

DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DO  
RIO DE JANEIRO

**REVISTA DE  
DIREITO  
DA  
DEFENSORIA  
PÚBLICA**

**26**

## **EDIÇÃO**

Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública Geral  
do Estado do Rio de Janeiro

### **CONSELHO EDITORIAL**

**MARCO AURÉLIO MENDES DE FARIA MELLO** – Ministro do  
Supremo Tribunal Federal

**LUIZ FELIPE SALOMÃO** – Ministro do Superior Tribunal de Justiça

**CARLOS FERNANDO MATHIAS DE SOUZA** – Ministro  
aposentado do Superior Tribunal de Justiça

**ADILSON VIEIRA MACABU** – Desembargador do Tribunal de  
Justiça do Estado do Rio de Janeiro

**ANDREIA GONÇALVES MENDES CUNHA** – Defensora Pública  
do Estado do Rio de Janeiro

**CLAUDIA DE ALMEIDA NOGUEIRA** – Defensora Pública do  
Estado do Rio de Janeiro

**DENIS ANDRADE SAMPAIO JUNIOR** – Defensor Público do  
Estado do Rio de Janeiro

**FELIPPE BORRING ROCHA** – Defensor Público do Estado do Rio  
de Janeiro

**FERNANDA GARCIA NUNES** – Defensora Pública do Estado do  
Rio de Janeiro

**JOSE AURELIO DE ARAÚJO** – Defensor Público do Estado do Rio  
de Janeiro

**JOSE DANILO TAVARES LOBATO** – Defensor Público do Estado  
do Rio de Janeiro

**JOSE FONTENELLE TEIXEIRA DA SILVA** – Defensor Público do  
Estado do Rio de Janeiro

**LEONARDO ROSA MELO DA CUNHA** – Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro

**MARCOS PAULO DUTRA SANTOS** – Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro

**PAULO CESAR RIBEIRO GALLIEZ** – Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro

**RÔMULO SOUZA DE ARAUJO** – Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro

## COLABORAÇÃO EQUIPE CEJUR

Maria Júlia Gomes de Oliveira  
Paula Lima da Cunha  
Raissa de Araújo Teixeira  
Sandra Maria Cunha de Faria Castro  
Thales José Maciel Bento

Impresso no Brasil

Solicita-se permuta.  
Pídese canje.  
On demande l'échange.  
Si richiede lo scambio.  
We ask for exchange.  
Wir bitten um Austausch.

Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro  
Avenida Marechal Câmara, nº. 314 – Centro – Rio de Janeiro – RJ  
CEP 20020-080

Revista de Direito da Defensoria Pública /  
Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de  
Janeiro. – nº 26 (Novembro de 2013) – Rio de  
Janeiro: DPGE, 2013.  
530p.

Irregular

ISSN 1981-1950

1. Direito – Periódicos. I. Rio de Janeiro  
(Estado). Defensoria Pública

CDD. 340.5

**GOVERNADOR DO ESTADO**

Sérgio Cabral

**VICE-GOVERNADOR DO ESTADO**

Luiz Fernando de Souza

**DEFENSOR PÚBLICO GERAL DO ESTADO**

Nilson Bruno Filho

**1ª SUBDEFENSORA PÚBLICA GERAL DO ESTADO**

Maria Luiza de Luna Borges Saraiva

**2º SUBDEFENSOR PÚBLICO GERAL DO ESTADO**

Fabio Brasil de Oliveira

**CHEFE DE GABINETE DA DEFENSORIA PÚBLICA**

Daniele Santana Nogueira

**ASSESSOR DO GABINETE DO DEFENSOR  
PÚBLICO GERAL**

José Fontenelle Teixeira da Silva

**CORREGEDOR-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA**

Elison Teixeira de Souza

**SUBCORREGEDORA-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA**

Daniele Duarte Samburgaro

**SUBSECRETÁRIO-ADJUNTO DE PLANEJAMENTO  
E GESTÃO**

José Netto Leal Júnior

**ASSESSOR DE RELAÇÕES INSTITUCIONAIS E  
ASSUNTOS PARLAMENTARES**

Ramon Couto Joppert

**OUVIDORA GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA**

Darci Burlandi Cardoso

**DIRETORA-GERAL DE ADMINISTRAÇÃO**

Rafaela Ribeiro Ivo Tavares

**DIRETOR-GERAL DO CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS**

Rodrigo Duque Estrada Roig Soares

**COORDENADORA-GERAL DO ESTÁGIO FORENSE**

Fátima Maria Saraiva Figueiredo

**PRESIDENTE DA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DA  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

Janine Denise Nogueira de Melo

## **APRESENTAÇÃO**

Apresentamos a Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em seu número 26, com a nova formação do Conselho Editorial, cujo desafio é tornar cada vez mais esclarecedora a missão constitucional dos Defensores Públicos e o papel da Defesa no Estado Democrático de Direito, talhado na Constituição da República de 1988.

A Defensoria Pública mais antiga do Brasil, que conta com cerca de 800 Defensores Públicos, dez núcleos especializados que tratam de temas como criança e adolescente, consumidor, defesa de terras, habitação e loteamentos, idoso, sistema penitenciário, direitos homoafetivos, portadores de necessidades especiais, direitos da mulher, interesses frente ao poder público e direitos humanos, presente em todas as comarcas do estado, sendo o maior escritório de advocacia poliespecializado do mundo, atua em todos os graus de jurisdição, vale dizer, desde a primeira instância até os Tribunais Superiores em Brasília.

A justiça brasileira alcança o expressivo número aproximado de 84 milhões de processos. Atenta ao cenário nacional, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro concentra atenção na solução extrajudicial dos conflitos, investindo cada vez mais na capacitação dos Defensores e servidores de modo a que todos estejam prontos para entregar à população do Estado a solução pretendida no menor espaço de tempo.

Fazemos mais: numa ação pioneira, com o apoio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a Defensoria Pública do Estado inaugurou o atendimento 24 horas pelo telefone “129”, em todo o estado, humanizando e democratizando o acesso à justiça.

Assim sendo, esperando contribuir com os operadores do direito, desejamos a todos uma excelente leitura.

**NILSON BRUNO FILHO**  
Defensor Público Geral do Estado

# A NOVA ORDEM JURÍDICA E OS PARADIGMAS DA BOA-FÉ E DA FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO

Sylvio Capanema de Souza<sup>1</sup>

Após o advento da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, operou-se um redirecionamento do eixo fisiológico do direito brasileiro.

Uma nova ordem jurídica está sendo implantada, alicerçada em princípios fundamentais, mitigando-se o sistema do positivismo estrito, que aprisionava o juiz ao texto da lei.

Abandonou-se o individualismo e o patrimonialismo, característicos do direito do século XIX, dando-se início a um processo de relativização da autonomia da vontade, antes quase absoluta, no mundo dos contratos.

O exercício dos direitos subjetivos individuais começou a experimentar limites, impostos pelo interesse social.

A preservação da dignidade humana e a solidariedade social converteram-se em cânones constitucionais, a inspirar legisladores e magistrados.

A consequência imediata foi a transformação da boa-fé e da função social do direito em cláusulas gerais, implícitas em todos os contratos e nas relações pessoais.

Não temos a menor dúvida que, ao volver seus olhos para o passado, as futuras gerações identificarão que a maior contribuição de nossos tempos para a ciência jurídica foi a conversão da boa-fé subjetiva em objetiva.

Abriu-se, na verdade, uma grande janela para uma outra dimensão ética.

---

1 Advogado. Desembargador aposentado do TJ/RJ. Professor Titular de Direito Civil da Faculdade Cândido Mendes. Professor Titular de Pós-graduação em Direito Civil da Universidade Estácio de Sá. Professor Titular de Direito Civil da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro

Novas figuras surgiram, como derivadas da boa-fé, no vasto cenário das relações pessoais, tais como o *venire contra factum proprium*, a *supressio*, a *surrectio*, o *tu quoque*, a *exceptio doli generalis* e a *exceptio doli specialis*.

No regime anterior, a boa-fé era muito mais uma exortação ética que se fazia aos contratantes, no sentido de que procurassem não causar dano a outrem, agindo sempre segundo as regras da probidade.

Dizia-se subjetiva porque consistia num estado de ignorância, análogo ao erro essencial, daquele que não sabe estar em situação irregular, e por isso atua como se fosse titular do direito.

Muito ao contrário, a boa-fé objetiva se traduz em um dever obrigatório de conduta, um verdadeiro agir segundo as regras da probidade e da veracidade.

Isto permite e recomenda que os juízes mergulhem nos contratos, para aferir se os contratantes estão se conduzindo como o fariam pessoas honestas.

O Código Civil de 2002 atribuiu à boa-fé três funções distintas, a ressaltar sua relevância, na nova ordem jurídica.

A primeira é hermenêutica, como se vê do artigo 113, segundo o qual a interpretação dos negócios jurídicos se fará pelas regras da boa-fé e dos costumes do lugar da celebração.

A segunda é contratual, traduzindo a conduta a ser cumprida pelas partes durante a vida do contrato, e que se insere no artigo 422.

Na dicção enfática deste dispositivo legal, em todo e qualquer contrato, e durante todas as suas fases, desde as tratativas até mesmo depois de sua extinção, as partes são obrigadas a guardar a mais estrita boa-fé e probidade.

E, finalmente, surge a noção da boa-fé como equilibradora da equação econômica do contrato, com a relevante função de mantê-la razoavelmente justa, durante toda a sua existência.

Para que a boa-fé possa cumprir esta função, poderosos mecanismos de controle foram criados, tais como as figuras da lesão, do estado de perigo e da onerosidade excessiva, que preservam a

comutatividade do contrato, como se vê dos artigos 156, 157 e 478 do Código Civil.

Não será nada difícil concluir que a boa-fé objetiva apresenta vários papéis fundamentais no atual sistema do direito positivo, impregnando-o de eticidade.

No mundo dos contratos, onde com maior frequência se exige, a boa-fé objetiva vai desde a função de imputar responsabilidade extra-contratual, pela imotivada ruptura das tratativas até a de vedar o exercício inadmissível de posições jurídicas, que pudessem quebrar a base econômica do negócio.

Como cláusula geral, a boa-fé cria para as partes deveres anexos, que independem de prévia e expressa declaração de vontade, tais como os princípios da confiança, lealdade, informação e preservação.

Quanto à função social do contrato, consagrada no artigo 421 do Código Civil, não caberia ao legislador defini-la.

Mas é intuitivo, acima de qualquer dúvida, que função social do contrato significa que não mais se pode tolerar que sirva ele apenas aos interesses das partes, ou de uma delas, como fator de seu enriquecimento exclusivo, como no passado se pensava.

O contrato, modernamente, deve servir também à sociedade, como mecanismo de construção de um estado de bem-estar, gerando empregos e contribuindo para reduzir as desigualdades sociais.

Não se trata de mera recomendação aos legisladores, o que tornaria inócua o preceito, e nem de paternalista proteção do mais fraco.

O que se deve entender como função social é a preocupação de evitar que o contrato, desbordando das pessoas dos contratantes, alcance terceiros, causando-lhes prejuízos.

A solidariedade social, transformada em fundamento da República, conforme o artigo 3º da Carta Magna, impõe que sejam considerados, na formulação dos contratos, os interesses coletivos e não apenas os individuais.

Miguel Reale, coordenador e homogeneizador do projeto do Código Civil de 2002, ao comentá-lo, alertou que um dos principais

objetivos da codificação foi:

“Tornar explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade. Trata-se de preceito fundamental, dispensável talvez sob o enfoque de uma estreita compreensão do Direito, mas essencial à adequação das normas peculiares à concreção ética da experiência jurídica” (O Projeto do Novo Código Civil, pg. 71).

O mesmo raciocínio foi desenvolvido por Flávio Tartuce, em seu excelente livro “Função Social dos Contratos”, Ed. Método, 2ª ed., pg. 239, onde doutrina, com notável sensibilidade:

“Pela vanguarda dessa nova visão, os contratos devem ser interpretados de acordo com a concepção do meio social em que estão inseridos, não trazendo onerosidade excessiva ou situações de injustiça às partes contratantes, garantindo que a igualdade entre elas seja respeitada, equilibrando a relação em que houver a preponderância de um dos contratantes sobre o outro”.

É evidente que estas considerações não se aplicam apenas ao momento do aperfeiçoamento do contrato, ou à sua hermenêutica, mas também, e principalmente, à sua execução e extinção, já que a regra do artigo 422 alude a todas as fases da vida do contrato.

Em sua exposição, na obra acima citada, Flávio Tartuce transcreve lapidar comentário de Emílio Betti, em sua “Teoria Geral do Negócio Jurídico”, Ed. LZN, 2003, pg. 150, que vale a pena ler:

“O direito, como vimos, não dá seu apoio ao capricho e ao arbítrio individual, mas a funções práticas que tenham uma relevância e uma utilidade social, e que, por isso mesmo, mereçam ser estavelmente organizadas”.

Por sua vez, o Professor Antônio Junqueira de Azevedo resume, com extraordinário poder de síntese, que “a função social do contrato é

um limite para a liberdade contratual”.

No campo da propriedade, a tendência é a mesma, como se percebe da simples dicção do artigo 1228, parágrafo 1º:

“§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

A natureza quase absoluta do direito de propriedade, no Estado Liberal, foi sendo mitigada pelas sucessivas limitações ao seu exercício, sempre em homenagem à função social e boa-fé.

O sempre lembrado e já antes citado Miguel Reale aponta essa relação íntima entre a função social do contrato e da propriedade.

Leia-se este comentário lapidar:

“Ora, a realização da função social da propriedade somente se dará se igual princípio for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessam somente às partes contratantes, mas a toda coletividade” (Função Social do Contrato, Ed. RT, 2005, pg. 266).

Daí se deve concluir, sem maior esforço, que se o nosso atual sistema condiciona o exercício do direito real de propriedade à sua função social, não há como se deixar de associar este comando ao mundo dos contratos, inclusive os preliminares.

O conceito de função social da propriedade serve como fundamento constitucional para a análise da natureza jurídica da função social do contrato, ensina o Ministro Eros Grau, do Colendo Supremo Tribunal Federal, *in* “A ordem econômica na Constituição”, Ed. Malheiros, 1998, pg. 255.

Para integral obediência aos comandos desta nova percepção ética do direito, era também indispensável definir-se o abuso de direito, analisando-o desde suas origens até o advento do atual Código Civil.

Na feliz observação de Paulo Nader, “a figura do abuso de direito, se não chegou a ser teorizada pelos romanos, pelo menos foi conhecida do ponto de vista doutrinário”, para se adotar soluções casuísticas, diante de situações práticas que surgiram no relacionamento entre as pessoas. (Introdução ao Estudo do Direito, 16ª Ed. Forense, 1999).

No Direito moderno, o “leading case” é de 1912, no famoso caso Clement Bayard, julgado pela Corte de Amiens, que expressamente reconheceu o abuso de direito praticado pelo proprietário de um terreno vizinho ao campo de pouso de dirigíveis, e que construiu enormes torres com lanças de ferro em seus topos, sem qualquer justificativa plausível, com o evidente propósito de provocar perigo para as aeronaves, impedindo sua normal utilização.

No Direito Brasileiro, durante muitas décadas se discutiu, acirradamente, se o abuso de direito traduzia uma espécie de ato ilícito, tendo em vista o silêncio do Código Civil de 1916.

A primeira corrente, amparando-se nas lições de Planiol, sustentava haver uma insuperável contradição na expressão “abuso de direito”, já que não seria possível se falar simultaneamente em ato conforme e contrário ao direito.

Essa corrente negativista está hoje superada, sendo certo que diante da omissão do Código Civil de Bevilacqua, recorria-se a uma interpretação inversa do seu artigo 160, inciso I, segundo o qual não traduziria ato ilícito “o exercício regular de um direito”.

Depreendia-se, então, que o exercício abusivo, ou seja, irregular, já se inseria no campo da ilicitude.

A segunda corrente, afirmativa, consolidou-se através de várias teorias elaboradas por eminentes juristas, como Savatier, Josserand e Ripert.

George Ripert percebeu, com sua conhecida lucidez, que o abuso de direito seria o resultado da subordinação da Lei positiva aos princípios morais.

Sempre nos impressionamos com esta Teoria, que reprova o abuso de direito pela sua infringência aos deveres morais de justiça, equidade e humanidade, os quais devem se situar em plano muito acima da legalidade.

A Teoria de Ripert, como se vê, tem o grande mérito de introduzir a ideia de moralidade no exercício dos direitos.

O Código Civil de 2002 albergou a teoria afirmativa, conforme se extrai da redação do seu artigo 187, segundo a qual “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Nossos melhores doutrinadores se orientam no sentido de ter o Código Civil de 2002 se afastado da teoria subjetiva do abuso de direito, para abrigar a teoria finalista.

Entre eles, e dos mais cultos e respeitados, Eugênio Facchini Neto observa que “o novo texto não exige a intenção de prejudicar, contentando-se com o excesso objetivamente constatável” (Funções e modelos da responsabilidade aquiliana no Novo Código – Revista Jurídica, vol. 309, pg 30, 2003).

Mas se dúvida ainda houvesse, foi ela de todo espancada, com o advento do Enunciado 37, que versa sobre o abuso de direito e o artigo 187 do Código Civil, redigido sob orientação do Min. Ruy Rosado, e que emanou do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

É a seguinte, a sua esclarecedora dicção:

“A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalista”.

Será fácil perceber que o legislador atual incluiu a figura do abuso de direito no Título referente ao ato ilícito, em que pese não se confundirem os conceitos.

No ato ilícito, propriamente dito, há uma violação direta ao comando da lei, como, por exemplo, quando o devedor, culposamente, deixa e entregar ao credor a prestação que lhe é devida, ou, ainda, quando um motorista imprudente atropela um pedestre, causando-lhe lesões corporais graves, infringindo o dever geral de cautela.

No abuso, o titular estaria agindo no exercício de seu direito, mas em desconformidade com os seus valores, que justificam o

reconhecimento pelo ordenamento jurídico.

Heloísa Carpena, eminente Procuradora de Justiça do Ministério Público do Rio de Janeiro, doutrina que “para se proceder à caracterização do abuso de direito deve-se tentar identificar o seu motivo legítimo, o qual deve ser extraído das condições objetivas nas quais o direito foi exercido, cotejando-as com sua finalidade e com a missão social que lhe é atribuída, com o padrão de comportamento dado pela boa-fé e com a consciência jurídica dominante” (Abuso de Direito no Código de 2002, Ed. Renovar, pg. 382).

Percebe-se, facilmente, a íntima relação entre a boa-fé objetiva e o abuso de direito, já que uma das mais importantes funções daquela é o de limitar o exercício dos direitos subjetivos.

Rubens Limongi França, em sua Enciclopédia Saraiva de Direito, Ed. Saraiva, 1977, define o abuso de direito como sendo “um ato lícito pelo conteúdo, mas ilícito pelas consequências”, ou seja, a ilicitude está na forma de execução do ato, tal como ocorre na hipótese da consulta.

Daí a dificuldade que hoje enfrentam os aplicadores do direito, que segundo as regras da hermenêutica e da equidade, deverão adotar soluções justas para os diversos casos concretos que lhes são submetidos, e isto porque o atual conceito de abuso de direito não está inserido exclusivamente no de ato ilícito.

Resulta nítida a intenção do legislador atual de limitar direitos e poderes previstos nos negócios jurídicos, que ali são exercidos, procedendo-se a uma releitura de princípios consagrados no passado, como os da autonomia da vontade, da força obrigatória e da relatividade dos contratos.

É evidente que o conceito de “moral” é muito mais amplo, não se confundindo com o de direito, o que, muitas vezes torna difícil decidir se uma determinada cláusula, ou a execução do contrato, estão, ou não, de acordo com a “moralidade”, que agora se inseriu no mundo das relações jurídicas.

Esta só pode ser a interpretação finalista do artigo 187 do Código Civil.

Fernando Noronha acrescenta que o melhor caminho para se vislumbrar o abuso de direito é o da “manifesta desproporção entre

o interesse que o agente visa realizar e aquele da pessoa afetada, ou, dizendo de outro modo, entre as vantagens do titular do direito e os sacrifícios suportados pela outra parte. Se todos os direitos têm finalidade social, não é possível tutelar pretensões que representam sacrifício manifestamente desproporcional” (Direito das Obrigações, Ed. Saraiva, 2003, Vol. I, pg. 372).

Ao se inserir a figura do abuso de direito no atual Código Civil, procurou-se promover uma relativização dos direitos individuais, para coibir o seu exercício de maneira a colidir com os interesses coletivos e o bem estar social.

Não basta, portanto, aferir se o direito é legítimo, mas também o modo de estar sendo ele exercido pelo seu titular, sem o que se tornaria inócua a regra do artigo 187, rompendo-se a íntima ligação que existe hoje entre a ética e o direito.

Na visão de Louis Josserand (*Relatividad y abuso de los derechos*, Bogotá, Temis, 1982, pg. 26) “pode acontecer, e com frequência acontece, que um ato seja conforme a determinado direito e, nada obstante, ilícito, por se mostrar contrário à boa-fé e àquelas regras que dominam todo o direito e que constituem o que Maurice Hauriou chamava de *Supralegalidade*”.

Afasta-se, com isto, a ideia de direitos individuais absolutos, já que todos eles se submetem a relativização decorrente da boa-fé e da função social.

A prof.<sup>a</sup> Judith Martins Costa, em *Comentários ao Código Civil*, Ed. Forense, 2003, pg. 122, elenca os requisitos do abuso de direito, a saber: conduta humana, existência de um direito subjetivo, exercício desse direito de forma emulativa, dano para outrem, ofensa à boa-fé e prática em desacordo com o fim social ou econômico do direito subjetivo.

Para concluir esta breve incursão pelos paradigmas oxigenadores do direito privado brasileiro, e ainda como consequência deles, só nos resta anotar a extraordinária relevância que se conferiu à noção de confiança e lealdade, que devem presidir as relações humanas.

Dos deveres anexos ou parcelares da boa-fé objetiva devem ser estes os mais significativos, daí a imperiosa necessidade de preservá-los, especialmente no oceânico mundo dos contratos.

A tutela da confiança é, hoje, preocupação prioritária de legisladores e magistrados, não só com o objetivo de restaurar direitos violados, como o de prevenir danos a terceiros.

Exemplo mais eloquente é o da vedação de comportamentos contraditórios, como já antes assinalamos.

Se a conduta de alguém, mantida por certo tempo, foi hábil para incutir na mente de outrem a confiança que seria ela mantida, não pode o agente volver-se contra os próprios passos, o que romperia a justa expectativa da parte.

Nos conceitos de *supressio* e de *surrectio* é nítida a intenção de se proteger a confiança, como um dos pilares de sustentação da boa-fé objetiva.

Como se vê, o tempo colocou sobre nossos ombros, no limiar do século XXI, uma desafiadora responsabilidade, que é a de construir uma nova sociedade, ética, fraterna e solidária.

Neste cenário, ao mesmo tempo, estimulante e assustador, ressalta a importância da atuação dos defensores públicos, na comovedora tarefa de proteger, nas relações contratuais, a parte hipossuficiente, frequentemente vítima de condutas abusivas do economicamente mais forte.

Os novos institutos que brevemente tentamos destacar, são ferramentas poderosas a serem manejadas pelos advogados, públicos ou privados, na implantação deste direito principiológico que estamos construindo, com muito esforço e sacrifício, e que queremos cada vez mais impregnado de eticidade.

Animados pelos sonhos, que são o combustível da alma dos advogados, vamos, juntos, enfrentar e vencer o desafio!

# O SISTEMA JURÍDICO-NORMATIVO DA DESLEGALIZAÇÃO

José dos Santos Carvalho Filho<sup>1</sup>

**Palavras-chave:** Agências Reguladoras. Poder Normativo. Deslegalização

## Sumário:

1. *Introdução;*
2. *O poder normativo das agências reguladoras;*
3. *Natureza jurídica do poder normativo;*
4. *O fenômeno da deslegalização;*
5. *Conclusão.*

## 1. Introdução

O curso da evolução histórica do Estado contemporâneo tem evidenciado sucessivas mutações no que diz respeito ao papel que desempenha na economia. Tais mudanças decorrem de fatores de variada natureza, com destaque para os fatores políticos, sociais e econômicos, que, mais acentuadamente em certos momentos ou mais mitigadamente em outros, podem propiciar, de um lado, posição de hipertrofia estatal no setor econômico, e, de outro, postura de prudente controle sobre o setor.

O Estado brasileiro, após longo período de hipertrofia estatal, no qual enveredou por diversos segmentos da economia, resolveu mudar esse estado de coisas e instituiu o Plano Nacional de Desestatização – PND (Lei nº 9.491/97, antecedida pela Lei nº 8.031/90), fenômeno, na prática (mas não por referência legal), denominado de *privatização*. Em consequência, foi obrigado a adotar um novo sistema por meio do qual pudesse exercer o necessário controle sobre as pessoas privadas, às quais foi atribuída a incumbência de prestar alguns serviços públicos em lugar do próprio Estado ou de entidades a ele vinculadas.

---

1 Mestre em Direito (UFRJ). Professor de Direito Administrativo. Membro do IBDA – Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Membro do IDAERJ – Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro. Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentado). Ex-Consultor Jurídico do Ministério Público do Rio de Janeiro.

O referido Plano estabeleceu como meta, entre outras, a de “reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público” (art. 1º, I, Lei nº 9.491/97). Outra meta foi a de compelir a Administração Pública a concentrar “seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais” (art. 1º, V).

Entretanto, se é verdade que esses eram os objetivos fundamentais, não menos verdadeiro é o fato de que o grande elemento inspirador da alteração do papel estratégico do Estado residiu no crescente e devastador déficit público, que ameaçava, inclusive, a estabilidade das instituições, resultando daí a imprescindibilidade inadiável de sanear as finanças públicas, como já tivemos a oportunidade de destacar<sup>2</sup>.

Na medida em que serviços públicos foram delegados a pessoas do setor privado, o Estado não teve outra alternativa a não ser a de criar organismos incumbidos da execução do controle sobre os novos prestadores. Afinal, era preciso considerar que a transferência de tais atividades não converteria os serviços públicos em atividades privadas e, se assim era, não se poderia abdicar do controle, sabido que o destinatário final dos serviços seria a própria coletividade. O interesse público, por isso, continuava presente mesmo com a mudança do sistema, e a ele não poderia ficar indiferente o Poder Público.

Simultaneamente à mudança de regime, começaram a ser instituídas as denominadas agências reguladoras, com a natureza jurídica de autarquias de regime especial, cuja finalidade consiste na regulação e controle do setor privado, não somente no que concerne aos serviços públicos transferidos a particulares, como também àquelas atividades que, embora eminentemente privadas, se caracterizam como de relevante interesse social.<sup>3</sup>

É verdade que a doutrina registra que, há muito tempo, tinham sido criadas autarquias com essa função fiscalizadora<sup>4</sup>, mas foi com o processo de desestatização, implementado na década de 90, que surgiram as agências reguladoras com regime especial, todas elas sujeitas a regime

---

2 JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, Atlas, 26ª ed., 2013, p. 352.

3 É o caso da ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Lei nº 9.792/99).

4 MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*. Atlas, 26ª ed., 2012, pág. 525

praticamente idêntico, sem diferenças significativas.<sup>5</sup>

Todas as agências reguladoras criadas até o momento são enquadradas na categoria das autarquias, sendo qualificadas nas respectivas leis com o cunho da *especialidade do regime*. Assim, é feita referência a “*autarquias sob regime especial*”, ou sujeitas, como dizem os diplomas institutivos, a “*regime autárquico especial*” ou, ainda, “*sob regime especial*”. A “*especialidade*” do regime resulta da circunstância de que nelas são alinhadas algumas singularidades não encontradas nas leis reguladoras das demais entidades autárquicas.<sup>6</sup> Apesar de entendermos que qualquer autarquia tem um regime especial, que é o definido em sua lei instituidora, somos forçados a reconhecer que já se consolidou a expressão *autarquia de regime especial* para marcar o regime das agências.<sup>7</sup>

Usualmente são apontadas quatro peculiaridades para o delineamento do que se chama de *regime especial*: 1<sup>a</sup>) poder normativo (capacidade de editar normas de caráter geral); 2<sup>a</sup>) autonomia decisória (a solução de conflitos exaure-se no próprio âmbito da autarquia); 3<sup>a</sup>) independência administrativa (os dirigentes têm investidura a termo e, por isso, alcançam certo grau de autonomia em relação à Administração Direta); 4<sup>a</sup>) autonomia econômico-financeira (as autarquias são destinatárias de alguns recursos próprios para gestão de suas atividades institucionais).<sup>8</sup>

Para as presentes considerações, daremos destaque à característica do poder normativo exercido por tais autarquias em sua atividade de regulação - a denominada *função regulatória*, alvo de constantes divergência entre os estudiosos.

## 2. O Poder Normativo das Agências Reguladoras

Considerando a natureza e os objetivos que mobilizaram a criação das agências reguladoras, não seria possível suprimir-lhes o poder jurídico de produzir algumas normas de caráter geral, abstrato e

---

5 As primeiras agências foram a Agência Nacional de Energia Elétrica –ANEEL (Lei nº 9.427/96) e a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL (Lei nº 9.478/97).

6 DIÓGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, Saraiva, 11<sup>a</sup> ed., 2008, pág. 340.

7 JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, Manual cit., pág. 478.

8 A respeito, veja-se JOSÉ MARIA PINHEIRO MADEIRA, *Administração Pública Centralizada e Descentralizada*, Ed. América Jurídica, 2000, p. 233.

impessoal, dotadas de uma densidade amoldada ao cumprimento dos fins específicos das entidades. Obviamente, a regulação de certos setores da vida social, tanto os relativos à prestação de serviços públicos, quanto os atrelados a atividades privadas de relevância pública, reclama fatalmente a necessidade de serem editados atos que, sem a menor dúvida, terão incidência geral sobre quantos estejam, de alguma forma, situados no âmbito do setor suscetível de regulação.

Levando em conta que esses atos se originam do poder normativo das agências, algumas resistências têm sido opostas quanto à sua viabilidade jurídica e quanto à natureza. Uma das discussões mais acirradas sobre a matéria reside em saber qual a abrangência e os limites de incidência de semelhantes atos, que, no fundo, são editados por pessoa da administração indireta, com função tipicamente administrativa.

*Poder normativo*, em sentido geral, é a aptidão jurídica atribuída a determinado órgão ou pessoa da Administração de expedir normas com carga de incidência geral, abstrata e impessoal. A ordem jurídica confere essa capacidade a inúmeros órgãos e pessoas, e estes podem exercê-la por meio de diversas espécies de atos. A regra geral é a de que compete ao Legislativo estabelecer “ponderações autônomas no plano abstrato”, com o sentido de disciplinar situações jurídicas.<sup>9</sup> O sistema jurídico, porém, é mais denso, admitindo um sem número de normas emanadas de órgãos não legislativos.

Em tal sistema, cumpre verificar a extensão da carga de incidência, ou seja, os limites dentro dos quais podem ser expedidas as normas gerais, tendo em vista a existência de determinados parâmetros situados em norma de estatura superior. Trata-se, pois, apenas de examinar o princípio da adequação normativa diante do sistema de hierarquia das normas jurídicas – sistema esse que, afinal, serviu de base para a formação da pirâmide normativa de KELSEN.

Foi a própria lei que conferiu poder normativo às agências reguladoras, e o fez como corolário das competências que lhes outorgou. A competência para regular determinado setor econômico e para implementar políticas públicas traz insito o *status* normativo. E a razão é simples: tais atividades de regulação, implementação e fiscalização exigem que o órgão responsável transmita normas de caráter geral, ainda que, em outras situações, possa editar normas individuais, retratadas por

---

9 RICARDO MARCONDES MARTINS, *Regulação Administrativa à Luz da Constituição Federal*, Malheiros, 2011, pág.103.

atos administrativos concretos.<sup>10</sup>

Veja-se, para exemplificar, que a lei atribuiu à ANEEL a competência de “implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995”, bem como a de “regular o serviço concedido, permitido e autorizado e fiscalizar permanentemente sua prestação”.<sup>11</sup>

Esse tipo de atividade demonstra que seria impossível deixar de atribuir às agências reguladoras o poder de editar normas gerais relacionadas ao setor a que foram direcionadas através da respectiva disciplina jurídica. Com efeito, somente dotado de poder normativo poderá órgão ou pessoa administrativa *implementar políticas, regular serviços, expedir normas sobre prestação de serviços, promover regulação etc.*

### 3. Natureza Jurídica do Poder Normativo

Os estudiosos não têm adotado a mesma visão sobre o poder normativo outorgado às agências reguladoras. A discussão, no mais das vezes, recai sobre o aspecto da legitimidade ou não desse poder, na medida em que exercido por entidades de caráter administrativo.

Alguns advogam o entendimento de que é ilegítima a atribuição de tal poder. Fundam-se no fato de que essa atribuição representa verdadeira invasão da esfera reservada ao poder legiferante. Quer dizer: os atos derivados dessa competência se caracterizariam como regulamentos autônomos, atos não admitidos no direito pátrio.<sup>12</sup>

Para outros, cuida-se do exercício da denominada função regulatória, e não da função regulamentar, esta classicamente conhecida e aceita como exercício do poder regulamentar. Argumenta-se que a regulamentação é política, ao passo que a regulação é técnica.<sup>13</sup>

---

10 É o caso, v.g., em que o órgão aplica uma sanção – ato eminentemente individual e concreto.

11 Art. 3º, I e XIX, Lei nº 9.427, de 26.12.96.

12 VANESSA VIEIRA DE MELLO, *Regime Jurídico da Competência Regulamentar*, Ed. Dialética, 2001, p. 91.

13 MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, *Direito Administrativo Regulatório*, Ed. Lumen Juris, 2002, p. 233.

Semelhantes opiniões, todavia, desafiam alguns reparos.

De um lado, temos, na clássica lição de HELY LOPES MEIRELLES, que regulamento autônomo é aquele destinado a “*prover situações não disciplinadas em lei*”.<sup>14</sup> Ou seja: o regulamento, no caso, funcionaria como verdadeiro substituto da lei e teria, na prática, a mesma eficácia desta. Na hipótese das agências, contudo, não é isso que ocorre. Como já observamos, é a própria lei que estabelece a disciplina básica sobre os setores sob regulação, cabendo às agências, em consequência, editar os provimentos que possibilitem a execução das normas legais. Inexiste inovação na ordem jurídica quanto à *disciplina originária*, mas mera complementação formalizada por *disciplina derivada*.

De outro lado, também não vislumbramos categorias diversas no que toca à *função regulamentadora e à dita função regulatória*. Trata-se de aspectos inerentes à mesma figura jurídica. O fato de o poder normativo ter como elemento básico a edição de normas técnicas não desfigura a função como regulamentar, e isso porque, em última instância, a função é a de complementação da lei. A denominada função regulatória só se justifica como categoria jurídica na medida em que se refira ao poder normativo das agências reguladoras.

Segundo entendemos, a função exercida pelas agências retrata o manejo do poder regulamentar, ou seja, “*a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir sua efetiva aplicação*”.<sup>15</sup> Tal prerrogativa - é oportuno consignar - não é privativa deste ou daquele órgão da Administração, mas sim de qualquer deles cuja competência tenha sido atribuída pela Constituição ou pelas leis.<sup>16</sup> É imperioso lembrar que o poder regulamentar reflete a aptidão jurídica de produção de normas, de *estatura inferior à das leis*, visando à sua complementação e execução. Sendo assim, essas normas hão de provir da Administração, no desempenho de sua função administrativa derivada.

Os regulamentos, como sabido, por serem atos subjacentes à lei, não podem instituir obrigações, porque a isso obsta o princípio da

---

14 *Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. Malheiros, 29ª ed., 2004, p.126.

15 *Nosso Manual de Direito Administrativo* cit., p. 57.

16 DIÓGENES GASPARINI, por exemplo, limita a atribuição do poder regulamentar ao Chefe do Poder Executivo, embora mais adiante admita, com base em obra de LEILA CUÉLLAR (*As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*, Dialética, 2001, p.116), que outros órgãos, como as agências reguladoras, possam fazê-lo (ob. cit., p. 117).

reserva legislativa previsto no art. 5º, II, da Constituição (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”). No entanto, é forçoso reconhecer que atos de regulamentação, ainda que situados em patamar abaixo da lei, contêm ocasionalmente em seu texto normas que demandam o cumprimento de algumas obrigações.

Já tivemos a oportunidade de consignar: “É legítima, porém, a fixação de **obrigações subsidiárias** (ou **derivadas**) – diversas das obrigações **primárias** (ou **originárias**) contidas na lei – nas quais também se encontra imposição de certa conduta dirigida ao administrado. Constitui, no entanto, requisito de validade de tais obrigações sua necessária **adequação** às obrigações legais. Inobservado esse requisito, são inválidas as normas que as prevêem e, em consequência, as próprias obrigações” (grifos do original).<sup>17</sup>

Permitimo-nos oferecer os presentes comentários no intuito de comprovar que a atuação das agências reguladoras é eminentemente a de regulamentar as normas de competência que suas leis estabeleceram. Embora alguns entendam que se trata de *regulação*, fenômeno diverso, parece-nos que essa atividade se aloja na categoria geral da função de *regulamentação*. A categoria específica de *regulação* rende ensejo apenas, como elemento diferencial, a um poder mais amplo de regulamentar, o que nem sempre ocorre com outras formas de regulamentação. Afinal – insistimos – é impossível a atuação das agências sem a ação normativa para sua eficácia e operacionalidade.<sup>18</sup>

#### 4. O Fenômeno da Deslegalização

Não vai longe o tempo em que se iniciaram e desenvolveram estudos mais detidos sobre o tema da *deslegalização*, também intitulada por alguns estudiosos de *deslegificação*.

Todavia, dentro de outros sistemas – e aqui destacamos a França – a deslegalização recebe aceitação com naturalidade, quando a lei delega funções técnicas a órgãos administrativos, e estes, no âmbito de sua competência específica, fazem uso da delegação mediante a emanção de normas genéricas. A normatização origina-se da lei (*domaine de la loi*) e é traspassada para os atos de regulamentação (*domaine de*

---

17 Nosso Manual cit., p. 60.

18 Nesse sentido, GLAUCO MARTINS GUERRA, “Agências Reguladoras no Brasil: Princípio da Legalidade e Regulação”, in *Direito Regulatório. Temas Polêmicos*, vários autores (org. por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO), Ed. Forum, 2ª ed., 2004, p. 325.

*l'ordonnance*), tudo por exigência de modernos processos de produção e circulação de bens e serviços.<sup>19</sup>

GARCÍA DE ENTERRÍA e RAMÓN FERNÁNDEZ identificam com exatidão esse fato jurídico: “*Chamamos deslegalização à operação que efetua uma lei que, sem entrar na regulação material de um tema, até então regulado por lei anterior, disponibiliza aludido tema ao poder regulamentar da Administração*”.<sup>20</sup>

A deslegalização pode ser definida como o fato jurídico que rende ensejo à edição de normas técnicas por órgãos administrativos dotados de especialização em certos setores de prestação de serviços e produção de bens. Cabe ao órgão administrativo minudenciar o conteúdo normativo da lei, providência inviável de ser concretizada pelo Legislativo. É imperioso averbar, no entanto, que o fato não provoca a *substituição* da norma legal, cingindo-se a perfazer a mera *complementação e regulamentação* desta através da prática do ato do órgão administrativo. Infere-se, portanto, que não se trata de atividade despida de parâmetros executada pela Administração, mas sim de conduta perpetrada dentro dos limites estabelecidos na respectiva lei.

Em virtude dos parâmetros que condicionam o exercício da função administrativa, mesmo que tenha densa carga de extensão o campo a ser regulamentado, não poderá o ato regulatório extrapolar os limites preestabelecidos na norma legal. Assim, é correto afirmar que a deslegalização não emana de delegação legislativa incondicionada, devendo o ato de regulação obedecer aos parâmetros previstos na lei. Essa forma de transferência normativa tem sido denominada de “*delegação com parâmetros*” (“*delegation with standards*”), evidenciando que compete ao Legislativo definir os limites dentro dos quais poderá ser expedido o ato visando à função regulatória.<sup>21</sup>

Poderão surgir algumas dificuldades no cotejo entre o ato de regulação e as normas da lei em que encontra fundamento. Não há, porém, como generalizar. Em cada ato editado pela agência reguladora deverá ser investigada a compatibilização. O cotejo não é matemático, ensejando por vezes um certo padrão de subjetividade, inclusive quando o intérprete recorrer ao princípio da razoabilidade. Na verdade, cabe ao intérprete aferir se o ato oriundo da agência seria realmente praticado

---

19 JOSÉ MARIA PINHEIRO MADEIRA, *Administração Pública* cit., p. 231.

20 *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas Ed., Madri, vol. I, 10ª ed., 2001, p. 273.

21 A correta observação é de LUÍS ROBERTO BARROSO, em *Temas de Direito Constitucional*, Ed. Renovar, 2001, p. 173.

pelo legislador, se a este coubesse a tarefa de praticá-lo.

Existem opositores de autoridade ao sistema da deslegalização. Como regra, fundam-se no fato de que, sendo infralegal o ato de regulação, não poderia ele alterar o procedimento legislativo, o que constituiria delegação legislativa inominada vedada pela Constituição.<sup>22</sup> Ousamos dissentir. A deslegalização não implica qualquer delegação legislativa no sentido de o Poder Legislativo transferir a função legiferante a órgão de natureza diversa. O que o Legislativo faz é delegar a órgão administrativo - no caso as agências reguladoras - o poder de *minudenciar* a norma da lei, de complementá-la, enfim, permitindo sua execução. Afinal, delegar não é o mesmo que abdicar: a lei não abdica de seu objetivo, e titular da função continua a ser o Legislativo. Se houvesse tal amplitude de sentido, a conclusão seria a de inadmitir qualquer tipo de regulamento, isso apesar da previsão constitucional do poder regulamentar (art. 84, IV, CF).

Tratando-se dos limites da deslegalização, é oportuno relembrar a precisa advertência de ENTERRÍA e FERNÁNDEZ<sup>23</sup>:

“Parece evidente que na operação deslegalizadora se cumpre um fenômeno de ampliação do poder regulamentar, visto que se lhe abre matéria até então excluída de seu alcance. A ampliação do âmbito material do poder regulamentar se faz sempre delimitando o referido âmbito de maneira mais ou menos precisa, mas sempre expressa; isso porque descabe uma deslegalização geral de toda a reserva de legalidade”.

A observação é procedente. Deslegalização *genérica* - esta sim - seria ofensiva ao princípio da reserva legal consagrado na vigente Constituição. Haveria, na hipótese, delegação do próprio poder legiferante. A deslegalização legítima é a *específica* e, no caso das agências reguladoras, aquela que consiste na oferta de *maior densidade regulamentadora* no que diz respeito à matéria de ordem técnica objeto de sua instituição.

Partindo-se da premissa da juridicidade da deslegalização, urge examinar um aspecto importante do tema: *os efeitos* diante da lei precedente. Segundo GARCÍA DE ENTERRÍA e RAMÓN

---

22 GUSTAVO BINENBOJM, “*Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil*”, publicado na RDA 240/2005, p. 157.

23 GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso cit.*, p. 274.

FERNÁNDEZ, quando uma lei disciplina inteiramente determinada matéria e outra, da mesma natureza, é editada posteriormente, esta última *substitui* aquela pelo princípio da revogação (ou *contrarius actus*, como o denominaram os autores). Ocorre nesse caso verdadeiro “congelamento do nível normativo”, ou seja, a lei nova produz inevitável inovação na ordem jurídica com a manutenção do nível hierárquico normativo (lei *versus* lei).

Quando se trata, todavia, de lei que contenha hipótese de deslegalização, esta vai operar como *contrarius actus* da lei anterior de regulação material, “*pero no para innovar directamente esta regulación, sino para degradar formalmente el rango de la misma de modo que pueda ser modificada en adelante por simples Reglamentos*”<sup>24</sup>. Infere-se, pois, que Regulamentos poderão inovar na ordem jurídica (dentro dos padrões, é claro, enunciados na respectiva lei) e derrogar leis formais anteriores, fato que não seria possível se não existisse a lei causadora da “degradação” prévia.

A *degradação* a que aludem os autores refere-se ao *nível hierárquico normativo*, para indicar que a lei nova afastou a reserva legal disciplinadora atribuída à lei anterior, permitindo que a nova disciplina possa ser minudenciada por meio de atos reguladores oriundos da Administração. Obviamente, se normas reguladoras são consentâneas com a lei de deslegalização, mas incondizentes com as normas da lei anterior, o efeito será realmente o da revogação da disciplina anterior pela contemplada no ato regulamentador.

No caso, não há falar em revogação de uma lei por ato regulamentar; isso, aliás, nem seria jurídico diante do princípio da hierarquia normativa vigente em nosso ordenamento. A verdadeira revogação da lei anterior ocorre quando é promulgada a nova lei que enseja a deslegalização. A substituição das normas anteriores pela lei nova é *primária*, ao passo que a substituição pelas normas do ato regulador é *secundária*, ou seja, somente existe em função da já ocorrida substituição primária.

As presentes observações decorrem do novo sistema de desestatização, que conferiu a autarquias reguladoras o desempenho de função regulatória sobre o setor privado. Como adiantamos, inexistiu qualquer intento de trocar o legislador pelo administrador. Houve, isto sim, a necessidade de delegar a órgãos especializados o tratamento de matérias também especializadas – tratamento esse do qual não poderia incumbir-se o Poder Legislativo.

---

24 “Curso” cit., p. 273.

Deve a sociedade, por conseguinte, afastar-se do reacionarismo que impede a visão das realidades atuais e atentar para a contemporaneidade, que deixa translúcidas inusitadas necessidades e novas demandas da sociedade.

## 5. Conclusão

Diante dessas anotações, breves como o reclama o presente estudo, entendemos que nenhum mal acomete a deslegalização como meio de conferir poder normativo às agências reguladoras. Podemos mesmo afirmar, sem receio de equívoco, que não sobreveio qualquer cataclismo na ordem jurídica, já que se trata apenas de aspecto particular do poder regulamentar.

A delegação de disciplina normativa às agências de regulação não evidencia indevida invasão da Administração na esfera da função legislativa primária, pois que, na verdade, o quadro normativo decorre de atos praticados no exercício da função administrativa.

Sem dúvida, a modernidade tem demonstrado serem necessárias outras normas complementares que se voltem para as especificidades, ou, ainda, para implementar o planejamento de setores específicos, permitindo a intervenção do Estado para a garantia da própria lei, conforme destacou reconhecido especialista.<sup>25</sup>

Aos administradores caberá executar da melhor forma possível tais objetivos, cumprindo com rigor os princípios constitucionais que lhes norteiam a atividade, sobretudo os da legalidade, moralidade e eficiência.

É preciso reconhecer que a deslegalização constitui poderoso instrumento de aperfeiçoamento e efetividade do sistema de desestatização implantado em nossa ordem jurídica. Compete, portanto, às agências reguladoras justificar seu papel no atual cenário e informar à sociedade qual o desiderato do novo sistema.

Sobressai nesse aspecto a observância do princípio da economicidade, que exige que os gastos públicos sejam compatíveis com os resultados efetivos das políticas públicas. Referido princípio – como já assinalou reconhecido jurista – está a “*vedar, terminantemente, todo e qualquer desperdício dos recursos públicos ou aquelas escolhas*

---

25 CARLOS ARI SUNDFELD, *Direito Administrativo Econômico*, Malheiros, 2000, p.27.

*que não possam ser catalogadas como verdadeiramente comprometidas com a busca da otimização ou do melhor”.*<sup>26</sup>

Não se deve deplorar e depreciar o novo apenas porque é novo. Cumpre analisá-lo detidamente para inferir se é positivo ou negativo. Deve afastar-se, pois, o reacionarismo inconsistente e empregar o racionalismo exegético. O passado já passou e o futuro está logo adiante. Lembremos o pensamento de MIGUEL DE UNAMUNO: “*Procuremos mais ser pais de nosso futuro do que filhos do nosso passado*”.

## **Referências Bibliográficas**

BARROSO, Luís Roberto - *Temas de Direito Constitucional*, Ed. Renovar, 2001.

BINENBOJM, Gustavo - “*Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil*” (Revista de Direito Administrativo, nº 240/2005).

CARVALHO FILHO, José dos Santos - *Manual de Direito Administrativo*, Atlas, 26ª ed., 2013.

CUÉLLAR, Leila - *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*, Dialética, 2001,

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de e FERNÁNDEZ, Tomás Ramón - *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas Ed., Madri, vol. I, 10ª ed., 2001.

FREITAS, Juarez - *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, Malheiros, 3ª ed., 2004.

GASPARINI, Diógenes - *Direito Administrativo*, Saraiva, 11ª ed., 2008.

GUERRA, Glauco Martins - “*Agências Reguladoras no Brasil: Princípio da Legalidade e Regulação*”, in *Direito Regulatório. Temas Polêmicos*, obra colet. org. por Maria Sylvia Zanella di Pietro, Ed. Forum, 2ª ed., 2004.

MADEIRA, José Maria Pinheiro - *Administração Pública Centralizada e Descentralizada*, Ed. América Jurídica, 2000.

---

<sup>26</sup> JUAREZ FREITAS, *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, Malheiros, 3ª ed., 2004, p. 75.

MARTINS, Ricardo Marcondes - *Regulação Administrativa à Luz da Constituição Federal*, Malheiros, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes – *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, 29ª ed., 2004.

MELLO, Vanessa Vieira de - *Regime Jurídico da Competência Regulamentar*, Ed. Dialética, 2001.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di - *Direito Administrativo*. Atlas, 26ª ed., 2012

SOUTO, Marcos Juruena Villela - *Direito Administrativo Regulatório*, Ed. Lumen Juris, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari - *Direito Administrativo Econômico*, Malheiros, 2000.

# O EFEITO-À-DISTÂNCIA DAS PROIBIÇÕES DE PROVA

Paulo de Sousa Mendes<sup>1</sup>

## 1. Introdução

A doutrina jurisprudencial dos ‘frutos da árvore envenenada’ (*‘fruit of the poisonous tree’ doctrine*<sup>2</sup>) ou da ‘mácula’ (*‘taint’ doctrine*)<sup>3</sup> e a sua equivalente germânica, também chamada teoria da mácula (*Makel-Theorie*)<sup>4</sup>, enquanto metáfora da nódoa de ilegalidade, dizem que as provas que atentam contra os direitos de liberdade arrostam com um efeito-à-distância<sup>5</sup> que consiste em tornarem inaproveitáveis as provas secundárias a elas causalmente vinculadas.

## I. A Génese da Doutrina Jurisprudencial dos Frutos da Árvore Envenenada

A génese da doutrina jurisprudencial da ‘mácula’ foi o caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, decidido pelo Supremo Tribunal dos EUA, em 1920<sup>6</sup>. Estava em causa o facto de agentes federais terem apreendido ilegalmente documentos nas instalações da sociedade comercial Silverthorne, que um tribunal de comarca mandou devolver, tendo o procurador de justiça promovido perante um grande júri a notificação dos arguidos para produzirem os mesmos documentos, sob cominação de multa<sup>7</sup>. Em via de recurso, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América (EUA) decidiu que as referidas intimações eram inválidas, declarando, pela pena do famoso Juiz Conselheiro Oliver Wendell Holmes, Jr., enquanto relator, que: “[a] *essência de uma norma de proibição de aquisição de provas de certa maneira não se limita a determinar que as provas assim adquiridas não poderão ser utilizadas*

---

1 Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Agradeço aos Dr. Érico Fernando Barin e Dr.<sup>a</sup> Catiuce Ribas Barin os comentários que fizeram a uma versão preliminar deste texto e que permitiram enriquecer o título da prova ilícita no direito brasileiro.

2 A palavra inglesa *‘doctrine’* é, como se costuma dizer, um falso amigo, já que, na realidade, deve ser traduzida por ‘jurisprudência’ e não por ‘doutrina’.

3 Costa Andrade, 1992: 170, Meireis, 1999: 233-234 e Morão, 2006: 577.

4 Costa Andrade, 1992: 175-176.

5 A expressão ‘efeito-à-distância’ é a tradução portuguesa consagrada da palavra alemã *‘Fernwirkung’*.

6 251 U.S. 385, 40 S.Ct. 182, 64 L.Ed. 319 (1920).

7 LaFave, 2004 (vol. 6): 256.

*em tribunal, mas também que não poderão ser usadas de maneira nenhuma. É claro que isto não significa que os factos assim obtidos se tornem sagrados e inacessíveis. Se a informação acerca dos mesmos for obtida através de uma fonte independente, então esses factos podem ser provados tal como quaisquer outros, mas o conhecimento obtido pelo Estado por meios ilícitos não pode ser por si usado da maneira pretendida*”<sup>8</sup>. A expressão ‘frutos da árvore envenenada’ surgiu pela pena do igualmente famoso Juiz Conselheiro Felix Frankfurter, no caso *Nardone v. United States*, de 1939<sup>9</sup>.

## **II. O Efeito-à-distância e as Exceções**

O efeito-à-distância é a única forma de impedir que os investigadores policiais, os procuradores e os juizes menos escrupulosos se aventurem à violação das proibições de produção de prova na mira de prosseguirem sequências investigatórias às quais não chegariam através dos meios postos à sua disposição pelo Estado de Direito.

O efeito-à-distância pode, no entanto, ser atenuado por uma série de exceções, que se reconduzem à ideia de saber se as provas secundárias poderiam ter sido obtidas na falta da prova primária maculada.

### **1. A Jurisprudência Norte-Americana**

Nos EUA, a história da consagração do efeito-à-distância é, ao mesmo tempo, a história das suas limitações<sup>10</sup>. Com efeito, a primeira decisão que o consagrou, no caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, foi também a primeira a estabelecer a exceção da ‘fonte independente’ (*‘independent source’*), como se depreende do trecho acima transcrito, e que significa que as provas secundárias poderão ser admitidas se tiverem sido obtidas posteriormente também por via autónoma e legal<sup>11</sup>. A exceção da fonte independente foi reafirmada no caso *Murray v. United States*, de 1988<sup>12</sup>. No segundo precedente, o caso *Nardone v. United States*, foi estabelecida a exceção da ‘conexão atenuada’ (*‘attenuated connection’*), segundo a qual as provas secundárias poderão, desta feita, ser admitidas se, como escreveu o Juiz Conselheiro Frankfurter, “*a conexão se tiver tornado tão atenuada a ponto de dissipar a mácula*”<sup>13</sup>. No caso *Wong*

---

8 *Apud* LaFave, 2004 (vol. 6): 256.

9 308 U.S. 338, 60 S.Ct. 266, 84 L.Ed. 307 (1939).

10 Morão, 2006: 577-578.

11 LaFave, 2004 (vol. 6): 261.

12 487 U.S. 533, 108 S.Ct. 2529, 101 L.Ed.2d 472 (1988).

13 *Apud* LaFave, 2004 (vol. 6): 256.

*Sun v. United States*, de 1963<sup>14</sup>, foi criada a exceção ‘a não ser’ (*‘but for’*), conforme a qual não basta “*defender que todas as provas são ‘frutos da árvore proibida’ simplesmente porque não teriam sido descobertas a não ser por causa das ações ilegais da polícia*”<sup>15</sup>. Tratava-se de um caso em que o arguido confessara os factos após uma detenção ilegal, mas só o fizera depois de ter sido posto em liberdade, tendo, não obstante, regressado voluntariamente à esquadra para produzir a confissão. O Supremo Tribunal dos EUA decidiu que essa confissão não estava contaminada pela prévia detenção ilegal, apesar de reconhecer que Wong Sun nunca teria confessado os factos se não tivesse acontecido a detenção<sup>16</sup>. Finalmente, no caso *Nix v. Williams*, de 1984<sup>17</sup>, o Supremo Tribunal dos EUA aplicou o conceito de ‘descoberta inevitável’ (*‘inevitable discovery’*) para admitir como prova o cadáver da vítima, que tinha sido descoberto pela polícia na sequência de uma confissão do suspeito obtida de forma ilegal. O Supremo Tribunal dos EUA argumentou que, de qualquer forma, o cadáver teria sido descoberto pelas equipas de busca já constituídas, afirmando que “*a ‘grande maioria’ dos tribunais, estaduais e federais, reconhecem uma exceção de descoberta inevitável à norma de exclusão*”<sup>18</sup>. Trata-se de uma variante da ‘fonte independente’, mas difere desta exceção na medida em que não se exige aqui que a polícia tenha, de facto, obtido as provas também através de uma fonte autónoma e legal, mas apenas que tivesse podido, hipoteticamente, fazê-lo, como foi esclarecido no caso *State v. Boll*, de 2002<sup>19</sup>. A exceção da ‘descoberta inevitável’ já foi aplicada até mesmo para salvar a prova primária maculada, como aconteceu no caso *Clough v. State*, de 1976<sup>20</sup>. Muitos comentadores se têm manifestado contra a exceção da ‘descoberta inevitável’, chamando a atenção para o facto de poder destruir o efeito preventivo do efeito-à-distância e da própria proibição das buscas e apreensões ilegais, na medida em que uma aplicação automática da ideia de ‘descoberta inevitável’ incentivará as polícias a adotarem comportamentos inconstitucionais<sup>21</sup>. Seja como for, a jurisprudência, nem sempre de forma clara e firme, tem estabelecido limites à própria exceção da ‘descoberta inevitável’. No próprio caso *Nix v. Williams*, o Supremo Tribunal dos EUA estipulou que a exceção só teria aplicação se a acusação demonstrasse, com um grau de probabilidade superior a 50 % (*preponderance of the evidence*), que a informação teria

---

14 371 U.S. 471, 83 S.Ct. 407, 9 L.Ed.2d 441 (1963).

15 *Apud* LaFave, 2004 (vol. 6): 258.

16 *Apud* LaFave, 2004 (vol. 6): 258.

17 467 U.S. 431, 104 S.Ct. 2501, 81 L.Ed.2d 377 (1984).

18 *Apud* LaFave, 2004 (vol. 6): 265.

19 651 N.W.2d 710 (S.D. 2002).

20 92 Nev. 603, 555 P.2d 840 (1976).

21 LaFave, 2004 (vol. 6): 268-285.

sido inevitavelmente descoberta por meios legais<sup>22</sup>. No caso *United States v. Griffin*, de 1974<sup>23</sup>, o Supremo Tribunal dos EUA considerou que a acusação não podia pretender que a descoberta era ‘inevitável’ só porque a polícia acreditava que tinha um motivo suficiente (*probable cause*) para fazer uma busca domiciliária sem mandado, na medida em que tencionava obtê-lo subseqüentemente<sup>24</sup>. Muitos outros casos poderiam ser citados com relevo para a limitação da exceção da ‘descoberta inevitável’.

## 2. A Doutrina Alemã

Na Alemanha, a doutrina tem sobretudo seguido na pegada da jurisprudência norte-americana, aceitando maioritariamente a ideia dos ‘percursos de investigação hipotéticos’ (*hypothetische Ermittlungsverläufe*) como limitação do efeito-à-distância (*Fernwirkung*)<sup>25</sup>. Há também casos de reconhecimento dos percursos de investigação hipotéticos na jurisprudência<sup>26</sup>. A fundamentação para a utilização dos raciocínios hipotéticos neste contexto é muito variável, havendo várias teorias, desde a importação para o direito processual da categoria do ‘comportamento lícito alternativo’ (*rechtmäßiges Alternativverhalten*) e da ‘teoria do aumento do risco’ (*Risikoerhöhungslehre*)<sup>27</sup> até argumentos mais próximos dos usados na jurisprudência norte-americana<sup>28</sup>, mas já não cabe aqui entrar numa análise de pormenor.

## III. O Problema do Efeito-à-distância na Ordem Jurídica Portuguesa

### 1. A Jurisprudência Portuguesa

Na jurisprudência portuguesa, o efeito-à-distância foi reconhecido pela primeira vez pelo Tribunal Judicial de Oeiras (Sentença do 3.º Juízo, de 5 de março de 1993, Proc. n.º 777/91, 2.ª Secção): “a nulidade do primeiro dos meios de prova é extensiva ao segundo,

---

22 LaFave, 2004 (vol. 6): 275-276.

23 502 F.2d 959 (6th Cir.1974).

24 LaFave, 2004 (vol. 6): 270.

25 Entre outros, Grünwald, 1966: 495-497, Wolter, 1984: 277, Rogall, 1988: 391-393, Reinecke, 1990: 204-216 e Kelnhofer, 1994: 301-303. Contra a heurística dos percursos de investigação hipotéticos, entre outros, Haffke, 1973: 80-82, Dencker, 1977: 80-82 e Jäger, 20031: 229-233 (= Jäger, 20032: 102).

26 Rogall, 1988: 389-390, Reinecke, 1990: 210, ns. 2 e 3, e Jäger, 2003: 107, n. 22.

27 Wolter, 1984: 277 e Kelnhofer, 1994: 22-45.

28 Rogall, 1988: 392.

*impossibilitando, da mesma forma, o julgador de extrair deste último qualquer juízo valorativo*<sup>29</sup>. Depois disso, o efeito-à-distância foi declarado em vários arestos, assim como a necessidade de se lhe impor restrições, tendo até ambos os temas já merecido um tratamento conjunto na jurisprudência constitucional.

Neste tocante, cabe referir o importante Acórdão do Tribunal Constitucional (TC) n.º 198/2004, de 24 de março de 2004 (Moura Ramos)<sup>30</sup>, cuja doutrina foi reafirmada na Decisão Sumária do TC n.º 13/2008, de 11 de janeiro de 2008 (Maria Lúcia Amaral)<sup>31</sup>. No acórdão, tratava-se de apreciar a questão de inconstitucionalidade normativa de saber se a norma do art. 122.º, n.º 1, pode ser interpretada como autorizando, face à nulidade de interceptações telefónicas realizadas, a utilização de outras provas, distintas das escutas e a elas subsequentes, tais como declarações confessórias dos arguidos que não teriam existido se os arguidos soubessem da invalidade das escutas<sup>32</sup>. O TC afirmou a inteira vigência entre nós da doutrina da eficácia longínqua ou do efeito-à-distância<sup>33</sup>, mas, no caso em apreciação, invocando a doutrina estabelecida pelo Supremo Tribunal dos EUA no caso *Wong Sun v. United States*, considerou que a invalidade da prova primária não afetava uma posterior confissão voluntária e esclarecida quanto às suas consequências, tratando-se de um ato independente praticado de livre vontade<sup>34</sup>. Em referência ao art. 122.º, o TC considerou que *“esta norma abre um espaço interpretativo no qual há que procurar relações de dependência ou de produção de efeitos (o art. 122.º, n.º 1 do CPP fala em atos dependentes ou afetados pelo ato inválido) que, com base em critérios racionais, exijam a projeção do mesmo valor que afeta o ato anterior”*<sup>35</sup>. Finalmente, o TC decidiu que *“o entendimento do art. 122.º, n.º 1 do CPP, subjacente à decisão recorrida, segundo o qual este abre a possibilidade de ponderação do sentido das provas subsequentes, não declarando a invalidade destas, quando estiverem em causa declarações de natureza confessória, mostra-se constitucionalmente conforme, não comportando qualquer sobreposição interpretativa a essa norma que comporte ofensa ao disposto nos preceitos constitucionais invocados”*<sup>36</sup>.

---

29 Espírito Santo, 1992: 78.

30 *Elementos de estudo*, 2010: 645-676.

31 *Elementos de estudo*, 2010: 630-645.

32 *Elementos de estudo*, 2010: 660.

33 *Elementos de estudo*, 2010: 664.

34 *Elementos de estudo*, 2010: 670.

35 *Elementos de estudo*, 2010: 671-672.

36 *Elementos de estudo*, 2010: 675-676.

## 2. A Doutrina Portuguesa

Na doutrina portuguesa, Figueiredo Dias, já antes do Código de Processo Penal (CPP) atual, defendia como claramente inscrita no art. 32.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) a “*doutrina que os alemães cognominam do Fernwirkung des Beweisverbots e os americanos do fruit of the poisonous tree*”<sup>37</sup>.

Costa Andrade, na sua monografia sobre proibições de prova, analisou o efeito-à-distância e as respetivas mitigações nos EUA<sup>38</sup> e na Alemanha<sup>39</sup>. Sobre a solução preconizada pelos tribunais e pelos comentadores americanos, afirma que a doutrina da *independent source* “*legítima a valoração de provas secundárias sempre que elas foram ou poderiam ter sido obtidas por via autónoma e legal, à margem da exclusionary rule que impende sobre a prova primária. Cabendo, contudo, precisar as exigências particularmente apertadas de que os tribunais americanos fazem depender a valência duma causalidade hipotética. Tal só ocorrerá nos casos em que a produção da prova secundária, por via independente e legal, se possa, em concreto, considerar como ‘imminent, but in fact unrealized source of evidence’ (‘inevitable discovery exception’)*”<sup>40</sup>. Helena Morão trata do efeito remoto das proibições de prova e do percurso da sua limitação, mas critica a relevância dos percursos hipotéticos de investigação<sup>41</sup>. Igualmente, Pinto de Albuquerque aceita limitações ao efeito-à-distância, mas recusa a invocação de percursos hipotéticos de investigação e, em especial, a doutrina da ‘descoberta inevitável’<sup>42</sup>. Pela nossa parte, reconhecemos que a invocação de percursos hipotéticos de investigação não pode ser aceite sem reflexão, sob pena de se tornar ineficaz o sentido preventivo das proibições de prova, mas, com as limitações que a jurisprudência americana tem vindo paulatinamente a impor à doutrina da ‘descoberta inevitável’, esta acaba sendo a mais adequada aos juízos de ponderação envolvidos no caso concreto.

## 3. A Base Legal do Efeito-à-distância das Proibições de Prova

Resta resolver o problema técnico-jurídico de saber qual a base legal do efeito-à-distância das proibições de prova no ordenamento

---

37 Figueiredo Dias, 1983: 208.

38 Costa Andrade, 1992: 172.

39 Costa Andrade, 1992: 178.

40 Costa Andrade, 1992: 172.

41 Morão, 2006: 612.

42 Pinto de Albuquerque, 2011: Artigo 126.º, n.º m. 11.

jurídico português. Tem sido frequente a referência ao art. 122.º, n.º 1: “*As nulidades tornam inválido o ato em que se verificarem, bem como os que dele dependerem e aquelas puderem afetar*”. Esta referência é, no entanto, duvidosa, atendendo à autonomia técnica das proibições de prova e, portanto, à sua independência relativamente ao regime das nulidades processuais, no âmbito do qual se inscreve o próprio art. 122.º.

De resto, a jurisprudência constitucional, no Ac. do TC n.º 198/2004, de 24 de março de 2004 (Moura Ramos), já teve ocasião de demonstrar que a afirmação genérica das garantias de defesa que está contida no art. 32.º, n.º 1, da CRP “*bastaria para que entre esses direitos de defesa se considerasse incluído o de ver excluídas do processo (tornadas ineficazes, inválidas ou nulas) as próprias provas ilegais reportadas a valores constitucionalmente relevantes. Assim, o n.º 8 do mesmo art. 32.º, mais não faz do que sublinhar e tornar indiscutível esse direito à exclusão, enquanto dimensão específica e indissociável do direito a um processo penal com todas as garantias de defesa. Não teria sentido, estando em causa valores (os elencados no art. 32.º, n.º 8) a que a Constituição confere tal importância, que a prova que os atingisse e fosse obtida com inobservância das regras que permitem a compressão desses mesmos valores, produzisse consequências processuais que ficassem aquém da nulidade dessas provas*”<sup>43</sup>.

Na doutrina, Helena Morão considera que o recurso à norma do art. 122.º, n.º 1, é desnecessário para a fundamentação de uma sede normativa reguladora de um princípio de efeito-à-distância das proibições de prova no nosso sistema processual penal, pois basta o fundamento constitucional contido no art. 32.º, n.º 8, da CRP<sup>44</sup>.

Em escritos anteriores procurei amparar o efeito-à-distância das proibições de prova no art. 122.º, n.º 1<sup>45</sup>, mas esta posição não era, de facto, congruente com a minha defesa de uma independência técnica completa das proibições de prova em face do regime das nulidades processuais. Por conseguinte, creio que a referência ao art. 122.º, n.º 1, só pode servir de argumento *a fortiori*, considerando que se a lei reconhece o efeito-à-distância das nulidades processuais quando poderá estar em causa, por exemplo, a violação de meras formalidades de prova, então por maioria de razão ter-se-á de reconhecer o efeito-à-distância das proibições de prova quando está em causa a violação de direitos de liberdade.

---

43 *Elementos de estudo*, 2010: 663.

44 Morão, 2006: 596-601.

45 Sousa Mendes, 2000: 99 e Sousa Mendes, 2004: 153.

#### IV. A Prova Ilícita na Ordem Jurídica Brasileira

No Direito brasileiro, a Constituição Federal trata da prova ilícita no art. 5.º, que dispõe, no inciso LVI, que “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”.

Por sua vez, a Lei n.º 11.690, de 2008, introduziu no CPP, a seguinte regra (art. 157.º, caput): “*São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação às normas constitucionais ou legais*”.

O CPP brasileiro não descreve os métodos proibidos de prova, obrigando assim o julgador, no momento da admissão e valoração das provas produzidas pelos diversos sujeitos processuais, a averiguar se estas foram, ou não, obtidas com lesão dos direitos, liberdades e garantias fundamentais consagradas em normas constitucionais ou legais, constituindo assim prova ilícita.

Por sua vez, a doutrina brasileira divide-se em várias correntes, desde a defesa – absolutamente minoritária – da admissibilidade da prova ilícita com punição de quem a obteve dessa forma (*male captum, bene retentum*)<sup>46</sup> até à posição oposta da total inadmissibilidade da prova ilícita (norma de exclusão, por razões de disciplina)<sup>47</sup>, passando por posições intermédias de admissibilidade da prova ilícita em função de um juízo concreto de proporcionalidade (norma de proteção de direitos fundamentais, sujeita ao princípio da proporcionalidade)<sup>48</sup>.

Quanto à consagração do efeito-à-distância, o CPP brasileiro, com a nova redação dada ao art. 157.º pela Lei n.º 11.690/08, dispõe, no seu parágrafo 1.º, que: “*são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras*”. Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro acolheu expressamente a doutrina do efeito-à-distância e as suas limitações.

Interessa ao tema a definição de ‘fonte independente’ que é oferecida pelo legislador brasileiro no parágrafo 2.º do mesmo artigo, a saber: “*Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução*

---

46 Grinover et al., 2011: 131-133.

47 Grinover et al., 2011: 131.

48 Grinover et al., 2011: 131.

*criminal, seria capaz de conduzir ao facto objeto da prova*”. É bem de ver, porém, que a definição legal não corresponde materialmente à doutrina da ‘fonte independente’, mas antes à doutrina da ‘descoberta inevitável’<sup>49</sup>.

Importa ainda mencionar que a inovação trazida pela Lei n.º 11.690/08, no que toca ao desentranhamento do processo das provas ilícitas (art. 157.º, *caput*), ainda se encontra em fase de assimilação pela jurisprudência brasileira, já que dantes a regra era a manutenção da prova no processo, embora a eventual tomada em consideração desta prova pelo Tribunal pudesse ser atacada por via de arguição de nulidade, nos termos dos arts. 563.º a 573.º do CPP brasileiro. A atual solução legal obriga, desde logo, o Tribunal a decidir oficiosamente a questão da prova ilícita.

### **Referências Bibliográficas**

AA.VV. *Elementos de estudo – Direito Processual Penal* (coord.: Paulo de Sousa Mendes), 1.ª reimp., Lisboa: AAFDL, 2010 (1.ª ed., 2009).

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011 (1.ª ed., 2007).

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, 1.ª reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2006 (1.ª ed., 1992).

DENCKER, Friedrich. *Verwertungsverbote im Strafprozeß*, Köln / Berlin / Bonn / München: Carl Heymann, 1977.

DIAS, Jorge de Figueiredo. “Para uma reforma global do processo penal português – Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais”, in: AA.VV., *Para uma nova justiça penal* (org.: Conselho Distrital do Porto da OA), Coimbra: Almedina, 1983, pp. 189-242.

ESPÍRITO SANTO, Luís. “Agente provocador – Os amigos da Guarda: Tribunal Judicial de Oeiras, 3.º Juízo, Sentença de 1993.03.05, P. 777/91, 2.ª Sec.”, in: *Sub Judice* 4 (1992), pp. 71-80.

GOMES FILHO, António Magalhães. “A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro”, in: RBCC 85 (2010), p. 393 ss.

---

49 Gomes Filho, 2010: 393 ss. e Grinover et al., 2011: 136.

GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, António Magalhães, FERNANDES, António Scarance. *As nulidades no processo penal*, 12.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRÜNWARD, Gerald. “Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren”, in: JZ (1966), pp. 489-501.

HAFFKE, Bernhard. “Schweigepflicht, Verfahrensrevision und Beweisverbot”, in: GA (1973), pp. 65-84.

JÄGER, Christian. *Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess*, München: Beck, 2003.

JÄGER, Christian. “El significado de los llamados ‘cursos de investigación hipotéticos’ en el marco de la teoría de prohibición de empleo de la prueba”, in: *Problemas fundamentales de Derecho penal y procesal penal*, Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 2003, pp. 89-114.

LaFAVE, Wayne R. *Search and Seizure – A Treatise on the Fourth Amendment*, vol. 6 (Sections 11.1 through 11.7: Administration of the Exclusionary Rule), 4.<sup>a</sup> ed., New York: Thomson Reuters, 2004 (1.<sup>a</sup> ed., 1978).

MEIREIS, Manuel Augusto. *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*, Coimbra: Almedina, 1999.

MENDES, Paulo de Sousa. “O processo penal em ação – Hipótese e modelo de resolução”, in: AA.VV., *Questões avulsas de processo penal* (org.: Paulo de Sousa Mendes et al.), 1.<sup>a</sup> reimp., Lisboa: AAFDL, 2009 (1.<sup>a</sup> ed., 2000), pp. 85-126.

MENDES, Paulo de Sousa. “As proibições de prova no processo penal”, in: AA.VV., *Jornadas de Direito Processual Penal e direitos fundamentais* (org.: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, com a colaboração do Goethe Institut e coord. científica de Maria Fernanda Palma), Coimbra: Almedina, 2004, pp. 133-154.

MORÃO, Helena. “O efeito-à-distância das proibições de prova no Direito Processual Penal português”, in: RPCC 16 (2006), pp. 575-620.

REINECKE, Jan. *Die Fernwirkung von Beweisverwertungsverbotten*, München: Florentz, 1990.

ROGALL, Klaus. "Hypothetische Ermittlungsverläufe im Strafprozeß", in: NStZ (1988), pp. 385-393.

WOLTER, Jürgen. "Anmerkung zu BGH (NStZ 1984, 275)", in: NStZ (1984), pp. 276-278.

# TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DA EVIDÊNCIA NO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

William Akerman Gomes<sup>1</sup>

**Resumo:** Este artigo analisa o tratamento da tutela provisória no contexto do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, em cotejo com a atual disciplina legal e à luz da doutrina especializada, com destaque para a dicotomia entre tutela de urgência e tutela da evidência.

**Abstract:** This article analyzes the treatment of interim protection in the context of the Draft of the New Code of Civil Procedure, in comparison with the current legal discipline in the light of the doctrine specialized, highlighting the dichotomy between emergency guardianship and custody of evidence.

**Palavras-chave:** Anteprojeto. Tutela. Provisória. Urgência. Evidência

## 1. Breve histórico

Na exposição de motivos do Código vigente, o então Ministro da Justiça e autor do anteprojeto, Alfredo Buzaid, justificou a regulamentação do processo cautelar em Livro próprio em razão de divisão estrutural-funcional. Consagrou, assim, a atividade cautelar como *tertium genus* da atividade jurisdicional, seguindo as ideias da doutrina italiana, principalmente dos mestres Francesco Carnelutti e Enrico Tullio Liebman.

Contudo, entre os próprios italianos não havia consenso acerca do acerto dessa classificação. Piero Calamandrei negou com perspicácia a concepção da atividade cautelar como terceiro gênero do processo<sup>2</sup>, afirmando que equivaleria a dizer que “os seres humanos se dividem em homens, mulheres e europeus”.

Na doutrina pátria, o eminente Min. Teori Albino Zavascki colocou em xeque a importância da classificação tripartite da tutela jurisdicional

---

1 Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro; Ex-Procurador do Estado do Paraná; Graduado em Direito pela UERJ e Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Católica de Petrópolis.

2 CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Tradução: Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p. 114.

e destacou que “o ponto mais questionável desta classificação, e que desperta as críticas mais vigorosas, é justamente o da inclusão, ali, da tutela cautelar”.<sup>3</sup>

No CPC, além de diversos procedimentos especiais – alguns sem qualquer natureza cautelar – ficou estabelecido dispositivo que confere ao magistrado o que se chamou de “poder geral de cautela”<sup>4</sup> (CPC, art. 798). Esse poder permite ao juiz determinar “as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

A interpretação desse dispositivo gerou controvérsia infundável na doutrina. Galeano Lacerda sustentou que “no exercício desse imenso e indeterminado poder de ordenar ‘as medidas provisórias que julgar adequadas’ para evitar dano à parte” poderia o juiz antecipar provisoriamente a própria prestação jurisdicional objeto da ação de conhecimento.<sup>5</sup>

J. J. Calmon de Passos, por sua vez, se opôs à concessão de liminares satisfativas, exceto se inexistisse outra maneira de assegurar-se o resultado útil do processo.<sup>6</sup>

E, ainda hodiernamente, não se obteve o desejável consenso na doutrina.

José Roberto dos Santos Bedaque assevera que “a antecipação de efeitos da tutela final não se revela incompatível com a natureza cautelar da medida judicial”.<sup>7</sup>

Em linha oposta, Humberto Theodoro Júnior aduz que “tecnicamente é possível distinguir-se, com certo rigor, o terreno da medida cautelar e o da medida que antecipa efeitos da sentença buscada

---

3 ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 14.

4 No que se refere ao CPC de 39, Ovídio Baptista já enxergava no art. 675 um poder cautelar geral, disciplinado em termos até mais gerais e apropriados do que no CPC vigente (*Op. cit.* p. 109).

5 LACERDA, Galeano. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 8, t. 1, p. 135.

6 PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 112.

7 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.* p. 130.

em juízo pelo demandante”.<sup>8</sup>

Como dito alhures, Marinoni também defende que “a tutelar cautelar não pode antecipar a tutela de conhecimento”.<sup>9</sup>

A esses posicionamentos, somam-se, pela sua relevância, os ensinamentos de Ovídio Baptista, para quem a tutela cautelar é substancialmente diferente da antecipatória. Dentro dos conceitos formulados, desenvolveu a ideia de que aquelas são medidas de “segurança para a execução”, ao passo que essas são medidas de “execução para segurança”.<sup>10</sup>

Esse dissenso doutrinário teve reflexos na jurisprudência anterior à introdução da antecipação de tutela no ordenamento, a qual oscilou de uma posição de rejeitar as ditas cautelares satisfativas, para outra exatamente oposta. Esse movimento acompanhou o direito comparado, que também registrava, à época, o fenômeno da força expansiva da tutela cautelar.<sup>11</sup>

Isso porque a transformação do Estado fez surgir novas situações substanciais carentes de tutelas jurisdicionais destinadas a impedir a sua violação e a viabilizar a remoção dos efeitos concretos derivados da sua agressão.<sup>12</sup>

Como o procedimento cautelar viabilizava a concessão de liminar e não se submetia ao princípio da tipicidade – adequando-se às diferentes situações concretas – a prática forense passou a conceber um “uso não-cautelar da ação cautelar inominada”.<sup>13</sup>

Ressalte-se que, malgrado tenha havido abusos, a expansão da cautelar inominada fora a saída encontrada para a prestação jurisdicional adequada, a fim de que o princípio chiovendiano de que a “*durata del*

---

8 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 1, p. 420.

9 MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 108.

10 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 42-67.

11 CARPI, Frederico. *La provvisoria esecutorietà della sentenza*. Milano: Giuffrè, 1979, p. 47 apud MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 107.

12 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit. p. 51.

13 *Ibid.* p. 52.

*processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione*” fosse observado.

Na reforma processual civil de 1994 e 1995, dentro da perspectiva de estimular os responsáveis pela prestação da tutela jurisdicional a outorgarem às partes litigantes um processo caracterizado pela efetividade e tempestividade da tutela, introduziu-se o instituto da antecipação de tutela no direito brasileiro por meio da Lei n.º 8.952, de 13 de dezembro de 1994.

Sua introdução teve como objetivo combater os males corrosivos do tempo no processo<sup>14</sup> e expurgar do mundo jurídico as medidas cautelares satisfativas, surgidas em razão da ausência de instrumento adequado de atendimento do direito pleiteado no curso do processo.

Ademais, segundo Zavascki, “o que se operou, inquestionavelmente, foi a *purificação* do processo cautelar, que assim readquiriu sua finalidade clássica: a de instrumento para obtenção de medidas adequadas a tutelar o direito, sem satisfazê-lo”.<sup>15</sup>

Desta feita, após a reforma, não mais se pôde questionar a legitimidade das medidas satisfativas, em que pese tenha subsistido alguma dificuldade em identificar as medidas que estão sujeitas ao regime do processo cautelar e as subordinadas à disciplina do art. 273 do CPC.<sup>16</sup>

Já no contexto da dita 2ª Reforma do Código de Processo Civil, adotou-se a fungibilidade procedimental entre as tutelas de urgência<sup>17</sup>, em razão do forte traço comum entre elas, o que levou Cândido Rangel Dinamarco a chamá-las de “dois irmãos quase gêmeos (ou dois gêmeos quase univitelinos)”.<sup>18</sup>

Indubitavelmente, a positivação da antecipação de tutela no

---

14 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 140.

15 ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.* p. 46.

16 *Ibid.* p. 47.

17 TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo e CARNEIRO, Athos Gusmão. Anteprojeto de Lei n.º 13: complementa as leis de reforma do Código de Processo Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, ano I, n. 2, nov./dez. 1999, p. 143.

18 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 90-91.

Brasil partiu de uma tomada de consciência do que realmente deve ser o acesso à justiça, garantia fundamental prevista no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Na esteira da necessidade de aperfeiçoamento, diga-se, constante, dos procedimentos do CPC em vigor, tramita no Congresso Nacional o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, elaborado pela Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379/2009 e presidida pelo então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux.

Tal anteprojeto incorporou a já antiga distinção feita pelo eminente Min. Luiz Fux entre tutela de urgência e, principalmente, tutela da evidência, que se torna mais importante do que a clássica dicotomia entre medida cautelar e medida antecipatória.

Considerando a irrefutável relevância do tema para a aplicação do direito e para a realização da justiça e tendo em conta que sofrerá, em breve tempo, modificação significativa, o abordamos a seguir, com o intuito de oferecer uma contribuição, certamente bastante modesta, para a compreensão da sua nova disciplina.

## **2. Disposições Comuns**

O Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, elaborado pela Comissão de Juristas presidida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux inaugura uma nova etapa no que tange à tutela provisória no Brasil.

Ao contrário do Código em vigor, o Anteprojeto confere um tratamento unitário às medidas de urgência, reunidas no Título IX, intitulado Tutela de Urgência e Tutela da Evidência.

As tutelas de urgência foram inseridas na Parte Geral e não mais subsiste a previsão da tutela antecipada dentro do Livro I, referente ao Processo de Conhecimento, como também não mais há um Livro próprio para tratar do Processo Cautelar.

Já nas disposições comuns, em seu art. 277, o Anteprojeto inicia a disciplina da tutela de urgência e da tutela da evidência, estendendo às medidas satisfativas a possibilidade de serem requeridas de forma preparatória, o que, nos termos do art. 796 do CPC em vigor, somente é expressamente possível no caso de medida cautelar.

Mister confrontar a redação do art. 796 do CPC ainda em vigor com a do art. 277 do Anteprojeto do Novo Diploma Processual Civil:

Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.

Art. 277. A tutela de urgência e a tutela da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do procedimento, sejam essas medidas de natureza cautelar ou satisfativa.

Com essa redação, na esteira da uniformidade de regime trazida pelo Anteprojeto em relação às tutelas cautelar e antecipatória, o art. 277 encerra a infundável controvérsia acerca da possibilidade de se requerer uma medida antecipatória como cautelar, que significava exatamente autorizar a sua forma preparatória.

O art. 278 do CPC vindouro, por sua vez, corresponde, em tese, ao atual art. 798, que consagra o poder geral de cautela.

Como a nova disposição abarca tanto as medidas conservativas como as de caráter satisfativo, parece-nos que mais adequado seria passar a denominar a hipótese como poder geral de urgência.<sup>19</sup>

A redação do citado art. 278 do Anteprojeto, porém, merece reparos, tendo em vista que não apenas “uma parte” pode causar lesão à outra, mas principalmente o só decurso do tempo, capaz, inclusive, de comprometer a efetividade da tutela jurisdicional a ser oferecida pelo Estado-juiz.

Já o parágrafo único do art. 278 reproduz quase literalmente o disposto no art. 805 do CPC, que deriva do princípio da menor restrição possível, o que não constitui inovação.

Nos artigos seguintes das disposições comuns, o Anteprojeto praticamente repete os arts. 273, §§1º e 3º, 800 e 811 do atual Código de Processo Civil e positiva, expressamente, em seu art. 279, parágrafo único, que a decisão, nessa seara, desafia agravo de instrumento.

---

19 REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. *Tutela antecipada e medida cautelar no projeto do novo CPC*. Disponível em < <http://htjadvogados.dreamhosters.com/noticias.php?ac=detalhes&id=192> >. Acesso em: 28.01.2013.

Dada a menor relevância dessas disposições, que não contemplam alterações substanciais em relação à disciplina atual, passamos à análise das tutelas de urgência e da evidência.

### 3. Tutela de Urgência

Sobre a urgência, Luiz Fux há muito já assentava que:

À luz do princípio do acesso à justiça, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que tem como corolário o direito impostergável à adequada tutela jurisdicional, não podia o legislador escusar-se de prever a “tutela urgente”, sob pena de consagrar a tutela “tardia e ineficiente”, infirmo a garantia constitucional por via oblíqua, na medida em que a “justiça retardada é justiça denegada”.<sup>20</sup>

Atendendo aos reclamos da urgência e uniformizando, como dito alhures, o tratamento das tutelas cautelar e antecipatória – esta última denominada satisfativa –, o art. 283 do Anteprojeto do Novo CPC, tratando do que denomina tutela de urgência, estatui, *in verbis*:

Art. 283. Para a concessão de tutela de urgência, serão exigidos elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Enquanto o art. 273 do CPC de 1973 exige prova inequívoca e verossimilhança das alegações, o novel dispositivo requer a plausibilidade do direito para a tutela de urgência.

Segundo o eminente Min. Luiz Fux, há, em princípio, uma *contraditio in terminis* na utilização das expressões “prova inequívoca” e “verossimilhança” no art. 273 em vigor, na medida em que aquela conduz à certeza, e não apenas a um juízo de probabilidade.<sup>21</sup>

Nessa linha, o Anteprojeto passa a exigir “elementos que evidenciem a plausibilidade do direito”, o que mais se aproxima da convicção de verossimilhança, característica das tutelas de urgência, que são fruto da cognição sumária.

---

20 FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 51.

21 *Ibid.* p. 348.

No que tange à consagrada fórmula “dano irreparável e dano de difícil reparação”, repetida no Anteprojeto, tal requisito da tutela de urgência já era encontrado no art. 273 , I, do CPC de 1973. Por essa razão, sobre o seu significado, valemo-nos dos ensinamentos da doutrina até então prevalente.

Segundo Marinoni, “há ‘irreparabilidade’ quando os efeitos do dano não são reversíveis”, ou “quando o direito não pode ser restaurado na forma específica”.<sup>22</sup>

Para ele, o direito atingido pode ser de ordem não patrimonial - como o direito à imagem -, patrimonial com função não patrimonial - como a soma em dinheiro necessária para aliviar estado de necessidade - ou simplesmente patrimonial.<sup>23</sup>

Dano de difícil reparação, para aquele mesmo autor, ocorre quando “as condições econômicas do réu não levam a crer que o dano será efetivamente reparado”, ou quando o dano dificilmente poderá ser individualizado ou quantificado precisamente.<sup>24</sup>

Luiz Fux, por seu turno, encontra definição ainda mais apropriada para o que denomina “periclitación potencial do direito objeto da ação”. Para ele, “o dano irreparável manifesta-se na impossibilidade de cumprimento da obrigação mais tarde ou na própria inutilidade da concessão da vitória, salvo se antecipadamente”.<sup>25</sup> E conclui:

Assim, v.g., a entrega de um imóvel pode ser premente para aquele adquirente que comprou um bem se desfazendo dos demais que lhe pertenciam e não tem onde residir com a sua família. Entretanto, um determinado credor pode aguardar o pagamento de direitos autorais diante da inegável solvabilidade do devedor e de sua própria resistência econômico-financeira. No primeiro caso há potencialidade de dano irreparável e no segundo não”.<sup>26</sup>

E dano de difícil reparação, para o renomado processualista,

---

22 MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 156-157.

23 *Ibid.* p. 157.

24 *Loc. cit.*

25 FUX, Luiz. *Op. cit.* p. 345.

26 *Ibid.* p. 346.

decorre da insolvabilidade do sucumbente ou da dificuldade de recompor o patrimônio do vencedor diante da lesão ao seu direito.<sup>27</sup>

Assentados os seus pressupostos, merece consideração a possibilidade de o juiz conceder a tutela de urgência *ex officio*.

Tradicionalmente, rechaçava-se a possibilidade de o juiz conceder de ofício a tutela antecipatória, porquanto o próprio *caput* do art. 273 exige o “requerimento da parte” e porque contrariaria, para boa parte da doutrina, o princípio dispositivo. Manifestava-se assim, por exemplo, Teori Albino Zavascki.<sup>28</sup>

José Roberto dos Santos Bedaque, porém, afirmava que “não se podem excluir situações excepcionais em que o juiz verifique a necessidade da antecipação, diante do risco iminente de perecimento do direito cuja tutela é pleiteada e do qual existam provas suficientes de verossimilhança”.<sup>29</sup>

O próprio Luiz Fux já sustentava que:

Realizada a prova plena posteriormente, mister tornar-se possível a tutela antecipada, malgrado não pleiteada na inicial, considerando esse pedido como embutido na postulação de uma decisão para a causa. Essa é uma das razões pelas quais essa tutela antecipada deveria compor a atividade *ex officio* do juiz.<sup>30</sup>

Em matéria previdenciária, não são raros os casos em que a tutela antecipatória é concedida de ofício<sup>31</sup>, o que, contudo, constitui exceção.

---

27 *Loc. cit.*

28 ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.* p. 117.

29 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.* p. 385.

30 FUX, Luiz. *Op. cit.* p. 349.

31 PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. TUTELA ANTECIPADA EX OFFICIO. IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO DO ARTIGO 201, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ESTADO DE NECESSIDADE COMPROVADO. FUNDAMENTOS E OBJETIVOS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL INSCRITOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGRAVO IMPROVIDO. I - Em matéria de Direito Previdenciário, presentes os requisitos legais à concessão do benefício do artigo 201, V, da Constituição Federal, meros formalismos da legislação processual vigente não podem obstar a concessão da tutela antecipada *ex officio*, para determinar ao INSS a imediata implantação do benefício, que é de caráter alimentar, sob pena de se sobrepor a norma do artigo 273 do CPC aos fundamentos da República Federativa do Brasil, como a “dignidade da

---

pessoa humana” (CF, art. 1º, III), impedindo que o Poder Judiciário contribua no sentido da concretização dos objetivos da mesma República, que são “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, bem como “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (CF, art. 3º, I e III). II - Comprovado nos autos que o autor sofre de doença grave e degenerativa e vivendo em estado de extrema penúria à custa da caridade alheia, e considerando que o recurso de apelação do INSS espera por julgamento a quase sete anos, não pode esperar ainda que se cumpram formalismos legais e processuais até que possa receber o benefício, pelo que deve o Juiz nortear-se pelo disposto no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual “na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum”. III - Devendo ser o julgamento convertido em diligência para a realização de estudo sócio-econômico exigido pela Lei nº 8.742/93, bem como para que lhe seja dado representante legal, a tutela antecipada é medida de extrema equidade em face do estado de necessidade, uma vez que, como já decidiu o Egrégio STJ, o benefício em questão “foi criado com o intuito de beneficiar os miseráveis, pessoas incapazes de sobreviver sem ação da Previdência” (STJ, Quinta Turma, REsp. 314264/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 18.06.2001, pág. 00185). IV - Agravo Regimental a que se nega provimento. (Agravo Regimental nº 224215/SP, 1ª Turma do TRF da 3ª Região, Rel. Juiz Walter Amaral. j. 11.03.2002, DJU 01.08.2002, p. 196).

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ANOTAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO NA CTPS. PRESUNÇÃO IURIS TANTUM DE VERACIDADE NÃO INFIRMADA PELO INSS. INDÍCIO DE PROVA MATERIAL. LEGITIMIDADE. JUSTIFICAÇÃO ADMINISTRATIVA. PROVA TESTEMUNHAL. COMPROVAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA DE OFÍCIO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A CTPS do autor, juntada às fls. 07/15, registra o vínculo de emprego com a Sociedade Vinícola da Bahia Ltda no período de 03/09/46 a 03/09/67. As anotações ali presentes mostram-se regulares e obedecem a uma ordem temporal cronológica, o que está a indicar a veracidade de seus registros. 2. A ausência de outros registros, como férias e alterações salariais, não é suficiente para infirmar o contrato de trabalho celebrado. Frise-se que é de responsabilidade do empregador a atualização da CTPS de seus funcionários, não podendo o empregado ser prejudicado por este motivo. 3. Na justificação administrativa realizada foram ouvidas 5 (cinco) testemunhas, todas unânimes em corroborar o labor do recorrido na empresa no período alegado, revelando, por vezes, detalhes da atividade desenvolvida pelo autor, bem como nomes de outros funcionários da época (fls. 57/58), o que só empresta força probante aos documentos juntados. 4. A diligência realizada pela recorrente se reveste de pouca valia diante das demais provas apresentadas já que o período controvertido data dos idos de 1946, distantes quase 40 anos da data da realização da mesma, sendo que a ex-empregadora já não mais existia no local, ali funcionando outra empresa. Há, ainda, alegação nos autos de que o local outrora ocupado foi destruído por incêndio (fls. 50/51), afirmação esta não impugnada pelo INSS, o que impossibilitaria a colheita de informações acerca do aludido vínculo. 5. Recurso a que se nega provimento, devendo ser concedida tutela antecipada de ofício, eis que presentes seus requisitos autorizadores (art. 273 do CPC), mormente por se tratar de verba de caráter alimentar e considerando a idade

Na esteira do que já sustentava o Min. Luiz Fux, o potencial Código de Processo Civil admite que, em casos excepcionais ou expressamente autorizados em lei, seja dado ao juiz, de ofício, conceder medidas de urgência.

Sobre o ponto, dispõe o art. 284 do Anteprojeto, que “em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício”.

Não se pode deixar de registrar que o art. 797 do CPC em vigor autoriza a concessão, sem oitiva das partes, em hipóteses excepcionais, de medidas de natureza cautelar.

Tal disposição parece ter sido ampliada e generalizada, como visto, pelo art. 284 do Anteprojeto, o que certamente aponta para a efetividade da jurisdição.

Se a tutela de urgência tem como objetivo primordial a busca da minimização dos efeitos que o curso natural do processo pode acarretar para o direito material pretendido, a possibilidade de sua concessão de ofício constitui relevante do desenvolvimento da sua vocação.

---

avançada da parte autora (82 anos) e seu estado de saúde extremamente debilitado em decorrência de dois AVC (fl. 05). 6. São devidos honorários advocatícios à razão de 10% sobre o valor da condenação, não incidindo sobre as parcelas vincendas (Súmula 111 do STJ), a teor do art. 55 da Lei nº 9.099/95, aplicável ao JEF por força do art. 1º da Lei nº 10.259/01. (Apelação cível nº 2006.33.00.716454-1/BA, TRF da 1ª Região, Rel. Juiz Federal Pedro Braga Filho. j. 24.01.2007).

