica, necessariamente, em prejuízo para estes, mormente em casos como os citados, nos quais a única oportunidade de se produzi-la se dá em julgamento de Agravo de Instrumento ou de Embargos de Declaração.

Conforme reiteradamente exposto na doutrina, a ampla defesa consiste em possibilitar que o jurisdicionado utilize todos os meios e recursos possíveis em seu favor, de forma que possa deixar bem claro quais são seus argumentos e razões.

¹² *Curso de Direito Processual Civil*. V. 1, 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 28.

Ademais, viu-se nas lições de Calamandrei e Freddie Didier Jr. que o diálogo entre advogados e magistrados é extremamente importante na busca da justiça.

De tal sorte, para implementar a necessária mudança do artigo 554 do CPC sem depender do trâmite legislativo, que está diretamente ligado à vontade e ao momento político, é necessário que, cientes da necessária interpretação do CPC frente à Constituição Federal, os magistrados passem a reconhecer que a sustentação oral em Agravo de Instrumento e Embargos de Declaração é cabível e necessária em determinados processos, e pode ser admitida mediante simples aquiescência dos magistrados nos casos concretos.