APELAÇÕES CÍVEIS – EMBARGOS À EXECUÇÃO – PREVIDENCIÁRIO – REVISÃO DE BENEFÍCIOS – EXTINÇÃO (ARTIGO 269, IV, DO CPC) – REFORMA – ANULAÇÃO DA SENTENÇA – ARTIGO 130 DA LEI Nº 8.213/91 – M.P. Nº 1.523-8 – LEI Nº 9.528/97 – INCLUSÃO DE EXPURGOS INFLACIONÁRIOS – TUTELA EX OFFICIO - POSSIBILIDADE I – Há um trabalho publicado pelo Conselho da Justiça Federal, no sentido de que a tutela pode ser concedida de ofício pelo magistrado. Na 6ª Turma, da qual fui membro até recentemente, concedíamos antecipação de tutela ex officio, em rotina; II – Em havendo o direito, cabível é o provimento antecipado, a fim de que a parte venha fruir do bem da vida, o mais rapidamente possível; III – Ao meu aviso, entender-se o contrário não condiz com a ideia do Processo Justo, na moderna acepção de prestação jurisdicional; IV – Nessa esteira, entende o Min. LUIZ FUX não haver razões para impedir a incoação estatal na antecipação de tutela, qualquer que seja a hipótese, eis que, não se deve confundir a neutralidade com omissão e, tampouco, a imparcialidade com responsabilidade (Tutela de segurança e Tutela da Evidência. São Paulo: Saraiva, 1996, página 74); V – Tutela antecipada concedida. (Apelação cível nº 286866/RJ, 1ª Turma do TRF da 2ª Região, Rel. Desembargador Federal Andre Kozlowski. DJU 13/07/2004, p. 146).

#### 4. Tutela da Evidência

Acerca da evidência do direito, o eminente processualista, Min. Luiz Fux, leciona que envolve situações em que se opera mais do que o *fumus boni iuris*, aliada à injustificada demora ao longo de todo o processo ordinário até a satisfação do interesse do demandante, com grave desprestígio para o Poder Judiciário, porquanto injusta a espera determinada.<sup>32</sup>

Na seção relacionada à tutela da evidência, o art. 285 do Anteprojeto estabelece o seguinte:

Art. 285. Será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando:

I – ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido;

II – um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva;

III – a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou

IV – a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante.

Parágrafo único. Independará igualmente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob cominação de multa diária, de entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional.

Em seu inciso I, o dispositivo reproduz a hipótese contida no art. 273, II, do CPC em vigor, que cuida do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

---

32 FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 305-306.

Observe-se, desde logo, que, nesse caso, não quis o legislador dispensar a plausibilidade do direito (exigência geral expressa no *caput* do art. 283), mas confirmar a dispensa de situações de perigo para o direito como supostos requisitos da antecipação, visto que a celeridade na tutela do direito evidente é em si mesma um bem digno de proteção.

A essa hipótese, já contida no CPC atual, Teori Albino Zavascki denomina antecipação punitiva.<sup>33</sup> Também José Roberto dos Santos Bedaque afirma que essa hipótese de antecipação destina-se a punir ilícito processual, a sancionar o comportamento inadequado do réu.<sup>34</sup>

Zavascki observa que o legislador considera que as expressões “abuso do direito de defesa” e “manifesto propósito protelatório” têm significados distintos.<sup>35</sup>

Assevera que “por abuso do direito de defesa devem ser entendidos os atos protelatórios praticados no processo”, ao passo que o manifesto propósito protelatório resulta do comportamento do réu, atos e omissões, fora do processo, citando como exemplo ocultação de prova, simulação de doença, não atendimento de diligência.

Luiz Fux, por sua vez, já denominava o requisito contido no inciso II do art. 273 do Diploma Processual em vigor de “evidência do direito”<sup>36</sup>, nomenclatura incorporada pelo Anteprojeto. Asseverava que “a defesa abusiva é a inconsistente, bem como a que não enfrenta com objeções, defesa direta ou exceções materiais a pretensão deduzida, limitando-se à articulação de preliminares infundadas”.<sup>37</sup>

Pela amplitude que confere à previsão legal, tal interpretação parece ser a mais adequada ao dispositivo em vigor e ao seu homólogo, ainda em tramitação.

Por outro lado, no inciso II, o art. 285 do Anteprojeto contempla a hipótese de antecipação de tutela introduzida pela Lei n.º 10.444/2002 no §6º do art. 273 do CPC hoje vigente, orientada pela efetividade e pela razoável duração do processo e denominada de pedido total ou parcialmente incontroverso.

---

33 ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.* p. 77-78.

34 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.* p. 335.

35 ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.* p. 81.

36 FUX, Luiz. *Op. cit.* p. 346.

37 *Ibid.* p. 347.

A regra, segundo José Roberto dos Santos Bedaque, “visa a permitir que o autor possa usufruir desde logo a eficácia prática de tutela altamente provável, pois os fatos em que parte da pretensão está fundada restaram incontroversos”.<sup>38</sup>

Buscando identificar o significado de “pedido incontroverso” para definir o alcance do §6º do art. 273 do CPC, Luiz Fux afirmava que incontroverso é o direito evidente sob o prisma processual:

Assim, é evidente o direito demonstrável *prima facie* através de prova documental que o consubstancie líquido e certo, como também o é o direito assentado em fatos incontroversos, notórios, o direito a coibir um suposto atuar do *adversus* com base em “manifesta ilegalidade”, o direito calcado em questão estritamente jurídica, o direito assentado em fatos confessados noutro processo ou comprovados através de prova emprestada obtida sob contraditório, provas produzidas antecipadamente, bem como o direito assentado como prejudicial da questão a ser resolvida e já decidido, com força de coisa julgada noutro processo, máxime quando de influência absoluta a decisão prejudicial, os fatos sobre os quais incide presunção *jure et de jure* de existência e em direitos decorrentes da ocorrência de decadência ou prescrição.

Cândido Rangel Dinamarco, por sua vez, asseverava que a incontrovérsia autorizadora da antecipação de tutela “consiste na ausência de um confronto de afirmações em torno de um fato alegado pelo autor”.<sup>39</sup>

Teori Albino Zavascki, porém, aduzia que a mera ausência de oposição não necessariamente significará que o pedido é incontroverso para os fins do §6º. Prossegue o autor:

A ausência de controvérsia deve considerar e envolver a posição do juiz, o terceiro figurante da relação processual angularizada. Portanto, além da ausência

---

38 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.* p. 336.

39 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 95.

de controvérsia entre as partes, somente poderá ser tido como incontroverso o pedido que, na convicção do juiz, for verossímil. Incontroverso, em suma, não é o “indiscutido”, mas sim o indiscutível.<sup>40</sup>

Alertava, ainda, o renomado processualista que:

A controvérsia que impede a antecipação não é apenas a que diz respeito a questões de mérito. Mesmo em face de pedido que, em si mesmo, é incontroverso e verossímil, a antecipação pressupõe ausência de empecilhos de ordem processual para o seu atendimento. Assim, se for alegada incompetência, ou litispendência, ou coisa julgada, ou falta de qualquer outro pressuposto processual ou condição da ação, enfim, se for alegada qualquer exceção ou defesa concernente à ação ou ao processo (arts. 301 e 304), estará configurado um pressuposto negativo para o deferimento da medida antecipatória, ainda que a respeito do pedido em si não tenha havido contestação alguma.<sup>41</sup>

Afirmava, por fim, que também era incontroverso o pedido, mesmo contestado, quando os fundamentos da contestação fossem evidentemente descabidos ou improcedentes, assim considerados à luz de critérios objetivos fornecidos pelo próprio sistema processual.<sup>42</sup>

De outro giro, José Roberto dos Santos Bedaque assinalava que, mesmo que não houvesse cumulação, mas estando configurado o fenômeno do pedido decomponível, nada obstaría a incidência do dispositivo se parte dele for incontroverso.<sup>43</sup>

Diz-se decomponível a pretensão que incide sobre bens sujeitos a alguma espécie de quantificação, seja por unidades (dinheiro, coisas fungíveis em geral), por peso, volume etc., permitindo ao juiz conceder ao autor toda a quantidade pedida, nada ou apenas parte.<sup>44</sup>

---

40 ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.* p. 111.

41 *Loc. cit.*

42 *Ibid.* p. 111-112.

43 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.* p. 336.

44 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 100.

Desta feita, se o autor formular pedido de 200 e o réu contestar apenas 100, quanto à parte incontroversa, deve o juiz antecipar a tutela pretendida.

Mesmo com alguma divergência, característica do apurado cientificismo alcançado pela ciência processual, tais lições conservam integralmente sua relevância e aplicação, tendo em vista que o Anteprojeto reproduziu, nesse dispositivo, o que dispõe o atual CPC.

#### **4.1 Antecipação de Tutela Fundada em Direito Evidente e Julgamento Antecipado**

À luz do CPC em vigor, a doutrina majoritária ressalta que a antecipação de tutela, que se funda em cognição sumária, não se confunde com o julgamento antecipado da lide, cuja sentença é definitiva e tem a mesma natureza e requisitos daquela que se profere ao término da instrução.<sup>45</sup>

Dispõe o art. 330, I, do CPC, in verbis:

Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I – quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

Cândido Rangel Dinamarco, inclusive, lamenta a timidez do legislador, que “não quis ousar mais, a ponto de autorizar nesses casos um parcial julgamento antecipado do mérito.”<sup>46</sup>

Assevera o ilustre autor que:

A rigidez do procedimento brasileiro, no qual o mérito deve ser julgado em sentença e a sentença será sempre uma só no processo (art. 459 c/c art. 269, inc. I, e art 162, §1º), é somente um dogma estabelecido no direito positivo brasileiro, que bem valia a pena desmitificar.<sup>47</sup>

---

45 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.* p. 462.

46 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 96.

47 *Loc. cit.* Vale ressaltar que o posicionamento de Cândido Rangel Dinamarco aqui explicitado foi manifestado anteriormente à alteração do art. 162, §1º, do CPC pela

No mesmo sentido, posiciona-se Teori Albino Zavascki:

Para a imediata tutela da parte incontroversa do pedido, talvez a melhor solução tivesse sido a da cisão do julgamento, permitindo sentença parcial, mas definitiva, de mérito. Ter-se-ia, com essa solução, a possibilidade de outorgar, relativamente ao pedido incontroverso, a imediata, completa e definitiva tutela jurisdicional. Não foi essa, todavia, a opção do legislador, que preferiu o caminho da tutela antecipada provisória. Com isso, limitou-se o âmbito da antecipação aos efeitos executivos da tutela pretendida.<sup>48</sup>

Esse, contudo, não é o pensamento de Luiz Guilherme Marinoni:

Como já afirmado, antes da introdução da tutela antecipatória no Código de Processo Civil não era possível a cisão do julgamento dos pedidos cumulados ou o julgamento antecipado de parcela do pedido, prevalecendo o princípio chiovendiano della unità e unicità della decisione. Mas, esse princípio não se concilia com a atual leitura de outros princípios igualmente formulados por Chiovenda, especialmente com aquele que diz que o processo não pode prejudicar o autor que tem razão.<sup>49</sup>

Marinoni sustenta que, ainda que concedida no curso do processo, tal tutela antecipatória não é fundada em convicção de verossimilhança, mas em convicção de verdade.<sup>50</sup> Também assim pensa Cássio Scarpinella Bueno.<sup>51</sup>

Tal entendimento parece ter sido esposado pelo Anteprojeto do Novo CPC, pois, em seu art. 285, II, *in fine*, estabelece que, no caso de pedido incontroverso, “a solução será definitiva”.

---

Lei n.º 11.232/2005.

48 ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.* p. 113.

49 MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 286.

50 *Ibid.* p. 289.

51 BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 45-55.

Portanto, ao menos na hipótese do inciso II tem-se verdadeiro julgamento antecipado da lide.

## 4.2 Tempo, Ônus da Prova e Seu Viés Substancial

Antes de passarmos à análise dos demais incisos do novel art. 285, cabe recordar que as defesas de mérito, que se contrapõem às defesas processuais, dividem-se em diretas e indiretas. Diz-se direta a defesa em que o réu nega o fato constitutivo do direito alegado pelo autor, e indireta aquela por meio da qual, sem negar qualquer das afirmações contidas na inicial, o réu apresenta outro fato, supostamente impeditivo, modificativo ou extintivo do direito afirmado.<sup>52</sup>

A partir desses conceitos, o CPC em vigor, em seu art. 333, reparte o ônus probatório entre as partes:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Se assim o é, não se deve impor ao autor o ônus de suportar o tempo necessário para a produção da prova tendente à demonstração de um fato que não o beneficia.

Na hipótese de apresentação de defesa de mérito indireta, o fato constitutivo do direito do autor resta incontroverso. O autor já se desincumbiu do seu ônus, qual seja comprovar o fato constitutivo de seu direito. E, por isso, o tempo necessário para o réu produzir a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo alegado não deve pesar sobre o autor.

Marinoni descreve a seguinte hipótese:

Quando o autor afirma que possui um crédito em virtude da venda de determinada mercadoria, o réu, ao alegar que essa mercadoria apresenta vícios, não contesta os fatos constitutivos. Ao dizer que a mercadoria tem vícios, o réu automaticamente admite que realizou um

---

52 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*.

contrato de compra e venda e recebeu a mercadoria, que são os fatos constitutivos do direito.<sup>53</sup>

Nesse caso, não há razão para que o autor não usufrua o direito alegado. Deve a tutela ser antecipada, conferindo-se ao autor o gozo do direito cujos fatos constitutivos encontram-se comprovados, por se tratar de medida de efetividade num duplo aspecto: de um lado, satisfaz a pretensão autoral desde logo; de outro, o réu se sentirá ainda mais motivado a produzir a prova de que carece num prazo menor.

Tal medida – ressalte-se – sequer altera a distribuição estática do *onus probandi* prevista no dispositivo mencionado. Confere-lhe, apenas, um viés substancial, que se soma ao seu viés processual, refletido na regra de julgamento, a fim de lhe dar a efetividade necessária a um processo mais justo. Pesará o ônus sobre quem dele deve se desincumbir.

À conta de tais fundamentos, considerávamos que a hipótese prevista no inciso II do art. 273 merecia interpretação extensiva, de modo a melhor satisfazer os escopos do processo, aplicando-se aos casos em que o réu apresentasse defesa de mérito indireta carente de dilação probatória.

De qualquer sorte, as novas hipóteses de tutela da evidência, notadamente a contida no inciso III do art. 285 do Anteprojeto, talvez se prestem a atender a esses anseios de efetividade.

#### **4.3 Novas Hipóteses Previstas nos Incisos III e IV do art. 285 do Anteprojeto do Novo CPC**

O inciso III do art. 285 do Anteprojeto autoriza a tutela provisória quando prova documental irrefutável demonstre o direito alegado, sem que o réu oponha prova igualmente inequívoca.

Sob a perspectiva traçada acima, esse inciso dá, igualmente, mais um passo na direção da efetividade da jurisdição.

Pode-se recordar aqui a lição do eminente Marinoni acerca da noção de verossimilhança preponderante, que é oriunda de teoria sueca aplicável à apreciação do *meritum causae*.

---

53 MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 278.

Marinoni adapta-a à tutela antecipatória e afirma que, diante do art. 273 do CPC, o juiz está autorizado a decidir com base em verossimilhança preponderante, o que significa, nas palavras do citado autor, “sacrificar o improvável em benefício do provável”.<sup>54</sup>

Essa mesma orientação parece ter sido encampada pelo Anteprojeto, no contexto da tutela da evidência, ao prestigiar a “prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor”, quando o réu “não opuser prova inequívoca”.

Por derradeiro, o inciso IV contempla caso de tutela da evidência que, de relance, se assemelha à inovação introduzida no atual CPC pelo art. 285-A, a que a doutrina convencionou denominar sentença liminar.

Caso o pedido formulado na inicial envolva matéria unicamente de direito e o juízo tenha firmado entendimento acerca de sua improcedência, o atual art. 285-A autoriza o juiz singular a proferir sentença de total improcedência, dispensando, inclusive, a citação do réu. Essa hipótese – registre-se – encontra-se reproduzida, sem alteração em sua essência, no art. 317 do Anteprojeto.

Mas o que o caso previsto no inciso IV permite é a concessão de tutela, especialmente a satisfativa, dispensado a demonstração do risco de dano irreparável ou de difícil reparação, quando a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência pacificada sobre o tema.

Tal provimento, ao contrário da sentença liminar, tem caráter provisório, pois fundado em cognição sumária, e “ostenta sinal trocado”, já que se trata de caso que, *prima facie*, merece ser julgado procedente.

Pelos seus inconfundíveis objetivos, essas inovações são certamente avanços em direção à consolidação do acesso à justiça, especialmente sob a ótica da adequada prestação jurisdicional, que merecem ser corroboradas pelos operadores do direito, uma vez que se ultime o processo legislativo.

---

54 *Ibid.* p. 170. Marinoni consigna que “a regra do ônus da prova, na perspectiva dessa teoria, não tem qualquer importância como mecanismo de distribuição do ônus probatório e, muito menos, como regra de juízo, mas como uma espécie de régua que indicaria a parte vencedora. O ônus da prova constituiria o ponto central dessa régua, e assim não pesaria sobre nenhuma das partes; a parte que conseguisse fazer a régua pender para o seu lado, ainda que a partir de um mínimo de prova, deveria ganhar a causa, quando então prevaleceria o princípio da ‘verossimilhança preponderante’”.

## 5. Conclusão

A consolidação do Estado Democrático de Direito<sup>55</sup>, no nosso ordenamento jurídico, sofreu uma verdadeira evolução. Superou não só a formulação do Estado Liberal, como também a do Estado Social.

Nesse Estado, é basilar a existência de um sistema de direitos fundamentais, justiça social, igualdade e legalidade, como também é possível a discussão, democrática e instrutiva, da dogmática jurídica.

É sob esse ângulo de discussão, dentro do Estado Democrático de Direito, como catalisador da realização dos direitos fundamentais – situando-se entre esses o princípio da efetividade processual previsto na Constituição Federal – que devem ser analisadas as perspectivas hermenêuticas da tutela provisória.

No ordenamento jurídico brasileiro, como já ressaltado alhures, o direito ao acesso à justiça e à efetividade da tutela jurisdicional está consagrado na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso XXXV.

Todavia, a tramitação demorada dos feitos aliada ao desenho atual dos procedimentos, farto de instrumentos de prolongamento do processo, acaba por conduzir às partes à autocomposição extrajudicial ou mesmo à renúncia ao direito que fora violado.

---

55 Lenio Luis Streck, por seu turno, ao fazer constatações sobre o Estado Democrático salienta que “às facetas ordenadora (Estado Liberal de Direito) e promovedora (Estado Social de Direito), o Estado Democrático de Direito agrega um plus (normativo): o direito passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a conter no seu interior as possibilidades de resgate das promessas da modernidade, questão que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, onde o *welfare state* não passou de um simulacro.” (STRECK, Lenio Luiz. Quinze anos de constituição: análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais sociais. *Revista Ajuris*. Porto Alegre: Ajuris, ano 30, n. 92, dez. 2003, p. 206).

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, no tópico, apontam que em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpressão 2002, p. 20.

Se, por um lado, com essas duas situações arroladas, tem-se o desafoamento do Poder Judiciário, por outro, tem-se a insatisfação das partes envolvidas no conflito de interesses ante a demora na solução da lide. Aliás, sobre a demora processual, poucas não são as críticas feitas não apenas pelos doutrinadores, mas principalmente pelos cidadãos.

Por isso, o direito à prestação jurisdicional tempestiva e célere não pode ser visto apenas como um direito a uma prestação fática. Tal garantia exige a técnica processual adequada, a instituição de um procedimento capaz de viabilizar a participação e, por fim, a própria resposta jurisdicional.

Nesse contexto, o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil parece dar mais um passo em direção à efetividade processual sob o prisma acima construído. Em razão da necessidade de se atingir a adequada prestação jurisdicional, o apuro técnico da ciência processual civil, que nos permitia distinguir as medidas cautelares das antecipatórias, não podia ser levado ao extremo de se negar a prestação jurisdicional pleiteada pelo consumidor do serviço jurisdicional, normalmente alheio a distinções tecnicistas, sobretudo em situações de urgência.

Com o tratamento uniforme conferido pelo Anteprojeto às medidas antecipatória e cautelar, esperamos que o apego técnico que distinguia tais medidas não mais se reflita em nossa jurisprudência a ponto de negar a necessária tutela ou salvaguarda de interesses.

Perfilhamos doutrina que, na aplicação do direito processual civil, oferece tais instrumentos à efetivação da tutela jurisdicional a ser alcançada, tal como preconizado pelo Texto Maior.

Nessa senda, o Anteprojeto parece ter arrefecido as exigências para a concessão da tutela de urgência, tornando-as menos densas, já que fala em “elementos que evidenciem a plausibilidade do direito”, e não mais em “prova inequívoca”.

De outro giro, concordamos, por razão idêntica, com que não se podem excluir situações excepcionais em que o juiz, mesmo de ofício, verifique a necessidade de conceder a tutela pretendida, diante do risco iminente de perecimento do direito cuja tutela é pleiteada e de cuja verossimilhança existam provas suficientes.

Festecemos, ainda, a ampliação das hipóteses da tutela da evidência, assim denominada pelo Anteprojeto, não mais restrita aos

casos de abuso de direito de defesa ou de manifesto propósito protelatório.

Soma-se a isso a hipótese de julgamento antecipado da lide, estampada no inciso II do art. 285 do Anteprojeto, permitindo ao juiz apreciar o mérito desde logo, ainda que tenha que julgar a demanda apenas parcialmente.

Sem a pretensão de exaurir o tema, viu-se que o Anteprojeto e seus preceitos sobre as tutelas de urgência e da evidência reproduziram algumas regras já conhecidas pelo atual sistema, assim como apresentaram outras inéditas, ao menos em certa medida.

Torçamos para que o processo legislativo seja mais célere do que o judicial. Enquanto isso, as inovações, ao menos, servem para indicar o caminho a ser seguido, sempre iluminado pelo Texto Maior, que já nos permite buscar, por todos os meios, a efetividade processual.

## 6. Referências Bibliográficas

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. Garantia da amplitude de produção probatória. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Tradução: Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *A reforma da reforma*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

LACERDA, Galeano. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 8, t. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. *Tutela antecipada e medida cautelar no projeto do novo CPC*. Disponível em <<http://htjadvogados.dreamhosters.com/noticias.php?ac=detalhes&id=192>>. Acesso em: 28.01.2013.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. Quinze anos de constituição: análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais sociais. *Revista Ajuris*. Porto Alegre: Ajuris, ano 30, n. 92, dez. 2003, p. 206.

TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo e CARNEIRO, Athos Gusmão. Anteprojeto de Lei n.º 13: Complementa as leis de reforma do Código de Processo Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, ano I, n. 2, nov./dez. 1999, p. 143.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 1.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

## O INQUÉRITO POLICIAL NO PROJETO DE CPP

Sérgio Demoro Hamilton<sup>(\*)</sup>

1. O Projeto de Lei do Senado de nº 156, 2009, que dispõe sobre a reforma do Código de Processo Penal, proveniente dos trabalhos da Comissão Mista de Juristas<sup>1</sup>, criada pelo Requerimento nº 227, de 2008, encontra-se em fase de elaboração legislativa nas Casas do Congresso Nacional.

Vimos, aos poucos, analisando alguns tópicos do Projeto. Agora, é chegada a vez do inquérito policial, exceção feita à parte relativa ao arquivamento, que já tivemos a ocasião de examinar em publicação anterior<sup>2</sup>, com destaque especial, tendo em conta a profunda modificação sofrida naquele instituto processual, de molde a adaptá-lo ao sistema acusatório, por imposição constitucional, e que se afasta, por completo, da disciplina do art. 28 do atual CPP. Por tal motivo, entendemos que deveria merecer tratamento específico em relação às demais matérias que informam a fase pré-processual.

2. O inquérito policial vem regulamentado no Livro I (Da persecução penal), do Título II (Da investigação criminal), e de forma específica, no Capítulo III (Do Inquérito Policial) do Título II do Projeto. Mais precisamente, do art. 19 ao art. 40.

Fixada a topologia do inquérito no contexto do Projeto, passa-se, agora, ao exame das suas peculiaridades.

3. O Título II cogita da investigação criminal lato sensu, demonstrando, desde logo, que o inquérito policial, embora peça de informação fundamental e ordinária de investigação, não se apresenta como indispensável para servir de base para a acusação. Nessa ordem de ideias, qualquer suporte probatório idôneo pode instruir a denúncia (art.

---

<sup>(\*)</sup> SERGIO DEMORO HAMILTON é Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Professor Universitário (aposentado).

1 Compunham a Comissão que elaborou o Anteprojeto, o Ministro Hamilton Carvalhido, Coordenador da Comissão, e os Drs. Eugênio Pacelli de Oliveira (Relator-geral), Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Félix Valois Coelho Junior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

2 “O arquivamento no Projeto de reforma do Código de Processo Penal”, in Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, nº 37, pp.78 e seguintes, “Editora Magister Ltda”, Porto Alegre, RS, 2010.

36). Aliás, nesse ponto, o Projeto não discrepa do atual Código, como evidenciam os arts. 12, 27, 28, 39 § 5º e 46 § 1º do CPP.

A novidade primeira surge com a criação da figura jurídica do “investigado” (art. 10 do Projeto) que se caracteriza a partir do ato ou procedimento em relação à pessoa sobre a qual recaem meras indicações (menos que indícios) de autoria ou participação da prática de uma infração penal, independentemente da qualificação formal atribuída pela autoridade responsável pela investigação.

Portanto, antes de qualquer indiciamento, a autoridade investigante deve procurar as fontes de prova que lhe chegarem ao conhecimento, verificando se elas tem fundamento razoável a respeito da infração penal noticiada.

Importante dispositivo vem cogitado no art. 11 e seu parágrafo do Projeto no sentido de resguardar a intimidade e a vida privada não somente dos sujeitos secundários do procedimento (vítima e testemunhas) como também do próprio investigado de maneira que não sejam eles submetidos à exposição dos diversos meios de comunicação. A reforma de 2008 já tomara iguais cuidados ao versar sobre os procedimentos e sobre a prova oral (Leis 11.719 de 20.06.2008 e 11.690 de 09.06.2008).

Permite-se ao investigado e a seu defensor acesso ao material **já** produzido no decorrer da investigação criminal, salvo, evidentemente, no que concerne estritamente às diligências em andamento, como é óbvio.

Parece-me que o Projeto foi longe em demasia assegurar ao **próprio investigado** pleno acesso aos autos do procedimento respectivo, ensejando sério risco para o material já produzido que, inclusive, pode ser inutilizado de forma violenta ou sub-reptícia pelo próprio interessado na sua destruição. Qualquer abuso que pudesse ocorrer por parte da autoridade policial seria, de pronto, sanado pelo juiz das garantias, responsável pelo controle da legalidade da investigação (art. 15 do Projeto) sem que haja necessidade desta perigosa providência.

Aliás, pretender-se estabelecer tal participação na fase de investigação, ao ponto de permitir-se o acesso do próprio investigado no procedimento respectivo em que ele é o maior interessado, como sujeito da relação de direito material, rressabe a absurdo. E, não há negar, tal se tornará, perfeitamente, possível na medida em que o investigado for tomando conhecimento dos fatos já apurados, gerando uma situação de

perigo para a vítima e para as testemunhas, sem falar nas investigações em andamento, que podem vir a ser afetadas.

Por sinal, como já escrevi<sup>3</sup> sempre me pareceu que a presença do advogado na fase de inquérito policial não guarda compatibilidade com o caráter inquisitivo desta fase procedimental, embora autorizado por lei (art. 7º, XII, XIV, XV e parágrafo primeiro da Lei 8.906/94 – Estatuto da Advocacia e da OAB). Agora, com a presença do juiz das garantias na fase de investigação, a medida torna-se ainda mais equivocada, pois qualquer ilegalidade será, de pronto, erradicada.

É preciso que não haja confusão entre acesso à investigação e aos autos respectivos, com o contato do investigado com seu advogado, quando preso, garantia constitucional absolutamente correta e indispensável (art. 5º, LXIII).

Em alusão a este aspecto, a referência ao “sigilo necessário à elucidação do fato” objeto da investigação, prevista no art. 11 do Projeto, retrata hipocrisia pura.

A fase de investigação encerra-se com os arts. 13 e 14 do Projeto. O primeiro assegura ao investigado o direito de ser ouvido antes da conclusão da investigação. É evidente que o investigado terá direito ao silêncio, sem que dele se possa extrair qualquer conclusão negativa para a sorte do acusado no futuro processo. Se mesmo perante o juiz ele não está obrigado a responder as perguntas que lhe forem formuladas (arts. 65, IV e V e 70 do Projeto e art. 5º, LXIII CF), soa evidente que o investigado, nesta fase preliminar, pode permanecer calado. De qualquer forma, deverá ser dado ao mesmo o direito de optar pela fala.

Já o art. 14 do Projeto constitui perigosa violação ao sistema inquisitivo ao permitir-se ao advogado ou outro qualquer mandatário “identificar fontes de prova em favor da defesa” ou “entrevistar pessoas”. Em primeiro lugar porque, nesta fase, não há falar em defesa nem em análise de prova. Isto fica para ser feito em juízo sob o crivo do contraditório. É certo que o parágrafo único do art. 14 procura mitigar o grave equívoco, fato que não exclui o prejuízo que a investigação possa vir a sofrer. Para tanto, existe o processo que se seguirá à investigação, quando então, o réu gozará de **ampla** defesa (art. 5º, LIV e LV da CF). Pretender-se fazer no inquérito policial atos de exaustiva defesa, faz

---

3 In “Réquiem para o sigilo no inquérito policial”, pp 112 e seguintes, in “Revista da EMERJ (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro), vol. 7, nº 25, Rio de Janeiro, 2004.

lembrar a severa crítica formulada pelo saudoso e notável professor José Frederico Marques, que, ao fustigar tal atitude, usava a expressão “demagogia forense” que adulterava, “a todo custo”, o caráter inquisitivo da investigação”<sup>4</sup>.

Trata-se, além de tudo, de uma indevida intromissão na vida de “pessoas”, que contrasta com a preservação da sua intimidade e viola a proteção que elas devam merecer, feita por “mandatários” do investigado, que não precisam, sequer, ser advogados do mesmo. Providência, no meu entendimento, de grave perigo, para tais “pessoas” que poderão ser vítimas de coação ou coisa pior.

4. O Capítulo II, do Título II, do Livro I traz a grande novidade da fase pré-processual: o Juiz das Garantias (art. 15 a art. 18 do Projeto). Sua função, como responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata da inviolabilidade pessoal do investigado, tem por finalidade manter o distanciamento do juiz do processo, que será o responsável pela decisão de mérito, assegurando, assim, a sua isenção. É certo que a medida importará em alteração da organização judiciária dos tribunais e, é justamente neste ponto, que reside a grande dificuldade da sua implantação, particularmente nas pequenas comarcas.

Tecnicamente, uma vez adotado o sistema acusatório puro, pelo menos na fase de investigação, o juiz das garantias, no meu entendimento, retrata uma providência salutar. É criação nossa, não tendo, tanto quanto eu saiba, similar em qualquer outro país. Nessa ordem de ideias, cabe à polícia investigar, sob controle externo do Ministério Público, restando ao juiz das garantias o controle da legalidade da investigação criminal e a salvaguarda dos direitos individuais, “cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário” (art. 15). O juiz do processo, nesta fase, não intervém, já que a ele incumbirá a decisão da causa penal.

Assim mesmo, antevejo dificuldades quase intransponíveis de estrutura material para seu funcionamento, a partir do recrutamento de juízes e funcionários da justiça, sem falar na instalação das sedes para o funcionamento dos juzgados respectivos. Haverá recursos financeiros para a sua instalação e manutenção?

Precisa ficar bem claro que o juiz das garantias nada tem a ver com o juzgado de instrução, onde atuam dois juízes. O primeiro colhe as provas em processo inquisitivo; já o segundo é o magistrado que irá

---

4 Marques, José Frederico, in “Elementos de Direito Processual Penal”, v.I, p. 57, “Forense”, Rio-São Paulo, 1961, 4ª edição.

julgar o feito criminal, sob o crivo do contraditório.

O juizado de instrução, ao meu pensar, é incompatível com o sistema acusatório adotado na Constituição Federal. Juiz julga e quem julga não investiga.

A competência do juiz das garantias é ampla só não abrangendo as infrações de menor potencial ofensivo, pois nestes procedimentos não há, sequer, inquérito (art. 284 do Projeto).

Demais disso, seria incompatível com os princípios da celeridade e da informalidade do rito sumariíssimo, hoje incorporado, a partir da reforma processual de 2008, ao atual Código de Processo Penal e ao próprio Projeto (art. 273 a art. 301).

Oferecida a denúncia incumbe ao juiz do processo assumir a jurisdição plena, não estando ele vinculado às decisões do juiz das garantias, podendo, assim, reexaminá-las, inclusive aquelas relacionadas com as providências cautelares em curso. Porém, os autos formados com as providências levadas a efeito pelo juiz das garantias serão juntadas aos autos do processo. É o que dispõe o art. 16 e seus parágrafos.

Da mesma forma, fica, por uma questão de coerência, o juiz das garantias que praticar qualquer ato incluído no art. 15 (que delimita a sua competência) impedido de funcionar no processo que se seguir (art. 17).

5. O inquérito policial propriamente dito é o núcleo da investigação (Capítulo III). A matéria vem dividida em 07 (sete) Seções, que serão examinadas em seus pontos relevantes, compreendidas do art. 19 ao art. 40.

Na Seção II a primeira questão a merecer relevo prende-se ao art. 20, II, que, acertadamente, aboliu o poder de requisição da autoridade judiciária para dar início ao inquérito policial. Com efeito, o art. 5º, II do atual CPP, nesse ponto, é incompatível com o sistema acusatório, que veda, nesta fase, qualquer iniciativa de persecução criminal por parte do juiz.

Igualmente, merece encômio a possibilidade de um controle da vítima ou de quem tiver qualidade para representá-la em relação ao indeferimento ou a omissão da autoridade policial no sentido da instauração do inquérito. Estabelece o Projeto, quando aquela situação ocorrer, um recurso hierárquico para a autoridade superior. Pode a vítima

também representar diretamente ao Ministério Público, (art. 20, § 2º), que, se for o caso, requisitará a instauração de inquérito (art. 20, II). O Código em vigor já prevê providência assemelhada, porém, bem mais imperfeita. Aqui, adquire sentido a seguinte anotação: não me parece que o prazo fixado para o recurso hierárquico seja de preclusão forte, uma vez que, enquanto não estiver extinta a punibilidade, a providência poderá ser tomada em face do Ministério Público.

Tal controle, sem dúvida salutar, dos atos de inquérito dá-se, também, em matéria de arquivamento, como já assinalamos em estudo anterior<sup>5</sup> (art. 38 e parágrafo primeiro).

O art. 23 contém expressa determinação no sentido dos cuidados a serem observados quando a infração penal for praticada por policial ou contar com sua participação. Haverá controle interno (partindo da própria Corregedoria-Geral de Polícia) e externo (oriundo do Ministério Público). Ambas autoridades deverão ser, **imediatamente**, comunicadas da ocorrência. Outra medida de grande valia para que a seriedade da investigação não seja comprometida, como de fácil constatação.

O art. 24 cogita do investigado que goza de foro privativo (extensível a outros investigados, na hipótese de crimes conexos ou de concurso de pessoas). Em ocorrendo tal situação processual caberá ao órgão do tribunal competente autorizar a instauração do inquérito policial, bem como funcionar como juiz das garantias. Reveste sentido uma crítica ao aludido dispositivo, tendo em conta o sistema acusatório, adotado em nosso processo, que sofre um arranhão. Em casos que tais, a peça de informação respectiva deveria ser dirigida ao Procurador-Geral que, se fosse o caso, requereria a instauração do inquérito ao tribunal competente para o processo e julgamento do investigado.

6. A Seção III, que trata das diligências investigatórias (art. 25 a art. 30), repete algumas regras que já se encontram no atual Código de Processo Penal, tais como aquelas contidas no art. 6º, mas acrescenta algumas novidades advindas da reforma processual ocorrida em 2008 (Lei 11.690/2008 e Lei 11.719/2008).

A primeira relaciona-se com a ressalva feita no art. 25, que registra, como é natural, que as diligências não se aplicam ao procedimento sumariíssimo regulado no art. 273 e seguintes, que incorporou, praticamente, ao Projeto a Lei 9.099/95, que passou a constituir o procedimento sumariíssimo, tal como foi efetivado na

---

5 Cf. item 2 destas notas de rodapé.

reforma processual de 2008.

O próprio art. 25 repete, em linhas gerais, o atual art. 6º do CPP, inclusive na imperfeição técnica contida na colocação do inciso IV (atual III), visto no meio da enumeração, quando, por tratar-se de norma de encerramento, deveria situar-se no inciso X, isto é como último inciso do artigo.

Verifica-se, também, que o art. 26 do Projeto, que complementa as diligências a cargo da autoridade policial, igualmente, incorpora alguns preceitos do atual Código de Processo Penal, incluindo determinações oriundas do sistema que adota, como se vê do art. 26, I, II e VII, decorrentes das inovações originárias das reformas ocorridas em 2008 provenientes das Leis 11.690/2008 e 11.719/2008, com o acréscimo decorrente da figura do juiz das garantias, novidade do Projeto (art. 26, II).

Também no art. 30 se fazem presentes novidades já incorporadas à nossa legislação, através da reforma processual de 2008 e da Lei 11.900/2009, ao permitir a gravação por áudio ou filmagem no que respeita ao uso da prova oral (interrogatório do investigado, declarações da vítima e depoimento das testemunhas), com o fim de obter maior fidelidade das informações prestadas, podendo tanto o Ministério Público como o investigado solicitar a sua transcrição (art. 26, § 2º).

7. O indiciamento passa, agora, a ser um ato formal, ocupando o art. 31 (Seção IV). Quando reunidos elementos **suficientes** que apontem a autoria da infração penal, a autoridade policial cientificará o investigado, atribuindo-lhe, **fundamentadamente**, a condição jurídica de “indiciado”. Acrescenta a lei: com todas as garantias constitucionais e legais. A observação final, embora correta, torna-se ociosa, pois mesmo quando ainda investigado tais garantias já lhe eram asseguradas, como se impunha.

É interessante observar que, quando o inquérito policial tiver início pelo auto de prisão em flagrante, a autoridade policial **poderá** conferir ao preso, desde logo, a condição de indiciado ou reservar-se para fazê-lo até o relatório final. Portanto, o mero investigado pode ser preso em flagrante desde que satisfeitas as condições que autorizem a cautelar.

Não se previu a hipótese de o investigado escafeder-se, tomando rumo ignorado. Como proceder? Uma vez que o art. 147 do Projeto,

aplica-se, tão somente, aos processos, deve o inquérito policial prosseguir, promovendo a autoridade a qualificação indireta do investigado, na fase de indiciamento, sem prejuízo de providenciar, desde o início das investigações, a colheita de todas as provas (dados), sob pena de perecimento. Só assim a acusação poderá ser formulada e, caso mantida a ausência na fase processual, terá aplicação o procedimento traçado no art. 147 do Projeto, desde que satisfeitas todas as condições nele previstas.

8. O prazo para a conclusão do inquérito policial é substancialmente aumentado: 90 dias para o investigado solto (art. 32, Seção V). Referindo-se o texto à figura do investigado (art. 32 e parágrafo primeiro), conclui-se que o prazo em questão corre a partir do início da investigação e não do indiciamento, encerrando-se com o relatório final. Caso haja necessidade de prorrogação, os autos devem ser remetidos ao Ministério Público, impondo-se à autoridade propor a renovação do prazo que necessita, indicando, do mesmo passo, as razões do seu procedimento. O pedido de prorrogação, no inquérito, não poderá, segundo penso, embora a lei não o diga de forma expressa, exceder de 90 dias. Da mesma forma, o pedido de prorrogação deverá ser fundamentado. O art. 32, § 1º alude à apresentação de razões justificando a postulação.

Tudo muda em se tratando de investigado preso (que pode, até, figurar, desde logo, como indiciado – art. 31 § 1º), quando o prazo de conclusão do inquérito será de 10 (dez) dias. Caso a investigação não se encerre no prazo legal, a prisão será revogada, salvo se o juiz das garantias, de acordo com o art. 15, VIII, prorrogar a duração do inquérito, atendendo às razões invocadas na representação da autoridade policial, ouvido, previamente, o Ministério Público. A prorrogação não poderá exceder de 10 (dez) dias. Caso, no período em questão, a investigação não venha a ser concluída, a prisão, obrigatoriamente, será revogada (art. 15, parágrafo único). Quando se tratar de prisão preventiva há regras específicas regulando a matéria (art. 546, I). Diga-se o mesmo em relação à prisão temporária (art. 551 a art. 554)

Muito embora a lei não o mencione expressamente, entendo que a representação da autoridade policial deve ser enviada ao juiz das garantias com antecedência, desde que a autoridade vislumbre a necessidade da prorrogação do prazo, cuidando para que não venha a se escoar o prazo fixado em lei. Desnecessário dizer que os autos do inquérito respectivo deverão ser remetidos ao juiz das garantias junto com a representação enviada pela autoridade.

9. Chega-se, agora, à conclusão do inquérito (arts. 33 e 34, da Seção VI) que se perfaz em dois atos: o relatório e a consequente remessa dos autos ao Ministério Público.

Para tanto, impõe-se que a autoridade policial conclua que os elementos informativos da investigação são suficientes “para a formação do convencimento do Ministério Público sobre a viabilidade da acusação”, bem assim que, se for o caso, possam servir de base para a aplicação de medidas cautelares, sejam elas pessoais, sejam elas reais. Caberá ao juiz das garantias decidir sobre as cautelares acaso pretendidas (art. 15, V). Caso o procedimento investigatório esteja em tais condições, incumbe à autoridade policial ofertar relatório fundamentado do que apurou e que, nem sempre, poderá ser sumário como quer a lei. É o caso concreto que vai ditar sua extensão.

10. Ao receber os autos abrem-se ao *Parquet* quatro opções possíveis:

a) Oferecer denúncia, caso a investigação enseje “viabilidade para a acusação”, para usar os dizeres da lei, postulando, se for o caso, a medida cautelar cabível.

b) Requisitar diligências complementares consideradas indispensáveis ao oferecimento da denúncia. A fala do Ministério Público deverá, como é natural, ser fundamentada, qual se dá com qualquer manifestação do *Parquet* (Constituição Federal, art. 129, VIII). Mais ainda: a diligência deverá ser indispensável para o oferecimento da denúncia, pois, muitas vezes, ela poderá ser produzida no decorrer da ação penal sem risco para o seu perdimento. Em tal caso, cabe ao Ministério Público ofertar denúncia e requerer a diligência que possa ser obtida no decorrer do processo.

c) Assim como ocorre com os juízes, que declinam da sua competência no decorrer do processo, pode acontecer que o inquérito venha a ser distribuído a membro do Ministério Público despido de atribuição para officiar no feito. Em ocorrendo a hipótese, incumbirá ao órgão do Ministério Público destituído de atribuição indicar as razões de seu pronunciamento. Na fase do inquérito policial o Ministério Público é o senhor da sua atribuição. Entendo que, *in casu*, o juiz das garantias deverá ser informado a respeito da medida tomada para mera ciência. É que, assim como ele foi informado da abertura do inquérito policial (art. 15, IV), igualmente, deverá tomar conhecimento sobre o novo rumo que o procedimento tomou.

d) Por fim, no elenco de providências possíveis, o Ministério Público, determinará o arquivamento da investigação (art. 35, IV). Já tivemos ocasião de analisar o arquivamento em trabalho específico<sup>6</sup>, dada a grande relevância com que o tema é tratado no Projeto, em completo divórcio com o art. 28 do Código em vigor. Ele vem regulado na Seção VII, art. 37 a art. 40.

Como assevera a “Exposição de Motivos”, Parte III, “retirou-se, e nem poderia ser diferente, o controle judicial do arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação”, prosseguindo em outro tópico: “o controle do arquivamento passa a se realizar no âmbito exclusivo do Ministério Público, atribuindo-se à vítima legitimidade para o questionamento acerca da correção do arquivamento”. A medida decorre, como já ressaltado, da adoção do sistema acusatório.

---

6 Cf. item 2 destas notas de rodapé.

# ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: HORA DE FAZER VALER

Eufrásia Maria Souza das Virgens<sup>1</sup>

**Palavras-chave:** Lei 8.069/90. Que Dispõe Sobre o Estatuto da Criança e o Adolescente. Inovações. Avanços. Retrocessos. Direito á Oitiva. Participação e Nomeação de Curador Especial. Necessidade de Efetivação dos Direitos Assegurados com Prioridade Absoluta a Crianças e Adolescentes.

## I – A Constituição de 88 e o Marco Histórico da Mudança de Paradigma

O artigo 227 merece ser citado por trazer o novo modelo de atendimento a direitos da criança e do adolescente sem qualquer distinção de origem, situação econômica ou social, colocando os destinatários desta norma de proteção como sujeitos de direito e não mais como objeto de atuação do Estado:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com **absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (redação dada pela Emenda 65/2010)

O princípio da absoluta prioridade, portanto, consiste na forma de atendimento aos direitos da criança e do adolescente e tem como obrigados a família, através dos cuidados inerentes ao poder/dever familiar e o Estado, através das políticas públicas nas áreas de saúde, educação, programas de combate à fome, à discriminação, à exploração, bem como a sociedade, através dos conselhos de direitos e tutelares, e no acionamento dos poderes constituídos quando tomar conhecimento de qualquer violação aos direitos da criança.

---

1 Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro, titular da 1ª DP da Coordenadoria de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Princípio, na lição sempre lembrada de Celso Antônio Bandeira de Mello,

é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.<sup>2</sup>

Sobre a violação dos princípios o referido jurista faz as seguintes considerações:

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.<sup>3</sup>

Constatamos que o Brasil apresenta importantes avanços no tratamento à questão da infância, sendo indicativo desta conquista a própria inclusão da matéria no texto da Constituição, com a superação da ideia de criança e adolescente objeto de políticas centradas na atuação para institucionalizar a pretexto de proteger ou ressocializar, trazendo para o cenário jurídico a consideração e o respeito às crianças como especiais sujeitos de direito.

A Constituição Federal, nesse sentido, é instrumento jurídico fundamental para a garantia de direitos sonogados por tanto tempo na História do Brasil e impulsionadora da legislação sobre a criança e o

---

2 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 8ª edição, revista, atualizada e ampliada, Malheiros Editores, São Paulo, 1996, pág. 545/546.

3 Op. cit., pág. 546

adolescente, inspirada na futura convenção sobre direitos da criança do ano de 1989, ao consagrar o princípio da prioridade absoluta, que deve ser observado em todas as esferas de poder e áreas de atuação para efetivar a conquista obtida em sede constitucional, fruto de grande mobilização popular e de acordo com preceitos internacionais.

## **II - Lei 8.069/90, Inovações, Recentes Modificações, Propostas de Avanços e de Retrocessos**

O Estatuto da Criança e do Adolescente representa, no plano federal, o que a Constituição de 88 significa para a República, “um novo tempo, apesar dos perigos” para falar de poesia numa hora dessas, em que os representantes do velho regime ainda estão de plantão, sempre questionando os avanços, principalmente quando de trata de proteção especial.

Uma das maiores inovações do Estatuto da Criança e do Adolescente, superando a condição de objeto, com o protagonismo de crianças e adolescentes, foi a previsão da obrigatoriedade da nomeação de curador especial quando a criança e o adolescente não tiver representante legal ou quando houver colidência de interesses.

Com a alteração promovida pela Lei 12010/2009, acrescentando o parágrafo único no artigo 100 da Lei 8.069/90, foi previsto no inciso XII um direito assegurado pela Convenção sobre Direitos da Criança em seu artigo 12, que é o direito à participação e oitiva obrigatória<sup>4</sup>.

Dentre as propostas de avanço da lei 8.069/90, encontra-se em tramitação o Projeto de Lei 7672/2010, que assegura o direito da criança e do adolescente a ser criado e educado sem o uso de castigo corporal ou de tratamento cruel ou degradante, acrescentando o artigo 17, A<sup>5</sup>.

---

4 Oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou em companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm o direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição de medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei.

5 Artigo 17-A. A criança e o adolescente têm o direito de serem educados e cuidados pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis ou por pessoa encarregada de cuidar, tratar, educar ou vigiar, sem o uso de castigo corporal ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina educação, ou qualquer outro pretexto.

A propósito, o Brasil assumiu o compromisso, ao ratificar a Convenção sobre Direitos da Criança, de abolir os castigos corporais, sendo esta uma recomendação do Relatório sobre os Direitos da Criança, de 05 de agosto de 2009, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, elaborado pelo insigne Professor Paulo Sérgio Pinheiro, que pode ser consultado no endereço eletrônico <http://www.cidh.org>.

Também acerca da campanha pelo fim dos castigos físicos, teve sede no Rio de Janeiro, entre os dias 2 e 4 de dezembro de 2009, o I Simpósio Nacional de Direitos Humanos da Criança e do Adolescente.

Não é difícil apontar os retrocessos, ou tentativa, dentre os quais o projeto de lei que prevê ampliação do tempo da privação de liberdade do adolescente autor de ato infracional, bem como a proposta inconstitucional de redução da maioridade penal, tema sempre recorrente no debate nacional quando ocorre algum caso de repercussão envolvendo adolescente.

Na Revista do Ministério Público 39/2011, páginas 125/127, sob o título “Hora de repensar o ECA”, o Desembargador Federal Reis Friede, ex membro do Ministério Público, mestre e doutor em Direito e autor de mais de 30 obras jurídicas, detentor, portanto, de abalizado currículo, assim discorre sobre a apontada necessidade:

Muito embora seja cediço reconhecer, - em destacado sentido opinativo *reverso* à presente *proposta reflexiva* -, a existência de um verdadeiro *batalhão de juizes sociólogos*, ardentes e apaixonados *defensores* do ECA, precisamos urgentemente, todavia, nos *afastar* de toda a *passionalidade* que naturalmente envolve o assunto para, com *maestria lógica*, estabelecermos uma verdadeira e imparcial visão crítica (e também amadurecida) sobre o tema vertente, posto que não é difícil deduzir que, em grande medida, foi a ingênua tentativa de se implantar um “Código Suiço” em um *País Tropical* (em sinérgico desafio a nossa realidade efetiva), - mais do que qualquer outro fator isoladamente considerado -, que conduziu aos *extremos absurdos* que estamos sendo compelidos a vivenciar diuturnamente.

Com toda assertividade e autoridade doutrinária, o mestre italiano Luigi Ferrajoli, no prefácio à obra *Infância, Lei e Democracia*

na América Latina, de Emílio Garcia Mendez e Mary Bellof, coloca a questão da não concepção de um direito da infância, posto que se considera que os juízes aplicadores da lei de proteção a crianças e adolescentes seriam “sociólogos”:

Em nossa tradição jurídica, ao Direito – direito e infância são termos tendencialmente antagônicos. Por um lado, estando as crianças privadas da capacidade de atuar, sempre foram tratadas – e, antes disto, inclusive pensadas – muito mais como objetos do que como sujeitos do Direito. Por outro lado, o Direito dos “menores” sempre foi concebido em nossa cultura jurídica como um Direito menor, alheio ao horizonte teórico do jurista e escassamente compatível com as avançadas formas jurídicas do Direito dos adultos. A mencionada “autonomia científica” do Direito do Menor, tal como sustentam os organizadores deste volume, transformou-se de fato em uma autonomia do Direito Constitucional, ou seja, daquele sistema de direitos e garantias que constitui a substância do atual constitucionalismo democrático.

Peço vênia mais uma vez para citar o prefácio já referido, com o qual concordamos plenamente, nós, Defensores da Infância e da Juventude, em especial, Defensores Públicos, cuja campanha nacional de 2011 é precisamente Criança e adolescente primeiro, com a divulgação de material gráfico, inclusive uma belíssima cartilha elaborada muito gentilmente pelo cartunista Ziraldo, que dispensa maiores apresentações, pelo seu trabalho voltado para crianças:

O problema mais sério que se apresenta hoje em matéria de Direito da infância é o da efetividade das leis aprovadas. Os obstáculos e as dificuldades são muitos e diversos. Em primeiro lugar, as resistências opostas a este novo Direito por parte dos poderes fortes e consolidados, não dispostos a renunciar aos obscuros e geralmente turvos interesses perseguidos à sombra da atual anomia no assunto sobre “menores”. Exemplar neste sentido, tal como assinala Emílio Garcia Mendez, é de novo o caso da Guatemala, onde estes poderes, que até agora manejaram com discrição o tráfico de crianças, conseguiram adiar pela terceira vez a entrada em vigência do novo código da infância que, do mesmo modo que todas as novas leis da região,

exclui a pobreza da família natural como pressuposto suficiente para a declaração do estado de abandono e, portanto, da adoção.

Portanto, com a abalizada análise do mestre italiano, ousamos discordar daqueles que entendem que as crianças brasileiras ou de outros países latino americanos, não poderiam ser titulares dos direitos consagrados no Estatuto da Criança e do Adolescente, que também trata da responsabilização dos adolescentes acusados da prática de ato infracional.

Pensamos que estes direitos assegurados com absoluta prioridade ainda não foram efetivados para a infância pobre, desprovida do direito à saúde, alimentação, moradia, dignidade, respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, vítima de exploração sexual, do trabalho infantil, da letalidade, como demonstram estudos recentes elaborados pelo UNICEF e, no Estado do Rio de Janeiro, pelo Instituto de Segurança Pública, que apresentou em 2006 o Dossiê Criança<sup>6</sup>, cuja atualização foi solicitada pelo Conselho Estadual de Direitos da Criança em assembleia realizada no mês de novembro de 2011.

Quanto à concretização dos direitos das crianças do Brasil, recorro a análise feita pelo saudoso sociólogo Herbert de Souza, o Betinho, em comentário ao art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente, no sentido de que a

tradição do Estado brasileiro é não levar a sério sua função social, é ter uma relação perversa com sua própria sociedade. Para se romper essa tradição, cabe à sociedade civil tomar a iniciativa de obrigar o Estado, em todos os níveis, a reencontrar-se com sua função social. O art. 7º pode constituir-se na pedra de toque dessa conversão ao social do Estado e da própria sociedade brasileira, que acostumou-se também a dormir em casa enquanto muitas de suas crianças dormem nas ruas.<sup>7</sup>

---

6 MIRANDA, Ana Paula Mendes de; MELLO, Kátia Sento Sé & DYRK, Renato. Dossiê Criança e Adolescente [www.isp.rj.gov.br](http://www.isp.rj.gov.br), Rio de Janeiro, ISP, 2007.

7 Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais. Coordenadores: Munir Cury, Antônio Fernando do Amaral e Silva e Emílio García Mendez, Malheiros Editores, 4ª edição, São Paulo, 2002, pág. 42. O art. 7º prevê o direito à vida e à saúde nos seguintes termos: “A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que

### III - O Direito à Oitiva e Participação e a Necessidade de Nomeação de Curador Especial

De início cabe ressaltar que o direito à participação e oitiva é consagrado pela Convenção sobre Direitos da Criança, em seu artigo 12, como muito bem demonstrado pela Professora da UERJ e da PUC RJ Esther Maria Magalhães Arantes no seu artigo Convenção sobre os Direitos da Criança: um debate necessário.

Prevê o artigo 12 da Convenção sobre Direitos da Criança, aprovada pelo Brasil através do Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990:

1- Os Estados Membros assegurarão à criança, que for capaz de formar seus próprios pontos de vista, o direito de exprimir suas opiniões livremente sobre todas as matérias atinentes à criança, levando-se em conta essas opiniões em função da idade e maturidade da criança;

2- Para esse fim, à criança será, em particular, dada a **oportunidade de ser ouvida em qualquer procedimento judicial ou administrativo que lhe diga respeito, diretamente ou através de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais do direito nacional.**

O artigo 142, parágrafo único, da Lei 8.069/90, determina:

A autoridade judiciária dará curador especial à criança ou adolescente, sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsável, ou quando carecer de representação ou assistência legal ainda que eventual.

A Lei Complementar 80/1994, com a redação da Lei Complementar 132/2009, prevê no artigo 4º, como função institucional do Defensor Público:

XI- exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado.

---

permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

Tendo sido formulados pela Coordenadoria de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, desde julho de 2007, após iniciar atendimento a crianças e adolescentes acolhidos, requerimentos de reavaliação da medida de acolhimento institucional, antes mesmo da reforma legislativa promovida pela Lei 12.010/2009, com pedido de aplicação de outras medidas protetivas e nomeação de curador especial, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro insurgiu-se através de interposição de recursos diversos, bem como a Defensoria Pública passou a recorrer das decisões que indeferiam a nomeação.

Por fim, depois de várias decisões favoráveis à nomeação, como não poderia deixar de ser, diante da imposição legal, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, através do E. Órgão Especial, no incidente de uniformização (0038977-13.2010.8.19.0000) suscitado nos autos do mandado de segurança impetrado para obtenção de vista dos autos contra o Juízo da Vara da Infância, da Juventude e do Idoso Regional de Santa Cruz, assim decidiu por unanimidade, tendo como Relatora a eminente Desembargadora Elizabeth Gomes Gregory:

CABERÁ AO JUIZ DA INFÂNCIA E JUVENTUDE A NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL, A SER EXERCIDO PELO DEFENSOR PÚBLICO POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES, INCLUSIVE NOS CASOS DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL OU FAMILIAR, NOS MOLDES DO DISPOSTO NO ARTIGO 142, PARÁGRAFO ÚNICO E 148, PARÁGRAFO ÚNICO, ALÍNEA F, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE C/C ARTIGO 9º DO CPC, GARANTINDO ACESSO AOS AUTOS RESPECTIVOS.

A despeito da decisão do Órgão Especial, ainda temos decisões de primeira e segunda instâncias indeferindo a nomeação de curador especial, devendo o Defensor Público, ao tomar ciência, interpor recurso desde logo prequestionando para eventuais recursos nas Instâncias Superiores com a invocação de violação da Constituição da República, Lei 8.069/90, da Lei Complementar 80/1994, bem como da Convenção sobre os Direitos da Criança até para eventual recurso à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

#### **IV- O Princípio Constitucional da Prioridade Absoluta e a Violação da Garantia Constitucional pelo Estado Administrador**

Recorrendo à lição do eminente Juiz de Direito do Rio Grande do Sul, Ingo Wolfgang Sarlet, podemos dizer que:

Assim, não há como negar que todos os direitos fundamentais podem implicar um “custo”, de tal sorte que esta circunstância não poderia ser limitada aos direitos sociais de cunho prestacional. Apesar disso, seguimos convictos – como, de resto, esperamos demonstrar nas páginas que seguem — que para o efeito de se admitir a imediata aplicação pelos órgãos do Poder Judiciário, o corretamente apontado “fator custo” de todos os direitos fundamentais, nunca constituiu um elemento impeditivo da efetivação pela via jurisdicional. É justamente neste sentido que deve ser tomada a referida “neutralidade” econômico-financeira dos direitos de defesa, visto que a sua eficácia jurídica (ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais na condição de direitos negativos) e a efetividade naquilo que depende da possibilidade de implementação jurisdicional não tem sido colocada na dependência de sua possível relação econômica. Já no que diz com direitos sociais a prestações, seu “custo” assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos para significativa parcela da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas.<sup>8</sup>

A outra conclusão não poderia chegar o presente trabalho, senão o de reiterar a necessidade de dar efetividade aos direitos assegurados com prioridade absoluta pela Constituição da República, pela Lei 8.069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Convenção sobre Direitos da Criança, inclusive através de demandas judiciais quando, por exemplo, após longo período de institucionalização,

---

8 Sarlet, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, 4ª edição, revista, atualizada e ampliada, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004, pág. 281.

o Município alega não ter recursos para inclusão de uma jovem em programa de moradia com a sua filha, o que ensejou propositura de Ação de Responsabilidade Civil com pedido de antecipação de tutela para inclusão em programas habitacionais, a exemplo do aluguel social e Minha Casa Minha Vida.

O papel do Defensor Público como curador especial de crianças e adolescentes na hipótese prevista no artigo 142, parágrafo único, da Lei 8.069/90, é função institucional prevista em lei, não havendo qualquer conflito com a atribuição legal do Ministério Público, seja como fiscal da lei, seja como parte, não se tratando de questionar qualquer omissão ministerial, mas de exercício de função atribuída ao Defensor Público, não se compreendendo, assim, o questionamento de tal mister.

Cabe perguntar, afinal, diante do princípio constitucional da prioridade absoluta e da integração operacional prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, e, ainda, da clareza da disposição legal contida no artigo 142, parágrafo único da Lei 8.069/90, reiterado pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, inclusive com entendimento sumulado no verbete 235<sup>9</sup>, quem tem medo do curador especial?

Por fim, a luta – pelos direitos de crianças e adolescentes – continua. Quanto às propostas de avanços, que sejam acolhidas pelo Poder Legislativo e aquelas de retrocessos, ao arquivo da História, diante da proibição de retrocessos. Como bem evidenciado na capa de edição do Estatuto da Criança e do Adolescente em 2005 a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República e o Ministério da Educação, então Presidente o Exmo. Sr. Luiz Inácio Lula da Silva, é Hora de Fazer Valer e não de repensar o que ainda sequer foi cumprido pelas autoridades brasileiras, em especial o Poder Executivo.

---

9 Caberá ao juiz da Vara da infância e Juventude a nomeação de Curador Especial a ser exercida pelo Defensor Público a crianças e adolescentes, inclusive, nos casos de acolhimento institucional ou familiar, nos moldes do disposto nos artigos 142 parágrafo único e 148 parágrafo único, “F” do Estatuto da Criança e do Adolescente c/c art. 9 inciso I do CPC, garantindo acesso aos autos respectivos.

# POR QUÊ LER ENRICO FERRI: PARA UMA CRÍTICA DO TECNICISMO JURÍDICO-PENAL

André Ribeiro Giamberardino<sup>1</sup>

**Resumo:** Ressalta-se a importância da leitura da obra de Enrico Ferri para a compreensão dos atuais paradoxos circundantes à pena privativa de liberdade e ao direito de execução penal brasileiro, especialmente por fornecer elementos para a crítica do tecnicismo jurídico-penal que pautou a elaboração do Código Penal de 1940.

**Abstract:** We emphasize the relevance of reading the work of Enrico Ferri to understand the paradoxes surrounding the current debates on punishment, imprisonment and brazilian criminal law, especially by providing elements for the critique of the technical-legal school of thought which drafted the elaboration of the Penal Code in 1940.

**Palavras-chave:** Escola positiva. Tecnicismo. Criminologia. Pena

## 1. Introdução

É comum se apresentar direito penal clássico e criminologia positivista como um conjunto de ideias contrapostas entre si e às quais se seguiu o movimento neopositivista do tecnicismo jurídico – a “terceira via”, privilegiando o primeiro, porém incorporando elementos da segunda. Pois bem: em uma frase, o ponto-chave da importância de Enrico Ferri reside na compreensão de sua crítica metodológica ao pretenso ecletismo do tecnicismo jurídico – e sua suposta neutralidade axiológica conveniente à emergência do regime fascista –, o que se vê dos seus diálogos constantes para com Arturo Rocco e dos movimentos legislativos entre a apresentação do Projeto de Código Penal do próprio Ferri, em 1921, e a consolidação do *Codice Rocco*, em 1931, uma década depois “importado” pelo Brasil.

Isso porque o discurso do tecnicismo-jurídico oculta ideologicamente um ponto de tensão fundamental entre duas lógicas efetivamente opostas, o qual se por um lado muito revela das funções reais e latentes da pena e de aspectos decisivos da execução das penas privativas de liberdade, por outro produz uma grande confusão e incompreensão em relação aos movimentos e tendências atuais que

---

1 Professor da UFPR e da Universidade Positivo, Doutorando pela UFPR e Mestre em Direito (UFPR) e Criminologia (Università degli Studi di Padova).

motivam alterações legislativas e posturas políticas frente à questão penitenciária.

Para além disso, Enrico Ferri foi um autor de elevada densidade teórica e uma personalidade de atividades políticas muito intensas<sup>2</sup>, não merecendo o desprezo acadêmico apenas por conta do estereótipo negativo ligado à Escola Positiva italiana, assim denominada por ele próprio. Há uma simplificação excessiva comum em sua compreensão e crítica, como já notado<sup>3</sup>, e que se estende também à figura de Cèsare Lombroso. Há sempre o risco, porém, de se julgar os autores com os olhos do presente, ignorando, por exemplo, que em seu específico contexto, especialmente na primeira metade de sua carreira, Enrico Ferri esteve politicamente em uma posição mais progressista do que os próprios penalistas do período, vindo inclusive a receber críticas que o classificavam como “defensor de bandidos”<sup>4</sup>.

Da mesma forma, a crítica da criminologia positivista não pode pressupor que seu objeto é um conjunto de saberes esgotados há um século, mas sim direcionar sua investigação constante à penetração, no direito penal e de execução penal, dos caracteres que tornam estes, de variadas formas, modalidades de um “direito de autor”. Assumir tal dado como premissa parece uma condição essencial à crítica consistente do populismo político-penal e também das mais sofisticadas tendências de reforma dos sistemas de penas e imputação de culpa segundo cálculos atuariais (nos EUA), ambas extremizando enfoques sobre o autor ou determinados grupos de risco. Há muitas propostas apresentadas hoje como novidade pelos setores mais conservadores da criminologia administrativa norte-americana, mas cujos delineamentos já haviam sido também anunciados por Ferri há mais de um século. Sem compreender, enfim, a “ideologia da defesa social” como comum ao classicismo e

---

2 Sobre sua vida e carreira, v. síntese em SELLIN, Thorsten. “Enrico Ferri”. MANNHEIM, Hermann (org.). *Pioneers in Criminology*. London: Stevens and Sons Limited, 1960, p. 277-300.

3 GARLAND, David. “The criminal and his science”. *British Journal of Criminology*, v. 25, n. 2, p. 110. Por vezes se aborda a “Escola Positiva” sem ultrapassar a mera menção a Ferri, como se vê até mesmo em obras de reconhecida qualidade, como, por exemplo, em HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología*, p. 48.

4 FERRI, Enrico. *La Scuola Criminale Positiva: conferenza nell'Università di Napoli*, p. 4 e ss.; observando que a Escola Positiva estaria recebendo as mesmas críticas enfrentadas por Beccaria, um século antes. Para Massimo Pavarini, deve-se reconhecer que o positivismo criminológico não deixou de ser expressão de uma inteligência burguesa progressista, sem deixar de ser expressão de seus interesses enquanto classe hegemônica.; cf. PAVARINI, Massimo. *Control y dominación*, p. 48.

aos positivistas<sup>5</sup>, o discurso do garantismo penal estará condenado a permanecer inoperante e em uma dimensão distante da práxis.

## 2. Sobre a Figura de Enrico Ferri (1856-1929)

Sujeito de seu tempo, Ferri foi advogado e professor de direito penal, tendo fundado a revista “*La Scuola Positiva*” em 1892, portavoz da Escola Positiva italiana. Nascido e crescido no Sul da Itália em período de conflitos e grande tensão política e social, foi defensor fervoroso da causa socialista e dos camponeses de sua região, neste ponto contrapondo-se diretamente, em termos de experiência cultural, à formação daquele que viria a ser seu orientador, Cèsare Lombroso, em um momento posterior.

O forte componente positivista de sua formação é apontado como consequência de um período de estudos em Paris, quando se debruçou por anos sobre as estatísticas criminais apresentadas, e segundo ele ainda pouco aprofundadas, por Quetelet e Guerry<sup>6</sup>, apontados por muitos como os primeiros a trabalhar com o objeto ‘criminalidade’ com o método positivista<sup>7</sup>. Quando voltou à Itália e foi diretamente procurar Lombroso, em Turim, Ferri já havia em boa parte formulado a sua teoria *multifatorial* das causas da criminalidade.

A partir de um peculiar conjunto de fundamentos teóricos, conjugando marxismo e evolucionismo, Ferri declara ter o objetivo de provar que Marx *completa* as obras de Darwin e Spencer e a revolução produzida, na ciência, pelo método experimental<sup>8</sup>. O socialismo seria justamente o estágio último da evolução do ser humano. Diante do argumento de que o princípio da *seleção natural*, em Darwin, seria incompatível com o marxismo por legitimar a “vitória dos melhores ou mais adaptados”, sacralizando e naturalizando a desigualdade<sup>9</sup>, Ferri respondia que o socialismo não aspira à igualdade entre todos os homens, mas ao contrário, reconhece-os como desiguais – para o socialismo, “os homens são desiguais, mas são homens”<sup>10</sup>.

---

5 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p. 41 e ss.

6 SELLIN, Thorsten. “Enrico Ferri”. MANNHEIM, Hermann (org.). *Pioneers in Criminology*, p. 281.

7 PAVARINI, Massimo. *Control y dominación*, p. 47.

8 FERRI, Enrico. *Socialismo e scienza positiva (Darwin, Spencer, Marx)*, p. 155 e ss.

9 FERRI, Enrico. *Socialismo e scienza positiva (Darwin, Spencer, Marx)*, p. 18-20.

10 FERRI, Enrico. *Socialismo e scienza positiva (Darwin, Spencer, Marx)*, p. 22. Não se pode deixar de anotar que, na mesma página, no rodapé, Ferri afirma ser

A criminologia positivista, como se sabe, nasce enquanto “resposta científica” para muito além de onde o discurso do direito penal, cheio de categorias metafísicas e tomando o delito como ente jurídico, abstrato, seria capaz de chegar. A extensa obra de 1881 – *Sociologia Criminale* – é o texto de Ferri mais conhecido e importante, contemplando hipóteses teóricas de explicação da ação criminal e sugerindo critérios de diferenciação na resposta sancionatória, além de analisar dispositivos legais e propor reformas. Pode-se dizer, por isso, que há na obra uma criminologia *teórica* e outra *aplicada*<sup>11</sup>.

A *sociologia criminal* ou *criminologia teórica* de Ferri, por ponto de partida, nega o livre arbítrio e explica o crime como determinado por uma série de fatores criminógenos – *teoria multifatorial* – os quais, combinados entre si, propiciariam a *classificação* dos delinquentes. Segundo Ferri, não levar em conta a personalidade dos envolvidos é algo possível no direito civil, comercial, etc, mas não no direito penal. Este, por sua vez, seria uma parte da sociologia criminal, que necessita compreender o crime como fenômeno social, e não apenas jurídico. Vale observar como Ferri busca vincular a legitimação da teoria a um fundamento democrático, apartando o sentimento popular do saber jurídico:

Quando em um momento, sob a mínima consciência coletiva, chega a notícia, por exemplo, do cometimento de um delito, manifestam-se em tal consciência coletiva duas correntes. Uma pequena e restrita corrente de técnicos, magistrados, advogados, professores de direito penal, os quais observam o fato do ponto de vista técnico, se é um delito consumado, se é um delito tentado, se é um assassinato ou um homicídio simples ou preterdoloso e assim por diante. E uma grande corrente (...) que se pergunta algo mais, que vai além desta árida tecnicidade jurídica, e se pergunta como é que aquele ser humano pôde chegar ao ponto de cometer aquele delito; por quais fatores seus pessoais, de seu ambiente familiar, de seu ambiente social (...).

---

“incontestável” a inferioridade do gênero feminino em relação ao masculino: “non è più possibile negare nella donna in confronto all’uomo una inferiorità fisiologica e psichica, alla quale io ho dato una spiegazione darwiniana, accettata poi completamente dal Lombroso, rilevando come tutti i caratteri fisio-psichici della donna siano risultante della sua grande funzione biologica della maternità. Un essere che ne procrea un altro (...) non può conservare per sè altrettanta forza quanto l’uomo (...)”.

11 GASSIN, Raymond. *Criminologie*, p. 129.

O delito é sempre a ação de um homem, e é a expressão catastrófica de uma personalidade<sup>12</sup>.

Questionando-se porque dentre indivíduos submetidos às mesmas condições de vida apenas alguns cometiam delitos, Ferri buscou estabelecer critérios para uma responsabilidade *social*, e não apenas *legal*. Para tanto seria preciso investigar as causas de tais comportamentos, procedendo-se à classificação de seus fatores supostamente *determinantes* em *antropológicos*, *físicos* e *sociais*. Combinando-os e de acordo com a predominância de um ou outro, estabeleceu o que ainda hoje se denomina *classificação* de delinquentes (vide artigos 5º a 9º da Lei de Execuções Penais brasileira e o próprio princípio constitucional da individualização da pena, cf. o art. 5º, XLVI, da CR), em cinco categorias, extraíndo, para cada uma, uma *medida de defesa social* correspondente e tida como a mais adequada.

Seriam eles os delinquentes (a) *natos*, (b) *alienados* (portadores de grave doença mental), (c) *habituais*, (d) *de ocasião* ou (e) *passionais*<sup>13</sup>. Vale observar que a influência de Lombroso é nítida na manutenção da categoria de “delinquentes natos”, sujeitos com o comportamento determinado ao cometimento do crimes, admitindo Ferri, porém, a possibilidade de um meio social favorável evitar os delitos. Os “habituais” seriam os sujeitos que teriam, em virtude de circunstâncias sociais desfavoráveis, *adquirido* uma propensão ao crime. Para esses e também para os “alienados”, Ferri defende uma sanção de mera *neutralização*, descrendo de possibilidades de “readaptação”, antecipando, especialmente no que tange à categoria de “delinquentes habituais”, grande parte do debate que atualmente se trava na era pós-correcionalismo penal.

---

12 FERRI, Enrico. “La visione positivista della giustizia penale: il principio della responsabilità legale”. *La Scuola Positiva*, vol. IV, Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1924, p. 289: “Quando in un momento, alla soglia della coscienza collettiva, giunge la notizia, per esempio, di un delitto efferato, si manifestano in questa coscienza collettiva due correnti. Una piccola ristretta corrente di uomini tecnici, magistrati, avvocati, professori di diritto penale, i quali guardano il fatto di cui hanno notizia dal loro punto de vista tecnico, se è delitto consumato, se è delitto tentato, se è un assassinio o un omicidio semplice o preterintenzionale e via dicendo. Ed una grande corrente (...) che si domanda qualche cosa di più, che va al di là di questa arida tecnicità giuridica, e si domanda come mai quella creatura umana ha potuto arrivare al punto di commettere quel delitto; per quali precedenti suoi personali, di ambiente familiare, di ambiente sociale (...). Il delitto è sempre l’azione di un uomo, ed è l’espressione catastrofica di una personalità”.

13 FERRI, Enrico. *Sociologia criminale*, p. 259 e ss.

Ferri defendia medidas de *emenda* ou *ressocialização* para os “passionais” (na forma de mera reparação dos danos) e para os “delinquentes de ocasião”, os quais teriam cometido atos delitivos apenas por conta da conjugação de determinadas condições sociais desfavoráveis. Nesse ponto é que o autor baseia seus famosos “discursos de defesa” em prol dos camponeses e do proletariado do sul da Itália, de certa forma antecipando, segundo Melossi, a noção mertoniana de *inovação*<sup>14</sup> e o próprio discurso da prevenção social colocado fora do direito penal:

Residindo a gênese do crime não apenas no indivíduo delincente mas também, e em grande medida, no ambiente físico e social que o circunda, a mera correção do indivíduo não basta para impedir sua reincidência, se antes não se corrige o próprio ambiente externo, sobretudo aquele de ordem social<sup>15</sup>.

Em outra passagem, Ferri explicita, com contundência, sua contrariedade à utilização da repressão penal como meio de prevenção:

Já eu penso que o código penal seja, entre as manifestações da soberania do Estado em tempos de paz, aquela mais visível e terrível, mas não a mais eficaz e fecunda. Acredito que o código civil e o código comercial sejam socialmente mais importantes. É necessário o código penal para a defesa extrema da ordem e da disciplina social, quando os outros remédios aplicados, ou não aplicados, não tenham sido suficientes para impedir o delito; mas é certo que o problema político-social da criminalidade tem horizontes diversos e mais amplos<sup>16</sup>.

---

14 MELOSSI, Dario. *Stato, controllo sociale, devianza*, p. 69.

15 FERRI, Enrico. *Sociologia criminale*, p. 4: “risiedendo la genesi del reato non soltanto nell’individuo delinquente, ma anche, e per molta parte, nell’ambiente fisico e sociale che lo circonda, la sola emenda dell’individuo non basta ad impedirgli le ricadute, se prima non si corregge lo stesso ambiente esterno, soprattutto nell’ordinamento sociale”.

16 FERRI, Enrico. “La prevenzione della criminalità”. *La Scuola Positiva*, vol. VI, 1926, p. 102: “Penso, invece, che il codice penale sia, fra le manifestazioni della sovranità di Stato in tempo di pace, la più vistosa e terribile; ma non la più efficace e feconda. Credo che il codice civile e il codice commerciale siano socialmente più importanti. È necessario il codice penale per la estrema difesa dell’ordine e della disciplina sociale, quando gli altri rimedi applicati, o non applicati, non furono

Vê-se pois, que Ferri foge a algumas descrições estereotipadas de seu pensamento, não obstante jamais saia da dimensão de uma criminologia etiológica. Outra contribuição decisiva para a posteridade, por fim, foi sua defesa dos substitutivos penais, especialmente para aqueles considerados, em sua classificação, como “delinquentes de ocasião”, propostas sempre acompanhadas de uma forte crítica à crença do legislador no potencial intimidatório da pena<sup>17</sup>. No mesmo sentido, a defesa da utilização da colônia penal agrícola se colocou, em seus textos, vinculada à luta ferrenha contra o isolamento celular diurno.

### 3. A Crítica do Ecletismo

Não se compreende, enfim, o sentido do direito penal “orientado ao tratamento” e o próprio princípio da individualização da pena – decorrência de sua concepção etiológica multifatorial – sem Enrico Ferri<sup>18</sup>. A questão passa a ser, pois, em que medida tais ideias tiveram ou não espaço efetivo na configuração do direito penal e de execução penal contemporâneos.

Falecido em abril de 1929, Ferri deixou um último texto, publicado na revista *La Scuola Positiva* por ele mesmo fundada, no qual constata que o projeto de Código Penal então em discussão restava por consagrar, seguindo o que insistira nas décadas anteriores, o “homem delincente” como protagonista, não apenas em relação às medidas de segurança mas também para o trato das penas<sup>19</sup>. Ele não poderia ter mais razão: o Código Penal italiano – conhecido como *Codice Rocco* – editado dois anos depois, não obstante revestido da retórica neoclássica do tecnicismo jurídico (*Terza Scuola*), apresentou-se cheio de espaços de valorização sobre o autor que consistem, por sua vez, nas características mais contundentes e atuais do direito penal e especialmente de execução penal.

Com Carrara e os mais ilustres representantes da escola clássica – em sua perspectiva *filosófica-jurídica* – sintetiza-se e esplendidamente se encerra a gloriosa trajetória científica iniciada por Beccaria (...). aos novos seguidores dessa ciência não restaria,

---

sufficienti ad impedire il delitto; ma è certo però che il problema politico-sociale della criminalità ha orizzonti diversi e più ampi”.

17 FERRI, Enrico. *Sociologia criminale*, p. 421 e ss.

18 MELOSSI, Dario. *Stato, controllo sociale, devianza*, p. 70-1.

19 FERRI, Enrico. “Il metodo nel diritto criminale”. *La Scuola Positiva*, vol. VIII, 1928, p. 115.

como notava o próprio Carrara, senão uma tarefa tanto modesta quanto estéril: aquela de comentar os tratados clássicos, perdendo, como muitos fazem, todo o tempo na discussão vazia sobre fórmulas escolásticas ou na infecunda rinação das tradicionais teorias refloreadas somente com a imitação das abstrações e obscuridades de muitos dos penalistas alemães<sup>20</sup>.

Para ele, tanto os seguidores de Beccaria como os de John Howard e seu movimento de crítica aos estabelecimentos carcerários, depois denominado *escola penitenciária*, seriam expressões de “missões cumpridas” e carentes de um novo referencial teórico, qual seja, o método positivo-experimental e a aproximação do direito a conhecimentos da antropologia, estatística, psicologia e sociologia criminais<sup>21</sup>.

A perspectiva sancionatória de Ferri ganha toda uma outra feição perante as novas premissas da Escola Positiva. Perde importância o princípio retributivo enquanto proporcionalidade entre pena e mal cometido; não havendo livre arbítrio, a responsabilidade pelo crime é *social* e não *moral*; e o fundamento teórico é a *periculosidade*, e não a *culpabilidade*, na medida em que importa mais o autor e menos o delito. A pena *limitada* pelo princípio retributivo proporcional tem,

---

20 FERRI, Enrico. *Sociologia criminale*, p. 5-6: “Col Carrara e coi più illustri rappresentanti della scuola classica – nel suo indirizzo *filosofico-giuridico* – si riassume e splendidamente si chiude il glorioso cielo scientifico iniziato dal Beccaria (...). ai nuovi cultori di questa scienza non resterebbe, come notava lo stesso Carrara, che un compito altrettanto modesto quanto sterile: il compito cioè di commentare i classici trattati, perdendo, come per molti fanno, il tempo migliore nella vuota discussione delle formule scolastiche o nella infeconda ruminazione delle tradizionali teorie rinverniate soltanto colla imitazione delle astrazioni ed astruserie di molti dei criminalisti germanici”. Vale v. também a Prolusão de Ferri à Universidade de Pisa em janeiro de 1890, denominada exatamente “Da Cesare Beccaria a Francesco Carrara”, publicada em *Studi sulla criminalità*, Torino: Utet, 1926.

21 FERRI, Enrico. *Sociologia criminale*, p. 5-6: “Col Carrara e coi più illustri rappresentanti della scuola classica – nel suo indirizzo *filosofico-giuridico* – si riassume e splendidamente si chiude il glorioso cielo scientifico iniziato dal Beccaria (...). ai nuovi cultori di questa scienza non resterebbe, come notava lo stesso Carrara, che un compito altrettanto modesto quanto sterile: il compito cioè di commentare i classici trattati, perdendo, come per molti fanno, il tempo migliore nella vuota discussione delle formule scolastiche o nella infeconda ruminazione delle tradizionali teorie rinverniate soltanto colla imitazione delle astrazioni ed astruserie di molti dei criminalisti germanici”. Vale v. também a Prolusão de Ferri à Universidade de Pisa em janeiro de 1890, denominada exatamente “Da Cesare Beccaria a Francesco Carrara”, publicada em *Studi sulla criminalità*, Torino: Utet, 1926.

sob tal perspectiva, cada vez menos sentido, o que leva à sua crescente indeterminação.

Por conta disso, Ferri propõe a substituição do binômio *culpabilidade-pena* por *periculosidade-medidas de defesa social*, as quais poderiam ser, por sua vez, *preventivas e/ou repressivas*. Ponto alto da promoção de tais ideais foi a proposição em 1921, por Ferri, de um Projeto de uma nova parte geral para o Código Penal italiano<sup>22</sup> integralmente construído em torno ao conceito de *periculosidade*, em detrimento da culpabilidade, propondo, ao invés de penas, a aplicação de *medidas de defesa social* reguladas pela valoração da periculosidade, e não de acordo com a gravidade do fato ou do dano produzido (este seria apenas um indício de periculosidade).

Como se sabe, o projeto não foi aprovado e o novo Código Penal, de 1931, foi todo elaborado sob a égide do movimento do *tecnicismo jurídico*, liderado por Arturo Rocco, o qual propunha um juspositivismo renovado, com sentido estatualista e se opondo – ao menos retoricamente – às tendências da Escola Positiva<sup>23</sup>. Entretanto, basta comparar os Códigos Penais italianos de 1889 e 1931 para se constatar, com clareza, a fortíssima influência das propostas de Ferri no texto legal, assim penetrando, por consequência, no âmago do próprio direito penal clássico e o subvertendo por dentro.

Não há melhor exemplo disto que a introdução do sistema do *doppio binario* – ou *dualista cumulativo* – no novo diploma legal, permitindo a aplicação simultânea de *penas e medidas de segurança*, de acordo respectivamente com a culpabilidade e a periculosidade. Tal sistema, ao invés de demarcar espaços distintos para culpabilidade e periculosidade e, respectivamente, para as penas e medidas de segurança, confunde-os profundamente e explicita a sua similitude substancial.

A solução, reproduzida pelo Código Penal brasileiro em 1940, foi apresentada ideologicamente por Arturo Rocco como uma espécie de compromisso entre Escola clássica e Escola positiva: as penas seriam cominadas porque “justas”, sendo reservadas ao delinquente responsável (culpável), na forma de expiação pelo ato cometido; as medidas de segurança, de natureza pessoal, seriam impostas porque “úteis” segundo finalidades de prevenção especial (seja de neutralização ou de

---

22 FERRI, Enrico. “Progetto preliminare di Codice Penale italiano”. *La Scuola Positiva*, vol. 1, Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1921, p. 1-156.

23 ROCCO, Arturo. “Il problema e il metodo della scienza del diritto penale”. *Opere Giuridiche*, vol. 3. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1933, p. 263-323.

ressocialização) daqueles considerados não culpáveis, mas perigosos.

Entretanto, a manutenção de uma “pureza retributiva” da pena, tão cara ao direito penal clássico, deu-se de maneira apenas aparente: a possibilidade de aplicação, a um mesmo sujeito, de uma pena e uma medida de segurança, indica uma hibridização originária e de forma especialmente clara na execução da pena: há identidade tanto entre os pressupostos aplicativos de ambas, como na idêntica afluência verificada nos fatos.

No Brasil, o tecnicismo jurídico chegou ao Código Penal de 1940 – inteiramente baseado no *Codice Rocco* de 1931 – pelas mãos de Nelson Hungria, quem endossou o sistema do *doppio binario*: em suas palavras, com efeito, “a pena só é aplicada aos *responsáveis*, sejam ou não *perigosos*; a medida de segurança somente se impõe aos perigosos, sejam ou não responsáveis<sup>24</sup>”. Apenas em 1984, com a Lei 7.209, é que se passou a adotar, no Brasil, o critério alternativo entre penas e medidas de segurança, hoje denominado sistema vicariante.

A perplexidade diante da hibridização entre penas e medidas de segurança acaba restando, porém, como reação exclusiva dos penalistas neoclássicos, na medida em que Ferri desde o início apontara como impossível a sua separação<sup>25</sup> – também Franz Von Liszt afirmara que a distinção não poderia ser mais que meramente formal. Opiniões bem distintas daquela de Nelson Hungria, por exemplo, para quem “*é de notar-se, entretanto, que a pena, ainda em relação à sua medida no caso concreto, nada tem a ver com a periculosidade. (...) Esta, repita-se, não interfere com a pena, nem mesmo para sua fixação in concreto*<sup>26</sup>”.

Não obstante, a prevalência da valoração do autor pode ser aferida pelos próprios espaços de discricionariedade intensamente presentes nos “requisitos subjetivos”, sempre elaborados de maneira “condicional”, de todos os institutos que caracterizam a *individualização executória* da pena privativa de liberdade. Antes ainda, afigura-se problemática a diferenciação entre pena e medida de segurança com base nos próprios critérios normativos que devem presidir sua aplicação. O art. 59 do Código Penal brasileiro, nesse sentido, ao elencar critérios para aplicação judicial da pena, inclui ao lado da “culpabilidade” a análise da

---

24 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, vol. III, p. 26.

25 FERRI, Enrico. “La visione positivista della giustizia penale: il principio della responsabilità legale”. *La Scuola Positiva*, vol. IV, Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1924, p. 302.

26 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, vol. III, p. 27.

“conduta social” e da “personalidade” do agente, categoria que parece estar estruturada em uma valoração prognóstica de não reincidência de ascendência positivista e que tem sido, não à toa, abandonada pelos magistrados por se reconhecer como infactível sua apreciação.

Ao mesmo tempo, a aplicação e a avaliação da cessação da medida de segurança se baseia no critério da periculosidade (art. 97, §1º, CP), pouco diferente, substancialmente, da análise da personalidade do sujeito com vistas ao seu comportamento futuro que se tem, por exemplo, na subordinação da concessão do livramento condicional “à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir” (art. 83, parágrafo único, CP).

É mais que convincente, portanto, a ideia segundo a qual se fez, com o regime dualista, uma verdadeira “troca de etiquetas”<sup>27</sup>. Nesse ponto a crítica de Ferri é fundamental: em suas palavras, o ecletismo ou é apriorístico como o direito penal clássico, e nesse caso é falso, ou funciona a *posteriori*, e nesse caso é inútil<sup>28</sup>, pois não passaria de “um momento transitório na evolução das leis penais” rumo à consagração definitiva do direito penal de autor proclamado pela criminologia positivista.

Antes de se posicionar politicamente em relação a *qual* direito penal se tem como compatível para com o Estado de Direito, enfim, parece imprescindível atentar ao rigor metodológico de Ferri e de cuja carência se alimenta boa parte do drama epistemológico atual vivido pelo saber penal em sentido amplo:

a maioria dos criminalistas menos antigos invoca um matrimônio de conveniência entre o velho direito penal e a jovem ciência positiva. Esquecem, porém, que a nova escola representa uma total inovação de método científico e que não há terceira via: ou se faz o silogismo sobre o crime, enquanto ente jurídico abstrato, ou se o estuda como fenômeno natural.<sup>29</sup>

---

27 PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da Pena e Execução Penal*, p. 177; e especialmente FORNARI, Luigi. “Misure di sicurezza e doppio binario in declino inarrestabile?”. *Rivista italiana di diritto penale e procedura penale*, 1993, p. 569 e ss.

28 FERRI, Enrico. *Sociologia criminale*, p. 32,

29 FERRI, Enrico. *Sociologia criminale*, p. 35: “i criminalisti meno anziani in gran parte invocano anzi un matrimonio di convenienza tra il vecchio diritto penale e la giovane scienza positiva. Essi dimenticano però che la nuova scuola rappresenta tutta

A “comprovação” da afirmação de Ferri viria com o gradual e veloz processo de sobreposição das valorações de autor sobre o “novo” direito penal – em suas palavras, “não em um golpe de mágica, mas por uma lenta e capilar infiltração”<sup>30</sup> – e mormente a assunção, durante os séculos XIX e XX, do princípio da individualização executória da pena e a crescente indeterminação desta no próprio âmago do discurso clássico.

Não há, efetivamente, uma “alternativa mista”, mas sim a construção de um discurso que se apresenta como “direito penal do fato” mas oculta, ideologicamente, caracteres predominantes de um “direito penal de autor”. Nos termos postos por Baratta, ambas concepções são moldadas, ao fundo, por “um modelo no qual ciência jurídica e concepção geral do homem e da sociedade estão estreitamente ligadas”<sup>31</sup>. Ignorá-lo e crer no ecletismo metodológico da disciplina equivale a admitir, conscientemente ou não, que o direito penal seja ensinado e discutido sob a base clássica nos círculos acadêmicos, enquanto opera cotidianamente segundo a lógica oposta. Eis o problema. Para que a opção por um direito penal efetivamente limitador do arbítrio, minimalista, seja concreta e efetiva, talvez seja preciso se debruçar sobre os espaços de valoração sobre o autor presentes na legislação e discutir abertamente a sua supressão.

#### 4. A Crítica Brasileira da Crítica do Ecletismo

A influência dos debates na Itália sobre o direito penal brasileiro é sensível e constatável pelo próprio fato de ter sido o *Codice Rocco* a base para elaboração do texto original do Código Penal de 1940, sob a liderança de Nelson Hungria. Segundo Hungria, repetindo Rocco, restava proclamado o lugar secundário e meramente auxiliar da criminologia perante um direito penal tomado sob enfoque estritamente técnico-positivo. Todavia, sabe-se que Ferri fez duas importantes viagens para a América do Sul em 1908 e 1910, e o que se narra da experiência é que “talvez em nenhuma outra parte tenham sido as suas ideias tão entusiasticamente aclamadas como nas repúblicas sul-americanas, muitas das quais tinham adoptado novos códigos penais de obediência aos princípios positivistas”<sup>32</sup>.

---

uma innovazione di metodo scientifico e che non c'è via di mezzo: o si sillogizza sul reato come ente giuridico astratto, o lo si studia come fenomeno naturale”.

30 FERRI, Enrico. *Sociologia criminale*, p. 44.

31 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p. 41.

32 MANNHEIM, Hermann. *Criminologia Comparada*, p. 325.

O sistema progressivo de execução da pena – expressão máxima do direito penal orientado ao tratamento – concretizou-se no Brasil a partir de adaptação do sistema irlandês de Walter Crofton, apenas no curso do século XIX e em meio à abolição do sistema escravista e proclamação da República. Não obstante tenha o Código Criminal do Império, de 1832, já previsto a pena de prisão, esta se consolida como modalidade hegemônica de punição apenas na segunda metade do século XIX, justamente o período de emergência e apogeu da Escola Positiva italiana.

A racionalização do princípio da “domesticação” através de mecanismos premiais acabou obtendo grande apoio internacional, pois se acreditou poder reduzir a indisciplina carcerária ao mesmo tempo em que se investiria na humanização da punição. Todavia, bem demonstrou Foucault, em brilhante e precisa crítica, os mecanismos de exercício do poder disciplinar que, em uma esfera não regulada pelo direito, consubstancia a execução da nova pena de prisão<sup>33</sup>. A ambiguidade e a inevitável tensão entre escopo educativo e necessidades disciplinares assinalam um dos aspectos de um profundo paradoxo que remete, ainda e sempre, à absoluta incapacidade da pena privativa de liberdade em cumprir qualquer finalidade oficial a que historicamente se propôs. Com efeito, a prisão existe e funciona, em seu dia-a-dia, somente para garantir a sustentabilidade da própria prisão: “para ela não virar”, e basta<sup>34</sup>. Nada além.

Não é à toa, assim, que haja uma enorme distância entre o direito penal ensinado nas universidades e aquele “direito” penal da prisão, exercido e vivido cotidianamente dentro do cárcere. Faz-se essencial identificar quais são os dispositivos e espaços abertos no texto da legislação penal que permitem a hegemonização de escopos disciplinares por sobre, até mesmo, princípios e diretrizes constitucionais e presentes em tratados internacionais de direitos humanos. Trata-se, enfim, de adaptar e contextualizar, por seu rigor metodológico, a crítica ferriana que Ferri faz do tecnicismo jurídico, mas, ao invés de se o fazer em defesa da opção pelo positivismo criminológico, buscar a construção real e efetiva de um direito penal do fato e que seja mínimo, fragmentário e subsidiário.

Para tanto, é pressuposto que se desvele o discurso de ocultamento do tecnicismo jurídico, explicitando-se a origem positivista de vários e

---

33 Por todos, v. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 1987.

34 Foi a conclusão da obra referencial, fundada em pesquisa empírica, de Gresham Sykes em SYKES, Gresham. *The Society of Captives: a study of a maximum security prison*. Princeton: Princeton University Press, 1958.

decisivos dispositivos legais em vigor. Basta atentar ao papel central do conceito de reincidência e um breve olhar por sobre a LEP para se constatar a estruturação da ideia de tratamento ressocializante sob a tríade observação, diagnóstico e cura, desde a “classificação criminológica” (arts. 5º a 9º, LEP), na qual, segundo os antecedentes e a personalidade dos internados ou condenados, pretende-se valorar suas carências físicas e psíquicas e outras causas de desajustamento social.

Portanto, a “profecia” provocadora feita por Ferri, quando afirmou que a pretensão eclética do movimento do tecnicismo jurídico findaria com a vitória dos postulados positivistas, encontra-se realizada. O classicismo pouco alcança determinadas esferas e dimensões que compõem o real funcionamento da execução das penas. Hoje, no século XXI<sup>35</sup>, pode-se compreender o direito penal e a execução das penas como expressões – principalmente legislativa e jurisprudencial – de um direito de autor e orientado segundo critérios prevalentemente indutivos, por mais que se lute, no mundo do dever-ser, pelo contrário. Há continuidade, e não ruptura, entre as “escolas”, na medida em que a diferença entre elas se coloca menos no conteúdo e mais na “atitude metodológica geral”<sup>36</sup>.

Não se pode, por certo, conformar-se com as consequências políticas e sociais de tal constatação, traduzidas na práxis pelas múltiplas e perversas formas de *criminalização da pobreza* e utilização do aparato penal como poderosíssimo instrumento de consolidação e reprodução da desigualdade social. De todo modo, a luta em prol dos ideais do classicismo penal, especialmente se referido no *garantismo penal* de Luigi Ferrajoli, parece exigir que se tenha tais premissas como ponto de partida, sob pena de se operar ingenuamente com o manejo das palavras da lei e dos princípios constitucionais sem que esses possam ter, em absoluto, qualquer efetividade.

## 5. Considerações Finais

É evidente que a “defesa social” preconizada por Ferri assume, concretamente, caracteres que não condizem com sua própria condição

---

35 E também durante todo o processo histórico de consolidação da pena privativa de liberdade como modalidade hegemônica de punição no Brasil, cfr. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

36 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p. 43.

pessoal de defensor da causa camponesa e socialista. Trata-se de modelo explicativo da criminalidade cientificamente frágil, ahistórico e reducionista, tratando da questão criminal como um problema prevalentemente patológico-individual<sup>37</sup> e ainda muito distante da desconstrução operada pela *crítica sociológica* (e, ato contínuo, pela *criminologia crítica*) a partir da metade do século XX. Ademais, as consequências políticas dos postulados positivistas são inaceitáveis no Estado de Direito como, por todas, a *indeterminação* das penas ou medidas de defesa social e a assunção da premissa de que haveriam fatores antropológicos determinantes do comportamento criminoso. No Brasil, o conceito de “defesa social” corresponde ao genocídio dos que são representados socialmente como “perigosos”, invariavelmente membros das classes mais fragilizadas economicamente e historicamente identificadas com a cor parda e negra.

Por outro lado, há muito mais a se dizer e pensar a partir de sua obra. O reconhecimento da influência de suas propostas no âmago do próprio tecnicismo jurídico, assim como seu rigor metodológico e a crítica ao ecletismo daquele, são propulsores da constatação de que o direito penal e de execução penal contemporâneos funcionam muito mais da forma preconizada pelo positivismo do que pelo classicismo, não obstante se diga, em tom oficial, exatamente o contrário. E tal constatação é absolutamente necessária para a crítica e a transformação.

Por fim, não se pode deixar de notar o ceticismo de Ferri em relação à capacidade de transformação social do direito penal e a sua desmistificação da eficácia preventiva da repressão, a luta contra o isolamento celular total e a defesa dos substitutivos penais. Diante de tudo isso, impossível não se colocar (sempre criticamente) a questão sobre uma possível relação entre a finalidade de prevenção especial positiva – tipicamente positivista, tenha caráter prevalentemente individual ou social – e uma humanização mínima da pena privativa de liberdade, a qual parece perder força em concepções puramente retributivas. Basta ver que foi o princípio da individualização da pena – frequentemente objeto de crítica pelo garantismo penal – o fundamento decisivo para o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade do regime integralmente fechado para os condenados por crime hediondo<sup>38</sup>. Trata-se de uma questão em aberto.

O que se coloca como necessário, enfim, é a defesa dos postulados

---

37 PAVARINI, Massimo. *Control y dominación*, p. 46 e ss.

38 Referência ao julgamento, em 23 de fevereiro de 2006, do Habeas Corpus 82.959-7/SP, pelo STF.

teóricos do direito penal clássico que atua em *ultima ratio* e sobre o fato, e não o autor, porém conjugada com a manutenção de um escopo inclusivo para a pena: que se realiza apesar da prisão, e não com ela, nos termos exatos de uma nova concepção de “reintegração social” proposta por Baratta<sup>39</sup>.

Dessa forma, ter-se-á mais consistência e coerência para se defender alterações significativas como a supressão do conceito de reincidência<sup>40</sup> e dos inúmeros espaços de valoração prognóstica e subjetiva sobre o autor. Em suma: trata-se de, assumindo o rigor metodológico de Ferri e reconhecendo sua influência decisiva, negar seus próprios postulados.

## 6. Referências Bibliográficas

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

\_\_\_\_\_. “Resocialización o control social: por un concepto crítico de ‘reintegración social’ del condenado”. ARAUJO JR., João Marcello de (org.). *Sistema Penal para o 3º Milênio: atos do Colóquio Marc Ancel*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

FERRI, Enrico. *Il diritto di punire come funzione sociale*. Torino: Ermanno Loescher, 1882.

\_\_\_\_\_. “Il metodo nel diritto criminale”. *La Scuola Positiva*, vol. VIII, Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1928, p. 114-117.

\_\_\_\_\_. “La prevenzione della criminalità”. *La Scuola Positiva*, vol. VI, Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1926, p. 97-112.

\_\_\_\_\_. *La Scuola Criminale Positiva: conferenza nell’Università di Napoli*. Napoli: Libraio-Editore, 1885. Disponível em: <http://gallica.bnf.fr>.

---

39 BARATTA, Alessando. “Resocialización o control social: por un concepto crítico de ‘reintegración social’ del condenado”. ARAUJO JR., João Marcello de (org.). *Sistema Penal para o 3º Milênio: atos do Colóquio Marc Ancel*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

40 Valendo acompanhar a discussão sobre sua inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, no julgamento do REXT 591.563/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, e que teve a repercussão geral reconhecida em outubro de 2008.

\_\_\_\_\_. “La visione positivista della giustizia penale: il principio della responsabilità legale”. *La Scuola Positiva*, vol. IV, Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1924, p. 289-302.

\_\_\_\_\_. “Progetto preliminare di Codice Penale italiano”. *La Scuola Positiva*, vol. 1, Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1921, p. 1-156.

\_\_\_\_\_. *Socialismo e scienza positiva (Darwin, Spencer, Marx)*. Roma: Casa Editrice Italiana, 1894.

\_\_\_\_\_. *Sociologia criminale*. 5. ed. Vol. I. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1929 [1885].

FORNARI, Luigi. “Misure di sicurezza e doppio binario in declino inarrestabile?”. *Rivista italiana di diritto penale e procedura penale*, 1993, p. 569 e ss.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 1987.

GARLAND, David. “The criminal and his science”. *British Journal of Criminology*, vol. 25, n. 2, 1985, p. 109-137.

GASSIN, Raymond. *Criminologie*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1994.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001.

HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*, vol. III (arts. 75 a 101). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959 (1ª ed. 1948).

MANNHEIM, Hermann. *Criminologia Comparada*, vol. I. Trad. Manuel da Costa Andrade e J. Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984 [1965].

SELLIN, Thorsten. “Enrico Ferri”. MANNHEIM, Hermann (org.). *Pioneers in Criminology*. London: Stevens and Sons Limited, 1960, p. 277-300.

SYKES, Gresham. *The Society of Captives: a study of a maximum security prison*. Princeton: Princeton University Press, 1958.

MELOSSI, Dario. *Stato, controllo sociale, devianza*. Milano: Bruno Mondadori, 2002.

PAVARINI, Massimo. *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Trad. Ignacio Muñagorri. 6.ed. México: Siglo Veintiuno, 1998.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROCCO, Arturo. “Il problema e il metodo della scienza del diritto penale”. *Opere Giuridiche*, vol. 3. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1933, p. 263-323.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

# COMENTÁRIOS SOBRE O PLS 282 DE 2012 QUE VISA ALTERAR AS REGRAS SOBRE TUTELA COLETIVA NO CDC

Felippe Borring Rocha<sup>1</sup>

**Resumo:** Comentários sobre o Projeto de Lei do Senado nº 282/2012, que altera dispositivos relativos à tutela coletiva no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) e dá outras providências, contendo sugestões para supressão e alteração do texto.

**Abstract:** Comments on the Project of Senate Bill n ° 282/2012, which changes the rules regarding the class action in the Brazilian's Consumer Protection Code (Federal Act n ° 8.078/1990) and other provisions, containing suggestions for deletion and modification in the text.

## 1. O Objeto do Estudo

Trata-se do Projeto de Lei do Senado nº 282/2012, que altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), o § 5º do art. 5º e o art. 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública) e revoga o art. 93 do CDC e o art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, para aperfeiçoar a disciplina das ações coletivas.

Eis a íntegra do PLS n.º 282/2012:

*“PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 282, DE 2012*

*Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar a disciplina das ações coletivas.*

*O CONGRESSO NACIONAL decreta:*

*Art. 1º A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), passa a vigorar com as seguintes alterações:*

*“Art. 81. ....*

---

<sup>1</sup> Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Mestre e Doutorando em Direito. Professor de cursos de pós-graduação e cursos preparatórios para concursos públicos.

§ 1º A ação coletiva, que caberá para a proteção de interesses ou direitos de qualquer natureza, indicados nos incisos deste parágrafo, será exercida quando se tratar de:.....

*III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos aqueles decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tratamento conjunto pela utilidade coletiva da tutela.*

§ 2º *A tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos presume-se de relevância social e jurídica.*

§ 3º *As ações coletivas terão prioridade de processamento e julgamento, excetuadas a ação popular e as de alimentos.*

§ 4º *A constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderá ser arguida incidentalmente, como questão prejudicial, pela via do controle difuso.*

§ 5º *As pretensões de direito material prescrevem, se for o caso, no prazo estabelecido por este Código ou pela lei, observado aquele que for mais favorável a seu titular. (NR)”*

*“Art. 81-A. É absolutamente competente para a causa o foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano ou o ilícito, aplicando-se as regras da prevenção.*

§ 1º *Será competente o foro:*

*I – da capital do Estado, se o dano ou o ilícito atingir o seu território;*

*II – do Distrito Federal, se o dano ou o ilícito atingir o seu território, concorrentemente com os foros das capitais atingidas.*

§ 2º *Nos casos de competência da Justiça estadual, quando a extensão do dano atingir diversas comarcas, a competência será da entrância mais elevada.*

§ 3º *A extensão do dano ou do ilícito a ser considerada na fixação da competência será a indicada na inicial.*

§ 4º *A competência territorial do órgão prolator ou o domicílio dos interessados não restringirão a coisa julgada de âmbito nacional ou regional.*

§ 5º *Havendo, no foro competente, juízos especializados em razão da matéria e juízos especializados em ações coletivas, aqueles prevalecerão sobre estes.*

§ 6º *As regras de prevenção não se aplicam a outros legitimados quando os entes públicos já tiverem iniciado inquérito ou investigação a respeito dos fatos objeto da ação.”*

“Art. 82. *Para os fins do art. 81, § 1º, são legitimados concorrentemente:*

.....

*V - a Defensoria Pública.*

..... (NR)”

.....

“Art. 87.....

§ 1º.....

§ 2º *Em caso de procedência da demanda coletiva, os honorários advocatícios devidos às associações, quando o trabalho profissional tiver sido complexo:*

*I – serão fixados em porcentagem não inferior a vinte por cento, calculada sobre o valor da condenação;*

*II – serão arbitrados pelo juiz, na impossibilidade de aplicação do disposto no inciso I, observados os critérios de proporcionalidade e razoabilidade.*

§ 3º *Na hipótese de relevante interesse público, direta ou indiretamente satisfeito pela demanda movida*

pela associação, o juiz, sem prejuízo da verba da sucumbência, poderá fixar compensação financeira, suportada pelo réu, observados os critérios de proporcionalidade e razoabilidade. (NR)”

.....

“CAPÍTULO I–A

DO PROCEDIMENTO DA AÇÃO COLETIVA”

Seção I

Disposições Gerais

“Art. 90-A. A ação coletiva, na fase de conhecimento, seguirá o rito ordinário estabelecido no Código de Processo Civil, obedecidas as modificações previstas neste Código.

§ 1º O juiz poderá:

I - dilatar os prazos processuais;

II - alterar a ordem da produção dos meios de prova, até o momento da prolação da sentença, adequando-os às especificidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico coletivo, sem prejuízo do contraditório e do direito de defesa.

§ 2º Se a ação for proposta por ente público, a inicial deverá ser instruída com comprovante de consulta ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos sobre ação coletiva que verse sobre o mesmo bem jurídico, cabendo ao juiz realizar a consulta, quando se tratar de associação.

§ 3º O interessado poderá solicitar e o Ministério Público requisitar, de qualquer pessoa, física ou jurídica, indicando a finalidade, as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de quinze dias, para instruir a inicial.

§ 4º *Caso seja inestimável ou de difícil mensuração, o valor da causa será indicado pelo autor, segundo critério de razoabilidade, com a fixação em definitivo pelo juiz na sentença.*

§ 5º *A citação válida nas ações coletivas interrompe o prazo de decadência ou prescrição das pretensões individuais e coletivas, direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia, retroagindo a interrupção desde a distribuição até o final do processo coletivo, ainda que haja extinção do processo sem resolução do mérito. ”*

## *Seção II*

### *Da Conciliação*

*“Art. 90-B. O juiz, apreciado eventual requerimento de medida de urgência, designará audiência de conciliação, no prazo máximo de quinze dias, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir, aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de Processo Civil.*

§ 1º *A audiência de conciliação será conduzida por mediador ou conciliador judicial, onde houver, nos termos da legislação em vigor.*

§ 2º *O não comparecimento injustificado do réu ou de seu procurador, com plenos poderes para transigir, é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento do valor da causa ou da vantagem econômica objetivada, revertida em favor dos Fundos, nacional, distrital ou estaduais, de Direitos Difusos.*

§ 3º *O não comparecimento injustificado do autor acarretará a assunção da causa pelo Ministério Público, salvo recusa fundamentada.*

§ 4º *Caso o membro do Ministério Público recuse a assunção da causa, o juiz, não aceitando os fundamentos da recusa, adiará a audiência de conciliação e informará o órgão superior competente*

*da instituição para que, querendo, designe outro integrante.*

*§ 5º As partes poderão transigir sobre o modo, prazo e lugar de cumprimento da obrigação relativa a direitos difusos ou coletivos, desde que haja concordância do Ministério Público, devendo a transação ser homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial.*

*§ 6º No caso de interesses ou direitos individuais homogêneos, as partes poderão transacionar, após a oitiva do Ministério Público, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de não concordar com a transação, podendo nesse caso propor ação individual.*

*§ 7º O juiz ou o relator poderá tentar a conciliação em qualquer tempo e grau de jurisdição.”*

### *Seção III*

#### *Da Tramitação do Processo*

##### *Subseção I*

#### *Da Resposta do Réu e da Audiência Ordinatória*

*“Art. 90-C. O juiz fixará o prazo para a resposta nas ações coletivas, que não poderá ser inferior a vinte ou superior a sessenta dias, atendendo à complexidade da causa ou ao número de litigantes, contados a partir da data da realização da audiência de conciliação ou da última sessão do procedimento conciliatório.*

*Parágrafo único. Ao prazo previsto no caput não se aplicam outros benefícios para responder estabelecidos no Código de Processo Civil ou em leis especiais.”*

*“Art. 90-D. Não obtida a conciliação e apresentada a defesa pelo réu, o juiz designará audiência ordinatória, tomando fundamentadamente as seguintes decisões, assegurado o contraditório:*

*I - decidirá se o processo tem condições de prosseguir na forma coletiva;*

*II - poderá cindir os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas respectivamente à tutela separada dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, desde que preservado o acesso à Justiça dos sujeitos vulneráveis, assegurada a proteção efetiva ao interesse social e facilitada a condução do processo;*

*III - decidirá a respeito do litisconsórcio e da assistência;*

*IV - poderá encaminhar o caso, com a concordância das partes, para avaliação neutra de terceiro, designado pelo juiz, de confiança delas;*

*V - fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas;*

*VI - esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova e sobre a possibilidade de sua inversão, em favor do sujeito vulnerável, podendo, desde logo ou no julgamento da causa, invertê-lo, sem prejuízo do disposto no art. 6º, VIII, atribuindo-o à parte que, em razão de deter conhecimentos técnicos ou científicos ou informações específicas sobre os fatos da causa, tiver maior facilidade em sua demonstração;*

*VII - poderá determinar de ofício a produção de provas.*

*§ 1º A avaliação neutra de terceiro, obtida no prazo fixado pelo juiz, será entregue pelo avaliador diretamente às partes, extra-autos, confidencialmente, não podendo chegar ao conhecimento do juiz.*

*§ 2º A avaliação neutra de terceiro não é vinculante para as partes e tem a finalidade exclusiva de orientá-las na composição amigável do conflito.*

*§ 3º Aplica-se aos processos individuais o disposto no*

*inciso VI deste artigo.”*

### *Subseção II*

#### *Do Julgamento Antecipado da Lide*

*“Art. 90-E. A lide será julgada imediatamente, se não houver necessidade de audiência de instrução e julgamento ou de perícia, de acordo com a natureza do pedido e as provas documentais apresentadas pelas partes ou requisitadas pelo juiz, observado o contraditório, simultâneo ou sucessivo.”*

### *Subseção III*

#### *Da Prova Pericial*

*“Art. 90-F. O juiz nomeará perito, preferencialmente entre servidores públicos especializados na matéria, se for necessária a realização de prova técnica, requerida pelo legitimado ou determinada de ofício.*

*§ 1º Competirá ao Poder Público, de preferência com recursos dos Fundos, nacional, estaduais, municipais ou do Distrito Federal de Direitos Difusos, após a devida requisição judicial, adiantar a remuneração do perito devida pela associação autora, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública, podendo o perito optar por receber os honorários integralmente ao final.*

*§ 2º Ao final da demanda, o vencido, excluídos o Ministério Público, a Defensoria Pública e as associações, restituirá ao Poder Público a importância adiantada a título de antecipação de honorários periciais, que o juiz determinará em decisão mandamental.”*

### *Subseção IV*

#### *Da Sentença e do Recurso*

*“Art. 90-G. Na ação reparatória referente a interesses e direitos difusos e coletivos, a condenação,*

*independentemente de pedido do autor, consistirá:*

*I - na prestação de obrigações destinadas à reconstituição específica do bem e à mitigação dos danos;*

*II – em medidas para minimizar a lesão ou evitar que se repita; e*

*III - na indenização pelos danos, patrimoniais e morais.”*

*“Art. 90-H. O recurso interposto na ação coletiva será recebido no efeito meramente devolutivo, salvo quando da decisão puder resultar lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz, a requerimento do interessado, ponderando os interesses ou bens jurídicos coletivos em questão, inclusive o periculum in mora reverso, poderá atribuir-lhe o efeito suspensivo.”*

*Subseção V*

*Do Cumprimento da Sentença*

*“Art. 90-I. O juiz poderá nomear pessoa qualificada, física ou jurídica, que atuará por sub-rogação, para fiscalizar e implementar atos de liquidação e cumprimento da sentença coletiva, atendendo às diretrizes por ele estabelecidas.”*

*Subseção VI*

*Da Audiência Pública e do “Amicus Curiae”*

*“Art. 90-J. O juiz ou tribunal, em qualquer instância, poderá submeter a questão objeto da ação coletiva a audiências públicas, ouvindo especialistas e membros da sociedade, de modo a garantir a adequada cognição judicial, em qualquer tempo e grau de jurisdição.*

*Parágrafo único. O juiz ou tribunal poderá admitir a intervenção, escrita ou oral, de amicus curiae.”*

.....  
“Art. 95-A. Na sentença condenatória à reparação pelos danos individualmente sofridos, sempre que possível, o juiz fixará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo ou um valor mínimo para a reparação do dano.

§ 1º Quando os valores dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo forem uniformes, prevalentemente uniformes ou puderem ser reduzidos a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará esses valores, ou a fórmula de cálculo da indenização individual.

§ 2º Quando a determinação do valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo depender de informações em poder do réu, este deverá prestá-las, no prazo fixado pelo juiz, sob pena de multa diária e outras medidas indutivas, coercitivas e subrogatórias.

§ 3º Aplica-se aos interesses ou direitos individuais homogêneos o disposto no art. 90-G.”

“Art. 102.....

§ 3º Proposta a ação prevista no caput, a Advocacia Pública poderá abster-se de contestar o pedido ou poderá atuar como litisconsorte do autor, desde que compatível com o interesse público. (NR)”

.....  
“Art. 104-A. O processamento e o julgamento da ação coletiva terão prioridade em relação às ações individuais, inclusive no recurso repetitivo.

§ 1º A critério do tribunal, poderão ser suspensas as demandas individuais de caráter exclusivamente patrimonial, pelo prazo máximo de dois anos.

§ 2º Durante o período de suspensão, poderá o juiz perante o qual foi ajuizada a demanda individual

*conceder medidas de urgência ou assegurar o mínimo existencial.*

*§ 3º No processamento e julgamento de ações coletivas, o descumprimento de prazo judicial deverá ser justificado pelo julgador.”*

#### *“CAPÍTULO V*

#### *DO CADASTRO NACIONAL DE PROCESSOS COLETIVOS E DO CADASTRO NACIONAL DE INQUÉRITOS CIVIS E COMPROMISSOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA”*

*“Art. 104-B. O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a existência e o estado das ações coletivas.*

*§ 1º O Conselho Nacional do Ministério Público organizará e manterá o Cadastro Nacional de Inquéritos Civis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário, os colegitimados e os interessados tenham amplo acesso às informações nele constantes.*

*§ 2º Qualquer órgão legitimado que tenha tomado compromisso de ajustamento de conduta remeterá, no prazo de dez dias, cópia, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional de Inquéritos Civis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta.”*

*Art. 2º O § 5º do art. 5º e o art. 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, passam a vigorar com a seguinte redação:*

*“Art. 5º .....*

*§ 5º Independentemente da justiça competente, admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos e as Defensorias Públicas da*

*União, do Distrito Federal e dos Estados para a defesa dos interesses e direitos de que cuida esta Lei (NR) ”.*

.....

*“Art. 16 A sentença fará coisa julgada erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de novas provas. (NR)”*

*Art. 3º Revogam-se:*

*I - o art. 93 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor);*

*II - o art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997.*

*Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.”*

Em sua fundamentação, o Projeto assinala:

“O projeto de lei ora apresentado constitui instrumento para o aperfeiçoamento do acesso do consumidor à justiça. A proposta cuida de desjudicializar os conflitos entre consumidor e fornecedor, reforçando a utilização de outras vias e, no plano do processo, implementando os meios consensuais de solução de controvérsias. Além disso, ao valorizar a ação coletiva, previne a multiplicidade de demandas individuais que assoberbam o Poder Judiciário e inviabilizam a adequada prestação jurisdicional. Algumas das soluções apresentadas visam a superar dificuldades e dúvidas que se estabeleceram no manejo do processo coletivo, tudo em homenagem à segurança jurídica de consumidores e fornecedores.”

## **2. As Características do Projeto**

### **2.1. Introdução**

Em julho de 2010, o Senado Federal instituiu, por meio do Ato nº 308/10, uma Comissão de Juristas especialmente reunida para elaborar três anteprojetos para atualização do Código de Defesa do Consumidor. A Comissão foi composta por Antônio Herman Benjamin (Presidente), Cláudia Lima Marques (Relatora-Geral dos Trabalhos), Ada Pellegrini Grinover, Leonardo Roscoe Bessa, Kazuo Watanabe e Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer.

Após intensos e representativos debates com a sociedade e a comunidade jurídica, inclusive com a realização de diversas audiências públicas, a Comissão apresentou os resultados dos seus trabalhos ao Presidente do Senado, Senador José Ribamar Sarney, que os encampou e apresentou sob a forma de Projetos de Lei do Senado.

### **2.2. A Divisão do Trabalho da Comissão de Juristas**

Para facilitar os trabalhos, a Comissão de Juristas dividiu os trabalhos em três partes, organizados por temas: a) Tutela Coletiva; b) Superendividamento; c) Comércio eletrônico. Embora isto não tenha sido ostensivamente dito, pelos antecedentes históricos e acadêmicos, parece correto especular que a regência do anteprojeto sobre a tutela coletiva ficou a cargo da Prof. Ada Pellegrini, a do anteprojeto sobre superendividamento, da Prof. Claudia Marques, e a do anteprojeto de comércio eletrônico, do Prof. Roberto Pfeiffer.

Cada um desses anteprojetos se tornou um Projeto de Lei do Senado: o texto referente ao comércio eletrônico ganhou o n.º 281/2012; os dispositivos sobre a tutela coletiva ficaram com n.º 282/2012; e o anteprojeto relativo ao superendividamento, obteve o n.º 283/2012.

Neste passo, necessário alertar que os Projetos de Lei do Senado n.º 281/2012 e 283/2012, apesar de tratar prioritariamente dos temas a eles designados, acabam por tocar, também, diversos outros aspectos das relações de consumo. Somente a título de exemplificação, veja-se que dispositivos relativos à forma de interpretação das regras consumeiristas foram inseridos no Projeto de Lei relativo ao comércio eletrônico (novas redações atribuídas aos art. 1º e 5º do CDC). O Projeto de Lei n.º 282/2012, no entanto, trata, efetivamente, apenas de temas

relacionados à tutela coletiva. É, por assim dizer, o único projeto “puro” que foi apresentado.<sup>2</sup>

### **2.3. Delimitação do Estudo**

Apesar da riqueza presente nas três peças produzidas, o objetivo do presente relatório é, tão-somente, fazer uma análise crítica do Projeto de Lei do Senado voltado para a alteração da disciplina das ações coletivas no Código de Defesa do Consumidor (PSL nº 282/2012). Os dispositivos nela constantes são, essencialmente, de natureza processual. Para tanto, serão apresentadas as alterações propostas, agrupadas por temas, e, em seguida, feitas as observações pertinentes.

### **2.4. A Importância da Reforma**

Tem crescido, especialmente entre os doutrinadores ligados às escolas pós-constitucionalistas, um sentimento de que os problemas jurídicos devem ser resolvidos não pela ótica positivista e casuística da reforma dos códigos, mas pelo trabalho conjunto e diário dos instrumentos hermenêuticos. Os juristas refratários às reformas acrescentam, ainda, questões relativas à estabilidade e simetria das normas e à falta de integração dos dispositivos reformados com o sistema jurídico, dentre outros argumentos,<sup>3</sup> para fundamentar sua posição.

---

2 Apesar dessa “pureza” do PLS nº 282/2012, a redação prevista para o art. 90-D, § 3º, afirma que as regras sobre a distribuição do ônus da prova nas ações coletivas serão aplicadas às ações individuais.

3 Uma questão que não costuma ser tratada, pelo menos de forma ostensiva, mas certamente serve de incremento para as discussões sobre a conveniência das reformas é a qualidade de algumas alterações que foram realizadas recentemente. Tal discussão, que passa ao largo do campo teórico, deve ser sopesada com cuidado, para não viciar do debate. No entanto, é preciso reconhecer que o Parlamento brasileiro tem dado mostras frequentes da implementação de reformas pontuais, casuísticas e de pouquíssima utilidade. Um dos mais significativos exemplos desse “movimento” foi a edição da Lei n.º 12.376/10, que teve como único propósito alterar o “nome” da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n.º 4.657/42), para que passasse a ser chamada de “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”. O próprio CDC foi alvo de uma alteração, no mínimo esdrúxula, por parte da Lei n.º 11.785/08, que se limitou a alterar o § 3o do seu art. 54, para definir o tamanho mínimo da fonte a ser empregada na impressão de contratos de adesão. Neste particular, entretanto, a qualidade dos membros da Comissão de Jurista pode afastar qualquer receio no que tange à qualidade e à pertinência das propostas desenvolvidas.

Além disso, é preciso que se diga que, ao contrário de outros diplomas legais, o CDC não está sofrendo um processo crônico de perda de eficiência, apesar de ter sido editado em 1990, um período significativo se consideradas as alterações ocorridas nas relações de consumo deste então. De fato, o CDC instituiu no Brasil um novo modelo jurídico, inaugurando toda uma nova ordem de conceitos e ideias, alguns dos quais ainda em fase de maturação, como é o caso da desconsideração da personalidade jurídica das empresas ou da inversão do ônus da prova. Por isso, apesar da maioria, parece ser fora de dúvida o fato de que o CDC (ainda) não envelheceu.

Neste diapasão, alguém pode suscitar um componente diferenciador na iniciativa reformista do Senado Federal: trata-se, pois, de uma comissão de atualização, como epigrafado no Ato que a instituiu. Portanto, em tese, o objetivo dos trabalhos não é, propriamente, reformar – dar forma o que está deformado –, mas atualizar, ou seja, incorporar o que é novo. Neste sentido, a iniciativa teve como uma de suas metas justificadoras a inserção no CDC de algumas ferramentas técnicas capazes de lidar com os elementos tecnológicos que se tornaram presentes nas relações de consumo nas duas últimas décadas, em especial aqueles ligados ao comércio eletrônico.

Pois bem, apesar de se reconhecer a validade de tal ponderação, da leitura dos textos produzidos pela Comissão de Juristas é inevitável verificar que boa parte dos dispositivos traçados, senão a maioria deles, tem índole reformista. Neste sentido, pode-se afirmar que os artigos relativos à tutela coletiva são, quase todos reformadores, muitos dos quais presentes, com igual ou similar redação, em outros projetos de lei apresentados ao Congresso Nacional. Portanto, a discussão sobre a pertinência ou não da reforma, permanece aberta.

Na verdade, se de um lado é inegável a importância transformadora da nova hermenêutica jurídica, de outro, também é inconteste que o aperfeiçoamento das leis representa uma etapa necessária para o bom funcionamento do sistema, que é apontado como integrante da família do *civil law*. No caso específico do CDC, não apenas a atualização, mas a própria reforma, se justificam pelas significativas experiências vividas ao longo do tempo de vigência, pela necessidade de pacificar questões controvertidas, especialmente no âmbito jurisprudencial, e de aprimorar os mecanismos existentes, dotando-os de maior eficácia. Neste sentido, as reformas, se bem conduzidas, podem efetivamente aprimorar o funcionamento do ordenamento jurídico, acrescentando qualidade à tutela das relações de consumo.

## 2.5. Síntese das Principais Propostas Formuladas

O projeto tem 4 artigos: o primeiro artigo estabelece 62 alterações no CDC, considerando somente os artigos e parágrafos inseridos ou reescritos; o segundo artigo determina 2 alterações na LACP; o terceiro artigo contém as revogações do art. 93 do CDC e do art. 2º-A da Lei nº 9.494/97; e o último, estabelece que uma vez aprovado, o Projeto entra em vigor imediatamente.

Em suma, as propostas mais importantes são:

- A nova definição dos direitos individuais homogêneos (art. 81, § 1º, do CDC)
- O reconhecimento legal da relevância social e jurídica da tutela coletiva (art. 81, § 2º, do CDC)
- A prioridade na tramitação processual das ações coletivas (arts. 81, § 3º, e 104-A, do CDC)
- O regramento sobre o controle difuso de constitucionalidade nas ações coletivas (art. 81, § 4º, do CDC)
- A disciplina sobre a prescrição nas ações coletivas (art. 81, § 5º e art. 90-A, do CDC)
- A nova regulamentação sobre a competência territorial das ações coletivas (art. 81-A do CDC)
- A previsão da atuação da Defensoria Pública nas ações coletivas (art. 82 do CDC e art. 5º da LACP)
- A fixação de honorários e de uma compensação financeira em favor da associação civil vencedora na ação coletiva (art. 87, § 2º, do CDC)
- O regramento sobre o procedimento das ações coletivas (Capítulo I-A do CDC)
- A revogação da regra de limitação subjetiva da eficácia das decisões proferidas nas ações coletivas promovidas por associações civis (art. 2º-A da Lei nº 9.494/97)
- A desvinculação territorial da eficácia da coisa julgada coletiva (art. 81-A, § 4º, do CDC e art. 16 da LACP)
- A implementação do efeito suspensivo *opi judicis* nos recursos (art. 90-H)
- A criação da figura do agente fiscalizador da liquidação coletiva e da execução coletiva (art. 90-I)
- O regramento sobre a liquidação do dano coletivo (art. 95-A)
- A possibilidade do deslocamento do Ente Público nos polos da ação coletiva inibitória (art. 102)
- A possibilidade de suspensão as ações individuais em razão da tramitação de uma ação coletiva (art. 104-A)

- O regulamento sobre o cadastro nacional de processos coletivos (art. 90-A e 104-B)

### 3. A Análise dos Dispositivos do Projeto

#### 3.1. A tutela dos direitos e interesses transindividuais (arts. 81, 82, 81-A, e 104-A, do CDC e art. 5º da LACP)

##### 3.1.1. A nova definição dos direitos individuais homogêneos (art. 81, § 1º, do CDC)

Redação atual do CDC	PLS n.º 282/2012
<p>Art. 81. (...) Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: (...) III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.</p> <p>Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.</p>	<p>Art. 81. (...) § 1º A ação coletiva, que caberá para a proteção de interesses ou direitos de qualquer natureza, indicados nos incisos deste parágrafo, será exercida quando se tratar de: (...) III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos aqueles decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tratamento conjunto pela utilidade coletiva da tutela.</p>

A Comissão de Juristas, acertadamente, entendeu por bem complementar a definição legal dos direitos e interesses individuais homogêneos. Com efeito, a redação atual do inciso III do parágrafo único do art. 81 do CDC é por demais vaga, dando margem a diversas discussões sobre o seu real alcance. Antes, no entanto, corrigiu uma imprecisão existente no corpo do parágrafo primeiro do vigente art. 81 do CDC: substituiu a palavra “defesa” por “ação”, expressão mais técnica para identificar o fenômeno tratado no dispositivo.

O primeiro ponto acrescido pelo dispositivo, em comparação com a redação vigente, foi a especificação de que a proteção de interesses ou direitos de qualquer natureza por ser feita através das ações coletivas. Essa modificação é importante, por um lado, porque reforça a amplitude da tutela coletiva e, de outro, porque refuta as correntes de pensamento limitadoras da atuação coletiva. Consoante, com a aprovação do texto

será possível debater sobre a eficácia das regras que limitem o alcance da tutela coletiva, como ocorre, por exemplo, em relação às questões que envolvam tributos ou contribuições previdenciárias, conforme previsto no malsinado parágrafo único do art. 1.º da Lei da Ação Civil Pública (com a redação atribuída pela Medida Provisória n.º 2.180-35/2001).

Em segundo lugar, o dispositivo sublinhou que a origem comum, característica dos interesses individuais homogêneos, pode ser fática ou jurídica. Tal especificação vai de encontro com a orientação majoritária sobre o tema, que superou a percepção inicial de que a conjunção dos interesses deveria se pautar exclusivamente pelos aspectos fáticos.<sup>4</sup>

Em terceiro lugar, foi estabelecido um polo metodológico para caracterização do instituto: a utilidade coletiva no tratamento conjunto das questões individuais. De fato, os interesses individuais homogêneos não são interesses coletivos em sentido estrito, mas por equiparação, por criação jurídica. Eles representam uma modalidade de tutela coletiva de direitos individuais.<sup>5</sup> São direitos subjetivos que por sua similitude e multiplicidade recomendam um tratamento conjunto.<sup>6</sup>

Por isso, a utilidade coletiva surge como um conceito adequado a identificar quais os direitos individuais que merecem tratamento coletivo. Como bem sublinhou Rodolfo de Camargo Mancuso,<sup>7</sup> para que a questão tenha utilidade coletiva é preciso que a tutela coletiva se mostre superior à tutela individual desses interesses. Da mesma forma, o núcleo de homogeneidade deve ser suficientemente coeso, de modo a permitir que a sentença coletiva possa acolher e beneficiar o maior número de interessados.

---

4 Nesse sentido, apresentando a evolução do conceito de direito individual homogêneo, por todos, Teori Albino Zavascki, **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**, 4ª ed., São Paulo: RT, 2009, p. 38.

5 Teori Albino Zavascki, **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**, 4ª ed., São Paulo: RT, 2009, p. 42.

6 Fredie Didier Jr. e Hermes Zanet Jr., **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**, 5ª ed., Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 189.

7 **Ação Civil Pública: Em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores**, 9ª ed., São Paulo: RT, 2004, p. 121.

### 3.1.2. O reconhecimento legal da relevância social e jurídica da tutela coletiva (art. 81, § 2º, do CDC)

PLS n.º 282/2012
Art. 81. (...) § 2º A tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos presume-se de relevância social e jurídica.

Novamente, a Comissão procurou inserir no Projeto a definição de um paradigma legal: a relevância social e jurídica dos interesses transindividuais. Tal iniciativa é digna de aplauso, pois apresenta utilidade tanto no plano teórico, como no plano prático.

Do ponto de vista teórico, consagra a importância que a tutela coletiva retrata como um componente densificador do acesso à Justiça. No plano prático, por exemplo, a relevância social e jurídica da tutela coletiva justifica a atuação plena do Ministério Público (art. 128 e 129 da CF e art. 82 do CPC), bem como torna presumível a repercussão geral das questões constitucionais em eventual recurso extraordinário interposto acerca da matéria (art. 102, § 3º, da CF). Dentro do próprio Projeto, a referência serve de baliza para a tramitação prioritária das ações coletivas (art. 104-A do CDC), para a atuação *ex officio* do magistrado (art. 90-A, § 1º, do CDC), para a realização de audiências pública (art. 90-J do CDC), dentre outros.

### 3.1.3. A prioridade na tramitação processual das ações coletivas (arts. 81, § 3º, e 104-A, do CDC)

PLS n.º 282/2012
Art. 81. (...) § 3º As ações coletivas terão prioridade de processamento e julgamento, excetuadas a ação popular e as de alimentos.
Art. 104-A. O processamento e o julgamento da ação coletiva terão prioridade em relação às ações individuais, inclusive no recurso repetitivo. (...) § 3º No processamento e julgamento de ações coletivas, o descumprimento de prazo judicial deverá ser justificado pelo julgador.

A prioridade na tramitação processual das ações coletivas, enquanto corolário do princípio constitucional da celeridade processual,<sup>8</sup>

<sup>8</sup> O princípio da celeridade processual foi introduzido no rol dos direitos

representa uma disposição de fundamental importância, principalmente nos tribunais onde não existem varas especializadas para ações coletivas. Se é certo que todos têm direito a uma tutela jurisdicional célere, as ações coletivas se colocam em posição de destaque exatamente por atender a um número enorme de interessados, que podem se beneficiar da decisão.

De fato, sem a tramitação prioritária, o que se verifica hoje é que as ações coletivas ficam “disputando” espaço com as ações individuais dentro da rotina cartorária, o que causa significativo retardo em seu andamento. Além disso, dada a premências das estatísticas judiciais, muitas vezes o julgador se vê na situação de priorizar ações individuais, naturalmente menos complexas, para não comprometer sua avaliação funcional.

Além da prioridade na tramitação, o § 3º do art. 104-A do CDC estabeleceu que o descumprimento dos prazos judiciais na tramitação da ação coletiva deverão ser justificados pelo julgador. Assim, em tese, a inobservância dos prazos para a tramitação das ações coletivas pode ensejar sanções administrativas ao magistrado e aos serventuários envolvidos (art. 193 e 194 do CPC).

Portanto, o estabelecimento da prioridade na tramitação se revela como uma medida adequada e salutar. No entanto, a redação dos dispositivos pertinentes ao tema (arts. 81, § 3º e 104-A do CDC), ficou abaixo do que poderia se esperar. De fato, o art. 81, § 3º, do CDC, diz que as ações coletivas terão prioridade de processamento e julgamento, “*excetuadas a ação popular e as de alimentos*”.

Mas a ação popular não é uma modalidade de ação coletiva?<sup>9</sup> Em caso positivo, porque essa ação coletiva teria prioridade em relação às demais? E caso negativo, porque priorizá-la em relação às ações coletivas?

O art. 104-A do CDC, por sua vez, diz que o processamento

---

fundamentais da Constituição por intermédio da Emenda à Constituição n.º. 45/2004, embora já vigorasse no Brasil por força da ratificação feita, em 1992, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto de São José da Costa Rica.

9 Rodolfo de Camargo Mancuso é um dos poucos juristas que sustentam que a ação popular não é uma ação coletiva (**Ação Popular**, 5ª ed., São Paulo: RT, 2003, p. 90). A maioria, entretanto, sustenta, com acerto, que a *actio popularis* retrata modalidade de ação coletiva. Nesse sentido, por todos, veja-se Hely Lopes Meirelles, **Mandado de Segurança**, 22ª, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 126, e José Afonso da Silva, **Ação Popular Constitucional**, 2ª, São Paulo: Malheiros, 2007. p. 104.

e o julgamento da ação coletiva tem prioridade em relação às ações individuais, inclusive no recurso repetitivo. Além de tal dispositivo estar em conflito com a redação do art. 81, § 3º do CDC, pois não excepciona a ação individual de alimentos e inclui a referência aos recursos repetitivos, parece que a regulamentação ficou duplicada.

Por isso, de plano, recomenda-se a exclusão do § 3º do art. 81 do CDC. Com efeito, na medida que existe um artigo inteiro dedicado ao tema, não se justifica uma menção dentro de um parágrafo num outro artigo que não cuida da matéria. Não obstante, a redação do art. 104-A do CDC poderia contemplar as duas exclusões tradicionais do Direito brasileiro: o *habeas corpus* e o mandado de segurança.<sup>10</sup> Assim, evitaria a sobreposição de prioridades:

“Art. 81. (...)”

§ 3º (REJEITADO)”

“Art. 104-A. O processamento e o julgamento da ação coletiva terão prioridade em relação às ações individuais, inclusive no recurso repetitivo, excetuado o *habeas corpus* e o mandado de segurança.”

#### 3.1.4. O regramento sobre o controle difuso de constitucionalidade nas ações coletivas (art. 81, § 4º, do CDC)

PLS n.º 282/2012
Art. 81. (...) § 4º A constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderá ser arguida incidentalmente, como questão prejudicial, pela via do controle difuso.

#### A questão relativa ao controle de constitucionalidade nas

---

10 São exemplos dessa tradição o art. 19 da Lei nº 9.507/1997, que regula o direito de acesso às informações e disciplina o rito processual do *habeas data*: “Art. 19. Os processos de *habeas data* terão prioridade sobre todos os atos judiciais, exceto *habeas corpus* e mandado de segurança. Na instância superior, deverão ser levados a julgamento na primeira sessão que se seguir à data em que, feita a distribuição, forem conclusos ao relator”; e o art. 20 da Lei nº 12.016/2009, que versa sobre o mandado de segurança: “Art. 20. Os processos de mandado de segurança e os respectivos recursos terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo *habeas corpus*”.

ações coletivas já foi alvo de intenso debate, tanto doutrinário como jurisprudencial. Gilmar Ferreira Mendes, por exemplo, atual integrante da Corte Suprema brasileira, sustentou em sede doutrinária a inviabilidade da utilização das ações coletivas para controle de constitucionalidade. Segundo o Ministro, a partir da edição da vigente Carta Magna, o Supremo Tribunal Federal passou a exercer as competências específicas para apreciação das questões constitucionais, mitigando tais atribuições no nas instâncias ordinárias.<sup>11</sup>

Ada Pellegrini Grinover,<sup>12</sup> por sua vez, foi uma das primeiras juristas a sustentar a tese que, tempos depois, tornou-se prevalente no próprio Supremo Tribunal Federal,<sup>13</sup> segundo o qual somente seria possível em sede de ação coletiva o controle difuso de constitucionalidade. Pois foi exatamente este entendimento, hoje consolidado, que a Comissão de Juristas quis trazer para o texto legal.

### 3.1.5. A disciplina sobre a prescrição nas ações coletivas (art. 81, § 5º e art. 90-A, do CDC)

PLS n.º 282/2012

Art. 81. (...)

§ 5º As pretensões de direito material prescrevem, se for o caso, no prazo estabelecido por este Código ou pela lei, observado aquele que for mais favorável a seu titular.

Art. 90-A. (...)

§ 5º A citação válida nas ações coletivas interrompe o prazo de decadência ou prescrição das pretensões individuais e coletivas, direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia, retroagindo a interrupção desde a distribuição até o final do processo coletivo, ainda que haja extinção do processo sem resolução do mérito.

Um tema bastante controvertido no seio da tutela coletiva é o relativo à prescrição das pretensões. Existe discussão sobre como deve ser calculada a prescrição e se a citação válida numa ação coletiva é capaz de interromper a contagem do prazo prescricional para outras ações coletivas e para ações individuais, sobre o mesmo tema.

11 **Ação Civil Pública e controle de constitucionalidade**, in **Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública** (Coord. Arnaldo Wald), 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 152.

12 **O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada erga omnes das ações coletivas**, in *Revista do Advogado*, Ano XXVI, nº 89, dez/06, p. 07.

13 STF – Pleno – Rcl 602/SP – Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 02/09/2007.

Pois a Comissão resolveu tratar dos principais pontos do tormentoso assunto. De um lado, estabeleceu as pretensões de direito material prescrevem, se for o caso, no prazo estabelecido por este Código ou pela lei, observado aquele que for mais favorável a seu titular (art. 81, § 5º, do CDC). De outro, que a citação válida na ação coletiva interrompe o prazo de decadência ou prescrição das pretensões individuais e coletivas relacionadas ao objeto do processo (art. 90-A, § 5º, do CDC).

Trata-se, por certo, de uma resposta à equivocada orientação sufragada pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de aplicar por analogia à ação civil pública a regra referente à prescritibilidade da ação popular (art. 21 da Lei nº 4.717/65).<sup>14</sup> A regra utilizada, na verdade, submete-se à lógica da prescrição imposta à própria Fazenda Pública, para cobrança de tributos (art. 1º do Decreto nº 20.910/32 e art. 2º do Decreto-Lei nº 4.597/42). Como a ação popular visa atacar atos lesivos ao interesse público, compreensivo que o legislador de 1965 tenha editado tal regramento. No entanto, nada autoriza a aplicação extensiva de uma norma restritiva, especialmente se tratando de um interesse de “relevância social e jurídica”, já se utilizando do paradigma previsto no art. 81, § 2º, do CDC.<sup>15</sup>

---

14 Por todos, veja-se o seguinte acórdão: “*PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DOAÇÃO DE IMÓVEL REALIZADA PELA MUNICIPALIDADE. RESSARCIMENTO DE DANOS AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. PRAZO PRESCRICIONAL DA AÇÃO POPULAR. ANALOGIA (UBI EADEM RATIO IBI EADEM LEGIS DISPOSITIO). PRESCRIÇÃO RECONHECIDA*” (STJ – 1ª Turma – RESP 910625/RJ – Rel. Min. Luiz Fux, j. em 17/04/2008).

15 Importante que se diga que o tema não é pacífico nem mesmo no STJ. Existem decisões defendendo a imprescritibilidade (RESP 647.493/SC – 2ª Turma – Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 22/05/2007). Pode ser encontrada, inclusive, posição intermediária, fazendo distinção entre as ações coletivas prescritíveis, daquelas imprescritíveis. “4. O dano ambiental além de atingir de imediato o bem jurídico que lhe está próximo, a comunidade indígena, também atinge a todos os integrantes do Estado, espraiando-se para toda a comunidade local, não indígena e para futuras gerações pela irreversibilidade do mal ocasionado. 5. Tratando-se de direito difuso, a reparação civil assume grande amplitude, com profundas implicações na espécie de responsabilidade do degradador que é objetiva, fundada no simples risco ou no simples fato da atividade danosa, independentemente da culpa do agente causador do dano. 6. O direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de não estar expresso em texto legal. 7. Em matéria de prescrição cumpre distinguir qual o bem jurídico tutelado: se eminentemente privado seguem-se os prazos normais das ações indenizatórias; se o bem jurídico é indisponível, fundamental, antecedendo

Outro tema enfrentado pela Comissão de Jurista foi o da interrupção da prescrição ou decadência<sup>16</sup> da pretensão da questão de fundo, no plano individual e coletivo, pela realização da citação na ação coletiva (art. 90-A, § 5º, do CDC). Neste caso, o Projeto sufraga uma posição hoje minoritária, mas favorável ao consumidor. De fato, apesar da imensa controvérsia, prevalece a orientação de que a citação na ação coletiva não gera a interrupção da prescrição da pretensão para a propositura das ações individuais, que versarem sobre o mesmo tema. Isto porque, segundo a orientação majoritária, a aplicação da regra prevista no art. 219 do CPC dependeria de uma integração não recomendada pelo art. 104 do CDC em vigor, que apregoa a independência entre as ações coletivas e as ações individuais sobre o mesmo tema.<sup>17</sup>

Não obstante, parcela da doutrina<sup>18</sup> sustenta que a aplicação subsidiária do CPC pode ser feita sempre que o CDC não tratar especificamente da questão, como ocorre em relação à interrupção da prescrição. Além disso, tratando-se de substituição processual, o efeito da interrupção se projetaria aos substituídos. Nesse sentido, veja-se o

---

*a todos os demais direitos, pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer, considera-se imprescritível o direito à reparação. 8. O dano ambiental inclui-se dentre os direitos indisponíveis e como tal está dentre os poucos acobertados pelo manto da imprescritibilidade a ação que visa reparar o dano ambiental”* (RESP 1120117/AC – 2ª Turma – Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 10/11/2009).

16 Acertadamente, o Projeto fala em prescrição e decadência para afastar qualquer discussão sobre os seus respectivos conceitos. O problema técnico é que os prazos decadenciais, em tese, não se interrompem. Ainda assim, parece correto manter a referência evitando discussões que possam prejudicar os interessados.

17 Neste sentido, por todos, veja-se: “*PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. NÃO HÁ INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO PELO AJUIZAMENTO DE AÇÃO COLETIVA. APLICA-SE O ART. 104 DA LEI 8.078/90. 28,86%. MILITAR. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. I) Embora o art. 104 da Lei nº 8.078/90 haja sido concebido na legislação consumerista, a sua aplicação não se restringe as relações de consumo, posto tratar-se de norma de conteúdo geral voltada a regulamentação de ações tendentes a defesa dos direitos e interesses meta-individuais, difusos e coletivos, razão pela qual, não pode a incidência do mesmo ser afastada em se tratando de Ação Civil Pública. II) O recurso interposto demonstra claramente a ausência de argumentos aptos à modificação da decisão hostilizada. III) Agravo interno desprovido”* (TRF2 – 6ª Turma Especializada – AGTAC 391424/RJ (2006.51.17.003363-6) – Rel. Des. Rogério Carvalho, j. em 14/11/2007).

18 Por todos, veja-se Elton Venturi, **Processo Civil Coletivo: A Tutela Jurisdicional dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos**, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 371.

seguinte julgado:

“PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. SÚMULA Nº 02 DO TRF4. INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 1. Ajuizada Ação Civil Pública pelo Ministério Público Federal, na condição de substituto processual, objetivando a revisão dos benefícios previdenciários alcançados pelo teor da Súmula nº 02 do TRF4, a citação válida do INSS interrompe a prescrição quinquenal em favor de todos os substituídos. 2. Interrupção que tem seu marco inicial fixado coincidentemente com o ajuizamento da Ação Civil Pública e produz efeitos inclusive no tocante às ações individuais posteriormente propostas pelos substituídos. 3. Irrelevância de a Ação Civil Pública ter sido posteriormente extinta sem exame do mérito, pois presente a citação válida, ato suficiente à interrupção da prescrição. 4. Recurso conhecido e improvido.” (TRF4 – Turma de Uniformização – Incidente de uniformização (JEF/RS JEF/PR) 2003.70.00.042475–7/PR, p. em 16/6/2005).

De modo que a previsão expressa da interrupção do prazo prescricional ou decadencial será capaz de encerrar uma divergência atual e relevante. Além disso, permitirá que a tutela coletiva realize uma de suas funções primordiais, que é evitar a multiplicação de demandas individuais tratando de uma questão coletiva ou individual homogênea. De fato, com a interrupção da prescrição, os interessados poderão aguardar sem receio o desfecho da ação coletiva para aquilatar sobre a conveniência de ajuizar uma ação individual.

### 3.2. A Nova Regulamentação Sobre a Competência Territorial das Ações Coletivas (art. 81-A do CDC)

CDC	PLS n.º 282/2012
<p>Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:</p> <p>I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;</p> <p>II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.</p> <p>Obs.: A Lei da Ação Civil Pública, aplicável subsidiariamente ao CDC por força do seu art. 21, assinala sobre o tema:</p> <p>Art. 2º As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.</p> <p>Parágrafo único A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.</p>	<p>Art. 81-A. É absolutamente competente para a causa o foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano ou o ilícito, aplicando-se as regras da prevenção.</p> <p>§ 1º Será competente o foro:</p> <p>I – da capital do Estado, se o dano ou o ilícito atingir o seu território;</p> <p>II – do Distrito Federal, se o dano ou o ilícito atingir o seu território, concorrentemente com os foros das capitais atingidas.</p> <p>§ 2º Nos casos de competência da Justiça estadual, quando a extensão do dano atingir diversas comarcas, a competência será da entrância mais elevada.</p> <p>§ 3º A extensão do dano ou do ilícito a se r considerada na fixação da competência será a indicada na inicial.</p> <p>§ 4º A competência territorial do órgão prolator ou o domicílio dos interessados não restringirão a coisa julgada de âmbito nacional ou regional.</p> <p>§ 5º Havendo, no foro competente, juízos especializados em razão da matéria e juízos especializados em ações coletivas, aqueles prevalecerão sobre estes.</p> <p>§ 6º As regras de prevenção não se aplicam a outros legitimados quando os entes públicos já tiverem iniciado inquérito ou investigação a respeito dos fatos objeto da ação.</p> <p>Obs.: O PLS n.º 282/2012, em seu art. 3º, revoga expressamente o art. 93 do CDC.</p>

Se fosse possível destacar um tema como sendo o mais conflituoso em matéria de tutela coletiva, sem dúvida, esse tema seria a competência. De fato, as características especiais das ações coletivas, associadas à falta de um regramento melhor e mais específico, transformou a questão da fixação da competência coletiva num verdadeiro cipoal de entendimentos e posições. O resultado é que não raras vezes as ações coletivas passam anos discutindo qual seria o juízo competente, sem que se chegue a uma conclusão, comprometendo a efetividade da proteção judicial do objeto coletivo.

Dentro do panorama atual, o art. 2º da Lei da Ação Civil Pública dispõe que as ações serão propostas *“no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”*. Já em seu questionável parágrafo único, introduzido pela MP nº 2.180-35/2001, dispõe que *“A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto”*.

Assim, é possível concluir que a regra de fixação da competência territorial das ações civis públicas, aplicável às ações coletivas que não tenham normas específicas sobre o tema, é o local do dano, atual ou iminente. As duas razões conhecidas para tal opção são, de um lado, a prevalência da irradiação dos efeitos da decisão coletiva no local onde os fatos estão se desenrolando e, de outro, a facilidade na colheita de provas.

Com a introdução do parágrafo único no art. 2º, pela Medida Provisória n 2.180-35/2001, a interpretação literal apontou no sentido de que mesmo se os efeitos do dano ultrapassarem os limites de uma comarca, ou até mesmo de um estado membro, o juízo competente permaneceria no local onde ocorrer a primeira citação válida (art. 219).

Ocorre, no entanto, que o art. 93 do CDC em vigor estabeleceu um regime diferenciado para a competência no caso de ações coletivas para tratar de direitos individuais homogêneos. Diz o dispositivo:

“Art. 93 - Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito

Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.”

Assim, surgiram quatro principais correntes de pensamento sobre o tema:

a) A interpretação literal dos dispositivos mencionados: a aplicação do art. 2º da LACP às ações coletivas em geral e a aplicação do art. 93 do CDC exclusivamente no caso dos interesses individuais homogêneos de consumo;

b) A interpretação mais abrangente do art. 93 do CDC: a aplicação do art. 2º da LACP aos interesses difusos e coletivos e a aplicação do art. 93 do CDC no caso dos interesses individuais homogêneos de qualquer natureza;

c) A interpretação integrativa dos dispositivos (independente da natureza do direito debatido): havendo várias ações coletivas tratando de um interesse local, a competência é fixada no juízo prevento; havendo várias ações coletivas tratando de um interesse regional, a competência é fixada no juízo da capital do Estado ou no DF; havendo várias ações coletivas tratando de um interesse nacional, a competência é fixada no juízo da capital do Estado ou do DF que estiver prevento;

d) A interpretação conjunta dos dispositivos (independente da natureza do direito debatido): havendo várias ações coletivas tratando de um interesse local, a competência é fixada no juízo prevento; havendo várias ações coletivas tratando de um interesse regional, a competência é fixada no juízo da capital do Estado ou no DF; havendo várias ações coletivas tratando de um interesse nacional, a competência é fixada no DF.<sup>19</sup>

---

19 Esta é a posição atualmente majoritária sobre o tema, conforme afirma Hugo Nigro Mazzilli (**A defesa dos interesses difusos em juízo**, 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p.211): “*Nos termos dessa disciplina, portanto, e ressalvada a competência da Justiça Federal, os danos de âmbito nacional ou regional em matéria de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos serão apurados perante a Justiça estadual, em ação proposta no foro do local do dano; se os danos forem regionais, no foro da Capital do Estado; se nacionais, no foro do Distrito Federal, aplicando-se as regras ao Código de Processo Civil nos casos de competência concorrente*”. Com efeito, assevera Ada Pellegrini Grinover (**Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, 4. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 551) sobre o art. 93 do CDC: “*o dispositivo tem que ser entendido no sentido de que, sendo*

A esse quadro já caótico, assomou-se a discussão sobre a aplicação das regras de competência no plano da Justiça Federal, já que o art. 93 do CDC expressamente exclui a incidência de suas regras neste segmento judiciário e existe o entendimento de que os interesses da União são sempre de ordem nacional.<sup>20</sup>

Veja-se alguns exemplos, apenas no âmbito do STJ, dessa profusão de entendimentos:

*“DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AO CONSUMIDOR EM ESCALA NACIONAL. FORO COMPETENTE. EXEGESE DO ART. 93. INCISO II, DO CDC.1. O alegado dano ao consumidor que compra veículo automotor, com cláusula de garantia supostamente abusiva, é de âmbito nacional, porquanto a garantia de que se cogita é a fornecida pela fábrica, não por concessionária específica, atingindo um número indeterminado de consumidores em todos os Estados da Federação.2. No caso, inexistente competência exclusiva do Distrito Federal para julgamento de ações civis públicas cuja controvérsia gravite em torno de dano ao consumidor em escala nacional, podendo a demanda também ser proposta na capital dos Estados da Federação,*

---

*de âmbito regional o dano, competente será o foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal. Mas, sendo o dano de âmbito nacional, a competência territorial será sempre do Distrito Federal: isso para facilitar o acesso à Justiça e o próprio exercício do direito de defesa por parte do réu, não tendo sentido que seja ele obrigado a litigar na Capital de um Estado, longínquo talvez de sua sede, pela mera opção do autor coletivo. As regras de competência devem ser interpretadas de modo a não vulnerar a plenitude da defesa e o devido processo legal”.*

20 Sublinhando a natureza nacional dos interesses da União, veja-se: *“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA LOCAL DE FATO. INTERESSE FEDERAL. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA INADMISSÍVEL. Se a União, suas autarquias ou empresas públicas estiverem na ação civil pública como autoras, rés, assistentes ou oponentes, a competência é sempre da Justiça Federal propriamente dita. O ART-2 da LEI-7347/85 foi revogado pelo ART-93 da LEI-8078/90, que expressamente ressalvou a competência federal, afastando, assim, a delegação de tal competência à justiça local. Aplicabilidade da nova regra à ação civil pública, por força do ART-21 da LEI-7347/85, combinado com o ART-117 da LEI-8078/90”* (TRF4 – 3ª Turma – AG 15776 – Rel. Des. Amir José Finocchiaro Sarti, j. em 06/03/1997).

*cabendo ao autor a escolha do foro que lhe melhor convier.3. Cumpre notar que, muito embora o inciso II do art. 93 do CDC tenha criado uma vedação específica, de natureza absoluta - não podendo o autor da ação civil pública ajuizá-la em uma comarca do interior, por exemplo -, a verdade é que, entre os foros absolutamente competentes, como entre o foro da capital do Estado e do Distrito Federal, há concorrência de competência, cuidando-se, portanto, de competência relativa.4. Com efeito, tendo sido a ação distribuída a uma vara cível do Distrito Federal, obtendo inclusive sentença de mérito, não poderia o Tribunal a quo, de ofício, por ocasião do julgamento da apelação, declinar da competência para a comarca de Vitória/ES, porque, a um só tempo, o autor, a quem cabia a escolha do foro, conformou-se com a tramitação do processo no Distrito Federal, e porque entre Vitória/ES e o Distrito Federal há competência concorrente para o julgamento da ação, nos termos do art. 93, II, do CDC não podendo haver tal providência sem a manifestação de exceção de incompetência.5. Recurso especial provido” (STJ – 4 Turma – RESP 712006 /DF – Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 05/08/2010)*

*“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. SERVIÇO DE TELEFONIA. COMPETÊNCIA DA VARA DA CAPITAL PARA O JULGAMENTO DA DEMANDA. ART. 2º DA LEI 7.347/1985. POTENCIAL LESÃO A DIREITO SUPRA-INDIVIDUAL DE CONSUMIDORES DE ÂMBITO REGIONAL. APLICAÇÃO DO ART. 93 DO CDC.1. Não se conhece de Recurso Especial quanto a matéria não especificamente enfrentada pelo Tribunal de origem, dada a ausência de prequestionamento. Incidência, por analogia, da Súmula 282/STF.2. Trata a hipótese de Ação Civil Pública ajuizada com a finalidade de discutir a prestação de serviço de telefonia para a defesa de consumidores de todo o Estado do Rio Grande do Sul.3. O art. 2º da Lei 7.347/1985 estabelece que a competência para o julgamento das ações coletivas*

*para tutela de interesses supra-individuais seja definida pelo critério do lugar do dano ou do risco.4. O CDC traz vários critérios de definição do foro competente, segundo a extensão do prejuízo. Será competente o foro do lugar onde ocorreu -ou possa ocorrer -o dano, se este for apenas de âmbito local (art. 93, I). Na hipótese de o prejuízo tomar dimensões maiores - dano regional ou dano nacional-, serão competentes, respectivamente, os foros da capital do Estado ou do Distrito Federal (art. 93, II).5. Ainda que localizado no capítulo do CDC relativo à tutela dos interesses individuais homogêneos, o art. 93, como regra de determinação de competência, aplica-se de modo amplo a todas as ações coletivas para defesa de direitos difusos, coletivos, ou individuais homogêneos, tanto no campo das relações de consumo, como no vasto e multifacetário universo dos direitos e interesses de natureza supraindividual.6. Como, in casu, a potencial lesão ao direito dos consumidores ocorre em âmbito regional, à presente demanda deve ser aplicado o inciso II do art. 93 do CDC, mantido o aresto recorrido que determinou a competência da Vara da Capital - Porto Alegre - para o julgamento da demanda. Precedente do STJ.7. Recurso Especial não provido” (STJ – 2 Turma – RESP 448470/RS – Rel. Des. Herman Benjamin, j. em 28/10/2008)*

*“PROCESSO CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DEMANDAS COLETIVAS E INDIVIDUAIS PROMOVIDAS CONTRA A ANATEL E EMPRESAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO DE TELEFONIA. CONTROVÉRSIA A RESPEITO DA LEGITIMIDADE DA COBRANÇA DE TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA NOS SERVIÇOS DE TELEFONIA FIXA. CONFLITO NÃO CONHECIDO. (...)5. Considera-se existente, porém, conflito positivo de competência ante a possibilidade de decisões antagônicas nos casos em que há processos correndo em separado, envolvendo as mesmas partes e tratando da mesma causa. É o que ocorre, frequentemente, com a propositura de ações populares e ações civis públicas relacionadas a idênticos direitos transindividuais (= indivisíveis e sem titular determinado), fenômeno que*

*é resolvido pela aplicação do art. 5º, § 3º, da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65) e do art. 2º, parágrafo único, da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), na redação dada pela Medida Provisória 2.180-35/2001. 6. No caso dos autos, porém, o objeto das demandas são direitos individuais homogêneos (= direitos divisíveis, individualizáveis, pertencentes a diferentes titulares). Ao contrário do que ocorre com os direitos transindividuais — invariavelmente tutelados por regime de substituição processual (em ação civil pública ou ação popular) —, os direitos individuais homogêneos podem ser tutelados tanto por ação coletiva (proposta por substituto processual), quanto por ação individual (proposta pelo próprio titular do direito, a quem é facultado vincular-se ou não à ação coletiva). Do sistema da tutela coletiva, disciplinado na Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC, nomeadamente em seus arts. 103, III, combinado com os §§ 2º e 3º, e 104), resulta (a) que a ação individual pode ter curso independente da ação coletiva; (b) que a ação individual só se suspende por iniciativa do seu autor; e (c) que, não havendo pedido de suspensão, a ação individual não sofre efeito algum do resultado da ação coletiva, ainda que julgada procedente. Se a própria lei admite a convivência autônoma e harmônica das duas formas de tutela, fica afastada a possibilidade de decisões antagônicas e, portanto, o conflito. 7. Por outro lado, também a existência de várias ações coletivas a respeito da mesma questão jurídica não representa, por si só, a possibilidade de ocorrer decisões antagônicas envolvendo as mesmas pessoas. É que os substituídos processuais (= titulares do direito individual em benefício de quem se pede tutela coletiva) não são, necessariamente, os mesmos em todas as ações. Pelo contrário: o normal é que sejam pessoas diferentes, e, para isso, concorrem pelo menos três fatores: (a) a limitação da representatividade do órgão ou entidade autor da demanda coletiva (= substituto processual), (b) o âmbito do pedido formulado na demanda e (c) a eficácia subjetiva da sentença imposta por lei, que “abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito de competência territorial do órgão prolator” (Lei*

9.494/97, art. 2º-A, introduzido pela Medida Provisória 2.180-35/2001). 8. No que se refere às ações coletivas indicadas pelo Suscitante, umas foram propostas por órgãos municipais de defesa do consumidor, a significar que os substituídos processuais (= beneficiados) são apenas os consumidores do respectivo município; há outras que foram propostas por Sindicatos (com base territorial limitada) ou por associações, em favor dos membros da categoria indicados em listagem anexada à inicial, os quais, portanto, são os únicos possíveis beneficiados com a sentença de procedência; e, finalmente, há as ações, nomeadamente as propostas pelo Ministério Público, em que a eficácia subjetiva da sentença está limitada, pelo próprio pedido ou por força de lei, aos titulares domiciliados no âmbito territorial do órgão prolator. Não se evidencia, portanto, em nenhum caso, a superposição de ações envolvendo os mesmos substituídos. Cumpre anotar, de qualquer modo, que eventual conflito dessa natureza — de improvável ocorrência —, estabelecido em face da existência de mais de uma demanda sobre a mesma base territorial, deverá ser dirimido não pelo STJ, mas pelo Tribunal Regional Federal a que estejam vinculados os juízes porventura conflitantes.

9. Não se pode confundir incompetência de juízo com ilegitimidade das partes. É absolutamente inviável que, a pretexto de julgar conflito de competência, o Tribunal faça, em caráter originário, sem o crivo das instâncias ordinárias, um julgamento a respeito da legitimidade das partes, determinando a inclusão ou a exclusão de figurantes da relação processual. Conforme já assentado nessa Corte, “a competência para a causa é fixada levando em consideração a situação da demanda, tal como objetivamente proposta. Em se tratando de competência em razão da pessoa, o que se considera são os entes que efetivamente figuram na relação processual, e não os que dela poderiam ou deveriam figurar, cuja participação é fato futuro e incerto, dependente do que vier a ser decidido no curso do processo. A competência federal prevista no art. 109, I, da CF, tem como pressuposto a efetiva presença, no processo, de um dos entes federais ali discriminados” (AgRg no CC 47.497/PB, DJ de 09.05.2005). Essa orientação

*vem sendo reiteradamente adotada pela Seção, em precedentes sobre demandas a respeito da cobrança dos serviços de telefonia (v.g.: CC 48.447/SC, DJ de 13.06.2005; CC 47.032/SC, DJ de 16.05.2005; CC 47.016/SC, DJ de 18.04.2005; CC 47.878/PB, DJ de 23.05.2005). 10. O pedido de suspensão das ações individuais até o julgamento das ações coletivas, além de estranho aos limites do conflito de competência, não pode ser acolhido, não apenas pela autonomia de cada uma dessas demandas, mas também pela circunstância de que as ações individuais, na maioria dos casos, foram propostas por quem não figura como substituído processual em qualquer das ações coletivas. 11. Conflito não conhecido” (STJ – 1 Seção – CC 47.731/DF – Rel. Min. Francisco Falcão, j. em 14/09/2005)*

Por isso, qualquer regra que venha a organizar esse quadro será muito bem-vinda.

No caso em tela, o Projeto encampa várias diretrizes que hoje podem ser identificadas com a posição majoritária na jurisprudência, além de aprofundar aspectos importantes para o julgamento da causa coletiva. De uma maneira sintética, a proposta contida no Projeto é manter a regra geral da competência territorial, de natureza absoluta, no local do dano (*caput* do art. 81-A do CDC), a partir da descrição contida na exordial (art. 81-A, § 3º, do CDC), mas definir parâmetros claros e objetivos para a reunião das ações coletivas, qualquer que seja a natureza do interesse (difusos, coletivos ou individuais homogêneos). Assim, será competente o foro do local, se o dano for local, da capital, se o dano for regional, e do Distrito Federal, se o dano for nacional.

No caso de concurso de ações coletivas sobre o mesmo tema, manteve a orientação de fixação da competência pela prevenção. Mas previu que no âmbito da Justiça Estadual, quando a extensão do dano local atingir diversas comarcas, que a competência será daquela que tiver a entrância mais elevada (art. 81-A, § 2º, do CDC) e, dentro da Comarca, no juízo especializado (art. 81-A, § 5º, do CDC). Por fim, determinou o afastamento das regras de prevenção quando a questão coletiva já estiver sendo objeto de inquérito ou investigação levada a efeito pelos Entes Públicos (art. 81-A, § 6º, do CDC).

### 3.3. A Previsão da Atuação da Defensoria Pública nas Ações Coletivas (art. 82 do CDC e art. 5º da LACP)

Redação atual do CDC	PLS n.º 282/2012
<p>Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:</p> <p>(...)</p> <p>III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;</p>	<p>Art. 82. Para os fins do art. 81, § 1º, são legitimados concorrentemente:</p> <p>(...)</p> <p>V - a Defensoria Pública.</p>
Redação atual da LACP	PLS n.º 282/2012
<p>Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:</p> <p>(...)</p> <p>§ 5.º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.</p>	<p>Art. 5º (...)</p> <p>§ 5º Independentemente da justiça competente, admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos e as Defensorias Públicas da União, do Distrito Federal e dos Estados para a defesa dos interesses e direitos de que cuida esta Lei</p>

O dispositivo destacado visa incluir a Defensoria Pública no rol de legitimados para propor ações coletivas em favor dos consumidores. A proposta, embora não seja inovadora, é positiva e deve ser apoiada. Em primeiro lugar, porque corrige uma distorção criada pelo texto original do CDC. De fato, desde 1990, os núcleos de defesa do consumidor das Defensorias Públicas do País podem ajuizar ações coletivas em favor dos consumidores, por força do inciso III do parágrafo único do art. 82 do CDC em vigor, que atribui tal prerrogativa aos órgãos da Administração Pública direta sem personalidade jurídica especificamente destinados à defesa dos consumidores. No entanto, as próprias Defensorias Públicas,

enquanto instituições, não tinham tal legitimidade.<sup>21</sup>

Note-se que, em 2007, a Lei da Ação Civil Pública foi alterada para atribuir legitimidade para a Defensoria Pública para propor ação civil pública. De fato, com a promulgação da Lei nº 11.448, o rol de legitimados a propor a ação civil pública passou a ser o seguinte:

“Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, b) à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.”

---

21 Mesmo durante o período inicial da vigência do CDC, parcela considerável da jurisprudência entendia, apesar da redação do art. 82, que a instituição Defensoria Pública tinha legitimidade para a defesa coletiva dos consumidores. Neste sentido, veja-se: “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSE COLETIVO DOS CONSUMIDORES. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA. 1. A Defensoria Pública tem legitimidade, a teor do art. 82, III, da Lei 8.078/90 (Cód. de Defesa do Consumidor), para propor ação coletiva visando à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores necessitados. A disposição legal não exige que o órgão da Administração Pública tenha atribuição exclusiva para promover a defesa do consumidor, mas específica, e o art. 4.º, XI, da LC 80/94, bem como o art. 3.º, parágrafo único, da LC 11.795/02-RS, estabelecem como dever institucional da Defensoria Pública a defesa dos consumidores” (TJRS – 4ª Câmara Cível – AC 70014404784 – Rel. Des. Araken de Assis).

Assim, como um dos bens jurídicos tutelados pela ação civil pública é o Direito do Consumidor (art. 1.º da Lei da Ação Civil Pública) e este Diploma é aplicável ao CDC (art.21), resta evidente que a Defensoria Pública, enquanto instituição, passou a ostentar a legitimidade para propor ações coletivas em defesa dos consumidores, independentemente de qualquer outro requisito.

Anote-se, ainda, que a legitimidade da Defensoria Pública não está prevista apenas no citado art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, mas também, dentre outros textos, na Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (Lei Complementar n.º 80/94, com a redação atribuída pela Lei Complementar n.º 132/09), que diz em seu artigo primeiro:

“Art. 1.º Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal”.

Mais à frente, o mesmo Diploma arremata:

“Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

(...)

VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes;

Em terceiro lugar, a proposta tem pertinência, porque ajudaria a dissipar as controvérsias sobre a legitimidade da Defensoria Pública no âmbito da tutela coletiva.<sup>22</sup>

---

22 A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP ajuizou

Consoante, a Defensoria Pública é uma instituição prevista no art. 134 da Constituição Federal como órgão essencial à função jurisdicional do Estado, além de ser responsável pela orientação jurídica e defesa das pessoas carentes financeiramente. Por isso, ela possui todas as prerrogativas para exercer a defesa coletiva dos consumidores, independentemente de sua condição econômica, como função atípica de relevância social.

Apesar de na doutrina e na jurisprudência ser pacífica a aptidão da Defensoria Pública para atuar na defesa dos interesses metaindividuais<sup>23</sup> o tema tornou-se debatido em razão da interposição pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP de uma ação declaratória de inconstitucionalidade perante o STF (ADIn 3943), sustentando a inconstitucionalidade da inclusão da Defensoria Pública no rol de legitimados para propor a ação civil pública (art. 5º, II, da LACP, com a redação atribuída pela Lei nº 11.448/07).

Na visão da CONAMP, o Ministério Público é o verdadeiro titular da ação civil pública e a inclusão da Defensoria Pública no rol de legitimados estaria a lhe usurpar funções de matriz constitucional (art. 129 da CF). Mais, acrescenta, que a Defensoria Pública somente poderia atender aos hipossuficientes econômicos, individualmente considerados. Assim, o dispositivo inquinado como inconstitucional estaria desviado a instituição de seu papel constitucional de defender as pessoas carentes.

Na mesma ação constitucional, ainda é apresentado um pedido subsidiário, na hipótese de ser reconhecida a legitimidade da Defensoria Pública para a atuação transindividuais, para que se faz uma interpretação conforme a constituição, declarando que a atuação coletiva fique restrita aos interesses individuais homogêneos dos hipossuficientes (como se fosse possível, do ponto de vista prático, fazer tal distinção).

---

a ADIn nº 3943/07, visando ver reconhecida a inconstitucionalidade da inclusão da Defensoria Pública para propor ação civil pública, nos termos do art. 5º da Lei 7.347/85, com a redação atribuída pela Lei nº 11.448/07.

23 Por todos, sintetizando o pensamento da doutrina e jurisprudência brasileira, confira-se o parecer lavrado por Ada Pellegrini Grinover para a Associação Nacional de Defensores Públicos – ANADEP, a respeito da arguição de inconstitucionalidade do inciso II do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/85 –, com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007, que conferiu legitimação ampla à Defensoria Pública para ajuizar a demanda, em discussão na Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP (ADIN 3943, Relatora Ministra Cármen Lúcia).

Na realidade, em matéria de tutela coletiva, quanto maior o número de legitimados, melhor será a possibilidade de efetiva proteção de tais interesses. Além disso, a Defensoria Pública, por atender milhões de pessoas, tem não apenas estrito contato com a realidade das demandas, mas também legitimidade direta (decorrente do contato direto e concreto com a sociedade) para a atuação coletiva. Por fim, necessário destacar que a Defensoria Pública não atua apenas em favor do hipossuficiente econômico (atuação típica), mas também dos deficientes técnicos e jurídicos (atuação atípica), como no caso de crianças e adolescentes infratores, pessoas vítimas de violência doméstica, idosos em situação de risco, acusados criminais etc.

Assim, o texto proposto, acertadamente, positiva a orientação prevalente, segundo a qual a Defensoria Pública tem legitimidade para propor ação coletiva em favor do consumidor, em consonância com idêntica previsão estabelecida em outros diplomas legais.

O Projeto prevê ainda a possibilidade da formação do litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos e as Defensorias Públicas. Esta alteração visa ampliar a regra já existente no § 5º do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, que permite a formação do litisconsórcio facultativo entre os diferentes segmentos do Ministério Público. Esta previsão já é efetuada na prática,<sup>24</sup> pois existem diversas ações coletivas propostas em conjunto entre o MP e a DP. De modo que a proposta é correta e deve ser acolhida.

### **3.4. A Fixação de Honorários e de uma Compensação Financeira em Favor da Associação Civil Vencedora na Ação Coletiva (art. 87, § 2º, do CDC)**

Redação atual do CDC	PLS n.º 282/2012
Art. 87. Nas ações coletivas de que trata este código não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e	Art. 87 (...) § 1º (...) § 2º Em caso de procedência da demanda coletiva, os honorários

<sup>24</sup> Por todos, veja-se “ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ENADE. DIPLOMA DE GRADUAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA. IES. INEP. MEC. AUSÊNCIA DE INSCRIÇÃO NO EXAME. FALHA ADMINISTRATIVA” (TRF4 – 3ª Turma – REOAC 2008.71.02.001988-1 – Rel. Des. Maria Lúcia Luz Leiria, j. em 31/08/2010)

<p>quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.</p> <p>Parágrafo único. Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.</p>	<p>advocatícios devidos às associações, quando o trabalho profissional tiver sido complexo:</p> <p>I – serão fixados em porcentagem não inferior a vinte por cento, calculada sobre o valor da condenação;</p> <p>II – serão arbitrados pelo juiz, na impossibilidade de aplicação do disposto no inciso I, observados os critérios de proporcionalidade e razoabilidade.</p> <p>§ 3º Na hipótese de relevante interesse público, direta ou indiretamente satisfeito pela demanda movida pela associação, o juiz, sem prejuízo da verba da sucumbência, poderá fixar compensação financeira, suportada pelo réu, observados os critérios de proporcionalidade e razoabilidade.</p>
---	--

Sem sobra de dúvida, é muito custoso para uma associação civil promover uma ação coletiva. Mesmo com a isenção de custas, taxas e honorários advocatícios previstos na Lei da Ação Civil Pública (art. 17 e 18), a preparação da ação e seu acompanhamento em juízo podem gerar gastos significativos. Por isso, a Comissão resolveu criar dois estímulos para que as associações civis ajuizassem ações coletivas: de um lado, estabeleceu regras especiais para a fixação dos honorários de sucumbência, de outro, previu a possibilidade da concessão judicial de uma compensação financeira pelo sucesso da empreitada coletiva, a ser paga pelo réu.

De fato, o art. 87, § 2º, do Projeto prevê que em caso de procedência da demanda coletiva, os honorários advocatícios devidos às associações serão fixados em, no mínimo, 20% da condenação, ou por arbitragem judicial. Trata-se de uma proposta razoável e que se ajusta com as características peculiares da atuação profissional em ações coletivas, tais com a complexidade jurídica, grau de responsabilidade, tempo de duração etc.

A outra proposta, inserida no art. 87, § 3º, do Projeto, é mais controvertida. Atribuir uma compensação financeira para a associação

promovedora de uma ação coletiva bem sucedida pode gerar questionamentos de ordem moral e jurídica. De fato, se uma associação promove uma ação coletiva para defender um interesse afeto à sua constituição (pertinência temática – art. 82, IV, do CDC), está apenas cumprindo a sua função estatutária. Assim, remunerar tal atitude a título compensatório parece incoerente e distante das tradições jurídicas brasileiras.

Por tais motivos, recomenda-se a rejeição de tal dispositivo:

“Art. 87. (...)”

§ 3º (REJEITADO)”

### **3.5. O Procedimento das Ações Coletivas de Consumo (Capítulo I-A do CDC)**

3.5.1. Inclusão de um capítulo dedicado ao procedimento das ações coletivas de consumo (art. 90-A do CDC)

PLS n.º 282/2012
CAPÍTULO I-A DO PROCEDIMENTO DA AÇÃO COLETIVA Seção I Disposições Gerais Art. 90-A. A ação coletiva, na fase de conhecimento, seguirá o rito ordinário estabelecido no Código de Processo Civil, obedecidas as modificações previstas neste Código.

A Comissão sentiu a necessidade de dar tratamento mais extenso e detalhado ao procedimento das ações coletivas, para adaptar o rito individualista do CPC à realidade das questões coletivas. Apesar de validade da iniciativa, o artigo inaugural do novel capítulo, no entanto, incide em uma imprecisão terminológica. Ele diz que o procedimento a ser adotado nas ações coletiva será “*o ordinário estabelecido no Código de Processo Civil, obedecidas as modificações previstas neste Código*”.

Na verdade, se hoje o procedimento das ações coletivas, no CDC, é efetivamente o ordinário, no Projeto, o procedimento torna-se essencialmente especial. Trata-se, em verdade, de uma das maiores rupturas procedimentais, em comparação ao procedimento ordinário do CPC, já experimentada pela legislação extravagante nos últimos

anos. De fato, o rito previsto no Projeto tem, na sua fase inicial, após o oferecimento da petição inicial, a audiência de conciliação, a resposta do réu e a audiência ordinatória. Somente a partir da fase instrutória é que o procedimento passa a seguir as diretrizes do rito ordinário do CPC. Assim mesmo, diante da previsão da adaptabilidade (com a possibilidade de alteração de prazos e da ordem da produção da prova – art. 90-D do CDC), o caminho processual pode se manter especial até a fase de julgamento. Isso, sem falar em outros aspectos peculiares previstos para o processo coletivo, tais como a intervenção do *amicus curiae*, do terceiro imparcial ou do agente fiscalizador, a realização de audiências públicas, modificação do regime dos efeitos dos recursos etc.

Certamente, a Comissão, ao elaborar o texto, apostou na aprovação do Novo Código de Processo Civil, atualmente em tramitação no Congresso Nacional (PLS nº 8.046/2010). O problema é corre-se o risco de ter um procedimento tão especial e diferente que chegue a causar controvérsias não apenas na tramitação das ações coletivas, mas também nas ações individuais, em razão do efeito irradiador que o CDC possui. Basta imaginar um juízo singular aplicando regras previstas no novo Capítulo – I-A do CDC aos processos individuais relativos ao Direito do Consumidor.

Não obstante, acredita-se que a iniciativa é positiva e deve ser apoiada. Há muitos anos se ouve falar que o processo civil precisa ser alterado para torná-lo mais eficaz e instrumental. O ideal seria que essa mudança fosse engendrada a partir de um novo CPC. Mas se for necessário que a mudança comece com o CDC, que assim seja. Ademais, isso não seria uma novidade, já que algumas das medidas que estão hoje no CPC tiveram origem no CDC, como é o caso da tutela específica das obrigações mandamentais (art. 84 do CDC).

De qualquer sorte, é importante lembrar que os ritos especiais se utilizam da aplicação subsidiária do rito ordinário do CPC, por expressa determinação do parágrafo único do art. 272 deste Diploma. Pode parecer apenas um jogo de palavras, mas existem diferenças práticas em dizer que o rito é o ordinário com modificações ou que o rito é especial (ensejando aplicação subsidiária do procedimento ordinário). A questão mais relevante é a utilização deste rito especial para outras demandas coletivas, que não aquelas tratadas no CDC. Por isso, melhor seria se o art. 90-A do Projeto assinalasse apenas o seguinte: a ação coletiva, na fase de conhecimento, seguirá o rito especial previsto neste capítulo, aplicando-se subsidiariamente as regras referentes ao rito ordinário do CPC:

“Art. 90-A. A ação coletiva, na fase de conhecimento, seguirá o rito especial previsto neste capítulo, aplicando-se subsidiariamente as regras referentes ao rito ordinário do CPC.”

### 3.5.2. Adaptabilidade do procedimento (art. 90-A do CDC)

PLS n.º 282/2012
Art. 90-A. (...) § 1º O juiz poderá: I - dilatar os prazos processuais; II - alterar a ordem da produção dos meios de prova, até o momento da prolação da sentença, adequando-os às especificidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico coletivo, sem prejuízo do contraditório e do direito de defesa.

O parágrafo primeiro do art. 90-A do Projeto, inspirado na vertente neoconstitucionalista que vem influenciando o Direito Processual,<sup>25</sup> consagra em seu texto o chamado princípio da adaptabilidade procedimental<sup>26</sup> Busca-se, assim, permitir que o juiz tenha maior liberdade na condução do processo, ajustando o rito à realidade da questão coletiva em prol de uma maior efetividade na prestação da tutela jurisdicional e na solução do problema.

A adaptabilidade é instrumentalizada, aqui, em duas vertentes: a alteração dos prazos processuais e a alteração da ordem da produção da prova. A modificação dos prazos processuais tem amparo no princípio da igualdade material (proporcionalidade e paridade de armas)<sup>27</sup> e visa assegurar uma melhor performance processual em face do caso concreto.

---

25 Por todos, veja-se Luís Roberto Barroso, **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C70-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acessado em: 04.12.2012.

26 Por todos, veja-se as anotações de Fredie Didier Jr.: **Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, nº 57, 01/07/02. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2986>>. Acesso em: 22/09/2011.

27 Por todos, veja-se as anotações de Fredie Didier Jr.: **Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, nº 57, 01/07/02. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2986>>. Acesso em: 22/09/2011.

A alteração da ordem da produção da prova, por seu turno, tem por objetivo atender às diretrizes de eficácia e redução de danos marginais ao processo. Um exemplo claro, no plano individual, do alcance dessa percepção pode ser dado através da ação de obrigação de fazer, normalmente cumulada com perdas e danos, decorrente de uma infiltração no imóvel do autor. Atualmente, a ação é proposta e contestada, sem que se saiba quem é o responsável pela infiltração. Depois é feita uma audiência de conciliação que resta infrutífera porque não se sabe quem é o responsável pela infiltração. Finalmente, após uma longa tramitação e da prática de atos ineficazes, é feita a perícia que determina a responsabilidade pela infiltração (sendo certo que o autor teve que suportar a infiltração em sua casa durante todo esse período, para não comprometer a prova pericial). Neste momento, o processo estará maduro para julgamento. Com o princípio da adaptabilidade, o juiz pode determinar a citação do réu, não para se defender, mas para apresentar quesitos periciais. Depois de feita a perícia, dizendo quem é o responsável pela infiltração, é marcada a audiência de conciliação. Não havendo acordo, o réu pode contestar. Em seguida, a causa está pronta para ser julgada.

A mesma lógica pode ser aplicada ao processo coletivo. Imagine-se um vazamento industrial num rio, que compromete a qualidade da água. O ponto central da discussão coletiva é estabelecer o nexo de causalidade entre a poluição observada e as empresas que a causaram, além de dimensionar os danos e arrolar as medidas necessárias para a reparação e recomposição do meio ambiente. O cerne da questão coletiva é, como no exemplo da infiltração, a perícia. Por isso, a melhor maneira de dotar o processo de eficácia é, sem dúvida, trazer a produção da prova pericial para o início do procedimento. Isso permite a adoção de medidas imediatas para tratar a questão, além de facilitar a conciliação entre as partes (art. 90-B do Projeto).

O dispositivo em questão, embora inovador na sistemática vigente, pode vir a ser incorporado pelo ordenamento jurídico pátrio, caso seja aprovado o Projeto de Lei que visa instituir um novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei da Câmara nº 8.046/10). Seu texto, aliás, é ligeiramente superior ao previsto para o CPC projetado,<sup>28</sup> por

---

28 “Art. 118. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) V – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico”.

fazer expressa menção aos parâmetros da sua utilização: o respeito ao contraditório e à ampla defesa. Trata-se de solução já adotada em alguns países, como em Portugal e na Alemanha. De fato, dispõe o art. 265-A do Código de Processo Civil Português:

“Art. 265.º-A: (Princípio da Adequação Formal)  
Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações”

O §139 do Código de Processo Civil Alemão, por sua vez, dispõe:

“CONDUÇÃO MATERIAL DO PROCESSO. (1) O órgão judicial deve discutir com as partes, na medida do necessário, os fatos relevantes e as questões em litígio, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático, formulando indagações, com a finalidade de que as partes esclareçam de modo completo e em tempo suas posições concernentes ao material fático, especialmente para suplementar referências insuficientes sobre fatos relevantes, indicar meios de prova, e formular pedidos baseados nos fatos afirmados. (2) O órgão judicial só poderá apoiar sua decisão numa visão fática ou jurídica que não tenha a parte, aparentemente, se dado conta ou considerado irrelevante, se tiver chamado a sua atenção para o ponto e lhe dado oportunidade de discuti-lo, salvo se se tratar de questão secundária. O mesmo vale para o entendimento do órgão judicial sobre uma questão de fato ou de direito, que divirja da compreensão de ambas as partes. (3) O órgão judicial deve chamar a atenção sobre as dúvidas que existam a respeito das questões a serem consideradas de ofício. (4) As indicações conforme essas prescrições devem ser comunicadas e registradas nos autos tão logo seja possível. Tais comunicações só podem ser provadas pelos registros nos autos. Só é admitida contra o conteúdo dos autos prova de falsidade. (5) Se não for possível a uma das partes responder prontamente a uma determinação judicial de esclarecimento, o órgão judicial poderá conceder um prazo para posterior esclarecimento por escrito”

### 3.5.3. A obtenção de documentos necessários para instruir a ação coletiva (art. 90-A do CDC)

Redação atual da LACP	PLS n.º 282/2012
<p>Art. 8º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias.</p> <p>§ 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.</p> <p>§ 2º Somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los.</p>	<p>Art. 90-A. (...)</p> <p>§ 3º O interessado poderá solicitar e o Ministério Público requisitar, de qualquer pessoa, física ou jurídica, indicando a finalidade, as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de quinze dias, para instruir a inicial.</p>

Outra medida de grande valia é a previsão expressa para que os interessados possam requerer certidões e informações de “*qualquer pessoa, natural ou jurídica*”, para instruir a ação coletiva. O Ministério Público normalmente obtém tais documentos mediante requisição feita no bojo de um inquérito civil público (art. 90 do CDC) e os demais entes públicos, através dos procedimentos administrativos que lhes são próprios. Os principais beneficiados desta medida serão os órgãos administrativos e as associações civis, que poderão obter documentos que, atualmente, diante da recusa, dependem de ação cautelar para serem acessados.

Importante destacar, entretanto, que o tratamento dado à matéria pela Lei da Ação Civil Pública é superior, pois prevê que quando a questão for sigilosa, havendo negativa no fornecimento da informação, a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos,

cabendo ao juiz requisitá-los.

Por isso, a sugestão que se faz é a seguinte:

“Art. 90-A. (...)”

§ 3º O interessado poderá solicitar e o Ministério Público requisitar, de qualquer pessoa, física ou jurídica, indicando a finalidade, as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de quinze dias, para instruir a inicial. Somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los”

#### 3.5.4. A fixação do valor da causa coletiva (art. 90-A do CDC)

PLS n.º 282/2012
Art. 90-A. (...) § 4º Caso seja inestimável ou de difícil mensuração, o valor da causa será indicado pelo autor, segundo critério de razoabilidade, com a fixação em definitivo pelo juiz na sentença.

O objetivo do art. 90-A, § 4º, do Projeto em tela parece ter sido o de afastar das ações coletivas a possibilidade de interposição do incidente de impugnação ao valor da causa (art. 261 do CPC). Esta é, salvo melhor juízo, a única justificativa para se aceitar um valor da causa “provisório”, a ser definido na sentença.

Não parece ser essa, entretanto, a melhor solução para o tema. Na verdade, o valor da causa serve de parâmetro para diversos institutos, mesmo ao longo da tramitação do feito (multas, honorários, custas etc). Por isso, a sua correta aferição merece tratamento diferenciado e imediato. O que a Comissão poderia ter feito era vedar expressamente a impugnação ao valor da causa, determinando que a questão seja resolvida pela interposição de recurso de agravo de instrumento por quem se sentir prejudicado, servindo a decisão para estabilizar o tema, até a prolação da sentença (quando poderá ser revisto, sem eficácia retroativa).

Ademais, na maioria das vezes, especialmente em se tratando de interesses difusos e coletivos, o valor da causa será “*inestimável ou de difícil mensuração*”. Por isso, lançar ao alvedrio do autor a

quantificação, ainda que provisória, do valor da causa, não parece ser recomendável. Note-se, igualmente, que o dispositivo diz que a fixação do valor causa deve atender ao “critério de razoabilidade”, o que dá margem ao controle judicial e à impugnação da parte contrária.

Por essas razões, parece ser mais adequado rejeitar a inovação:

“Art. 90-A. (...)”

§ 4º (REJEIÇÃO)”

### 3.5.5. A conciliação e a substituição processual (art. 90-B do CDC)

PLS n.º 282/2012
Seção II Da Conciliação Art. 90-B. O juiz, apreciado eventual requerimento de medida de urgência, designará audiência de conciliação, no prazo máximo de quinze dias, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir, aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de Processo Civil. § 1º A audiência de conciliação será conduzida por mediador ou conciliador judicial, onde houver, nos termos da legislação em vigor. § 2º O não comparecimento injustificado do réu ou de seu procurador, com plenos poderes para transigir, é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento do valor da causa ou da vantagem econômica objetivada, revertida em favor dos Fundos, nacional, distrital ou estaduais, de Direitos Difusos.
§ 3º O não comparecimento injustificado do autor acarretará a assunção da causa pelo Ministério Público, salvo recusa fundamentada. § 4º Caso o membro do Ministério Público recuse a assunção da causa, o juiz, não aceitando os fundamentos da recusa, adiará a audiência de conciliação e informará o órgão superior competente da instituição para que, querendo, designe outro integrante. § 5º As partes poderão transigir sobre o modo, prazo e lugar de cumprimento da obrigação relativa a direitos difusos ou coletivos, desde que haja concordância do Ministério Público, devendo a transação ser homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial. § 6º No caso de interesses ou direitos individuais homogêneos, as partes poderão transacionar, após a oitiva do Ministério Público, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de não concordar com a transação, podendo nesse caso propor ação individual. § 7º O juiz ou o relator poderá tentar a conciliação em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Apesar do Projeto não ter tratado de forma expressa da concessão de tutela de liminares, o art. 90-B previu um momento próprio para apreciação de tal expediente: o recebimento da exordial. Nada obsta, entretanto, que os pedidos de medida de emergência sejam formulados e apreciados a qualquer tempo, enquanto não proferida a sentença<sup>29</sup>

Logo em seguida, visando conferir um encadeamento de etapas, inclusive com a determinação de um prazo para o autor, evitando que a questão se prolongue no tempo, o dispositivo assinala que a audiência de conciliação será marca “com antecedência mínima de quinze dias, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir”. Mais a diante, arremata afirmando que a “audiência de conciliação será conduzida por mediador ou conciliador judicial”.

Portanto, parece claro que a Comissão previu a realização de uma audiência tipicamente de conciliação e não da preliminar, prevista no art. 331 do CPC, onde, além da conciliação, o juiz declara saneado o processo, fixa os pontos controvertidos e organiza a instrução (tais medidas são deslocadas para a audiência ordinatória prevista no art. 90-D do Projeto).

Outro ponto a chamar a atenção é que, ao contrário da audiência preliminar, esta audiência de conciliação parece ser “obrigatória”, ou seja, inerente a todos os procedimentos coletivos. Esta posição é corroborada pela redação dos parágrafos segundo e terceiro do dispositivo, que sancionam gravemente a ausência injustificada das partes à audiência de conciliação. É uma proposta positiva, na medida em que atribui à conciliação, nas causas coletivas, papel primordial na rápida e efetiva solução da questão. De fato, a facultatividade da audiência preliminar está melhor associada aos interesses privados, nas questões individuais.

O § 1º do art. 90-B estabeleceu ainda que a audiência conciliatória será conduzida por conciliador ou mediador. Muito embora a Resolução n.º 125 do CNJ afirme que tanto a conciliação como mediação judicial devem ser feitas sem a participação direta do juiz, parece que, ao menos em relação à conciliação, tal determinação deva ser mitigada no âmbito da tutela coletiva. De fato, parece ser mais prudente deixar ao juiz a tarefa de buscar a conciliação em causas que podem ser de alta

---

29 Existem vozes abalizadas que sustentem que até na sentença é possível obter um provimento liminar. Nesse sentido, por todos, veja-se Luiz Guilherme Marinoni, **A Antecipação da Tutela**, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 134. Na sistemática do Projeto, entretanto, tal expediente se torna desnecessário, na medida em que os recursos não tem, de regra, efeito suspensivo (art. 90-H).

complexidade e envolvendo interesses que podem ser atingir milhares de pessoas e cifras milionárias.

Por isso, fica consignada a sugestão para que seja suprimida do texto do parágrafo primeiro do art. 90-B a referência ao conciliador e seja incluída a atuação do juiz:

“Art. 90-B. (...)”

§ 1º A audiência de conciliação será conduzida diretamente pelo juiz ou por mediador judicial, onde houver, nos termos da legislação em vigor”

Note-se, por outro lado, que os parágrafos segundo e terceiro do art. 90-B indicam que a ausência injustificada das partes à audiência de conciliação será severamente punida: a falta do réu caracteriza ato atentatório à dignidade da justiça e enseja a aplicação de multa e o não comparecimento do autor acarreta o encerramento do procedimento, sem resolução do mérito. Neste passo, necessário criticar a redação final do dispositivo.

Melhor seria se dissesse que o MP tem a atribuição de apreciar tanto a escusa apresentada pelo autor, se oferecida, como a possibilidade de assumir a autoria da demanda. Uma redação nesse sentido poderia ser da seguinte maneira:

“Art. 90-B. (...)”

§ 2º As partes e o Ministério Público serão pessoalmente intimados para comparecerem na audiência de conciliação designada, com antecedência mínima de 5 dias da data de sua realização.

§ 3º Na hipótese do autor não comparecer na audiência de conciliação, independentemente de nova intimação, terá o prazo de cinco dias contado da data da audiência para apresentar sua justificativa, sob pena de ser sua ausência considerada ato atentatório à dignidade da justiça, sancionada com multa de até dois por cento do valor da causa ou da vantagem econômica objetivada, revertida em favor dos Fundos, nacional, distrital ou estaduais, de Direitos Difusos; em seguida, com ou sem a justificativa do autor, os autos serão imediatamente remetidos ao Ministério Público, para se manifestar sobre o ocorrido e,

se for o caso, sobre seu interesse em assumir o polo ativo da demanda, no prazo de dez dias.”

Merece destaque o fato do § 4º do art. 90-B do Projeto ter regrado o procedimento a ser adotado no caso do juiz não concordar com a recusa do membro do Ministério Público em assumir a autoria da ação coletiva. A similitude do que ocorre com o arquivamento do inquérito civil (art. 9º, §§ 3º e 4º, da LACP) e do inquérito policial (art. 28 do CPP), a questão será resolvida pelo órgão superior competente da instituição, que pode confirmar a recusa ou designar outro promotor para assumir o feito.

Outra inovação digna de nota diz respeito à previsão de que as partes podem acordar sobre o modo, prazo e lugar de cumprimento da obrigação relativa aos interesses coletivos e difusos, desde que haja concordância do Ministério Público (art. 90-B, § 5º, do Projeto). Por certo, o dispositivo abrange o próprio Ministério Público, quando patrocinando a causa coletiva, afastando o dogma da indisponibilidade do objeto coletivo, como, aliás, já se faz em relação aos Termos de Ajustamento de Conduta.

É preciso mencionar, ainda, que o citado parágrafo quinto deixou de mencionar a transação quando aos direitos individuais homogêneos, para dar um tratamento próprio no parágrafo seguinte. De fato, o parágrafo sexto garante ao indivíduo que não concordou com o ajuste firmado na ação coletiva sobre direitos individuais homogêneos o direito de ingressar com a sua ação individual para discutir a questão. Adotou assim, o Projeto, o sistema *opt out* em matéria de acordo sobre interesses individuais homogêneos.

Por fim, o § 7º do art. 90-B do Projeto estabelece aquilo que deveria existir no CPC, de forma genérica para todos os procedimentos: que a conciliação pode ser buscada a qualquer tempo, inclusive no âmbito do tribunal, pelo relator do processo. Atualmente, apesar do CPC em vigor dizer que a conciliação pode ser tentada “*a qualquer tempo*”,<sup>30</sup> inexistente a prática da realização de investidas conciliatórias nas instâncias superiores. Por isso, digna de reverência a proposta apresentada.

---

30 Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: (...) IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”.

### 3.5.6. O prazo para a resposta do réu (art. 90-C do CDC)

PLS n.º 282/2012
Seção III Da Tramitação do Processo Subseção I Da Resposta do Réu e da Audiência Ordinatória Art. 90-C. O juiz fixará o prazo para a resposta nas ações coletivas, que não poderá ser inferior a vinte ou superior a sessenta dias, atendendo à complexidade da causa ou ao número de litigantes, contados a partir da data da realização da audiência de conciliação ou da última sessão do procedimento conciliatório.

O art. 90-C estabelece os parâmetros temporais para o oferecimento da resposta. Trata-se de regra similar à existente em relação à ação rescisória (art. 491 do CPC),<sup>31</sup> com a vantagem que prevê os elementos que deverão ser considerados para a fixação do prazo, como, por exemplo, a complexidade da causa ou o número de litigantes.

O termo *a quo* para oferecimento da resposta será o da realização da audiência de conciliação ou da última sessão do procedimento conciliatório, sem que tenha havia acordo. Trata-se de uma posição diversa da existente tanto no rito sumário como no rito ordinário, mas já experimentada no procedimento possessório, quando necessária a audiência de justificação (art. 930, parágrafo único, do CPC).

### 3.5.7. A exclusão dos prazos processuais diferenciados para oferecimento da resposta (art. 90-C do CDC)

PLS n.º 282/2012
Art. 90-C. (...) Parágrafo único. Ao prazo previsto no <i>caput</i> não se aplicam outros benefícios para responder estabelecidos no Código de Processo Civil ou em leis especiais.

Para encerrar, o parágrafo único do art. 90-C afirma que ao prazo para resposta não aplicam os benefícios para responder estabelecidos no Código de Processo Civil ou em leis especiais. Parece ser uma medida acertada, levando-se em consideração que tal prazo pode oscilar entre

---

31 “Art. 491. O relator mandará citar o réu, assinando-lhe prazo nunca inferior a 15 (quinze) dias nem superior a 30 (trinta) para responder aos termos da ação (...)”.

vinte e sessenta dias. Tal regra afigura-se como aplicável a todos as hipóteses legais de prazos diferenciados, inclusive em relação às partes assistidas pela Defensoria Pública.<sup>32</sup>

### 3.5.8. A audiência ordinatória (art. 90-D do CDC)

PLS n.º 282/2012
Art. 90-D. Não obtida a conciliação e apresentada a defesa pelo réu, o juiz designará audiência ordinatória, tomando fundamentadamente as seguinte decisões, assegurado o contraditório: I - decidirá se o processo tem condições de prosseguir na forma coletiva; II - poderá cindir os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas respectivamente à tutela separada dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, desde que preservado o acesso à Justiça dos sujeitos vulneráveis, assegurada a proteção efetiva ao interesse social e facilitada a condução do processo; III - decidirá a respeito do litisconsórcio e da assistência; IV - poderá encaminhar o caso, com a concordância das partes, para avaliação neutra de terceiro, designado pelo juiz, de confiança delas;
V - fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas; VI - esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova e sobre a possibilidade de sua inversão, em favor do sujeito vulnerável, podendo, desde logo ou no julgamento da causa, invertê-lo, sem prejuízo do disposto no art. 6º, VIII, atribuindo-o à parte que, em razão de deter conhecimentos técnicos ou científicos ou informações específicas sobre os fatos da causa, tiver maior facilidade em sua demonstração; VII - poderá determinar de ofício a produção de provas.

Outra inovação proposta pelo Projeto foi a criação de uma “*audiência ordinatória*”, voltada a promover o saneamento do feito e também para apreciação de outras medidas, tais como a conversão da demanda, de coletiva para individual, a divisão da demanda, em

---

32 Tal observação certamente não ficará imune a críticas, pois o prazo em dobro da Defensoria Pública está previsto em Lei Complementar e específica (art. 44, I, da LC 80/94). Mesmo assim, parece ser sustentável a exclusão dentro da lógica implementada pela Teoria do Estatuto das Ações Coletivas.

diferentes demanda coletivas e a inclusão de litisconsorte e de assistente. Trata-se de outra modalidade de audiência “obrigatória”, uma vez que presente em todos os procedimentos coletivos (ressalvada a hipótese de acordo ou de julgamento conforme o estado do processo).

O texto proposto é muito bom. O único ponto que merece maior reflexão diz respeito à menção quanto ao litisconsórcio e à assistência. A literalidade do texto pode levar o interprete a concluir que somente neste momento tais institutos poderão ser apreciados e que a assistência é a única modalidade de intervenção de terceiro cabível no processo coletivo. Por isso, talvez fosse o caso de dar uma redação mais ampla ao inciso III do art. 90-D do Projeto:

“Art. 90-D. (...)

III - decidirá a respeito de questões processuais pendentes de julgamento;”

O inciso VI do art. 90-D, por sua vez, afirma, com propriedade, que na audiência ordinatória o juiz deverá esclarecer as partes sobre a distribuição do ônus da prova e sobre a possibilidade de sua inversão. Tratou, assim, de uma só tacada, de duas teorias diferentes, mas bastante próximas: a inversão do ônus da prova e a carga dinâmica da prova. Resolveu com isso uma das grandes discussões existentes tanto na doutrina<sup>33</sup> como na jurisprudência<sup>34</sup> sobre qual o momento indicado para

---

33 Um dos membros da Comissão, o Prof. Kazuo Watanabe (**Teoria Geral do Processo**, 19º ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 715) é um dos defensores do entendimento de que a inversão deveria se dar na prolação da sentença, por versar sobre regra do juízo. A corrente majoritária, entretanto, foi a sustentada pelo Prof. Luiz Antônio Nunes Rizzato (**Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Direito Material (arts. 1º ao 54)**, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 134), segundo a qual a inversão deveria ocorrer no saneamento do processo, em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

34 Representando a posição prevalente, pode ser citado o seguinte aresto: “A inversão do ônus da prova, com amparo na regra do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, além de não ser automática e depender do preenchimento de um dos requisitos ali contidos, é regra de procedimento, o que implica em dizer que o Magistrado, necessariamente, até o despacho saneador, deve decretá-la, a fim de que cada parte possa nortear a sua atividade probatória de acordo com tal critério, sob pena de cerceamento de defesa. Assim, se a autora não se insurge oportunamente quanto à omissão do Juiz em inverter o ônus da prova, para o deslinde da questão, válidas são as regras gerais de distribuição do ônus da prova, previstas no artigo 333, I, do Código de Processo Civil” (TJPR – 10ª Câmara Cível – AC 7015250 – Rel. Des. Luiz Lopes, j. em 03/03/2011). A posição minoritária tem, entretanto, inúmeros julgados em

sua realização.

### 3.5.9. A Avaliação Neutra de um Terceiro (art. 90-D do CDC)

PLS n.º 282/2012
Art. 90-D. (...) IV - poderá encaminhar o caso, com a concordância das partes, para avaliação neutra de terceiro, designado pelo juiz, de confiança delas; (...) § 1º A avaliação neutra de terceiro, obtida no prazo fixado pelo juiz, será entregue pelo avaliador diretamente às partes, extra-autos, confidencialmente, não podendo chegar ao conhecimento do juiz. § 2º A avaliação neutra de terceiro não é vinculante para as partes e tem a finalidade exclusiva de orientá-las na composição amigável do conflito.

Medida que provavelmente irá causar alguma polêmica, inclusive por seu ineditismo no País, é a previsão contida no art. 90-D da atuação de um terceiro neutro nos processos coletivos. De acordo como o Projeto, o terceiro será designado pelo juiz, por indicação ou aceitação das partes, para elaborar uma “avaliação neutra” sobre a questão coletiva. Ocorre que esta avaliação será sigilosa, inclusive para o juiz, devendo ser entregue diretamente às partes, “extra-autos”, para orientá-las na composição amigável do conflito.

Mas, afinal, que terceiro neutro é esse?

Não se trata de *amicus curiae*, expressamente mencionado no parágrafo único do art. 90-J e com atuação bastante diversa. Como o texto diz que o terceiro neutro deve ser uma pessoa da confiança das partes, para auxiliá-las na composição do conflito, parece que a inspiração da Comissão foi a chamada *neutral evaluation*, oriunda do direito norte-americano. A *neutral evaluation* retrata um típico componente dos Meios Alternativos de Resolução de Conflitos – MARC ou, no inglês, *Alternative Dispute Resolution – ADR*. Inclusive, quando a avaliação neutra é feita por juízes aposentados, surge o instrumento conhecido como *rent-a-judge* (“juiz de aluguel”). O problema é que a

---

seu favor, como se pode ver da seguinte ementa: “*INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE JULGAMENTO A SER ADOTADA A CRITÉRIO DO JULGADOR, NO MOMENTO DA DECISÃO. DESNECESSIDADE DE INVERSÃO NO DESPACHO SANEADOR*” (TJSP – 10ª Câmara de Direito Privado – AI 4007291520108260000 – Rel. Des. João Carlos Saletti, j. em 26/07/2011).

neutral evaluation tradicionalmente se encontra vinculada à mediação ou à arbitragem, mas não ao processo judicial. Daí o estranhamento em se prever que o juiz irá nomear o terceiro neutro e fixar prazo para a sua atuação.

Parece que o melhor caminho seria prever a possibilidade das partes, de comum acordo, postularem pela suspensão do processo (art. 265, II, do CPC), para buscarem o aconselhamento de um terceiro neutro, de modo extrajudicial (e não “extra-autos”), em prazo certo, mas independentemente de nomeação ou qualquer outra intervenção judicial. De fato, como a avaliação neutra de terceiro tem objetivos declaradamente conciliatórios e prazo fixado pelo juiz para ocorrer, parece recomendável determinar a suspensão do processo, enquanto tal aconselhamento esteja em andamento, para que não sejam praticados atos inúteis.

Assim, o texto poderia ficar assim redigido:

“Art. 90-D. (...)

IV - poderá encaminhar o caso, com a concordância das partes, para avaliação neutra de terceiro, designado pelo juiz, de confiança delas, suspendendo o processo”

### **3.5.10. A Manifestação Sobre a Distribuição do Ônus da Prova nas Ações Individuais (art. 90-D do CDC)**

PLS n.º 282/2012

Art. 90-D. (...)

VI - esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova e sobre a possibilidade de sua inversão, em favor do sujeito vulnerável, podendo, desde logo ou no julgamento da causa, invertê-lo, sem prejuízo do disposto no art. 6º, VIII, atribuindo-o à parte que, em razão de deter conhecimentos técnicos ou científicos ou informações específicas sobre os fatos da causa, tiver maior facilidade em sua demonstração;

(...)

§ 3º Aplica-se aos processos individuais o disposto no inciso VI deste artigo

A regra prevista no § 3º do art. 90-D do Projeto pode ser considerada, em tese, como o único momento em que a Comissão tratou de uma questão fora da esfera coletiva. De fato, este dispositivo diz

que a regra prevista no inciso VI do mesmo artigo será aplicável aos processos individuais.

Embora não seja possível criticar a iniciativa em si, parece que o local para sua inserção não é o mais adequado. Com efeito, parece que o ideal seria que o art. 90-D fizesse uma referência genérica ao art. 6º, VIII, do CDC, e que este dispositivo fosse alterado. A proposta seria assim redigida:

“Art. 6º. (...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a redistribuição e a inversão do ônus da prova no processo civil, em favor do sujeito vulnerável, desde logo ou no julgamento da causa, quando for verossímil a alegação, segundo as regras ordinárias de experiências, atribuindo-o à parte que, em razão de deter conhecimentos técnicos ou científicos ou informações específicas sobre os fatos da causa, tiver maior facilidade em sua demonstração”

“Art. 90-D. (...)

VI - esclarecerá as partes sobre a redistribuição e a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, desta Código”

### **3.5.11. A Audiência Pública e o *amicus curiae* (art. 90-J do CDC)**

PLS n.º 282/2012
Subseção VI Da Audiência Pública e do “ <i>Amicus Curiae</i> ” Art. 90-J. O juiz ou tribunal, em qualquer instância, poderá submeter a questão objeto da ação coletiva a audiências públicas, ouvindo especialistas e membros da sociedade, de modo a garantir a adequada cognição judicial, em qualquer tempo e grau de jurisdição. Parágrafo único. O juiz ou tribunal poderá admitir a intervenção, escrita ou oral, de <i>amicus curiae</i> .

No seu *caput*, o dispositivo estabelece que em qualquer instância poderá ser determinada a realização de audiências públicas sobre o *thema dicidendum* da ação coletiva. A toda evidência, ambas as propostas são positivas e devem ser apoiadas. A realização de audiências públicas

está diretamente associada aos escopos democráticos e participativos, atribuindo transparência e legitimidade ao julgamento coletivo. A medida tem a virtude, ainda, de ampliar a formação do contraditório, auxiliando a formação adequada da vontade estatal diante da questão coletiva. Note-se que o dispositivo deixa claro que a audiência pública pode ser realizada em qualquer fase do procedimento e, inclusive, nas instâncias superiores.

O art. 90-J do Projeto prevê a possibilidade de realização de audiências públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição. Novamente, acertou a Comissão ao prestigiar o instituto das audiências públicas, tão afinado com os ideais democráticos e participativos que devem nortear os processos coletivos. O mesmo se diga em relação à previsão do *amicus curiae*, que pela primeira vez passa a ser admitido na primeira instância.<sup>35</sup>

Outro aspecto que merece destaque é a previsão da intervenção, em qualquer instância, do *amicus curiae*. Aqui, mais uma vez, tem-se em mira a efetividade da tutela jurisdicional, por meio do enriquecimento do debate pela participação de sujeitos qualificados e representativos. Trata-se de previsão afinada com o entendimento doutrinário e jurisprudencial, além de estar em simetria com o projeto de lei que pretende implementar um novo CPC em nosso País.<sup>36</sup>

Para não comprometer o andamento do procedimento, o dispositivo estabeleceu que a intervenção do *amicus curiae* pode ser escrita ou oral.

---

35 Necessário que se diga que o CPC projetado prevê a intervenção do *amicus curiae* em todos os processos, inclusive na primeira instância: “Art. 322. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação. Parágrafo único. A intervenção de que trata o caput não importa alteração de competência, nem autoriza a interposição de recursos”.

36 O art. 320 do Projeto de Lei do Senado n.º 166/10, que prevê o *amicus curiae*, diz: “O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da lide, poderá, por despacho irrecurável, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural, órgão ou entidade especializada, no prazo de dez dias da sua intimação.”

### 3.5.12. O julgamento Antecipado da Lide (art. 90-E do CDC)

PLS n.º 282/2012
Subseção II Do Julgamento Antecipado da Lide Art. 90-E. A lide será julgada imediatamente, se não houver necessidade de audiência de instrução e julgamento ou de perícia, de acordo com a natureza do pedido e as provas documentais apresentadas pelas partes ou requisitadas pelo juiz, observado o contraditório, simultâneo ou sucessivo.

Completando o ciclo de providências preliminares, o Projeto faz referência ao “julgamento antecipado da lide”. Na verdade, seguindo a estrutura do CPC, o mais técnico, *permissa venia*, seria falar em “julgamento conforme o estado do processo”, termo que abarca não apenas o “julgamento antecipado da lide” (art. 330), mas também a “extinção do processo” (art. 329).

Note-se, igualmente, que a doutrina mais autorizada<sup>37</sup> sustenta que o *nomem iuris* “julgamento antecipado da lide” não é o mais adequado. De fato, antecipado é aquilo que é feito antes do momento apropriado, de forma prematura. No caso, o julgamento é feito no momento próprio, porque a causa está madura para julgamento. Sublinhe-se, igualmente, que o termo “lide”, por sua natureza sociológica, vem sendo repelida. Por esses motivos, atualmente, fala-se em “julgamento imediato do mérito”.<sup>38</sup>

Além disso, apesar de conter uma redação superior àquela existente no CPC, tem-se que ela poderia ser ainda mais precisa. Poderia dizer que “o mérito da causa será julgado imediatamente, se não houver a necessidade da produção de outras provas além daquelas já existentes nos autos, observado o contraditório, simultâneo ou sucessivo”.

Conjugando essas ideias, o dispositivo poderia ter a seguinte redação:

“Subseção II

---

37 Alexandre Freitas Câmara, **Lições de Direito Processual Civil**, vol. I, 12ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 310.

38 Luiz Guilherme Marinoni, **Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado**, 2002. p. 127.

## Do Julgamento Conforme o Estado do Processo

Art. 90-E. Não sendo o caso de inadmissibilidade da demanda (art. 267 do CPC), o mérito da causa será julgado imediatamente, se não houver a necessidade da produção de outras provas além daquelas já existentes nos autos, observado o contraditório, simultâneo ou sucessivo”.

### 3.5.13. A Prova Pericial (art. 90-F do CDC)

PLS n.º 282/2012
Subseção III Da Prova Pericial Art. 90-F. O juiz nomeará perito, preferencialmente entre servidores públicos especializados na matéria, se for necessária a realização de prova técnica, requerida pelo legitimado ou determinada de ofício. § 1º Competirá ao Poder Público, de preferência com recursos dos
Fundos, nacional, estaduais, municipais ou do Distrito Federal de Direitos Difusos, após a devida requisição judicial, adiantar a remuneração do perito devida pela associação autora, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública, podendo o perito optar por receber os honorários integralmente ao final. § 2º Ao final da demanda, o vencido, excluídos o Ministério Público, a Defensoria Pública e as associações, restituirá ao Poder Público a importância adiantada a título de antecipação de honorários periciais, que o juiz determinará em decisão mandamental.

O procedimento da produção da prova pericial sofre duas alterações significativas, através do art. 90-F. De um lado, o Projeto prevê no caput do art. 90-F que a perícia seja feita preferencialmente por servidores públicos. É possível que o móvel de tal disposição, mais do que economizar com os honorários, seja garantir a lisura do procedimento, lançando-o à esfera de um funcionário público. A toda evidência, no entanto, trata-se de uma opção arriscada que, espera-se, seja utilizada com toda a prudência pelos julgadores, já que nem sempre os servidores públicos têm condições técnicas e materiais para realizar determinadas perícias de maior envergadura, como também eles estão suscetíveis às influências externas na elaboração de seus estudos.

A outra inovação contida no dispositivo diz respeito ao patrocínio

das perícias privadas através dos fundos de direitos difusos, tais como o Fundo Nacional, previsto pelo art. 13 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e regulamentado pela Lei nº 9.008/95. A medida deverá ser precedida por requisição judicial e, ao final do procedimento, o vencido, excluídos o Ministério Público, a Defensoria Pública e as associações, restituirá ao Poder Público a importância adiantada a título de antecipação de honorários periciais.

Sobre o tema, necessário esclarecer que no âmbito das leis que tratam das ações coletivas não existe, na atualidade, regramento específico sobre o pagamento de honorários periciais. Não obstante, a Lei da Ação Civil Pública prevê, de forma genérica, a isenção no pagamento de “custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas”. *In verbis*:

“Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais.”

Portanto, os honorários periciais estariam incluídos nas isenções contidas no art. 18 da Lei da Ação Civil Pública e aplicável a todas as ações coletivas, por analogia. De modo que o autor da ação coletiva somente teria que arcar com tal despesa, ao final do procedimento, se sua atuação fosse reputada de má-fé, nos termos do art. 17 do mesmo Diploma.<sup>39</sup>

Destarte, no caso de derrota do autor da ação coletiva, sem litigância de má-fé, entende-se que essa despesa será suportada pelo Estado ou pela União, pois, como lembra Hugo Nigro Mazzilli “*os legitimados desprovidos de personalidade jurídica (como o Ministério Público e órgãos estatais de defesa do consumidor) responsabilizam a entidade a que pertencem*”.<sup>40</sup>

---

39 Nesse sentido, veja-se, por todos, José dos Santos Carvalho Filho, **Ação Civil Pública: Comentários por Artigos (Lei n.º 7.347, de 24/7/85)**, 6.º ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 441, e Rodolfo de Camargo Mancuso, **Ação Civil Pública: Em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores**, 9º ed., São Paulo: RT, 2004, p. 498.

40 **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**, 18º ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 502.

Esta visão é a adotada pela maioria da jurisprudência pátria, como se pode vislumbrar do seguinte aresto:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ARTIGO 18 DA LEI 7.347/85. ANTECIPAÇÃO DE HONORÁRIOS PERICIAIS. ISENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 33 DO CPC. PREVALÊNCIA DA LEI ESPECIAL SOBRE A GERAL. REFORMA PARCIAL DO ACÓRDÃO RECORRIDO. PROVIMENTO DO RECURSO. 1. Ao propor ação civil pública, o Ministério Público age na defesa de interesses metaindividuais, ou seja, da sociedade. Dispondo o artigo 18 da Lei 7.347/85 que “Nas ações de que trata esta Lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais”, não poderá prevalecer a aplicação do artigo 33 do CPC. O artigo 18 da supracitada lei, dada a natureza especial da matéria que regula, derroga a norma geral estatuída no Diploma Adjetivo Civil. 2. Reforma parcial do acórdão impugnado para, provendo o recurso, afastar a aplicação do artigo 33 do CPC e manter a incidência do artigo 18 da Lei 7.347/85. 3. Recurso especial provido” (STJ – 1.º Turma – RESP 508478/PR – Rel. Min. José Delgado, j. em 06/10/2003)

Apesar da disposição legal e da sedimentada orientação doutrinária, entretanto, a matéria ainda hoje é objeto de controvérsias nos Tribunais. Recentemente, o STF, em sede de reclamação ajuizada pelo *Parquet* paulista (Reclamação nº 14.536/2012), cassou decisão proferida no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0062761-53.2012.8.26.0000 pela Câmara Reservada ao Meio Ambiente do TJSP que, afastando a aplicação do mencionado art. 18 da Lei nº 7.347/85, impôs ao Ministério Público a obrigação do pagamento de honorários periciais numa ação civil pública. Situação idêntica pode ser observada na Reclamação nº 14.428/2012 do STF, referente à imposição do pagamento da perícia a ser realizada em ação civil pública patrocinada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

Por outro lado, existem decisões que impõe ao réu, ente público ou não, o pagamento imediato dos honorários periciais, independentemente de que se sagra vencedor na contenda.<sup>41</sup>

---

41 Por exemplo, veja-se o julgado do STJ, proferido pela 1ª Turma no RESP 1.049.822, cuja relatoria coube ao Min. Francisco Falcão e que foi julgado em 12/06/2009.

Portanto, o objeto do Projeto de Lei é pertinente, no sentido de regular uma questão que tem sido motivo de controvérsias na jurisprudência. Não obstante, parece que seu texto não é o mais adequado para tratar do tema.

Com efeito, não deveria transferir, pura e simplesmente, o dever de antecipar o pagamento dos honorários periciais para o “Poder Público, de preferência com recursos dos Fundos, nacional, estaduais, municipais ou do Distrito Federal de Direitos Difusos”, mas estabelecer um regime funcional e eficiente de pagamento.

Por um lado, o efetivo pagamento poderia esbarrar em inúmeros problemas burocráticos ou econômicos, tais como previsão orçamentária, disponibilidade imediata de desembolso etc. Além disso, o ente público pode ter seus interesses alinhados com a parte ré ou mesmo figurar no polo passivo da demanda, casos em que poderia se mostrar reticente ou até contrário ao cumprimento da obrigação pecuniária, levando ao atraso no andamento da ação coletiva.

Por isso, parece ser a melhor solução aquela já prevista no art. 12 da Lei nº 10.259/01 (Lei dos Juizados Especiais Federais), aplicável aos Juizados Especiais da Fazenda Pública (art. 27 da Lei nº 12.153/09). Veja-se o que diz o dispositivo:

“Art. 12. Para efetuar o exame técnico necessário à conciliação ou ao julgamento da causa, o Juiz nomeará pessoa habilitada, que apresentará o laudo até cinco dias antes da audiência, independentemente de intimação das partes.

§ 1º Os honorários do técnico serão antecipados à conta de verba orçamentária do respectivo Tribunal e, quando vencida na causa a entidade pública, seu valor será incluído na ordem de pagamento a ser feita em favor do Tribunal”

O regime, destarte, funciona da seguinte maneira: quando o autor da ação nos Juizados pede a perícia, os honorários são antecipados pelo próprio tribunal, que dispõe de um fundo com atribuição de fazer frente a essas despesas e que tem participação do ente público correlato (a União, no caso da Justiça Federal e da Justiça Distrital, e os Estados, no caso da Justiça estadual). No final do processo, se o autor perde, sem litigar em má-fé, o tribunal absorve a despesa; se o autor perde, com litigância de má-fé, dele é cobrada essa despesa; se o autor vence, essa despesa é cobrada do réu.

De modo que esse regime poderia ser adotado, com as devidas adaptações, para atender aos fins pretendidos pelo Projeto. Eis a redação proposta:

“Subseção III

Da Prova Pericial

Art. 90-F. (...).

Parágrafo único. Os honorários periciais necessários para a instrução probatória das ações coletivas serão antecipados à conta de verba orçamentária do respectivo Tribunal, a partir de um fundo a ser instituído especialmente para tal fim, e, quando vencida a parte ré, seu valor será incluído na ordem de pagamento a ser feita em favor do Tribunal, que o juiz determinará em decisão mandamental.”

### 3.5.14. Os pedidos Coletivos Implícitos (art. 90-G do CDC)

PLS n.º 282/2012

Subseção IV

Da Sentença e do Recurso

Art. 90-G. Na ação reparatória referente a interesses e direitos difusos e coletivos, a condenação, independentemente de pedido do autor, consistirá:

I - na prestação de obrigações destinadas à reconstituição específica do bem e à mitigação dos danos;

II – em medidas para minimizar a lesão ou evitar que se repita; e

III - na indenização pelos danos, patrimoniais e morais.

Muito embora o nome da Subseção IV indique que o art. 90-G do Projeto vai tratar da sentença, parece que o objetivo foi criar novas modalidades de pedidos implícitos. De fato, em razão do princípio *ne procedat iudex ex officio*, somente com a previsão legal de pedidos implícitos seria possível ao julgador decidir sobre questões que não foram postas em juízo.

Assim, o juiz pode deferir, independentemente de pedido do autor, quando se tratar de interesses coletivos ou difusos, a reconstituição específica do bem coletivo, a mitigação dos danos causados, a adoção de

em medidas para minimizar a lesão ou evitar que se repita e a indenização pelos danos, patrimoniais e morais.

Em primeiro lugar, é preciso que se diga que diferentemente dos demais pedidos implícitos contidos na legislação vigente (prestações vincendas, juros, correção monetária, honorários etc), nesse caso, o autor não pode deles abrir mão. Com efeito, tratam-se de pedidos voltados para atender ao interesse público e estão fora da esfera de disponibilidade das partes.

Além disso, o dispositivo trata, especificamente, da reparação por dano moral coletivo, tema que até hoje atormenta a jurisprudência brasileira. Apenas para ilustrar a divergência, veja-se essas duas decisões do STJ, proferidas na mesma semana:

“DANO MORAL COLETIVO. TELEFONIA. A Turma entendeu que não houve impugnação do recorrente, devendo-se aplicar analogicamente a Súm. n. 283-STF, quanto aos fundamentos do aresto recorrido de que a instalação de novos postos de atendimento ao usuário de telefonia é obrigação não prevista no contrato de concessão e de que não cabe ao Poder Judiciário definir quais localidades deverão ser atendidas, por ensejar incursão ao campo discricionário da Administração Pública. No que diz respeito ao dano moral coletivo, a Turma, nessa parte, negou provimento ao recurso, pois reiterou o entendimento de que é necessária a vinculação do dano moral com a noção de dor, sofrimento psíquico e de caráter individual, incompatível, assim, com a noção de transindividualidade – indeterminabilidade do sujeito passivo, indivisibilidade da ofensa e de reparação da lesão. Precedentes citados: REsp 598.281-MG, DJ 1/6/2006, e REsp 821.891-RS, DJe 12/5/2008” (STJ – 2º Turma – RESP 971.844/RS – Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 3/12/2009).

“DANO MORAL COLETIVO. PASSE LIVRE. IDOSO. A concessionária do serviço de transporte público (recorrida) pretendia condicionar a utilização do benefício do acesso gratuito ao transporte coletivo (passe livre) ao prévio cadastramento dos idosos junto a ela, apesar de o art. 38 do Estatuto do Idoso ser expresso ao exigir ape-

nas a apresentação de documento de identidade. Vem daí a ação civil pública que, entre outros pedidos, pleiteava a indenização do dano moral coletivo decorrente desse fato. Quanto ao tema, é certo que este Superior Tribunal tem precedentes no sentido de afastar a possibilidade de configurar-se tal dano à coletividade, ao restringi-lo às pessoas físicas individualmente consideradas, que seriam as únicas capazes de sofrer a dor e o abalo moral necessários à caracterização daquele dano. Porém, essa posição não pode mais ser aceita, pois o dano extrapatrimonial coletivo prescinde da prova da dor, sentimento ou abalo psicológico sofridos pelos indivíduos. Como transindividual, manifesta-se no prejuízo à imagem e moral coletivas e sua averiguação deve pautar-se nas características próprias aos interesses difusos e coletivos. Dessarte, o dano moral coletivo pode ser examinado e mensurado. Diante disso, a Turma deu parcial provimento ao recurso do MP estadual” (STJ – 4 Turma – RESP 1.057.274/RS – Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 01/12/2009)

### 3.5.15. A Desvinculação Territorial da Eficácia da Coisa Julgada Coletiva (art. 81-A, § 4º, do CDC e art. 16 da LACP)

Lei da Ação Civil Pública	PLS nº 282/2012
Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada <i>erga omnes</i> , nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.	Art. 81-A (...) § 4º A competência territorial do órgão prolator ou o domicílio dos interessados não restringirão a coisa julgada de âmbito nacional ou regional.  Art. 16 A sentença fará coisa julgada <i>erga omnes</i> , exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de novas provas.

O principal objetivo da proposta é extirpar a controvertida limitação territorial da eficácia da coisa julgada, incluída no art. 16 da Lei da Ação Civil Pública pela Lei n.º 9.494/97: “nos limites da

competência territorial do órgão prolator”. Trata-se de uma excepcional iniciativa, pois a referida passagem sempre foi intensamente crítica pela doutrina,<sup>42</sup> que a reputava como sendo inconstitucional.<sup>43</sup>

De fato, a mencionada limitação, fruto de uma investida política contra a tutela coletiva, visou fragmentar territorialmente as decisões coletivas, desnaturando o sistema de extensão subjetiva dos efeitos das decisões coletivas.<sup>44</sup>

---

42 De acordo com Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., (**Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**, 5ª ed., Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 321) é possível identificar cinco obstáculos à referida inserção: “a) Ocorre prejuízo a economia processual e fomento ao conflito lógico e prático de julgados; b) Representa ofensa aos princípios da igualdade e do acesso à jurisdição, criando diferença no tratamento processual dado aos brasileiros e dificultando a proteção dos direitos coletivos em juízo; c) Existe indivisibilidade ontológica do objeto da tutela jurisdicional coletiva, ou seja, é de natureza dos direitos coletivos *latu sensu sua não separatividade no curso da demanda coletiva, sendo legalmente indivisíveis (art. 81, parágrafo único, do CDC)*; d) Há, ainda, equívoco na técnica legislativa, que acaba por confundir competência, como critério legislativo para repartição de jurisdição, com a imperatividade decorrente do comando jurisdicional, esta última elemento do conceito de jurisdição que é uma em todo território nacional; e) Por fim, existe a ineficácia da própria regra de competência em si, vez que o legislador estabeleceu expressamente no art. 93 do CDC (*lembre-se, aplicável a todo sistema das ações coletivas*) que a competência para o julgamento de ilícito de âmbito regional ou nacional é do juízo da capital dos Estados ou no Distrito Federal, portanto, nos termos da Lei em comento, ampliou a ‘jurisdição do órgão prolator’”.

43 O primeiro ponto apontado como identificador da inconstitucionalidade do dispositivo é de natureza formal, pois tratar-se de uma medida provisória reguladora de Direito Processual. Além disso, o texto da norma estabelecido no art. 16 da Lei nº 7.347/85, em última análise, ofenderia os princípios constitucionais da segurança jurídica, isonomia, da inafastabilidade e da efetividade (acesso à Justiça). Sobre o tema, veja-se A inconstitucionalidade da restrição territorial da sentença proferida em ação civil pública de Pedro Ivo Lima do Nascimento, (<http://jus.com.br/revista/texto/21958/a-inconstitucionalidade-da-restricao-territorial-da-sentenca-proferida-em-acao-civil-publica#ixzz2E8hk6lHe>).

44 Na visão de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery (Código Civil Comentado, 6 ed., São Paulo: RT, 2007, p. 1.211), entretanto, tal propósito não se mostrou eficaz, porque a aplicação subsidiária do art. 103 do CDC serviria para garantir a extensão dos efeitos territoriais da coisa julgada nas ações civis públicas: “*Ineficaz porque a alteração ficou capenga, já que incide o CDC 103 nas ações coletivas ajuizadas com fundamento na LACP, por força do LACP 21 e CDC 90. Para que tivesse eficácia, deveria ter havido alteração da LACP 16 e do CDC 103. De consequência, não há limitação territorial para eficácia erga omnes da decisão proferida em ação civil pública, quer esteja fundada na LACP, quer no CDC*”.

Infelizmente, a jurisprudência superior acabou por sufragar a tese de que a inclusão feita no art. 16 da LACP estava em harmonia com a Carta Política brasileira.

Portanto, a limitação territorial da eficácia da sentença de procedência numa ação coletiva merece ser banida do ordenamento jurídico brasileiro, onde, diga-se, jamais deveria ter ingressado. Essa exclusão ainda é reforçada pela regra prevista no art. 81-A, § 4º, do Projeto, que diz expressamente que a competência territorial do órgão prolator ou o domicílio dos interessados não restringem a eficácia da coisa julgada de âmbito nacional ou regional.

A Comissão poderia ter aproveitado o ensejo para completar a “faxina” normativa, revogando o parágrafo único do art. 2º da Lei da Ação Civil Pública, também incluído pela nefasta Medida Provisória nº 2.180-35/2001. A sugestão que se faz é de incluir um inciso III no art. 3º do PLS nº 282/2012, com o seguinte teor:

“Art. 3º Revogam-se:

I - o art. 93 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor);

II - o art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997;

III - o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.”

### **3.5.16. A Revogação da Regra de Limitação Subjetiva da Eficácia das Decisões Proferidas nas Ações Coletivas Promovidas por Associações Cíveis (art. 2º-A da Lei nº 9.494/97)**

Lei nº 9.494/97	PLS nº 282/2012
Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.	(revogação)

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.	
--	--

Por fim, o dispositivo exclui as regras constantes na Lei nº 9.494/97 sobre a propositura de ações coletivas por meio das associações civis. A revogação põe fim a uma antiga divergência sobre a interpretação do alcance da norma constante no caput do art. 2-A da Lei nº 9.494/97.<sup>45</sup>

Além disso, fulmina a inconstitucional previsão do parágrafo único do mesmo artigo, que exige a autorização nominal dos associados para a propositura da ação coletiva. Esta exigência, na verdade, já foi praticamente dizimada pela edição da Súmula 629 do STF, especialmente direcionada para o mandado de segurança, mas aplicável a todas as ações coletivas: “*A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes*”.

### **3.5.17. A implementação do Efeito Suspensivo *opi judicis* nos Recursos (art. 90-H)**

PLS nº 282/2012
-----------------

Art. 90-H. O recurso interposto na ação coletiva será recebido no efeito meramente devolutivo, salvo quando da decisão puder resultar lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz, a requerimento do interessado, ponderando os interesses ou bens jurídicos coletivos em questão, inclusive o <i>periculum in mora</i> reverso, poderá atribuir-lhe o efeito suspensivo.
--

O art. 90-H do Projeto traz inovação já existente em relação ao agravo de instrumento (art. 527, III, do CPC) e ao “recurso inominado”

---

45 Sobre o histórico desta divergência, veja-se o voto do Min. Rel. Fernando Gonçalves no RESP 399.357 do STJ.

dos Juizados Especiais (art. 43 da Lei nº 9.099/95) e prevista para a apelação no Projeto de Lei da Câmara nº 8.046/10, que trata do novo Código de Processo Civil brasileiro.<sup>46</sup> O dispositivo prevê a mudança do modelo *opi legis* de concessão do efeito suspensivo para o modelo *opi judicis*. Trata-se de medida há muito tempo reclamada pela doutrina, por conta da sua capacidade de ampliar o escopo de eficácia da tutela do bem coletivo.

### **3.5.18. A Criação da Figura do Agente Fiscalizador da Liquidação e Execução Coletiva (art. 90-I do CDC)**

PLS n.º 282/2012

Subseção V

Do Cumprimento da Sentença

Art. 90-I. O juiz poderá nomear pessoa qualificada, física ou jurídica, que atuará por sub-rogação, para fiscalizar e implementar atos de liquidação e cumprimento da sentença coletiva, atendendo às diretrizes por ele estabelecidas.

Em mais uma iniciativa inédita para o direito brasileiro, o art. 90-I do Projeto prevê a possibilidade de nomeação de um agente fiscalizador da liquidação e da execução coletiva. A proposta é bastante salutar, pois, na prática, verifica-se que não raras vezes o processo coletivo é abandonado ou mal gerido após a fase de conhecimento, comprometendo sobremaneira a sua efetivação.

### **3.5.19. As regras sobre a liquidação do dano coletivo (art. 95-A do CDC)**

PLS n.º 282/2012

Art. 95-A. Na sentença condenatória à reparação pelos danos individualmente sofridos, sempre que possível, o juiz fixará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo ou um valor mínimo para a reparação do dano.

§ 1º Quando os valores dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo forem uniformes, prevalentemente uniformes ou puderem ser reduzidos a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará esses valores, ou a fórmula de cálculo da indenização individual.

---

<sup>46</sup> 'Art. 949. Os recursos, salvo disposição legal em sentido diverso, não impedem a eficácia da decisão'.

§ 2º Quando a determinação do valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo depender de informações em poder do réu, este deverá prestá-las, no prazo fixado pelo juiz, sob pena de multa diária e outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias.

§ 3º Aplica-se aos interesses ou direitos individuais homogêneos o disposto no art. 90-G.

Dispõe o art. 95-A do Projeto que na sentença condenatória, sempre que possível, o juiz fixará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo ou um valor mínimo para a reparação do dano. É uma evolução do entendimento que vem sendo sedimentado, apesar da regra do art. 94 do CDC em vigor prever que a sentença relativa a interesses individuais homogêneos seja ilíquida. Como bem sublinhado por Aluísio Gonçalves de Castro Mendes:<sup>47</sup>

“É claro que há casos em que a própria identificação das vítimas ou a determinação dos danos não seja possível ou fácil em um primeiro momento, justificando, assim, a prolação de uma sentença genérica. (...) Porém, nem sempre haverá a ausência de determinação dos beneficiários da sentença e liquidez da condenação. Podese pensar, por exemplo, logo de início em sentenças declaratórias e constitutivas, que, pela sua própria natureza, não vão precisar de futura liquidação ou execução, como no caso da declaração de inexigibilidade de tributos a serem recolhidos por contribuintes de determinado imposto ou a anulação de cláusula contratual em relação de consumo, na qual os beneficiários já estejam, desde o início, definidos. Ou mesmo em sentenças condenatórias de obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa, na qual o objeto da obrigação já esteja determinado”

Por isso, o § 1º do 95-A do Projeto estabelece que quando os valores dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo forem uniformes ou puderem ser calculados, a sentença coletiva indicará esses valores, ou a fórmula de cálculo da indenização individual.

Por outro prisma, o § 2º do 95-A do Projeto permite que o juiz determine ao réu que apresente em prazo certo as informações necessárias

---

47 Direitos Individuais Homogêneos: Sentença, Liquidação e Execução nos Processos Coletivos, disponível em [http://www.estacio.br/mestrado/docs/artigo\\_aluisio.pdf](http://www.estacio.br/mestrado/docs/artigo_aluisio.pdf).

para a determinação do valor dos danos individuais que estiverem em seu poder do réu, sob pena de multa diária e outras medidas de apoio.

### 3.5.20. A possibilidade de deslocamento do Ente Público nos polos da ação coletiva inibitória (art. 102 do CDC)

CDC	PLS n.º 282/2012
<p>Art. 102. Os legitimados a agir na forma deste código poderão propor ação visando compelir o Poder Público competente a proibir, em todo o território nacional, a produção, divulgação distribuição ou venda, ou a determinar a alteração na composição, estrutura, fórmula ou acondicionamento de produto, cujo uso ou consumo regular se revele nocivo ou perigoso à saúde pública e à incolumidade pessoal.</p> <p>§ 1º (VETADO)</p> <p>§ 2º (VETADO)</p>	<p>Art.102 (...)</p> <p>§ 3º Proposta a ação prevista no caput, a Advocacia Pública poderá abster-se de contestar o pedido ou poderá atuar como litisconsorte do autor, desde que compatível com o interesse público.</p>

A primeira observação que se faz é que o Projeto poderia ter inserido o conteúdo do § 3º do art.102 no espaço destinado para o vetado parágrafo primeiro e revogar o também vetado parágrafo segundo, ficando como parágrafo único do artigo.

Em relação ao seu conteúdo, o texto consagra uma solução já conhecida na esfera da ação popular, com redação mais simples e objetiva. Diz o art. 6º da Lei da Ação Popular:

“Art. 6º. (...)

(...)

§ 3º A pessoas jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.”

Portanto, não há reparo a ser feito ao texto, que incorpora ao universo das ações coletivas uma regra de extrema valia para a funcionalidade do processo.

### **3.5.21. A Possibilidade de Suspensão as Ações Individuais em Razão da Tramitação de uma Ação Coletiva (art. 104-A do CDC)**

PLS n.º 282/2012
Art. 104-A. (...) § 1º A critério do tribunal, poderão ser suspensas as demandas individuais de caráter exclusivamente patrimonial, pelo prazo máximo de dois anos. § 2º Durante o período de suspensão, poderá o juiz perante o qual foi ajuizada a demanda individual conceder medidas de urgência ou assegurar o mínimo existencial. § 3º No processamento e julgamento de ações coletivas, o descumprimento de prazo judicial deverá ser justificado pelo julgador.

Conforme delineado pelos parágrafos do art. 104-A do Projeto, as ações individuais, de caráter patrimonial, poderão ser suspensas, pelo prazo máximo de dois anos, quando seu objeto coincidir com o objeto de uma ação coletiva em curso. Trata-se de medida análoga à já existente para o julgamento da repercussão geral em recurso extraordinário (art. 543-A do CPC) e dos recursos especiais repetitivos (art 543-B e 543-C do CPC).

No caso da suspensão prevista no art. 104-A do Projeto, fica autorizado ao julgador da demanda individual deferir tutelas liminares de cunho emergencial.

### **3.6. O Regulamento Sobre o Cadastro Nacional de Processos Coletivos (arts. 90-A e 104-B do CDC)**

PLS n.º 282/2012
Art. 90-A. (...) § 2º Se a ação for proposta por ente público, a inicial deverá ser instruída com comprovante de consulta ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos sobre ação coletiva que verse sobre o mesmo bem jurídico, cabendo ao juiz realizar a consulta, quando se tratar de associação.

## CAPÍTULO V

### DO CADASTRO NACIONAL DE PROCESSOS COLETIVOS E DO CADASTRO NACIONAL DE INQUÉRITOS CIVIS E COMPROMISSOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Art. 104-B. O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a existência e o estado das ações coletivas.

§ 1º O Conselho Nacional do Ministério Público organizará e manterá o Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário, os colegitimados e os interessados tenham amplo acesso às informações nele constantes.

§ 2º Qualquer órgão legitimado que tenha tomado compromisso de ajustamento de conduta remeterá, no prazo de dez dias, cópia, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta.

Outra inovação trazida pelo Projeto diz respeito ao cadastro nacional de processos coletivos. Trata-se de medida recém-aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho Nacional do Ministério Público (Resolução Conjunta CNJ/CNMP nº 2/11), que visa relacionar todas as ações coletivas em curso no Brasil, para otimizar o funcionamento da tutela coletiva. Seu objetivo, conforme prenunciado no *caput* do art. 104-B, é permitir o amplo acesso às informações relacionadas com as ações coletivas e com os termos de ajustamento de conduta coletadas pelo CNJ e pelo CNMP.

Assinalou, ainda, o art. 90-A, § 2º, do Projeto, que a petição inicial da ação coletiva proposta por ente público deverá ser instruída com comprovante de consulta ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos sobre a existência e situação de eventuais ações coletivas que versem sobre o mesmo bem jurídico, cabendo ao juiz realizar a consulta, quando se tratar de associação.

Assim, uma sugestão que parece ser válida é no sentido de que seja excluída a parte final do parágrafo segundo e incluído um novo parágrafo no art. 90-A, regulando especificamente a consulta pelo Cartório:

“art. 90-A (...)

§ 2º Se a ação for proposta por ente público, a inicial deverá ser instruída com comprovante de consulta ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos sobre ação coletiva que verse sobre o mesmo bem jurídico.

§ 2º-A. Em se tratando de ações coletivas propostas por associações, antes de abrir conclusão ao juiz para despachar a petição inicial, o Cartório certificará nos autos sobre a existência de outras ações coletivas tratando do mesmo bem jurídico, a partir do Cadastro Nacional de Processos Coletivos”.

#### 4. Conclusões

Antes de mais nada, é preciso parabenizar a Comissão de Juristas, não apenas pelo trabalho feito na elaboração dos Anteprojetos, mas também pela bela iniciativa de divulgar seus textos. Numa época em que os debates sobre os projetos de lei são feitos de forma superficial, a partir da discussão de ideias e conceitos, a Comissão de Juristas teve o desprendimento e, por que não dizer, a coragem, de debater e desenvolver seu trabalho com a sociedade. O resultado final pode ser apontado como uma das mais democráticas iniciativas legislativas que já se teve notícia.

O texto, como visto, apresenta alguns problemas bem pontuais em determinados dispositivos. No geral, entretanto, sua avaliação é mais do que positiva, pois seu conteúdo é capaz de atender aos objetivos de modernização do CDC. Merecem destaque, dentre outros, a nova definição dos direitos individuais homogêneos, a definição legal da relevância social e jurídica da tutela coletiva, a previsão do controle difuso de constitucionalidade nas ações coletivas, as regras sobre a prescrição das ações coletivas, a menção à Defensoria Pública no rol de legitimados, a previsão da adaptabilidade e da fungibilidade do procedimento, a retirada do efeito suspensivo *opi legis* dos recursos, a possibilidade de realização da audiência de conciliação e de audiências públicas, inclusive nas instâncias superiores, e a intervenção do agente fiscalizador e do *amicus curiae*.

Portanto, a posição deste estudo é no sentido de que o PLS nº 282/2012 seja aprovado no Congresso Nacional, com as 15 emendas abaixo relacionadas:

#### 1ª Emenda (Rejeição do § 3º do art. 81 do Projeto):

“Art. 81. (...)”

§ 3º (REJEITADO)”

**2ª Emenda (Alteração do *caput* do art. 104-A do Projeto):**

“Art. 104-A. O processamento e o julgamento da ação coletiva terão prioridade em relação às ações individuais, inclusive no recurso repetitivo, excetuado o habeas corpus e o mandado de segurança.”

**3ª Emenda (Rejeição do § 3º do art. 87 do Projeto):**

“Art. 87. (...)

(...)

§ 3º (REJEITADO)”

**4ª Emenda (Alteração do *caput* do art. 90-A do Projeto):**

“Art. 90-A. A ação coletiva, na fase de conhecimento, seguirá o rito especial previsto neste capítulo, aplicando-se-lhe subsidiariamente as regras referentes ao rito ordinário do CPC.”

**5ª Emenda (Alteração do § 3º do art. 90-A do Projeto):**

“Art. 90-A. (...)

§ 3º O interessado poderá solicitar e o Ministério Público requisitar, de qualquer pessoa, física ou jurídica, indicando a finalidade, as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de quinze dias, para instruir a inicial. Somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los”

**6ª Emenda (Rejeição do § 4º do art. 90-A do Projeto):**

“Art. 90-A. (...)

§ 4º (REJEITADO)”

**7ª Emenda (Alteração do § 1º do art. 90-B do Projeto):**

“Art. 90-B. (...)

§ 1º A audiência de conciliação será conduzida diretamente pelo juiz ou por mediador judicial, onde houver, nos termos da legislação em vigor”

### **8ª Emenda (Alteração do §§ 2º e 3º do art. 90-B do Projeto):**

“Art. 90-B. (...)

§ 2º As partes e o Ministério Público serão pessoalmente intimados para comparecerem na audiência de conciliação designada, com antecedência mínima de 5 dias da data de sua realização.

§ 3º Na hipótese do autor não comparecer na audiência de conciliação, independentemente de nova intimação, terá o prazo de cinco dias contado da data da audiência para apresentar sua justificativa, sob pena de ser sua ausência considerada ato atentatório à dignidade da justiça, sancionada com multa de até dois por cento do valor da causa ou da vantagem econômica objetivada, revertida em favor dos Fundos, nacional, distrital ou estaduais, de Direitos Difusos; em seguida, com ou sem a justificativa do autor, os autos serão imediatamente remetidos ao Ministério Público, para se manifestar sobre o ocorrido e, se for o caso, sobre seu interesse em assumir o polo ativo da demanda, no prazo de dez dias.”

### **9ª Emenda (Alteração do inciso III do art. 90-D do Projeto):**

“Art. 90-D. (...)

III - decidirá a respeito de questões processuais pendentes de julgamento;”

### **10ª Emenda (Alteração do Inciso IV do art. 90-D do Projeto):**

“Art. 90-D. (...)

IV - poderá encaminhar o caso, com a concordância das partes, para avaliação neutra de terceiro, designado pelo juiz, de confiança delas, suspendendo o processo”

**11ª Emenda (Inclusão de uma Alteração, não Prevista no Projeto, no Inciso VIII do art. 6º do CDC e a Alteração do Inciso VI do art. 90-D do Projeto):**

“Art. 6º. (...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a redistribuição e a inversão do ônus da prova no processo civil, em favor do sujeito vulnerável, desde logo ou no julgamento da causa, quando for verossímil a alegação, segundo as regras ordinárias de experiências, atribuindo-o à parte que, em razão de deter conhecimentos técnicos ou científicos ou informações específicas sobre os fatos da causa, tiver maior facilidade em sua demonstração”

“Art. 90-D. (...)

VI - esclarecerá as partes sobre a redistribuição e a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, deste Código”

**12ª Emenda (Alteração do *caput* do art. 90-E do Projeto):**

“Subseção II

Do Julgamento Conforme o Estado do Processo

Art. 90-E. Não sendo o caso de inadmissibilidade da demanda (art. 267 do CPC), o mérito da causa será julgado imediatamente, se não houver a necessidade da produção de outras provas além daquelas já existentes nos autos, observado o contraditório, simultâneo ou sucessivo”.

**13ª Emenda (Alteração do Parágrafo Único do art. 90-F do Projeto):**

“Subseção III

Da Prova Pericial

Art. 90-F. (...).

Parágrafo único. Os honorários periciais necessários para a instrução probatória das ações coletivas serão antecipados à conta de verba orçamentária do respectivo Tribunal, a partir de um fundo a ser instituído especialmente para tal fim, e, quando vencida a parte ré, seu valor será incluído na ordem de pagamento a ser feita em favor do Tribunal, que o juiz determinará em decisão mandamental.”

#### **14ª Emenda (inclusão de um inciso III no art. 3º do Projeto):**

“Art. 3º Revogam-se:

(...)

III - o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.”

#### **15ª Emenda (inclusão de um § 2º-A no art. 90-A do CDC (Parágrafo não Previsto no Projeto):**

“Art. 90-A. (...)

(...)

§ 2º-A. Em se tratando de ações coletivas propostas por associações, antes de abrir conclusão ao juiz para despachar a petição inicial, o Cartório certificará nos autos sobre a existência de outras ações coletivas tratando do mesmo bem jurídico, a partir do Cadastro Nacional de Processos Coletivos”.

## **5. Referência Bibliográfica**

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acessado em: 04.12.2012.

BLACKMAN, John S. *Neutral Evaluation – An ADR Technique Whose Time Has Come*, disponível em: <http://library.findlaw.com/1999/Sep/1/128447.html>, acessado em 22/09/2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, vol. I, 12ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública: Comentários por Artigos (Lei n.º 7.347, de 24/7/85)**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

DIDIER JR., Fredie. **Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, nº 57, 01/07/02. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2986>>. Acesso em: 22/09/2011.

\_\_\_\_\_; ZANET JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**, 5ª ed., Salvador: Jus Podivm, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; et altri. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**, 5ª ed., São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. **Ação Civil Pública: Em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores**, 9º ed., São Paulo: RT, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. **Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado**, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**, 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**, 22ª, São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Direitos Individuais Homogêneos: Sentença, Liquidação e Execução nos**

**Processos Coletivos**, disponível em [http://www.estacio.br/mestrado/docs/artigo\\_aluisio.pdf](http://www.estacio.br/mestrado/docs/artigo_aluisio.pdf).

MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação Civil Pública e controle de constitucionalidade**, in **Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública** (Coord. Arnaldo Wald), 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 152.

NASCIMENTO, Pedro Ivo Limado. **A inconstitucionalidade da restrição territorial da sentença proferida em ação civil pública**, disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/21958/a-inconstitucionalidade-da-restricao-territorial-da-sentenca-proferida-em-acao-civil-publica#ixzz2E8hk6IhE>.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria. **Código Civil Comentado**, 6ª ed., São Paulo: RT, 2007

**O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada erga omnes das ações coletivas**, in *Revista do Advogado*, Ano XXVI, nº 89, dez/06, p. 07.

RIZZATO, Luiz Antônio Nunes. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Direito Material (arts. 1º ao 54)**, São Paulo: Saraiva, 2000

SILVA, José Afonso da. **Ação Popular Constitucional**, 2ª, São Paulo: Malheiros, 2007.

VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo: A Tutela Jurisdicional dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos**, São Paulo: Malheiros, 2007.

WATANABE, Kazou. **Teoria Geral do Processo**, 19º ed., São Paulo: Malheiros, 2003

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 4ª ed., São Paulo: RT, 2009.

# A EXECUÇÃO DA PENA NO ANTEPROJETO DO CÓDIGO PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Felipe Lima de Almeida<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo analisa criticamente as propostas referentes à execução da pena privativa de liberdade contidas no Anteprojeto do Código Penal Brasileiro, confrontando-as com os princípios penais constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

**Abstract:** This paper brings out a critical analysis of proposals for execution of prison sentence in the draft of the new Brazilian penal code, confronting those proposals with the constitutional principles in matters of rule of law and democracy.

**Palavras-chave:** Execução Penal. Anteprojeto Código Penal (PLS 236/2012). Sistema Progressivo. Princípios Penais Constitucionais. Estado Democrático de Direito

**Key-words:** Execution of Prison Sentence. Draft of the New Brazilian Penal Code (PLS 236/2012). Progressive System Form Prison Sentence. Constitutional Principles. Rule of Law. Democracy

## Sumário:

1. *Introdução.*
2. *As penas no Anteprojeto do Código Penal;*
  - 2.1. *A pena de prisão;*
  - 2.2. *A pena restritiva de direitos;*
  - 2.3. *A pena de multa;*
  - 2.4. *A pena de perda de bens e valores.*
3. *Da pena de prisão e sua execução;*
  - 3.1. *Dos regimes prisionais;*
  - 3.2. *Da progressão de regime;*
    - 3.2.1. *Exame criminológico: a volta dos que não foram!;*
    - 3.2.2. *Desvio de Execução;*
    - 3.2.3. *A extinção da pena;*
    - 3.2.4. *Da Regressão de regime;*

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela UCAM/RJ. Professor de Direito Penal e Direito de Execução Penal da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - FESUDEPERJ. Professor Convidado da FGV Direito-Rio. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Membro do Conselho Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro.

4. *Do Livramento Condicional;*
5. *Conclusão;*
6. *Referencias Bibliográficas.*

## **1. Introdução**

O Anteprojeto do Código Penal contido no Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 236/2012, fruto do trabalho da Comissão de Juristas formada e incumbida de tão honrosa missão, ao disciplinar as penas e sua execução, propõe uma profunda modificação na estrutura do sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade em nosso país.

Este trabalho tem como objetivo apresentar e examinar, à luz dos princípios penais constitucionais, da doutrina e da jurisprudência, as alterações promovidas pelo referido Anteprojeto no que diz respeito às penas, notadamente, a execução da pena privativa de liberdade.

A análise crítica recai sobre as proposições trazidas pelo Anteprojeto que, com nítido objetivo de endurecimento na execução das penas e da própria questão penitenciária exigirão, inexoravelmente, a elaboração de uma nova Lei de Execução Penal.

## **2. As penas no anteprojeto do código penal**

As consequências jurídicas do delito são tratadas pelo Anteprojeto do Código Penal em seu Título III (Das Penas). O art. 45 do Anteprojeto inaugura a disciplina das penas elencando as suas espécies: prisão, restritiva de direitos, multa e perda de bens e valores<sup>2</sup>.

### **2.1. Da pena de prisão**

A primeira modificação trazida pelo Anteprojeto é quanto à própria nomenclatura empregada. Abandonou-se a tradicional expressão pena privativa de liberdade e, conseqüentemente, a dicotomia da pena de reclusão/pena de detenção. O Anteprojeto do Código Penal adotou a simples expressão pena de prisão.

---

2 Art. 45. As penas são:  
I - prisão;  
II - restritivas de direitos;  
III - de multa;  
IV - perda de bens e valores.

A pena de prisão teve o substrato de sua execução profundamente modificado pelo Anteprojeto do Código Penal. A análise e as críticas quanto a este novo modelo de execução da pena privativa de liberdade (ou pena de prisão), proposto pelo PLS 236/2012, serão examinadas nos ulteriores tópicos.

## 2.2. Da pena restritiva de direitos

Com relação às penas restritivas de direitos, forçoso reconhecer o acerto do Anteprojeto do Código Penal ao ampliar no seu art. 61, inciso II, a possibilidade, em duas situações, de substituição da pena de prisão por restritiva de direitos nos casos de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa: i) pena aplicada até dois anos; ii) crime considerado de menor potencial ofensivo<sup>3</sup>.

No mesmo sentido foi a oportuna inclusão do requisito específico para substituição nos crimes praticados contra a administração pública<sup>4</sup>, no inciso IV deste art. 61 do Anteprojeto, semelhante ao que existe no vigente art. 33, §4º do Código Penal para a progressão de regime nestas hipóteses.

Com relação à conversão da pena restritiva de direito em pena de prisão, o Anteprojeto suprime, no caso de condenação por outro crime, a previsão hoje existente quanto à manutenção da restrição de direitos se for possível ao condenado cumpri-las simultaneamente<sup>5</sup>. Em seu lugar, o Anteprojeto propõe a manutenção da pena restritiva de direitos desde que a soma das penas, observada a detração, não ultrapasse o patamar de quatro anos<sup>6</sup>.

---

3 Art. 61. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem a pena de prisão quando:

I - aplicada pena de prisão não superior a quatro anos ou se o crime for culposos;

II - o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, salvo:

a) se for infração de menor potencial ofensivo; ou

b) se aplicada pena de prisão igual ou inferior a dois anos.

4 Art. 61

IV - nos crimes contra a administração pública, houver, antes da sentença, a reparação do dano que causou, ou a devolução do produto do ilícito praticado, salvo comprovada impossibilidade a que não deu causa;

5 Art. 44

(...)

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

6 Conversão

### 2.3. Da pena de multa

Embora o Anteprojeto do Código Penal tenha sido merecedor de aplausos nas penas restritivas de direitos, no que concerne à pena de multa, lamentavelmente, não foi tão feliz, ao incorrer num grande e grave retrocesso com o restabelecimento da ignóbil pena de prisão para o seu devedor.

Certo é que desde a nova redação dada ao art. 51 do Código Penal pela Lei 9.268 de 01/04/1996, a pena de multa inadimplida em nosso ordenamento jurídico é convertida em dívida de valor, aplicando-lhe as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, sem acarretar, em hipótese alguma, a prisão do devedor.

Ocorre que o Anteprojeto do Código Penal, em seu art. 69, §2º e §3º, estabelece que a pena de multa nesta hipótese seja convertida em pena de prestação de serviços a comunidade e, não sendo cumprida, seja convertida em pena de prisão<sup>7</sup>.

Tendo em vista que a estrutura do Anteprojeto do Código Penal, muito provavelmente não afastará a sua clientela habitual, em última análise, o que se restabelecerá com esta iniciativa será a prisão para os miseráveis<sup>8</sup>.

---

§3º A pena restritiva de direitos converte-se em prisão no regime fechado ou semiaberto quando:

I – houver o descumprimento injustificado da restrição imposta;

II – sobrevier condenação definitiva por crime cometido durante o período da restrição;

III – ocorrer condenação definitiva por outro crime e a soma das penas seja superior a quatro anos, observada a detração.

§4º No cálculo da pena de prisão a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos.

7 Conversão da pena de multa em pena de prestação de serviços à comunidade

§2º A pena de multa converte-se em pena de prestação de serviços à comunidade, pelo número correspondente de dias-multa quando o condenado for insolvente.

§3º Descumprida injustificadamente a pena de prestação de serviços à comunidade, será a mesma convertida em pena de prisão correspondente ao número de dias-multa, descontados os dias de prestação dos serviços cumpridos.

8 Importante ressaltar que o Anteprojeto suprime ainda a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela pena de multa, hoje vigente nos art. 44, §2º e art. 60, §2º do Código Penal, nos casos de penas iguais ou inferiores a um ano.

## 2.4. Da pena de perda de bens e valores

A inovação no rol das espécies de penas ficou por conta da inclusão da pena de perda de bens e valores, atualmente, modalidade de pena restritiva de direitos (art. 43, II do Código Penal), como espécie autônoma de pena.

A crítica desferida contra esta inovação, obviamente, não é quanto à iniciativa de sua inclusão como modalidade autônoma de pena. Esta inovação causa preocupação diante da imprecisa definição conferida pelo texto.

Como é possível observar, o Anteprojeto ao erigir a pena de perda de bens e valores à modalidade de pena principal, disciplinou-a em um único dispositivo, meio às modalidades de pena restritiva de direitos (art. 66 e seu parágrafo único), sem, contudo, destinar um único artigo sequer sobre sua cominação ou individualização. A exposição de motivos é igualmente silente sobre o assunto<sup>9</sup>.

A falta de precisão no Anteprojeto quanto à definição da pena de perda de bens e valores gera dupla preocupação: a) pelo fato desta modalidade de pena se tornar algo apenas simbólico, sem aplicação, *letra morta da lei*; b) pela sua falta de determinação e ausência de parâmetros legais possam ocorrer eventuais abusos ou excessos.

Ora, as leis penais, como afirma Wessels, devem possuir, tendo em vista seus tipos penais e consequências jurídicas, um mínimo em determinação (princípio da determinabilidade)<sup>10</sup>.

A questão é que a indeterminação (cláusulas abertas) e ausência de taxatividade no Direito Penal, em desfavor do réu, inevitavelmente, colidirão com o princípio da legalidade (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta et certa*).

---

<sup>9</sup> Art. 66. A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do proveito obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime, não sendo prejudicada pelo confisco dos bens e valores hauridos com o crime.

Parágrafo único. A pena de perda de bens e valores é também aplicável na conversão da pena de multa não paga pelo condenado solvente.

<sup>10</sup> WESSELS, Johannes. Direito Penal: Parte Geral – aspectos fundamentais. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976, p. 11-12.

Nunca é demais lembrar a lição de Bacigalupo, para quem o princípio da legalidade impõe suas exigências “não somente ao juiz que aplica a lei, senão também ao Parlamento que a edita. Esta exigência imposta ao Parlamento, tem por objeto reduzir ao mínimo razoável a possibilidade de decisão pessoal dos Tribunais na configuração concreta do fato que se proíbe”<sup>11</sup>.

Infelizmente, a ausência de uma regulamentação taxativa desta nova espécie de pena está longe de ser um dos piores problemas existentes no Título destinado às Penas no PLS 236/2012. Certo é que as críticas mais severas recaem sobre a disciplina da pena privativa de liberdade (denominada pelo Anteprojeto de pena prisão) e a sua execução, modificada substancialmente.

### **3. Da pena de prisão e sua execução**

Indubitavelmente a maior mudança proposta pelo Anteprojeto diz respeito à pena privativa de liberdade. A referida proposição altera a dinâmica do sistema progressivo de cumprimento de pena até então utilizado em nosso ordenamento, propondo um modelo altamente encarcerador que manterá o condenado recolhido durante mais tempo nos estabelecimentos prisionais, isso num país com um déficit em torno de 200.000 (duzentas mil) vagas no sistema penitenciário<sup>12</sup>.

#### **3.1. Dos regimes prisionais**

Os regimes prisionais para cumprimento da pena privativa de liberdade, definidos originalmente com base na periculosidade do agente, foram incluídos no Código Penal de 1940 por força da Lei 6.416/77,

---

11 “*El principio de legalidad impone sus exigencias no sólo al juez que aplica la ley, sino también al Parlamento que la dicta. En otras palabras: del principio de legalidad surgen consecuencias para el dictado de la ley y para su aplicación. Las exigencias referentes al Parlamento tienen por objeto reducir al mínimo razonable la posibilidad de decisión personal de los tribunales en la configuración concreta del hecho que se prohíbe.*” (tradução livre do autor). BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte general. 2. ed., Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 126.

12 De acordo com o Ministério da Justiça, no Brasil, até junho de 2012, existiam 549.577 pessoas presas num sistema penitenciário que possui apenas 309.074 vagas. Dados disponibilizados em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=&params=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>> (Acessado em 13/01/2013).

como corolário de uma forma individualizada de cumprimento de pena.<sup>13</sup>

Certo é que a Lei 6.416/77 além de criar os regimes fechado, semiaberto e aberto, facultou o isolamento celular inicial, o início de cumprimento em regime menos rigoroso e reformulou a disciplina do livramento condicional, consolidando a adoção pelo Brasil do chamado sistema penitenciário progressivo (irlandês).<sup>14</sup>

Este sistema progressivo foi mantido e reformado pela vigente Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) e Nova Parte Geral do Código Penal (Lei 7.209/84), que juntas disciplinam a forma progressiva (e regressiva) de cumprimento de pena e, sua derradeira etapa, o livramento condicional.

De acordo com a legislação vigente, o regime fechado, considerado regime legal para pena privativa de liberdade superior a oito anos (art.33, §2º, a do Código Penal) impõe a execução da reprimenda numa penitenciária (art. 87 da Lei de Execução Penal) de segurança máxima ou média (art. 33, §1º, a do CP). Assim, estará o condenado no período diurno sujeito a trabalho comum dentro do estabelecimento prisional (na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores, desde

---

13 Sobre as alterações substanciais introduzidas pela Lei 6.416/77 no sistema progressivo. Cf. COSTA JÚNIOR, Paulo José. GRINOVER, Ada Pellegrini. A nova lei penal e A nova lei processual. Comentários à Lei 6.416 de 24 de maio de 1977. São Paulo: RT, 1977, p. 5-61.

14 O sistema progressivo irlandês, segundo Manoel Pedro Pimentel, foi desenvolvido por Walter Crofton, diretor da Colônia Penal da Ilha de Norfolk, na Austrália, baseado no *mark system*, modelo no qual o condenado poderia obter vales ou marcas conforme sua conduta e rendimento no trabalho. Neste sistema, afirma o autor, a duração da pena não era determinada exclusivamente pela sentença condenatória, mas dependia também do aproveitamento do preso, demonstrado pela dedicação ao trabalho e boa conduta. Levavam-se em conta, ainda, a gravidade e as circunstâncias do delito. (Neste sentido. Cf. PIMENTEL, Manoel Pedro. Sistemas Penitenciários. *in Revista dos Tribunais*. Volume 639. São Paulo: RT, 1989, p. 267). O preso neste sistema iniciava o cumprimento da pena com o isolamento celular de nove meses de duração (período de prova – estágio inicial), em seguida, diante das marcas obtidas, o preso passava para a etapa seguinte: o trabalho em obras públicas. Após, diante do mérito do condenado, passava-se a terceira etapa, a semiliberdade, inclusão de Crofton, consistente no trabalho externo com pernoite no estabelecimento prisional. Por fim, a quarta e última etapa consistia na liberdade sob vigilância até o término de pena (*ticket of leave*), que poderia ser revogada ou convertida em definitiva através do bom comportamento. Cf. PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. I. Parte Geral. 6. ed., São Paulo: RT, 2006, p. 544; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. Causas e Alternativas. São Paulo: RT, 1993, p. 84-86.

que compatíveis com a execução da pena) e a trabalho externo apenas serviços ou obras públicas, sempre com o isolamento durante o repouso noturno (art. 34, §§1º ao 3º do CP e art. 36 da LEP).

No regime semiaberto, denominado regime intermediário (fixado inicialmente para o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro e não exceda a oito anos – art. 33, §2º, b do CP), a execução da pena se dá em Colônia Agrícola, Industrial ou estabelecimento similar (art. 33, §1º, b do CP e arts. 91 e 92 da LEP). Neste regime o condenado fica sujeito a trabalho em comum no estabelecimento prisional ou a trabalho externo, frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superiores (art. 35, §1º e 2º do CP e art. 122, II da LEP). Este regime ainda possibilita ao apenado o direito de obter as autorizações para saída temporária de visitação períodica ao lar (art. 122, I da LEP).

O regime aberto, por fim, fixado para condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos (art. 33, §2ª, c do CP),   baseado na autodisciplina e no senso de responsabilidade do apenado (art. 36 do CP). No regime aberto, cujo cumprimento se da em Casa do Albergado (art. 93 e 94 da LEP), o condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga (art. 36, §1º do CP). Neste regime, havendo o descumprimento injustificado das condi es gerais e obrigatórias (art. 115), a prática de fato definido como crime doloso ou a prática de falta grave, o condenado regredir  para um dos regimes mais rigorosos (art. 118, §1º da LEP e art. 36, §2 do CP).

No que diz respeito   fixa o do regime inicial de cumprimento de pena, o texto evidencia preocupante caráter punitivista. De acordo com o Anteprojeto, passa a ser possível a fixa o do regime fechado para o não-reincidente com pena superior a quatro e inferior a oito anos, o regime aberto passa a ser exclusivo para os não-reincidentes em crimes cometidos sem violência ou grave ameaça   pessoa, cuja pena aplicada seja superior a dois e não exceda a quatro.<sup>15</sup>

---

15 *Regime inicial*

Art. 49. O regime inicial de cumprimento da pena será fixado de acordo com os seguintes critérios:

- I – o condenado a pena igual ou superior a oito anos deverá iniciar o cumprimento em regime fechado;
- II – o condenado não reincidente em crime doloso, cuja pena seja superior a quatro anos e inferior a oito anos, poderá iniciar o cumprimento em regime fechado ou semiaberto;

Como se pode observar, sem ausência de qualquer parâmetro para a fixação do regime fechado ou semiaberto ao não-reincidente com pena superior a quatro e inferior a oito anos, o Anteprojeto vai de encontro com a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal sobre fixação de regime inicial de cumprimento de pena.<sup>16</sup>

Com relação aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça, mais endurecimento no PLS 236/2012. As condenações a penas iguais ou inferiores a quatro anos será o regime semiaberto, com exceção das penas inferiores a dois anos, conforme a Exposição de Motivos do Anteprojeto, que serão passíveis do regime aberto.<sup>17</sup>

Ocorre que tal explicação não encontra correspondência imediata na literalidade do art. 49 do Anteprojeto, exigindo uma interpretação

---

III – o condenado por crime praticado sem violência ou grave ameaça, não reincidente, cuja pena seja superior a dois e igual ou inferior a quatro anos, poderá iniciar o cumprimento em regime aberto.

Parágrafo único. A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 75 deste Código.

16 Cf. no Superior Tribunal de Justiça, Súmula nº 440 = *Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito. No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, Súmula nº 718 = A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada, e a Súmula nº 719 = A imposição de regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*

17 “O regime inicial de cumprimento de pena. O sistema do atual Código Penal foi mantido, com uma importante distinção: crimes praticados com violência ou grave ameaça não são suscetíveis de regime aberto, a não ser que a pena seja igual ou inferior a dois anos. Para estes crimes, cabível o regime inicial semiaberto. É importante destacar que a fixação do regime inicial de cumprimento de pena é procedimento necessário, mesmo que o condenado seja elegível à substituição da pena carcerária por pena restritiva de direitos. É que, se descumpridas forem as restrições, a pena alternativa será convalidada em prisão e, nesse caso, dever-se-á observar o regime inicialmente fixado. Cabe lembrar, ainda, que a quantidade matemática da condenação não funciona como critério automático para a definição do regime inicial, que deve considerar as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal. O texto destaca a reincidência, como impeditiva da cominação dos regimes mais favoráveis”. (*destaque do original*). Certo é que tal entendimento quanto à reincidência, cuja constitucionalidade, inclusive, está sendo questionada perante o STF, vai de encontro com a jurisprudência dos Tribunais Superiores. Neste sentido. Cf. Súmula 269 do STJ: *É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.*

do dispositivo, uma vez que a pena expressamente prevista teria que possuir um patamar mínimo de dois anos para o regime aberto.

Embora tenha havido modificações quanto aos critérios de fixação do regime inicial, o Anteprojeto não modifica as regras do cumprimento de pena no regime fechado, reproduzindo as disposições do Código Penal vigente.

Entretanto, com relação ao regime semiaberto, o Anteprojeto promove alterações que mais uma vez evidenciam seu propósito de endurecimento no tratamento da questão penitenciária, agora voltado contra uns dos principais mecanismos de reinserção social previstos na Lei de Execução Penal, as saídas temporárias.

As autorizações para saída temporária, notadamente, a visita periódica ao lar, atualmente previstas na Lei de Execução Penal (art. 122 e segs.), são os instrumentos mais eficazes para estreitar os laços daqueles segregados do convívio familiar e aproximar o seu beneficiário da realidade extramuros, preparando-o com o trabalho e disciplina para o inexorável retorno à sociedade.

A Lei de Execução Penal, em seu art. 123, estipula os requisitos objetivos e subjetivos para obtenção do direito às autorizações de saída temporária. Com relação ao requisito subjetivo, o inciso I exige o bom comportamento carcerário e o inciso III o perigoso requisito da *compatibilidade do benefício com os objetivos da pena*.<sup>18</sup> No que diz

---

18 O requisito contido no inciso III, tamanha a sua subjetividade (o que desde logo desafiaria o princípio da legalidade), permite entendimentos arbitrários, notadamente, para os condenados a crimes hediondos com penas altas que, não obstante o preenchimento de todos os demais requisitos vêem o seu direito negado, quando não é negado o próprio caráter de direito público subjetivo das autorizações de saída. Neste sentido cf.

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. SAÍDA TEMPORÁRIA. VISITA PERIÓDICA AO LAR. ART. 123 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. INDEFERIMENTO DEVIDAMENTE MOTIVADO NA AUSÊNCIA DO REQUISITO SUBJETIVO. REAVALIAÇÃO. SEDE IMPRÓPRIA. HABEAS CORPUS DENEGADO. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO QUE INDEFERIU A LIMINAR PREJUDICADO. 1. O Juízo das Execuções Criminais apresentou elementos concretos que justificam o indeferimento da saída temporária para fins de visita familiar, sobretudo a ausência de demonstração do requisito subjetivo do Paciente, condenado por crime de homicídio qualificado, que obteve progressão para o regime semiaberto há pouco tempo e com longa pena a cumprir, o que recomenda maior cautela na concessão de saídas extramuros. 2. A estreiteza da via eleita não admite a dilação probatória necessária para desconstituir o entendimento das

respeito ao lapso temporal, a LEP exige do apenado o cumprimento de um sexto da pena se primários e um quarto se reincidentes. Certo é que, de acordo com a doutrina e a jurisprudência consolidada do STJ, estes prazos são exigidos no caso de condenação no regime inicial semiaberto, uma vez que nas hipóteses de regime inicial fechado com ulterior progressão, todo o tempo de pena cumprido no regime fechado é considerado para concessão das autorizações de saída.<sup>19</sup>

---

instâncias ordinárias sobre o não preenchimento do requisito subjetivo pelo apenado e a incompatibilidade do benefício requerido com os objetivos da pena. Precedentes. 3. Habeas corpus denegado. Prejudicado o pedido de reconsideração da decisão que indeferiu a liminar. (STJ – 5ª Turma – HC 235910/RJ – Rel. Min. Laurita Vaz. j. 21/06/2012).

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. SAÍDA TEMPORÁRIA. VISITAÇÃO PERIÓDICA AO LAR. NECESSIDADE DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS ELENCADOS NO ART. 123 DA LEP. ADEQUAÇÃO AO REGIME SEMIABERTO NÃO AFERIDA. COMPATIBILIDADE DA BENESSE COM OS OBJETIVOS DA PENA. MAIORES INCURSÕES QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA.

I. O ingresso no regime prisional semiaberto é apenas um pressuposto que pode, eventualmente, legitimar a concessão de autorizações de saídas em qualquer de suas modalidades - permissão de saída ou saída temporária - sem, contudo, caracterizar um direito subjetivo do reeducando à obtenção de alguma dessas benesses, devendo o juízo das execuções criminais avaliar, em cada caso concreto, a pertinência e a razoabilidade em deferir a pretensão. II. Hipótese em que o Magistrado de 1º grau ponderou que a concessão do benefício da visitação periódica ao lar, naquela ocasião, não se coadunava com o objetivo da pena, devendo o pleito ser reavaliado posteriormente, em decisão proferida há menos de 05 meses da progressão do apenado ao regime semiaberto. III. Benefício que somente pode ser concedido desde que configuradas as condições específicas previstas na legislação da regência, de ordem subjetiva e objetiva, que devem ser detidamente sopesadas pelo Juízo das Execuções, levando-se em consideração, igualmente, a gravidade dos delitos praticados e a pena restante a ser cumprida (Precedente). IV. A análise mais aprofundada do tema demandaria aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, peculiar ao processo de conhecimento, inviável em sede de habeas corpus, remédio jurídico-processual, de índole constitucional, que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder, marcado por cognição sumária e rito célere. V. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator. (STJ – 5ª Turma – HC 170197/RJ – Rel. Min. Gilson Dipp. j. 12/06/2012).

19 Neste sentido é o verbete nº 40 da súmula do Superior Tribunal de Justiça: *Para obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento de pena no regime fechado*. Desta forma, o lapso de um sexto utilizado para progredir, por exemplo, é aproveitado para as autorizações de saída, salvo se tratar de condenado reincidente (caso em que terá que aguardar o implemento do prazo de 1/4 da pena).

O Anteprojeto do Código Penal avoca a disciplina das autorizações de saída, modificando os seus requisitos legais.<sup>20</sup> Segundo o texto do PLS 236/2012, o requisito temporal para obtenção das saídas temporárias passaria a ser um quarto da pena nas condenações em regime inicial semiaberto e um sexto do remanescente da pena se o condenado alcançar o regime semiaberto através da progressão. O texto ainda passa a exigir como requisito, o fato do apenado nunca ter sido regredido de regime e que as suas condições pessoais recomendem a concessão da autorização de saída.

Como se pode perceber, o Anteprojeto com relação aos requisitos objetivos aumenta os prazos, exigindo mais tempo de cumprimento de pena para obtenção das autorizações de saída, tornando regra a fração utilizada como exceção (um quarto da pena). Da mesma forma, a proposta do Anteprojeto também colide com a súmula nº 40 do Superior Tribunal de Justiça, ao estipular fração diferenciada (um sexto do remanescente da pena) para aquele que atinge o regime semiaberto através da progressão.

A situação consegue ser pior nos requisitos subjetivos. O Anteprojeto deixa de exigir o comportamento adequado para condicionar as autorizações de saída à inexistência de regressão anterior, rompendo com o caráter reintegrador e regenerador do direito às saídas temporárias. Indubitavelmente, retirar a possibilidade/perspectiva do condenado em obter as autorizações de saída temporária, ante a ocorrência de uma regressão de regime, é romper, teleologicamente, com toda significância do instituto. É violar frontalmente o princípio da individualização da pena.

Por fim, ao suprimir o atual requisito subjetivo (compatibilidade do benefício com os objetivos da pena), o mencionado projeto de lei consegue estabelecer um ainda mais perigoso e subjetivo: que

---

*20 Regras do regime semiaberto*

Art. 51. Aplica-se o caput do art. 50 deste Código ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semiaberto.

§ 1º O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

§ 2º Para saídas temporárias, em especial visita periódica ao lar, o benefício só pode ser concedido desde que cumprido um quarto do total da pena se o regime inicial fixado foi o semiaberto, não tenha havido regressão e o recomendarem as condições pessoais do condenado.

§ 3º O prazo a que se refere o parágrafo anterior será de um sexto do restante da pena se tiver havido progressão do regime fechado ao regime semiaberto.

as condições pessoais do condenado recomendem. A duvidosa constitucionalidade salta aos olhos, diante da inobservância do princípio da legalidade (*nullum crimen nulla poena sene lege stricta et certa*), ao se deixar nas mãos do juiz a definição do que sejam as condições pessoais que recomendem as autorizações de saída (o que representaria, em última análise, analogia *in malan parten*).

Certo é que tal requisito exigirá do Estado-juiz uma manifestação acerca das condições pessoais do condenado, de sua personalidade, matérias estas estranhas ao ofício judicante do juiz criminal. Sabemos que o juiz criminal não domina conteúdos da psicologia, antropologia ou psiquiatria, o que deságua em decisões frequentemente anuladas nos Tribunais, quase sempre precárias, imprecisas, incompletas, limitadas a afirmações genéricas e vagas como personalidade desajustada, agressiva, impulsiva, que, do ponto de vista técnico, nada dizem.<sup>21</sup>

É claro que admitir tal prática, seria compactuar com um direito penal do autor. Como afirma Amilton Bueno e Salo de Carvalho (essa citação diz respeito a dois autores, favor citar o outro), mesmo se fosse o magistrado apto a realizar tal tarefa, o juízo sobre a personalidade do sujeito seria ilegítimo, visto estar assentado em valoração estritamente moral sobre o “ser” do condenado.<sup>22</sup>

No que se refere ao regime aberto, como mencionado anteriormente, o Anteprojeto do Código Penal promove uma profunda reformulação.<sup>23</sup> Inicialmente, as Casas do Albergado (art. 93 da LEP) deixarão de existir. Todavia, tal iniciativa mais se parece com uma

---

21 Cf. BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 172.

22 CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 58.

23 *Regras do regime aberto*

Art. 52. O regime aberto consiste na execução da pena de prestação de serviço à comunidade, cumulada com outra pena restritiva de direitos e com o recolhimento domiciliar.

§1º A pena de prestação de serviço à comunidade será obrigatoriamente executada no período inicial de cumprimento e por tempo não inferior a um terço da pena aplicada.

§ 2º O recolhimento domiciliar baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, que deverá, sem vigilância direta, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido nos dias e horários de folga em residência ou em qualquer local destinado à sua moradia habitual.

§ 3º O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica.

§ 4º em caso de descumprimento injustificado das condições do regime aberto o condenado regredirá para o regime semiaberto.

cortina de fumaça, uma vez que de acordo com o texto, o regime aberto consistirá na execução da pena de prestação de serviço à comunidade, cumulada com outra pena restritiva de direitos, com recolhimento domiciliar e monitoração eletrônica.

O Anteprojeto reduz para dois anos o patamar máximo da pena aplicada para o regime aberto nos crimes mediante violência ou grave ameaça, mantendo o limite de quatro anos para regime inicial aberto nos demais crimes. A redação do projeto de lei ainda impõe como regra deste regime o cumprimento de duas penas restritivas de direito, colidindo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que recentemente editou a Sumula nº 493 “É inadmissível a fixação de pena substitutiva (art. 44 do CP) como condição especial ao regime aberto”.

### **3.2. A progressão de regime**

Consectário do sistema progressivo de cumprimento de pena, o instituto da progressão de regime, direito público subjetivo do apenado, vem disciplinado na Lei de Execução Penal (art. 112 e segs), no Código Penal (art. 33, §§) e na legislação extravagante (art. 2, §2º da Lei 8.072/90). De acordo com o ordenamento jurídico vigente, os condenados a pena privativa de liberdade em regime fechado ou semiaberto poderão progredir para o regime semiaberto e aberto, respectivamente, diante do preenchimento de alguns requisitos previstos em lei.

O primeiro requisito, de natureza objetiva, é o tempo de cumprimento de pena (lapso temporal). A LEP exige como regra geral, o cumprimento de ao menos um sexto da pena no regime anterior (art. 112). A exceção são os crimes hediondos (art. 1º da Lei 8.072/90) e assemelhados (art. 5º, XLIII da CRFB/88), uma vez que até a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal em fevereiro de 2006 e todas as ulteriores discussões, vigorou o famigerado regime integralmente fechado que impedia a progressão de regime. Com a entrada em vigor da Lei 11.464/07 que alterou a redação do art. 2º, §2º da Lei 8.072 e a uniformização da jurisprudência quanto a sua natureza mais gravosa<sup>24</sup>, a progressão de regime nos crimes hediondos ou equiparados, cuja prática tenha se dado até o dia 28/03/2007 (entrada

---

24 Sobre a declaração de inconstitucionalidade do regime integralmente fechado no julgamento do HC 82.959, os efeitos desta decisão (abstrativização do controle difuso) e a eficácia da Lei 11.464/2007: Cf. ALMEIDA, Felipe Lima de. Progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados: a (ir)retroatividade da Lei 11.464/07 e a moderna jurisprudência do STF. *in Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*, v. 24, Rio de Janeiro: 2009, p. 134-155.

em vigor da Lei 11.464/07), submete-se ao disposto no art. 112 da LEP, cumprimento de ao menos um sexto da pena no regime anterior. Todavia, caso o delito tenha sido praticado a partir de 28/03/2007, a progressão estará sujeita às frações do art. 2º, §2º da Lei 8.072/90 (dois quintos da pena para primários e três quintos da pena para os reincidentes).<sup>25</sup>

O segundo requisito é de caráter subjetivo, o denominado bom comportamento carcerário atestado pelo diretor do estabelecimento (art. 112 da LEP). Por derradeiro, existe ainda nos crimes praticados contra a administração pública, o denominado requisito específico da progressão, que condiciona a concessão da progressão de regime à reparação do dano causado ou à devolução do produto do ilícito praticado (art. 33, §4º do CP).

O Anteprojeto do Código Penal pretende alterar substancialmente a estrutura da progressão de regime em nossa legislação.<sup>26</sup> De acordo com a nova sistemática da progressão de regime contida no texto, o único requisito preservado foi o bom comportamento carcerário, embora tenha trazido a reboque outro requisito subjetivo, a aptidão para o bom convívio social (que também poderia ser facilmente extraída do bom comportamento, sem a necessidade desta perigosa previsão autônoma e vaga).

Segundo o art. 47 do Anteprojeto, além destes requisitos subjetivos a progressão de regime estaria submetida às diversas modalidades

---

25 Cf. Súmula nº 471 do STJ: “Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei n. 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional”. No STF, vide a PSV nº 30 que originou a súmula vinculante nº 26.

26 *Sistema progressivo*

Art. 47. A pena de prisão será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso ostentar bom comportamento carcerário e aptidão para o bom convívio social e tiver cumprido no regime anterior:

I – 1/6 (um sexto) da pena, se não reincidente em crime doloso;

II - 1/3 (um terço) da pena:

a) se reincidente:

b) se for o crime cometido com violência ou grave ameaça:

c) se o crime tiver causado grave lesão à sociedade;

III – 1/2 (metade) da pena:

a) se o condenado for reincidente em crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa ou em crime que tiver causado grave lesão à sociedade;

b) se condenado por crime hediondo;

IV – três quintos (três quintos) da pena, se reincidente e condenado por crime hediondo;

criadas de requisitos temporais. Conforme o inciso I do referido artigo, a fração ordinária da progressão de regime vigente hoje (cumprimento de ao menos um sexto da pena) seria destinada pelo Anteprojeto apenas ao condenado não-reincidente em crime doloso.

A primeira fração diferenciada, imposição do lapso temporal de um terço da pena, contempla três hipóteses: a) condenados reincidentes; b) condenados por crimes cometidos com violência ou grave ameaça; e c) crime que causar grave lesão à sociedade.

Somente as duas primeiras hipóteses, hoje submetidas ao prazo de um sexto da pena, são responsáveis por mais de 50% do efetivo carcerário nacional<sup>27</sup> que, diante deste novo sistema, ficará pelo menos o dobro do tempo no regime fechado. A terceira e última hipótese, talvez a previsão mais aberrante e inconstitucional do PLS 236/2012, cria uma nefasta categoria (os crimes que causam grave lesão à sociedade). A falta de definição e parâmetros, a imprecisão e a insegurança gerada por este requisito são fatores que causam muita preocupação para quem conhece o público frequentador do nosso sistema penitenciário.

A leitura do referido dispositivo desperta uma dúvida inicial: quem irá decidir quanto a existência ou não da grave lesão à sociedade? Será a implacável exposição midiática? A audiência gerada pelos envolvidos? Embora saibamos que tais fatores são fortes influências, enquanto vigorar a Constituição da República, esta tarefa obviamente será do juiz, em cada caso concreto. A dúvida que persiste agora é sobre qual juiz irá analisar a grave lesão à sociedade, o juiz do processo de conhecimento ou o juiz da execução? No caso do juiz do processo de conhecimento, ele fará um juízo de reprovabilidade além daquele já realizado pela prática do injusto, apenas para estigmatizar e impor um cumprimento mais gravoso de pena? Havendo omissão do juiz do conhecimento quanto à análise da grave lesão à sociedade, o juiz da execução pode, mesmo diante do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, reavaliar os fatos e rotular o apenado como autor de tal?

Aliada a estas dúvidas, a ausência de norma complementar que defina o que possa ser considerado grave lesão à sociedade também

---

27 Segundo dados atualizados até junho/2012, disponíveis em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=&params=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. (Acessado em 13/01/2012).

é outro grave problema, já que não se sabe o que a caracterizará. Será o clamor público criado pelo crime ou comoção em virtude da vítima? A pecha de escândalo atribuído pelos meios de comunicação? Circunstâncias já consagradas como qualificadoras, agravantes ou causas de aumento? Em caso positivo, isso não evidenciará a dupla punição pelo mesmo fato?

Não é exagero lembrar que o princípio da legalidade impõe ao legislador a observância da *lex certa*, o chamado mandato de determinação. De acordo com Jescheck: “A razão do mandato de determinação reside, de um lado, que a reserva de lei só pode desenvolver plenamente a sua eficácia quando se encontrar no texto legal expressões tão claras que exclua a possibilidade de uma solução subjetiva e arbitrária por parte do juiz. As soluções penais devem ser verificadas sobre a base legal.”<sup>28</sup>

A infeliz inclusão desta nova categoria de crimes que, em última análise, chega a atingir a própria dignidade da pessoa humana, é incompatível com o princípio da legalidade e os postulados de um estado democrático de direito. Segundo Luigi Ferrajoli, o uso por parte da lei, em contraposição com o princípio da estrita legalidade, de fórmulas elásticas ou carentes de determinação, permite a o surgimento da chamada “analogia antecipada”, vedada pelo princípio da legalidade.<sup>29</sup>

Adiante, o Anteprojeto com sua sanha encarceradora contém ainda outras proposições. No inciso III, por exemplo, temos a imposição da fração de metade da pena para o condenado reincidente em crime cometido com violência ou grave ameaça ou que tiver causado a nefanda grave lesão à sociedade (ambas já submetidas à fração de um terço), criando uma nova modalidade de reincidência específica. Com o mesmo viés punitivo, o Anteprojeto neste inciso III aumenta o lapso temporal dos condenados por crime hediondo/equiparados de dois quintos para

---

28 “*La razón del mandato de determinación reside, de un lado, en que la reserva de Ley sólo puede desarrollar plenamente su eficacia cuando la voluntad jurídica de la representación popular ha encontrado en el texto una expresión tan clara, que queda excluida la posibilidad de una resolución subjetiva y arbitraria por parte del juez. Las resoluciones penales deben ser verificables sobre la base de la Ley.*” JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal: Parte General. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Editorial Comares, 2002, p. 146. (tradução livre pelo autor).

29 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bondrés. 2. ed., Madrid: Trotta, 1995, p. 382.

metade da pena.

A fração de três quintos foi reproduzida no inciso IV do art. 47 do Anteprojeto, agora imposta ao reincidente e condenado por crime hediondo. Redação elaborada com o nítido propósito de afastar o entendimento que vem se formando na doutrina e na jurisprudência, quanto à aplicação do lapso de três quintos apenas para os chamados reincidentes específicos (ambos os crimes hediondos ou equiparados praticados após a Lei 11.464/07).<sup>30</sup>

O Anteprojeto do Código Penal encerra o rol dos requisitos objetivos da progressão de regime com a reprodução do requisito específico de crimes praticados contra a Administração Pública (art. 33, §4º do CP), em seu parágrafo terceiro.<sup>31</sup>

---

30 Na doutrina, por todos: Cf. FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 6. ed., São Paulo: RT, 2007, p. 279-280. Na jurisprudência: Cf. H.C. EXECUÇÃO. PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO REJEITADA. PROGRESSÃO DE REGIME. LAPSO TEMPORAL. REINCIDÊNCIA. CRIME COMUM E CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. ART. 2º, § 2º, LEI 8.072/90. ART. 83, V, CP. ART. 44, PARÁGRAFO ÚNICO, LEI 11343/06. A ação de Habeas Corpus é o remédio constitucional adequado para desconstituir qualquer decisão ilegal, capaz de produzir algum constrangimento. Com o HC, enfrenta-se o abuso de poder e a coação realizados pelo Estado. As ditaduras, por isso, cassam o Habeas Corpus, que constitui a pedra de toque das civilizações superiores, um dos poucos direitos, pretensões, ações e remédios jurídicos processuais com que se sobrepõem aos séculos passados, mal saídos da Idade Média e dos absolutismos dos réus. (Pontes de Miranda). É cabível o HC até para aferir a idoneidade jurídica ou não das provas onde se fundou a decisão condenatória, para cassar a condenação. (Min. Sepúlveda Pertence). A circunstância de não ter sido interposto o recurso de agravo não obsta ao conhecimento do Habeas Corpus. A ilegalidade aparece configurada na hipótese. Em tema de restrição a direitos fundamentais, a interpretação não pode ser ampliativa. Conceito de reincidência que deve ser buscado dentro do subsistema dos crimes hediondos e equiparados, e não no art. 63, CP. Harmonização com o disposto no art.83, V, CP, e com o art. 44, parágrafo único, da Lei 11.343/06. Para evitar a desigualdade e desproporção, deve-se interpretar a expressão se reincidente 2º, § 2º, da Lei 8072/90, como reincidência específica. Diferente disso, estaríamos não só equiparando indevidamente o reincidente comum ao reincidente específico, como também aceitando duas regras de reincidência oriundas de uma mesma norma com tratamentos normativos distintos a institutos análogos decorrentes do sistema progressivo de cumprimento de pena. Concessão da ordem. (TJ/RJ – 5ª Câmara Criminal - HC 0062647-46.2011.8.19.0000 – Rel. Des. Sergio Verani. j. 28/06/2012).

31 §3º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais, salvo comprovada impossibilidade, a que não deu causa

### 3.2.1. Exame criminológico: a volta dos que não foram!

O exame criminológico remonta aos pioneiros da Criminologia, que defendiam a realização de um exame médico/psicológico/social dos delinquentes. Segundo a doutrina, a necessidade do exame criminológico foi afirmada pela primeira vez por Cesare Lombroso no Congresso Internacional Penitenciário de São Petersburgo, em 1890.<sup>32</sup>

Por conseguinte, no ano de 1907, em Bruxelas, foi criado o pioneiro centro de estudos dos reclusos e na Alemanha, em 1920, foi desenvolvido um mecanismo semelhante para o estudo dos reclusos da prisão de Straubing, na Baviera, posteriormente transferido para Munique. Com o Congresso de Londres em 1925 e o I Congresso Internacional de Criminologia em Roma, 1938, consolidou-se a necessidade do estudo e observação da personalidade dos delinquentes, mormente, com inserção nas três fases processuais: instrução, julgamento e execução.

Contudo, foi no ano de 1950 que a chamada Criminologia Clínica consagrou-se no II Congresso Internacional de Criminologia em Paris (no qual se defendeu a realização de um exame biotipológico e a introdução da psiquiatria nos estabelecimentos penitenciários) e no XII Congresso da antiga Comissão Internacional Penal e Penitenciária, em Haia (que culminou na a elaboração da primeira resolução sobre realização de um relatório criminológico acerca do criminoso).<sup>33</sup>

No Brasil, o exame criminológico surgiu pela primeira vez no Anteprojeto de Código de Processo Penal de Frederico Marques (Subseção III - arts. 391 a 395), publicado em 29/06/1970. No mesmo ano, o então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid, com o objetivo de complementar a matéria do Código de Processo Penal, incumbiu a Comissão de Estudos Legislativos da tarefa de elaborar um código penitenciário. Assim, no dia 09/11/1970 foi publicado o Código de Execuções Penais de Benjamim Moraes Filho, cuja revisão foi realizada pelos professores José Frederico Marques, José Salgado Martins e

---

32 Neste sentido: Cf. COSTA, Álvaro Mayrink da. Exame Criminológico. 5. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 86.

33 “Na organização moderna da justiça penal, é altamente desejável para servir de base à fixação da pena e aos processos de tratamento penitenciário e de liberação, dispor de um relatório, previamente à prolação da sentença. O qual se refira não somente às circunstâncias do crime, mas também aos fatores relativos à constituição, à personalidade, ao caráter e aos antecedentes sociais e culturais do delinquente”. Neste sentido Cf. BRITO, Alexis Couto. Execução Penal. 2. ed., São Paulo: RT, 2011, p. 66-70; Ver também: COSTA, op. cit., p. 88.

José Carlos Moreira Alves, com a inédita previsão da Comissão de Classificação para elaboração do exame criminológico.<sup>34</sup>

Todavia, apenas com a Reforma Penal operada pela Nova Parte Geral e a Lei de Execução Penal em 1984, o exame criminológico conseguiu, finalmente, se infiltrar na legislação brasileira.

A Lei 7.210/84 – Lei de Execução Penal distingue duas formas de exame: o exame da personalidade e o exame criminológico.<sup>35</sup> O exame da personalidade compreende um exame biológico, um psicológico, um psiquiátrico e um social, consistindo num exame genérico da personalidade, no qual se investigam o caráter, as tendências e a inteligência do condenado, desassociado do crime em concreto. O exame criminológico, conforme a própria exposição de motivos é espécie do gênero exame de personalidade. No exame criminológico se examina a personalidade do condenado relacionada com o fato delituoso, com crime praticado. Realiza-se, desta maneira, um diagnóstico criminológico, para que se possa elaborar uma prognose de reeducação penal.<sup>36</sup>

Segundo Alvin August de Sá, o exame criminológico comporta essencialmente um diagnóstico criminológico (análise da conduta criminosa a partir do amplo espectro de fatores e condições que contribuem para tornar essa conduta cientificamente compreensível à luz de um enfoque essencialmente interdisciplinar).

De acordo com o autor: “Do diagnóstico resulta um prognóstico criminológico, que consiste numa avaliação sobre possíveis desdobramentos futuros da conduta criminosa, seja em termos de

---

34 GOULART, José Eduardo. *Princípios Informadores do Direito da Execução Penal*. São Paulo: RT, 1994, p. 69. Ver também: COSTA, op. cit., p. 195-196.

35 Vide item 34 da Exposição de Motivos: *O Projeto distingue o exame criminológico do exame da personalidade como a espécie do gênero. O primeiro parte do binômio delito-delinquente, numa interação de causa e efeito, tendo como objetivo a investigação médica, psicológica e social, como o reclamavam os pioneiros da Criminologia. O segundo consiste no inquérito sobre o agente para além do crime cometido. Constitui tarefa exigida em todo o curso do procedimento criminal e não apenas elemento característico da execução da pena ou da medida de segurança. Diferem também quanto ao método esses dois tipos de análise, sendo o exame de personalidade submetido a esquemas técnicos de maior profundidade nos campos morfológico, funcional e psíquico, como recomendam os mais prestigiados especialistas, entre eles DI TULLIO (Principi di criminologia generale e clinica. Roma: V. Ed., p. 213 e ss.).*

36 Neste sentido. Cf. PRADO, Luiz Régis. [et all.] *Direito de Execução Penal*. 2. ed., São Paulo, RT, 2011, p. 42-43. Ver também BRITO, op. cit., p. 66.

comportamento do examinando no ambiente carcerário (tratando-se de exame criminológico feito no início da execução da pena, para fins de instruir a individualização), seja em termos de comportamento do examinado quando no novo regime por ele solicitado”.<sup>37</sup>

A Lei de Execução Penal em seu art. 5º determina que os condenados sejam classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal. Assim, a LEP impõe a classificação através da realização do programa individualizador da pena privativa de liberdade, adequada ao condenado ou preso provisório, pela chamada Comissão Técnica de Classificação (art. 6º e 7º). Obviamente, por força do princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII da CRFB/88), o preso provisório não pode ser submetido ao exame criminológico.<sup>38</sup>

O art. 34 do Código Penal e o art. 8º da LEP determinam que o condenado ao iniciar o cumprimento de pena no regime fechado será submetido a exame criminológico (obrigatório) para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução. Para o condenado que inicia o cumprimento de pena no regime semiaberto, o exame criminológico é facultativo, conforme parágrafo único do art. 8º. O exame criminológico também era facultativo na hipótese de progressão de regime<sup>39</sup>, como se pode perceber na redação original do parágrafo único do art. 112 da LEP.<sup>40</sup>

---

37 SÁ, Alvin August de. *Criminologia Clínica e Execução Penal*. Proposta de um modelo de terceira geração. São Paulo, RT, 2011, p. 139-140.

38 Segundo Alexis Couto de Brito: “A Lei de Execução Penal, em seu art. 6º, inclui a submissão do preso provisório também a uma classificação realizada por esta comissão técnica, mas que evidentemente não poderá incluir a elaboração de um exame criminológico, por se tratar de flagrante incoerência já que este não possui, ainda, pena a cumprir.” Cf. BRITO, *op. cit.*, p. 67.

39 Neste sentido, alerta Alexis Couto de Brito, “o exame para a progressão ao regime semiaberto jamais foi previsto como algo obrigatório. Se nunca foi obrigatório para o regime semiaberto desde o início do cumprimento da pena, portanto não poderia ser obrigatório para a progressão”. Cf. BRITO, *op. cit.*, p. 72.

40 Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo Juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto (um sexto) da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão.

*Parágrafo único. A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário. (redação original)*

Ocorre que na prática, a utilidade e eficácia do exame criminológico sempre foram questionadas, o que passou a gerar abalo na credibilidade do instrumento. As inúmeras críticas aos métodos e resultados do exame criminológico iniciaram um processo de desgaste irreversível.

O desgaste este inevitável, visto que o vetusto exame criminológico, baseado nas práticas lombrosianas da Escola Antropológica e defendido pelos adeptos de uma Criminologia Clínica, insistia em decifrar a mente do homem delinquente e procurar, com base num diagnóstico sobre a periculosidade social, realizar um prognóstico que representa um verdadeiro exercício de adivinhação.

Inclusive, vale ressaltar que este tipo de análise, pela sua natureza, deveria ser destinada apenas ao agente inimputável (possuidor de periculosidade ante a ausência de imputabilidade penal) e não ao imputável (possuidor de culpabilidade), o que demonstra que o exame criminológico representa um ranço do extinto sistema do duplo binário (que verificava a periculosidade do agente imputável, impondo-lhe pena privativa de liberdade e medida de segurança), incompatível com o vigente modelo vicariante.<sup>41</sup>

É evidente que uma análise multidisciplinar, ainda que meticulosa (e todos sabem como são realizados os exames criminológicos no interior das unidades prisionais) jamais conseguiria prever o comportamento futuro do condenado e se este voltaria a delinquir. Até porque inúmeros outros fatores, como a omissão do Estado, a falta de oportunidade e o preconceito da sociedade, serão adicionados após a libertação do analisado.

Todavia, com o advento da Lei 10.792/03, que alterou vários dispositivos da Lei de Execução Penal, foi dada nova redação ao art. 112. Desta forma, finalmente foi suprimida a previsão quanto à elaboração (facultativa) de exame criminológico para progressão de regime, satisfazendo-se a Lei apenas com o atestado de bom comportamento carcerário dado pelo diretor do estabelecimento.

---

41 Segundo Alexis Couto de Brito, o Código Penal tem diversas passagens sobre aquilo que o autor define como “periculosidade camuflada”, como é o caso do requisito contido no art. 83, III para o livramento condicional (substituiu-se a expressão “ausência ou cessação da periculosidade” da legislação anterior por “comportamento satisfatório”) ou do famigerado parágrafo único do art. 83, que exige comprovação de que o condenado não voltará a delinquir (mas é exatamente o não voltar a delinquir que define nuclearmente o conceito de periculosidade). Cf. BRITO, *op. cit.*, p. 74.

Desta forma, defende Salo de Carvalho, inexistente na nova configuração da LEP, espaço para que laudos e pareceres vinculem a decisão judicial, sobretudo, porque deixam de ser peça a informar o processo executivo. Para o festejado autor, seria possível sustentar, inclusive, verdadeira vedação às Comissões Técnicas de Classificação, de produção de material opinativo destinado à instrução dos incidentes referentes aos direitos de execução.<sup>42</sup>

Ocorre que a Lei 10.792/03 ainda incluiu um parágrafo segundo no art. 112, determinando que igual procedimento seja adotado nos casos de concessão de livramento condicional, indulto e comutação.

A opção legislativa é clara, afirma Salo de Carvalho, eventual entrave à obtenção dos direitos da execução em face de perícias desfavoráveis parece ser direta ofensa à legalidade penal, constituindo cerceamento de direito.<sup>43</sup> E neste sentido passou a surgir vários precedentes.<sup>44</sup>

Ocorre que, não obstante a redação trazida pela Lei 10.792/03 ao art. 112, instaurou-se grande controvérsia na doutrina e na jurisprudência quanto à possibilidade do juiz, ainda assim, sem existir qualquer previsão legal, exigir a elaboração do exame criminológico.

Segundo Couto de Brito, curiosamente, com a nova redação dada ao art. 112 e a flagrante ausência de previsão para o exame para progressão, alguns autores começaram a defender que, na antiga redação

---

42 CARVALHO, Salo de. O (Novo) Papel dos “Criminólogos” na Execução Penal: As Alterações Estabelecidas pela Lei 10.792/03. *in Crítica à Execução Penal*. 2. ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 168.

43 Idem.

44 AGRAVO EM EXECUÇÃO. EXAMES CRIMINOLÓGICOS. PROGNOSE DE REINCIDENCIA. PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITOS. A progressão de regime, nos termos do art. 112 da LEP, dois são os requisitos: bom comportamento carcerário e cumprimento de um sexto da pena. Requerer a submissão do apenado a qualquer tipo de exame para fins de progressão de regime viola a legalidade, preciosa garantia do cidadão (art. 5º, II da Constituição da República). O juiz não é órgão do aparato de segurança pública, mas sim garantidor dos direitos fundamentais dos cidadãos! “Prognose de reincidência” nada mais é do que um juízo arbitrário e “futuroológico” sobre outrem. Assegurar os direitos de um único cidadão é, ao final, assegurar os direitos de toda uma sociedade. À unanimidade de votos, negaram provimento ao recurso. (TJRS – 5ª Câmara Criminal - Agravo em Execução 70011949690. Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho. j. 03/08/2005) No mesmo o AE 70014139448 e 70007705221. Ver também: CARVALHO, Amilton Bueno. [et. al.]. *Garantismo Aplicado à Execução Penal*. Rio Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 76-82.

o exame era obrigatório, e, agora, com a nova redação passou a ser facultativo. Conforme assevera o autor, com a simples leitura do texto é possível verificar que esta premissa é absolutamente falsa.<sup>45</sup>

Entretanto, parcela da jurisprudência começou a decidir, com base no poder geral de cautela, pela possibilidade de realização dos exames criminológicos nos casos de progressão de regime e livramento condicional, malgrado a redação do art. 112 e seu parágrafo segundo.

A questão ganhou dimensão até chegar aos Tribunais Superiores que, cedendo à pressão midiática e opinião pública manipulada, passaram a permitir a realização dos exames criminológicos ao arrepio da lei, num propósito populista e simbólico à moda Lei e Ordem.<sup>46</sup> Obviamente, não é a realização do exame criminológico, consubstanciado num formulário padronizado, preenchido em poucos minutos, que impedirá que criminosos voltem à rua para delinquir. A maioria da população não percebe isso acontecendo frequentemente nas favelas e periferias, mas pode lembrar que, em agosto de 2006, o sujeito que esquartejou uma empresária, no bairro de Botafogo, zona sul do Rio de Janeiro, havia obtido o livramento condicional com todos os exames favoráveis.<sup>47</sup> Assim como, recentemente, em fevereiro de 2012, o Brasil inteiro ficou chocado com o caso do estupro de uma criança de doze anos que retornava da escola, no interior de um coletivo, na zona sul do Rio de Janeiro. O protagonista de injusto tão grave, ostentava a qualidade de egresso há menos de quarenta e oito horas, após obter o livramento condicional com os exames criminológicos plenamente favoráveis à sua libertação.<sup>48</sup>

---

45 BRITO, *op. cit.*, p. 72.

46 Nesta perspectiva é a crítica de Couto de Brito: “por mais que o meio de vida ou a repercussão jornalística atribua a alguém a pecha de perigoso, tratando-se de imputável, não poderá ter sua execução exacerbada ou desviada em função do predicativo (...) Nesse sentido, deve-se evitar a utilização de critérios de aferição de periculosidade, como ‘não voltará a delinquir’, quando se trata do agente imputável. Embora a não reincidência seja um efeito esperado da execução penal, deve ser atingida através da concretização das finalidades premiaias contidas nos institutos previstos na Lei de Execução Penal, e não ser convertida em fundamento a priori para a aplicação destes institutos” Conclui o autor: “Se a periculosidade não é predicativo do imputável, não o deve ser tanto na fase processual quanto na fase executória”. Cf. BRITO, *op. cit.*, p. 79-80.

47 Neste sentido Cf.: <<http://oglobo.globo.com/rio/empresaria-assassinada-serradao-meio-em-botafogo-enterrada-4563161>>. (Acessado em 13/01/2012).

48 Neste sentido Cf.: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2012/02/suspeito-de-estupro-em-onibus-no-rj-recebeu-condicional-apos-falta-grave.html>>. (Acessado em 13/01/2012).

Todavia, embora estes e outros tantos casos tenham servido para demonstrar a imprestabilidade do exame criminológico, a jurisprudência dos Tribunais Superiores acabou se consolidando em sentido contrário. Primeiramente com relação aos crimes hediondos, o Supremo Tribunal Federal em 2009 editou a súmula vinculante nº 26, possibilitando a requisição do exame criminológico pelo juiz para verificação dos requisitos subjetivos.<sup>49</sup> Na mesma linha, no ano de 2010, o Superior Tribunal de Justiça com o escopo de espantar qualquer tipo de dúvidas sobre o fato da lei ter mudado e tudo continuar na mesma, editou a súmula nº 439, admitindo o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, a qualquer crime, desde que em decisão motivada.<sup>50</sup>

Assim, invariavelmente, recaíram inúmeras críticas sobre ambas as Cortes.

Neste sentido, uma das manifestações de repúdio mais interessantes ao exame criminológico veio do próprio Conselho Federal de Psicologia, que editou a Resolução 09 de 29/06/2010, regulamentando a atuação do psicólogo no sistema prisional. Certo é que o art. 4º desta resolução veda ao psicólogo que atua nos estabelecimentos prisionais, realizar o exame criminológico, avaliação psicológica com fins de subsidiar decisão judicial durante a execução da pena e participar de práticas de caráter punitivo ou disciplinar.<sup>51</sup>

---

49 Súmula Vinculante 26:

*Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.*

50 Súmula 439

*Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.*

51 Resolução 09 de 29/06/2010 do Conselho Federal de Psicologia, publicada no Diário Oficial da União 30/06/2010

(...)

Art. 4º. Em relação à elaboração de documentos escritos:

a) Conforme indicado nos Art. 6º e 112º da Lei nº 10.792/2003 (que alterou a Lei nº 7.210/1984), é vedado ao psicólogo que atua nos estabelecimentos prisionais realizar exame criminológico e participar de ações e/ou decisões que envolvam práticas de caráter punitivo e disciplinar, bem como documento escrito oriundo da avaliação psicológica com fins de subsidiar decisão judicial durante a execução da pena do sentenciado;

b) O psicólogo, respaldado pela Lei nº 10792/2003, em sua atividade no sistema prisional somente deverá realizar atividades avaliativas com vistas à individualização

Certo é que tal resolução, em boa hora, veio solucionar uma questão de coerência da psicologia no âmbito prisional. Como pode o psicólogo, profissional essencial para aquele privado de liberdade, prestar assistência psicológica ao interno, exercendo o seu valioso mister, e depois realizar um laudo que embasará uma decisão, na maioria das vezes, contrária aos interesses do preso? Como ficaria a ética do profissional? E o sigilo das informações obtidas de seus pacientes? É claro que a efetividade do tratamento penitenciário estaria colocada em risco, notadamente, com a perda da relação de confiança existente entre o psicólogo e o destinatário do seu serviço.

Destarte, o Anteprojeto do Código Penal seguindo a orientação da jurisprudência, lamentavelmente, propõe o restabelecimento do exame criminológico para aferição do requisito subjetivo na progressão de regime. E o pior, ainda cria um prazo de sessenta dias para a elaboração do exame criminológico e passa a responsabilidade para o Conselho Penitenciário, sem ao menos dizer como.<sup>52</sup>

Novas dúvidas: o Conselho Penitenciário passa a dar parecer? Fiscalizará a elaboração de laudo psicológico, psiquiátrico, social? O Conselho pode se manifestar contra os laudos? A exposição de motivos sequer menciona a atuação do Conselho Penitenciário.

Ora, é de conhecimento geral que os Conselhos Penitenciários Estaduais, salvo raras exceções, não são aparelhados o suficiente para dar conta de mais esta tarefa. Os Conselhos de um modo geral conseguem às duras penas dar conta do volume de pareceres nos incidentes de indulto e comutação e ainda inspecionar os estabelecimentos penais, supervisionar os Patronatos e tantas outras atribuições definidas no art. 70 da LEP.

---

da pena quando do ingresso do apenado no sistema prisional. Quando houver determinação judicial, o psicólogo deve explicitar os limites éticos de sua atuação ao juízo e poderá elaborar uma declaração conforme o Parágrafo Único.

Parágrafo Único. A declaração é um documento objetivo, informativo e resumido, com foco na análise contextual da situação vivenciada pelo sujeito na instituição e nos projetos terapêuticos por ele experienciados durante a execução da pena.

52 §1º – As condições subjetivas para a progressão serão objeto de exame criminológico, sob a responsabilidade do Conselho Penitenciário e com prazo máximo de sessenta dias a contar da determinação judicial.

§2º A não realização do exame criminológico no prazo acima fixado implicará na apreciação judicial, de acordo com critérios objetivos.

Em seguida, o Anteprojeto afirma que a não realização do exame no referido prazo, implicará na apreciação judicial de acordo com os critérios objetivos. Significa dizer que a regra prevista na legislação vigente (um sexto da pena cumprida e bom comportamento carcerário) passa a ser exceção, ou seja, aplicada apenas quando ultrapassar sessenta dias da determinação judicial sem a elaboração do exame.

Aqui vale igualmente ressaltar, a dramática situação enfrentada pelos setores de classificação das unidades prisionais de nosso país, também de conhecimento geral. Salvo raríssimas exceções, não existem funcionários da administração penitenciária, psicólogos, assistentes sociais e psiquiatras para darem conta da quantidade de exames criminológicos que hoje são pedidos, ainda mais o tornando obrigatório como sugere o Anteprojeto.

Será um verdadeiro colapso e o prazo simbólico de sessenta dias será apenas para procrastinar a concessão do direito e o juiz decidir com base nos critérios que hoje são utilizados pela lei. Como se pode observar, o Anteprojeto apenas criou mais um requisito protelatório para obtenção da progressão de regime.

Um mínimo de prática na execução penal já permite imaginar o funcionamento: o juiz da vara de execuções vai determinar a realização do exame; obviamente, o prazo vai se escoar sem que o exame tenha sido realizado, o Conselho Penitenciário (se conseguir dar conta) ou a defesa irão provocar o juiz diante do transcurso do prazo, para, finalmente, ser aberta conclusão para o magistrado decidir com base nos critérios hoje fixados na LEP. Agora adicione isto ao sucateamento natural das varas de execuções penais e o acervo cartorário de cada uma. O resultado, certamente, será muito ruim (para o preso).

### **3.2.2. Desvio de execução**

Ainda com relação ao sistema progressivo, o Anteprojeto do Código Penal acertou ao propor a previsão legal da atual posição dos Tribunais Superiores com relação ao grave problema do desvio de execução.<sup>53</sup>

A Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), em seu art. 185 prevê o excesso (aspecto quantitativo da pena) e o desvio de execução (aspecto

---

53 §4º Se, por razão atribuída ao Poder Público, não houver vaga em estabelecimento penal apropriado para a execução da pena em regime semiaberto, o apenado terá direito à progressão diretamente para o regime aberto.

qualitativo da pena). No mesmo sentido, alerta a exposição de motivos (item nº 19) pela observância do princípio da legalidade para impedir a ocorrência de ambos.

É certo que a ausência de vagas no regime adequado para: i) o preso cautelar (custodiado numa Cadeia Pública ou Centro de Detenção Provisória) que vem a ser condenado no regime inicial aberto ou semiaberto; ii) o réu que aguardou solto o trânsito em julgado de igual condenação ou; iii) o condenado no regime fechado, como na maioria das vezes, que obteve a progressão de regime; são situações que caracterizam o nefando desvio de execução.

Ocorre que a questão do desvio é um problema crônico no sistema penitenciário nacional. De acordo com o Ministério da Justiça, o Brasil até junho de 2012, já possuía um déficit de quase 25.000 vagas no regime semiaberto.<sup>54</sup> Desta forma, os Tribunais passaram a entender que se o Estado não possui condições de promover a execução da pena nos moldes em que a mesma foi imposta na sentença, não será o preso que suportará este ônus, ao cumprir uma pena mais severa por incompetência do próprio Estado. Assim, diante da ausência de vagas, os Tribunais determinam a progressão direta para o regime aberto e, na sua ausência, prisão albergue domiciliar.<sup>55</sup>

### **3.2.3. A extinção da pena**

Por fim, a proposição do Anteprojeto do Código Penal com relação à extinção da pena nos casos de progressão de regime, prevista no §5º do art. 47 também é digna de nota.<sup>56</sup>

Ao que parece, o projeto de lei pretende criar um mecanismo análogo à prorrogação do livramento condicional suspenso (art. 145 da LEP c/c art. 89 do CP).

Ocorre que se trata de mecanismos completamente diferentes.

Este requisito para a extinção da pena parece referir-se às

---

54 Neste sentido. Cf. <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=&params=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. (Acessado em 13/01/2013).

55 Por todos: Cf. Informativo de Jurisprudência do STJ nº 490/2012.

56 §5º A extinção da pena só ocorrerá quando todas as condições que tiverem sido fixadas forem cumpridas pelo condenado.

condições previstas para o regime aberto (art. 52 do Anteprojeto), visto que o art. 47 não se refere a fixação de condições a serem cumpridas no caso de progressão de regime.

É fácil perceber que este dispositivo está alinhado com o inequívoco rigor penitenciário que permeia o Anteprojeto, haja vista a configuração do novo regime aberto, notadamente, com a imposição de duas penas restritivas de direito que, como visto anteriormente, cria um propício ambiente para a regressão de regime e, conseqüentemente, o inchaço do regime superlotado regime semiaberto.

### **3.2.4. Da regressão de regime**

O PLS 236/2012 com relação à regressão de regime preservou a criticada estrutura dualista atualmente vigente (regressão sancionatória e regressão adequação), endurecendo, obviamente, nos poucos dispositivos que ainda asseguravam algum tipo de garantia para o preso.

O texto reproduz em seu art. 48 e §1º, os dispositivos hoje vigentes no art. 118 e §1º da LEP.<sup>57</sup> No inciso I, foi mantida a previsão da denominada regressão sancionatória como consequência da prática de fato definido como crime doloso ou falta disciplinar de natureza grave. Vale consignar que o Anteprojeto nesta primeira hipótese, perdeu a chance de consagrar o princípio constitucional da presunção de inocência, ao não exigir a sentença penal condenatória transitada em julgado (no caso da prática de fato definido como crime doloso) e a decisão judicial quanto à prática de falta disciplinar de natureza grave (jurisdicionalização da falta grave).

Frise-se, também, que a regressão sancionatória quando ocorre nas condenações cujo regime inicial de cumprimento seja o semiaberto ou aberto, desafia outra velha controvérsia, a ofensa a garantia

---

<sup>57</sup> *Regressão*

Art. 48. A execução da pena de prisão ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I – praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II – sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da penas em execução, torne incabível o regime.

§ 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

§ 2º O cometimento de falta grave interrompe o prazo para a progressão de regime, iniciando novo período a partir da data da infração disciplinar.

constitucional da coisa julgada (art. 5º, XXXVI da CRFB/88), uma vez que a sentença transitada em julgado posta em execução estabelecerá estes regimes de cumprimento.<sup>58</sup>

No inciso II o projeto de lei preservou a chamada regressão adequação. Esta modalidade de regressão leva em consideração a quantidade de penas que se somam e não a prática de falta disciplinar. A regressão adequação ocorre diante da superveniência de sentença penal condenatória transitada em julgado por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime de cumprimento.

O Anteprojeto desperdiçou excelente oportunidade de suprimir esta modalidade de regressão, tendo em vista a sua incompatibilidade com o princípio constitucional da individualização da pena (e a garantia da coisa julgada). A ofensa ao princípio da individualização da pena decorre do critério adotado pelo legislador para determinar a regressão adequação. De acordo com a LEP, a análise é feita com base num critério puramente quantitativo (soma das penas), ao invés de combiná-lo com uma análise qualitativa. É fácil perceber que duas penas privativas de liberdade de quatro anos cada em regime aberto, possuem um juízo de reprovabilidade muito menor do que uma única pena de oito anos em regime fechado. A resposta estatal de quatro anos de pena para cada uma das condenações é proporcional e suficiente à gravidade da ofensa no caso concreto. Não se pode pegar simplesmente as duas condenações e somá-las como se fosse uma coisa só, sem fazer uma análise qualitativa da individualização (judicial) da pena. Como afirma Couto de Brito, a soma de várias penas certamente não equivale a uma única pena de mesma duração.<sup>59</sup>

---

58 Certo é existe grande controvérsia quanto a coisa julgada no âmbito da execução da pena. Parte da doutrina e da jurisprudência nega a existência de uma coisa julgada material, dotada de imutabilidade. Para estes autores, a coisa julgada na execução penal seria provida de cláusula rebus sic stantibus, notadamente, quando se tratar de regime prisional (cuja característica é a própria provisoriedade). Neste sentido. Por todos: Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 7. ed., São Paulo: RT, 2001, p. 303-304. “A sentença condenatória penal contém implícita a cláusula rebus sic stantibus, como sentença determinativa que é: o juiz fica, assim, autorizado, pela natureza mesma da sentença, a agir por equidade, operando a modificação objetiva da sentença sempre que haja mutação nas circunstâncias fáticas”.

59 Neste sentido: Cf. BRITO, op. cit., p. 252.

O texto da proposição normativa mantém também as modalidades de regressão para o regime aberto contidas no parágrafo primeiro do art. 118 da LEP. Nesta modalidade de regressão, além das hipóteses anteriores (regressão sancionatória e adequação) acrescentam-se duas outras de cunho punitivo: frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

O Anteprojeto mais uma vez perde a oportunidade de corrigir a imperfeição legislativa do texto vigente e, finalmente, definir o que vem a ser frustrar os fins da execução. Esta expressão demasiadamente aberta, de suspeita constitucionalidade ante o princípio da legalidade, é normalmente atribuída, por se tratar de regime aberto, à inobservância das regras contidas no art. 115 da LEP. O projeto de lei poderia ter tornado o dispositivo menos subjetivo, mas parece que a Comissão não teve interesse em eliminar este ponto obscuro na regressão do regime aberto.

A segunda espécie contida no parágrafo primeiro está esvaziada desde a nova redação conferida ao art. 51 do CP, que impede a prisão do condenado à pena multa não paga, o que permitiu o entendimento de que o Código ao impedir a conversão em prisão da multa não paga, também impediu todo e qualquer efeito prisional ao devedor da pena de multa. Segundo esta orientação, admitir a regressão de regime do condenado à pena de multa cumulativamente imposta, não paga, seria atribuir, ainda que por via oblíqua, efeito prisional ao inadimplemento da pena de multa.<sup>60</sup>

É certo que a reprodução literal deste dispositivo pelo texto do projeto de lei, justifica-se pela lastimável iniciativa do mesmo em ressuscitar a possibilidade de prisão do devedor de pena de multa, como visto no início deste trabalho.

No que tange as modificações na regressão de regime, o Anteprojeto do Código Penal em flagrante desconformidade com a Constituição da República propõe a supressão do vigente parágrafo segundo do art. 118 da LEP, que em consonância com o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV da CRFB/88) veda a malfadada regressão cautelar nas hipóteses de regressão sancionatória. De acordo com o dispositivo vigente a regressão só pode ocorrer se precedida da oitiva do condenado, uma vez que ao exercer o seu direito à autodefesa, à presença e à audiência e todos os consectários da ampla defesa, o mesmo pode opor um fato juridicamente relevante que justifique a conduta

---

60 Idem.

ensejadora de tal medida.

O que se defende não é a impunidade do infrator, mas que a sua prisão seja ordenada no regime de cumprimento vigente ao tempo do fato, como na hipótese líder de incidência, a evasão (do regime semiaberto ou aberto). Nesta situação prática mais corriqueira, é inconcebível admitir que o juiz com base no poder geral de cautela possa regredir cautelarmente o condenado, antes de sua oitiva. É inadmissível que a garantia constitucional refletida no art. 118, §2º da LEP não tenha aplicação neste caso, muito menos pelo argumento que a regressão por ser cautelar é provisória, assim a oitiva seria exigida apenas para a regressão definitiva.<sup>61</sup> O mandado de prisão deve ser expedido respeitando o regime prisional à data do fato, deixando para após a captura e consequente oitiva, a decisão quanto à regressão ou manutenção do regime de cumprimento de pena. Ainda que se trate de evasão do regime aberto, o mandado ao ser cumprido possibilita o juiz ouvir o apenado e decidir sobre a regressão de regime.

No lugar da garantia contra a regressão cautelar hoje existente, o projeto de lei infelizmente propõe a previsão legal de mais um questionável posicionamento formado no âmbito da jurisprudência: a interrupção do prazo para progressão de regime diante da prática de falta disciplinar no regime fechado.<sup>62</sup>

É cediço que a análise do comportamento é uma análise subjetiva, o bom comportamento carcerário é requisito subjetivo para os direitos da execução. Assim, a prática de falta disciplinar de natureza grave deve macular tão-somente o requisito subjetivo, nunca o objetivo. Ocorre que admitir que a prática de falta disciplinar possa interromper os prazos para a progressão, é admitir que a falta disciplinar atinja o requisito objetivo também, o que é um absurdo.

---

61 Cf. MARCÃO, Renato. Curso de Execução Penal. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2012. p. 199-200.

62 Neste sentido foi decidido pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça na uniformização da jurisprudência. Cf. Informativo de Jurisprudência nº 494/2012. No mesmo sentido. Cf. MARCÃO, op. cit., p. 168. Entretanto, entendendo em sentido contrário, não admitindo a interrupção. Cf. TJ/RJ – 5ª Câmara Criminal - HC 0015168-23.2012.8.19.0000 – Rel. Des. Sergio Verani. No mesmo sentido é o enunciado nº 29 da Vara de Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro: Constitui grave ofensa ao princípio da estrita legalidade, o estabelecimento, por via de uma interpretação in malan parten, de novo lapso temporal para a progressão de regime a partir do cometimento de falta grave durante o cumprimento da pena em regime fechado.

Certo é que tal entendimento surgiu no afã de se punir mais severamente o condenado no regime fechado que praticasse falta disciplinar de natureza grave, visto que o rebaixamento do índice comportamental, isolamento, perda dos dias remidos, perda de regalias e outras sanções eram muito pouco, e como não poderia regredir o apenado uma vez que este já estava no regime mais severo, a forma que a jurisprudência encontrou de punir mais duramente foi a interrupção da contagem do prazo de cumprimento.

Aliás, tal entendimento vai de encontro com a própria garantia do direito adquirido e do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI da CRFB/88), uma vez que a pena cumprida é pena paga, que passa a integrar o patrimônio subjetivo do condenado. Não se pode simplesmente descartar o período de pena cumprida para fins de progressão sob pena de violar o princípio da legalidade e a garantia do direito adquirido.

#### **4. O livramento condicional**

O instituto do livramento condicional foi previsto em nossa legislação pela primeira vez com o Código Republicano de 1890 (arts. 51 e 52), embora sua efetivação e regulamentação tenham vindo apenas com o Decreto 16.665 de 06/11/1924. Posteriormente, o livramento condicional foi previsto na Consolidação das Leis Penais de Vicente Piragibe de 1932 (art. 50), no Código Penal de 1940 (arts. 60 a 66) e na Nova Parte Geral de 1984 (arts. 83 ao 90) e Lei de Execução Penal (art. 131 ao 146). Sempre considerado pela doutrina como o último e mais importante estágio do sistema progressivo de cumprimento de pena, fase final desinstitucionalizada da pena privativa de liberdade, o livramento condicional é o verdadeiro momento de passagem entre a coerção do presídio e a liberdade dentro do Direito.<sup>63</sup>

O Anteprojeto propõe, segundo a exposição de motivos e demais justificativas, a extinção do livramento condicional em nossa legislação. De acordo com o relatório final, a Comissão concluiu pela existência de uma “área de concorrência, se não de superposição, entre a progressão de regime e o livramento condicional”, notadamente, quando se trata de cumprimento de pena em regime aberto, uma vez que haveria uma “comunhão de requisitos com o livramento condicional”.

O primeiro equívoco nesta justificativa reside no fato da Comissão estar confundindo institutos completamente diferentes. Cumpre esclarecer inicialmente que os chamados regimes prisionais, verdadeiras

---

63 Neste sentido. Cf. BRUNO, Anibal. Das Penas. Rio de Janeiro: Rio, 1976, p. 192.

engrenagens do sistema progressivo de cumprimento de pena (que não possibilitam a liberação do apenado), como visto anteriormente, em nada podem ser confundidos com o instituto do livramento condicional, legítimo direito público subjetivo do apenado que, como alternativa ao cárcere e todos os seus males, permite ao condenado cumprir o restante de sua reprimenda em liberdade, condicionado a observância de uma série de restrições e o preenchimento de inúmeros requisitos legais.

Com todo o respeito devido à Ilustre Comissão, a extinção do livramento condicional como defendido no relatório final que originou o PLS 236/2012 é mais um enorme retrocesso em nosso sistema de cumprimento e individualização das penas. Ademais, evidencia um erro crasso, vez que tal iniciativa encontra-se fundamentada em falsas premissas, sujeita a causar grande dano ao próprio Estado.

O regime aberto de cumprimento de pena, já devidamente analisado, nos termos da legislação vigente pode ser fixado como regime inicial de cumprimento de pena (art. 59, III do CP) ou ser alcançado por meio da progressão de regime (Art. 112 da LEP). No que tange à progressão de regime, como visto anteriormente, são exigidos requisitos temporais diferenciados para crimes hediondos e equiparados (ao menos dois quintos se primário e três quintos se reincidente - art. 2º, §2º da Lei 8.072/90) e para aqueles que não possuem tal natureza (ao menos um sexto da pena – art. 112 da LEP), sem prejuízo da aferição do requisito subjetivo (bom comportamento carcerário). Igualmente foi verificado que o regime aberto implica ainda no cumprimento da pena em estabelecimento penal denominado “Casa de Albergado” (art. 93 da LEP), com submissão a rigorosas regras (art. 115 da LEP), entre as quais, o recolhimento ao estabelecimento prisional no horário noturno e nos dias de folga, sujeição ao sistema disciplinar (arts. 44 e segs da LEP), entre outras.

Já livramento condicional, forma de individualização da pena, foi considerado pelo legislador como medida alternativa ao encarceramento (item nº 137 da Exposição de Motivos da LEP), com o objetivo de reduzir os malefícios da prisão e promover a reinserção social do condenado<sup>64</sup>, possibilitando o cumprimento do restante da pena em liberdade (sem necessidade de recolhimento ao estabelecimento prisional), mediante o preenchimento de requisitos legais (objetivos e subjetivos – art. 83 do CP), condicionada à rigorosa obediência às condições obrigatórias e facultativas do “benefício” durante o chamado período de prova.<sup>65</sup>

---

64 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal. Parte Geral. 3. ed., Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 631.

65 Art. 132 e parágrafos da LEP. Neste sentido. Cf. BARROS, Carmen Silvia de

Realmente, no caso do requisito subjetivo, podemos afirmar a existência de comunhão de requisito, o chamado bom comportamento carcerário. Porém, isso não é exclusividade do livramento condicional, mas de todos os demais direitos da execução (autorizações de saída temporária, remição, comutação, indulto, etc.), que exigem o bom comportamento.

Contudo, no que diz respeito aos requisitos objetivos, a progressão exige como lapso temporal, dependendo da hipótese, o cumprimento ao menos de um sexto, dois quintos ou três quintos da pena no regime anterior. O livramento condicional exige, dependendo da hipótese, o cumprimento de mais de um terço, metade ou dois terços da pena em execução, vedada a concessão para o reincidente específico em crime hediondo ou equiparado.

Além disso, o condenado no regime fechado quanto mais tempo demorar em progredir para o semiaberto, maior será o lapso temporal necessário para alcançar o regime aberto, uma vez que para esta nova progressão, terá que cumprir mais um sexto da sua pena remanescente no regime semiaberto para obter a progressão para o regime aberto. Já o lapso temporal do livramento condicional é fixado com base na pena aplicada na sentença em execução, não sofrendo alteração em função de falta disciplinar<sup>66</sup> ou morosidade na concessão da progressão de regime.

Exemplificando: réu primário condenado a uma pena de doze anos de reclusão em regime fechado por roubo. O lapso temporal para obtenção do livramento condicional será a partir do cumprimento de quatro anos de pena (mais de um terço da pena). Tendo em vista que as Varas de Execuções Penais não são conhecidas pela sua celeridade, caso esse sujeito leve três anos para progredir para o regime semiaberto (o que será considerado um excelente prazo na maioria do Estado da federação)<sup>67</sup>, ainda precisará cumprir mais um ano e cinco meses para progredir para o regime aberto e ser transferido para outro estabelecimento prisional. Para obter o livramento condicional, bastaria o apenado cumprir quatro anos de sua pena para alcançar a liberdade (ainda que condicionada).

Vale esclarecer ainda que o juiz, na prolatação da sentença, pode

---

Moraes. A individualização da Pena na Execução Penal. São Paulo, RT, 2001, p. 174.

66 Neste sentido é o verbete nº 441 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional.

67 Neste sentido. Cf. Mutirão Carcerário. Raio-X do Sistema Penitenciário Brasileiro. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2012.

fixar qualquer dos três regimes prisionais, em qualquer dos crimes (haja vista a recente decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal quanto a fixação do regime inicial fechado para crimes hediondos)<sup>68</sup>. Assim, como ficariam as condenações no regime inicial aberto? Qual seria a superposição ou comunhão de requisitos? Não há como progredir mais de regime. Só restaria o livramento condicional.

Desta forma, diferentemente do que foi afirmado no relatório final contido no PLS 236/2012, não existe concorrência ou superposição entre o livramento condicional e a progressão de regime, assim como a suposta comunhão de requisito entre a progressão para o regime aberto e o livramento condicional.

Ainda de acordo com o referido relatório final, o livramento condicional apresentaria a “desvantagem de desprezar o período de pena em liberdade, se a sua revogação ocorrer por fato praticado após o seu início. Além do mais, o fato que enseja a revogação demandaria, em tese, confirmação pelo devido processo. Ou seja, o resto de pena que poderia existir só poderá ser executado se, ao final do processo relativo ao fato revogador, a sentença for condenatória”.

Certo é que o livramento condicional, como afirmava Aníbal Bruno, “é uma medida de política criminal dirigida a prevenção especial do crime”, um importante recurso de reinserção social que também possui mecanismos aptos a punir o liberado caso este venha novamente a delinquir ou não cumpra com as condições obrigatórias do livramento.<sup>69</sup> (completar nota)

Segundo a sistemática vigente, o liberado condicional ao praticar nova infração penal, tem o seu “benefício” suspenso cautelarmente (art. 145 da LEP), com a prorrogação do mesmo até o trânsito em julgado do processo pela nova infração (art. 89 do Código Penal). No caso de absolvição no processo originado pela nova infração, o livramento condicional deverá ser restabelecido (se o liberado estivesse preso provisoriamente pela nova infração) ou extinto (caso não tenha sido determinado o seu recolhimento no curso do processo pela nova infração). Na hipótese de sentença penal condenatória irrecurável, o livramento será revogado (art. 86, I do Código Penal), não sendo possível a concessão de novo livramento para essa execução, tampouco

---

68 Julgamento do HC 111.840/ES pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em 27/06/2012. Publicado nos informativos de jurisprudência n° 672 e 670.

69 BRUNO, Das penas. Rio de Janeiro: Rio, 1976, p. 191-192.

o aproveitamento do tempo em que esteve solto o liberado (arts. 88 do Código Penal e 142 da LEP), medidas que visam sancionar mais severamente o liberado que volta a delinquir.

Naturalmente, o liberado que reincide, condenado irreversivelmente a pena privativa de liberdade, quebra a confiança que o Estado depositou nele ao liberá-lo do cárcere e deve ser mais duramente sancionado.

Dessa forma, não se trata de desvantagem, como alegado na justificativa para extinção do livramento condicional apresentada no PLS 236/2012, mas sim de um mecanismo de prevenção especial positiva inserido em uma sistemática progressiva e individualizada de cumprimento de pena.

## **5. Da conclusão**

A proposta do presente artigo foi analisar a execução da pena no Anteprojeto do Código Penal à luz dos princípios penais constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Ousamos afirmar que as propostas contidas no Título III - Das Penas, possuem notório caráter punitivo. A imprecisão da pena de perda de bens e valores e, principalmente, o restabelecimento da possibilidade de prisão para aquele que não paga a pena de multa, são os aspectos dignos de crítica.

Contudo, verificamos que aspecto preocupante, realmente, diz respeito à pena de prisão e o sistema progressivo de cumprimento de pena proposto pelo texto. As proposições referentes à execução da pena de prisão contidas no PLS 236/2012 são aptas a gerar um gigantesco e nefasto efeito encarcerador.

A perigosíssima possibilidade de fixação de regime inicial fechado, sem qualquer parâmetro objetivo, para o condenado a pena superior a quatro anos, contrariando a jurisprudência consolidada dos nossos Tribunais Superiores, aliado ao evidente propósito de endurecimento do sistema progressivo de cumprimento de pena pelo Anteprojeto, formam uma combinação arriscada.

Como foi possível observarmos, o Anteprojeto além de prever a falta grave como marco interruptivo na contagem do prazo para os “benefícios”, aumentou as frações para progressão de regime nos crimes hediondos (cerca de 45% do efetivo carcerário nacional), praticamente dobrou o prazo de manutenção do condenado no regime fechado nos

crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça (cerca de 40% do efetivo carcerário nacional) e reincidentes (estima-se algo em torno de 70%), tornando exceção o vigente prazo ordinário de um sexto do cumprimento da pena.

O Anteprojeto além de supervalorizar o instituto da reincidência (cuja constitucionalidade é duvidosa) e prever a regressão cautelar ao arrepio da Constituição, ainda criou uma aberração jurídica, manifestamente inconstitucional, de crimes que causem “grave lesão à sociedade”.

Com relação aos regimes prisionais, verificamos que o Anteprojeto restringe demasiadamente o instituto das saídas temporárias no regime semiaberto, um dos principais instrumentos de reinserção do preso, e cria um modelo de regime aberto que, sob uma perspectiva prática, favorece as condições para o descumprimento, o que aumentará em muito a incidência de regressões para o regime semiaberto e fechado.

Acrescente-se a isto tudo, a extinção do livramento condicional!

É certo que o novo sistema progressivo e a extinção do livramento condicional propostos no PLS 236/2012, uma vez implementados, sob a perspectiva do Estado-administração e, principalmente, do preso, será uma verdadeira catástrofe! É evidente que com a extinção do livramento condicional, o Estado passará a manter sob sua custódia todos os presos que não terão mais direito ao livramento, vendo-se obrigado, diante da nova sistemática, a construir centenas de estabelecimentos penais para cumprimento de pena em regime fechado e semiaberto.

No país temos um déficit em torno de 200.000 (duzentas mil) vagas no sistema penitenciário.<sup>70</sup> Só no estado do Rio de Janeiro, por exemplo, já existe um déficit de mais de 8.000 vagas no sistema penitenciário, com um grave quadro de desvio de execução (presos cautelares que são condenados no regime semiaberto e aberto e não são transferidos para os estabelecimentos adequados por ausência de vaga). É muito previsível que a situação se torne insuportável com a extinção do livramento condicional e o novo sistema de progressão de regime

---

70 De acordo com o Ministério da Justiça, no Brasil, até junho de 2012, existiam 508.357 pessoas presas num sistema penitenciário que possui apenas 309.074 vagas. Dados disponibilizados em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=&params=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>> (Acessado em 13/01/2013).

proposto pelo Anteprojeto.

Forçoso reconhecer que sob o ponto de vista do apenado, indubitavelmente, o livramento condicional é muito mais vantajoso que o regime aberto e, para o Estado, chega a ser mais, é verdadeiramente providencial. Contudo, a Comissão procura justificar na exposição de motivos que “mais simples e mais vocacionado para a ressocialização gradual do condenado está o regime aberto de cumprimento de pena. Especialmente se, conforme proposto à frente, ele incluir período necessário de serviços à comunidade”.

Ora, se algo deve ser extinto, com todo o respeito, que seja o falido regime aberto! Consequentemente, que haja a ampliação do acesso às autorizações de trabalho externo e saída temporária (arts. 123 e seguintes da LEP) a todos os apenados no regime semiaberto, ao invés da lamentável iniciativa contida no Anteprojeto de restringir estes direitos. Evidentemente, as características e regras do regime semiaberto, estas sim, por serem praticamente idênticas ao regime aberto, se sobrepoem. Desta forma, entendemos não restar dúvidas que o aumento das frações para progressão de regime, flagrantemente desproporcionais, está totalmente distanciado da realidade carcerária de nosso país e que o instituto do livramento condicional, conforme tudo que foi apontado, deve ser mantido em nosso ordenamento jurídico como instrumento para diminuir a extrema dureza das penas privativa de liberdade e seus efeitos dessocializadores<sup>71</sup>, a exemplo do modelo exitoso encontrado em países como a Argentina<sup>72</sup>, Espanha<sup>73</sup>, Alemanha<sup>74</sup>, Portugal<sup>75</sup> e outros com mecanismos análogos como o parol system dos Estados Unidos da América<sup>76</sup> e a liberdade vigiada do Chile<sup>77</sup>, sob pena de violação do princípio constitucional da individualização da pena e a imposição de um ônus impossível de ser arcado pelo Estado.

---

71 BARROS, op. cit., p. 174-175.

72 Arts. 13 a 17 e 53 do Código Penal Argentino e a Lei 24.660. Neste sentido. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul. Manual de Derecho Penal. Parte General. 2. Ed., Buenos Aires: Ediar, 2006, p.719

73 Art. 90, 1 do Código Penal Espanhol. Neste sentido. Cf. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 8. Ed., Buenos Aires: IBdeF, 2008, p. 745.

74 Arts. 57 e 57-B do Código Penal Alemão (§§57-57-b, StGB).Neste sentido Cf. JESCHECK/WEIGEND, op. cit., p. 915.

75 Cf. art. 90 do Código Penal Português.

76 Neste sentido Cf. BITENCOURT, op. cit., p. 300-301.

77 Lei 18.216. Neste sentido Cf. URZÚA, Enrique Cury. Derecho Penal. Parte General. Tomo II. 2. Ed., Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1997, p. 357-358.

# O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NO PROCESSO DE TRANSIÇÃO PARA A DEMOCRACIA NO BRASIL<sup>1</sup>

*Verdad justicia, memoria, reparación, son componentes centrales del pasado.*

**Renata Tavares da Costa Bessa<sup>2</sup>**

**Resumo:** O artigo pretende fazer uma breve análise do papel do Defensor Público nos processos de justiça transicional impulsionados pelas comissões criadas pelo Ministério governo brasileiro- Mortos e Desaparecidos, Anistia e Verdade, pelas condenações do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos e de diversas ações impulsionadas pelas vítimas da ditadura e, por fim, ante as novas funções da Defensoria Pública promulgadas pela Lei Complementar nº 80.

**Resumen:** El artículo tiene como objetivo hacer un breve análisis del rol del Defensor Público en los procesos de justicia transicional impulsado por las comisiones de Muertos y Desaparecidos, de Amnistía e de La verdad bien como por las condenas de Brasil en la Corte Interamericana de Derechos Humanos de acuerdo con las nuevas funciones de la Defensoría promulgadas por La ley Complementar nº 132.

**Palavras-chave:** Defensoria Pública. Justiça Transacional. Lei Complementar nº 80.

## **I- Introdução**

O processo de democratização no Brasil terminou com a promulgação da Constituição Federal em 5 de outubro de 1988?

Essa é uma pergunta que muitos brasileiros, filhos, esposas, mães e avós de presos políticos desaparecidos respondem negativamente. Isso corresponde ao fato de que entre as ditaduras que assolaram a América do Sul entre os anos 60 e 80, nosso país é o que menos evoluiu no que doutrina e jurisprudência nacional e internacional de direitos humanos chama de Justiça Transicional.

---

1 Gostaria de agradecer a Professora Carolina de Campos Melo por inúmeros dias de discussão na Cidade de Buenos Aires.

2 Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro e Mestranda do Mestrado em Direito Internacional dos Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires.

O conteúdo desta expressão engloba os processos de transição de ditaduras para democracias no que se refere ao tratamento sobre os abusos cometidos no passado.

Ao contrário de Argentina, Uruguai, Paraguai e Chile, por exemplo, o processo tupiniquim, segue privilegiando as reparações pecuniárias. Assim foi com a criação da Comissão de Mortos e Desaparecidos em 1998 e a Comissão de Anistia em 2002.

Para os familiares dos mortos e desaparecidos, a eleição da atual presidenta, presa e torturada pela ditadura, deve ver renovada as esperanças no que toca ao tema dos juízos de justiça e verdade. Esperanças aumentadas com a condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “Gomes Lund e outros-Guerrilha do Araguaia. Outros acontecimentos igualmente importantes também remarcam esta era de renovação de esperanças, tais como a Criação da Comissão de Verdade, o recebimento, por parte do Poder Judiciário Federal de denuncia no que toca aos crimes e abusos de determinados militares e a criação de uma repartição com objetivo específico de investigar e denunciar estes crimes pelo Ministério Público Federal.

A meu ver, no Brasil, as questões relacionadas a como enfrentar os abusos do passado, revestem-se de um a seriedade ainda maior, tendo em vista as especificidades de nossa história. Os genocídios e massacres das guerras coloniais, da escravidão, do golpe de estado que foi a República, das prisões e torturas ilegais do Estado Novo, todos comprovam que o Brasil é a pátria do acordo.

Acordo este que pode ser apontado na história longínqua de um país como Argentina, mas que soube como reverter o rumo de sua história, dando exemplo para o mundo de como romper com este perdão forçado e silencioso. Passado uma história que conta com 30.000 desaparecidos, 400 crianças afastadas de suas famílias, julgaram as Juntas Militares que governaram o país neste período, juízos que continuam até hoje quando estão investigando a participação civil dos atos de terrorismo do estado. As escolas, as universidades todos debatem o tema. Construíram espaços de memórias- parques, praças, que relembram a todo tempo o nome dos mortos e desaparecidos. Os centros clandestinos de tortura hoje são espaços que podem ser visitados por todos os argentinos e brasileiros também!

Diante desta conjuntura, este artigo é uma tentativa de revisar

superficialmente os processos de justiça transacional no Brasil e investigar o rol da Defensoria Pública neste processo. Diante disso, pretendo discutir inicialmente o conceito de justiça de transição no Direito Internacional bem como os estándares jurisprudenciais para averiguar o atual estágio de desenvolvimento no contexto brasileiro. Depois, centrada no que ainda falta evoluir, trabalhar os processos de construção de verdades operacionados pelas comissões de verdades e pelo poder judiciário. Por fim, buscar inserir a defensoria pública nestes processos, baseados em alguns casos paradigmáticos.

## **II- A Justiça Tracional: Como Enfrentar os Abusos do Passado**

Definir o conceito de justiça transicional no Brasil é uma tarefa importante. Se perguntarmos a um estudante de direito do 9º período, muito provavelmente ele não vai saber responder. Infelizmente, esta será a resposta de muitos cidadãos brasileiros.

Fato é que passados mais de 20 anos do fim da ditadura brasileira, muitas de suas práticas persistem primordialmente no trato que as organizações militares concedem às populações mais pobres. Desaparecimentos, maus tratos, torturas e mortes. Extermínios transformados em autos de resistência, prisões ilegais, criminalização dos movimentos sociais<sup>3</sup>. Práticas que foram ao longo do tempo trabalhadas por membros de um estado autoritário e que hoje coexistem com a democracia.

Para combater estes abusos, a doutrina internacional, construída principalmente depois dos Julgamentos de Nuremberg e Tóquio, entende que na transição para os regimes democráticos, os governos devem incluir as demandas por justiça.

As demandas por justiça, neste caso específico, referem-se a um conjunto de direitos e obrigações do estado para investigar e sancionar os abusos do passado, com a esperança que não voltem a repetir-se.

---

3 Sobre o assunto, é bom lembrar do trabalho do hoje desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Sergio de Souza Verani, quando juiz do tribunal do júri, apresentou a tese de livre docência do concurso para a Faculdade de Direito da Universidade do rio de Janeiro. Nela, pesquisou os autos de resistência que recebia com pedido de arquivamento feito pelo MP. A tese foi reprovada. Mas passados oito anos, "Assassinatos em nome da Lei" foi publicada e hoje segue, muito além a cientificidade do trabalho, como documento denuncia de como em democracia coexistem praticas autoritárias. VERANI, Sergio de Souza. *Assassinatos em Nome da Lei [ Uma Pratica Ideológica do Direitos Penal]*. Rio de Janeiro: Ed. Aldebarã, 1996.

Para Raffin<sup>4</sup>, é um processo que tem como fundamento o surgimento da modernidade que percebe o ser humano como membro de uma única e os direitos humanos como produto desta nova geração.

Falar em justiça transicional, aliás, é falar da evolução dos Direitos Humanos. Direitos estes que tem como antecedentes remotos as Convenções de Genebra de 1864- fundamento legal do chamado Direito Humanitário. Fatos que tomam força com a experiência infeliz das guerras europeias<sup>5</sup> mas que da responsabilização do estado como o caso do Tratado de Versallhes, caminha até a responsabilização da pessoa humana com a criação em 1998 do Tribunal Penal Internacional.

O professor Mendez entende que estes “abusos do passado” possuem uma conotação legal, política e ética. Assim, o estado tem a obrigação investigar e sancionar estes abusos, reparar as vítimas e transformar as instituições. Por outro lado, não só as vítimas, mas todos os cidadãos tem também o direito de saber a verdade<sup>6</sup>.

Já a jurista Pricila Hayer defende que a tarefa de fazer justiça de transição, os estados podem assumir inúmeras condutas. Cita o exemplo da “libertacion”, adotada na Europa Oriental que consistiria na retirada da pessoa do cargo público. Ou o acesso público aos arquivos do estado. No caminho a ser seguido, ao enfrentar as limitações do poder judicial, as autoridades de transição adotaram as chamadas Comissões da Verdade que consistiriam em amplas investigações, relatos, depoimento de vítimas e etc...<sup>7</sup>

De qualquer forma, alguns elementos são chaves para entender o termo: investigação e sanção dos abusos, reforma das instituições e promoção da reconciliação.

É verdade que os sistemas jurídicos não foram pensados para as violações sistemáticas<sup>8</sup>. Ainda assim, os sistemas internacionais

---

4 RAFFIN, Marcelo. *La Experiencia Del Horror: subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras Del Cono Sur*. Buenos Aires: ed. Del Puerto, 2006.

5 Guerras que se pretendem universais!

6 MENDEZ, Juan. *Accountability for past abuses*. *Humans Rights Quarterly*, v. 19, 1997.

7 HAYNER, Priscilla. *Enfrentando Crímenes del pasado y la relevância de las comisiones de la verdad*. Ensayo sobre La Justicia transicional. Centro Internacional para la Justicia Transicional, Nueva York, 2003.

8 Essa foi a grande dificuldade dos juízes que fizeram parte do que se ocasionou chamar “juízo das Juntas”, ou seja, o julgamento dos Chefes das Forças Armadas que

construíram um arcabouço jurídico capaz de sustentar uma resposta estatal a altura.

Historicamente, foi o Sistema Interamericano de Direitos Humanos o que mais contribuiu para a evolução da Justiça Transicional. Já em 1988, no caso *Velásques Rodríguez VS. Honduras*<sup>9</sup>, a Corte Interamericana de Direitos Humanos desenvolve o conteúdo das obrigações afirmativas dos estados que, além do tema de reparações, incluía o já citado dever de investigar.

Esta experiência do Sistema Interamericano influenciou bastante a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas e de sua Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias que ditou em seu 49º Períodos de Sessões o Informe Final sobre as sanção e investigação das violações de direitos humanos, mais conhecido como Informe *Joinet*.

Neste informe, a ONU reconhece o direito a justiça das vítimas destas violações. Este direito é formado pelo direito a saber- reconhecido como um direito coletivo, o direito a justiça, direito as reparações e à garantias de não repetição.

Em nosso país, como bem reconhece Paulo Abraão<sup>10</sup>, o tema de reparações está bem adiantado graças as Comissões de Mortos e Desaparecidos e a Comissão de Anistia. Por isso, os dois grandes temas que devem ser discutidos são o direito a Verdade e a Justiça.

---

governaram a Argentina de 1976 até 1985. Muito interessante foi o depoimento do Juiz Jorge Valerga Aráoz, depois de receber contêiner vindo da Comissão Internacional de Direitos Humanos, direto de Genebra, cheio de reclamos e pedidos de informação sobre o governo: “Todo esto nos afectó notablemente, pero estábamos en una carrera contrarreloj para procesar la totalidad de La prueba que teníamos en nuestro poder” e mais a frente: “Como la actividad judicial tiene que estar dirigida a la determinación de hechos delictuosos, respetando el principio de legalidad, o sea, que lo que debe juzgar son quehaceres declarados delitos con anterioridad la ejecución de la acción, ... estas ordenes deberían estar plasmadas en hechos determinados”. ELIASCHEV, Pepe. *Los Hombres del Juicio*. Buenos Aires, Ed. Sudamericana, pág. 118-119.

9 OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Velásquez Rodríguez vs Honduras*. Exceção Preliminar e Sentença de 26 de Junho de 1987. Serie C nº 1

10 Paulo Abraão, “A Ditadura Militar no Brasil (1964-1985)”. Palestra Ministrada na Universidade de Buenos Aires em março de 2012.

### III- A Busca Pela Verdade e Pela Justiça: O Papel dos Tribunais e das Comissões de Verdade

Falar em justiça na linguagem do senso comum é falar do poder judiciário. Tecnicamente, pode-se dizer que o nascimento do atual conceito de república inclui a necessidade de poderes divididos, atribuindo-se ao Poder Judiciário a responsabilidade de dirimir os conflitos que surgem em determinada sociedade.

O processo é o meio pelo qual se reconstrói a verdade. E aqui renasce a primeira limitação: é uma verdade construída por duas partes: autor e réu. Quando, na verdade, outros atores estariam interessados: são as questões políticas de como se manejava o estado autoritário e que são parte do interesse de todos.

A dificuldade encontrada no processo soma-se a própria dificuldade imposta pelos membros do poder judiciário. Muitos deles, inclusive, que sustentaram juridicamente os regimes autoritários. No caso brasileiro, por exemplo, já na era mais democrática de todas, foi a própria Corte Suprema que na ADPF nº 153/800 que decidiu que a lei 6.683/79 – Lei de Anistia, se aplicaria aos crimes comuns praticados pelo agentes da repressão estatal.

Neste contexto, a alternativa foram as chamadas Comissões da Verdade. Segundo Carolina de Campos Melo, as comissões não são tribunais, não estando sujeitas a normativas internacionais. Tem como atribuição a investigação dos padrões dos abusos cometidos no passado. Constituídas pelos estados, tem caráter temporário que ao concluir o trabalho firmam um relatório público que poderá servir ou não para futuros processamentos<sup>11</sup>.

Seriam, a meu ver, semelhantes às Comissões Parlamentares de Inquérito. Tecnicamente, não respondem a uma determinada normativa. A experiência internacional demonstra uma variedade de formas. Argentina, África do Sul, Chile, El Salvador..., enfim, cada uma se constituiu de maneira diferente de acordo com as especificidades do local. No entanto, um ponto tem em comum- o objetivo é reconstruir a verdade.

Verdade como direito. Direito coletivo de toda a sociedade. Nas

---

11 MELLO, Carolina de Campos. *Nada além da verdade?* A consolidação do direito à verdade e seu exercício por comissões e tribunais. 2012. Tese (Doutorado em Direito Internacional). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Direito, 2012.

palavras da Professora Carolina, esse é um direito que explicita-se duas dimensões: “(i) a individual, que, em caso de mortos e desaparecidos, reveste-se do direito imprescritível à verdade sobre a sorte da vítima; e (ii) a coletiva, que tem por corolário a obrigação do Estado de lembrar (*duty to remember*).”<sup>12</sup>

Mais uma vez, cito a pátria vizinha. Com a posse do primeiro Presidente Democrático, Raul Alfonsín, foi criada a Comissão Nacional de Pessoas Desaparecidas. Durante quase dois anos (1983/1984), este órgão, então presidido pelo escritor Ernesto Sábato, recebeu inúmeros documentos, informes, escutaram relatos e produziram, ao final, um informe que ficou conhecido como “Nunca Mais”<sup>13</sup>. Graças a esse informe, o povo argentino descobriu inúmeros centros clandestinos de torturas, as formas de atuar dos repressores- sequestros, a divisão do botim<sup>14</sup> e milhões de outras coisas.

Em razão deste trabalho, os chefes das Juntas Militares que governaram o país foram julgados pelo poder judiciário e seguem sendo até o dia de hoje.<sup>15</sup>

Tecnicamente, as comissões da verdade são a forma encontrada pelos governos democráticos de não só cumprir com compromissos internos de governo, mas também com as obrigações internacionais advindas das normativas de direitos humanos. Principalmente no que toca ao dever de investigar.

No entanto, ainda resta ao poder judiciário, processar e julgar os acusados por crimes de lesa humanidade. Obrigação esta que o Brasil insiste em descumprir!

---

12 Idem.

13 Referência a frase que o promotor do caso das Juntas, Julio Strassera, falou em suas alegações finais: “— Senhores juízes: quero renunciar expressamente a qualquer pretensão de originalidade para encerrar esta requisitória. Quero usar uma frase que não me pertence, porque pertence já a todo o povo argentino. Senhores juízes: nunca más!”

14 Quando invadiam a casa de uma pessoa, roubavam os pertences e depois dividiam entre si.

15 Data de julho de 2012 a sentença que condena Jorge Rafael Videla, chefe das juntas militares que governaram os períodos de exceção, a 50 anos de prisão pelos roubos e desaparecimentos de bebês. Causa Impulsionada pelas Avós da Praça de Maio e que durou 15 anos. Disponível em <http://actualidad.rt.com/actualidad/view/48578-El-ex-dictador-argentino-Jorge-Rafael-Videla-ha-sido-condenado-a-50-a%C3%B1os-m%C3%A1s-de-prisi%C3%B3n>, consulta em 31/01/2013.

A conjuntura atual é relativamente positiva. Se, resumidamente falando, o termo justiça transacional engloba as demandas por verdade e justiça dos abusos cometidos no passado; considerando que geram para o estado obrigações de investigar, processar e julgar os perpetradores de crimes, de dar a saber às vítimas o que realmente ocorreu, bem como a devida reparação, o Brasil deve avançar em dois pontos cruciais: o julgamento dos perpetradores dos crimes de lesa humanidade bem como a abertura dos arquivos militares para dar a conhecer às vítimas e a toda a sociedade a verdade.

#### **IV- O Papel da Defensoria Pública no Processo de Justiça Transicional Brasileiro**

Diz a Lei Complementar nº 80 com as modificações feitas pela Lei Complementar nº 132:

Art. 1º A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como **expressão e instrumento do regime democrático**, fundamentalmente, a orientação jurídica, **a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos**, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

Art. 3º-A. São **objetivos da Defensoria Pública**: I – a **primazia da dignidade da pessoa humana** e a redução das desigualdades sociais; II – a **afirmação do Estado Democrático de Direito**; III – a **prevalência e efetividade dos direitos humanos**; IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. (grifo nosso)

Trata-se da inauguração de uma nova era. Ser instrumento e expressão do regime democrático com o quase redundante objetivo da prevalência dos direitos humanos nos impõe uma nova obrigação, qual seja zelar pelo direito internacional dos direitos humanos.

Obrigação esta que nos faz incorporar toda esta normativa internacional no dia-a-dia. Mas que transcende na incorporação de novas funções alheias aos processos dos quais estamos acostumados. Com isso, o papel do Defensor transcende o processo comum onde exerce uma função mais ativa, atuando em novas áreas.

Um bom exemplo é o rol do defensor público nos reclamos de justiça transicional. Numa gama de diversas obrigações do estado, como pode atuar o defensor?

Voltando as obrigações iniciais do próprio estado: dever de investigar, processar e julgar; dever de dar a conhecer a verdade e o dever de reparar. Muitas ações podem corresponder a Defensoria.

Pode ser que a mais visível destas funções, porque inerente a própria existência do Defensor, seja a de defender os acusados nos processos de crimes de lesa humanidade. Aqui volto a compartilhar a experiência dos defensores argentinos. Muitos deles foram designados para a defesa dos militares processados. Alguns acusados realmente optaram pela Defensoria e outros que não encontraram quem os defendera. Diga-se que são situações limites que demonstram a importância da defensoria para o processo de democratização. Como julgar os militares sem defensor? É possível esquecer-se das garantias judiciais nestes casos?

Por outro lado, poderá caber ao defensor, o papel de acusador, no caso de inércia do Ministério Público. Abre-se, neste caso, uma seria discussão sobre o papel do Ministério Público numa República Democrática. Isto porque, nos crimes de lesa humanidade, a ação penal é pública incondicionada. Restaria as vítimas, somente no caso de inércia do Ministério Público, impulsionar a ação penal. Ocorre que a doutrina e a jurisprudência pátria entendem que o pedido de arquivamento feito pelo MP e decidido, em última instância, pelo Procurador Geral, não se enquadra na hipótese de inércia. Fatos que podem gerar responsabilidade internacional do Estado Brasileiro, como foi a condenação do Brasil no Caso Sétimo Garibaldi<sup>16</sup>.

Ou mesmo impulsionando processo civil de reparação como foi o caso das ações declaratórias contra o coronel reformado Carlos Alberto Brillante Ustra<sup>17</sup>. No caso das ações declaratórias, caberá a Defensoria,

---

16 Trata-se de um trabalhador do Movimento Sem Terra que foi assassinado. A investigação começou mas o Ministério Público pediu o arquivamento do caso, mesmo com provas suficientes para embasar a acusação. O Brasil foi condenado. Depois que saiu a sentença da Corte Interamericana, o caso foi reaberto- por sorte havia uma prova nova. Para maiores informações, consultar a página <http://terradedireitos.org.br/biblioteca/caso-setimo-garibaldi-estado-brasileiro-comeca-a-cumprir-sentenca-da-oea/>. Consulta em 31/01/2013.

17 Para um aprofundamento veja-se <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/justica-de-sao-paulo-reconhece-ustra-como-torturador-durante-regime-militar>, consultado em

principalmente a Estadual, as ações de retificação de registro. Um bom exemplo é o caso Vladimir Herzog. Convocado para prestar depoimento do Doi-Codi de São Paulo, o então diretor de jornalismo da TV Cultura de São Paulo, compareceu ao local no dia 24 de outubro de 1975. No dia seguinte anunciaram sua morte. Segundo o exército, ele havia se suicidado. Ocorre que sua esposa moveu ação contra a União que foi condenada em 1978. A sentença ordenava ao estado investigar as circunstâncias da morte do Vlado. Nada foi feito. Somente em 2012, numa ação de retificação de registro, a Certidão de óbito foi modificada para constar a verdadeira *causa mortis*.

Outras ações importantes podem ser encampadas pela Defensoria. Uma atuação nos processos administrativos das Comissões, por exemplo. O reconhecimento legal do desaparecimento na Comissão de Mortos e Desaparecidos. A aplicação da lei de Anistia no caso na Comissão de Anistia e a busca pela Verdade no caso da Comissão da Verdade. Todas são atuações naturais do Defensor Público que tem conhecimento técnico para assessorar as vítimas. Um bom exemplo foi a assessoria do Núcleo de Direitos Humanos da Defensoria no caso das vítimas do caso Gomes Lund<sup>18</sup>. Quando marcaram a audiência da Corte Interamericana, as reuniões eram feitas no auditório da Defensoria Pública do Rio de Janeiro.

Por fim, importante defender que dentre as novas atribuições da Defensoria instauradas pela Lei Complementar nº 132 está a difusão e a conscientização dos Direitos Humanos ( art. 4º, III). Nesse aspecto, defendo a atuação pro-ativa do Defensor junto com os movimentos de direitos humanos, nos conselhos regionais e estaduais, nas escolas e etc...

Importa salientar que estas são ideias genéricas, que não chegam nem a diferenciar atribuições das defensorias estaduais da federal. Mas que devem ser aprofundadas tendo em vista a necessária participação da defensoria não só nos processos de transição para a democracia – voltados para o passado, bem como no processo de construção de uma república verdadeiramente democrática.

## **V-Conclusão**

Este artigo não deixa de ser uma tentativa primária de pensar novos papéis da Defensoria Pública a partir das funções incorporadas pela Lei Complementar 132.

---

31/01/2013.

18 OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Gomes Lund e outros ( Guerrilha do Araguaia) vs Brasil. Sentença de 24 de Novembro de 2010.

No caso específico, pretendi abordar o tema da Justiça Transacional. Inicialmente descrevo um panorama geral do que são os processos de transição para a democracia no Continente Sul Americano a partir do exemplo argentino.

Aquilo que se ocasionou chamar de justiça transacional é, em verdade, são os reclamos por verdade, justiça e reparação dos abusos cometidos no passado. Segundo a normativa internacional, geram obrigações para os estados, tais quais o dever de investigar, processar e julgar os perpetradores de violações de direitos humanos, o dever de buscar a verdade seja a traves de comissões de verdade, abertura de arquivos secretos, o dever de indenizar as vitimas e de reorganizar as instituições para que nada disso volte a ocorrer.

Nesse contexto, deve a Defensoria Pública assumir algumas atribuições. Nas palavras do José Augusto Garcia:

“Estendeu-se à Defensoria Pública aquilo que tem sido concedido às demais instituições jurídicas, sobretudo a Magistratura e o Ministério Público: repensar e atualizar os SUS respectivos papéis sociais, bem como as técnicas jurídicas que lhe são inerentes.”<sup>19</sup>

Assim sendo, deve o novo Defensor Público também participar ativamente do processo transicional. Não só na função de Defensor dos acusados no processo penal. O que lhe é historicamente natural. Mas também atuar no assessoramento jurídico das vitimas, em ações que vão desde acusação no processo penal, como no processo administrativo das Comissões, nas declaratórias e reparatórias. Mas também, junto com os movimentos nacionais de direitos humanos, atuar na difusão dos direitos humanos relacionados ao tema.

Dizem a lei não traz letra morta. Assim a expressão “expressão e instrumento do regime democrático” do art 1º da LC 80 deve ser recheada. A nova fase da aventura republica dos defensores públicos é construir seu conteúdo.

---

19 GARCIA, José Augusto. O Destino de gaia e as Funções Constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido (sobretudo após a edição da lei complementar 132/2009) a visão individualista a respeito da Instituição. Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Nº 25, pág 299.

## Referências Bibliográficas:

ABRÃO, Paulo. A Ditadura Militar no Brasil (1964-1985). Palestra Ministrada na Universidade de Buenos Aires em março de 2012.

ELIASCHEV, Pepe. Los Hombres del Juicio. Buenos Aires, Ed. Sudamericana, pág. 118-119.

GARCIA, José Augusto. O Destino de gaia e as Funções Constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido (sobretudo após a edição da lei complementar 132/2009) a visão individualista a respeito da Instituição. Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Nº 25, pág 299

HAYNER, Priscilla. Enfrentando Crímenes del pasado y la relevância de las comisiones de la verdad. Ensayo sobre La Justicia Transicional. Centro Internacional para la Justicia Transicional, Nueva York, 2003.

MELLO, Carolina de Campos. *Nada além da verdade?* A consolidação do direito à verdade e seu exercício por comissões e tribunais. 2012. Tese (Doutorado em Direito Internacional). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Direito, 2012.

MENDEZ, Juan. Accountability for past abuses. *Humans Rights Quarterly*, v. 19, 1997.

OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs Brasil. Sentença de 24 de Novembro de 2010.

OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras. Exceção Preliminar e Sentença de 26 de Junho de 1987. Serie C nº 1

RAFFIN, Marcelo. *La Experiencia Del Horror: subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras Del Cono Sur*. Buenos Aires: ed. Del Puerto, 2006.

VERANI, Sergio de Souza. *Assassinatos em Nome da Lei [ Uma Pratica Ideológica do Direitos Penal]*. Rio de Janeiro: Ed. Aldebarã, 1996.

# A ATIVIDADE INSTRUTÓRIA DO CURADOR ESPECIAL NO PROCESSO CIVIL

Cirilo Augusto Vargas<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo analisa a função do curador especial no Direito Brasileiro e, a partir de uma decisão judicial modelo, investiga sobre a necessidade de preservação do Princípio Constitucional do Contraditório como garantia de legitimidade da sentença.

**Abstract:** This article analyses the role of the curador especial in Brazilian Law and, after taking a legal adjudication as example, investigates about the requirement of preservation of due process of law as assurance of legitimacy of the opinion.

**Palavras-Chave:** Processo Civil. Curador Especial. Função Processual. Preservação Do Contraditório. Legitimidade Do Pronunciamento Judicial.

## Sumário:

1. *Introdução;*
2. *Noções básicas sobre a figura do curador especial;*
3. *A produção de prova pelo curador especial;*
4. *O contraditório e o “Fenômeno Magnaud”;*
5. *Relação entre o contraditório e a fundamentação das decisões;*
6. *Conclusões;*
7. *Referências bibliográficas.*

## 1. Introdução

Justamente no momento histórico em que os estudiosos reúnem esforços para justificar o exercício do poder estatal e a legitimidade democrática das decisões jurídicas<sup>2</sup>, é imprescindível analisar com espírito crítico medidas judiciais que podem representar anacronismo ou escancarada arbitrariedade.

---

1 Defensor Público do Estado de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual pela PUC-MG. Diretor Cultural da Associação dos Defensores Públicos do Estado de Minas Gerais.

2 Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

Desde a entrada em vigor da Lei Complementar Federal nº 80, de 12 de janeiro de 1994, tornou-se atribuição institucional da Defensoria Pública o exercício da função de Curador Especial, “*nos casos previstos em lei.*”<sup>3</sup> A referência é feita às hipóteses legais previstas no Código de Processo Civil, em cujo art. 9º verifica-se a regra segundo a qual “o juiz dará curador especial ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele e ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa”.

Infelizmente, apesar de a referida previsão legal existir há mais de 15 anos, o curador especial ainda simboliza para muitos magistrados uma enigmática figura processual. E esse desconhecimento tem servido como justificativa para *dosagem do contraditório* baseada num juízo de conveniência, concebendo-se a adoção de um *contraditório parcial* ou *fracionado*.

A hipótese concreta objeto de nossa investigação pode ser ilustrada através do seguinte exemplo: no curso de determinada ação de busca e apreensão, em que o autor sustenta sua pretensão por meio de contrato de alienação fiduciária, apura-se que o réu encontra-se em local incerto. Citado por edital e permanecendo inerte, ingressa a Defensoria Pública no feito, exercendo a função de curadoria especial.<sup>4</sup> No momento oportuno de especificar a prova a ser produzida, havendo necessidade de realização de perícia contábil (ou de natureza diversa, dependendo do caso), esta é requerida pelo Defensor Público. É na fase instrutória que comumente se verificam pronunciamentos judiciais limitadores da atividade do curador especial. Trazemos o seguinte despacho: “*O réu não está sob o pálio da gratuidade e o Estado não tem obrigação de custear perícia para quem é revel citado por edital.*”

Esta é a transcrição literal de decisão proferida na Comarca de Contagem/MG (autos nº 0079.01.002.437-4), processo cuja sentença foi fundamentada sob o argumento de que “*embora a contestação da curadora especial tenha tornado controvertidos os fatos, certo é que*

---

3 A Lei Complementar Federal nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, estabelece em seu artigo 4º, VI, que são funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras, atuar como curador especial, nos casos previstos em lei.

4 A situação ilustrada corresponde àquela que deve ocorrer na prática, já que em muitas comarcas (em que atua a Defensoria Pública) ainda existem juízes que nomeiam advogados particulares para exercer a função de ‘curadores especiais’, em clara afronta à Lei Complementar Federal nº 80/94.

*não restou demonstrada a abusividade dos juros e da comissão de permanência, assim como o anatocismo alegado na defesa.”*

A partir da análise deste caso tomado como modelo, indagamos: em primeiro lugar, qual a importância do curador especial no processo? A iniciativa probatória do curador especial é plena ou pode ser limitada com base na condição sócio-econômica do réu? É legítima a fundamentação de uma sentença quando o contraditório é prejudicado? Estas e outras questões serão oportunamente respondidas.

Este texto tem o objetivo de tornar amplamente conhecida (e, portanto, submeter a crítica) uma prática que tomou ares de banalidade em certas comarcas mineiras, mas que, não obstante, pode maquiar falha judicial grave. Trata este ensaio da limitação à produção de prova por parte do curador especial, decorrente de ato judicial no processo civil.

## **2. Noções Básicas Sobre a Figura do Curador Especial**

Segundo informa Leandro Coelho de Carvalho, o curador especial é um *representante judicial* da parte<sup>5</sup>, “*que age até o trânsito em julgado da decisão final e visa assegurar o contraditório por intermédio da paridade de armas (par conditio)*”.<sup>6</sup> Trata-se de exercício da denominada *função atípica* do Defensor Público<sup>7</sup>, eis que o órgão estatal estaria atuando em prol de uma pessoa *juridicamente hipossuficiente* e não economicamente desvalida.

Em outras palavras, a lei atribui ao Defensor Público uma função de interesse público consistente na *defesa plena* da parte que não tem ciência da pretensão alheia formulada na demanda.

---

5 O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “O curador especial quando opõe embargos à execução na defesa de réu revel atua como *substituto processual*, sujeitando-se também aos deveres e sanções impostos pelos arts. 14 a 18 do CPC.” (REsp 622366/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrigli, julgamento em 21.06.2005).

6 CARVALHO, Leandro Coelho de. *A Defensoria Pública e as peculiaridades de sua atuação processual*. Texto pendente de publicação. Cf. STJ, REsp 24.254-RJ: “Ao executado, citado por edital, que permanece revel, é dado curador especial com legitimidade para opor embargos do devedor, em *atendimento ao princípio do contraditório*” (Min. Peçanha Martins, DJ 13.03.95).

7 Sobre as funções típicas e atípicas do Defensor Público, conferir CARVALHO, Leandro Coelho de. As atribuições da Defensoria Pública sob a ótica do acesso à ordem jurídica justa. In: Revista de Processo. São Paulo: RT, nº 156, 2008 e CORGOSINHO, Gustavo. Defensoria Pública. Princípios institucionais e regime jurídico. Belo Horizonte: Dictium, 2009.

Isto significa que o Estado assumiu expressamente a obrigação de amparar os interesses de uma pessoa que poderia ser surpreendida num processo, sem defesa, com possibilidade de formação de um título executivo (sentença condenatória).<sup>8</sup>

Destacamos, como forma de ressaltar o vínculo direto do curador especial com a preservação do contraditório, a necessidade do Defensor Público controverter os fatos, já que, para a doutrina majoritária, “*é nulo o processo, por cerceamento de defesa, em que o curador especial concorda com a pretensão aduzida contra o réu revel citado fictamente*”.<sup>9</sup>

### 3. A Produção de Prova pelo Curador Especial

Um dos mais respeitados processualistas italianos, Luigi Paolo Comoglio, ao tratar dos poderes probatórios das partes, sob a ótica constitucional, afirmou que

*as relações entre as partes e o juiz, na instrução da causa, representam o ponto nevrálgico de qualquer modelo processual, constituindo uma relevante fonte de prova de sua eficiência. Elas representam também um terreno de delicada verificação da efetividade das garantias constitucionais inerentes ao processo.*<sup>10</sup>

Temos como premissa fundamental que não é possível vislumbrar o contraditório efetivo no processo civil sem o amplo poder de produzir prova. O legislador não consagrou a figura do curador especial para fins meramente ilustrativos. Irretorquível, portanto, a lição de Ovídio Baptista da Silva, segundo a qual “*para a completa realização do princípio do contraditório, é mister que a lei assegure a efetiva igualdade*

---

8 Se a parte requerida souber do ajuizamento da ação e conhecer o teor do mandado de citação, este não é caso de atuação do curador especial. Nesse sentido, NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 350.

9 NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 353.

10 Tradução livre da seguinte afirmação: “*I rapporti fra le parti e il giudice, nell’istruzione della causa, rappresentano il nodo nevralgico di qualsiasi modello processuale, costituendo un attendibile banco di prova della sua efficienza. Ma essi rappresentano, pure, un terreno di delicata verifica per l’effettività delle garanzie costituzionali attinenti al processo (...)*” COMOGLIO, Paolo Luigi. *Garanzie costituzionali e “giusto processo” (modelli a confronto)*. In: Revista de Processo. São Paulo: RT, nº 90, 1998, p. 120.

*das partes no processo, não bastando formal e retórica igualdade de oportunidades.*”<sup>11</sup>

Importa lembrar que a faculdade prevista no art. 302, isentando o Defensor Público do ônus da impugnação especificada, em momento algum, simboliza uma atitude processual subalterna ou autorização para o descaso. Apenas abranda o ônus que recai sobre o órgão de execução, que deve lidar com o delicado fato de não manter contato com a pessoa representada.

O exercício limitado do contraditório representa, portanto, a frustração do objetivo legal, já que a dialética processual só pode ser vista sob o enfoque da plenitude ou da deficiência gravosa. A nosso ver, existe respeito ao contraditório ou não. Impossível meio termo. É preciso que se compreenda definitivamente que o *contraditório é princípio regente do processo “e não atributo consentido e dosado pela atuação jurisdicional em conceitos e juízos personalistas de senso comum, de conveniência ou de discricionariedade do julgador.*”<sup>12</sup>

Voltamos à lição de Carvalho, segundo o qual o curador especial existe para segurar a paridade de armas (*par conditio*).<sup>13</sup> E nos parece que este equilíbrio só é alcançado quando a parte está, de fato, “*em condições de poder influenciar a decisão do magistrado*”<sup>14</sup>. Em decisão irreparável, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul endossou a tese ora esposada: “*Estando preso aquele que contesta o pedido, é obrigatória a nomeação de curador especial (CPC,9,II), que deve participar da produção das provas, que não podem ser dispensadas pelo juiz. Processo anulado.*”<sup>15</sup>

Seguindo o raciocínio até aqui desenvolvido, revela-se falacioso qualquer argumento que impeça a produção de prova pericial pelo curador especial, baseado na escassez de peritos dispostos a assumir

---

11 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Curso de Processo Civil. V.1. 5ªed. São Paulo: RT, 2000, p. 70/71.

12 LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e hermenêutica constitucional a partir do estado de direito democrático. LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.) Estudos continuados de teoria do processo. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 51.

13 CARVALHO, Leandro Coelho de. *A Defensoria Pública e as peculiaridades de sua atuação processual*. Texto pendente de publicação.

14 DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Curso de Direito Processual Civil*. V. I. 6ª ed. Salvador: Jus Podium, 2006, p. 65.

15 TJRS, Apelação Cível nº 70000114827, Relator Desembargador Wilson Carlos Rodycz, julgamento em 11.05.2000.

o encargo profissional com pagamento posterior. *Este é um problema logístico do Judiciário*, que não pode ser arbitrariamente transferido para as partes, isentando o julgador da tarefa de assegurar a igualdade de oportunidades no processo (CPC, art. 125, I).

Eventual entrave na marcha processual, que porventura decorra da falta de *experts*, nunca deve converter-se em justificativa para supressão de garantias constitucionais (ampla defesa, isonomia e contraditório). O primeiro motivo é óbvio, já que estão em jogo os princípios máximos do processo. Ademais, pior a emenda que o soneto, levando-se em consideração que há grande probabilidade da sentença ser cassada pelo Tribunal, determinando-se o retorno dos autos à primeira instância para cumprimento da fase procedimental suprimida.

No ano de 2004, problema idêntico foi levado à apreciação do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e o Desembargador Alberto Vilas Boas consignou que

*o fato de o Curador Especial haver solicitado a produção da prova pericial (qualificada como essencial pelo próprio magistrado) não autoriza a dizer que não possa ser realizada mediante a cooperação do profissional cadastrado no juízo ou mediante requisição ao Estado. Sim, porque, se a lei deseja outorgar ao réu citado por edital uma defesa efetiva e ampla, nada obsta que o requerimento feito pelo Curador Especial seja atendido nos termos acima expostos, porquanto a prova é considerada relevante para a solução da lide.*

E concluiu:

*Recusar a produção da prova somente porque o réu foi citado por edital e não compareceu significaria atentar contra o espírito do instituto da curadoria especial mencionada no art. 9º, CPC, motivo pelo qual deverá o julgador adotar as providências que estiverem ao seu alcance e efetivar a realização da produção da prova pericial. Ou seja, como a lei não pode obrigar o expert a atuar para receber apenas ao final da demanda pela parte vencida, cabe ao juiz indagar se este aceita laborar de forma graciosa e receber ao final da parte vencida, ou, ainda, que se requisite do Estado ou do conselho profissional respectivo (art. 14 da Lei n. 1.060/50, por analogia) a*

*indicação de profissional para a efetivação da prova pericial contábil reclamada.*<sup>16</sup>

De bom alvitre registrar ainda que, se o juiz, ao dar início à fase instrutória, abre vista às partes para especificar as provas a serem produzidas e, logo após, sentencia de plano (suprimindo abertamente a etapa procedimental) ou, conforme a hipótese trazida para análise, rejeita a diligência requerida, com base em argumentos jurídicos distorcidos ou atécnicos (segundo seu “prudente arbítrio”), viola não apenas o contraditório, mas também a *boa-fé e o dever de cooperação*<sup>17</sup> imprescindíveis à fluência da atividade processual. Converte o ato de julgar, portanto, num monólogo judiciário.

#### **4. O Contraditório e o “Fenômeno Magnaud”**

A atividade jurídico-discursiva, no âmbito do processo judicial, cria, simultaneamente, um espaço de fiscalização recíproca entre as partes (incluindo os próprios litigantes, o juiz, o Ministério Público e todos os demais agentes envolvidos) e um espaço *preparador das decisões*.<sup>18</sup> Segundo informa Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, citando Carnelutti: “*A característica da jurisdição estaria em que o direito, embora produzido super partes no processo, seria preparado inter partes.*”<sup>19</sup>

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Francisco Falcão, ressaltou a alguns anos, talvez com certa dose de otimismo, que

*atualmente observa-se uma tendência à modernização da técnica processual em benefício do cidadão, para permitir-lhe o amplo acesso a uma Justiça não só célere, como também efetiva, que garanta a realização do direito substantivo. Em outras palavras, o procedimento para a garantia dos direitos deve servir tanto à proteção dos direitos fundamentais quanto à reivindicação dos direitos sociais.*<sup>20</sup>

---

16 TJMG, Agravo de Instrumento nº 449.863-3, julgamento em 01.06.2004.

17 Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Curso de Direito Processual Civil. V. I. 6ª ed. Salvador: Jus Podium, 2006, p. 77.

18 LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Processual da Decisão Jurídica. São Paulo: Landy, 2002, p. 131.

19 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 80.

20 STJ, REsp. 810.866/RS, julgamento em 02.05.2006.

Será que realmente as mudanças introduzidas na técnica processual brasileira contribuíram para a efetivação do prestação jurisdicional e para o amplo “acesso à justiça”, ou, na verdade, o problema é bem mais complexo e diz respeito à mentalidade das pessoas que trabalham com o processo judicial?

José Joaquim Calmon de Passos, em interessante passagem de seus Comentários ao Código de Processo Civil<sup>21</sup>, afirma que

*Pode parecer ridículo, mas insistimos numa coisa que nos preocupa. O Poder Judiciário de nosso país e, por contaminação do Poder Legislativo, sob o impacto da autoridade (intelectual e funcional) de alguns doutrinadores que se tornaram arautos da celeridade, efetividade, deformalização e tudo o mais, fizeram do réu o objeto de seu ódio. E todos aqueles princípios tão verdadeiros e tão merecedores de atenção e de disciplina, por força dessa deformação cabocla, tornaram-se os carrascos do réu, vitimado para possibilitar relatórios judiciais reveladores de altos índices de produtividade, mortalhas com que são envolvidos os cadáveres das garantias do devido processo legal. E o pior, como apontado, é que aqui se emprestou desvalia ao réu, em detrimento, justamente, do princípio da celeridade. Antes de tudo ser mais rápido e racional se fez mais lento e totalmente irracional.*<sup>22</sup>

Extraí-se com facilidade, da decisão inicialmente transcrita, que a Defensoria Pública (atuando no exercício da atividade de curadoria especial do réu revel citado por edital) teve cerceado seu direito de produzir prova pericial (fundamental para corroborar a veracidade das alegações de defesa), com base em argumento flagrantemente arbitrário (alheio à finalidade da norma prevista no art. 9º, II, do CPC).

---

21 PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. 8ª ed., V. III. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 239.

22 O processo deve funcionar como garantia de fruição de um direito fundamental, qual seja, o acesso à jurisdição. Necessário, portanto, que possibilite a inclusão jurídica e política do cidadão. Por isso o Professor Rosemiro Pereira Leal afirmou que “o Processo, em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como necessária instituição constitucionalizada que pela principiologia do instituto constitucional do devido processo legal que compreende os princípios da reserva legal, ampla defesa, isonomia e contraditório, converte-se em direito – garantia.” LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo – Primeiros estudos. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 87.

A conduta judicial analisada nos remete ao curioso “*Fenômeno Magnaud*”, mencionado por François Gény, em referência ao juiz francês Magnaud, que exerceu suas atividades no final do século 19 e início do século 20 e fez-se conhecido pelo método peculiar de conduzir seus julgamentos, baseando-se exclusivamente nas suas próprias convicções, em abandono da lei, da jurisprudência e da doutrina. Era, em poucas palavras, um déspota.<sup>23</sup>

Para encerrar este tópico, a lição sempre bem vinda do Professor Aroldo Plínio Gonçalves, segundo o qual

*a participação do juiz não o transforma em um contraditor; ele não participa ‘em contraditório com as partes’, entre ele e as partes não há interesse em disputa, ele não é um ‘interessado’, ou um ‘contra-interessado’, no provimento. (...) a participação em contraditório se desenvolve ‘entre as partes’, porque a disputa se passa entre elas, elas são as detentoras de interesses que serão atingidos pelo provimento.*<sup>24</sup>

## 5. Relação entre o Contraditório e a Fundamentação das Decisões

O art. 101 da Constituição Italiana prescreve que “*A justiça é administrada em nome do povo.*”<sup>25</sup> Não há em nosso ordenamento jurídico disposição semelhante, mas a compreensão da atividade judicial é rigorosamente idêntica no Brasil.

Administrar a justiça é exercer a função jurisdicional, e o *juris dictio*, ato de *dizer o direito*, consiste não na inovação da ordem jurídica, mas no seu *reconhecimento*, devendo funcionar a referida atividade estatal como *prolongamento da atividade legislativa*.<sup>26</sup>

Observando-se o denominado *ciclo de atos de legitimação*<sup>27</sup>,

---

23 Cf. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 45/46.

24 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 121.

25 Tradução livre da frase “*La giustizia è amministrata in nome del popolo.*”

26 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 81.

27 Expressão cunhada por Friedrich Müller, mencionado por DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho, *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte:

o povo com capacidade eleitoral ativa elege seus representantes. Os quais, através das normas jurídicas, estruturam o Estado que, por meio da *desconcentração administrativa* (divisão das funções por meio de órgãos), passa a gerir o interesse público, exercendo poder (legítimo) sobre o povo. Esta parece ser a base do Estado Democrático de Direito.

Logo, sendo (a) o processo um procedimento legalmente instituído, regido pelo princípio constitucional do contraditório e (b) o ato de *dizer o direito* resultado lógico de necessária dialética desenvolvida entre as partes, concluímos que

*racional, agora, é a decisão proferida no âmbito de um Direito democrático positivo que se torna auto-referente por sua legitimação discursiva. (...) Por outro lado, frise-se, a racionalidade da decisão não mais se encontra na subjetividade do julgador.*<sup>28</sup>

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira é enfático ao ressaltar que *“o contraditório é uma das garantias centrais dos discursos de aplicação jurídica institucional e é condição de aceitabilidade racional do processo jurisdicional.”*<sup>29</sup>

Não é nossa intenção aprofundar em tema tão complexo, que certamente exige reflexão aprofundada. Visamos destacar que o exercício da atividade jurisdicional pressupõe uma avaliação constante de legitimidade, justamente para verificar se o pronunciamento emanado tem origem democrática ou é mero ato inquisitório. E esta fiscalização revela, invariavelmente, que a fundamentação das decisões não é resultado de um ato isolado do juiz, mas preparado pelas partes, uma vez que *“É o direito material, construído ou reconstruído pelas partes em contraditório ao longo de todo o procedimento, que é aplicado pelo juiz ao caso concreto submetido à sua apreciação.”*<sup>30</sup>

---

Del Rey, 2004, p. 77.

28 Conferir a dissertação de mestrado de André Cordeiro Leal, O contraditório e a fundamentação das decisões no Direito Processual Democrático. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 107.

29 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Direito Processual Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 160 apud DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 85.

30 GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 188.

## 6. Conclusões

Conforme afirmamos anteriormente, este texto representa a análise crítica de uma decisão judicial. Para tanto, fizemos menção a desdobramentos legais e doutrinários decorrentes da investigação do papel do curador especial e da eventual obstrução de seus atos. Trazemos, assim, algumas conclusões pertinentes:

1) A figura do curador especial, como representante processual do ausente, presta-se, acima de tudo, para garantir o exercício do contraditório. É interesse inequívoco do Estado amparar a pessoa que é demandada e provavelmente desconhece o teor das imputações em face dela dirigidas;

2) Sendo a finalidade da lei (art. 9º, II, do CPC) assegurar igualdade de oportunidade e de tratamento às partes (paridade de armas), o curador especial, que representa o litigante, deve ter amplos poderes para produzir a prova necessária apta a dar respaldo à sua argumentação;

3) O pronunciamento judicial que dosa o contraditório conforme o *prudente arbítrio do juiz* não pode ser admitido, pois a prerrogativa fundamental da *par conditio* não comporta fracionamento;

4) Os peritos que trabalham com perspectiva de receber honorários ao final da demanda sofrem grandes dificuldades. Logo, passam a recusar encargos desta natureza. Entretanto, este é um problema que deve ser resolvido com inteligência e responsabilidade *pelo Judiciário*, não fazendo deste ônus uma justificativa para aniquilar direitos fundamentais;

5) Falta com a boa-fé e o dever de cooperação o juiz que, num dado momento, oportuniza à parte a produção de prova e, no momento seguinte, profere julgamento desconsiderando a pretensão instrutória do litigante;

6) Se, na hipótese antes mencionada, a intenção é acelerar o julgamento do feito e engrossar as estatísticas de produtividade judicial, é bem possível que, diante do erro *in procedendo*, ocorra cassação da decisão e retorno do julgamento à fase procedimental suprimida;

7) Raciocinando a partir do ciclo dos atos de legitimação de Müller, temos que (a) o povo, diretamente ou através de seus representantes legais, cria as normas, que (b) instituem o processo

(garantia constitucional), (c) regido pelo contraditório, que *prepara as decisões racionais*, fiscaliza a atuação judicial, legitima o exercício do poder estatal e, por último, neutraliza as coerções.<sup>31</sup>

8) Ante a argumentação sustentada neste texto, entendemos que a decisão judicial transcrita na introdução é inconstitucional, essencialmente inquisitória, baseada numa fundamentação canhestra, pois preparada pelo juiz e não pelas partes. É, desta feita, ilegítima para sustentar uma condenação, pois ignora a extensão dos poderes atribuídos ao curador especial (logo, afronta a lei e a vontade popular), transformando-o num partícipe de relevância secundária.

## 7. Referências bibliográficas

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil*. V.1. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000.

CARVALHO, Leandro Coelho de. *As atribuições da Defensoria Pública sob a ótica do acesso à ordem jurídica justa*. In: Revista de Processo. São Paulo: RT, nº 156, 2008.

\_\_\_\_\_. *A Defensoria Pública e as peculiaridades de sua atuação processual*. Texto pendente de publicação.

COMOGLIO, Paolo Luigi. *Garanzie costituzionali e “giusto processo” (modelli a confronto)*. In: Revista de Processo. São Paulo: RT, nº 90, 1998.

CORGOSINHO, Gustavo. *Defensoria Pública. Princípios institucionais e regime jurídico*. Belo Horizonte: Dictium, 2009.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Curso de Direito Processual Civil*. V. I. 6ª ed. Salvador: Jus Podium, 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo – Primeiros*

---

31 LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no Direito Processual Democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 87.

*Estudos*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

\_\_\_\_\_. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

\_\_\_\_\_. *Processo e hermenêutica constitucional a partir do estado de direito democrático*. LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.) *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no Direito Processual Democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8ª ed., V. III. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

# LOS ESPACIOS INVISIBLES EN AMÉRICA LATINA: ANÁLISIS DEL HACINAMIENTO PENITENCIARIO EN COSTA RICA PARA LA INVERSIÓN ESTRUCTURAL DE LA PIRÁMIDE KELSENIANA COMO MODELO DE TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Norberto E. Garay Boza<sup>1</sup>

**Resumen:** Las cárceles, como espacio en el que se concentra la represión, suelen ser invisibilizadas tanto institucional, social como jurídicamente, legitimando así prácticas crueles como el hacinamiento penitenciario, problema regional en Latinoamérica, detectado tanto por el sistema de las Naciones Unidas como por el Interamericano. En Costa Rica la saturación penitenciaria es una realidad. Esta situación es alimentada por varios factores, entre ellos el monto máximo de reclusión que es de 50 años de prisión, tope máximo estimado concomitante a la Constitución Política, según la valoración de la Sala Constitucional. Sin embargo, existe normativa reglamentaria que permite la posibilidad de egreso previo del sistema penitenciario, eventualidad afin a la normativa internacional en derechos humanos, pero que podría ser contraria a la lógica del sistema escalonado y de la pirámide kelseniana, resultando necesario replantearla en procura de una mejor tutela de los derechos humanos de los presos mediante el predominio y el control de supraconstitucionalidad de los derechos humanos, propuesto acá mediante la inversión estructural de la pirámide kelseniana y la inclusión del control del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

## Introducción

Hans Kelsen basó su teoría pura en un sistema lógico, pero no tomó en cuenta que, aun en el seno de la creación de la norma jurídica, no hay lógica dura, sino ambiciones, emociones oscuras que la atraviesan. Como decía Foucault,

La ley no nace de la naturaleza, junto a los manantiales que frecuentan los primeros pastores; la ley nace de las batallas reales, de las victorias, las masacres, las conquistas que tienen su fecha y sus héroes de honor; la ley nace de las ciudades incendiadas, de las tierras devastadas;

---

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho graduado en la Universidad de Costa Rica. Máster en Criminología, U.N.E.D. Doctorando del Doctorado en Estudios de la Sociedad y la Cultura, Universidad de Costa Rica. Actualmente cursa la Maestría en Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

surge con los famosos inocentes que agonizan mientras nace el día<sup>2</sup>.

Así, la teoría pura es al derecho lo que un marco a una pintura, le da sustento e inclusive elegancia, pero en definitiva no es el cuadro. Este último es el derecho y a diferencia del marco, está lleno de colores elegidos por el artista, a veces con talento, en ocasiones carente de él; pero, sin importar esto, el cuadro siempre estará atravesado, primero, por la intención de quien lo pintó y, luego, por la de quienes lo interpretan o, para el derecho, por quienes lo apliquen. En este punto, y sólo en este punto, la teoría pura del derecho nació muerta y su cadáver legitima sistemas de opresión.

La aceptación de que las normas jurídicas –tanto en su creación como en su aplicación– están llenas de intereses contruidos desde el poder, permite ver de otra forma el funcionamiento de los sistemas jurídicos, especialmente en aquellos supuestos en que los órganos jurídicos nacionales pronuncian la inconstitucionalidad de normas infraconstitucionales, aun cuando estas últimas sean más afines al DIDH que las constituciones respectivas, posibilidad que, al considerarla tan solo como uno de los “casos especiales de oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior”<sup>3</sup>, en algunas oportunidades podría reducir y hasta eliminar el afán protector de los derechos humanos que ciertas normas infraconstitucionales e infralegales brindan sobre aquellas que le son superiores. Se trata de una particularidad jerárquica que podría implicar la declaración de inconstitucionalidad de tales preceptos normativos.

Esta posibilidad será expuesta acá desde el tema del hacinamiento penitenciario en Latinoamérica, inicialmente con relación a las instancias internacionales, no obstante, primero es necesario responder a la siguiente pregunta: las instancias internacionales, ¿han reportado hacinamiento penitenciario en Latinoamérica? La respuesta a esta incipiente pregunta servirá de plataforma temática para el desarrollo del texto. Se ha elegido plantear una interrogante de tal amplitud por dos motivos:

---

2 Foucault, M., *Defender la sociedad*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008 (1976), págs. 55-56.

3 Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*. Eudeba, Buenos Aires, 2010 (1954), pág. 168.

Para saber si el hacinamiento penitenciario constituye un problema regional en Latinoamérica detectado por las instancias internacionales.

Para delimitarlo a un país específico, cuyas particularidades normativas y de control de constitucionalidad servirán tanto como premisa de realidad para repensar la pirámide kelseniana en procura de una mejor tutela de los derechos humanos, como para que si algún lector o lectora lo desea, pueda realizar el mismo ejercicio con respecto a algún otro país cuyo problema de hacinamiento penitenciario fuera detectado por las instancias internacionales.

En caso de que la pregunta anterior tuviese una respuesta afirmativa, en aras de delimitarla política y geonormativamente, se estima pertinente formular la siguiente interrogante: ¿actualmente existe hacinamiento penitenciario en Costa Rica? De ser así, ¿cuáles factores incidirían en dicho hacinamiento? El monto máximo de 50 años de encierro carcelario, ¿podría ser uno de esos factores? En caso de serlo, ¿tal monto punitivo sería compatible con el Estatuto de Roma? De no ser compatible, ¿qué se podría implementar para superar tal incompatibilidad? Será propósito de este texto responder a estas preguntas, y la propuesta que en él se plantee podrá ser considerada progresista por algunos, descabellada por otros, pero en ninguno de los dos casos podrá negarse su carácter innovador.

El artículo se dividirá en tres apartados principales. En el primero se analizará si el hacinamiento penitenciario ha sido considerado un problema regional para Latinoamérica, empleando para ello datos emanados tanto del Sistema Universal –Comité de Derechos Humanos y Comité contra la Tortura– como del Interamericano. En el segundo apartado se analizará el tema de la sobrepoblación penitenciaria en Costa Rica, su situación actual, su relación con el tope máximo legal de reclusión, las normas internas relacionadas y su compatibilidad o incompatibilidad con el Derecho Internacional, en particular con el Estatuto de Roma. Por último, se analizará el problema de la saturación penitenciaria costarricense desde la óptica de la pirámide kelseniana, buscando repensar a esta última en procura de una mejor tutela de los derechos humanos.

## **1. Los Espacios Invisibles en América Latina: Acerca de su Detección por las Instancias Internacionales y de la Resistencia Estatal**

Los espacios invisibles se caracterizan por ser de suma utilidad política. En tanto discurso, son empleados para marcar las vidas, para construir ciudadanos que, aunque no sean vistos por las personas, éstas les temen y, con tal de no ser sujetos de su misma invisibilidad, evaden conductas o la detección de comportamientos que les puedan llevar a tales espacios. Pese a esto, no importa cuál sea la conducta de los sujetos ajenos a los espacios invisibles, estos últimos permanecerán invariables, no vistos, abandonados y correrán la misma suerte que Godot, personaje del teatro del absurdo y obra de Samuel Beckett, quien, pese a que marcó las vidas de Vladimir y Estragón, siempre mantuvo su invisibilidad intacta. Nada indicaba que las vidas que afectaba de alguna manera marcaran a Godot, el cual estaba condenado a no ser visto. Igualmente, los espacios son invisibles cuando, pese a marcar a las personas, ellas mismas no son vistas, son políticamente indetectables, se sumen en el abandono institucional y de tutela efectiva de los derechos de quienes, por formar parte de ellos, también se han convertido en invisibles.

El carácter prácticamente etéreo de los sujetos de los espacios invisibles es una manera extrema de exclusión por medio de la cual se les margina intensamente y, en consecuencia, se maximizan las situaciones en las cuales se pueden vulnerar sus derechos fundamentales. En este sentido, lo etéreo suele aliarse a la pobreza, tal y como lo indicó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas al adoptar la Declaración sobre la Pobreza, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, calificando “a la pobreza como una negación de derechos humanos y propon[iendo] atacar el fenómeno desde los derechos humanos para reforzar estrategias contra la pobreza y consolidar la política de eliminación de la exclusión social”<sup>4</sup>. De ahí que lugares como orfanatos, manicomios, cárceles, entre otras instituciones, formen parte de ese bloque de anulación subjetiva que constituyen los espacios invisibles. Este texto se avoca al estudio de las prisiones en Latinoamérica y al hacinamiento penitenciario como manera sistemática de invisibilización de los presos.

En el Sistema Universal se han desarrollado esfuerzos para reducir la saturación penitenciaria. Así, se han llevado adelante observaciones

---

4 Pinto, M., “Los derechos humanos desde la dimensión de la pobreza”, en: *Revista IIDH* 48. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2008, pág. 58.

finales a Estados miembros para alcanzar ese propósito, en particular las dadas especialmente por el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura, el primero en tutela del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, Pacto) y el segundo, en resguardo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes (en adelante, Convención), observaciones finales respectivas que aquí serán objeto de estudio con relación a Latinoamérica, para determinar si el problema apuntado constituye efectivamente una situación regional.

Los datos base de este apartado han sido tomados de todos los informes anuales realizados por las entidades respectivas desde 1988 –año en el que se emitió el primer informe anual del Comité contra la Tortura– a los Estados parte latinoamericanos. De esta forma, la información se apega únicamente a lo que consta en dichos documentos, otorgándoseles carácter de verdad formal en aras de una delimitación metodológica. Así mismo, el motivo del estudio conjunto de los comités en cuestión se debe no solamente a que ambos, en virtud de distintos textos normativos, procuran erradicar el hacinamiento carcelario, sino también para realizar un estudio cruzado de los datos derivados de las observaciones finales de cada uno.

El Comité de Derechos Humanos ha realizado recomendaciones contra el hacinamiento penitenciario a trece de los dieciocho Estados parte latinoamericanos que han ratificado el Pacto (ver Cuadro 1), lo que implica que poco más del 72% de los países latinoamericanos miembros han tenido en alguna oportunidad problemas de sobrepoblación carcelaria, comprobando así que dicha saturación es un problema regional.

El problema ha persistido de manera tal, que las recomendaciones realizadas por el Comité de Derechos Humanos no han podido eliminarlo. Así, de los trece Estados parte latinoamericanos en que se ha detectado saturación carcelaria, ninguno ha reportado de manera satisfactoria la erradicación del problema. Por ejemplo, en el caso de Argentina, en las observaciones finales de 1990 y 1995 no se reportó sobrepoblación penitenciaria; no obstante, el problema comenzó a constar desde los informes correspondientes a 2001 y 2010, sin que las recomendaciones dadas por el Comité logran eliminarlo, demostrando no solo su falta de efectividad, sino también el abordaje inadecuado por parte del Estado. Esta situación, que desde los datos se repetirá en el resto de Estados en los que se detectó la contrariedad en estudio, se constituye así en una resistencia estatal contra las recomendaciones, acción que refuerza la sobrepoblación carcelaria revelada.

El hacinamiento penitenciario también ha sido objeto de preocupación del Comité contra la Tortura. De los dieciocho Estados latinoamericanos que se han obligado por la Convención, en trece se han detectado problemas de hacinamiento carcelario (ver Cuadro 2), un 72,2% del total de países latinoamericanos miembros, evidenciando también a este conflicto como un problema regional que debe ser enfrentado.

En el caso del Comité contra la Tortura, se detectó hacinamiento penitenciario en Latinoamérica en quince oportunidades, de las cuales en once recomendó tomar medidas para erradicarla. En los casos en los que se realizaron las recomendaciones respectivas, en la mayoría de esas ocasiones no se constató que la sobrepoblación penitenciaria fuera eliminada.

Al realizar un análisis conjunto acerca del hacinamiento penitenciario reportado al Comité de Derechos Humanos y al Comité contra la Tortura, en especial de los países que en éste último pasaron de reportar dicho problema en un informe a no mencionar su existencia en el siguiente –tal y como quedó consignado en el reporte anual respectivo–, derivan datos interesantes. Venezuela reportó al Comité de Derechos Humanos en el año 2001 que sí había problemas de hacinamiento en las prisiones, pero en el 2003 éste no fue reportado al Comité contra la Tortura. En su último informe al Comité contra la Tortura (1993), Panamá no reportó sobrepoblación carcelaria; no obstante, en el 2008 sí lo reportó al Comité de Derechos Humanos, por lo que podría considerarse al hacinamiento carcelario como un problema existente en la actualidad en dicho Estado. Por último, la situación de Costa Rica evidencia otro comportamiento; en el informe anual de 2008 al Comité contra la Tortura no se indica el problema en estudio, pero en el informe de ese mismo año al Comité de Derechos Humanos sí se reporta, lo que evidencia claramente un contradicción o al menos una omisión. En el caso del Comité contra la Tortura, persiste una falta de información importante que invisibiliza la existencia de tratos crueles contra una gran cantidad de personas constituida por el total de la población afectada por la saturación penitenciaria, esquivando así los controles atinentes a este Comité y no acatando la recomendación el Comité de Derechos Humanos, en el tanto la dificultad señalada no se ha superado<sup>5</sup>.

---

5 Para setiembre de 2011, la población penitenciaria reportada fue de 11.355 presos, excediendo en 2.900 personas la capacidad máxima del sistema penitenciario costarricense. La Nación, “Proyectos libertarios generan temor por saturación de cárceles”, San José, Costa Rica, 2 de setiembre de 2011.

De lo indicado hasta este punto del estudio, se puede concluir que en los países latinoamericanos obligados tanto por el Pacto como por la Convención, ha imperado una tendencia al hacinamiento penitenciario, sin que la misma haya sido efectivamente eliminada.

El problema de hacinamiento penitenciario en Latinoamérica también ha sido detectado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la cual, mediante la Resolución 1/08, adoptó los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. En el preámbulo de esta Resolución, la CIDH resaltó “la crítica situación de violencia, hacinamiento y la falta de condiciones dignas de vida en distintos lugares de detención en las Américas”<sup>6</sup>, poniendo así en evidencia el problema de sobrepoblación carcelaria detectado en la cuna del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, lo que, entre otros extremos, le motivó a implementar el Principio XVII, en el cual dispone medidas contra el hacinamiento tales como las siguientes:

Definición de las plazas disponibles en cada lugar de detención acorde con estándares vigentes en materia habitacional, así como la debida publicación de estos datos.

Existencia de procedimientos legales para que las personas privadas de libertad, sus abogados y/u organizaciones no gubernamentales puedan impugnar los datos de plazas de un establecimiento, tasas de ocupación, individual o colectivamente.

Prohibición legal de la ocupación de un establecimiento por encima del número de plazas establecido. Cuando de esta sobrepoblación se siga la violación de derechos humanos, se considerará pena o trato cruel, inhumano o degradante.

Establecimiento de mecanismos legales para remediar inmediatamente el hacinamiento del centro de privación de libertad.

Obligación de los jueces de adoptar remedios

---

6 CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas., Resolución 1/08, 131 Período de Sesiones, Washington, pág. 2.

adecuados en ausencia de regulación legal efectiva.

Verificado el hacinamiento, el Estado deberá investigar las causas de tal situación y deslindar las responsabilidades individuales del funcionariado que autorizó las medidas respectivas, debiendo permitirse la participación de las personas privadas de libertad, sus abogados y/u organizaciones no gubernamentales<sup>7</sup>.

Tal y como los datos derivados del Sistema Universal lo evidencian, en ninguno de los Estados latinoamericanos en los que se detectó hacinamiento penitenciario se han implementado integralmente los aspectos recién indicados y adoptados por la CIDH, más allá de que estas medidas sean de reciente data, toda vez que el problema persiste. La trayectoria de sobrepoblación carcelaria mantenida en la mayoría de países de Latinoamérica, también permite inferir que no ha sido prioridad de los Estados erradicar esa situación y, aún más, el mantenerla durante tantos años –al menos 21 años en el caso de Costa Rica, por tan solo dar un ejemplo– hace que la hipótesis de la invisibilidad de este espacio adquiera sentido, en tanto las prisiones progresivamente se convierten en instituciones de las que suele hablarse a diario, pero pese a ello dentro de sus muros se mantienen problemas como el aquí señalado, sin que el paso del tiempo evada la resistencia estatal que ha logrado la violación de los derechos humanos de los presos.

Si bien el hacinamiento penitenciario es terreno fértil para la violación de derechos humanos, también es síntoma de una sociedad punitiva o donde la prevención ha sido insuficiente. Ambas posibilidades no se excluyen y, en todo caso, se trata de un problema complejo. Para enfrentarlo debe ser delimitado espacial, temporal y factorialmente, delimitaciones aquí concretadas a la realidad costarricense, en particular a sus últimas dos décadas y a la posible relación entre la sobrepoblación carcelaria y el monto máximo de encierro penitenciario de 50 años de prisión.

## **2. Hacinamiento Penitenciario en Costa Rica: la Incompatibilidad del Artículo 51 del Código Penal Costarricense con el Estatuto de Roma**

El 3 de diciembre de 2007 más de 400 presos de La Reforma, la cárcel más grande de Costa Rica, realizaron una huelga de hambre por

---

7 Ibídem, Principio XVII.

recibir mala alimentación. Este hecho no sólo fue olvidado por la prensa prontamente, sino que sucedió una semana después de que el máximo Tribunal Constitucional del país resolviera un amparo ordenando a esa institución dar jabones a los privados de libertad para su limpieza personal<sup>8</sup>. Ambos problemas están profundamente relacionados con la sobrepoblación carcelaria, que ha persistido durante los años posteriores y ha llegado al conocimiento de la Sala Constitucional<sup>9</sup>. Esta continuidad dota de actualidad institucional a la saturación carcelaria, siendo necesario, y objetivo de este apartado, analizar la situación contemporánea de este problema en Costa Rica, así como su posible relación con realidades asociadas, como el tope máximo punitivo. Así, se desarrollará primero la situación actual de la contrariedad apuntada y luego, desde el DIDH, la posible incidencia que sobre ella tiene el límite máximo de encierro carcelario normativo de 50 años.

### **a. La Furia del Hacinamiento o Acerca de la Situación Actual de las Cárceles Costarricenses**

El hacinamiento penitenciario en Costa Rica es un problema que atenta hace unos años contra los derechos humanos de las personas privadas de libertad. En ese sentido, en 1977 habían 2.134 personas detenidas, mientras que en 2008 –año que coincide con uno de los informes anuales del Comité de Derechos Humanos en el que se evidencia dicha saturación– habían 13.034, es decir, se dio un incremento del 511% de la población presa<sup>10</sup>.

A la luz de estos datos podría pensarse que ese aumento de la población penitenciaria respondió al aumento de la criminalidad. No obstante, tal apreciación sería reduccionista y dejaría de lado factores capitales, como la particularidad de que en el mismo periodo se

---

8 La Nación, “Reos de La Reforma en huelga de hambre”, San José, Costa Rica, 4 de diciembre de 2007.

9 Lo que se constata en los votos 12832-2008, 2785-2009, 8384-2010 y 2118-2011, entre otros tantos todos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

10 Al respecto, se ha indicado lo siguiente: “la población en general pasó de 2.134 personas en 1977 a 13.034 en el 2008, para un crecimiento absoluto de 10.900 personas y un incremento relativo de 511% y en las tasas de población, estas pasaron de 104 por cien mil habitantes en 1977, a 286 en el 2008, para un crecimiento de 182 puntos por cien mil habitantes (porcentuales), lo que muestra un crecimiento acelerado de la población penitenciaria, especialmente durante los últimos diez años, posterior a las últimas reformas penales (procesales penales)”. Ulate Barrantes, J., *Evolución y tasas de población penitenciaria 1977-2008*. Ministerio de Justicia y Gracia, Dirección General de Adaptación Social, San José, Costa Rica, 2008, pág. 20.

implementaron más de 55 reformas parciales al Código Penal<sup>11</sup>. Es más, no sólo no se disminuyó la tasa de delincuencia, sino que cada vez más personas han sido presas por conductas que antes no eran consideradas delitos, lo que ha contribuido precisamente a la saturación del sistema penitenciario. Esta situación ha sido denunciada recientemente por la Asociación Nacional de Empleados Públicos y Privados (ANEP); no obstante, el problema no se ha solucionado y la comunidad penitenciaria sigue en aumento<sup>12</sup>.

En este contexto es que se da la recomendación del Comité de Derechos Humanos al Estado de Costa Rica en la que le indica específicamente la preocupación por “el hacinamiento y las malas condiciones de los centros de detención del Estado parte”<sup>13</sup>, le recomienda ponerle fin y, en particular, la aplicación de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. Éstas no han sido eficientemente empleadas por el Estado costarricense, especialmente en situaciones criticables asociadas a la sobrepoblación carcelaria. Por ejemplo, en ese instrumento internacional, en el artículo 6.1, se dispone como principio fundamental que las Reglas deben ser aplicadas imparcialmente, sin establecer diferencias basadas en prejuicios. No obstante, el mismo sistema de encarcelamiento costarricense evidencia una selectividad prejuiciosa. Así, la población penitenciaria total en 1993 era de 2.767 personas condenadas; en 2003 ésta se incrementó a 6.537<sup>14</sup>, es decir, poco más de un 136%. Mientras tanto, en 1993 habían 91 nicaraguenses privados de libertad y para 2003 las personas de esa nacionalidad eran 452<sup>15</sup>, es decir, un incremento de 396,7%, casi tres veces el aumento porcentual de la población general. En suma, la promoción estatal de otredades y la maximización de su posterior encierro.

El anterior ejemplo, al ser previo a la recomendación del Comité de Derechos Humanos, podría ser un factor que colaboró al

---

11 Semanario Universidad, “Expertos advierten: gana terreno visión simplista y fácil sobre seguridad ciudadana”, San José, Costa Rica, 7 al 13 de julio de 2010.

12 La Extra, “Sistema penitenciario enfrenta grave crisis”, San José, Costa Rica, 19 de junio de 2010.

13 Comité de Derechos Humanos, “Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto”, Naciones Unidas, CCPR/C/CRI/CO/5, 2009, pág. 2.

14 Instituto Nacional de Criminología, *Estudio de población extranjera atendida en el sistema penitenciario nacional*. Departamento de Investigación y Estadística, Costa Rica.

15 Instituto Nacional de Criminología, *Evolución y tasas de población penitenciaria, 1977-2008*, Departamento de Investigación y Estadística, Costa Rica.

hacinamiento penitenciario pero que, por su naturaleza, no fue abarcado por la recomendación. Esto evidencia un punto débil y, por lo tanto, un asunto por mejorar no sólo en el control que este Comité ejerce mediante la revisión de los informes que los Estados presentan con ocasión del artículo 40 del Pacto, sino también –y de manera más directa y preocupante– un punto de resistencia estatal, toda vez que, pese a la detección interna e internacional del problema señalado, el mismo se mantiene sin que existan esfuerzos estructuralmente efectivos para erradicarlo.

El persistente problema de saturación carcelaria no se agota en la violación constante de los derechos humanos de los presos, sino que culturalmente acarrea otra serie de vicisitudes institucionales, entre ellas la creación de burocracias corruptas, tal y como recientemente se ha reportado respecto a dos casos, uno relativo a la cárcel de San Rafael<sup>16</sup> y el otro a la prisión de Pérez Zeledón<sup>17</sup> – centros llamados de esa manera por el lugar donde se encuentran. Ahí las autoridades máximas cobraban dinero por dar facilidades –como la ocupación de celdas más amplias–, entre otras concesiones ilegítimas, “beneficios” que si no existiera hacinamiento penitenciario no podrían ser objeto de corrupción y esas condiciones se verían satisfechas pues el Estado cumpliría con sus deberes internacionales. No obstante, mientras esto último no suceda, se seguirá fortaleciendo la plataforma apta para estas prácticas.

El actual hacinamiento penitenciario en Costa Rica se podría tornar aún más problemático ante la aprobación del proyecto de Ley 17490, el cual pretende reformar el instituto de la libertad condicional, dando mayor rigurosidad a los requisitos para su otorgamiento<sup>18</sup> e, inclusive, realizando una lista de los delitos que implicarían la negación inmediata del beneficio<sup>19</sup>. Este proyecto de Ley recibió el aval de la

---

16 La Nación, “Justicia despidió a jefe de cárcel de San Rafael”, San José, Costa Rica, 5 de octubre de 2011.

17 La Prensa Libre, “Cae directora de cárcel por dar beneficios a reos”, San José, Costa Rica, 5 de octubre de 2011.

18 La reforma al art. 64 del Código Penal plantea que el beneficio se pueda solicitar cuando el condenado cumpla tres cuartas partes de la pena y no la mitad, tal y como está regulado actualmente. Asamblea Legislativa, “Modificación de los artículos No. 64, No. 65 y No. 67 del Código Penal, Ley No. 4573, modificar requisitos por los cuales se puede otorgar la libertad condicional”, San José, Costa Rica, 2009, Expediente legislativo No. 17490, art. 1.

19 En la reforma al art. 65, inc. 3), se dispone que la libertad condicional, entre otros requerimientos, se podrá otorgar cuando “el solicitante no haya sido condenado

mayoría de Corte Plena, integrada precisamente por las y los magistrados de las respectivas salas de Casación y de Control de Constitucionalidad. El informe que apoyó esta postura fue redactado por el magistrado Carlos Chinchilla<sup>20</sup>, quien en declaraciones dadas poco más de un año antes de la redacción del mismo expresó:

La ciudadanía debe saber que yo no estoy, ni nunca estaré de acuerdo, en que un juez no imponga una sanción penal o una prisión preventiva sólo porque el Ministerio de Justicia no tiene los medios para albergar a personas. No puede ser posible [...] Cuidado el Ministerio de Justicia me va a decir que no va a recibir personas condenadas [...] Le molesta al Poder Ejecutivo porque le mandamos más presos, más personas que tienen que estar sometidas al sistema penitenciario<sup>21</sup>.

El criterio de Corte Plena fue remitido a la Asamblea Legislativa, dando así apoyo institucional a políticas que de manera necesaria incrementarían estructuralmente la violación masiva de los derechos humanos de los presos, debido al hacinamiento penitenciario.

Lo referido en los párrafos precedentes no sólo da cuenta de la actualidad y persistencia de la sobrepoblación carcelaria en Costa Rica, sino que también brinda apoyo suficiente para considerar que ésta posee implicaciones político-ideológicas, donde los agentes no se limitan a las autoridades inmediatamente encargadas de las prisiones, sino que van más allá. Así, se ingresa en saberes de otras instituciones que legitiman la prisionalización en condiciones de hacinamiento en detrimento de los derechos humanos de las personas privadas de libertad, no acatando los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, emanados desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ni tampoco las recomendaciones

---

por la comisión de delitos dolosos contra la vida e integridad física de las personas; relacionados con la explotación sexual y corrupción de menores; secuestro extorsivo; contra la propiedad; contra cualquier cuerpo de policía establecido en la Ley General de Policía y la Policía Judicial y delitos relacionados de forma principal o conexas con cualquier actividad de crimen organizado”. *Ibidem*, art. 2.

20 La Nación, “Proyectos libertarios generan temor por saturación de cárceles”, San José, Costa Rica, 11 de agosto de 2011.

21 La Nación, “Estamos bajo un sistema penal permisivo y alcahueta”, San José, Costa Rica, 14 de diciembre de 2009.

realizadas en el seno del Sistema Universal.

La determinación de las causas del hacinamiento penitenciario en Costa Rica es una labor multifactorial. Su abordaje integral implicaría abarcar extremos que ameritarían un trabajo más extenso que el acá propuesto, en primer lugar, y además, conllevaría el estudio de objetos distintos a los que se han elegido en este texto, para poder dar respuesta a los problemas planteados inicialmente. Hecha esta salvedad, para delimitar un factor pertinente asociado al encierro penitenciario, se ha considerado un motivo de preocupación expuesto por el Comité contra la Tortura al Estado costarricense en la observación final de 2001:

d) La sobrepoblación de las prisiones, con su consecuencia de hacinamiento, originada tanto por la insuficiencia de inversión en infraestructura como por el recurso a la privación de libertad *y al aumento de la duración de las penas como reacción casi exclusiva ante el incremento de la criminalidad*<sup>22</sup>. (El subrayado es del autor.)

El aumento de las penas es uno de los motivos de preocupación del Comité contra la Tortura y en la realidad normativa costarricense, existe un cambio de paradigma punitivo a ese respecto, la duplicación legal del tope superior punitivo realizada en 1994<sup>23</sup>, con la cual, mediante la reforma del artículo 51 del Código Penal, se pasó de 25 a 50 años como tope máximo de encierro con ocasión de una sentencia penal. En suma, la duplicación punitiva en un contexto de hacinamiento carcelario, cuya compatibilidad con el DIDH será el objeto de estudio de la siguiente parte de este texto.

---

22 OACNUDH/IIDH/ASDI, *Compilación de observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre países de América Latina y el Caribe* (1988-2005). Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo, Santiago, Chile, 2005, pág. 130. Disponible al 9 de noviembre de 2001 en: <<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cat/>>.

23 Asamblea Legislativa, *Reforma al Código Penal*. San José, Costa Rica, Ley No. 7389 del 22 de abril de 1994, artículo 1.

## **b. La Resistencia Estatal ante el Hacinamiento Penitenciario: la Incompatibilidad del Encierro Máximo de 50 años de Prisión con el Estatuto de Roma**

En la Comisión Redactora del Código Penal actual de Costa Rica, al discutirse el tema del tope máximo de prisionalización estipulado en el artículo 51, se consideró que su monto debía ser 25 años, estimando que esto se ajustaba

a las exigencias actuales en materia rehabilitadora. La posibilidad de una pena que exceda de ese límite de tiempo es negativa para el interno y funesta, por lo mismo, para sus perspectivas futuras. Penas de cuarenta y cinco años son como una muerte en vida y son pocos, por no decir ninguno, el que las ha podido soportar<sup>24</sup>.

Poco más de veinte años después, en 1994, se reformó tal numeral duplicando el monto máximo de castigo penal<sup>25</sup>, enterrando así los razonamientos que justificaron el texto primigenio.

Acorde con las estadísticas judiciales costarricenses, desde 1994 hasta 2010, 1.244 personas han sido condenadas a penas de cárcel cuyo monto oscila entre los 25 y 50 años<sup>26</sup> (ver Cuadro 3). Si bien ha variado respecto a su momento de aprehensión y permanencia en el sistema penitenciario, esta cantidad de personas innegablemente ha confluído en las cárceles nacionales durante el periodo señalado, representando un 42,89% de los niveles de sobrepoblación penitenciaria actual<sup>27</sup>, y por lo tanto debe considerarse una cifra significativa. No obstante, el incremento punitivo recién apuntado coincide con otra tendencia que podría ser denominada de tipo cultural-legislativa, en tanto que, al contrastar el Código Penal actual con su versión original, deriva que en los cinco años posteriores a la modificación del artículo 51 se realizaron reformas y adiciones a diferentes numerales de la parte especial que en total sumaron unos 26 cambios, cifra que representa un poco más de los 25 cambios que se le habían efectuado a esa ley en los más de veinte años que tenía de existencia. Por ende, es viable asociar temporalmente una

---

24 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 10543-2001 de las 14:56 horas del 17 de octubre de 2001.

25 Asamblea Legislativa, *Reforma al Código Penal...*

26 Datos derivados de las estadísticas judiciales anuales, de 1994 a 2010.

27 Véase nota al pie 4.

explosión inédita en Costa Rica del derecho penal con la duplicación del tope máximo punitivo, particularidad que a su vez acompañó e incidió en el hacinamiento penitenciario ya indicado.

**Cuadro 3. Cantidad de Personas Sentenciadas entre 25 y 50 años de prisión, de 1994 a 2010**

<b>Año</b>	<b>Cantidad de personas condenadas a penas entre 25 y 50 años de prisión</b>	<b>Diferencia porcentual aproximada respecto al año anterior</b>
1994	1	-----
1995	29	2800%
1996	57	96,55%
1997	60	5,26%
1998	42	-30%
1999	44	4,76%
2000	60	36,36%
2001	101	68,33%
2002	83	-17,82%
2003	98	18,07%
2004	94	-4,08%
2005	57	-39,36%
2006	73	28,07%
2007	66	-9,58%
2008	76	15,15%
2009	132	73,68%
2010	171	29,54%
<b>Total</b>	<b>1.244</b>	<b>---</b>

La relación entre el hacinamiento penitenciario y la citada reforma del artículo 51 del Código Penal costarricense, se ha erigido así desde dos frentes complementarios. El primero de ellos puede denominarse de implicación directa, en tanto la cantidad de personas presas por penas asociadas a esa modificación normativa incidió directamente en el total de sobrepoblación carcelaria. El segundo frente, como se refirió en el párrafo precedente, es de tipo cultural-legislativo, siendo esa reforma un hito histórico que marca la hipertrofia de un Estado punitivo, donde

el acceso al derecho penal como reacción ante problemas diversos sería la regla, siendo inclusive medular en las campañas presidenciales de 2009<sup>28</sup>, año en el que casualmente el número de personas condenadas a más de 25 años de prisión se elevó hasta 132, cifra superada solamente por los 171 individuos que condenados a tales montos punitivos en 2010.

La duplicación del incremento punitivo en cuestión ha sido sometida, en tanto norma legal, a control de constitucionalidad ante la Sala Constitucional. Este órgano ostenta el control concentrado de constitucionalidad en Costa Rica y sus fallos son vinculantes *erga omnes*. En varias oportunidades esa Cámara se ha pronunciado a favor de tal disposición. En el año 2001, por un voto de mayoría, resolvió la constitucionalidad de la norma, considerando que

La determinación de los montos de las penas privativas de libertad constituye un asunto de política criminal, que por la propia definición del sistema político y de organización del Estado costarricense (artículos 1, 2, 9 y 121 de la Constitución Política) corresponde en exclusiva definir a los legisladores<sup>29</sup>.

Así, en aplicación “del principio de legalidad y de reserva de ley en la definición del derecho penal y procesal penal”<sup>30</sup>, la Sala Constitucional se consideró incompetente para valorar el tope máximo punitivo. En sentido similar, y respondiendo a lo planteado en la acción de inconstitucionalidad respecto al tema de la rehabilitación que ejerce el sistema carcelario, se indicó que ese propósito era objeto del régimen penitenciario, no de la pena en sí, por lo cual la relación establecida por la accionante entre pena y resocialización no podría ser considerada para un análisis de constitucionalidad<sup>31</sup>. En suma, el monopolio legislativo de la determinación de la política criminal y, a su vez, el desplazamiento del objetivo resocializador al sistema penitenciario y no a la pena de prisión, hicieron que el tope máximo punitivo se mantuviera vigente.

De manera más reciente, en el año 2009 y nuevamente por voto de mayoría, la Sala Constitucional se pronunció a favor de la

---

28 La Nación, “La ‘mano dura’ en los programas de gobierno”, San José, Costa Rica, 28 de diciembre de 2009.

29 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 10543-2001 de las 14:56 horas del 17 de octubre de 2001.

30 *Ibidem*.

31 *Ibidem*.

constitucionalidad de la norma en cuestión. En este fallo se consideró primeramente que la tramitación legislativa del proyecto de Ley que culminó con la reforma del monto máximo punitivo, estaba apegada a derecho, pero además, al referirse al tope de 50 años de encierro y, en particular, a su relación con el derecho al trabajo y al deterioro familiar, la Cámara Constitucional estimó, primeramente, que la posibilidad de estudiar otorgada en las cárceles debía analizarse desde la limitación de desplazamiento propia de los presos y, en segundo lugar, además de que el monto de 50 años de prisión es un monto máximo razonable, “una condena a un año o meses, conlleva una serie de efectos secundarios inevitables, principalmente en los entornos social, laboral y familiar que no pueden ser achacados al sistema, sino como resultado de la acción cometida por el sujeto”<sup>32</sup>.

Los dos fallos recién referidos analizaron la constitucionalidad del monto punitivo acá controvertido. Inclusive, desde la amplitud conceptual, estimaron que el mismo no contravenía la resocialización perseguida por la pena de prisión. No obstante, hubo un punto esencial no analizado, atinente a la disposición del numeral 77 inciso 1.a) del Estatuto de Roma<sup>33</sup>, aunque no fue debatido en las acciones de constitucionalidad y que, por tratarse de una norma internacional concerniente a los derechos humanos, en al menos el voto del año 2009<sup>34</sup> debió ser considerada aún de oficio por la Sala Constitucional<sup>35</sup>.

---

32 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 04522-2009 de las 15:50 horas del 18 de marzo de 2009.

33 Tal y como consta en la página oficial de la Corte Penal Internacional, Costa Rica firmó el Estatuto de Roma el 7 de octubre de 1998, ratificándolo el 7 de junio de 2001. Ver, <<http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/states+parties/Latin+American+and+Caribbean+States/Costa+Rica.htm>>, disponible a noviembre de 2011.

34 Dado que el Estatuto de Roma entró en vigencia el 1 de julio 2002, no sería exigible un control de compatibilidad con el mismo con respecto a fallos anteriores a esa fecha.

35 En relación con el control de convencionalidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha referido lo siguiente: “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas locales y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que esa revisión deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”. Será parte de la propuesta acá desarrollada extender el control de convencionalidad al control del DIDH. Corte IDH, *Caso trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

El artículo 77 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, referente a las penas aplicables, en lo pertinente, dispone lo siguiente:

1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las siguientes:

a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o

b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado<sup>36</sup>.

Por disposición constitucional, en Costa Rica existe una prohibición explícita de penas perpetuas<sup>37</sup>, lo que conlleva a que la Sala Constitucional resolviera que, al concordar tal disposición constitucional con el numeral 80 del Estatuto de Roma, no sería posible la aplicación del inciso 1. b)<sup>38</sup>, de ahí que esa estipulación no fuera considerada inconstitucional. Sin embargo, el contenido del inciso 1. a) no ha sido analizado, ni su constitucionalidad ni las implicaciones que el mismo debería tener para la normativa nacional, en particular para el tope máximo punitivo de 50 años de prisión establecido en el artículo 51 del Código Penal.

Al considerar que en Costa Rica, acorde con lo dispuesto por la Sala Constitucional, se ha reconocido que “los instrumentos de Derechos Humanos vigentes [...], tienen no solamente valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución”<sup>39</sup>,

---

36 Naciones Unidas, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, 17 de julio de 1998.

37 Asamblea Constituyente, Constitución Política. San José, Costa Rica, 1949, art. 40.

38 El artículo 80 del Estatuto de Roma dispone que: “Nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte”. Naciones Unidas, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*...

39 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 2313-1995 de las 16:18 horas del 9 de mayo de 1995. En igual sentido, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 3435-1992 de las 16:20 horas del 11 de noviembre de 1992 y su aclaración, 5759-1993 de las 14:15 horas del 10 de noviembre de 1993. Posteriormente, la misma Cámara Constitucional ha ampliado de

el tope máximo de encierro penitenciario establecido en el inciso 1.a) del artículo 77 del Estatuto de Roma debería ser de aplicación obligatoria, desplazando así al monto máximo de 50 años de prisión dispuesto en la normativa nacional, toda vez que el límite indicado en tal instrumento internacional es más garante para los derechos humanos del preso que la normativa interna, punto que amerita ser tratado con más detenimiento.

Tal y como deriva de la lectura de los párrafos precedentes, el hacinamiento penitenciario es un problema que aqueja en gran medida a Latinoamérica como región. Este problema a conllevado a una serie de recomendaciones por parte de entidades internacionales, como el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura. Costa Rica es uno de los países acreedores de dichas observaciones (Cuadro 1). Es en este contexto de sobrepoblación carcelaria, alimentado por tendencias ultrapunitivas –como la duplicación del monto máximo punitivo en Costa Rica mantenido estatalmente por más de dos décadas–, donde las medidas judiciales no encuentran un terreno fértil para erradicar o reducir la saturación, entre otras tantas particularidades, donde una disposición como la dispuesta en el inciso 1.a) del artículo 77 del Estatuto de Roma debe ser entendida ante todo como una norma protectora de los derechos humanos de las personas privadas de libertad y, por ende, con primacía sobre la Constitución Política y demás normativa nacional. Al tratarse de una disposición emanada del Derecho Internacional, más garante que las normas patrias, de acuerdo al fallo constitucional vinculante *erga omnes* destacado en el párrafo precedente, debería prevalecer sobre el ordenamiento jurídico patrio.

La posibilidad de que el tope máximo punitivo establecido en el Estatuto de Roma sea de aplicación interna en Costa Rica deriva no solamente del razonamiento jurídico recién señalado, sino que inclusive guarda lógica interna, toda vez que al estimar como proporcional una pena de 30 años de prisión para autores de delitos tan lesivos a los que se aplicaría tal instrumento –tales como el genocidio o delitos

---

manera progresiva los alcances internos de la tutela de los derechos humanos ejercida desde el Derecho Internacional, indicando lo siguiente: “En este aspecto hay que rescatar la referencia específica que hoy la Constitución hace de los ‘instrumentos internacionales’, significando que no solamente convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional mismo (tal el caso que ahora nos ocupa), sino cualquier otro instrumento que tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no haya sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país”. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, fallo 9685-2000 de las 14:56 horas del 1 de noviembre de 2000.

de lesa humanidad<sup>40</sup>—, con mucho mayor razón debe considerarse desproporcional una pena superior a la referida por infracciones que poseen una lesividad inclusive menor, aún cuando se trate de concurso de delitos, ya que crímenes como el genocidio igualmente poseen multiplicidad de víctimas y, probablemente, de acciones<sup>41</sup>. En este sentido, la implementación nacional de ese límite sancionatorio dotaría de contenido práctico parcial al Principio XVII de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, en tanto se orientaría como política pública a una disminución considerable de la población penitenciaria, en una realidad carcelaria caracterizada por la sobrepoblación.

En detrimento de los razonamientos precedentes, el extremo máximo de 50 años de prisión continua en vigencia y su aplicación nacional, tal y como lo confirman los datos aportados, es de consideración sustancial para la situación en torno al hacinamiento penitenciario. Sin embargo, existe otra normativa infralegal que en su lógica posee un germen de tutela efectiva de los derechos humanos de las personas privadas de libertad, que es el Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario. Este permite una suerte de libertad semi-institucional (egreso parcial) de la prisión cuando se cumple el tercio de la pena — además de otros requerimientos<sup>42</sup>—, pese a que la libertad condicional (egreso total condicionado) solamente se consiente al cumplir con la mitad de la pena —además de otros requisitos— y, por estar consagrada en el Código Penal, es una figura de rango legal<sup>43</sup>.

Pese a la diferente naturaleza de los institutos, pareciera que existe una verdad difícil de negar y es que la norma reglamentaria permite al preso ver el mundo fuera de los muros de la cárcel antes que la norma legal y, en este sentido, esta disposición es más garante de los derechos

---

40 Naciones Unidas, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional...* art. 5.

41 Esta salvedad se hace a raíz de que la Sala Constitucional, en el fallo 4522-2009, señaló que “el límite de cincuenta años establecido en la normativa que ahora se impugna, analizado desde otra óptica diferente a la del accionante, es un beneficio final para la persona que en concurso ideal o material de delitos, fue en su oportunidad condenado a más de cincuenta años de prisión por todos los ilícitos cometidos, pero que, la normativa penal, estableció un límite máximo razonable”. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, voto 04522-2009 de las 15:50 horas del 18 de marzo de 2009.

42 Presidencia de la República y Ministra de Justicia y Gracia, *Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario*. San José, Costa Rica, 11 de julio de 2007.

43 Asamblea Legislativa, *Código Penal*. San José, Costa Rica, 15 de noviembre de 1970, art. 64.

humanos que su superior jerárquica, pues le brinda la posibilidad de salir de un lugar caracterizado por el hacinamiento. Además, esto conlleva a que en ese punto también sea su negación, planteando una serie de dificultades: ¿cómo una norma inferior jerárquicamente puede negar a la norma superior y, al mismo tiempo, ser más tutelar de los derechos humanos de la población a la que ambas se dirigen? ¿Se tratará de uno de los “casos especiales de oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior”<sup>44</sup> indicados por Kelsen? O, ¿podría tratarse de un supuesto de compatibilidad sustancial entre normativa infralegal con instrumentos internacionales de derechos humanos? Además, ¿cómo se explica que normas que en principio no mantienen una relación de determinación entre sí, regulen un mismo objeto? Será sobre estas dudas que se desarrolle el siguiente apartado de este texto.

### **3. La Inversión Estructural de la Pirámide Kelseniana y el Hacinamiento Penitenciario en Costa Rica: hacia el Predominio y el Control de Supraconstitucionalidad de los Derechos Humanos (control DIDH)**

El sistema escalonado kelseniano considera que “una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema”<sup>45</sup>, toda vez que “la validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también”<sup>46</sup>. Esa concepción originó precisamente lo que se denomina como la pirámide kelseniana, la cual, desde una lógica escalonada heredada de Merkl<sup>47</sup>, esquematiza el orden jurídico-normativo basado originalmente en la norma fundamental, que “se encuentra solamente en la base del derecho internacional”<sup>48</sup>. En materia de DIDH, esta noción describe la jerarquía normativa

---

44 Kelsen, H., *Teoría pura del derecho...* pág. 168.

45 *Ibidem*, pág. 126.

46 *Ibidem*, pág. 117.

47 Merkl, A., “Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento (II)”, en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 3, 2005 (1931), págs. 301-324.

48 Kelsen, H., *Teoría pura del derecho...* pág. 117. Con relación a este punto, resulta útil la aclaración realizada por Kelsen en el sentido de que “la circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos [...] Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo”. *Ibidem*, pág. 160.

costarricense, tal y como lo ha dispuesto la misma Sala Constitucional<sup>49</sup>.

La lógica de la pirámide kelseniana, tal y como se infiere de la estructuración dada en la teoría pura del derecho, armoniza a los sistemas jurídicos, permitiendo que las normas superiores condicionen a las inferiores<sup>50</sup>, esquivando así contradicciones insalvables en procura de un sistema lógico. No obstante, en esa búsqueda de un saber duro, preciso, distante, positivo, se pasó por alto una eventualidad real, quizá no tan positiva, pero no por ello menos importante: la posible contradicción entre normas, pero donde la norma inferior controvertida de alguna manera fuera conforme a la norma fundamental, tal como fue referido de previo al inicio de este apartado. Esta posibilidad y sus implicaciones serán el objeto de esta parte del texto, expuestas especialmente desde la situación del hacinamiento penitenciario en Costa Rica. Así, primero se analizarán las implicaciones de la compatibilidad entre una norma inferior controvertida con las normas supraconstitucionales de derechos humanos y, luego, se examinará la posibilidad de crear un modelo de control de supraconstitucionalidad de los derechos humanos (control DIDH).

#### **a. La Inversión Estructural de la Pirámide Kelseniana para el Predominio Supraconstitucional de las normas Infraconstitucionales más garantes de los Derechos Humanos: Análisis de la libertad Semi-Institucional, la Libertad Condicional y el Tope Máximo Punitivo en Costa Rica**

La controversia entre normas inferiores y superiores suele ser evaluada desde el prisma kelseniano, donde la anulación de la norma inferior significa el imperio de aquella que la ha determinado, la norma superior<sup>51</sup>. Sin embargo, no se han analizado formas de falsear esta solución en procura de una mayor promoción de los derechos humanos, opción que acá se plantea primeramente desde la proposición del modelo de inversión estructural de la pirámide kelseniana, y luego mediante su implementación al problema del tope máximo penitenciario en Costa Rica.

---

49 Véase nota al pie 39.

50 Kelsen, H., *Teoría pura del derecho...* págs. 123-126.

51 Kelsen, H., *Teoría pura del derecho...* págs. 123-126.

## **i. La Inversión Estructural de la Pirámide Kelseniana O Acerca del Predominio Supraconstitucional de las Normas Infraconstitucionales Más Garantes de los Derechos Humanos**

En su obra *Teoría General del Estado*, Kelsen desarrolló la noción básica que serviría de base a lo que actualmente se denomina como la pirámide kelseniana, apoyándose para ello en la propuesta de Merkl, de la siguiente manera:

Todo el proceso de creación jurídica constituye una sucesión continuada de actos de concreción e individualización crecientes del Derecho [...] La “ley” no es ni el grado único ni siquiera el grado supremo del orden jurídico, como ha demostrado con vigor extraordinario una reciente teoría, la cual, además, ha prestado a la ciencia del Derecho el valioso servicio de mostrar la estructura graduada, jerárquica del orden jurídico<sup>52</sup>.

La colaboración teórica atribuida a Merkl implica que cualquier replanteamiento de la pirámide kelseniana debe considerar los insumos teóricos adeudados a éste. Siendo propósito de este texto repensar ese extremo de la Teoría Pura del Derecho, también será necesario avocarse al estudio de la propuesta merkliana.

Adolf Merkl consideró que existen proposiciones jurídicas que condicionan el contenido y forma de otras, las primeras denominadas **determinantes** y las segundas **determinadas**<sup>53</sup>. De esa manera establece la lógica del sistema escalonado, estimando así que la

---

52 Kelsen, H., *Teoría general del Estado*. Editora Nacional Edial, México, 1957, pág. 305.

53 Al respecto, Merkl se pronunció de la siguiente manera: “Aquellas proposiciones jurídicas cuyo contenido y forma son prefiguradas de acuerdo con otras proposiciones jurídicas, que no pueden o no deben existir en un modo distinto al prefigurado y que en todo caso su existencia está condicionada por otras proposiciones jurídicas a las cuales deben su validez, las llamamos proposiciones jurídicas determinadas, y aquellas que sirven a su validez, proposiciones jurídicas determinantes [...] De acuerdo con lo dicho anteriormente, apenas se necesita concluir, que la existencia de una proposición jurídica caracterizada como determinante no requiere ser la única condición de existencia de la proposición jurídica por ella condicionada, sino que para el reconocimiento de una proposición jurídica como determinante basta que la preceda dentro de la cadena de actos”. Merkl, A., “Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento (II)”... pág. 304.

relación entre el acto determinante y el determinado trae consigo la expresión introducida por Kelsen “regla sobre la producción”, bajo la que se han de entender la suma de actos determinantes. Así, la Constitución aparece como la regla sobre la producción de la legislación, la Constitución y la ley son las reglas sobre la producción del reglamento, las leyes formales y materiales relativas al Poder Judicial y la Administración son las reglas sobre la producción de los actos administrativos y judiciales, así como de los llamados actos de los negocios privados<sup>54</sup>.

Las nociones merklianas recién indicadas sirvieron así de plataforma teórica para que Kelsen desarrollara sistemáticamente la estructura jerárquica del orden jurídico en la Teoría Pura del Derecho, dándole a la norma fundamental un valor de significación elemental<sup>55</sup> y, al identificarla con las normas emanadas desde el Derecho Internacional, también jerárquicamente superior, considerando que la norma fundamental “se encuentra solamente en la base del derecho internacional [...] En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales”<sup>56</sup>. Así mismo, la estructura jurídica nacional derivada del Derecho Internacional se ordena de tal manera que “[i]nmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo”<sup>57</sup>, normas superiores a otras, como decretos, reglamentos, ordenanzas, sentencias<sup>58</sup>, manteniendo entre ellas la relación de determinación desarrollada por Merkl. Esa estructura jerárquica, para los efectos aquí pretendidos, se puede figurar de la siguiente manera:

### **Pirámide Kelseniana\***

En la pirámide kelseniana, tal y como refiere Walter,

[N]o son las formas de derecho las que constituyen el objeto del sistema escalonado según el

---

54 *Ibidem*, pág. 309.

55 Kelsen, H., *Teoría pura del derecho...* pág. 113.

56 *Ibidem*, pág. 117.

57 *Ibidem*, pág. 117.

58 *Ibidem*, págs. 119-122.

\* Las siglas NFDI en el área superior de la pirámide significan Norma Fundamental del Derecho Internacional.

condicionamiento jurídico; en cuanto respecta a ese sistema de supraordinación y subordinación, lo que importa no es la forma, sino el contenido. El contenido de la disposición jurídica supraordinada se resume en la reglamentación del proceso generador de la disposición jurídica subordinada<sup>59</sup>.

De esta manera, conforme se descienda en la jerarquía del orden jurídico las normas serán subordinadas y determinadas por las superiores, de tal suerte que la creación de la norma inferior se podrá realizar conforme a la superior o contraria a ella, pero si se elige la segunda opción, la norma creada “es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada”<sup>60</sup>.

La elaboración de la pirámide kelseniana y del sistema escalonado merkliano se basó en una idea armónica, derivada desde el derecho mismo como si se tratara de una estrategia de autogeneración, dotando de una racionalidad inédita al ordenamiento normativo que sería instrumentalizado para aprender, aplicar y reproducir el saber jurídico. La pureza y fluidez de estas teorías les permitieron atravesar sutilmente el tiempo y las personas que durante él se relacionaron de alguna manera con el derecho – no sólo como abogadas o abogados, ni siquiera como funcionarias o funcionarios del sector público o privado, o como individuos que aprovechando el poder se escudaron detrás de la pirámide kelseniana para tutelar intereses particulares, sino también como ciudadanos y ciudadanas que ejercieron el voto para elegir a sus gobernantes, como habitantes que pagaron sus impuestos para colaborar con sus Estados, como personas que no querían guerras, o de manera quizá más sensible, como seres sujetos de alguna institución disciplinaria, como los hospitales, los manicomios, los orfanatos, los campos de concentración y exterminio, las cárceles y demás. La versatilidad de ambas teorías y, de alguna manera, también su interiorización pétreo en el pensamiento jurídico, impidieron analizar otras opciones que, además de ser jurídicamente correctas, estarían llenas de inclusión, de igualdad estructural<sup>61</sup>, de posibilidades de acción y demás particularidades que

---

59 Walter, R., *La estructura del orden jurídico. Disertación jurídico-teórica basada en la teoría pura del derecho*. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1984, pág. 119.

60 Kelsen, H., *Teoría pura del derecho...* pág. 125.

61 Respecto a la igualdad estructural, Saba ha indicado lo siguiente: “De acuerdo con esta perspectiva, resulta relevante la incorporación de datos históricos y sociales que dé cuenta del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática a la que se encuentran sometidos amplios sectores de la sociedad. Esta segunda concepción del principio de igualdad ante la ley, relativamente ausente de la discusión constitucional local [...] se

en suma representan una mejor tutela y promoción de los derechos humanos. De estas posibilidades acá solamente se dará cuenta de una: la inversión estructural de la pirámide kelseniana.

La inversión estructural de la pirámide kelseniana mantiene una relación genealógica con el principio de progresividad de Nikken<sup>62</sup> y, así como las nuevas generaciones suben sobre los hombros de las anteriores para mejorar su mundo, ésta da paso a nuevas posibilidades para concebir los derechos humanos, los cuales serán su exclusivo objeto, delimitando así su campo de acción. En este sentido, el modelo propuesto solamente puede aplicarse en materia de derechos humanos, en consideración de que “los derechos humanos son inherentes a la persona y su existencia no depende del reconocimiento del Estado, siempre es posible extender el ámbito de la protección a derechos que anteriormente no gozaban de la misma”<sup>63</sup>. Esta particularidad se manifiesta en una disposición contenida en diversos órdenes constitucionales cuya implicación es que la enunciación constitucional de los derechos, por su inherencia a las personas, no constituye la negación de otros que no consten en la Constitución respectiva<sup>64</sup>, circunstancia que a su vez conlleva a que “los derechos humanos internacionalmente reconocidos deben tener supremacía jerárquica de los derechos constitucionales y estar bajo la cobertura constitucional”<sup>65</sup> y, en caso de que sean más garantes que los reconocidos por la misma carta magna, por su progresividad, deberán ser jerárquicamente superiores a ella.

Es precisamente la progresividad tan propia de los derechos humanos la que posibilita que la inversión estructural de la pirámide kelseniana les tenga como objeto y propósito para replantear la concepción positivista del orden jurídico. Al partir de la premisa de que las regulaciones provenientes del DIDH deben tener la misma cobertura constitucional, o bien, superior en caso de ser más garantista que el orden interno, no solamente se les otorga un lugar superior respecto de las normas nacionales –lo cual ya había sido previsto por el mismo

---

apoya en la idea de que el derecho no puede ser completamente ‘ciego’ a las relaciones existentes en un determinado momento histórico entre diferentes grupos de personas”. Saba, R., “(Des)igualdad estructural”, en: Alegre, M. y R. Gargarella, *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Lexis Nexis, Buenos Aires, Argentina, 2007, pág. 166.

62 Nikken, P., “El concepto de derechos humanos”, en: Estudios básicos de derechos humanos I. IIDH, San José, Costa Rica, 1994, págs. 25-27.

63 *Ibidem*, pág. 24.

64 *Ibidem*, pág. 24.

65 *Ibidem*, pág. 26.

Kelsen<sup>66</sup>—, sino que también deben erigirse como parámetro de control interno para su misma normativa<sup>67</sup>.

En la estructura desarrollada por Kelsen, la determinación sustancial ejercida por la norma superior implica que la norma inferior está circunscripta, delimitada, por el espectro de acción requerido por su superior jerárquica, siendo que si excede de tales determinismos, podría correr la suerte de ser anulada y cerrar los ojos ante la realidad que regula. Esta noción heredada del positivismo, busca la descripción armoniosa de un sistema jurídico que dista mucho de ser imparcial o apolítico, donde la producción normativa está regida —tal y como es en la actualidad— por una innumerable cantidad de intereses, circunstancias y demás fuerzas que nos hacen recordar la inversión que del principio de Clausewitz realizaba Foucault, afirmando que “la política es la continuación de la guerra por otros medios”<sup>68</sup>. De ahí que la Teoría Pura del Derecho diese la espalda a otras posibilidades quizá más asociadas a esa realidad conflictiva en la producción del derecho, posibilidades que sirven de plataforma para plantear las siguientes preguntas: ¿qué pasaría si esa norma inferior, pese a contrariar a aquella que le determina, fuese compatible con otra norma superior de la que buscaba originarla? Aún más, ¿qué sucedería si esa norma inferior fuese de orden infralegal y, pese a su carácter refractario contra todo el orden nacional, en ella yaciera la compatibilidad con una norma del DIDH<sup>69</sup>? ¿Cuáles serían

---

66 Kelsen, H., *Teoría pura del derecho...* pág. 117.

67 Acerca de este punto se profundizará en el siguiente apartado. Así mismo, este tipo de control, a propósito de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya ha sido avalado por la Corte IDH mediante la creación del control de convencionalidad, refiriendo lo siguiente: “124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. San José, Costa Rica, 2006, párr. 124.

68 Foucault, M., *Defender la sociedad...* pág. 28.

69 Respecto a las posibles disonancias entre normas internas —constitucionales— e internacionales, Neuman propone que tal divergencia puede ser producto de inconsistencias entre los aspectos consensuales, suprapositivos e institucionales

sus implicaciones para la producción normativa? ¿Cómo afectaría tal posibilidad a nuestra concepción del orden jurídico respecto al DIDH? La respuesta a estas preguntas es acá planteada desde la inversión estructural de la pirámide kelseniana.

La inversión estructural de la pirámide kelseniana, además de ser un modelo de aplicación sólo en materia de derechos humanos, no altera el orden jerárquico de la pirámide kelseniana, sino que replantea su manera de aplicación con relación a la determinación de las normas que deberán prevalecer, ya no por su rango piramidal –como lo propone el modelo positivista–, sino por su contenido y compatibilidad con el DIDH. Se considera no solamente que de la norma superior deriva la inferior, sino que la primera por definición abarca y supera los contenidos de la segunda, por lo cual, si bien el contenido de la norma inferior podrá delimitarse exclusivamente a la determinación de su antecesora, también podrá alcanzar los límites de las otras normas superiores que regulen el mismo objeto –noción sustancial no sistemática. De ahí que puedan poseer disposiciones no consideradas por su norma superior inmediata, pero compatibles con las proposiciones jurídicas superiores previas. El modelo propuesto puede figurarse de la siguiente manera:

El modelo de inversión estructural de la pirámide kelseniana no sólo esquematiza la determinación sustancial de la norma superior sobre la inferior –trazada en el contenido normativo yacente dentro de la sucesión piramidal–, sino que además vislumbra posibles alcances de compatibilidad entre la norma inferior y cualquier norma superior relacionada con el DIDH. Así, dentro de la categoría indicada como **Otras**, podrán estar reglamentos o estatutos que, por definición, están subordinados al rango legal, pero que en este modelo pueden tener alcances más protectores de los derechos humanos si regulan disposiciones que, pese a no estar establecidas en la norma superior inmediata, resultan compatibles con las normas superiores a esta última. Por ende, la norma de rango inferior deberá prevalecer sobre su superior inmediata por un criterio de compatibilidad sustancial con normas superiores en materia de derechos humanos. Por ejemplo, acorde con el esquema planteado, el cuadrante **A1** puede no estar regulado constitucionalmente –esto al suponer que la Constitución consagró derechos hasta **B2**–, pero si un reglamento lo regula dándole a su contenido propio un alcance hasta el cuadrante **D1** –que según el modelo concordaría plenamente con

---

relacionados tanto con los derechos humanos como con los constitucionales. Neuman, G., “Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance”, *Stanford Law Review* 55, 2003, págs. 1863-1900.

el **A1**, dado que ambos pertenecen a la columna 1–, la disposición reglamentaria, por ser aún más compatible con el DIDH, deberá prevalecer aun sobre las disposiciones constitucionales y demás normas internas. La columna 1 estructura el espectro de tutela de la normativa internacional de derechos humanos.

El modelo adeuda su calificativo estructural precisamente a las consecuencias de su aplicación, ya que al permitir que órganos o sujetos no legislativos dicten normas que puedan ser superiores y obligatorias a nivel interno respecto del resto del orden jurídico, con el exclusivo requisito de que tales disposiciones logren adecuarse más al DIDH que el resto del ordenamiento jurídico, definitivamente brinda una herramienta que contribuiría a la erradicación del “fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática a la que se encuentran sometidos amplios sectores de la sociedad”<sup>70</sup>.

Para esquematizar lo recién indicado, supóngase que a un pueblo originario, entendido como un grupo desaventajado<sup>71</sup>, sus tierras le fueron sistemáticamente quitadas y nunca le fueron devueltas. Así, con el objetivo de recuperarlas, ha realizado durante años litigios internos infructuosos y luego, con algo de suerte, ha llevado el caso a instancias internacionales, las cuales, por su volumen de trabajo, no han resuelto el problema, contribuyendo así al sometimiento estructural del grupo. Si se aplicase la inversión estructural de la pirámide kelseniana, el grupo, en tanto organización, podría haber dictado alguna norma con el propósito de la restitución de las tierras, norma que, sin importar su rango jerárquico, al ser más compatible con el DIDH –como podría ser el Convenio No. 169 de la OIT o, inclusive, la Convención Americana sobre Derechos Humanos–, debería prevalecer sobre el resto del ordenamiento normativo nacional. De esta manera, la norma dictada por el pueblo originario debería tener un contenido que abarcara hasta el cuadrante **D1** –identificado con **A1** y que significaría la restitución de las tierras originarias–, así se superarían los límites nacionales estancados

---

70 Saba, R., “(Des)igualdad estructural”... pág. 166.

71 Fiss ha caracterizado a estos grupos de la siguiente forma: “Por un lado, el grupo constituye una entidad (aunque no implique un cuerpo físico). Esto significa que el grupo tiene una existencia distinta de la de sus miembros, que tiene una identidad propia. Es posible, así, hablar del grupo sin referirse a los miembros particulares que lo componen. Por otro lado, el grupo se distingue por la condición de la interdependencia. Esto es, la identidad y el bienestar de los miembros del grupo y la identidad y el bienestar del grupo se encuentran interrelacionados”. Fiss, O., “Grupos y la cláusula de la igual protección” (1976), en: Gargarella, R., *Derecho y grupos desaventajados*. Gedisa, Barcelona, 1999, pág. 138.

en B2 –identificado con D2 y que configura la negativa de titularizar las tierras a favor del pueblo originario–, alcanzando la meta que sería **A1**, es decir, el espectro de tutela del DIDH.

Para la efectividad del modelo propuesto se deberían considerar al menos dos cuestiones: primero la población destinataria de la tutela y, en segundo lugar, un sistema de control de supraconstitucionalidad de la norma inferior dictada. En términos efectivos, la población destinataria estaría constituida por las personas que presenten una relación de interdependencia con el grupo desaventajado, tal y como lo ha expuesto Owen Fiss<sup>72</sup>. Así mismo, debe existir institucionalmente un sistema de control de supraconstitucionalidad, orientado precisamente a legitimar de manera directa la compatibilidad entre la norma inferior con normativa proveniente del DIDH, labor que podría ejercerse por un tribunal cuyas particularidades se adapten al sistema judicial o de control normativo correspondiente al país respectivo.

El contenido de la norma inferior compatible con la normativa internacional de derechos humanos, deberá mantener una relación sustancial con las normas superiores no necesariamente sistemática. Es decir, la norma inferior podrá o no derivar directamente de la norma superior, pues lo que importa para la aplicación del modelo es que ambas normas compartan el objeto de regulación y no que pertenezcan al mismo sistema –escalonado– de determinación normativa. De tal manera, cuando normas de diferente rango y sistema de determinación regulan de forma diferente un mismo objeto, ya no aplicará el criterio de especialidad, sino que prevalecerá un criterio de compatibilidad con la norma del DIDH, independientemente del rango de la norma que deba predominar. Situación similar ocurriría cuando, ante la inexistencia de una ley específica, otras normas regulen lo que debería ser el objeto de aquella norma, una de rango legal y otra infralegal. Así, la que debería prevalecer ante un conflicto normativo sería precisamente aquella que mejor supla los requerimientos determinados desde el DIDH.

La inversión estructural de la pirámide kelseniana es, entonces, un modelo que permite explicar la creación y prevalencia de normas estructurales, orientadas por el DIDH, aplicable para cualquier situación donde precisamente se menoscaben derechos fundamentales bajo el auspicio ya sea del silencio o de la acción del manejo normativo nacional. Además, cabe indicar que la concepción positivista kelseniana, desde la perspectiva del modelo aquí propuesto, no podría solucionar plenamente

---

72 Véase nota al pie 70.

los conflictos entre normas estimando que la norma superior podría ser anulable por no disponer los extremos normativos del DIDH, pues existe la posibilidad de que esa omisión no signifique una contradicción con tal norma internacional, sino quizá que no alcanzó su espectro de tutela de los derechos humanos. Por último, si se quisiera desarrollar alguna visión reduccionista de la inversión estructural de la pirámide kelseniana desde el lente propio del positivismo, se dejaría de lado uno de los puntos medulares del modelo: la pronta y versátil capacidad de agencia normativa que ofrece directamente a grupos desaventajados.

Corresponde ahora aplicar la inversión estructural de la pirámide kelseniana al problema bajo estudio, el hacinamiento penitenciario en Costa Rica, especialmente la situación de la normativa nacional referente al tope máximo punitivo con relación a lo regulado en el Estatuto de Roma.

## **ii. Aplicación de la Inversión Estructural de la Pirámide Kelseniana Al Tema del Tope Máximo Punitivo en Costa Rica**

Tal y como se ha referido anteriormente, existe una contradicción entre la disposición del artículo 77 inciso 1.a) del Estatuto de Roma y el numeral 51 del Código Penal costarricense, toda vez que el primero, para delitos de extrema gravedad, estipula como tope máximo punitivo un monto de 30 años de prisión, mientras que el segundo regula tal tope en 50 años de cárcel, aun para delitos de lesividad menor. En este sentido, la ley penal mantendría una relación de negación de su superior jerárquica. No obstante, a nivel nacional ha sido considerada respetuosa de los derechos humanos de las personas privadas de libertad<sup>73</sup>.

Desde la perspectiva del modelo propuesto, el Estatuto de Roma efectivamente regula hasta **A1** –y, por ende, a toda la columna 1 que constituye la negación de cualquier pena superior a 30 años de prisión–, no obstante, el artículo 51 del Código Penal, primeramente, no trasciende de **B2** y, en segundo lugar, sus alcances niegan los alcances posibles a la columna 1, toda vez que permite un tope máximo punitivo de 50 años de prisión. En este contexto, para coordinar al orden jurídico nacional con el internacional de derechos humanos, sería necesaria alguna norma que bien podría ser infralegal, que prohíba cualquier pena de prisión superior a 30 años, pero una norma de este tipo actualmente no existe en Costa Rica. Pese a ello, sí consta otra cuya aplicación podría ser analizada

---

73 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 10543-2001 de las 14:56 horas del 17 de octubre de 2001 y, en igual sentido, voto 04522-2009 de las 15:50 horas del 18 de marzo de 2009.

desde el modelo de inversión piramidal.

En Costa Rica, no existe una ley de ejecución penal, de ahí que lo que deberían ser sus disposiciones se encuentran reguladas en diferentes cuerpos normativos, entre ellos el Código Penal y el Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario. En el artículo 64 del Código Penal se consagran los requerimientos para conceder la libertad condicional, dentro de los que destaca que se haya cumplido la mitad de la pena<sup>74</sup>, de tal forma, que en caso de que se aplicase para alguien que estuviera descontando una condena de 50 años de cárcel, en caso de cumplir con los requerimientos podría acceder a tal beneficio a los 25 años de haber ingresado a la prisión. Este beneficio penitenciario, por estar regulado en el Código Penal, posee el mismo rango normativo que lo dispuesto en el numeral 51 del mismo cuerpo legal. Su coexistencia en gran parte se debe a que responden a naturalezas distintas, en el tanto los alcances del citado artículo 51 pretenden que la pena máxima de 50 años de prisión sea un límite al cumplimiento penitenciario sin ningún tipo de beneficios, mientras que la libertad condicional es un beneficio propiamente dicho y, como tal, puede ser revocado<sup>75</sup>. Sin embargo, existe otra norma que de alguna manera es más garantista que las anteriores, el artículo 25 del Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario, cuya aplicación permite que cuando se cumpla el tercio de la pena, se pueda optar por un cambio de modalidad a un sistema semi-institucional, lo que implica que solamente habría que pernoctar algunas noches por semana en la prisión<sup>76</sup>.

La inversión estructural de la pirámide kelseniana, por tratarse de un modelo orientado a la promoción y tutela de los derechos humanos consagrados en el derecho internacional, no puede considerar al derecho como un universo en sí mismo, desligándolo de aquello que regula, por ende, considera las situaciones que apremian a los derechos de grupos desaventajados. Para el caso de la situación penitenciaria en Costa Rica esto implica analizar el tema carcelario a la luz de un contexto

---

74 Asamblea Legislativa, *Código Penal...* art. 64.

75 *Ibíd.*, art. 67.

76 Este artículo, en lo pertinente estipula que “[l]a valoración técnica podrá incluir recomendaciones ante el Instituto Nacional de Criminología para el cambio de modalidad de custodia y pernoctación, una vez que la persona privada de libertad haya cumplido al menos el primer tercio de la pena total. Si la persona privada de libertad tiene varias sentencias por descontar, el cambio de programa se podrá recomendar hasta que haya cumplido el tercio de la pena total de la última sentencia”. Presidencia de la República y Ministra de Justicia y Gracia, *Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario...* art. 25.

de hacinamiento y de todos los problemas que el mismo conlleva para las garantías de las personas privadas de libertad. En este sentido, la regulación derivada del artículo 25 del Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario que permite a la persona egresar previamente de los límites que imponen los muros de la cárcel, podría contravenir al instituto de la libertad condicional, regulado en una norma sustancialmente superior. No obstante, dado un contexto de sobrepoblación penitenciaria, esta norma reglamentaria sería más compatible con otras superiores del orden del DIDH<sup>77</sup> que la disposición que norma la libertad condicional, consecuentemente, la norma reglamentaria debería prevalecer sobre la legal. En este sentido, acorde con el modelo de inversión piramidal, los alcances de la norma reglamentaria llegan hasta **D1**, mientras que los de la legal no trascienden de **C2**.

Si bien la disposición recién referida del Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario es más afín con la tutela de los derechos humanos de las personas presas, no se debe a su compatibilidad con el artículo 77 inciso 1.a) del Estatuto de Roma, pues por ser un egreso parcial condicionado de la prisión, no puede implicar la libertad total del privado o privada de libertad. En este sentido, desde la inversión estructural de la pirámide kelseniana, será necesario que alguna organización legitimada dicte una norma que disponga como tope máximo punitivo 30 años de prisión, logrando así alcanzar el espectro de tutela de dicha norma internacional, debiendo luego de ello pasar por un control de supraconstitucionalidad, labor cuyo objetivo será dotar de legitimidad pronta y efectiva a las normas estructurales respectivas, punto último que será analizado en la siguiente sección de este estudio.

## **b. El Control de Supraconstitucionalidad de Los Derechos Humanos (control DIDH)**

Para su efectividad, la inversión estructural de la pirámide kelseniana requiere de un órgano de control que, de manera pronta y sin mayor requerimiento de formalidades, vele por la compatibilidad entre las normas estructurales y el DIDH, dotando de legitimidad a tales disposiciones. Este engranaje institucional será abordado en este apartado.

---

<sup>77</sup> Tal es el caso del artículo 10 inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o del numeral 5 inciso 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dado que ambos tutelan la readaptación social como objetivo de las penas privativas de libertad.

El control de supraconstitucionalidad o control DIDH, encuentra su más próximo antecedente en el control de convencionalidad desarrollado en el caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, donde la Corte IDH consideró lo siguiente:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana<sup>78</sup>.

En el párrafo recién destacado, la Corte IDH dispuso precisamente un control de compatibilidad de la normativa interna efectuado desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de lo cual, tal y como lo ha indicado Néstor Sagüés, derivan importantes implicaciones, no solamente que “el Pacto está jurídicamente por encima de la Constitución”<sup>79</sup>, sino que además

[...] la norma subconstitucional que efectivice un derecho emergente del Pacto, es jurídicamente válida, aunque colisione con una regla constitucional que impida la vigencia del derecho emergente del Pacto

---

78 Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile...* párr. 124. En igual sentido, Corte IDH, *Caso trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú...* párr. 128.

79 Sagüés, N., “El ‘control de convencionalidad’, en particular sobre las constituciones nacionales”, *La Ley*, Año LXXIII, No. 35, 2009, pág. 3.

[...] el “control de convencionalidad” se perfila a la postre, en los veredictos que citamos, como un “control de supraconstitucionalidad”<sup>80</sup>.

El enfoque dado al control de convencionalidad, tanto por parte de la Corte IDH como de Sagüés, se centra en el análisis de la compatibilidad de las normas nacionales con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como de las interpretaciones que de la misma haya realizado tal tribunal internacional. No obstante, no lleva más allá a las circunstancias que ello plantea, a sus implicaciones para el control de los derechos humanos, lo cual acá se propone desde el control DIDH.

El control DIDH, así como el control de convencionalidad, también implicaría que los tribunales nacionales velasen por la compatibilidad de las normas nacionales con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las interpretaciones que la Corte IDH realice acerca de tal instrumento. No obstante, esta sería una tarea específica de una más amplia, que sería el control de supraconstitucionalidad en sentido estricto, examen realizado únicamente en relación con los derechos humanos por los mismos motivos que la inversión estructural de la pirámide kelseniana solamente se avoca a tal materia. De tal forma, el control DIDH será ejercido igualmente en los sistemas nacionales, pero con relación a los instrumentos internacionales respectivos<sup>81</sup>, teniendo como uno de los parámetros rectores el principio de progresividad, de tal suerte que siempre deberá optar por aplicar como criterio de compatibilidad la norma internacional que más tutele los derechos humanos para la situación sometida a su conocimiento.

Además del control de supraconstitucionalidad en sentido estricto, el control DIDH deberá cumplir otra función medular, la cual no ha sido considerada por el control de convencionalidad: la legitimación de las normas estructurales que pretendan su valor supraconstitucional

---

80 *Ibidem*, pág. 3.

81 Tales instrumentos internacionales deberán ser determinados según el ordenamiento interno, de tal manera, el control DIDH mínimo deberá realizarse con base en los instrumentos internacionales en derechos humanos ratificados por el Estado, o bien, como en el caso de Costa Rica, se realizará no solamente en relación con tales normativas, sino también con aquellas que sin haber tenido el trámite de incorporación nacional, fuesen más tutelares de los derechos fundamentales. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, fallo 9685-2000 de las 14:56 horas del 1 de noviembre de 2000.

mediante la aplicación de la inversión estructural de la pirámide kelseniana. Esta labor comprenderá como mínimo la resolución respecto a la compatibilidad de la norma estructural con la norma del derecho internacional. Determinada la compatibilidad, podrá suceder una de las siguientes posibilidades:

1. Que las normas superiores a la norma estructural no sean contrarias a lo dispuesto en la normativa internacional respectiva, sino solamente omisas, es decir, no alcanzaron el espectro de tutela de la norma internacional –columna 1 del modelo de la inversión piramidal–, pero sus disposiciones no vulneran lo dispuesto en ella. En este supuesto, el control DIDH no tendría la obligación de pronunciarse acerca de la compatibilidad del resto del orden jurídico nacional con la normativa internacional correspondiente.

2. Que las normas superiores a la norma estructural sí sean contrarias a lo dispuesto en la normativa internacional respectiva. En este supuesto, el órgano encargado del control DIDH deberá declarar la incompatibilidad de las normas nacionales correspondientes con la normativa internacional del caso, teniendo como consecuencia la anulabilidad de las normas refractarias. Estas normas deberán declararse nulas para evitar no sólo la posibilidad de coexistencia de resoluciones contradictorias en caso de que otro tribunal conozca el análisis de compatibilidad supraconstitucional de tal disposición, sino también para impedir que tales disposiciones internas legitimen alguna posible violación de derechos humanos.

La consecuencia más importante de la declaración de compatibilidad DIDH, además de la anulación de las normas controvertidas, es la legitimación de la norma estructural, otorgándole así la validez necesaria para exigir su acatamiento.

La organización, vinculación institucional y conformación del órgano que ejerza el control DIDH, deberá determinarse con base en las particularidades normativas y políticas de cada país. No obstante, se intuye que para que su funcionamiento sea lo más transparente

posible, quienes le integren deberán ser personas con una imparcialidad intachable, mitigando así que interfieran intereses ajenos al objetivo de tal control.

El control DIDH, podrá ser criticado desde concepciones democráticas que consideren al poder legislativo como detentador de un monopolio en la creación de leyes como ejercicio de una asumida representatividad. También podrá ser censurado por quienes estimen que podría representar un peligro para un orden constitucional o inclusive para la soberanía estatal. No obstante, estas críticas deberán considerar que si la norma estructural deriva directamente de grupos desaventajados, es decir, de grupos integrantes de ese *demos* de la democracia, quizá no representen un peligro para esta última. Así mismo, si la disposición creada cubre ese espectro de tutela de los derechos humanos que el orden jurídico nacional no alcanza o niega, entonces no será enemiga de la Constitución ni de la soberanía estatal, sino colaboradora de uno de los objetivos más nobles de éstas, la protección de los derechos humanos sus destinatarios.

## **Conclusiones**

Analizados los informes anuales del Comité de Derechos Humanos y del Comité contra la Tortura desde 1988 hasta la actualidad, se ha determinado que el hacinamiento penitenciario es un problema para la mayoría de los Estados parte latinoamericanos, apreciación compartida desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En el caso de Costa Rica también se ha detectado el problema de sobrepoblación carcelaria, dificultad que posee más de dos décadas de persistencia, pese a lo cual no solamente no se ha erradicado, sino que se ha maximizado por particularidades como la duplicación del tope máximo punitivo a 50 años de prisión, disposición que contraviene lo normado en el artículo 77 inciso 1.a) del Estatuto de Roma.

Para mitigar situaciones con la recién indicada, debería de existir algún sistema que procure la prevalencia supraconstitucional de normas que, sin importar su rango, sean afines al DIDH, sistema que podría ser logrado mediante la inversión estructural de la pirámide kelseniana y legitimado por un control de supraconstitucionalidad de los derechos humanos o control DIDH. En Costa Rica, pese a existir normativa reglamentaria que permite un egreso parcial previo de las cárceles y, dado un contexto de hacinamiento penitenciario, más compatible con los derechos de las personas presas, aún no existe alguna norma que

compatibilice al orden jurídico patrio con lo establecido en el artículo 77 inciso 1.a) del Estatuto de Roma, resultando imperativo realizar tal disposición. La inversión piramidal constituye una propuesta para la creación de esa norma estructural.

# COOPERAÇÃO INTERJURISDICIONAL E EFETIVIDADE DO PROCESSO

Henrique Guelber de Mendonça<sup>1</sup>

**Resumo:** O texto aborda a cooperação interjurisdicional enquanto instituto processual necessário ao real cumprimento da promessa de efetividade do processo, tecendo considerações a respeito das propostas até então apresentadas para a reforma do Código de Processo Civil vigente, confrontando-as com o Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional Iberoamericano e com as premissas para se alcançar melhores resultados de modo a se atender e efetivar o Acesso à Justiça nos casos em que seja preciso coordenar duas jurisdições soberanas para este fim.

**Palavras-chave:** Cooperação. Interjurisdicional. Projeto. CPC. Efetividade

## Sumário:

1. *Considerações iniciais*
2. *A Ideia da Cooperação Interjurisdicional no Brasil*
3. *A Cooperação Interjurisdicional em Sistemas do Direito Comparado*
4. *A Cooperação Interjurisdicional no Projeto do Novo Código de Processo Civil*
5. *Conclusão*
6. *Referências Bibliográficas*

## 1. Considerações Iniciais

São com os olhos voltados para a ciência processual que se busca realizar o presente estudo, que por muitas vezes parte da caneta de autores dedicados ao direito internacional público e privado. Trabalhar a efetividade do processo com as relações internacionais nada mais é, em simplificada forma, que lidar com aspectos transnacionais e sinérgicos na realização daquilo que se torna proposto e determinado com o desempenho da atividade jurisdicional.

Com a presente abordagem, almeja-se discutir linhas gerais sobre a *cooperação*<sup>2</sup> *interjurisdicional* no Brasil, propondo o enfrentamento do

---

1 Mestre e Doutorando em Direito Processual pela UERJ. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

2 Sabe-se que *cooperação*, no próprio âmbito da ciência processual, é um termo

tema como verdadeiro instituto e microssistema, que tem como objetivo mais do que prever formas de interação com jurisdições estrangeiras, mas de viabilizar o compromisso de todos com a efetividade do processo.

Existe um modelo processual no âmbito internacional<sup>3</sup> hoje debatido que é aquele das Cortes Internacionais, e existe um modelo que depende da cooperação internacional para evitar que jurisdições internas caiam no vazio, mormente nas hipóteses em que para sua boa realização seja preciso a colaboração da jurisdição de outro estado soberano. Melhor explico.

Tem-se hodiernamente despontado alguns estudos<sup>4</sup> e até mesmo

---

polissêmico. O processo não atinge seus objetivos se não conta com a *cooperação* de todos os seus personagens, ou seja, das partes, do juiz, dos advogados, dos defensores públicos, do ministério público, bem como dos sujeitos auxiliares e dos sujeitos instrutórios do processo. Trata-se, nesta perspectiva, de uma derivação da boa-fé processual e da lealdade, onde todos devem zelar e proteger a boa prestação da atividade jurisdicional. Sobre o assunto, recomenda-se leitura do princípio da operosidade *in* CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública – uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. A ideia de cooperação trazida neste estudo não se distancia desta lógica, mas a especializa e a contextualiza em um ambiente de cooperação entre jurisdições estrangeiras soberanas. Nesta ordem, PERLINGEIRO, Ricardo. *Cooperação Jurídica Internacional e Auxílio Direto*. Disponível em [www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/701/881](http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/701/881). Acesso em 09 de julho de 2012.

3 Por opção metodológica, o presente artigo não tratará da cooperação nacional, terminologia também trazida pelo projeto do Novo Código de Processo Civil, encampada em todas as suas versões. No entanto, o combate à morosidade judicial e a busca pela efetividade do processo, indiscutivelmente, passam também por um olhar compreensivo a respeito da necessidade de se desburocratizar a cooperação entre juízes brasileiros, o que certamente será agilizado e terá como aliado a informatização dos processos principiada no Judiciário nacional. Por sua vez, não parece conveniente defender ou se esperar a informatização do processo como argumento de reforço para a diminuição do tempo do processo na seara internacional por razões bastante óbvias, uma vez que este estágio de informatização encontra-se sequer iniciado em alguns países. Sobre o tema, recomenda-se GUILLES, Peter. *Electronic Civil Procedure: some remarks to General Aspects in concern of Civil Court Proceedings, Teletechnology and "E-Procedural Law"*. Catania, 2007.

4 Como exemplo, cite-se: LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *La construcción jurisprudencial de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos em materia de derechos económicos, sociales e culturales*. Porto Alegre: Nubia Fabris, 2009. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília: Ed. Fundação da Universidade de Brasília, 1998. HITTERS, Juan Carlos. *El proceso supranacional (el derecho procesal supranacional)*. In: LiberAmicorum, Héctor Fix-Zamudio / Corte

manuais a respeito da tutela dos Direitos Humanos por conta de Tribunais Transnacionais, como a Corte Europeia e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Neste cenário, que ainda se apresenta de forma inóspita para a grande maioria dos processualistas e estudiosos do direito brasileiro, não se está diante de uma *justiça estrangeira*, mas de uma *justiça internacional*. Em regra, esta *justiça internacional* provém de mecanismos convencionais<sup>5</sup> de tutela dos Direitos Humanos, reluzindo normas oriundas de tratados, pactos e convenções internacionais.

Assim contextualizando, uma condenação do Estado brasileiro exsurge de uma relação verticalizada, contraditoriamente, por entonação da própria liberdade e espontaneidade do condenado, que em dado momento anterior, no exercício de sua soberania, deliberadamente submeteu-se à jurisdição de um Tribunal Internacional sobre Direitos Humanos<sup>6</sup>. Nestes casos, e aí a percepção e distinção são água e óleo, ninguém ousaria dizer que o Brasil, quando condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Escher x República Federativa do Brasil*<sup>7</sup>, estaria sofrendo imposição alienígena como comparada e símile a eventual sentença de um tribunal argentino que titulasse matéria a ser conhecida por tribunal brasileiro e o condenasse. São pontos assaz distintos.

Na outra ponta da lança, existem situações em que para a boa realização da justiça interna depende-se da contribuição de uma

---

Interamericana de Derechos Humanos, presentado por César Gaviria -Volumen II. – San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998. LAMBERT-ABDELGAWAD, Elisabeth. *The Execution Of Judgements Of The European Court Of Human Rights*. 2.ed. Strasbourg: Council of Europe Publisher, 2008. RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

5 GARCIA, Emerson. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Breves Reflexões sobre os Sistemas Convencional e Não-Convencional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

6 Foi por intermédio do Decreto Presidencial nº 678, de 11 de novembro do ano de 1992, em sucessão ao Decreto Legislativo 27, de maio de 1992, que o Brasil, definitivamente, incorporou a Convenção Americana de Direitos Humanos. No tocante ao reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte, somente pelos fatos ocorridos a partir de 10 de dezembro de 1998 pode o Brasil ser réu no Tribunal Internacional, já que depositado o instrumento de ratificação nesta data, nos termos do Decreto Legislativo 89/1998.

7 Trata-se do segundo caso em que o Brasil sofreu condenação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em um ambiente circundado pelo Movimento dos Sem Terra e violações ao direito à intimidade e privacidade mercê de interceptações telefônicas deferidas à margem da legalidade pelo Poder Judiciário do Estado do Paraná.

jurisdição estrangeira, ambas soberanas e independentes. Desta contribuição prestada pela justiça estrangeira, quando a trazemos para o âmbito doméstico, ecoam expressões familiares, como cartas rogatórias<sup>8</sup> e homologação de sentença estrangeira<sup>9</sup>. Se formos um pouco adiante e começarmos a trabalhar com a ideia do *auxílio direto*, veremos que a Resolução 09 do Superior Tribunal de Justiça, na antessala da regulamentação legislativa da *cooperação interjurisdicional* no Brasil, tratou de prever e dimensionar este importante instrumento.

Nestas bandas, ao se trabalhar com a ideia de *cooperação*, tem-se nitidamente pré-concebido que não há imposição ou condenação, mas comunicações e solicitações horizontais. Ou seja, busca-se a criação e solidificação de uma verdadeira teia interjurisdicional que diga respeito não a um só país entretido em sua solidão no mundo, mas em uma organização processual internacional interligada por valores e regras de maior ou menor eficácia que permitam a realização de jurisdições nacionais afora dos lindes geográficos de cada país.

Quando menciona-se regras de maior ou menor eficácia, vem a calhar o esclarecimento no sentido de que, em matéria de *cooperação interjurisdicional*, a prioridade deve ser dada às convenções e tratados acerca do objeto, deixando as normas internas e a via diplomática como regras subsidiárias a este particular. Parece ter sido exatamente a intenção deliberada prevista no caput do artigo 26 do Projeto do Novo Código de Processo Civil, tal como se verá.

No plano da efetividade, e, como ressaltai na primeira linha, o estudo é sob os olhos da ciência processual, vejo que a cooperação é necessária tanto nas relações verticais quanto nas relações horizontais há pouco tocadas, cada uma a seu modo. Neste estudo, vou me focar ao contexto horizontal, até mesmo para fazer jus aos festejados incrementos trazidos, até o momento<sup>10</sup>, pelo projeto do Novo Código de Processo

---

8 Como explica Carmen Tibúrcio, a carta rogatória é o meio mais utilizado para realizar diligências no país, instrumento que depende do *exequatur* a ser dado pelo Superior Tribunal de Justiça. TIBÚRCIO, Carmen. *TEMAS DE DIREITO INTERNACIONAL*. As cartas rogatórias executórias no direito brasileiro no âmbito do MERCOSUL: jurisprudência recente. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 160.

9 Há quem inclua a extradição como uma terceira forma de cooperação do sistema brasileiro.

10 O noticiado Novo Código de Processo Civil, cujo berço inicial se deu pelo labor, que se enaltece, da Comissão de Juristas liderada pelo Ministro Luiz Fux, foi sensivelmente modificado por um substitutivo apresentado pelo Senado Valter Pereira, auxiliado por Comissão Técnica composta por renomados juristas. No entanto, outras

Civil a esta temática.

## 2. A Ideia da Cooperação Interjurisdicional no Brasil

A República Federativa do Brasil é um Estado Cooperativo, e isto se extrai da Constituição Federal, especialmente ao apreciarmos o artigo 4º, inciso IX, com o indicador de que, nas relações internacionais, o Brasil se orienta pela cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Esta *cooperação*, por sua via, possui caráter muito mais diplomático e principiológico sobre os objetivos nacionais do que aquela *processual* que ora se desnuda.

A *cooperação*, nesse enfoque, pressupõe, o envolvimento do Estado brasileiro em tratados, pactos, convenções, declarações que tenham como objetivo o progresso da humanidade. É neste sentido que o art. 7º<sup>11</sup> do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias semeou, na guinada da defesa e da promoção dos Direitos Humanos havida com a Carta de 1988, a ideia de que o Brasil propugnaria a criação de tribunal internacional que contemplasse a tutela transnacional dos mais caros direitos da humanidade. Atualmente, o Brasil submete-se à jurisdição de dois tribunais vocacionados para a tutela dos Direitos Humanos na esfera internacional, sendo eles a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Penal Internacional.

Num primeiro plano, como já ressaltai, não há espaço para que este biotipo de cooperação seja enfrentado. Ocorre que, ao exemplo, quando o Tribunal Penal Internacional, por sua vez, determinou prisão do falecido Muamar Kadafi, este tribunal, naturalmente, necessitava da cooperação de outros estados ao longo do mundo para, eventualmente, efetivar a ordem contida no mandado expedido em Haia.

Sob a perspectiva brasileira, eventual cumprimento do referido mandado no Brasil, acarretando a *entrega* do ditador líbio, perfaria tanto o intuito cooperativo lançado, sobretudo, em um tratado internacional do qual o país consta como signatário, bem como na Constituição enquanto contribuição para o progresso da humanidade, quanto uma cooperação no sentido de diplomacia, mantendo-se as boas relações internacionais, quanto a cooperação no sentido processual, desta feita

---

propostas foram formuladas ao NCPD, as quais tomo como compiladas em uma Consolidação realizada em 27 de abril de 2012, tendo a participação de inúmeros juristas brasileiros, podendo-se reputar como novo substitutivo ao projeto.

11 Art. 7º. O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.

na trilha da viabilização da efetividade de um processo internacional. Similar espírito de cooperação do Estado brasileiro haveria na extradição de certo italiano acusado de cometer crimes em seu país de origem, desde que referida extradição estivesse afinada com pressupostos constitucionais, legais e políticos internos.

Veja-se que a cooperação de que ora tratamos é um tanto quanto módica em relação a esses elevados propósitos, e até mesmo para que se apegue tecnicamente a uma nomenclatura recomendável, aqui se tratará da cooperação *interjurisdicional*, e não da cooperação *internacional*, de amplitude, objetivos e principiologia mais amplos e complexos do que aquela forma. Um país, em razão de determinada pessoa envolvida em um processo estar fora de seus limites territoriais, carece que o país de residência ou estada atual desta pessoa pratique atos processuais – sejam eles de comunicação, de execução, urgentes ou probatórios – para viabilizar a prestação jurisdicional interna. Essa a ideia mestra que se desenha na cooperação *interjurisdicional*.

A teor da própria proposta do Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para a Iberoamérica<sup>12</sup>, afinando ainda mais o objeto de trabalho, está-se a lidar com a Cooperação Civil, em prejuízo de outras *cooperações* existentes em outros campos do Direito e das Relações Internacionais<sup>13</sup>.

Este itinerário delimitador das *cooperações* é absolutamente necessário para exposição da questão, uma vez que o dimensionamento e colocação inadequados do problema simplesmente feririam de morte a proposta.

Nem o Código de Processo Civil de 1939 tratou nem o vigente de 1973 trata da *cooperação interjurisdicional* como instituto. A propósito, a palavra cooperação não é encontrada nestes diplomas. No CPC de 1939, por exemplo, extraía-se o artigo 13, com os dizeres de que “*os atos que houverem de praticar-se em território estrangeiro serão realizados por carta rogatória, que conterà os requisitos constantes do art. 8º*”.

Neste artigo 8º encontram-se requisitos indispensáveis às cartas precatórias, sendo a diferença entre ambas meramente relacionada ao destinatário do instrumento. De forma simplista, esta diferenciação

---

12 O Código Modelo pode ser consultado no sitio [www.uff.br/.../Codigo-modelo\\_Cooperacao\\_Interjurisdicional](http://www.uff.br/.../Codigo-modelo_Cooperacao_Interjurisdicional). Acesso em 02 de fevereiro de 2012.

13 O próprio Código Modelo trata igualmente da Cooperação Internacional em Matéria Penal.

podia ser encontrada nos artigos 175<sup>14</sup> e 213<sup>15</sup>, este sobre a produção de eventual prova no exterior, aquele para realização do ato citatório em outro país. Os artigos relacionados eram diluídos ao longo do Código, perdendo-se unidade e organização.

No vigente Código de Processo Civil de 1973 a prática de se tratar as cartas rogatórias ao lado das precatórias mantém-se, como é natural. O art. 201<sup>16</sup> <sup>17</sup> praticamente repete o teor do art. 175 do CPC de 1939, podendo-se dizer que o artigo 210 é o único no CPC que trata da carta rogatória com nuances de instrumento destinado à *cooperação interjurisdicional*, ao dispor, que “*a carta rogatória obedecerá, quanto à sua admissibilidade e modo de seu cumprimento, ao disposto na convenção internacional; à falta desta, será remetida à autoridade judiciária estrangeira, por via diplomática, depois de traduzida para a língua do país em que há de praticar-se o ato.*”

A homologação de sentenças estrangeiras encontrava-se com suas disposições inscritas nos artigos 785 até 797 do CPC de 1939, revelando-se ali um minucioso sistema que *a posteriori* fora consideravelmente simplificado em 1973, que tratou da temática em dois artigos, a saber, 483 e 484. Vale dizer, especialmente no que se refere ao CPC de 1939, que as normas ali contidas traziam muito mais um sistema de defesa do que um mecanismo de cooperação interjurisdicional, o que se justifica pela própria época de criação do Código, durante a Constituição “Polaca” de 1937 em época contaminada pelo medo da guerra.

Talvez em um único artigo da proposta do Novo Código de Processo Civil se tenha dito mais do que em todos os artigos até então apreciados. Sobre a ideia de cooperação, consta escrito no art. 52 do Projeto Original formado pela Comissão de Juristas liderada pelo Ministro Luiz Fux o *dever de cooperação, a fim de que o processo alcance a desejada efetividade*. O artigo permaneceu inalterado no substitutivo advindo do relatório do Senador Valter Pereira.

---

14 Art. 175. A citação far-se-á por precatória, quando o citando se encontrar fora da jurisdição do juiz, e mediante rogatória, quando em país estrangeiro.

15 Art. 213. A prova que houver de produzir-se fóra da jurisdição do juiz, será feita por precatória ou rogatória, conforme o caso, na forma dos arts. 6 a 13.

16 Vale dizer que o parágrafo primeiro do art. 231 reputa inacessível, para fins de citação, o país que não dá cumprimento a cartas rogatórias.

17 Art. 201. Expedir-se-á carta de ordem se o juiz for subordinado ao tribunal de que ela emanar; carta rogatória, quando dirigida à autoridade judiciária estrangeira; e carta precatória nos demais casos.

A única crítica que se levanta é pautada no fato de o artigo estar incluído no capítulo que rege a Cooperação Nacional, quando deveria ser concebido como ideário comum ao instituto da cooperação, obviamente abrangendo a internacional.

Não há razão para se pensar a *cooperação interjurisdicional* se não de forma a moldá-la às razões de sua própria criação. Dentro da cooperação é imprescindível lidar com os princípios da unidade, da instrumentalidade e da efetividade do processo.

Como já ressaltou GOTTWALD<sup>18</sup>, inexistem sistemas processuais internos alheios a qualquer influência daquilo que se positiva além de seus limites geográficos. No Brasil não é diferente. Isso se deve a algo essencialmente natural nestes tempos. A universalidade da tutela do processo vem acompanhada, ou melhor, vem precedida, do fenômeno da globalização, que não se resume a um fenômeno econômico, mas também social, político, cultural e, neste caso, jurídico-processual.

Como sói ocorrer, e já foi visto em outro estudo de nossa lavra<sup>19</sup>, aspectos relacionados à mundialização do processo, à globalização da ciência jurídica, à facilitação do trânsito de pessoas, à construção de laços e negócios virtuais, ao direito internacional dos direitos humanos em matéria processual e à crescente necessidade e prática da cooperação jurídica internacional são fatores inafastáveis do estudo do direito processual atual.

Quando GUINCHARD<sup>20</sup> escreve que tratar de fontes internacionais do processo é, em si só, um paradoxo, há duas frentes de enfrentamento da assertiva. Como propriamente expõe, o direito processual é insculpido como disciplina essencialmente nacional, tendo em vista que se intenta estabelecer regras que regerão a conduta de um cidadão perante uma jurisdição estatal que se manifestará por intermédio de juízes nacionais. Este caráter doméstico do processo é impulsionado pelas evidências que encontramos, por exemplo, nos sistemas processuais da Suíça e dos Estados Unidos, cuja competência processual não é capitaneada por um ente federal, assim como é interessante lembrar que, em um passado não muito distante, no Brasil

---

18 Sobre o tema: GOTTWALD, Peter. **Comparative Civil Procedure**. In Ritsumeikan Law Review. Kyoto, Japan: 2005.

19 MENDONÇA, Henrique Guelber de. *Fontes Internacionais do Direito Processual Civil*. 2012. Inédito.

20 Serge Guinchard et alii, *Droit processuel – Droits fondamentaux du procès*, Paris, Dalloz, 6ª ed., 2011, pp.93-279.

tínhamos os códigos processuais estaduais, sendo certo que determinadas práticas sobreviveram ao Código de Processo Civil de 39, e fatalmente sobreviverão ao Código de 1973.

Por outro lado, alterações recentes do modo de vivência, interrelação e interdependência do mundo tornam, de forma cada vez mais necessária, a evolução de institutos de cooperação, especialmente dentro de um ambiente multicultural, cosmopolita e integrado em que nos encontramos.

CAPPELLETTI<sup>21</sup> pondera há tempos sobre a internacionalização e constitucionalização das garantias processuais das partes nos litígios civis como indicativos de um caminhar cada vez mais uniformizador do direito processual. Há uma interpenetração de ideologias, de ideias e de proposições que trazem consigo esta tendência uniformizadora coloquialmente considerada como globalização jurídica.

A impossibilidade de se encarar os sistemas de direito interno como autossuficientes tem como contrapartida a percepção inelutável de que somente será possível prover os sistemas jurídicos nacionais com a promessa da efetividade se o desenvolvimento de institutos de *cooperação interjurisdicional* estiverem aptos a atender esta realidade.

Bom exemplo da interpenetração de jurisdições pode ser dado no próprio âmbito das Américas, com o Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para a Iberoamérica<sup>22</sup>. As discussões referentes à efetividade da tutela e à necessidade de uma tutela transnacional, bem como o enfrentamento do tema sempre com um olhar sobre a soberania dos Estados, são temas demasiadamente importantes e de destaque neste cenário.

---

21 CAPPELLETTI, Mauro e TALLON, Denis. *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*. Milano – New York: Giuffrè-Oceanna, 1973, o.655.

22 A tutela judicial transnacional é uma exigência dos tempos atuais, em que constantemente as relações jurídicas, sob diversos aspectos, ultrapassam as fronteiras de um Estado. Assegurar a efetividade da tutela judicial sem fronteiras significa muito mais do que apenas reconhecer decisões judiciais estrangeiras transitadas em julgado, proferidas em processos de conhecimento. Tudo que for necessário para que seja assegurada a efetividade da jurisdição deve estar compreendido na ideia de tutela judicial transnacional, tais como os atos de urgência, os atos executórios, os atos destinados à comunicação processual ou mesmo os atos probatórios. Pouco importa tratar-se de direito público ou de direito privado; da mesma maneira, a jurisdição há de ser efetiva e estar pautada nos mesmos princípios e ideais da justiça transnacional (Excerto retirado da Exposição de Motivos do Código)

Se, nos dizeres de PINHO<sup>23</sup>, a *cooperação nacional* parte do princípio da unidade do Poder Judiciário, o mesmo deve ser visto em relação à *cooperação interjurisdicional*, sempre zelando para que sejam invariavelmente respeitados os princípios fundamentais do processo. E tal fato se instrumentaliza, e aí é possível se enxergar como tudo é um sistema de auto-implicações, a partir do próprio desenvolvimento da jurisprudência das Cortes Internacionais sobre direitos humanos no que diz respeito às mínimas garantias processuais.

A este propósito, é tão vasta a produção da Corte Europeia que já há o intento de sistematizar os princípios gerais de sua jurisprudência, como se dedicou a fazê-lo GRABARCZYK<sup>24</sup>, estágio do qual, infelizmente, ainda se encontra distante os estudiosos da Corte Interamericana, pelo menos no que diz respeito à variedade de temas processuais tratados.

Por tantas razões, dentro do enfoque nacional, parece-me em ótima hora e oportunidade o incremento do instituto no Código de Processo Civil.

Pode-se questionar a razão pela qual se insiste no tratamento da matéria de forma *institucional* no Brasil. A explicação é simples. Ao ser ecoado, por exemplo, o princípio da instrumentalidade como voltado a prestar suas diretrizes à cooperação interjurisdicional, permite-se fazer a leitura do excerto da proposta infra com os olhos voltados para a notória intenção de desburocratizar uma prática que, inelutavelmente, travaria e retardaria a marcha processual. Veja-se:

**Art. 26.** A cooperação jurídica internacional será regida por tratado do qual Brasil seja parte ou, na sua ausência, com base em reciprocidade manifestada por via diplomática, e nela serão observados:

.  
. .  
.

V – a tradução e a forma livres para os documentos

---

23 Comentário ao projeto do NCPC disponível em <http://humbertodalla.blogspot.com.br/2011/04/24o-comentario-ao-novo-cpc.html#!/2011/04/24o-comentario-ao-novo-cpc.html>. Acesso em 04 de agosto de 2012.

24 GRABARCZYK, Katarzyna. Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour Européene des Droits de L'Homme. Marseille: Presses Universitaires Dáix-Marseille: 2008.

e os atos necessários à prestação jurisdicional transnacional, incluindo-se os meios eletrônicos e videoconferência<sup>25</sup>.

Esta visão *institucional* da cooperação interjurisdicional é necessária de forma a se permitir a dinamização das relações entre os países para a realização dos atos processuais, não ficando isoladamente subjugada a um emaranhado de previsões secas, burocráticas e assistemáticas. O enrijecimento de sistemas de cooperação, impondo, por exemplo, invariavelmente a necessidade de tradutores juramentados para a prática de quaisquer atos não é razoável, especialmente quando sequer existe dúvida a respeito da providência a ser tomada<sup>26</sup>.

Sobre tal fato, bom exemplo tem-se na aliena 2 do art. 140 do Código de Processo Civil português, ao se assinalar que somente em *“surgindo dúvidas fundadas sobre a idoneidade da tradução, o juízo ordenará que o apresentante junte tradução feita por notário ou autenticada por funcionário diplomático ou consular do Estado respectivo; na impossibilidade de obter a tradução ou não sendo a determinação cumprida no prazo fixado, pode o juiz determinar que o documento seja traduzido por perito designado pelo tribunal.”*

---

25 Texto contido na compilação de propostas apresentada em 27 de abril de 2012, acolhendo-se, em parte, sugestão apresentada pelos professores Ada Pellegrini Grinover, Carlos Alberto Carmona, Paulo Lucon e Cássio Scarpinella Bueno. Em nota na justificativa para alteração, consta, ainda, que o dispositivo aparece, também, no Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para a Iberoamérica, elaborado sob os auspícios do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual.

26 Sabe-se que em determinadas situações, a questão é controversa. Veja-se texto extraído do sítio eletrônico <http://www.atprio.com.br/pages/juramentada.html>, acessado em 04 de agosto de 2012. O Decreto nº 13.609, que *regulamenta o ofício de tradutor público, estabelece que “nenhum livro, documento ou papel de qualquer natureza que for exarado (isto é, redigido) em idioma estrangeiro, produzirá efeito em repartições da União, dos Estados ou dos Municípios, em qualquer instância, juízo ou tribunal ou entidades mantidas, fiscalizadas ou orientadas pelos poderes públicos...”*. *Com efeito, é necessário que funcionários ou juizes saibam com exatidão o que consta do documento que recebem para poder agir de acordo com a lei. Ora, o único idioma que uma pessoa domina obrigatoriamente é o nacional, não se pode exigir de todos os funcionários que conheçam outro idioma profundamente ou que sejam especialistas de tradução. E as autoridades precisam de traduções rigorosas e claras, para poder tomar decisões em que os direitos dos cidadãos envolvidos sejam garantidos. Por estas razões, o Decreto 13.609/43 determina que qualquer documento em língua estrangeira seja acompanhado de tradução feita por tradutor oficial, que tenha provado sua competência para o ofício através de provas públicas.*

Compreender a *cooperação interjurisdicional* como etapa viva de um processo, e aqui se trabalha, por óbvio, em atividades probatórias, no atendimento de medidas urgentes ou na eventualidade de um pleito voltado para a realização de determinado direito, é vital para que possamos raciocinar com as garantias processuais aplicáveis em cada etapa. Assim, a visão que se projeta sobre a *cooperação*, deve ser exatamente a mesma que se empreende na tentativa de se resolver questões processuais como em qualquer caso a ser enfrentado em situações que nascem, crescem e morrem entre nós.

Neste sentido, um contraditório efetivo não é algo destinado a casos determinados, muito menos a duração razoável do processo, recentemente constitucionalizada, se trata de um mandato de otimização para, isoladamente, a jurisdição brasileira, assim como garantias processuais das mais básicas como a de um juiz e um promotor natural no processo penal.

É a principiologia que permite compreender e tomar uma postura crítica em relação à própria cooperação que se solicita. Assim, diante do construído *brasileiro* acerca de determinadas garantias sintonizadas com nossa Constituição da República, valorações e realizações de solicitações estrangeiras devem atentar-se para nossa especificidade processual. Trata-se de um contorno contemporâneo ao que tanto chamamos de *ordem pública*. Bom exemplo tem-se, em mera ilustração, no emblemático posicionamento da Corte Europeia de Direitos Humanos a respeito da obtenção da prova e intervenções corporais, tal como aquela levada a efeito no caso *Sounders v. Reino Unido*<sup>27</sup>, em que o direito a não-autoincriminação é interpretado de forma mais relativa do que entre nós contemplado.

Dentro do que oferece o sistema brasileiro de *cooperação interjurisdicional*, o primeiro *pulo-do-gato* anunciado pelo projeto do Novo Código de Processo Civil talvez seja o tratamento à matéria de forma substancialmente diversa daquele tratamento ofertado até então pelos diplomas que o precedem. É imperioso que a homologação de sentença, mas especialmente as cartas rogatórias e o auxílio direto, sejam interrelacionados com o verdadeiro espírito da *cooperação*. Após esta primeira contextualização, interessante, antes de analisarmos mais amiúde as propostas do Novo Código, tratarmos de alguns sistemas de direito comparado sobre o tema.

---

27 Disponível em [http://www.echr.coe.int/ECHR/homepage\\_en](http://www.echr.coe.int/ECHR/homepage_en). Acesso em 02 de agosto de 2012.

### 3. A Cooperação Interjurisdicional em Sistemas do Direito Comparado

Mais intensa é a *cooperação interjurisdicional* quanto maior for o grau de envolvimento e de aproximação dos países. Por tal razão, a União Europeia, nesta lógica, é verdadeira mola propulsora no desenvolvimento do objeto em comento em escala bem distante da encontrada nas Américas.

Quando se trabalha com o direito comparado, não se obstina a implementar o irrealizável em nossa realidade, mas absorver iniciativas proveitosas e expurgar as ruins, até mesmo porque, como se sabe, não há hoje criação e produção legislativa absolutamente inovadora, mas reproduzida de outras experiências.

Não é árdua a tarefa de se identificar a ideia da *cooperação* nos Códigos de Processo Civil da Alemanha, Espanha e Portugal, por exemplo.

Pontualmente, nesta esteira, penso interessante o exame de alguns artigos sobre o que discutimos para que se possa, sobretudo, fomentar o desenvolvimento do tema entre nós.

A *cooperação*, nos termos utilizados pela Ley de Enjuiciamiento Civil Espanhola vem intitulada de Auxílio Judicial, e é regulada entre os artigos 169 e 176 (nacional) e 177 (internacional).

Como convém ressaltar, o Auxílio Judicial deve dizer respeito à realização e efetividade da jurisdição nacional e internacional. A Lei Espanhola é muito exigente ao demandar dos personagens do processo uma atuação proba e preocupada com a sua duração razoável, buscando conciliar a efetividade da prestação jurisdicional com a economicidade de tempo e recursos.

É neste espírito em que se encontra imbuído o artigo 176, que prevê multa para a parte que, injustificadamente, retarda o bom cumprimento do rito do Auxílio Judicial, assim como a parte final da alínea 4<sup>28</sup>, do artigo 169, que, em matéria probatória, somente admite

---

28 Sólo cuando por razón de la distancia, dificultad del desplazamiento, circunstancias personales de la parte, del testigo o del perito, o por cualquier otra causa de análogas características resulte imposible o muy gravosa la comparecencia de las personas citadas en la sede del Juzgado o tribunal, se podrá solicitar el auxilio judicial para la práctica de los actos de prueba señalados en el párrafo anterior.

que outro juízo, que não o natural para o julgamento da causa, proceda à respectiva produção quando a distância impuser ao perito, testemunha ou à parte um deslocamento reconhecidamente gravoso.

Por óbvio, especificidades geográficas impactam diretamente na celebração de determinadas normas, especialmente quando comparamos o Brasil, país de dimensão continental, com a maioria dos demais países do mundo. Todavia, talvez seja o caso de pensar sobre o assunto em pequenas distâncias, apontando-se locais em que o deslocamento da pessoa até o juízo é infinitamente mais rápido, prático e vantajoso para os interesses em jogo do que a expedição de uma carta precatória.

Como salientei anteriormente, por inúmeras vezes se verifica na LEC espanhola a menção a tratados internacionais, como, por exemplo, quando se está a lidar com documentos advindos de outros países. É nítida que a ocasião forçou a Espanha, assim como outros países europeus, a encarar tal realidade integrada, o que faz com que lá se lide com muito maior naturalidade com circunstâncias de *cooperación* e com a construção legislativa sempre preocupada com o que restou celebrado em tratados e convenções internacionais.

Interessante tal aspecto, sobretudo cultural. Quando se está a lidar como vigente Código de Processo Civil brasileiro, percebe-se no parágrafo segundo do artigo 585 a seguinte disposição acerca de títulos executivos extrajudiciais:

§ 2º Não dependem de homologação pelo Supremo Tribunal Federal, para serem executados, os títulos executivos extrajudiciais, oriundos de país estrangeiro. O título, para ter eficácia executiva, há de satisfazer aos requisitos de formação exigidos pela lei do lugar de sua celebração e indicar o Brasil como o lugar de cumprimento da obrigação. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

Não há uma menção sequer a tratado ou convenção internacional.

Agora o teor do artigo 523 da LEC espanhola:

Artículo 523. *Fuerza ejecutiva en España. Ley aplicable al procedimiento*

1. Para que las sentencias firmes y demás títulos

ejecutivos extranjeros lleven aparejada ejecución en España se estará a lo dispuesto en los Tratados internacionales y a las disposiciones legales sobre cooperación jurídica internacional.

2. En todo caso, la ejecución de sentencias y títulos ejecutivos extranjeros se llevará a cabo en España conforme a las disposiciones de la presente Ley, salvo que se dispusiere otra cosa en los Tratados internacionales vigentes en España.

Não houve substancial alteração na redação do 585, §2º, CPC/73, até o momento no projeto de Novo Código de Processo Civil, parecendo-me salutar a referência a eventuais tratados e convenções que, eventualmente, disciplinem a execução de títulos extrajudiciais dos quais seja o Brasil signatário. Parece pouco, mas a realização da ideia de que o Código de Processo Civil precisa conceber-se em um palco com vários atores é fundamental.

Encontramos um ponto importante para o debate entre nós sobre a *cooperação interjurisdiccional* na ZPO alemã.

No caso do Código de Processo Civil Alemão (ZPO), cabe observar a menção a dois Regulamentos do Conselho Europeu. O primeiro deles é o Regulamento (CE) nº 1348/2000 do Conselho, de 29 de Maio de 2000, relativo à citação e à notificação dos atos judiciais e extrajudiciais em matérias civil e comercial nos Estados-Membros<sup>29</sup>. O outro Regulamento do Conselho Europeu mencionado é o de nº 1206/2001 do Conselho, de 28 de Maio de 2001, relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial.

Tal como já se manifestou, documento parelho que teríamos entre nós no âmbito Interamericano seria a Convenção Interamericana sobre

---

29 O Tratado de Amesterdão, assinado em 2 de Outubro de 1997, alterou a base jurídica da cooperação judicial em matéria civil, que passou a estar incorporada no Tratado que instituiu a Comunidade Europeia (artigo 65.º) e a ter por fundamento instrumentos jurídicos e procedimentos diferentes. Por conseguinte, a Comissão propôs transformar a referida convenção num instrumento comunitário a fim de assegurar a sua rápida aplicação e a resolução das dificuldades práticas encontradas pelos cidadãos na sua vida quotidiana. Fonte: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/judicial\\_cooperation\\_in\\_civil\\_matters/133042\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/133042_pt.htm). Acesso em 04 de agosto de 2012.

Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros de 1979, ratificado pelo Estado brasileiro, em vigor, conquanto de parco conhecimento.

Por sua vez, no âmbito do Mercosul, imprescindível citar o Protocolo de Las Lenhas, internalizado pelo Decreto 2.067, de 12 de novembro de 1996, relativo à Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, infelizmente abarcando uma quantidade pequena dos países, quanto mais quando comparado ao sistema europeu.

Certamente, e esta a razão da exposição feita nas últimas linhas, a forma de se incrementar e efetivar o cumprimento de documentos internacionais facilitadores de mecanismos para a *cooperação interjurisdicional*, sem sombra de dúvidas, está na previsão destas convenções na legislação utilizada no cotidiano dos operadores do Direito brasileiro, tal como se concebeu na ZPO alemã. Trata-se, sobretudo, de uma barreira relacionada à cultura e aos costumes dos operadores do sistema jurídico brasileiro.

Quando nos voltamos para o Código de Processo Civil português, interessante salientar que, em primeira linha, o termo *cooperação* é reiteradamente mencionado numa acepção que não nos é estranha, conquanto diversa daquela vista neste trabalho. A exposição de motivos do Código Português, cujo excerto abaixo se reproduz, é lapidar ao cobrar o dever de cooperação das partes, assim como do magistrado e de advogados:

Consagra-se o princípio da cooperação, como princípio angular e exponencial do processo civil, de forma a propiciar que juízes e mandatários cooperem entre si, de modo a alcançar-se, de uma feição expedita e eficaz, a justiça do caso concreto, e procurando plasmar, mais uma vez, como adiante melhor se irá especificando, tal princípio nos regimes concretamente estatuídos (v.g., audiência preliminar, marcação de diligências, averiguação de existência de bens penhoráveis)<sup>30</sup>.

Inexiste qualquer dúvida no sentido de que o sucesso e a boa *cooperação interjurisdicional*, em um segundo sequer, especialmente como *instituto*, deve esquecer-se da linha de enfrentamento do processo supra mencionada na exposição de motivos portuguesa.

---

30 Exposição de motivos do Código de Processo Civil português.

No artigo 1094, por sua vez, há uma cláusula de proteção, firme no sentido de que “*sem prejuízo do que se ache estabelecido em tratados e leis especiais, nenhuma decisão sobre direitos privados, proferida por tribunal estrangeiro ou por árbitros no estrangeiro, tem eficácia em Portugal, seja qual for a nacionalidade das partes, sem estar revista e confirmada.*” Já aqui, é possível ver disposição diversa daquela mencionada na LEC espanhola. Já o art.1096 expõe os requisitos para a confirmação e revisão da sentença estrangeira.

Ressalve-se, apenas, a alínea 2 do artigo 49, salientando que “*não carecem, porém, de revisão para ser exequíveis os títulos exarados em país estrangeiro*”, ou seja, mantendo a necessidade de revisão, procedimento análogo ao da homologação das sentenças estrangeiras no Brasil, somente nos casos de laudos ou sentenças proferidas em outro país.

As cartas rogatórias, a teor da disposição encontrada no art. 186, faz referência expressa à subsidiariedade do sistema traçado no código de processo civil português em razão do respeito primeiro ao estabelecido em tratado ou convenção internacional, restabelecendo procedimento tão difundido nas legislações processuais de países europeus.

No modelo europeu, talvez a mais emblemática Convenção a respeito da cooperação interjurisdicional seja a Convenção de Bruxelas, em cujo intróito pode-se verificar que o objetivo maior de cada signatário é o de determinar a competência dos seus órgãos jurisdicionais na ordem internacional para facilitar o reconhecimento e instaurar um processo rápido que garanta a execução das decisões, bem como dos atos autênticos e das transações judiciais<sup>31</sup>.

Vale notar, no sistema processual português, que desde 2000 contempla-se a realização de videoconferência para se obter a prova testemunhal de pessoas que não residam em Portugal, sempre que no local de sua residência houver o meio técnico necessário, tal como dispõe a alínea 4 do artigo 623.

Jamais nos habituaremos a lidar com a *cooperação interjurisdicional* de forma natural e *institucional* se nos faltar o costume que somente pode ser alcançado se começarmos a investigar e extrair de boas e más experiências e propostas colocadas no direito comparado.

---

31 Texto adaptado dos Considerandos da Convenção de Bruxelas, que pode ser visualizada no sitio <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Amsterdao/conv-bruxelas-1968.htm>, acessado em 02 de agosto de 2012.

Enfim, seria possível citar outros países de grande relevância, como a Itália, que certamente deixou de lado a aceção de que o processo civil era algo eminentemente nacional, notadamente após o fortalecimento do direito comunitário europeu. Por outro lado, dado o propósito desta empreitada, após os pontuais exemplos trazidos, mais importante a fixação da assertiva de que é necessária a evolução do tratamento legislativo da *cooperação interjurisdicional*, certo de que um passo importantíssimo está sendo dado com o Projeto do Novo Código de Processo Civil.

#### **4. A Cooperação Interjurisdicional no Projeto do Novo Código de Processo Civil**

Como já se asseverou, a legislação brasileira já apontou em outras oportunidades dois instrumentos de cooperação interjurisdicional, quais sejam as cartas rogatórias e a sistemática de homologação de sentenças estrangeiras. A grande crítica é a ausência de um feitiço principiológico à cooperação, o que em situações determinadas permitem realçar a burocracia e o formalismo no desempenho desta atividade.

PERLINGEIRO<sup>32</sup> ainda destaca que o juízo exercido quando se está a tratar de cartas rogatórias, pela própria roupagem que seus provimentos buscam, retrata o exercício de uma cognição sumária, ao contrário das sentenças a serem homologadas.

Salutar mencionar que um dos mais importantes documentos que existem no sistema brasileiro a respeito da *cooperação interjurisdicional* se trata da Resolução 09 do Superior Tribunal de Justiça<sup>33</sup>. Nesta ordem de ideias, vê-se que ali, no art. 4º, §1º, consta conceito ampliativo daquilo que seria sentença, entendendo como tal inclusive atos não judiciais que, pela lei brasileira, teriam natureza de sentença.

A diferença básica entre os dois instrumentos mencionados consiste no fato de que as cartas rogatórias destinam-se à cooperação em processos que estão a tramitar no exterior, ou ainda para a realização de medidas de feitiço jurisdicional preparatórias para a jurisdicionalização de determinada questão. As sentenças a serem homologadas, em

---

32 PERLINGEIRO, Ricardo. *Cooperação jurídica internacional e auxílio direto*. Disponível em [www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/701/881](http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/701/881). Acesso em 09 de julho de 2012.

33 Bem dizer que a Resolução 09 do Superior Tribunal de Justiça ao, inclusive, fazer nela previsões que configuram significativo avanço jurisprudencial, sistematiza em linhas gerais o sistema cooperativo brasileiro vigente.

modo convencional, referem-se a processos findos, em que o juízo de delibação do Superior Tribunal de Justiça ampara-se em um construído que, de forma definitiva, lhe confere os elementos necessários para apreciação da violência ou não da ordem pública brasileira e às garantias fundamentais do processo.

O auxílio direto, muito embora previsto em legislações estrangeiras, é figura pouco comum quando comparada aos seus dois primos citados, sendo de grande valia sua mecânica, instituída tanto para agilizar o procedimento quanto para não inflar o Superior Tribunal de Justiça com casos que não trariam congruência à finalidade do *exequatur*.

O artigo 7º da Resolução 09 do Superior Tribunal de Justiça, primorosamente, dispõe que “*os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados como carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto.*”

Em continuidade, vale lembrar que, no projeto original<sup>34</sup> de construção de um Novo Código de Processo Civil, a *cooperação interjurisdicional* vinha tratada em dois artigos, então numerados 25<sup>35</sup> e 26<sup>36</sup>. Inovaram os dignos juristas, em relação ao Código de Processo Civil ainda vigente, ao trazerem a expressão *cooperação internacional*, ecoando disposições estrangeiras, assim como a possibilidade de auxiliodireto, bem exemplificada no caput do artigo 26, nas hipóteses em que a obtenção de prova não decorresse de cumprimento de decisão de autoridade estrangeira.

Há ressalva feita no sentido de que a *cooperação* pode dar-se de forma administrativa ou jurisdicional, incluída pelo trabalho de relatoria do Senador Valter Pereira, merecendo destaque, até mesmo para coadunar sua forma à do *auxílio direto*, agilizando o trabalho desenvolvido nestas teias jurisdicionais.

---

34 Leia-se *projeto original* como aquele apresenta pela Comissão de Juristas liderada por Luiz Fux após a realização de inúmeras audiências públicas ao longo do país.

35 Art. 25. Os pedidos de cooperação jurídica internacional para obtenção de provas no Brasil, quando tiverem de ser atendidos em conformidade com decisão de autoridade estrangeira, seguirão o procedimento de carta rogatória.

36 Art. 26. Quando a obtenção de prova não decorrer de cumprimento de decisão de autoridade estrangeira e puder ser integralmente submetida à autoridade judiciária brasileira, o pedido seguirá o procedimento de auxílio direto.

Pode-se tentar sistematizar o que a última versão do projeto vislumbra como auxílio direto a partir da apreensão dos incisos I e II do artigo 28. No inciso I, tem-se que se considera auxílio direto “*o procedimento destinado à cooperação entre órgãos administrativos brasileiros e estrangeiros, no intercâmbio de atos ou diligências que objetivem a prestação jurisdicional no Brasil ou no exterior*”; no inciso II, *a cooperação entre órgãos administrativos e judiciais, ou entre órgãos judiciais, brasileiros e estrangeiros, no intercâmbio de atos ou diligências que não reclamem prestação de jurisdição ou deliberação no Brasil ou no exterior.*

Em oportunidade anterior já se mencionou, mas a inovação da cooperação em si mais marcante foi o aceno contido no artigo 52, primeira versão, no qual estabeleceu-se o dever de cooperação para que o processo alcançasse sua almejada efetividade. Neste particular, tem-se uma forte linha de tratamento da *cooperação* como um microsistema dotado de um objetivo sobretudo concreto e claro.

Sem dúvida, a substantiva alteração na disciplina da cooperação deu-se quando da apresentação do primeiro substitutivo, cuja relatoria geral ficou a cargo do Senador Valter Pereira, contando, igualmente, com o auxílio de renomados processualistas. Nesta etapa, o incremento deu-se inicialmente no número de artigos, saltando-se de dois para dezesseis.

Logo no parágrafo único do artigo 25, primeiro da regulamentação da *cooperação internacional*, viu-se ali uma saudável menção aos tratados e convenções internacionais como fontes primárias das regras relativas à matéria, esclarecendo a aplicação de disposições internas subsidiariamente. Esta redação foi aprimorada pela compilação de propostas de alteração<sup>37</sup> apresentada em 27 de abril do corrente ano, basicamente unificando-se o *caput* ao parágrafo único.

Veja-se que tal artigo, que na última versão do projeto apresenta-se com o número 26, traz uma ideia que inspira outros códigos, como a redação do artigo 177<sup>38</sup> da Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola, ressaltando-se a parte que conta com a previsão da reciprocidade

---

37 Referida compilação pode ser encontrado no sítio [www.direitoprocessual.org.br/fileManager/Consolida.pdf](http://www.direitoprocessual.org.br/fileManager/Consolida.pdf). Acesso em 04 de agosto de 2012.

38 **Artículo 177. Cooperación judicial internacional**

Los despachos para la práctica de actuaciones judiciales en el extranjero se cursarán conforme a lo establecido en los Tratados internacionales en que España sea parte y, en su defecto, en la legislación interna que resulte aplicable.

manifestada por via diplomática caso inexista a previsão da cooperação solicitada em tratado.

É imperiosa uma observação para a boa compreensão da tônica que sustenta as propostas do projeto.

Em julho de 2005, assim sendo noticiado pela respectiva exposição de motivos, quando das Jornadas Especiais de Barcelona do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, semeou-se a criação do Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para a Iberoamérica, contando com a participação de notáveis juristas brasileiros como Ada Pellegrini Grinover e Ricardo Perlingeiro, que presidiu e secretariou, respectivamente, a Comissão idealizadora do projeto.

A inspiração para a construção deste Código Modelo fundou-se em um sem número de documentos de direito internacional, assim como na experiência recente de países Iberoamericanos com suas normas internas. E foi concebido o Código Modelo, constituído de cinco capítulos, a saber: I – Parte Geral; II – Cooperação Interjurisdicional em Matéria Civil; III – Cooperação Interjurisdicional em Matéria Penal; IV – Procedimentos de Cooperação Interjurisdicional; e V – Disposições Finais.

A menção considera o aspecto histórico deste momento de mudança na legislação processual brasileira, uma vez que este Código Modelo influenciou diretamente na concepção de diversos artigos apresentados como proposta aos congressistas.

Se se procurar o apontamento de uma fonte principal, sem dúvida será obrigatório tecer-se homenagem àqueles que se propuseram a coordenar a criação deste importante e audacioso projeto. E vale esclarecer. O Código Modelo não tem como intenção servir como uma proposta de tratado a ser aprovado pelos países iberoamericanos, mas, justamente, servir de modelo, com o perdão da redundância, que influencie a reforma da legislação interna dos países iberoamericanos. Ao que parece, no Brasil, a ideia afiançada na exposição de motivos do Código Modelo vem alcançando seu objetivo.

O artigo 28 do primeiro substitutivo apresentado traz uma série de medidas a respeito do que pode ser feito na atividade colaborativa, como, por exemplo, comunicação de atos processuais, auxílio na tomada de medidas urgentes, obtenção de provas, informação de direito estrangeiro, tudo isso, em minha concepção, de forma absolutamente

exemplificativa. Na verdade, o artigo denota muito mais uma preocupação em se demonstrar o que se pode fazer na *cooperação internacional* do que uma impensada intenção de taxativamente elencar as formas de se cooperar.

O Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para a Iberoamérica predispõe que basicamente são quatro modalidades de cooperação: uma delas que é voltada para a prática de atos de urgência, outra para prática de atos executórios, uma terceira para a prática de atos de comunicação processual e a última para a realização de atos probatórios. O que mencionado artigo 28 faz ao fundo, portanto, é uma especificação ampliativa destas modalidades, que vem tratadas, como bem quisier, como gênero e espécies.

Já na compilação de propostas que encartam outro substitutivo, ao que se sabe o último, datado de 27 de abril do 2012, são, *grosso modo*, repetidas as quatro modalidades do Código Modelo. O importante, independente da redação final acabada que virará texto de lei, é saber e conservar o ideário trazido no Código Modelo, rompendo definitivamente com pensamentos antanhos que olhavam de soslaio para o cumprimento de rogatórias executivas.<sup>39</sup>

Tal como já ocorre hoje em inúmeros casos de tratados vigentes, como a Convenção de Haia sobre Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, o procedimento destas cooperações interjurisdicionais prevê a existência de uma autoridade central. A responsabilidade desta autoridade central é, basicamente, servir como referência e fonte de informações a respeito da demanda de ordem internacional. A autoridade central controla unicamente requisitos formais, mas não emite um juízo de valor a respeito do pleito, sendo a ponte de mão dupla na realização do direito que envolve o interesse de pessoas submetidas à jurisdição de países diversos.

Por exemplo, nos casos da Convenção supra mencionada, a autoridade central hoje, no Brasil, é a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, solucionando os desembaraços administrativos relacionados ao cumprimento da Convenção tanto na vertente passiva, quando o demandado estiver no Brasil, quanto ativa, no caso em que o pleito se dirige a uma pessoa que se encontre no exterior. De forma

---

39 Como salienta Carmen Tibúrcio, o Protocolo de Lãs Lenhas cumpriu importante papel na revisão desta máxima pelo Supremo Tribunal Federal. TIBÚRCIO, Carmen. *Temas de Direito Internacional*. As cartas rogatórias executórias no direito brasileiro no âmbito do Mercosul: jurisprudência recente. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

meramente didática, o que o projeto do Novo Código de Processual Civil apregoa é que, existindo um tratado, e no caso que estamos a exemplificar existe a Convenção, estas regras regerão as respectivas condutas. Caso esta Convenção não existisse, os entraves dessa natureza seriam resolvidos atentando-se para a promessa ou exercício da reciprocidade, o que se faria por via exclusivamente diplomática, ou seja, não convencional.

Precedente no Superior Tribunal de Justiça<sup>40</sup> alinhou-se exatamente a esta orientação, quando consignou-se exatamente que *a cooperação jurídica internacional não se limita às previsões de acordos específicos, mas funda-se, também, na garantia de aplicação do princípio da reciprocidade*. Reitera-se, com esta ideia, justamente a assertiva de que a tentativa de se exaurir tipos de cooperação em um Código fatalmente será frustrada pela própria cláusula aberta que restará da diplomacia, através da reciprocidade.

Em linhas derradeiras, deve ganhar destaque dois últimos contornos. O primeiro é a saudável tentativa de regulamentação da concessão de medida judicial de urgência, cautelar ou satisfativa, no interesse do processo em curso ou futuro, de competência da autoridade judiciária estrangeira. Eis aqui a basicamente o texto do *caput* do artigo 44 da última compilação das propostas de modificação do projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro. Há um exercício de futuridade interessante apregoadado pelo inciso II deste artigo, ao se dispor que será viável a concessão da medida de urgência *“se o processo principal, em curso ou futuro, no qual será resolvida a questão de fundo, estiver em condições de ensejar uma decisão que possa produzir efeitos no Brasil”*. O proveito da previsão, naturalmente, encontra-se umbilicalmente ligado ao conhecimento do sistema processual do país solicitante.

O segundo tem-se no inciso III, do artigo 26 da última compilação das propostas de reforma do CPC de 27 de abril de 2012, ao *pontilhar a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, tanto no acesso à justiça quanto na tramitação dos processos, assegurando-se a assistência judiciária aos necessitados*. Primeiramente, reafirma-se no dispositivo a indistinção entre nacionais e estrangeiros, de modo que seria possível acrescentar que não se condiciona o acesso à justiça, muito menos a assistência judiciária, a eventual regularidade da estada do estrangeiro no Brasil. Acrescente-se que o termo assistência judiciária é mais restritivo do que assistência

---

40 AgRg na Carta Rogatória nº 5.238-PT. Relator Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça Felix Fischer. DJ 02/05/2012.

jurídica, que naturalmente é apto a abarcar a esfera extrajudicial, razão pela qual sugere-se a modificação. Ao final, o artigo pode ser robustecido com a leitura e aplicação da Opinião Consultiva 18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos que trata justamente do princípio da igualdade e da não-discriminação do estrangeiro<sup>41</sup>.

## 5. Conclusão

A regulamentação no projeto do Novo Código de Processo Civil sobre cartas rogatórias e a homologação de sentenças estrangeiras continua normalmente a ser feita, sendo o capítulo referente à *cooperação interjurisdiccional* uma real novidade que somente oxigena o ideário de que todos os órgãos jurisdicionais, de qualquer bandeira, da forma mais efetiva possível, devem contribuir para a prestação de uma atividade jurisdiccional adequada.

Nesses tempos em que buscamos a desjudicialização de procedimentos, nestes campos vale lembrar, especialmente para o auxílio direto, que a celebração de tratados e convenções internacionais pode ser vista como atalho para a consecução de objetivos no sentido de diminuir a demanda do Poder Judiciário. O Brasil, como protagonista no cenário sul-americano, pode liderar um movimento de coesão interjurisdiccional a partir da percepção de que, o fazendo, somente trará benefícios à vida de seus próprios jurisdicionados.

Já houve em Roma uma lei para os romanos e outra para os visitantes, tendo sido de reconhecido mérito a formação e a evolução do *jus gentium*. Chegado o momento em que o estudo do direito processual passa pelo que alguns denominam de mundialização, uma boa dose de técnicas cooperativas como as lançadas no projeto do Novo Código de Processo Civil são absolutamente convenientes.

A compactação de institutos processuais remam em um mesmo sentido, sempre com a intenção de que promessas constitucionais, como a de um processo útil, não se tornem meros ornamentos e se percam no formalismo, na falta de diplomacia ou na insensibilidade. Disse-se muito, mas ao apagar das luzes a conclusão é a de que o presente estudo se trata de mais um viés da procura incessante pelo primado do Acesso

---

41 A Opinião Consultiva fora proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos justamente para assegurar o reconhecimento dos direitos humanos a imigrantes, inclusive, que se encontrassem em situação irregular. A Consulta fora formulada pelo México e pode ser encontrada no sítio <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>

à Justiça, esteja ela aqui ou em outra jurisdição soberana.

## 6. Referências Bibliográficas

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Curso de Direito Internacional Público. 2.ed. São Paulo: Atlas. 2011.

BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil. Brasília: Ed. Fundação da Universidade de Brasília, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro e TALLON, Denis. Fundamental guarantees of the parties in civil litigation. Milano – Neu York: Giuffrè-Oceanna, 1973.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública – uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FUX, Luiz (coord.). O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GARCIA, Emerson. Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Breves Reflexões sobre os Sistemas Convencional e Não-Convencional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

GOTTWALD, Peter. **Comparative Civil Procedure**. In Ritsumeikan Law Review. Kyoto, Japan: 2005

GRABARCZYK, Katarzyna. Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour Européene des Droits de L'Homme. Marseille: Presses Universitaires Dáix-Marseille: 2008

GUILLES, Peter. Eletronic Civil Procedure: some remarks to General Aspects in concern of Civil Court Proceedings, Teletechnology and “E-Procedural Law”. Catania, 2007

HITTERS, Juan Carlos. El proceso supranacional (el derecho procesal supranacional). In: LiberAmicorum, Héctor Fix-Zamudio / Corte Interamericana de Derechos Humanos, presentado por César Gaviria

-Volumen II. – San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998.

LAMBERT-ABDELGAWAD, Elisabeth. The Execution Of Judgements Of The European Court Of Human Rights. 2.ed. Strasbourg: Council of Europe Publisher, 2008.

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. La construcción jurisprudencial de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos em materia de derechos económicos, sociales e culturales. Porto Alegre: Nubia Fabris, 2009.

MENDONÇA, Henrique Guelber de. Fontes Internacionais do Direito Processual Civil. 2012. Inédito

PERLINGEIRO, Ricardo. Cooperação Jurídica Internacional e Auxílio Direto. Disponível em [www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/701/881](http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/701/881). Acesso em 09 de julho de 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

RECHSTEINER, Beat Walter. Direito Internacional Privado: teoria e prática. São Paulo: Saraiva, 2003.

REALE, Miguel. Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1999.

REZEK, J. F. Direito Internacional Público. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

TIBÚRCIO, Carmen. As cartas rogatórias executórias no direito brasileiro no âmbito do MERCOSUL: jurisprudência recente in TEMAS DE DIREITO INTERNACIONAL. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Serge Guinchardet alii, Droit processuel – Droits fondamentaux du procès, Paris, Dalloz, 6<sup>a</sup> ed., 2011, pp.93-279.

VÁZQUEZ, Modesto Seara. Globalización e interdependência. In: Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio / Corte Interamericana de Derechos Humanos, presentado por César Gaviria -Volumen II. – San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998.

# LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO – ANÁLISE SISTÊMICA

Rogério Devisate<sup>1</sup>

**Resumo:** Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Contrariedade entre a lei sobre acesso à informação e o decreto regulamentador. Lei que criou nova figura de improbidade administrativa, exigindo prévia e expressa autorização para divulgação de dados particulares das pessoas. Divulgação de ganhos dos servidores ou exposição de contracheques na internet. Invasão de competência. Proteção à privacidade.

**Abstract:** Nobody will be required to do or not to do something except by force of law. Annoyance between law and regulation. Access to the information and regulatory law. An explicit type of administrative improbity in order to require a previous authorization to spread information on personal data. Dissemination of the named-servers gains or exhibition of the paychecks on internet. Encroachment of the legislative authority. Privacy protections.

**Palavras-chave:** Limites à Atividade Regulamentar. Lei de Acesso. Proteção à Privacidade

**Key-words:** Regulatory Activity Limits. Access Law. Privacy Protections

## Introdução

A pretendida análise da lei de acesso à informação exige que se a coteje com o decreto que a regulamentou e com os balizamentos constitucionais de onde nasceu.

**A transparência é sempre desejável, mas é importante que se compreenda o objeto e alcance da novel norma, numa análise sistêmica e considerando-se o que efetivamente foi debatido e votado pelo Congresso Nacional (PL 219/2003), de sorte que se tenha uma atuação nos limites da lei.**

---

<sup>1</sup> Defensor Público junto ao STF e STJ; Associado ao IBAP – Instituto Brasileiro de Advocacia Pública.

## Projeto de Lei (PL219/2003) e Redação da Lei 12.527/2011

São “*invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoa*” e é por isso que a lei de acesso à informação (Lei 12.527/11) protege a intimidade e a vida privada (art. 31) e reforça tal comando ao considerar ilegal (art. 32) a divulgação de dados pessoais afins, prevendo ainda a necessidade de “autorização” da pessoa quanto à informação sobre sigilo (art. 31, P. 1º., inciso II), cabendo aqui observação anteriormente feita por **Uadi Lammêgo Bulos**<sup>2</sup>, no sentido de que o constituinte seguiu o exemplo “*da Alemanha, da Argentina, do Chile e dos Estados Unidos da América. Esses Países também perceberam que a evolução tecnológica propicia uma devassa da vida particular dos indivíduos, merecendo, por isso, amparo constitucional*” (grifamos).

O Projeto de Lei (PL 219/2003), de autoria do Deputado Reginaldo Lopes, assim está ementado: “Ementa: Regulamenta o inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição Federal, dispondo sobre a prestação de informações detidas pelos órgãos da Administração Pública”. Ademais, regulou o previsto no inciso II, do Parágrafo 3º., do art. 37 e o Parágrafo 2º., do art. 216, ambos do texto constitucional, modificou em parte a Lei 8112/90 e a Lei 8159/91 e revogou a Lei 11111/05.

Com isso, nasceu um texto legal com propósitos muito claros e específicos, notadamente quanto à forma de se acessar as informações das quais cuida, como os aspectos e temas que aqui destacamos: (A) a classificação e os prazo de sigilo dos documentos públicos, ora tratando do prazo de 25, 15 ou 5 anos (arts. 23 e 24), inclusive prevendo que há documentos que dizem respeito “*à intimidade e vida privada*” e que poderão ter seu acesso restrito por até 100 (cem) anos (arts. 31, Parágrafo 1º., Inciso I); (B) reforça que é “*dever do Estado controlar o acesso e a divulgação de informações sigilosas*” (art. 25 c/c Art. 22) e que é conduta ilícita “*divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal*” (art. 32, Inciso IV), protegendo a intimidade e a vida privada (art. 31) e configurando como improbidade administrativa do agente público civil ou militar o descumprimento dos regramentos que estabelece (art. 32, Parágrafo 2º); (C) o pedido de acesso a informações (art. 10) poderá ser feito por “*qualquer interessado*”, “*devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida*” (artigos 10 *usque* 14) – o que não corresponde à exibição de dados na

---

2 BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p. 146.

*internet*, previsto no regulamento (Decreto 7.724/2012) e que em tese contraria frontalmente o texto legal (e talvez leve o aplicador a ferir o teor do art. 198, do CTN e/ou do art. 325, do Código Penal) – sendo as questões afetas ao procedimento de acesso reguladas do citado art. 10 ao art. 14; (D) a lei 12.527/2011 aplica-se (1) aos órgãos da Administração Direta dos três Poderes, incluindo as Cortes de Contas, o Judiciário e o Ministério Público, (2) e às autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, (3) às ONGs e entidades “*privadas sem fins lucrativos que recebam*” recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais (acrescentamos, por pactos feitos após aprovação do plano de trabalho de que trata o art. 116, da Lei das Licitações) – sendo que, para as últimas, a publicidade limita-se “à parcela dos recursos públicos recebidos e à sua destinação”, independentemente das contas a serem prestadas, devendo suas “normas gerais” (art. 45) ser seguidas nas leis específicas dos Estados, Distrito Federal e Municípios, o que nos leva a concluir que o Decreto 7724/2012 só se aplicaria aos órgãos Federais e apenas do Executivo (art. 1º), respeitada a repartição constitucional de competências; (E) não poderá ser negado o acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais (art. 12), não se podendo restringir acesso ao que corresponder violação dos direitos humanos envolvendo agentes públicos (Parágrafo Único, do art. 21); (F) é cuidadosa ao prever que “*não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça*” (art. 22 c/c art. 25); (G) dos procedimentos de classificação, desclassificação e reclassificação (art. 27 e outros) e dos recursos a respeito (arts. 15 *usque* 20); (H) da instituição da Comissão Mista de Reavaliação de Informações e o Núcleo de Segurança e Credenciamento (arts. 35 *usque* 47); (I) sobre o acesso às informações e sua divulgação ainda consta previsão nos artigos 6º *usque* 9º onde, dentre outros detalhes, está previsto que os órgãos e entidades do poder público, a respeito, devem observar “as normas e procedimentos específicos aplicáveis” para proteger a “*informação sigilosa e da informação pessoal*”, observada a “restrição ao acesso” (art. 6º, caput c/c Incisos II e III), nada havendo na lei sobre os ganhos e vencimentos de servidores (art. 7º, *caput* e Incisos I *usque* VII e seus seis parágrafos), constando obrigação de divulgação de “*informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas*”, incluindo os repasses ou transferências de recursos financeiros (art. 8º, *Caput* c/c Inciso II), preceito que vai no mesmo sentido do teor do Inciso II, do art. 3º, mas que s.m.j. não se confunde, ao nosso sentir, com o pagamento de vencimentos ou afins, que não correspondem a repasses ou transferências. Infelizmente, a ausência de uma regulamentação

taxativa desta nova espécie de pena está longe de ser um dos piores problemas existentes no Título destinado às Penas no PLS 236/2012. Certo é que as críticas mais severas recaem sobre a disciplina da pena privativa de liberdade (denominada pelo Anteprojeto de pena prisão) e a sua execução, modificada substancialmente.

Portanto, em resumo, a lei não cuidou da divulgação de quaisquer ganhos dos servidores (salários etc.) e muito menos na “*internet*” (o que, aliás, contrariaria o art. 10, que exige pedido do interessado, com sua identificação e especificação da informação requerida), do mesmo modo que não derogou as demais regras que protegem o sigilo e a intimidade, aspectos que, aliás, também protege (art. 22 c/c art. 25).

### **Improbidade e outras Sanções Previstas na lei de acesso à Informação e o dever de Proteção das Informações**

A lei não deve gerar desequilíbrio, mas imaginemos que, num processo judicial, litiga um servidor que ganha mil reais e um particular que ganha cem vezes mais. Para se obter informação sobre ganhos e outros aspectos o primeiro terá de requerer judicialmente o que o outro poderá acessar na tela do computador? Certamente, isso criaria um odioso desequilíbrio, quiçá ofendendo em alguns casos ao princípio da paridade de armas, previsto no art. 125, I, do CPC.

Mas não é só isso, é que o artigo 325, do Código Penal, prevê que é **crime** “*revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação*”, enquanto o CTN, em seu art. 198, prevê **infração** decorrente da divulgação, “*para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação, obtida em razão do ofício, sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades*”!

A propósito, notemos que a própria lei prevê (art. 32), dentre outras situações capituladas como “**condutas ilícitas**”, “*divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal*” (art. 32, Inciso IV), acrescentando que se deve respeitar a intimidade a vida privada (art. 31) e que pode vir a se configurar a **improbidade administrativa** do agente público civil ou militar que descumprir os seus regramentos (art. 32, Parágrafo 2º)!

## Onde está a previsão de Exposição dos Salários? Decreto Presidencial, Limites à Atividade Regulamentar

Em 16 de maio do corrente foi editado pela Presidência da República o Decreto n.º 7.724/2012, assim ementado: “**Regulamenta a Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011**, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do caput do art. 5º, no inciso II do Parágrafo 3º, do Art. 37 e no Parágrafo 2º, do Art.216 da Constituição”.

O comentado Decreto não poderia representar uma substituição do Executivo à atividade do Legislativo, mas apenas, como anuncia em sua Ementa, “regulamentar a Lei 7.724/2011”, sob pena de se ferir o pacto federativo e de assim se desrespeitar o art. 2º, da Carta Política de 1988. Além disso, concluímos, por hipótese e salvo melhor juízo, que numa interpretação elástica tratou a remuneração (em geral) dos servidores – em sítios na *Internet* - como informação de interesse coletivo ou geral (Caput do art. 7º, Parágrafo 3º, inciso VI, do decreto, não da lei).

Assim, diante da Lei 12.527/2011 e do Inc. X, do art. 5º, da CF, como já dito permanecem absolutamente “*invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas*”, sendo ilegal (art. 32) a divulgação de dados pessoais, prevendo ainda a necessidade de “autorização” da pessoa quanto à informação sobre sigilo (art. 31, P. 1º, Inciso II).

Notemos que o tema se torna mais árduo na medida em que inegavelmente tem reflexos políticos para a sociedade, que anseia, naturalmente, por informações afins e, por isso, não é demais colorir pensamentos nossos com abordagem capaz de nos levar a reflexões mais amplas e profundas e, para tanto, ousamos citar aqui breve trecho do livro intitulado “A Alma Imoral”, de **Nilton Bonder**, *in verbis*: ... “*caso houvesse unanimidade na condenação do réu o julgamento era desqualificado e este liberado. O sentido de tal lei, expressão da alma e obviamente subversiva, é a desconfiança de que um processo possa ser tão bem conduzido que não paire qualquer dúvida quanto a uma leitura diferente da situação.*” ... “*A opinião pública, os dogmas, as convenções, a moralidade e as tradições podem muitas vezes querer representar uma unanimidade que os desqualifica como determinadores do que é justo, saudável e construtivo...*” (trechos destacados)<sup>3</sup>.

---

3 BONDER, Nilton. *A Alma Imoral*. Rio de Janeiro: Ed. Rocco, 1998, p. 25.

Mas, num regime democrático, por sorte o foco de pensamento pessoal não é o único oxigênio a alimentar a chama das decisões políticas e longe se vão os anos da ditadura. Não raro, surgem propósitos de disciplinar cada detalhe da vida das pessoas, levando-nos a suportar uma coerção permanente (também na tevê, moda etc), por vezes exteriorizados pelo exercício do pequeno poder, como tão bem expressado por **Michel Foucault**<sup>4</sup>. Aliás, a respeito a história tem vários exemplos, tão notórios quanto sombrios.

Notemos que o nosso sistema constitucional garante a inviolabilidade da intimidade da vida privada, seguindo o exemplo de outros países, ante a devassa da vida particular que a evolução tecnológica propicia<sup>5</sup> e que o Estado evoluiu da posição de adversário dos direitos fundamentais para a de garantidor ou guardião desses mesmos direitos<sup>6</sup>.

Assim, como o citado Decreto é apenas um regulamento da lei (art. 1º), portanto sem a natureza de “lei formal”, não pode impor obrigações a terceiros, por mais louvável até que seja a intenção (o que aliás é o entendimento contido no voto do Ministro Cezar Peluzo, na ADI 3239, em curso no Supremo Tribunal Federal – STF, onde estava em julgamento o Decreto 4.887/2003).

Os regulamentos, sabemos, “*não podem por si só originar obrigações ou deveres*” (como ensinam os espanhóis **Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez**, *in Curso de Derecho Administrativo*, traduzido para o português por e publicado pela ed. RT sob o título *Curso de Direito Administrativo*<sup>7</sup>) e, no mesmo sentido, **José dos Santos Carvalho Filho**<sup>8</sup>, dizendo que “*não podem os atos formalizadores criar direitos e obrigações*”(destacamos e grifamos).

Curioso ainda perceber que sempre se questionou a prática de governar por “decreto-lei”, própria da chamada ditadura nacional! Contudo, não se ouviu ecos de protesto contra o status do decreto em comento quando dispôs sobre temas tão sensíveis.

---

4 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Ed. Vozes, 1999.

5 BULOS, Uadi Lammêgo, op. cit.

6 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004, p. 120.

7 ENTERRIA, Eduardo Garcia; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Ed. RT, 1991, p. 228.

8 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2001, p. 36-37.

Outro aspecto importante é que a lei prevê que o pedido de acesso a informações poderá ser feito por “qualquer interessado”, mas que deve a sua pretensão conter o pedido com a “*de identificação do requerente e a especificação da informação requerida*” (artigos 10 *usque* 14), o que naturalmente não se coaduna com a exposição na *internet*, estando o procedimento regulado do citado art. 10 ao art. 14.

De se notar, também, que não se excluiu as hipóteses legais de “*sigilo e de segredo de justiça*” nem outras hipóteses de reserva, segredo ou situações protegidas em outras leis (art. 22 c/c art. 25), prevendo que é “dever do Estado controlar o acesso e a divulgação de informações sigilosas” (art. 25 c/c art. 22) e que é conduta ilícita “*divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal*” (art. 32, Inciso IV), dispondo que se deve respeitar a intimidade e a vida privada (art. 31) e que se configurará **improbidade administrativa** do agente público civil ou militar que descumprir os regramentos que estabelece (Art. 32, Parágrafo 2º).

Merece destaque que a lei, ainda, exige “autorização” da pessoa quanto à informação sobre sigilo (art. 31, P. 1º., Inciso II)!

Por fim, fica uma dúvida decorrente do fato de que a **LDO/2013** em 20 de agosto sofreu vetos e que um desses foi exatamente sobre pretensão de se normatizar a divulgação dos dados que estariam sob o pálio da lei do acesso à informação, notadamente para as estatais e empresas públicas (consulta no site da Câmara dos Deputados, em <http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/424435-LDO-E-SANCIONADA-COM-VETO-INTEGRAL-AS-METAS-ELABORADAS-PELO-CONGRESSO.html>). Qual o motivo?

Ademais, a 2ª Turma do E. Superior Tribunal de Justiça - STJ, ao julgar em idos de 2002 o RMS 14.163, sob a Relatoria da **Ministra Eliana Calmon**, por unanimidade decidiu que “*a remuneração dos servidores públicos está prevista em lei, com publicidade ampla*” e que “*não pode o cidadão ter acesso à intimidade de cada servidor*”, constando do Voto da Relatora que “*a remuneração individual de cada servidor é assunto a ser mantido em sigilo, em nome do princípio da privacidade de cada indivíduo.*” (sublinhamos).

Pensamos que se mantém atual a r. decisão em apreço.

## **Conclusão**

- A lei do acesso à informação não se confunde com gratuita exposição dos dados a cargo do Estado, que tem o dever primeiro de por eles zelar e de respeitar a privacidade e intimidade das pessoas, devendo por isso o interessado em informações se identificar e ficando estatuído que o agente que não observar a norma incorre também em improbidade administrativa, não havendo previsão na lei de acesso à informação da divulgação dos dados remuneratórios, o que expressamente só consta no decreto que a regulamenta;

- A Administração não dispõe da liberdade de expor quaisquer dados apenas porque estão sob sua guarda, tanto que editou a lei em comento e cuidou dos prazos, classificação e outros aspectos, prevendo a necessidade de expressa autorização do interessado para obtenção dados de caráter pessoal de terceiros;

- A sociedade tem o direito de ser informada e o Estado tem o dever de atuar em absoluta observância da Constituição Federal e das leis de regência, devendo ser o primeiro a dar exemplo e respeitá-los (não correspondendo a potestade regulamentar a uma atividade sem controle ou a um “cheque em branco” e se nos apresentando um paradoxo, na medida em que há dias houve veto parcial à LDO/2013, que não permitiu a exposição dos ganhos dos que trabalham em estatais e empresas públicas).

## **Referências Bibliográficas:**

BONDER, Nilton. *A Alma Imoral*. Rio de Janeiro: Ed. Rocco, 1998.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2001.

ENTERRIA, Eduardo Garcia; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo (trad.)*. São Paulo: Ed. RT, 1991.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Ed. Vozes, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. Potência, Limites e Seduções do Poder. São Paulo: Unesp, 2007.

Internet:

[http://www.adperj.com.br/artigos\\_detalhes.asp?matID={C5465628-DEAC-4DED-A611-DFE8A951AE48}](http://www.adperj.com.br/artigos_detalhes.asp?matID={C5465628-DEAC-4DED-A611-DFE8A951AE48})

[http://www.oab-niteroi.org/noticia.php?id=10292;](http://www.oab-niteroi.org/noticia.php?id=10292)

<http://sindsepforte.blogspot.com.br/2010/11/servidores-ganham-indenizacoes-pela.html#>; <http://pgesaopaulo.blogspot.com.br/2010/11/tj-paulista-manda-prefeitura-indenizar.html>

<http://www.stf.jus.br>

<http://www.stj.jus.br>

<http://www2.camara.leg.br>

# DO SISTEMA DE VIGILÂNCIA ELETRÔNICA E SUA REPERCUSSÃO NOS REGIMES DE CUMPRIMENTO DE PENA

Juliana Moreira Mendonça<sup>1</sup>

Um dos elementos mais negativos da instituição carcerária, de fato, é o isolamento no microcosmo prisional do macrocosmo social, simbolizado pelos muros e grades. Até que não sejam derrubados, pelo menos simbolicamente, as chances de ressocialização do sentenciado continuam diminutas.

**Alessandro Barata** - Ressocialização ou controle social.

**Resumo:** O presente trabalho pretende abordar as principais repercussões práticas trazidas pela implementação do sistema de monitoramento eletrônico de apenados no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no âmbito da execução da pena, além de analisar a sua compatibilidade com os direitos e garantias individuais dos monitorados.

**Palavras-chave:** Monitoramento Eletrônico. Repercussão Prática. Execução Penal. Direitos e Garantias Fundamentais.

**Abstract:** This paper intends to discuss the main practical implications brought about by the implementation of electronic monitoring system of inmates in Brazilian legal system, particularly in the context of the criminal enforcement, beyond to analyze its compatibility with individual rights and guarantees.

**Keywords:** Electronic Monitoring of Offenders. Practical Implications. Guarantees and Fundamental Rights.

## Introdução:

A pena privativa de liberdade, marco na humanização da sanção criminal após a supressão do espetáculo da punição física, demonstrouse ineficaz para atingir os objetivos e finalidades das penas, levando

---

1 Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro.

alguns estudiosos a refletirem sobre a necessidade de reformulação do sistema punitivo estatal.

As consequências nefastas do encarceramento, tais como a estigmatização e a neutralização do desenvolvimento de valores humanos básicos, somados a questões administrativas, como a superpopulação carcerária, trouxeram à tona o discurso por políticas descarcerizantes, voltadas para a criação de alternativas à pena de prisão, concebendo-a apenas como última ratio na esfera penal.

Neste sentido, destaca-se trecho da obra de César Roberto Bittencourt:<sup>2</sup>

Embora se aceite a pena privativa de liberdade como um marco na humanização da sanção criminal, em seu tempo, a verdade é que fracassou em seus objetivos declarados. A reformulação do sistema surge como uma necessidade inadiável e teve início com a luta de Von Litz contra as penas curtas privativas de liberdade e a proposta de substituição por recursos mais adequados. Nas alternativas inovadoras da estrutura clássica da privação da liberdade há um vasto repertório de medidas, sendo que algumas representam apenas um novo método de execução da pena de prisão, mas outras constituem verdadeiros substitutivos. A exigência, sem embargo, de novas soluções não abre mão da aptidão em exercer as funções que lhes são atribuídas, mas sem o caráter injusto da sanção substituída.

Um dos principais empecilhos à aplicação de propostas alternativas ao cárcere seria a dificuldade de controle e fiscalização destas medidas. Verifica-se, em todos os casos de concessão de medidas substitutivas, tais como penas restritivas de direito, suspensão condicional do processo e livramento condicional, uma falha sistêmica em relação à fiscalização, eis que não há estrutura ou mecanismos capazes de controlar o cumprimento das sanções impostas.

Neste sentido, os avanços tecnológicos têm cumprido papel importante, propiciando o desenvolvimento de um mecanismo de monitoramento eletrônico de apenados, controlável à distância que, utilizado como substitutivo ao cárcere, pode representar importante

---

2 BITTENCOURT, 2002, p. 442-443:

ferramenta a serviço do homem e de sua liberdade.

Tal sistema é composto por um dispositivo de rastreamento via satélite conectado à perna do condenado e que envia sinais para um banco de dados, permitindo detectar com precisão o local onde se encontra o apenado.

Os defensores do sistema sustentam que o monitoramento eletrônico seria um mecanismo efetivador dos princípios da humanização e individualização das penas, além de facilitar a reinserção social do apenado, livrando-o dos sistemas penais arcaicos e das masmorras as quais estavam enclausurados.<sup>3</sup>

Nos dizeres de Tourinho Neto: “Num mundo altamente tecnológico, no qual a velocidade da informação avança na luz do tempo real, não se pode mais pensar em prisão em termos de masmorras e grades. As grades deverão ser virtuais.”<sup>4</sup>

Apesar de introduzido recentemente no ordenamento jurídico brasileiro, tal mecanismo já é utilizado em diversos países há mais de duas décadas. Os pioneiros foram os Estados Unidos que, através dos pesquisadores Ralph Schwitzgebel e seu irmão Robert Schwitzgebel, desenvolveram as primeiras experiências de monitoramento a distância de indivíduos.

Posteriormente, o juiz Jack Love, de Albuquerque, Novo México, inspirado em um episódio dos quadrinhos do Homem Aranha, contratou um especialista para elaborar um aparelho de rastreamento eletrônico de apenados, tendo sido a primeira sentença do gênero

---

3 Corroborando com esta informação, cabe citar as ideias de Miguel Angel Iglesias Río e Juan Antonio Pérez Parente: “Em primer plano, desde una perspectiva prioritariamente pragmática, se sostiene que la vigilancia electrónica contribuye a una disminución de la población carcelaria y a un ahorro de costes ligados a la administración penitenciaria. Em segundo lugar, ocupando un inmerecido puesto secundario, desde una perspectiva político-criminal, el control electrónico evita o reduce la privación de libertad em prisión, por lo que contribuye a favorecer y acelerar el proceso de resocialización del condenado, evitando al mismo tiempo los efectos negativos inherentes a la prisionalización.” (PARENTE, Juan Antonio Perez. La pena de localización permanente y su seguimiento com médios de control electrónico. Net, Mexico, 2006. Bbiblioteca Virtual del instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma do México. Disponível em [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx).)

4 Neto, Tourinho. Prisão Virtual. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 21 n. 9, set. 2009

prolatada em 1983.<sup>5</sup>

Esta ideia foi disseminada em diversos países, sendo que, no Brasil, as primeiras experiências ocorreram no ano de 2007, através de leis estaduais e projetos experimentais implementados pelos Estados da Paraíba e do Paraná.

A introdução da liberdade vigiada no ordenamento jurídico brasileiro trouxe uma série de repercussões jurídicas e sociais, sinalizando um início de mudanças no sistema de cumprimento de penas, mas que ainda se encontra em fase experimental.

### **Das hipóteses de aplicação do monitoramento eletrônico na execução penal:**

Tal como concebido no ordenamento jurídico brasileiro, a utilização do equipamento de fiscalização eletrônica, no âmbito da execução penal, é permitida apenas nos casos de autorização para saídas temporárias, bem como nos casos de deferimento da prisão albergue domiciliar.<sup>6</sup>

Estas hipóteses estão sendo criticadas pela doutrina, eis que fogem do viés descarcerizante, na medida que, em vez de substituírem a prisão, apenas monitoram aqueles que já estariam fora da unidade prisional, o que caracterizaria flagrante retrocesso, em dissonância com os ditames constitucionais.

Com efeito, as saídas temporárias consistem na autorização de saída do estabelecimento penal, sem vigilância direta, para visita à família, frequência a cursos ou participação em atividades que favoreçam a reinserção social do apenado, sendo garantidas àqueles que cumprem pena em regime semiaberto e que preenchem os requisitos previstos em

---

5 Japiassu, Carlos Eduardo Adriano e MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o Monitoramento eletrônico. In Monitoramento eletrônico: Uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil. 2008, Ministerio da Justiça.

6 Art. 146-B. O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando:

I - (VETADO);

II - autorizar a saída temporária no regime semiaberto;

III - (VETADO);

IV - determinar a prisão domiciliar;

V - (VETADO);

Parágrafo único. (VETADO).

lei (art. 122 da Lei de Execução Penal).<sup>7</sup>

Nestes casos, a utilização do rastreamento eletrônico tem o único escopo de aumentar o controle punitivo estatal, desviando-se da intenção descarcerizante, eis que o apenado, que já teria direito a este benefício (sem qualquer vigilância), sofrerá apenas o ônus de ser monitorado.

O mesmo raciocínio se faz para as hipóteses de concessão de prisão albergue domiciliar, o que, na verdade, caracterizaria verdadeiro monitoramento eletrônico de soltos, eis que, em tais hipóteses, o apenado não mais se encontra no cárcere, mas sim cumprindo pena em sua residência.

Convém citar o entendimento do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária em relatório sugestivo para alterações do projeto de lei que regulamentou o monitoramento eletrônico: “(...) parece, ao CNPCP, que o Projeto ora em discussão, que pretende estabelecer o monitoramento eletrônico no Brasil, não tem como atingir as finalidades pretendidas, visto que apenas estabelece medidas de controle sobre indivíduos que têm direito a estar fora do cárcere, sem controle mais estrito.”<sup>8</sup>

Adotando-se esta lógica, o monitoramento eletrônico, tal como regulamentado em nosso ordenamento jurídico pátrio, representaria apenas um instrumento estatal de biopoder, ou seja, mais um mecanismo de fiscalização, controle social de condutas e manifestação do poder repressivo estatal.

Corroborando o entendimento acima ventilado, cumpre colacionar os dizeres de André Nicolitt<sup>9</sup>:

---

7 Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semi-aberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos:

I - visita à família;

II - frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução;

III - participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.

Parágrafo único. A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução. (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010).

8 Ministério da Justiça, Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

9 NICOLITT, 2007, p.396.

(...) estamos convictos, talvez tomados pela história dos vencidos e pelos dados sobre as prisões cautelares no Brasil, que a cultura jurídica autoritária fará da monitorização eletrônica mais um instrumento de expansão do poder punitivo estatal. Nossa prospecção é que, ao contrário de servir para que pessoas que necessitariam estar presas pudessem ficar “apenas” com a liberdade vigiada, na verdade, a tendência é que as pessoas que não necessitariam estar presas, e por isso prescindiriam de monitorização eletrônica, passariam a ter sua liberdade vigiada a partir deste novo instrumento que estará a serviço do braço punitivo estatal.

Acrescenta Japiassu que “o monitoramento eletrônico cumpre a sua finalidade na medida em que se reveste de um caráter substitutivo, não sendo possível a sua aplicação àqueles que já teriam direito a estar fora do estabelecimento penal.”<sup>10</sup>

Não obstante as críticas formuladas, mister reconhecer que a implementação do sistema de monitoramento eletrônico no ordenamento jurídico pátrio fomentou a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, proporcionando importantes mudanças e reflexões no tocante aos regimes de cumprimento de pena.

Concretamente, o advento da lei 12.258/10 propiciou importante modificação no entendimento do Tribunal de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, com a ampliação jurisprudencial das hipóteses de concessão de prisão albergue domiciliar, através da monitoração eletrônica, transformando a estrutura dos regimes de cumprimento de pena e dando azo a discussões jurídicas e propostas legislativas inovadoras.

### **Da Prisão Albergue Domiciliar com Monitoração Eletrônica**

O art. 112 da Lei de Execução Penal dispõe que a pena privativa de liberdade será executada de forma progressiva, passando-se do regime mais severo de cumprimento de pena (fechado) para o mais brando (semi-aberto e aberto), buscando-se, com isso, atingir o caráter ressocializador e humanitário das penas, através da reinserção gradual dos apenados no seio da sociedade.

Neste sentido, os regimes de cumprimento de pena previstos na Lei de Execução Penal são os seguintes: Regime Fechado, Semiaberto

---

10 JAPIASSU, 2008, p.14.

e Aberto.

A prisão albergue domiciliar está prevista no art. 117 da Lei de Execução Penal, sendo permitida para os apenados que cumprem pena em regime aberto e preenchem os requisitos previstos em lei.<sup>11</sup>

O item 124 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal esclarece que o regime aberto não admite a execução da pena em residência particular, salvo quando se tratar de condenado maior de 70 (setenta) anos ou acometido de grave doença e de condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental ou, finalmente, de condenada gestante (art.117), sendo tais exceções plenamente justificadas em face das condições pessoais do agente.

Não obstante a vedação legal, a jurisprudência pátria vem ampliando as hipóteses de concessão da prisão albergue domiciliar, principalmente após o advento da lei 12.258/12, que regulamentou o sistema de monitoração eletrônica, proporcionando uma maior descarcerização, além de uma fiscalização fidedigna do cumprimento da pena.

Neste sentido, como consequência prática de sua utilização, a vigilância indireta tem proporcionado uma reestruturação do sistema progressivo, através da criação jurisprudencial de um regime sui generis de cumprimento de pena, a saber: a prisão albergue domiciliar com monitoramento eletrônico.<sup>12</sup>

Antes de aprofundar o assunto, necessário destacar que o projeto de lei nº 175/07, que deu origem à lei 12.258/10, originalmente permitia

---

11 Art. 117 da Lei de Execução Penal: “Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: I - condenado maior de 70 (setenta) anos; II - condenado acometido de doença grave; III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV - condenada gestante.”

12 HC nº 0028630-81.2011.8.19.0000, proferido pela 4ª Câmara Criminal do Estado do Rio de Janeiro, de relatoria da Desembargadora Gizelda Leitão Teixeira, julgado em 05/07/11: “Conforme novo entendimento deste Juízo, todas as progressões para o regime aberto serão na modalidade de PAD, através do Sistema de Monitoramento Eletrônico, que permite uma fiscalização fidedigna do cumprimento da pena e visa desafogar as Casas de Albergado, ressaltando-se que há apenas duas unidades deste tipo em todo Estado, as quais se encontram superlotadas. Assim, antes de apreciar o pedido de progressão de regime, faz-se necessário a vinda aos autos, de endereço no qual o apenado cumprirá seu benefício. Disponível em: < <http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=00047D6546C9987E0D9B01414791C2D759A97DC42B18560D>>. Acesso em 07/02/12, às 22:30 hs.

a fiscalização eletrônica para os casos de aplicação de pena privativa de liberdade no regime aberto, bem como concessão de progressão para tal regime.

Porém, esta parte sofreu veto presidencial, sob a justificativa de contrariar a sistemática de cumprimento de pena prevista no ordenamento jurídico brasileiro, além de não contribuir para a diminuição da população carcerária, eis que não retira do cárcere quem lá não deveria estar e, tampouco, impede o ingresso de quem não deveria estar preso.<sup>13</sup>

Da simples leitura das razões já é possível perceber a sua incoerência quanto ao veto da monitoração no regime aberto, eis que nenhuma das opções permitidas pela lei 12.258/10 contribui, em efetivo, para diminuir o encarceramento, mas sim para aumentar a vigilância dos presos que saem através das concessões de saídas temporárias ou que se encontram em prisão domiciliar, facilitando o controle do cumprimento das penas.

No que tange ao veto do rastreamento eletrônico nos casos de aplicação de pena restritiva de direitos, liberdade condicional e suspensão condicional da pena, entende-se acertada a decisão, eis que caracterizaria mero recrudescimento das exigências para a concessão de tais benefícios.

Na realidade, a monitoração no regime aberto seria a única hipótese prevista na lei 12.258/10 que contribuiria, efetivamente, para desafogar os estabelecimentos penais, já que o apenado deixaria de pernoitar nas casas de albergado, além de humanizar a pena, considerando que o recolhimento em domicílio estreita os laços familiares, facilitando a reinserção social do vigiado.

Conforme já ressaltado, apesar do veto presidencial, a jurisprudência pátria vem autorizando a aplicação de sistema de vigilância indireta aos apenados que já preencheram os requisitos para progredirem para o regime aberto, convertendo-o em prisão albergue

---

13 Mensagem nº 310, de 15 de junho de 2010- Razões do Veto: “A adoção do monitoramento eletrônico no regime aberto, nas penas restritivas de direito, no livramento condicional e na suspensão condicional da pena contraria a sistemática de cumprimento de pena prevista no ordenamento jurídico brasileiro e, com isso, a necessária individualização, proporcionalidade e suficiência da execução penal. Ademais, o projeto aumenta os custos com a execução penal sem auxiliar no reajuste da população dos presídios, uma vez que não retira do cárcere quem lá não deveria estar e não impede o ingresso de quem não deva ser preso.” Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/Msg/VEP-310-10.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Msg/VEP-310-10.htm).

domiciliar com monitoramento eletrônico.

Daí poder-se-ia arguir que tais entendimentos seriam ilegais, eis que contrários ao espírito da lei, que expressamente vetou a concessão da fiscalização eletrônica para os casos de apenados que cumprem pena em regime aberto.

Entretanto, percebe-se que, além de incoerente, a inovação legislativa não acompanhou a realidade do sistema penitenciário brasileiro, eis que, apesar da exigência legal (art. 95 da lei de execução penal) de pelo menos uma casa de albergado por região, certo é que elas são escassas na maioria dos estados, fazendo com que não passasse de uma ficção jurídica na maior parte da Federação.

Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional, não há casas de albergado nos Estados de São Paulo, Rio Grande do Sul e no Distrito Federal, sendo certo que no Rio de Janeiro há apenas duas, que estão superlotadas.

Considerando a inexistência de vagas para abrigar os que progridem para o regime aberto, bem como a impossibilidade de manutenção do apenado em regime de cumprimento de pena mais gravoso, a jurisprudência pátria já concedia a prisão domiciliar fora das hipóteses do art. 117 da LEP, eis que o apenado não poderia ser prejudicado em razão de uma falha na prestação estatal.<sup>14</sup>

Nos Estados onde não há casas de albergado, a praxe era conceder a prisão albergue domiciliar a todos os apenados que tivessem direito à progressão de regime para o aberto, em virtude da impossibilidade de mantê-lo em regime mais gravoso por uma falha na prestação estatal.

Entretanto, havendo casas de albergado, esta medida não era automática, necessitando de requerimento defensivo neste sentido, mediante a comprovação da ausência de vagas no regime aberto.

Com a entrada em vigor da lei 12.258/10, que previu o sistema

---

14 Cumpre destacar trecho da decisão proferida no Habeas Corpus nº 102496/MG, de Relatoria do Ministro Eros Grau, publicado em 19/04/10: “Neste writ, ressalta que a “possibilidade de se cumprir a pena em regime domiciliar quando da ausência de vagas no estabelecimento adequado”, consubstancia ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana [fl. 3]. 5. Requer seja concedida liminar a fim de assegurar ao paciente o direito de cumprir a pena no regime domiciliar até o surgimento de vaga em estabelecimento adequado.

de vigilância indireta, houve uma mudança de posicionamento, eis que, mesmo nos Estados onde há casas de albergado, a exemplo do Estado do Rio de Janeiro, as progressões de regime para o aberto passaram a ser deferidas na forma de prisão albergue domiciliar, com monitoramento eletrônico, bastando, para tanto, a apresentação de comprovante de residência idôneo.

Neste prisma, verifica-se que, mesmo sem previsão legal, o sistema de vigilância indireta provocou uma ampliação jurisprudencial das hipóteses de cabimento da prisão domiciliar, acrescidas do monitoramento eletrônico, tornando letra morta o art. 117 da Lei de Execução Penal, que prevê o caráter excepcional da concessão deste benefício.

Sem muito esforço, percebe-se que esta prática levará, em curto prazo, à extinção do regime aberto a ser cumprido em casas de albergado, tese esta defendida por inúmeros especialistas da área e chancelada pelo Conselho Nacional de Justiça, que, em seu plano de Gestão para o funcionamento de Varas Criminais e de Execução Penal, defende a alteração do art. 36, §1º do Código Penal, com a consequente revogação do capítulo IV da Lei de Execução Penal, que trata, especificamente, das casas de albergado.<sup>15</sup>

O assunto já foi tema de audiência pública em Brasília, presidida pela Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, onde diversos especialistas expuseram seus argumentos na defesa da abolição do regime aberto de cumprimento de pena.<sup>16</sup>

Seguindo esta tendência, o Anteprojeto de Código Penal, criado pelo Requerimento nº 756, de 2011, do Senador Pedro Taques e aditado

---

15 Neste sentido, cumpre transcrever a íntegra do Anteprojeto de Lei sugerido pelo Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a prisão domiciliar e revogação do cumprimento de pena em regime aberto em casa de albergado : Art. 1º O art. 36 do Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 36...§1º O condenado deverá, mediante vigilância eletrônica, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, com recolhimento a prisão domiciliar, durante o período noturno e nos de folga, e comparecimento mensal ao juiz da execução; Art. 2º. Fica revogado o capítulo IV (arts. 93 a 95) da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal. Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

16 Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/197725-ESPECIALISTAS-SUGEREM-FIM-DO-REGIME-ABERTO-NO-SISTEMA-PENAL.html>. Acesso em 03/03/12, às 14:00 hs.

pelo de nº 1.034, de 2011, prevê mudanças nas regras do regime aberto, que deixará de ser cumprido em casas de albergado. O art. 52 do Anteprojeto preconiza que o regime aberto consistirá na prestação de serviço à comunidade, cumulada com outra pena restritiva de direitos e com o recolhimento domiciliar. O parágrafo terceiro prevê, ainda, a possibilidade do juiz definir a fiscalização por meio do monitoramento eletrônico.<sup>17</sup>

Neste sentido, conclui-se que a legislação que trata do tema, além de inócua no que diz respeito à capacidade de descarcerização, perdeu a oportunidade de regulamentar esta prática jurisprudencial já consolidada em razão da falência do sistema prisional pátrio, dando azo a novas discussões e propostas legislativas sobre o tema.

### **Dos limites à liberdade vigiada como garantia da conservação dos direitos da personalidade dos monitorados:**

Após enfrentar as repercussões da implementação da monitoração eletrônica no âmbito da execução da pena, mister se faz analisar a compatibilidade jurídico-constitucional do instituto.

No que tange à esfera pessoal do apenado, importante destacar que a finalidade da execução penal encontra embasamento constitucional no princípio da dignidade da pessoa humana, o que significa que as alterações legislativas devem ser implementadas de modo a impulsionar a ressocialização do apenado, além de garantir a integridade física, moral e social da pessoa monitorada.

Assim, não obstante as inúmeras vantagens já elencadas sobre a utilização da fiscalização eletrônica no sistema penal, discussões surgiram no tocante à sua constitucionalidade, em razão da ingerência estatal na vida privada dos cidadãos, além do efeito estigmatizante ocasionado pelo uso de tornozeleiras no convívio social.

Em estudo apresentado ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), o Conselheiro Carlos Weis corroborou os argumentos acima elencados, ao emitir parecer desfavorável à aprovação da lei que autorizou o monitoramento eletrônico, alegando, em síntese, que o direito à intimidade estaria sendo flagrantemente violado, eis que as tornozeleiras constituiriam mecanismo de exposição pública à sociedade das pessoas que estejam respondendo a processo-crime ou que sejam condenadas criminalmente, contribuindo para aumentar o

---

17 Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/upload/noticias/pdf/projeto.pdf>.

processo de estigmatização dos apenados.<sup>18</sup>

O tema também causou polêmica na Ordem dos Advogados do Brasil, que se preocupou com a violação dos direitos da personalidade dos monitorados.

Vale destacar o pronunciamento do Presidente Nacional Raimundo Cesar Britto, em 2007:<sup>19</sup>

O sistema fere os princípios da intimidade e da privacidade e contraria o direito constitucional de ir e vir das pessoas, ainda que condenadas: Hoje, é

---

18 Cabe destacar alguns trechos do parecer: Como se teve a oportunidade de constatar quando da visita de demonstradores da fabricante do produto ao CNPCP, o equipamento é claramente visível no pulso ou no tornozelo (onde fica ainda mais evidente) além de ser obrigatoriamente acompanhado de unidade portátil medindo 12 X 7,5 X 4 cms. pesando 275 gramas (...) A ocultação do material torna-se mais complicada a pessoas de baixa renda, visto que dispõem de poucos recursos para adquirir vestimentas mais elaboradas, notadamente na maioria das regiões brasileiras, em que a temperatura é usualmente alta. Indo adiante, é de se considerar que há situações em que a pessoa obrigatoriamente deve expor seu corpo a terceiros, como é o exemplo do exame médico para admissão em emprego. Caso o portador tenha ocultado o fato de ser condenado criminalmente – fato que por si só relega muitos ao desemprego formal -, a revelação se dará quando for analisado por médico. O mesmo pode acabar ocorrendo em outras situações, como no vestiário da empresa, numa ocasião festiva, durante uma partida de futebol, ao ir à praia etc. etc. Finalmente, considerando que a criação de vínculos afetivos e familiares é passo importante rumo à ressocialização, é evidente que ao portador será deveras mais difícil ganhar o afeto de outrem se, desde os primeiros encontros restar evidente que se trata de alguém com condenação criminal. (...) Em consequência, o monitorado ficará sujeito ao escrutínio público, o que viola o direito fundamental do cidadão à preservação da intimidade, previsto pela Constituição Federal de 1988, que dispõe serem invioláveis “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Neste ponto, não custa lembrar do famigerado Sanbenito, traje a que os condenados pelo Tribunal da Inquisição eram obrigados a portar e que expunham sua condição de infelizes arrependidos e penitentes às demais pessoas, resultando numa condição de vida marginal e desonrada. [...] o sentenciado preso em celas coletivas não corre o risco, a que se sujeita o monitorado, de ser identificado na rua como um “bandido” e sofrer toda a sorte de ofensas à sua honra e, mais grave que isso, à sua integridade física, podendo facilmente ser agredido ou linchado por uma população movida pelo pânico social e pela sensação de impunidade.

19 Conselho Federal, Ordem dos Advogados do Brasil: *Britto: pulseira eletrônica é Big Brother e não ressocializa preso*. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/Noticia/9405/britto-pulseira-eletronica-e-big-brother-e-nao-ressocializa-preso>>. Acesso em 06/02/12, às 14:00 hs.

uma pulseira eletrônica; amanhã, um chip. Depois, se estende para as crianças, para os adolescentes e, por fim, passaremos a viver num lugar Big Brother, com todo mundo sendo vigiado pelo Grande Irmão onipotente e onipresente.

Posteriormente, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), em seu relatório sugestivo de alterações ao projeto de lei nº 1288/07, apresentou diversos argumentos favoráveis ao uso da tornozeleira eletrônica, tais como redução do contingente carcerário, redução de custos pelo Estado, benefícios econômicos decorrentes da produtividade do monitorado, que poderá arcar com as indenizações das vítimas e despesas com a família, evitando os efeitos dessocializadores da prisão.

Para o Conselho Nacional de Justiça, não há nada mais agressivo à dignidade da pessoa humana do que a prisão, em especial em razão das precárias condições carcerárias de nosso país, sendo que o mais importante, para que se respeite os direitos fundamentais dos monitorados, seria o condicionamento do uso da pulseira ao consentimento do apenado. Neste caso, o apenado deveria ter a liberdade de escolher, no caso concreto, entre continuar o cumprimento da pena em estabelecimento carcerário ou cumpri-la em regime domiciliar, condicionado ao uso do monitoramento eletrônico.<sup>20</sup>

Na legislação portuguesa, a utilização de meios de vigilância eletrônica depende do consentimento do monitorado, bem como das pessoas que vivam ou que possam ser afetadas pela permanência obrigatória do vigiado em determinado local (art. 2º, da Lei 122/99).<sup>21</sup>

É cediço que direito a integridade física pode ser compreendido como direito a saúde física, no sentido de não ser privado de nenhum membro ou órgão do corpo, bem como não ser submetido a enfermidade, nem perturbado seu bem estar corporal e psíquico através de sensações de dor e sofrimento, estando aí inserido o direito a própria aparência pessoal, ou seja, a imagem externa do indivíduo.<sup>22</sup>

---

20 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Plano de Gestão para o funcionamento de Varas Criminais e de Execução Penal. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-criminal/plano-gestao-varas-criminais-cnj.pdf>. Acesso em 06/07/12, às 22:15 hs.

21 NICOLITT, 2007, p. 377.

22 Mourullo apud Hernandez, 1995.

A legislação atual se omitiu quanto à indispensabilidade do consentimento do condenado, sendo certo que o direito de escolha deve ser garantido, sob pena de violação à dignidade do apenado, no sentido de que obsta o pleno desenvolvimento da autonomia humana.

Quanto ao efeito estigmatizante enfatizado pelo CNPCP, o Decreto n° 7627/11, que regulamenta a matéria, dispôs, em seu art.5°, sobre a necessidade de se respeitar a integridade física, moral e social da pessoa monitorada, chamando atenção para o aspecto das características dos aparelhos de monitoração eletrônica, que devem ser o menos ostensivos possíveis, evitando a exposição pública dos vigiados.

Segundo informações do Depen (Departamento Penitenciário Nacional), a responsabilidade pela implementação do sistema é exclusiva de cada Estado, que possui autonomia plena para definir o modelo do equipamento e a tecnologia utilizada.<sup>23</sup>

O atual modelo de monitoração é baseado no Sistema de Posicionamento Global (GPS), devendo a pessoa monitorada portar um equipamento, consistente numa tornozeleira com sensor e uma unidade móvel transmissora, responsável por enviar o sinal aos satélites.

Neste sentido, cabe aos Estados a tarefa de compatibilizar a aplicação da tornozeleira eletrônica com os princípios e garantias fundamentais dos apenados, garantilho-lhes a dignidade através da aquisição de aparelhos não ostensivos e de fácil ocultação, evitando, assim, os malefícios da publicização da condição de condenado.

Além disso, destaca-se que as falhas técnicas e operacionais apresentadas, tais como desgaste do material, alterações em razão de fatores meteorológicos, geográficos ou do campo eletromagnético, dentre outras, têm causado diversos constrangimentos aos monitorados, tais como o disparo equivocado do alarme em locais públicos, gerando sensação de desconforto e exclusão.

## **Conclusão:**

Pelo exposto, conclui-se que o sistema de monitoramento

---

23 Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2011/08/07/tornozeleiras-eletronicas-nao-impedem-fugas-de-presos-em-estados-que-adotaram-sistema.jhtm>. Acesso em 03/02/11, às 14:54 hs.

eletrônico pode representar importante ferramenta a serviço do homem e de sua liberdade, caso seja utilizado como mecanismo substitutivo ao cárcere e redutor do poder punitivo estatal.

Entretanto, apesar de regulamentada sob o manto do discurso descarcerizante, o que, através de uma ponderação de interesses, legitimaria tamanha intervenção corporal, com ele é incoerente, eis que, em vez de evitar o enclausuramento, acabou por incrementar os métodos de controle social de condutas por parte do Estado, implementando-se como um mero mecanismo fiscalizatório do cumprimento das penas.

Neste sentido, apesar de recentemente regulamentada, verifica-se que a legislação vigente não se coaduna com os objetivos da pena, sendo imperiosa a adequação legislativa, através da ampliação das hipóteses de concessão da vigilância eletrônica, para que efetivamente cumpra o seu papel descarcerizante, além da necessidade de consentimento do vigiado, preservando-se os seus direitos e garantias individuais.

Sob a ótica dos direitos fundamentais, verifica-se que, devido à sua recente implementação, o sistema ainda possui inúmeras falhas de ordem operacional, causando desconforto e constrangimentos ofensivos aos direitos da personalidade dos monitorados. Neste prisma, faz-se necessário o seu aprimoramento, com a prevenção e solução das falhas técnicas, bem como o desenvolvimento de aparelhos que preservem os direitos e garantias individuais dos apenados, a fim de se evitar o efeito estigmatizante decorrente da utilização deste aparelho no corpo humano.

Não obstante as críticas acima mensuradas, reconhece-se que a regulamentação e implementação do sistema de vigilância eletrônica representa um avanço para o sistema carcerário pátrio, além de contribuir para o fomento de discussões e modificações jurisprudenciais importantes no tocante à reformulação do sistema progressivo, tais como a ampliação das hipóteses de concessão de regime aberto de cumprimento de pena.

Neste sentido, deve-se medir esforços para que as inovações trazidas pelo direito cibernético sejam utilizadas em prol de um Direito Penal Mínimo, através da ampliação dos mecanismos que permitam um maior convívio social dos apenados, garantindo-se a integridade física, moral e social, e não apenas como ferramenta de expansão da rede de controle social dos indivíduos.

## Referências:

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*; tradução de Juarez Cirino dos Santos, 3ª ed; Rio de Janeiro. Renavan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITTENCOURT, Cesar Roberto. *Manual de Direito Penal- parte geral*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 0028630-81.2011.8.19.0000, proferido pela 4ª Câmara Criminal do Estado do Rio de Janeiro, de relatoria da Desembargadora Gizelda Leitão Teixeira, julgado em 05/07/11. Disponível em: <http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=00047D6546C9987E0D9B01414791C2D759A97DC42B18560D>. Acesso em 06/02/12, às 22: 40 hs.

BRASIL. CAMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei n.º 2.053, DE 2011. Deputado Hugo Leal. Altera dispositivos do Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e da Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para instituir a pena de recolhimento domiciliar, extinguir o regime de albergamento, modificar o sistema progressivo de cumprimento de pena e os requisitos à obtenção do livramento condicional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=515976>. Acesso em 06/02/12, às 22: 50 hs.

\_\_\_\_\_. CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. Monitoramento eletrônico: Uma alternativa à prisão? Experiências Internacionais e Perspectivas no Brasil. Brasília: Ministério da Justiça, 2008.

BRITTO, Cesar. *OAB: pulseira eletrônica é Big Brother e não ressocializa preso*. OAB – Conselho Federal. 2007. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/noticias/x/10/23/10237/>. Acesso em 08/08/11.

CARVALHO, Salo de. *Anti Manual de Criminologia*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, Imagem, Vida Privada e Intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro, RENOVAR, 2002.

CONTE, Christiany Pegorary. *Prisão virtual: breves considerações sobre o sistema de monitoramento de presos no cumprimento da pena*. Revista dos Juizados Especiais. 52/39-83. São Paulo, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Plano de Gestão para o funcionamento de Varas Criminais e de Execução Penal*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-criminal/plano-gestao-varas-criminais-cnj.pdf>> Acesso em 06/07/12, às 22:15 hs.

D'URSO, Luis Flávio Borges, 2007. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/destaque-principal/durso-defende-monitoramento-eletronico-para-presos>> Acesso em 06/02/12, às 22 hs.

FOUCAULT, Michael. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*; Tradução de Raquel Ramallete. 38ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*; trad. Pablo Rodrigo Alfen. Porto Alegre: SAFE, 2005, p. 385.

GARIBALDI, Gustavo E. L. *Las modernas tecnologías de control y investigacion del delito: su incidencia em el derecho penal y los principios constitucionales*. 1ª ed- Buenos Aires, Ad-hoc, 2010.

LOÏC, WACQUANT. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed; Rio de Janeiro: Renavan, 2003.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 9ªed., Saraiva, 2011.

MOURULLO, Rodriguez. *Comentários al Código Penal*. (Organizador Manuel Cobo Del Rosal), Tomo I, Ed. Edersa, Madrid, 1992.

NETO, Tourinho. *Prisão Virtual*. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 21 n. 9, set. 2009.

NEVES, Eduardo Viana Portela. Monitoramento eletrônico de condenados. Avanço ou retrocesso? Disponível em: <<http://profeduardoviana.wordpress.com/2010/06/01/monitoramentoeletronico-de-condenados-avanco-ou-retrocesso/>>. Acesso em 09/03/12.

NICOLITT, André. *Intervenções Corporais: O processo penal e as novas tecnologias: Uma análise luso-brasileira*. 2010. 457f. Dissertação (Doutorado em Direito)- Universidade Católica Portuguesa, Lisboa.

PARENTE, Juan Antonio Perez. *La pena de localización permanente y su seguimiento com médios de control electrónico*. Net, Mexico, 2006. *Biblioteca Virtual del instituto de Investigaciones Jurídicas de*

*la Universidad Nacional Autónoma do México*. Disponível em [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx). Acesso em 02/02/12, às 16:50 hs.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008.

WEIS, Carlos. *Estudo sobre o monitoramento eletrônico de pessoas processadas ou condenadas criminalmente*. CNPCP, 2007.

**SOBERANIA. TERRITÓRIO NACIONAL.  
ESPAÇO TERRESTRE, AÉREO E MARÍTIMO.  
ESPAÇO DIGITAL: UMA NOVA REALIDADE. UMA VISÃO  
DO FUTURO**

**José Fontenelle Trannin Teixeira da Silva<sup>1</sup>**

**Resumo:** Este artigo tem o propósito de demonstrar que a utilização do ciberespaço, em particular pela internet, sem cláusulas de barreira que impeçam o seu uso indiscriminado, configura invasão, não só da intimidade da pessoa física e/ou jurídica, causando-lhes danos morais e materiais, como também, e, sobretudo, que viola a soberania brasileira, podendo por em risco a própria segurança nacional, havendo, pois, necessidade de que a lei brasileira crie, como extensão da soberania nacional, o que se poderia chamar de Ciberespaço Nacional ou Espaço Digital Nacional.

**Palavras-chave:** Soberania Nacional. Espaço Digital e Ciberespaço. Soberania Nacional. Internet e Telecomunicações. Escala de Soberania.

## **1. Introdução**

Esse breve ensaio não tem, evidentemente, a pretensão de esgotar todo potencial que, acreditamos, o tema encerra, nem, tampouco, creio que seja inédito, apesar de as minhas pesquisas, inclusive e principalmente, as realizadas pela Internet, me tenha remetido a pouquíssimas fontes de informação, com algum conteúdo que pudesse ser utilizado para reforço do desenvolvimento da temática e das conclusões a que cheguei.

Essa a razão, também, da falta de muita informação bibliográfica específica, restando resumida aos autores de obras jurídicas, cuja leitura me foi recomendada pelo Defensor Público/RJ, aposentado, José Fontenelle Teixeira da Silva, meu pai, a quem, desde já, agradeço, pelo estímulo e pela troca de ideias na construção do embasamento legal do ensaio. É mais uma reflexão sobre uma questão que, acredito, irá preocupar os legisladores e políticos de um futuro que não está distante.

O seu propósito é, assim, tão-somente, o de chamar a atenção para o assunto, na expectativa de despertar o interesse dos especialistas,

---

<sup>1</sup> Engenheiro Eletrônico e de Telecomunicações-UGF-RJ. Tecnólogo em Processamento de Dados-PUC-RJ. MBA Gerência Estratégica de T.I.-UFRJ. MBA Executivo-Coppead.

no momento em que a mídia vem divulgando a preocupação das autoridades em disciplinar o uso do ciberespaço, notadamente dos sítios e comunidades de relacionamentos, exibição de vídeos e fotos pela Internet, que, não raro, configuram invasão da privacidade e da intimidade da pessoa física e/ou jurídica, causando-lhe danos morais e/ou materiais. Fica, assim, nesse cenário, a pergunta: o uso, indiscriminado e não regulamentado, sem cláusulas de barreira, da Internet, como meio de comunicação, viola, de alguma forma, a soberania do nosso espaço territorial?<sup>2</sup>

Os Tribunais, por outro lado, como será visto mais à frente, já têm apreciado processos, criminais e cíveis, envolvendo o uso da Internet que, em resumo, nada mais é do que um meio eletrônico de informação, de avançada tecnologia, impossível de ser barrado pelas fronteiras físicas que delimitam o Território Nacional, sobre o qual o Estado exerce a sua soberania, visando a sua proteção e defesa.

## **1. Território Nacional e Soberania**

Território é o limite espacial dentro do qual o Estado exerce de modo efetivo e exclusivo o poder de império sobre pessoas e bens<sup>3</sup>. O poder de império, antes referido, é, em resumo, a soberania. A esse conjunto se soma o ordenamento jurídico que rege as relações internas, dentro de determinado território, dando origem ao Estado. Uma vez estruturado e organizado o Estado, as suas relações com os Estados estrangeiros são, também, presididas pela soberania.

Soberania, então, pode ser conceituada, na linha dos ensinamentos de Marcello Caetano, como poder político supremo e independente: “(...) supremo, porque não está limitado por nenhum outro na ordem interna”, independente, porque, “(...) na ordem internacional, não tem de acatar regras que não estejam voluntariamente aceitas e está em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros povos”.<sup>4</sup>

---

2 SÁ, Fernando. Internet e Soberania. Revista Alceu. PUC RIO 2002 – Vol. 02, nº 04, jan/jun., pags 76 a 94.

3 DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15ª Edição. Malheiros Editores, 1998.

O autor apoia a sua afirmação em Alexandre Groppali, “in” Doutrina do Estado, pág. 140; Oscar Georj Fischbach, “in” Teoria General del Estado, pág. 140, e em Lyra Tavares, “in” Território Nacional, pág. 15.

4 CAETANO, Marcelo. Direito Constitucional. Vol. I, pg. 169. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1977.

O art. 1º, inciso I, da Constituição Federal dispõe que a soberania é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, enquanto que o seu art. 91 institui o Conselho de Defesa Nacional como órgão de consulta do Presidente da República nos “assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado democrático (...)”.<sup>5</sup> Estabelece, ainda, o inciso III, do § 1º, do citado art. 91, que compete ao Conselho de Defesa Nacional “propor critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre o seu efetivo uso, especialmente na fixação de fronteira(...)”<sup>6</sup> – Esses dispositivos revelam, sem dúvida, a vontade constitucional de defender e preservar a soberania que se exerce sobre o território nacional.

O chamado território nacional, entretanto, desde que as aeronaves começaram a cruzar os céus sobre a porção de terras limitada pelas fronteiras físicas desse ou daquele País e a distância do mar territorial deixou de ser medida pelo alcance de um tiro de canhão, passou a englobar, também, o espaço aéreo e o mar territorial, sendo certo, portanto, concluir que, atualmente, a soberania, na sua conceituação clássica, adotada pela Constituição Federal, se estende, via de consequência, também, por sobre o espaço aéreo e o mar territorial, território nacional que são.

## 2. Espaço Aéreo

Mas, se é relativamente fácil, saber-se, cartograficamente, as fronteiras que demarcam a porção de terras que constituem o território nacional, considerado, apenas, esse aspecto, o mesmo não se pode dizer sobre o espaço aéreo e o mar territorial. A enciclopédia Wikipédia<sup>7</sup> considera o espaço aéreo como sendo a “porção de atmosfera controlada por um país em particular, ou uma porção específica da atmosfera”, classificando-o em 03 (três) categorias:

a – Espaço aéreo não controlado: aquele no qual o controle de tráfego aéreo não exerce nenhuma autoridade. Localizada próximo ao solo ou de terreno montanhoso, onde vôos por instrumentos IFR e cobertura de radar são impossíveis.

---

5 DE OLIVEIRA, Cláudio Brandão. Constituição da República Federativa do Brasil. 10ª Edição. Roma Victor Editora – 2007, pg. 01.

6 DE OLIVEIRA, Cláudio Brandão. Ob. cit, pg. 77

7 WIKIPÉDIA, Enciclopédia – [http://pt.wikipedia.org/wiki/Espa%C3%A7o\\_a%C3%A9reo](http://pt.wikipedia.org/wiki/Espa%C3%A7o_a%C3%A9reo)

b – Espaço aéreo controlado: aquele que compreende quase toda a atmosfera e no qual o controle de tráfego aéreo é capaz de instruir aeronaves.

c – Espaços aéreos especiais: aqueles que incluem locais onde vôos são proibidos por questões de segurança.

Desse modo, dois elementos, modernamente, integram o conceito de território: o espaço aéreo e o mar territorial. A soberania sobre o espaço aéreo deve, ao entendimento do autor, tomar como referência uma altitude que justifique um interesse público que exija a presença do poder público para defendê-la. O mesmo raciocínio serve para justificar o mar territorial que, em resumo, é a faixa de mar que acompanha a linha da costa litorânea do Brasil e que se acha sob o seu poder de império, medida a partir da linha de baixa-mar, que é a altura mais baixa atingida pela maré.

A pesquisa feita na Internet<sup>8</sup> informa, a propósito, que:

(...) na exosfera predominam as normas de direito astronáutico, também denominado interestelar, interplanetário, espacial ou cósmico. Firmou-se a doutrina de que o espaço cósmico fica sob o império do direito internacional, com a criação, em 1958, pela Organização das Nações Unidas (ONU), da comissão para o uso pacífico do espaço cósmico. Em 1961, foi criada a Resolução 1.721, que proclamou a extensão ao espaço exterior e aos corpos celestes dos princípios do direito internacional e da Carta das Nações Unidas, bem como o direito de todos os Estados de levarem a cabo explorações cósmicas e a inapropriabilidade jurídica dos corpos celestes (3).

Vale dizer: na exosfera não cabe falar em soberania.

Por exclusão, tem-se que a exosfera está no limite acima de 600 km. Por sua vez, o espaço aéreo, sobre o qual o País pode e deve exercer a sua soberania, englobaria a troposfera, a estratosfera e a ionosfera, esta em altitude inferior a 100 km, balizada, a meu entender, pela maior altitude na qual, atualmente, pode voar uma aeronave civil e/ou militar. Esses patamares de altitude correspondem ao espaço aéreo controlado

---

8 [http://www.dji.com.br/constitucional/territorio do estado.htm](http://www.dji.com.br/constitucional/territorio%20do%20estado.htm)

e aos espaços aéreos especiais, segundo os conceitos encontrados na enciclopédia Wikipédia.<sup>9</sup>

A utilização do nosso espaço aéreo é, por sua natureza, questão afeta ao Código Brasileiro de Aeronáutica <sup>10</sup> que, em seu art. 1º e § 1º, dispõe:

Art. 1º O Direito Aeronáutico é regulado pelos Tratados, Convenções e Atos Internacionais de que o Brasil seja parte, por este Código e pela legislação complementar.

§ 1º Os Tratados, Convenções e Atos Internacionais, celebrados por delegação do Poder Executivo e aprovados pelo Congresso Nacional, vigoram a partir da data neles prevista para esse efeito, após o depósito ou troca das respectivas ratificações, podendo, mediante cláusula expressa, autorizar a aplicação provisória de suas disposições pelas autoridades aeronáuticas, nos limites de suas atribuições, a partir da assinatura (artigos 14, 204 a 214).

A respeito do exercício da soberania brasileira sobre o seu espaço aéreo, estabelece o art. 11, do referido Código, que<sup>11</sup> “O Brasil exerce completa e exclusiva soberania sobre o espaço aéreo acima de seu território e mar territorial”.

O disposto no art. 11 é norma condicionante do alcance dos Tratados, Convenções e Atos Internacionais aos quais se refere o art. 1º e seu § 1º, do Código Brasileiro de Aeronáutica, vale dizer: esses documentos só poderão ser aprovados pelo Congresso Nacional, se as suas disposições não conflitarem, expressa ou implicitamente, com os princípios regentes da Soberania Nacional. Por outro lado, as disposições do art. 1º, *caput*, retiram, indiretamente, do conceito de soberania o seu caráter de direito nacional absoluto, como pretende que seja o disposto no art. 11, mencionado.

Ora, parece claro que, sendo o Direito Aeronáutico pautado, também, por instrumentos legais internacionais, além das disposições do Código Brasileiro de Aeronáutica, e sendo o uso do nosso espaço

---

9 WIKIPEDIA, Enciclopédia. Sítio cit.

10 LEI Nº 7.565, de 19/12/1986

11 Idem.

aéreo, acima do seu território e mar territorial, disciplinado pelo Direito Aeronáutico, que, por via oblíqua, a soberania exercida, pelo Estado Brasileiro, sobre o território nacional, na sua dimensão espacial e marítima, haverá conviver com determinados interesses internacionais, agora mais presentes, em face do fenômeno transnacional da globalização.

A faixa de mar territorial, nos dias de hoje, está determinada pela Lei nº 8.617, de 04/01/1993, em 12 (doze) milhas náuticas.<sup>12</sup> Antes, o Decreto-Lei nº 1.098, de 25/03/1970, havia estabelecido a faixa de 200 (duzentas) milhas.<sup>13</sup>

### **3. Soberania e Telecomunicações**

A telecomunicação, em síntese, envolve um conjunto de processos técnicos utilizados, basicamente, para a emissão ou recepção de informações na sua acepção mais ampla. Esses processos utilizam a eletricidade, as ondas de rádio e as ondas eletromagnéticas que se propagam, todas elas, fazendo uso, ou não, de satélites artificiais que gravitam em torno da Terra, pela camada superior da ionosfera acima de 600 km de altitude e pela exosfera ou espaço sideral, cósmico, interplanetário ou interestelar, situado acima de 600 km de altitude.

Tem-se, portanto, que a telecomunicação utiliza o espaço aéreo para emitir ou receber informações, o quê, aliás, está explícito no art. 1º, do Código Brasileiro de Telecomunicações<sup>14</sup>, enquanto o seu art. 4º dá a abrangência e certos conceitos desses processos:

Art. 1º Os serviços de telecomunicações em todo o território do País, inclusive águas territoriais e espaço aéreo, assim como nos lugares em que princípios e convenções internacionais lhes reconheçam extraterritorialidade obedecerão aos preceitos da presente lei e aos regulamentos baixados para a sua execução.

Art. 4º Para os efeitos desta lei, constituem serviços de telecomunicações a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meios óticos ou qualquer outro

---

12 LEI Nº 8.617, de 04/01/1993.

13 DECRETO-LEI Nº 1.098, de 25/03/1970.

14 LEI Nº 4.117, de 27/08/1962.

processo eletromagnético. Telegrafia é o processo de telecomunicação destinado à transmissão de escritos, pelo uso de um código de sinais. Telefonia é o processo de telecomunicação destinado à transmissão da palavra falada ou de sons.

A soberania brasileira, no caso, é preservada na medida em que os referidos princípios e convenções internacionais dependem de sua aprovação, pelo Congresso Nacional, para que produzam efeitos válidos em nosso território, conforme o disposto no art. 2º, do Código Brasileiro de Telecomunicações, adiante transcrito<sup>15</sup>:

Art. 2º Os atos internacionais de natureza normativa, qualquer que seja a denominação adotada, serão considerados tratados ou convenções e só entrarão em vigor a partir de sua aprovação pelo Congresso Nacional.

Tratando-se de atos internacionais de natureza administrativa, tais atos, porém, somente terão validade, em território nacional, depois de aprovados pelo Presidente da República. Assim é porque, em se tratando de atos de natureza administrativa, cuida-se, a rigor, de atos típicos de governança que, no entendimento do autor deste trabalho, é da competência do Presidente da República, pelo que se depreende do estabelecido no art. 3º, do Código Brasileiro de Telecomunicações, abaixo transcrito, cujo texto obedece ao imperativo contido no art. 84, II e VIII, da Constituição da República:

Art. 3º Os atos internacionais de natureza administrativa entrarão em vigor na data estabelecida em sua publicação depois de aprovados pelo Presidente da República.

Além de deixar evidente o liame da telecomunicação com a soberania nacional, esses cuidados legais destinam-se, sem dúvida, a resguardar o seu exercício, certo que a emissão de informação, seja por recursos gráficos, imagens, escritos, sons etc, é feita, modernamente, por intermédio de processos eletromagnéticos, cuja ambiência de propagação é o espaço aéreo que, como vimos, faz parte do território brasileiro, sobre o qual, obviamente, haverá de ser exercida a soberania. Não haveria, entretanto, necessidade de se cogitar de soberania, caso fosse admitida, apenas para argumentar, a inexistência de pluralidade de

---

15 LEI Nº 4.117, de 27/08/1962.

territórios e nações.

A soberania, desse modo, para que se concretize, depende, necessariamente, da existência de pluralidade de territórios e nações que, pelo menos em tese, necessitem, cada uma delas, uma em face das outras, defender o respectivo território e a aplicação, com exclusividade, nos seus limites, das suas leis, resultando, por tais razões, a necessidade de o Código Brasileiro de Telecomunicações considerar as esferas no âmbito das quais os serviços de telecomunicações operam: um, o âmbito do território nacional; outro o que envolve o serviço com emissoras estrangeiras, ou brasileiras que se encontrem fora dos limites da jurisdição territorial da União. O art. 5º, do Código Brasileiro de Telecomunicações trata do assunto, com a seguinte redação<sup>16</sup>:

Art. 5º Quanto ao seu âmbito, os serviços de telecomunicações se classificam em:

a) serviço interior, estabelecido entre estações brasileiras, fixas ou móveis, dentro dos limites da jurisdição territorial da União;

b) serviço internacional, estabelecido entre estações brasileiras, fixas ou móveis, e estações estrangeiras, ou estações brasileiras móveis, que se achem fora dos limites da jurisdição territorial da União.

#### **4. Internet e Telecomunicações**

Afinal, o quê é a Internet? Não é, como muitos poderiam pensar, uma onda eletromagnética; por isso não é correto dizer que a Internet se propaga pelo espaço aéreo, seja qual for a sua altitude. A Internet vem a ser uma rede mundial de computadores, interligados via infra-estrutura de telecomunicações que, em regra, utiliza circuitos/links de dados ou linhas telefônicas e, ainda, redes sem fio. Não obstante, essa tecnologia de computadores se interliga, em rede, de escala mundial, através de impulsos eletromagnéticos que permeiam o espaço aéreo global, como se fosse, numa comparação, talvez um pouco forçada, uma imensa e contínua *névoa* que envolvesse todo o globo terrestre.

Essa abordagem coaduna-se com a definição do emérito professor Fernando Sá, da PUC-RIO, no seu trabalho “Internet e Soberania”<sup>17</sup>,

---

16 LEI Nº 4.117, de 27/08/1962

17 SÁ, Fernando. Ob. cit.

publicado na revista *Alceu*, em 202, no qual afirma que:

A Internet é um conjunto de redes de computadores interconectadas que permite a comunicação entre milhões de usuários em todo o mundo, formando um imenso grupo de recursos para a difusão e troca de informações em escala global. Sua origem provém de uma série de redes de computadores desenvolvidas na década de de setenta do século XX com caráter não comercial. A primeira, de nome Arpanet, foi criada pelo Departamento de Defesa Norte-Americana logo ampliada e convertida culturalmente pela *National Science Foundation* no que hoje é a Internet.

É exatamente o fato de a Internet operar utilizando-se da estrutura de telecomunicações, que sujeita esse meio de emissão e recepção de informações, no seu sentido mais amplo, ao regime do Código Brasileiro de Telecomunicações<sup>18</sup>, observada a abrangência do texto do seu art. 4º, mais uma vez transcrito:

Art. 4º Para os efeitos desta lei, constituem serviços de telecomunicações a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético (...).

A característica da Internet de constituir-se em uma rede de computadores interligados, via infra-estrutura de telecomunicações, coloca a possibilidade de uso dessa tecnologia da informação globalizada, no âmbito do território nacional, ficando, conseqüentemente, sujeita aos princípios da soberania brasileira, na hipótese prevista no art. 7º e seus parágrafos, c/c o estabelecido no art. 5º, letra “b”, todos do Código Brasileiro de Telecomunicações<sup>19</sup>, regulando os serviços internacionais, cuja clareza e pertinência temática dispensam comentários:

Art. 7º Os meios, através dos quais se executam os serviços de telecomunicações, constituirão troncos e redes contínuos, que formarão o Sistema Nacional de Telecomunicações.

---

18 LEI Nº 4.117, de 27/08/1962.

19 Idem.

§ 1º O Sistema Nacional de Telecomunicações será integrado por troncos e redes a eles ligados.

§ 2º Objetivando a estruturação e o emprego do Sistema Nacional de Telecomunicações, o Governo estabelecerá as normas técnicas e as condições de tráfego mútuo a serem compulsoriamente observadas pelos executores dos serviços, segundo o que for especificado nos Regulamentos.

O art. 8º, do referido Código<sup>20</sup>, e seus parágrafos, por sua vez, estabelecem conceitos que facilitam a compreensão do que seja essa malha diferenciada que, em resumo, compõe os serviços de telecomunicações:

Art. 8º Constituem troncos do Sistema Nacional de Telecomunicações os circuitos portadores comuns, que interligam os centros principais de telecomunicações.

§ 1º Circuitos portadores comuns são aqueles que realizam o transporte integrado de diversas modalidades de telecomunicações.

§ 2º Centros principais de telecomunicações são aqueles nos quais se realiza a concentração e distribuição das diversas modalidades de telecomunicações, destinadas ao transporte integrado.

§ 3º Entendem-se por urbanas as redes telefônicas situadas dentro dos limites de um município ou do Distrito Federal, e por interurbanas as intermunicipais dentro dos limites de um Estado ou Território.

## **5. Internet e Soberania Nacional**

É certo concluir, pelo já exposto, que a Internet, como uma rede mundial de computadores interligados, está sujeita, no que couber, às disposições do Código Brasileiro de Telecomunicações<sup>21</sup>, assim como a sua tecnologia permeia e sobrepõe o espaço aéreo brasileiro, parte integrante do Território Nacional, juntamente com o mar territorial, nos limites dos quais haverá de exercer, em princípio, com plenitude,

---

20 Idem.

21 Idem.

a soberania nacional, conforme, aliás, prescreve o art. 11, do Código Brasileiro de Aeronáutica<sup>22</sup>, que transcrevemos, novamente, para facilitar a consulta: “Art. 11 - O Brasil exerce completa e exclusiva soberania sobre o espaço aéreo acima de seu território e mar territorial.”

Mas, será que essa rede interligada de computadores, com sua tecnologia de informação globalizada e avançada, interligando, inclusive, troncos e centros de telecomunicações sediados fora do Território Nacional, sobre os quais não pode a legislação brasileira incidir, ressalvadas as hipóteses de Tratados e Convenções Internacionais, não estaria violando a soberania brasileira, pelo menos em alguns de seus aspectos? A resposta é afirmativa, apesar de o Código Brasileiro de Telecomunicações<sup>23</sup>, no art. 9º, *caput*, asseverar que “O Conselho Nacional de Telecomunicações ao planejar o Sistema Nacional de Telecomunicações, discriminará os troncos e os centros principais de telecomunicações”

Ao que se pode constatar, a legislação brasileira não cogita de troncos localizados fora das fronteiras brasileiras, omissão que poderia ser resolvida, consultados os doutos em Direito Constitucional, com um acréscimo legislativo que atribuisse, também, ao Conselho Nacional de Telecomunicações o poder de discriminar os troncos e centros principais de telecomunicações em países com os quais o Brasil haja assinado Tratado ou Convenção Internacional para a recíproca utilização da Internet, reservado à legislação brasileira estabelecer cláusulas de defesa da Soberania Nacional e da privacidade daqueles que residem em território brasileiro. Deixo a sugestão.

Importa considerar que já não são mais raras, como se sabe, as atividades ilícitas levadas a cabo pela Internet. É crescente a proliferação de sítios de relacionamentos, comunidades, exibição de vídeos e fotos via Internet, muitos sem o menor controle do que pode ser ou não disponibilizado para acesso, visualização, cópia e distribuição do conteúdo, seja ele de caráter privado, ou não, individual, preconceituoso, discriminatório, ou não, certo que não há um controle, efetivo e eficaz, da idoneidade desses conteúdos, inclusive com o objetivo da necessária identificação da fonte, para efeito de responsabilização penal e/ou civil.

Alguns casos pesquisados no sítio do Superior Tribunal de Justiça-STJ<sup>24</sup>, com destaque, apenas, para parte que, de forma mais

---

22 LEI Nº 7.565, de 19/12/1986.

23 LEI Nº 4.117, de 27/08/1962.

24 [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)

direta, diga respeito ao tema, fornece conceitos indispensáveis pra a melhor compreensão do que se afirma:

Resp 660026/RJ – Recurso Especial – 2004/0073295-7

Responsabilidade civil. Concessionária de telefonia. Serviço Público. Interrupção. Incêndio não criminoso. Danos materiais. Empresa provedora de acesso à Internet. Consumidora intermediária. Inexistência de relação de consumo. Responsabilidade objetiva configurada. Caso fortuito. Excludente não caracterizada. Escopo Pacificação social do Processo. Recurso não conhecido.

1. (...).

2. A recorrida, pessoa jurídica com fins lucrativos, caracteriza-se como consumidora intermediária prestados pela recorrente, porquanto se utiliza dos serviços de telefonia prestados pela recorrente com o intuito único de viabilizar sua própria atividade produtiva, consistente no fornecimento de acesso à rede mundial de computadores (Internet) e de consultorias e assessoramento na construção de homepages, em virtude do que se afasta a existência de relação de consumo.

3. (...).

7. (...).

(STJ – Quarta Turma. Relator Ministro Jorge Scartezini –

Julgamento em 03/-5/2005 – DJ de 27/06/2005 p. 409)..

Resp 513850/SC – Recurso Especial.

Administrativo. Empresa concessionária de serviços de telefonia. Postos de atendimento. Reabertura. Sistema de teletendimento ou Internet. (...). Recurso

Especial ao qual se nega provimento.

1. (...).

2. (...).

3. (...).

4. (...).

5. Sendo a recorrente concessionária de serviços de telefonia pública, tem o dever de prestar um serviço para a plena satisfação dos usuários, que são, no dizer de Hely Lopes Meirelles, “seus legítimos destinatários”. A utilização exclusiva do sistema de teleatendimento, Internet ou de casas lotéricas implica a prestação de serviço inadequado, por implicar em várias consequências prejudiciais ao usuário que se vê completamente lesado no direito a um bom e eficiente serviço, pelo qual paga caro, e impotente no sentido de não ter como buscar a reparação do dano sofrido pela má prestação do serviço.

6. (...).

7. (...).

(STJ – Primeira Turma. Relator Ministro José Delgado – Julgado em 03/02/2005 – DJ de 04/04/2005 p. 171).

CC 46559/SP – CONFLITO DE COMPETÊNCIA – 2004/013062-1

Conflito Negativo de Competência Processual Penal. Fraudes realizadas por intermédio da Internet. Prejuízo ao Banco do Brasil (...).

1. A suposta prática de estelionato em desfavor de correntista do Banco do Brasil, por intermédio da rede mundial de computadores, não altera a competência da Justiça Estadual, nos termos da súmula nº 42 do STJ.

2. (...).

Esses julgamentos, entre tantos outros, servem de pálida amostra dos malefícios que a utilização da rede mundial de computadores – Internet, sem as devidas e necessárias cláusulas de barreira, pode causar a instituições e cidadãos brasileiros, ou não, situadas ou residentes em Território Nacional, nos limites dos quais deveriam estar protegidos pelo ordenamento legal pátrio que, em última análise, acaba sendo o mecanismo mediante o qual o Estado, em sentido amplo, no caso o Brasil, deveria exercer, com exclusividade, plenitude e de forma imperativa, a sua soberania, pelo simples fato de poder exigir, nos limites do seu território, o cumprimento de suas leis.

Mais uma vez, permito-me chamar a opinião do Professor Fernando Sá<sup>25</sup>, que, no trabalho retro mencionado, considera válida a dvertência, feita por alguns, “sobre o perigo que implica o uso da rede por *hakers*, por políticos inescrupulosos com respeito à intimidade dos cidadãos ou por empresas que se utilizem de meios ilegítimos para a promoção de seus produtos ou serviços.”

Mas, essa linha de argumentação comporta algumas indagações: a primeira; o quê tem a ver a cidadania, no caso, a brasileira, com a soberania nacional? A segunda; a tecnologia de informação, sobre a qual está montada a rede internacional de computadores interligados, chamada Internet, pode violar e comprometer a soberania de um País e aspectos da cidadania, a exemplo da privacidade? A terceira: cláusulas de barreira ao uso a internet implicariam em limitação do direito de liberdade de expressão, com a configuração de censura?

Respondendo à primeira indagação, pode-se afirmar, com segurança, que a cidadania é, basicamente, um dos aspectos da soberania, na medida em que cidadão, no caso, é toda pessoa que está em situação de desfrutar, com segurança, do ordenamento legal do País, onde nasceu e tem residência, seguindo-se que, violado algum direito essencialmente vinculado à cidadania, violada estará, por este aspecto, a soberania. A Constituição Federal<sup>26</sup> relacionou, no seu art. 1º, inciso I, a soberania, entre os cinco fundamentos sobre os quais se erigiu a República Federativa do Brasil, como Estado democrático de direito, e,

---

25 SÁ, Fernando. Ob. Cit.

26 OLIVEIRA, Cláudio Brandão. Ob.cit.

logo após, no seu inciso II, incluiu a cidadania, revelando o liame que interliga esses fundamentos republicanos, tendo, como paradigma, a soberania.

Este entendimento encontra apoio na lição de José Afonso da Silva<sup>27</sup> que, por sua vez, se reporta a Jorge Miranda:

A cidadania está aqui num sentido mais amplo do que o de titular de direitos políticos. Qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal (art. 5º, LXXVII), Significa aí, também, que o funcionamento do Estado está submetido à vontade popular. E aí o termo conexas-se com o conceito de soberania popular parágrafo único do art. 1º (...).

Não se está a confundir, com essa citação, soberania popular com soberania nacional, mas importa considerar que, se “todo direito emana do povo (...)”, nos termos do parágrafo único do art. 1º, da Constituição Federal, é certo afirmar que esse poder, que emana do povo, é o mesmo que, substancialmente, legitima a soberania do Estado e o seu consequente exercício. Difícil, por isso, conceber um Estado soberano, que exerça uma soberania que não tenha sido forjada pela soberania do seu povo, ou soberania popular, que, a rigor, é o elemento, básico, que forma a Nação.

Aliás, nessa linha de raciocínio, vale referir, mais uma vez, o magistério do Professor Fernando Sá<sup>28</sup>, para quem “(...) a soberania” sempre foi imaginada como indivisível, inalienável e pertencente ao povo. Jamais foi pensada como um dom que teria origem em alguma divindade, mas como criação dos homens que, vivendo em sociedade, precisavam gerir seu próprio destino. Mesmo uma soberania usurpada continuava tendo o povo como titular (...)”.

Essa abordagem não significa admitir que, se um cidadão brasileiro ou algum estrangeiro, residente no País, for vítima de algum ato discriminatório ou de uma simples troca de palavras ofensivas, praticado por agente situado fora do território brasileiro, sem envolver, por exemplo, os segredos Nacionais e/ou a honra Nacional, que tal fato

---

27 DA SILVA, José Afonso. Ob. cit. pag. 108.

28 [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)

viole, de forma sensível, a soberania nacional a ponto de colocá-la em risco.

Para deixar mais claro, defendo que a representação gráfica da soberania, não repousa em um ponto no espaço. O cenário, gráfico, da soberania seria visto, do ponto de vista do articulista, como uma escala, cuja divisão, em ordem crescente, no sentido do seu exercício pleno, correspondesse aos diversos valores que a constituem, de modo a que se pudesse medir, pelo peso que fosse atribuído a cada item, o grau de violação que sofreu, ou que pudesse vir a sofrer. Concebida dessa forma, mais conforme da realidade moldada pela globalização, poder-se-ia dizer que a soberania nacional, ou qualquer outra, pode ser violada, para mais ou para menos.

Em termos de soberania nacional, o fato de uma pessoa ter algum dos seus direitos de cidadão violado não pode ser muito mais relevante do que uma invasão armada do Território Nacional, seja por terra, mar ou ar, ou a criação, clandestina, de empresa destinada à exploração das nossas riquezas minerais. Assim, a hipótese de violação de direitos da cidadania, estaria, na escala de soberania, quase sobre o marco 0 (zero), enquanto os demais exemplos cogitados estariam quase sobre o marco mais elevado da escala. Sim, mas isso não significa dizer que a soberania não tenha sido, de alguma forma, atingida.

A observação feita pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Gilson Dipp, Relator no H.C. nº 56978/GO, julgado em 01/06/2006, pela Quinta Turma do STJ, DJ de 19/06/2006 – p. 174<sup>29</sup>, envolvendo violação de sigilo bancário por uma quadrilha especializada em praticar fraudes por meio da Internet, consistentes na subtração de valores de contas bancárias, em detrimento de diversas vítimas e instituições financeiras, entre elas a Caixa Econômica Federal, fazendo uso de um programa de computador denominado TROJAN, dá a exata medida do que é possível acontecer, em termos de Soberania Nacional, se, por qualquer motivo, a rede mundial de computadores interligados-Internet for utilizada por um operador, situado fora do Território Nacional, com o objetivo de, clandestinamente, localizar e mapear, por exemplo, as riquezas do nosso subsolo, ou vasculhar os gabinetes militares e/ou ministeriais, os Serviços de Inteligência Oficiais, além de dependências diplomáticas onde são guardados documentos classificados como secretos e do interesse da segurança nacional ou, ainda, os escritórios onde são guardados segredos industriais e estratégicos relacionados com certas atividades oficiais envolvendo a exploração e o comércio exterior,

---

29 [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)

praticados por empresas como a PETROBRÁS, a NUCLEOBRÁS e a EMBRAER. Leia-se:

(...). As eventuais fraudes podem ser perpetradas na privacidade da residência, do escritório ou, sem muita dificuldade, em qualquer lugar em que se possa ter acesso à rede mundial de computadores (...).

A resposta à segunda indagação é, também, afirmativa. Todos os exemplos que foram apresentados demonstram que a tecnologia de informação, sobre a qual está montada a internet, é capaz de ser usada para violar a soberania de um País. A mídia, de um modo geral, tem noticiado a ocorrência de fatos e a prática de atos, tornados possíveis, por conta do uso da Internet, que, do ponto de vista do articulista, representam certo grau de violação da soberania nacional, ainda que mais afastada do marco mais elevado da hipotética escala de soberania, a exemplo do que vem acontecendo com o tráfego de fotos e a troca de informações sobre pedofilia.

Respondendo a terceira e última indagação, é importante assinalar que cláusulas de barreira ao uso, indiscriminado, da Internet constituem questão que, por sua natureza, abriga sérias controvérsias, apesar de algumas decisões judiciais, do que é exemplo a transcrita abaixo, adotem linha de entendimento no sentido de que o dever de informar e o direito à informação não sejam direitos absolutos, pelo que determinadas limitações não configurariam a censura vedada constitucionalmente.

Nessa direção, o julgamento da Ação Penal Originária nº 2004/0156017-1, expresso pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Hamilton Carvalhido, Relator do Processo referido<sup>30</sup>, para quem o exercício do dever-direito de informar à sociedade, pelos meios de informação jornalística, embora livre e independente, está sujeito, por não ser absoluto, a certos limites, decorrentes do Estado de Direito, tendo em vista a necessidade de tutela dos direitos fundamentais individuais, entre os quais, a honra das pessoas. Leia-se:

(...).

(...).

---

30 DIREITOS HUMANOS, Convenção Americana. Pacto de São José da Costa Rica, de 22/11/69.

3 – Os meios de informação jornalística e o Ministério Público, livres e independentes que devem ser, especialmente no exercício do dever-direito de informar à Sociedade, submetem-se, contudo, por não ser absolutos o direito de informar e à informação, devidamente a limites, que são requisições absolutas, como é do Estado de Direito, dos direitos fundamentais individuais, entre os quais, a honra das pessoas (...).

Apesar da autoridade do entendimento, a questão não pode ser considerada resolvida, uma vez que a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos<sup>31</sup>, o chamado Pacto de São José<sup>32</sup>, de 1969, do qual o Brasil é signatário, cuida da liberdade de pensamento e de expressão, nos termos do seu art. 13, inciso 1, assim textualizado:

Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de escolha.

Em seguida, o inciso 2, do referido art. 13, estabelece que tais direitos não podem estar sujeitos à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e necessárias para assegurar a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde, ou da moral públicas.

Finalmente, no que interessa a este trabalho, o inciso 3, do artigo em exame, por sua vez, prescreve que<sup>33</sup>:

Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

---

31 COSTA RICA, Pacto de São José. Decreto nº 678, de 06/11/1992. Homologou o Pacto no Brasil.

32 Ob. cit.

33 TELECOMUNICAÇÕES, Código Brasileiro de. Lei nº 4.117, de 27/08/1986, art. 4º.

A clareza dos mencionados dispositivos do Pacto de São José, do qual o Brasil é signatário, a natureza e a atividade fim da Internet remetem, forçosamente, aos arts. 1º, 2º, 3º e 4º, do Código Brasileiro de Telecomunicações, e, conseqüentemente, à conclusão, fundamental, de que o direito à liberdade de pensamento e de expressão, que engloba e “compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de escolha.”, conforme dispõe o inciso 1, do art. 13, do referido Pacto, não pode estar sujeito a cláusulas de barreira, estabelecidas previamente, porque tais cláusulas configurariam censura prévia, vedada por tratado internacional do qual o Brasil é signatário, motivo pelo qual está obrigado a cumprir as suas normas.

O abuso do direito de informar e de receber informação, entretanto, será punido, mediante responsabilização, civil e penal, prevista na legislação de cada País, apurada depois de haver sido praticado o ato considerado abusivo, conforme previsto no inciso 2, do mesmo artigo do Pacto de São José. A restrição implica, em última análise, na realização de um processo judicial no qual deverão ser provados o abuso do direito de informar e de receber informação e quem foi aquele que fez a divulgação, qualquer que tenha sido o meio utilizado, inclusive a Internet que, entendo, está alcançada pela abrangência da norma do inciso 1, do art. 13 do Pacto de São José.

Na Constituição Brasileira, a proibição da censura está prevista no art. 5º, inciso IX, e art. 220 e seus parágrafos, nos seguintes termos:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

(...).

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Art. 220 – A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição,

observado o disposto nesta Constituição:

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Os dispositivos do Pacto de São José e os da Constituição Federal, interpretados, literalmente, levam a crer, numa primeira leitura, não ser possível estabelecer normas legais para regular e disciplinar, com restrições legais, o uso, indiscriminado, da Internet no território brasileiro ou no de qualquer outro signatário do Pacto.

A Justiça Brasileira, conforme é sabido, pelos que exercem atividade profissional na área do Direito, pauta-se pelo mesmo princípio, resultando em que aquele que exercitou, abusivamente, o direito de informar e de ser informado, divulgando, no caso, pela Internet, para esse fim, qualquer símbolo, caracteres, sinais, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, que tenha causado dano, material e/ou moral, ao cidadão, só estará obrigado a reparar o dano causado depois de condenado em processo judicial, de forma irrecorrível<sup>34</sup>.

Defendo que esse aspecto nada significa, em termos de soberania nacional, se a sua divulgação e a recepção forem feitas em território brasileiro por alguém que resida no Brasil, mesmo que seja estrangeiro. Incidirá, no caso, com exclusividade e plenitude, a legislação brasileira, sob a tutela dos princípios da soberania, uma vez que o ato foi praticado e produziu os seus efeitos em Território Nacional, onde, também, se encontrava o seu autor, e onde impera a lei brasileira.

Na hipótese acima cogitada, a soberania nacional não teria sofrido qualquer violação, apesar do uso da rede internacional de computadores interligados-Internet, ainda que com troncos e centros de telecomunicações sediados fora do Território Nacional. Importaria também nada para a soberania nacional a questão de não ser possível exercer a censura prévia sobre os direitos de informar e de ser informado e que o autor da divulgação tenha sido responsabilizado, posteriormente,

---

34 TELECOMUNICAÇÕES, Código Brasileiro de. Lei nº 4.117, de 27/08/1986, art. 4º.

ao exercício abusivo e danoso desses direitos. No caso, a hipótese de eventual violação da soberania nacional estaria sobre o marco zero da hipotética escala de soberania, vale dizer, não existiria.

Mas, e se o autor da divulgação da informação via Internet, estiver do Território Nacional e fizer uso de troncos e centros de telecomunicações, também sediados em território estrangeiro, mesmo que o Brasil mantenha tratado de utilização do seu espaço aéreo, com esse imaginado País, para efeito de serviços de telecomunicação?

Colocada, desse modo a questão, a solução do problema requer a análise de regras próprias do Direito Internacional, muito embora não seja o propósito, principal, desse ensaio a sua abordagem jurídica. Assim, embora o autor da divulgação abusiva e danosa, via Internet, pudesse ser julgado e condenado pela Justiça brasileira, de acordo com a legislação pátria, pelo fato de os efeitos da aludida divulgação produzirem os seus resultados em Território Nacional, a soberania nacional só estaria preservada, do ponto de vista do articulista, nas seguintes hipóteses:

- a primeira: se o Brasil mantivesse, com o País estrangeiro, onde se encontrassem o autor da divulgação e os centros e troncos de telecomunicações, tratado de extradição, em face do qual o condenado fosse extraditado para o Brasil para, em Território Nacional, cumprir a sua condenação, caso a divulgação tenha configurado crime previsto em nossa legislação penal;

- a segunda: se, na mesma situação anterior, as autoridades competentes do País estrangeiro firmassem, formalmente, compromisso de que o autor da divulgação cumpriria a sua pena, sem ser extraditado, mas aplicando a legislação penal do Brasil:

- a terceira: se, consideradas as circunstâncias da primeira hipótese, o autor da divulgação abusiva fosse condenado, em processo civil, pela Justiça brasileira, a ressarcir o dano causado, mediante o pagamento de determinada importância, e as autoridades competentes do País estrangeiro promovessem a execução da sentença, aplicando a legislação processual civil brasileira, uma vez que, nesse caso, não haveria necessidade de extradição.

Ora, em todos esses casos, tudo se passa como se houvesse uma projeção, ainda que pontual, da soberania nacional sobre o território

estrangeiro, resultando na preservação da integridade da soberania brasileira. Defendo, conforme textualizado anteriormente, que, também, de nada importaria para a soberania nacional, a questão de ser ou de não ser possível exercer a censura prévia sobre os direitos de informar e de ser informado e que o autor da divulgação, via Internet, tenha sido responsabilizado, ulteriormente, ao exercício abusivo e danoso desses direitos. No caso, a hipótese de eventual violação da soberania nacional estaria sobre o marco zero da hipotética escala de soberania, vale dizer, não existiria.

Entrementes, se o cenário desses eventos for ao contrário das hipóteses acima levantadas, abre-se espaço para afirmar que, nesse caso, haveria violação da soberania nacional de considerável intensidade, cujo resgate não mais estaria sujeito às decisões posteriores da Justiça brasileira, mas de decisões ulteriores de organismos internacionais, como a Organização das Nações Unidas-ONU e a Corte Internacional de Justiça, regidos por tratados e convenções dos quais o Brasil é signatário. Assim, fora dessas vias diplomáticas, sobraria, apenas, a via armada, forma primitiva de defesa e/ou de resgate da soberania de um País. Mas, de qualquer modo, a violação da soberania nacional já teria acontecido diante da inexistência de barreiras técnicas e/ou legais que pudessem bloquear a recepção da divulgação, via Internet, de informação previamente considerada atentatória à soberania nacional.

É necessário considerar, além disso, que a restrição de censura prévia dos direitos de informar e de receber informação alcança até mesmo a hipótese de proteção da segurança nacional, que, por sua natureza, é questão diretamente relacionada com a soberania de um País. Com efeito, nem mesmo a divulgação e recepção de informações relacionadas com a segurança nacional, apesar dos relevantes interesses que resguardam, inclusive vinculados, diretamente, à soberania nacional, escapariam da censura prévia, sendo consideradas, apenas, como um dos motivos para a lei fixar, a respeito, a responsabilidade ulterior pela divulgação abusiva e danosa da informação, via Internet, hipótese objeto desse ensaio, conforme pode ser conferido na redação do inciso 2, do art. 13, do Pacto, transcrito outra vez mais, para facilitar a consulta:

O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

a) – (...);

b) – a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

O cenário, agora examinado, revela, nitidamente, que a dificuldade de se estabelecer, previamente, cláusulas de barreira à divulgação e recepção de informações, inclusive via Internet, repousa no direito fundamental da liberdade de expressão, um dos pilares do Estado Democrático de Direito, certo que configurariam censura prévia, incompatível com as liberdades democráticas, motivo pelo qual, pelo menos no Brasil, nos dias atuais, a utilização desse recurso de proteção é, em princípio, vedada mesmo em se tratando de risco à integridade da soberania nacional, apesar da existência de tecnologia apropriada para bloquear a expedição e a recepção da divulgação considerada violadora da soberania nacional.

A combinação do disposto nos arts. 221, e seus incisos, com o art. 222, § 3º, ambos da Constituição Federal, entretanto, comporta interpretação que permite barreira a certas emissões via Internet. Com efeito, estabelece o art. 221 e seus incisos:

Art. 221 – A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I – preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II – promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III – regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Ora, é correto, portanto, afirmar que a produção e a programação que contrariar tais princípios poderão ser censurados previamente, uma vez que estarão fora da vedação da censura prévia. É lógica aplicada ao contrário. O art. 222, § 3º, por sua vez, dispõe:

Art. 222 – A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoa jurídica constituída sob a leis brasileiras e que tenham sede no País.

(...).

§ 3º - Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais.

Armado o silogismo, a conclusão é resultado de raciocínio lógico primário: se, no caso, a prestação dos serviços de comunicação social eletrônica deverá observar os princípios enunciados no art. 221, da Constituição Federal, independentemente da tecnologia utilizada, é certo afirmar que a inobservância desses princípios permite sujeitá-los à censura prévia, por interpretação a contrário, donde a divulgação e recepção de informação via Internet, quando também contrariarem ditos princípios, estarão sujeitos, igualmente, à censura prévia, uma vez que os serviços prestados via Internet são abrangidos pela expressão “independentemente da tecnologia utilizada”. Acrescente-se: estejam onde estiverem localizados os troncos e centros de telecomunicações; no Brasil ou em País estrangeiro.

## **6. Conclusão**

O mundo vive, atualmente, uma nova realidade na qual todos os Países estão mergulhados e na qual a chamada globalização, as tecnologias de informação e, principalmente, as novidades advindas do uso da internet (World Wide Web), em escala mundial, estão, a cada dia, lançando novos desafios, consequentes de uma nova era: a Era Digital, modificando antigos e trazendo novos conceitos, práticas, costumes e culturas, de um modo geral, além de possibilidades, até então inexistentes, de violações de toda espécie de direitos e obrigações, individuais e coletivos, incluídos, naturalmente, os decorrentes de pactos, tratados e convenções internacionais assinados pelo Brasil, a exemplo da utilização do nosso espaço aéreo e marítimo, que integram o Território Nacional, nos limites dos quais o Brasil, ao menos em tese, exerce, com plenitude e exclusividade, a sua soberania.

Sucedee que, se antes do avanço tecnológico da telecomunicação, era possível a defesa da soberania de forma mais direta, bastando a utilização das armas contra a possibilidade de ameaça a sua integridade, as conquistas da moderna tecnologia da informação tornou, praticamente, esse recurso obsoleto, nos dias atuais. A Guerra dos Seis Dias, travada entre as forças de Israel e do Egito, e, mais recentemente, a invasão do Iraque, por força militar, liderada pelos Estados Unidos da América do Norte, deixaram bem claro que, muito antes da violação física do espaço aéreo, marítimo e terrestre dos Países invadidos, a sua soberania já havia sido reduzida a nada, pela avançada tecnologia eletroeletrônica de informação, em especial, pelos recursos da Internet, com a utilização de satélites artificiais, de modo a localizar, com precisão cirúrgica, os alvos prioritários.

Ora, não obstante as críticas que podem ser feitas, com ou sem razão, à globalização, o fato é que essa nova realidade – a Era Digital - é irreversível, devendo o País, preparar-se para os novos desafios, sob pena de não compartilhar dos aspectos favoráveis e positivos da tecnologia da informação, especialmente da Internet, ao mesmo tempo em que deve assumir uma política defensiva de sua soberania, na medida em que a rede internacional unificada de computadores-Internet acabou com as fronteiras físicas entre os Países, tornando-os mais vulneráveis, com possibilidades concretas de consequências indesejáveis sobre diversos aspectos, notadamente no que diz respeito à telecomunicação, tendo em vista o papel que esse mecanismo desempenha na divulgação e recepção de informação.

Para que não se perca o foco das reflexões apresentadas nesse trabalho, é importante considerar que, modernamente, a noção e prática de uma soberania, extrema, absoluta, está ultrapassada e não mais se harmoniza com a realidade nacional e internacional, segundo observação feita, por José Soder, na sua obra, mundialmente consagrada, *Direitos do Homem*<sup>35</sup>, na qual defende o conceito de soberania moderada, apoiado em trabalho de J. Nicolau dos Santos<sup>36</sup>. Aliás, as normas dos arts. 221 e 222, da Constituição Federal, refletem a preocupação do legislador constituinte com aspectos da Soberania Nacional.

Assim sendo, toda a legislação em vigor sobre o controle, fiscalização, e defesa da Território Nacional, formado, atualmente,

---

35 SODER, José. *Direitos do Homem*. Editora Nacional. São Paulo, 1960, págs. 164/169.

36 DOS SANTOS, J. Nicolau. *ONU Estado, Proto-Estado*, págs. 77 e seg. Curitiba, 1952. “In” SODER, José. *Ob. Cit.* Págs. 164/189.

apenas, pelo espaço terrestre, marítimo e aéreo, com o objetivo maior de preservar a integridade da soberania nacional, deve ser interpretada de modo a regular a utilização da Internet, nos limites do nosso território e/ou ser revista, criando-se o Ciberespaço Nacional ou Espaço Digital Nacional ou Brasileiro, ampliando o seu espaço territorial.

Uma vez criado, como extensão de sua soberania, os sítios, serviços e demais facilidades oferecidas através da Internet, com acesso dentro dos limites do Território Brasileiro, ficariam sujeitos, conseqüentemente, às normas defensivas dos interesses nacionais e ao cumprimento das disposições dos art. 221 e 222, da Constituição Federal, estando, portanto, sob o império da legislação brasileira, vale dizer, da Soberania Nacional, ainda que esta, à luz dos novos conceitos, já não seja considerada tão absoluta, quanto era outrora, e vai se tornando mais vulnerável, enquanto a divulgação e recepção de informações, pela Internet, com troncos e estações de transmissão, sediadas fora do Brasil, vão transitando pelo Território Nacional, sem qualquer controle.

### **Referências Bibliográficas**

CAETANO, Marcelo. Direito Constitucional. Vol I, pg. 169. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1977.

AERONÁUTICA, Código Brasileiro da. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986.

DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. Malheiros Editores. 15ª Edição.

TELECOMUNICAÇÕES, Código Brasileiro de. Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962.

DECRETO nº 678, de 06 de novembro de 1992. Homologa o Pacto de São José da Costa Rica.

DIREITOS HUMANOS, Convenção Americana. Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969.

DOS SANTOS, J. Nicolau. ONU Estado, Proto-Estado, pág. 77 e segs. Curitiba, 1952.

OLIVEIRA, Cláudio Brandão. Constituição da República Federativa do Brasil. 10ª edição. Roma Victor Editores, 2007.

SÁ, Fernando. Internet e Soberania. Revista Alceu. PUC RIO – 2002.

SODER, José. Direitos do Homem. Editora Nacional. São Paulo, 1960.

## SÍTIOS

[http://pt.wikipedia.org/wiki/Espa%c3%A7o\\_a%C%A9reo](http://pt.wikipedia.org/wiki/Espa%c3%A7o_a%C%A9reo)

[http://www.dji.com.br/constitucional/territorio do estado.htm](http://www.dji.com.br/constitucional/territorio%20do%20estado.htm)

[ww.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)

[www.dbd.puc-rio.br](http://www.dbd.puc-rio.br)

[www.puc-rio.br](http://www.puc-rio.br)

[http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/media/alceu/ n4Sa.pdf](http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/media/alceu/n4Sa.pdf)

# (RE)CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE NECESSITADO E O PARADIGMA CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Leandro Coelho de Carvalho<sup>1</sup>  
Paulo Osório Gomes Rocha<sup>2</sup>

**Resumo:** A Defensoria Pública tem sua existência e objetivo vinculados à defesa dos necessitados. A partir desta constatação óbvia, o trabalho constrói uma visão crítica a respeito do necessitado e propõe um conceito atento aos propósitos da Constituição, mas sem descuidar da abertura de suas cláusulas. Cada um dos elementos é analisado em separado, para facilitar a compreensão, com destaque para a problemática da aferição do caráter de necessitado e a defesa das pessoas jurídicas. Inverso à teoria reducionista, que se vincula a instituto diverso previsto na Lei 1.060/50, por outro lado o conceito busca delimitar a figura do necessitado para evitar excessos interpretativos.

**Abstract:** The “Defensoria Pública” has its existence and purpose related to the defense of the people in need. From this obvious fact, the work builds a critical view about the people in need and proposes a concept aware of the purposes of the Constitution, but without neglecting the opening of its clauses. Each element is analyzed separately to favour understanding, highlighting the problem of checking the character of the people in need and the defense of legal persons. Adverse to the reductionist theory, that links to a diverse institute due to the Law 1.060/50, on the other hand the concept seeks to define the figure of the people in need to avoid interpretative excesses.

**Palavras-chave:** Defensoria Pública. Acesso À Justiça. Constituição da República de 1988. Cláusula Constitucional. Insuficiência De Recursos. Necessitado. Conceito. Elementos. Aferição Do Caráter De Necessitado. Pessoas Jurídicas.

## Sumário:

1. *O grande paradoxo (“conhece-te a ti mesmo”)*
2. *Conceito de necessitado*
  - 2.1. *Esclarecimentos preliminares*

---

1 Pós-graduado lato sensu em Direito Público. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Defensor Público do Estado de Minas Gerais.

2 Professor de Direito Constitucional. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional – IBDC. Defensor Público do Distrito Federal.

- 2.2. *Dissecando os principais elementos*
  - 2.3. *Aferição do caráter de necessitado*
  - 2.4. *Extensão do conceito de necessitado às pessoas jurídicas*
3. *Considerações finais*

## 1. O Grande Paradoxo (“Conhece-te a ti mesmo”)

Qualquer seja o órgão ou instituição públicos, sempre haverá controvérsia sobre quais atividades devem ou não ser praticadas, a adequação dos procedimentos adotados e quais mudanças são necessárias a seu aprimoramento. Veja-se, por exemplo, que o Ministério Público, a despeito de um consolidado regramento normativo, ainda enfrenta fundadas discussões internas e externas acerca do seu campo de atuação.<sup>3</sup>

Numa instituição recente como a Defensoria Pública, cuja estruturação, de forma geral, só ganhou fôlego após a decisão do constituinte derivado pela autonomia funcional e administrativa no final de 2004, é natural que o debate seja mais aprofundado. Discute-se bastante, por exemplo, a atuação dos Defensores na seara penal, com destaque para a execução<sup>4</sup>, a amplitude de sua legitimidade para interposição de ações coletivas, a defesa de pessoas jurídicas, as diferenças entre as atividades advocatícia e defensorial, natureza das funções atípicas e as atribuições extrajudiciais. É tão relevante, vasta e diversificada a gama de questionamentos que podemos afirmar, sem receio, estarmos ainda diante da *construção de uma identidade institucional*.

Olhar mais atento revela um ponto comum tangenciando todas essas discussões. Aliás, a pedra de toque da função defensorial: *quem deve ser assistido?* Ora, a Defensoria é a instituição responsável por garantir *aos necessitados* o acesso à ordem jurídica justa, assim entendidos aqueles que demonstrarem *insuficiência de recursos* (artigos 134 e 5º, LXXIV, CR). Então, noutras palavras, *quem é o necessitado* a que se refere a Constituição da República? Ou: *a que(m) se destina a Defensoria Pública?*

É muito importante responder a esta pergunta. Ao fazê-lo, estamos, em última análise, estipulando *qual a missão constitucional da Defensoria Pública*. Por consequência, a extensão da *assistência jurídica integral e gratuita*, o que se entende por “recursos” e como

---

3 Para uma visão moderna acerca dos temas de interesse institucional do Ministério Público conferir FARIAS; ROSENVALD; ALVES (2008).

4 A Lei 12.313, de 19 de agosto de 2010, alterou a Lei de Execução Penal e previu novas atribuições à Defensoria Pública.

detectar-lhes a insuficiência, hipótese causadora do agir institucional.

Mas ao largo dessas questões, por estranho que possa parecer, passa justamente a relativa ao conceito de necessitado. O assistido é, ao mesmo tempo, fundamento de legitimidade e destinação do serviço público. Todas as atividades invariavelmente gravitam ao seu redor e, não obstante, até hoje há menos certezas do que dúvidas. Houvesse um consenso quanto à sua figura, as discussões seriam abreviadas e muitas delas possivelmente focadas no *modus operandi* dos membros da carreira e no planejamento institucional. Como um dos pressupostos lógicos da atuação defensorial (saber quem pode ser tido por necessitado) é relativamente fluido, são menos exatos os prognósticos, inclusive quanto às potencialidades a serem exploradas, o que gera menor investimento e, claro, prejuízos aos destinatários e à Defensoria mesma. O necessitado é a célula *mater* da função defensorial.

A incompletude do regramento constitucional induz-nos a erros, sem dúvida, uma vez que muitas análises limitam-se a reproduzir os textos dos artigos 5º, inciso LXXIV, e 134, como se fossem bastantes, ou mitigam a força eficaz dos dispositivos. É preciso, ao revés, interpretar estes dispositivos em consonância a outros valores constitucionais que marcam o compromisso hermenêutico a ser alcançado pelo intérprete. Nessa esteira, é de se observar que a Constituição, preocupada em dirigir a atividade estatal, estabeleceu várias diretrizes no sentido de impulsionar o exercício pleno da cidadania através do acesso gratuito a instrumentos assecuratórios de direitos fundamentais: *e.g.*, direito de petição, direito de certidão, *habeas corpus* e *habeas data*. Esta previsão, conferindo uma cláusula de gratuidade no manuseio destes mecanismos de ordem fundamental, indica claramente que o fator econômico não é determinante para obtenção de tutela jurídica.

Seguindo este compromisso de democratizar o direito através da *vontade da Constituição*, o legislador infraconstitucional vem traçando no decorrer do tempo uma linha normativa de proteção aos grupos sociais sujeitos a vulnerabilidades, independentemente do critério financeiro. Há neste processo evolutivo uma *pluralização do fenômeno da carência*<sup>5</sup>. É o que se observa, por exemplo, no tocante a vulnerabilidade do consumidor, do idoso, da criança, dos portadores de necessidades especiais, das vítimas de violência etc.

---

5 SOUSA, José Augusto Garcia de. “A Nova Lei 11.448/07, os escopos extrajurídicos do processo e a velha legitimidade da Defensoria Pública para ações coletivas”. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (coord.). *A Defensoria Pública e os Processos Coletivos*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 231.

É dizer, de resto, que a incompletude do dispositivo – *insuficiência de recursos* – retrata que a Constituição é um sistema normativo inacabado, ou seja, fixa diretrizes para orientar não só aquele momento histórico da sociedade, mas também para gerar consequências futuras. A Constituição necessita e está comprometida em acompanhar as crescentes e complexas demandas sociais, devendo, pois, oferecer mecanismos de garantia a estes novos interesses sociais.

A esse respeito, o constitucionalista Daniel Sarmento<sup>6</sup>, citando lições do professor alemão Konrad Hesse, esclarece que a Constituição não assiste passivamente a mobilidades dos valores sociais:

Para ele, a Constituição opera a síntese dialética entre o mundo do ser e do dever ser, que não podem ser vislumbrados isoladamente. A realidade social influencia a Constituição, até porque quem a aplica não é uma máquina, mas um ser humano, que vive imerso numa comunidade partilhando dos seus valores e tradições. Mas a Constituição tem uma pretensão de eficácia, pois aspira ordenar o fato social e a influir sobre ele. Ela não se contenta em ser um mero espelho das relações de poder.

Respeitadas tais normas, urge seja consolidada uma identidade institucional. Não que inexista busca por uma teorização adequada. O problema é que a maioria das ideias a respeito da figura do necessitado<sup>7</sup> são atreladas ao conceito previsto na vetusta Lei 1.060/50, que trata da assistência *judiciária* e do direito à justiça gratuita, mas não foi recepcionado em sua integralidade pela Constituição da República de 1988, ou deturpadas pelo corporativismo dos principais doutrinadores – leia-se: interesses da OAB, Ministério Público, Magistratura ou da própria Defensoria influenciam a produção científica mais do que se poderia suportar. Por isso, as tentativas de conceituação são por vezes restritivas demais ou ampliativas ao extremo, via de regra com alguma dose de imprecisão teórica.

---

6 SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2004, p. 75-76.

7 Utilizamos o termo “necessitado” para nos referirmos ao assistido, ao invés de “hipossuficiente”, “vulnerável” ou “carente” porque nos prendemos à nomenclatura constitucional, mas as outras são muito usuais. Entendemos que, se bem contextualizadas, não há imprecisão técnica na utilização destas.

É emblemática a questão da curadoria especial. Não há dúvidas de que se trata de mister exclusivo da Defensoria (função atípica por excelência), onde estiver devidamente instalada. Apesar do consenso doutrinário e jurisprudencial, é habitual conceitos não englobarem a atribuição. Mesmo os ampliativos, ao menos em tese, ignoram-na.

Não se trata, frise-se, de mero imperativo acadêmico. Tão importante quanto negligenciado, um conceito adequado de necessitado (se possível atingi-lo) pode não extinguir todas as dúvidas, mas impedirá as enormes oscilações a que está hoje sujeita a atividade defensorial. Mesmo sem estabelecer com precisão os parâmetros para a aferição de hipossuficiência econômica, por exemplo, certamente será a matéria-prima para a construção de uma identidade própria e o ponto de partida para o desenvolvimento institucional em consonância às necessidades da sociedade brasileira.

## 2. Conceito de Necessitado

Qualquer perseguição científica sobre a devida caracterização do necessitado – para fins de assistência jurídica pela Defensoria – terá (e deve ter) como ponto de partida o conteúdo normativo da cláusula constitucional pluralizante: *insuficiência de recursos* (inciso LXXIV do art. 5º da CRFB). Este referido parâmetro normativo representa uma inovação pelo constituinte de 1988. As referências constantes nas Constituições anteriores não destacavam, no próprio texto, qualquer elemento normativo para identificação dos necessitados.

Vale consignar que a indeterminação ou vagueza dessa cláusula constitucional (insuficiência de recursos) constituiu conduta premeditada do constituinte. Fora fruto de um consenso político-jurídico para direcionar a atuação da Defensoria Pública. A linguagem constitucional utilizada tem, pois, fundamental relevância na ordenação e conformação das atribuições dos Defensores Públicos diante da realidade concreta a que estão submetidos os necessitados<sup>8</sup>. É equivocado, nesse passo, o

---

8 A respeito da linguagem constitucional e a sua influência normativa na conformação da realidade, confira-se: “Com os dizeres doutrinários trazidos ao bojo dos presentes escritos, começa-se a perceber que, efetivamente, as Cartas possuem, além de um caráter normativo muitas vezes vago, uma natureza política, e isso se reflete em sua linguagem textual. Por isso, Konrad Hesse diz que: “(...) a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo,

pensamento reducionista no sentido de atribuir à Defensoria Pública exclusivamente a prestação de assistência jurídica aos necessitados por insuficiência de recursos econômicos. Tal ideia esvazia a força normativa da Constituição ao mitigar a máxima eficácia possível do preceito constitucional pluralizante, o qual, diga-se de passagem, está no catálogo dos direitos e garantias fundamentais.

Assim, ao tratar do conceito de necessitado estamos, como dito, discorrendo sobre o feixe de atribuições dos Defensores Públicos. Em última análise, a tese adotada pelo jurista no que se refere à figura do necessitado condiciona o seu entendimento quanto à missão constitucional da Defensoria.

Não pretendemos simplesmente condensar a rotina defensorial e tentar adequá-la aos contornos imaginados pelo constituinte originário há algumas décadas. Seria importante fazê-lo, mas a meta é um pouco mais ambiciosa. Sem nos encarcerarmos no passado, visamos contemplar a evolução institucional até o presente momento, ao mesmo tempo em que atentamos para as possíveis (necessárias) mudanças que se avizinham.

Para obedecer a contento esta premissa, o conceito não pode ser hermético. A evolução doutrinária e jurisprudencial deve ser abarcada por meio da utilização de cláusulas gerais – assim como fez o constituinte em sua linguagem constitucional – com o devido cuidado para não ampliar demais o leque de possibilidades, sob pena de não delimitar coisa alguma e tornar inútil o conceito.

Neste contexto, sem adentrar os meandros do pensamento desconstrutivista, segundo a famosa teoria cunhada pelo francês Jacques Derrida<sup>9-10</sup>, devemos lembrar sempre do *papel da Constituição como sistema incompleto e inacabado*, brevemente abordado no item anterior. Tendo isto em vista, é importante adotarmos posicionamento

---

ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (Sein) e dever ser (Sollen).” (PAGLIARINI, 2008, p. 314).

9 “Desconstrução”, para o filósofo, não significa destruição, mas desmontagem. Investiga os limites da teorização, e foca nos limites e origem da questão “o que é?”. Críticas à parte, é uma corrente de pensamento relevante para os estudos da hermenêutica e da linguagem, que pressupõe a ideia da inexistência de um significado definitivo no texto. Sem sobrepor-se a este, busca seus “elementos ocultos”, fugindo de “verdades absolutas” pré-concebidas.

10 Em Paulo GALLIEZ (2010, p. 106-9), é discutida interessante relação com a atividade defensorial.

técnico, atento aos ditames constitucionais, mas também progressista, reconhecendo-se, de antemão, inacabado.

O ideal seria uma evolução institucional alavancada pela própria sociedade, por meio de, *e.g.*, audiências públicas promovidas pelos membros da carreira, atuação de ouvidoria externa ou sua participação direta no Plano Geral de Atuação, que em tese deveria nortear o planejamento e a execução das atividades. Hoje as Defensorias ainda não nos parecem maduras o suficiente para tanto, embora caminhem neste sentido, mas já é possível trabalhar com a ideia da “*co-criação de valor público*”<sup>11</sup>, para usar uma expressão cara aos administrativistas. Estão intrínsecos, aí, os elementos da criatividade, eficiência e inovação, tão discutidos no setor privado. Ou seja, devemos repensar com certa frequência os rumos do agir defensorial, e este desenvolvimento há de ser aberto, pactuado com a sociedade. Do mesmo modo, a definição do seu “público-alvo”, por assim dizer, deve ocorrer de tal forma que possibilite a oxigenação do relevante serviço prestado pela Defensoria.

Portanto, uma caracterização adequada, em nosso entendimento, deve contemplar a função típica de maneira objetiva, e as atípicas com abertura suficiente para não restringir a evolução institucional e a criação de valor público, mas com o devido cuidado para delimitá-las minimamente.

Neste ponto, as “100 reglas de Brasília sobre acceso a la justicia de las personas em condición de vulnerabilidad”, elaborada por meio da Aided – Asociación Interamericana De Defensorías Públicas, constituem um referencial teórico válido. Mas não definitivo, sobretudo porque, no caso brasileiro, são ampliativas demais – e, como sói ocorrer, a sua adoção significaria o afastamento do exercício da curadoria especial. Embora venha sendo utilizado com certa regularidade, sejam bem construídas, e esta associação tenha sido criada para “fortalecer institucionalmente as Defensorias Públicas dos Estados Associados”, é preciso atentar para as especificidades do regramento nacional, que a difere de outras entidades

---

11 O termo “valor público” descreve percepções generalizadas pelo público com relação à função e aos serviços prestados por qualquer entidade pública (MOORE, 2002). A co-criação implica analisar a experiência dos assistidos, usuários do serviço público, com relação aos trabalhos prestados. A criação de valor começa a ser vista como um processo bilateral, e a participação dos assistidos nos rumos institucionais é finalmente reconhecida como fundamental. Neste contexto, Ouvidoria e Corregedoria fortes e independentes, regras claras, abrangência e informações adequadas constituem alguns dos pilares para uma evolução sustentável. Para maiores detalhes sobre a significação, ver ZMOGINSKI, 2009.

assemelhadas na América do Sul. São regras bem construídas, mas heterogêneas, uma vez pensadas em conjunto por Ministérios Públicos, Defensorias, Advogados e Ombudsmen. A máxima para distinguir as pessoas em condição de vulnerabilidade no Brasil, portanto, há de ser especialmente formatada e compatibilizada com o desenho peculiar do nosso Sistema de Justiça.

O conceito também deve vislumbrar premissas fundamentais, como a visão contemporânea do acesso à ordem jurídica justa e a singularidade da assistência jurídica prestada pela Defensoria, em contraponto à judiciária, ao direito à justiça gratuita ou a nobre atividade desenvolvida pelos advogados.

Os conceitos que se atêm com obediência religiosa à vetusta Lei 1.060, de 1950, tendem a ser incompatíveis com a Constituição da República, ampliativos ao extremo ou tecnicamente imprecisos.

A professora Ada Pelegrini Grinover (2008, p.23), por outro lado, estabeleceu importantes parâmetros para a discussão em estudo ao tratar da legitimidade da Defensoria Pública para a interposição de ações coletivas. Neste trabalho, explica que:

O texto constitucional, que adota um conceito jurídico indeterminado, autoriza o entendimento de que o termo *necessitados* abrange não apenas os economicamente necessitados, mas também os *necessitados do ponto de vista organizacional*, ou seja os socialmente vulneráveis.

Em nosso sentir, conforme já frisamos, pode-se afirmar que a expressão *insuficiência de recursos* constitui importante abertura constitucional para pluralizar o acesso à ordem jurídica justa aos que necessitam de proteção especial do Estado. E nesse processo de aproximação do Direito com os novos anseios da sociedade incumbe à Defensoria Pública, interligada e comprometida constitucionalmente com estas demandas sociais, encontrar mecanismos para identificação dos seus destinatários, bem como viabilizar novas fórmulas eficazes de atuação institucional.

Nesse sentido, estará em descompasso com a Constituição qualquer tentativa de restringir o âmbito de normatividade da cláusula constitucional identificadora dos necessitados apenas aos pobres. Primeiro, porque atribuir unicamente aos necessitados econômicos

o direito-garantia de assistência jurídica integral e gratuita é conferir concretização apenas a um aspecto parcial do programa normativo (dados linguísticos) protegido pelo texto constitucional. Segundo, porque a realidade concreta demonstra outras insuficiências de recursos que influenciam o âmbito de proteção da norma (dados reais).<sup>12</sup>

Esta premissa, de que os “recursos” mencionados no art. 134 da Lei Maior não são apenas os financeiros, é chancelada por diversos outros doutrinadores<sup>13</sup>. Os manuais, inclusive de Direito Constitucional, começaram a tratar da distinção didática de funções típica/própria e atípicas/impróprias da Defensoria. Mas a respeito da devida interpretação a ser direcionada à cláusula constitucional de abertura (insuficiência de recurso) ainda não consta estudo aprofundado sobre o tema ou explicitação direta pelo Supremo Tribunal Federal. Muitos dos autores<sup>14</sup> que comentam esta cláusula de abertura ainda insistem na trilha reducionista da Lei 1.060/1950.

Trabalho digno de ser destacado é a obra de Frederico Rodrigues Viana de Lima (2010), na qual, embora não defina expressamente o que entende por necessitado, traça ao longo do texto uma análise da função

---

12 ”De acordo com a concepção de Muller, a norma jurídica compõe-se do programa normativo (dados linguísticos) e do âmbito normativo (dados reais). A estrutura da norma resulta da conexão desses dois componentes da norma jurídica. Portanto, a concretização da norma jurídica, sobretudo da norma constitucional, não pode ser reduzida à ‘interpretação aplicadora’ do texto normativo, o qual oferece diversas possibilidades de compreensão e constitui apenas um aspecto parcial do programa normativo; ela inclui, além do programa normativo, o âmbito normativo como ‘o conjunto dos dados reais normativamente relevantes para a concretização individual’. Nesse sentido, Muller define a normatividade em duas dimensões: ‘normatividade’ significa a propriedade dinâmica da [...] norma jurídica de influenciar a realidade a ela relacionada (normatividade concreta) e de ser, ao mesmo tempo, influenciada e estruturada por esse aspecto da realidade (normatividade materialmente determinada)” (NEVES, 2011, p. 84).

13 Relacionando a abertura da cláusula constitucional (insuficiência de recursos) com o perfil solidarista da Defensoria Pública, confira-se estudo aprofundado de SOUSA (2011, p. 39): “Para uma análise direta da constitucionalidade do perfil não individualista da Defensoria Pública, temos de investigar o sentido das cláusulas constitucionais ‘insuficiência de recursos’(art. 5º, LXXIV) e ‘necessitados’(art. 134). A alternativa é o seguinte: se estiverem os termos ligados exclusivamente ao fator econômico, a visão individualista a respeito da Defensoria agradecerá penhorada; por outro lado, se se entender, como entendemos, que outras carências podem ser atendidas – a exemplo da ‘pobreza organizacional’ apontada pelo movimento do acesso à justiça – é a concepção solidarista que sairá ganhando.”

14 Dentre outros, DEZEN JÚNIOR (2010, p. 1149).\_

típica e, de igual modo, faz também uma classificação condensando as modalidades de atuação atípica da Defensoria com base no parâmetro normativo constante no inciso LXXIV do art. 5º da CRFB. Em síntese, o referido autor parte do seguinte raciocínio:

A compreensão dos arts. 5º, LXXIV, e 134, da Constituição, no entanto, deve ser feita não a partir de um exame literal, mas sim consoante um enfoque jurídico-teleológico. Com efeito, a junção das expressões insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV, CF) e necessitado (art. 134, CF) não resulta obrigatoriamente na fórmula insuficiência de recursos econômicos. O sistema jurídico e a realidade social contemporânea apresentam outros tipos de necessidade e outras espécies de insuficiência de recursos que também reclamam especial proteção do Estado.

Dito isto, atentos aos fundamentos constitucionais e a todos os pontos discutidos desde o início deste capítulo, caracterizamos necessitado da seguinte forma:

Consideram-se *necessitados* todos aqueles que, mesmo circunstancialmente, por insuficiência de recursos econômicos ou organizacionais (nestes incluída a impossibilidade de defender-se em juízo), ostentem condição vulnerável, a indicar proteção especial do Estado, e aos quais a assistência da Defensoria Pública é *necessária* para verem assegurado o seu acesso à ordem jurídica justa.

## 2.1 – Esclarecimentos Preliminares

Não há correlação entre o necessitado e o direito à Justiça Gratuita, como vimos. Tampouco a atuação deve ser restringida à esfera judiciária. Portanto, não nos parece razoável limitar a caracterização àquele “cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família” (art. 2º, parágrafo único, Lei 1.060/50). Também é dispensável “declaração” do assistido em petição inicial ou qualquer documento. Em alguns casos, aliás, esta afirmação nem será possível, como na curadoria especial ou em urgências na seara criminal, como quando a pessoa está presa e sem defesa.

Apesar de a lei de assistência judiciária prever expressamente o conceito de necessitado, para fins legais, o fez no ano de 1950 e, portanto, sua leitura deve ser conformada aos ditames da Constituição de 1988. Simplificando, a norma é válida para fins de concessão da Justiça Gratuita, mas irrelevante para discriminar as pessoas que podem ou não ser atendidas pela instituição.

O critério é mesmo *casuístico*. Estranho que possa parecer, é preciso salientar o caráter circunstancial da condição de necessitado. É fácil compreender isto se pensarmos na função típica da instituição (defesa do necessitado econômico): quem é pobre hoje pode não ser amanhã, e vice-versa. O Defensor apenas atua, via de regra, enquanto durar a carência de recursos econômicos. É também simples imaginar hipóteses de circunstancialidade em se tratando de funções atípicas. Dentre outros, o assistido na curadoria especial, se encontrado, pode deixar de sê-lo, e o preso solto após a análise do auto de prisão em flagrante não necessariamente continuará a ser atendido.

Alertamos para a necessidade de refletir acerca de um critério minimamente objetivo para acesso ao serviço de assistência jurídica integral e gratuita. Exemplo que ilustra bem esta temática: cidadão faleceu e deixou um patrimônio de aproximadamente dois milhões de reais, sendo uma residência, quinhentos mil em conta poupança e outros quinhentos mil reais em ações. A viúva procura a DP para providenciar o inventário e requerer alvará para levantamento das quantias, porque ela não tem, por ora, disponibilidade financeira para arcar com o pagamento de advogado e custas. Mas, por outro lado, ela está em condição de vulnerabilidade a indicar proteção especial do Estado? Abstraídas eventuais particularidades, a princípio cremos que não.

Por se relativamente jovem na maior parte do país, ainda carecemos de uma “consciência institucional” voltada para a defesa do necessitado *lato sensu*, com foco no acesso à ordem jurídica justa. O operador do Direito deve ser cauteloso na interpretação do conceito de necessitado, que não é uniforme. Uma abertura excessiva poderá desviar o Defensor Público de suas reais atribuições constitucionais.

## **2.2 – Dissecando os Principais Elementos**

A primeira explanação, de tão importante, já foi realizada. Refere-se ao termo “*mesmo circunstancialmente*”, a indicar que a condição de necessitado não é perpétua, mas mutável. Apesar de, na prática, dificilmente a assistência já iniciada ser interrompida pela mudança

posterior da situação de fato (a recíproca não é verdadeira, contudo), é fato que, observados critérios de razoabilidade, o assistido pode deixar de sê-lo caso haja mudanças significativas em sua situação. Assim, por exemplo, se verificado pelo membro da instituição que foram sonegadas informações quanto à condição sócio-econômica pessoal e familiar, ou se a pessoa constitui advogado, falecem atribuições ao órgão defensorial. O importante é ter em mente que a pessoa necessitada não ostenta esta qualidade eternamente. Não estamos a tratar de algo inato a determinado segmento da sociedade. Em nosso sentir, taxar uma pessoa de necessitada em caráter definitivo, perene, é antes uma atitude preconceituosa do que técnica. É afiançar concepção puramente assistencialista, maniqueísta, do tipo “uma vez assistido pela Defensoria, sempre assistido”, como se aquela pessoa eventualmente atendida fosse precisar sempre – ou durante longo tempo – de algum tipo de proteção especial do Estado.

Pois bem. Reiterada esta questão, passemos à importante análise quanto à cláusula *insuficiência de recursos*, prevista no art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, que direciona as funções institucionais. Já demonstramos que a exegese não se deve limitar aos recursos econômicos e que a doutrina amplamente majoritária adota este entendimento. Mas qual seriam, então, estes recursos a que se refere à Constituição da República? Acreditamos poder sintetizá-los em dois grandes grupos: “*econômicos ou organizacionais (nestes incluída a impossibilidade de defender-se em juízo)*”. De qualquer maneira, insistimos na ideia de que não se trata de concepção acabada – os próprios termos “econômicos e organizacionais” dependem de interpretação e são passíveis de evolução constante, pois não possuem significação fechada.

O carente de recursos econômicos é o assistido tradicional. É função típica da Defensoria a defesa das pessoas que ostentem condição econômica vulnerável. É, via de regra, o pobre. Trataremos adiante as formas comumente adotadas para identificá-lo. Por ora, destacamos o porquê da carência de recursos “econômicos”, ao invés de “financeiros”.

A análise econômica trata do saldo entre os créditos e os débitos, entradas e saídas, de determinada pessoa. Busca aferir se tem lucro ou prejuízo. Já a financeira foca a disponibilidade de dinheiro ou o montante de dívidas no momento.

Como são distintos, é viável que uma pessoa tenha situação econômica boa e financeira ruim, ou vice-versa. Assim, uma pessoa pode ostentar excelente condição econômica, com imóvel, carro e crédito a receber, mas sem dinheiro disponível para quitar suas dívidas atuais.

Por outro lado, pode estar numa situação em que seus gastos mensais superam os rendimentos (situação econômica ruim), mas com volume suficiente de dinheiro aplicado para honrar os compromissos (situação financeira boa).

Entendemos por bem que a análise econômica deva ser priorizada, porque não se limita à disponibilidade imediata do dinheiro, mas não pretendemos, com isto, ignorar a situação financeira. Por vezes, alguém que resida em imóvel valioso e pretenda repassá-lo aos filhos, a depender de sua condição financeira e mesmo que não tenha dívidas, sequer terá dinheiro para quitar o ITCD (“Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos”). Principalmente se for bem de família, não haveria liquidez nenhuma, apesar de, a princípio, a condição econômica não ser tão desfavorável. É por isto que eventualmente referir-se à situação financeira do assistido ou destacar-lhe esta peculiaridade não nos parece equivocado.

Uma leitura apressada do art. 5º, inciso LXXIV, pode conduzir à errônea impressão de que a Defensoria Pública deveria limitar-se a promover a defesa e orientação de pessoas carentes, assim entendidos unicamente os pobres. Não obstante seja a razão de ser da instituição, sua finalidade primeira ou *atribuição mínima compulsória*, trata-se somente da função típica. Outras funções (atípicas) existem, destinadas aos “necessitados jurídicos”, também denominados “carentes organizacionais”, as quais encontram suporte normativo na referida cláusula de abertura.

A *carência organizacional*, neste contexto, surge como um elemento pluralizante da cláusula contida na Constituição da República que trata do mister defensorial. Que fique bem compreendido: é elemento meramente *pluralizante* da norma constitucional, nunca *estranho* a ela. Não é possível acolher a bel prazer qualquer situação na carência organizacional como função atípica, mesmo porque, em nosso entender, a constatação de carências, por si só, não identifica o necessitado. Ilustrando: se uma pessoa sem qualquer óbice no acesso à justiça contrata advogado e este falta à audiência, que esta seja adiada e o profissional, se for o caso, responsabilizado administrativamente pela instituição a que está subordinado (Ordem dos Advogados). Nosso ordenamento repudia o “Defensor Público *ad hoc*” e, assim sendo, a princípio essa jamais poderia ser considerada uma hipótese de função atípica em prol de necessitado jurídico.

As já mencionadas “*100 reglas de Brasília*” contêm uma série de circunstâncias que indicariam a intervenção da Defensoria Pública, como idade, aspectos étnicos ou culturais, e pertencimento a minorias. A seguir irrefletidamente o posicionamento adotado neste importante documento, praticamente qualquer pessoa deveria ser atendida pela instituição. Ao fazê-lo, indubitavelmente os maiores prejudicados serão justamente aqueles mais necessitados. Porque os recursos da própria Defensoria não são ilimitados, quando se diligencia a favor de alguém outra pessoa pode deixar de ser atendida. Quase todos os obstáculos para acessar a ordem jurídica justa seriam, então, reproduzidos na Defensoria Pública, cuja missão de garantir o acesso à justiça e o papel de seus membros como “agentes políticos de transformação social” deixariam de fazer sentido.

A carência organizacional, pois, é aquele tipo de vulnerabilidade, estranho à condição econômica, que impede o acesso à ordem jurídica justa. Caracteriza função atípica ou “necessidade jurídica”. No conceito formulado preferimos referir às funções atípicas da Defensoria Pública como decorrência da insuficiência de recursos organizacionais. A expressão “necessidade jurídica”, embora seja correntemente utilizada para denotar as hipóteses de atuação desvinculada da necessidade econômica soa-nos ligeiramente tautológica, uma vez que é pressuposto da atuação defensorial, ainda quando multidisciplinar, a prestação de assistência jurídica integral.

Não se trata de termo inédito. A ilustre Professora Ada P. Grinover (1996, p. 116-117), apoiando-se na clássica lição de Cappelletti, discorre sobre sua significação ao tratar da tutela coletiva:

No que respeita à assistência judiciária, seu conceito também se renovou, tomando uma dimensão muito mais ampla. (...) Mas, além disso, também se dilatou o sentido do termo necessitados. Aos necessitados tradicionais, que eram - e ainda são - os carentes de recursos econômicos, acrescentaram-se os carentes de recursos jurídicos. E assim a assistência judiciária aos economicamente fracos foi estendida aos hipossuficientes jurídicos. O primeiro passo nesse sentido foi dado para a defesa penal, quando se tratasse de acusado revel, independentemente de sua capacidade econômica. Mais recentemente, porém, fala-se em uma nova categoria de hipossuficientes, surgida em razão da própria estruturação da sociedade de massa:

são os carentes organizacionais, a que se refere Mauro Cappelletti. São carentes organizacionais as pessoas que apresentam uma particular vulnerabilidade em face das relações sóciojurídicas existentes na sociedade contemporânea. (...) Todos aqueles, enfim, que no intenso quadro de complexas interações sociais hoje reinantes, são isoladamente frágeis perante adversários poderosos do ponto de vista econômico, social, cultural ou organizativo, merecendo, por isso mesmo, maior atenção com relação a seu acesso à ordem jurídica justa e à participação por intermédio do processo.

A legislação prevê algumas situações quando isto ocorre, tal como o art. 306, §1º, do CPP, que obriga a remessa do auto de prisão em flagrante à DP quando o autuado não informa o nome de advogado. Neste momento, é indiferente a condição econômica do autuado em flagrante. O que importa para fins de proteção jurídica é o seu estado de vulnerabilidade gerado pela restrição de liberdade, que justifica a proteção legal. A legitimidade para proposituras de ações coletivas também não limita o agir defensorial exclusivamente às pessoas necessitadas, o que seria fática e juridicamente impossível, podendo haver no agrupamento defendido cidadãos que, individualmente, não fariam *jus* à assistência jurídica integral e gratuita.

Por sua relevância, a *impossibilidade de defender-se em juízo* foi destacada no conceito. Bastaria mencionar os dois grandes gêneros (insuficiência de recursos econômicos ou organizacionais), mas por se tratar da espécie mais comum de função *atípica* defensorial, entendemos por bem destacar a hipótese. É dizer: a impossibilidade de providenciar sua defesa em juízo é indicativo tão forte da necessidade da atuação defensorial quanto a falta de recursos econômicos, embora ambos os casos ainda demandem a análise dos demais condicionantes.

A função atípica por excelência, em que não há discussão sobre a figura do necessitado jurídico, é a curadoria especial no processo civil. O artigo 4º, inciso VI, da Lei Complementar 80/94, atribui tal função exclusivamente à DP. O réu citado fictamente que não possua advogado constituído, por melhor que seja sua condição econômica, necessita de assistência jurídica, uma vez que o seu provável desconhecimento acerca da ação impede-lhe de se defender em juízo. Está vulnerável perante a contraparte, e enquanto perdurar esta situação necessita da Defensoria para garantir o seu acesso à justiça.

Além da carência de recursos econômicos ou organizacionais, para configurar a condição de necessitado é preciso que as pessoas “*ostentem condição vulnerável, a indicar proteção especial do Estado*”, e que a estas “*a assistência da Defensoria Pública seja necessária para verem assegurado o seu acesso à ordem jurídica justa*”.

A figura do necessitado jurídico não pode flutuar conforme os interesses envolvidos. Ao revés, decorre de expressa disposição legal (como a que trata da curadoria especial – art. 4º, VI, da Lei Complementar 80/94) ou interpretação sistemática<sup>15</sup> com suporte na Constituição da República, que vise assegurar o direito fundamental de acesso à justiça de certos agrupamentos previstos na Constituição da República. Um importante parâmetro normativo para identificação dos usuários dos serviços da Defensoria está previsto no inciso XI do art. 4º da LC 80/94 (alterada pela LC 132/2009), que estabelece como uma das funções institucionais da Defensoria Pública:

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado.

É imprescindível que haja, ao menos em tese, algum óbice no acesso à ordem jurídica justa, tornando necessária a atuação da Defensoria Pública. O réu citado fictamente, se possuir advogado constituído, certamente não ostenta condição vulnerável nem reclama proteção especial porque, em tese, não há qualquer impedimento à defesa dos seus direitos.

A obrigatoriedade de ostentar condição vulnerável, a indicar proteção especial do Estado, representa um condicionamento à abertura da cláusula constitucional. *É um fator para limitar o uso abusivo da prestação do serviço público de assistência jurídica.* A nosso ver, condiciona inclusive a prestação da assistência a necessitados econômicos.

Ora, basta imaginar o seguinte: estudante, desempregado, é processado por acidente de trânsito. É oriundo de família rica e mora

---

15 Não há necessidade de assegurar o acesso à justiça de quem possua advogado ou meios de obtê-lo, por exemplo. A interpretação não pode ignorar o art. 134, *caput*, da CR, tampouco a figura do necessitado.

com os pais, com quem não tem conflitos, mas procura a Defensoria sob o argumento de que não possui renda própria. É justo deferir-lhe a assistência só por isso, mesmo sabendo que a renda familiar garante-lhe o respaldo econômico? Qual a vulnerabilidade a indicar proteção especial do Estado?

Por outro lado, a instituição é imprescindível e essencial à função jurisdicional do Estado, quanto a isso não há dúvidas. O mesmo não pode ser dito a respeito da atuação dos seus membros em *todos os casos* envolvendo necessitados. É dizer, o assistido tem o direito sempre, mas *não o dever* de valer-se da Defensoria. O direito fundamental à ampla defesa inclui a escolha entre a instituição ou advogado da sua confiança.

Note-se, por fim, que o conceito intencionalmente evita a expressão “nos termos da lei”, porque isso conduziria ao falso entendimento de que a norma do art. 134 não possui aplicabilidade imediata e plena eficácia, ao contrário do que já foi afirmado pelo STF no julgamento da ADI 3569. Para caracterizar o necessitado, pois, basta identificar algum obstáculo (vulnerabilidade que indique proteção especial do Estado) que impeça ou dificulte a pessoa carente de recursos (econômicos ou organizacionais) de ter assegurado o seu acesso à ordem jurídica justa, ainda que circunstancialmente, sendo indiferente a existência de lei expressa ou específica, não exigida pela Constituição.

### **2.3 – Aferição do Caráter de Necessitado**

Focando especificamente no serviço público de assistência jurídica integral e gratuita, instrumentalizado pela Defensoria Pública, tem-se que tal serviço não é prestado de modo universal ou abstrato. Possui destinatário certo em razão da limitação imposta pela própria Constituição da República. É conferido unicamente *aos que comprovarem insuficiência de recursos* (inciso LXXIV do art. 5º da CRFB). Esta referência constitucional, conforme já ressaltado anteriormente, detém força normativa pluralizante, inviabilizando-se, em princípio, a adoção de critérios apriorísticos ou tarifários como maneira exclusiva de identificação dos necessitados. Assim, ainda que estivessem sedimentadas as discussões teóricas acerca do conceito de necessitado, permaneceria tormentosa a distinção prática de quais pessoas devem, ou não, ser atendidas pela Instituição.

As dificuldades enfrentadas para delimitação do público-alvo dos serviços da Defensoria Pública requerem discussão e atenção sobre os seguintes pontos: 1) Quem detém competência para efetivar esta

análise? 2) Há mecanismos de controle ou revisão? 3) É possível o estabelecimento de padrões de rendimentos ou outros critérios objetivos, ordenados previamente, para a aferição, sobretudo quanto ao necessitado econômico? 4) A mera afirmação de necessidade, prevista no art. 4º da Lei 1.060/50, está em sintonia com o novo regramento constitucional que exige a comprovação da insuficiência de recursos?

A instituição é autônoma, ou seja, não está subordinada nem sofre ingerência de qualquer outra instituição ou Poder do Estado. Nem mesmo os salutares mecanismos de freios e contrapesos se prestam a substituir a Defensoria na conformação das políticas institucionais aos regramentos normativos. Por isso, a aferição casuística do estado de carência de seus assistidos é direito conferido aos Defensores Públicos (observadas as normas internas, claro), no exercício de sua independência funcional (art. 3º da Lei Complementar 80/94)<sup>16</sup>. Os Defensores submetem-se, portanto, apenas à sua própria consciência e aos ditames legais. Têm a prerrogativa de, inclusive, “deixar de patrocinar ação, quando ela for manifestamente incabível ou inconveniente aos interesses da parte sob seu patrocínio” (artigos 44, XII, 88, XII, e 128, XII, da Lei Complementar 80/94).

A primeira dúvida, então, é fácil de ser esclarecida: compete exclusivamente à DP a aferição do caráter de necessitado dos seus assistidos, inclusive no tocante à perquirição econômica. Lógico que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário. A inafastabilidade da prestação jurisdicional, prevista no art. 5º, inciso XXV, da Constituição da República, contudo, não significa que o magistrado possa agir de ofício e interferir, ausente qualquer discussão judicial, na condução das políticas (públicas) institucionais. Muito menos “nomear” Defensores para agir *ad hoc*.

Além disto, não se pode ignorar que, havendo discordância quanto ao posicionamento adotado pelo membro da carreira, deve ser garantido ao interessado o direito de pleitear a revisão na esfera administrativa, como decorrência do direito constitucional de petição, e respeitado o regramento próprio de cada Defensoria. Dentro dessa perspectiva, a Lei Orgânica da Defensoria Pública prevê, textualmente, como direito dos assistidos a possibilidade de *ter sua pretensão revista no caso de*

---

16 Apesar de corolário lógico de sua autonomia funcional e de uma interpretação sistemática relativamente simples das normas que regem as Defensorias, em alguns Estados há disposição legal expressa tratando da competência para aferição do caráter de necessitado. Em Minas Gerais, p. ex., o art. 4º, §2º, da Lei Complementar Mineira 65/03, reafirma esta atribuição (embora se referindo a “carência”).

*recusa de atuação pelo Defensor Público* (inciso III do art. 4º-A da LC 80/94). Para tanto, nesses casos de recusa ou indeferimento competirá, obrigatoriamente, ao Defensor Público Geral funcionar como órgão controlador (inteligência do § 8º do art. 4º da LC 80/94).

Resta saber como os destinatários podem ser licitamente discriminados em meio a tantos outros indivíduos. Em outras palavras, é preciso saber qual a forma *prática* de identificar a carência de recursos para fins assistência pela Defensoria.

A identificação dos necessitados jurídicos depende de uma compreensão precisa do conceito de necessitado, e aferição casuística valendo-se de técnicas de interpretação sistemático-constitucional com observância do que expusemos nos tópicos anteriores. A análise é feita a depender da hipótese que se analisa, observadas as premissas já discutidas.

Fundamental neste momento é saber como diferir quem pode ser considerado necessitado econômico, cerne da missão defensorial, e por via oblíqua determinar quão extensa é a massa de abrangidos por sua função típica. A Constituição da República e a Lei Orgânica Nacional não estabelecem regras precisas.

O mais comum, parece-nos, ainda é valer-se da Lei 1.060/50. Como dito, trata-se de um equívoco, em grande parte porque ignora a diferença entre os institutos da justiça gratuita, assistência judiciária e assistência jurídica. Assim, “aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família” terá direito à justiça gratuita, mas pode ou não ser assistido pela Defensoria Pública.

Consta do III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, elaborado pelo Ministério da Justiça (2009, fl. 180), que algumas instituições fixaram valores máximos de rendimentos para atendimento. Há também enunciações no sentido de que determinadas situações previamente objetivadas (como, por exemplo, propriedade de bem imóvel de substancial valor, certas categorias profissionais ou ainda o conteúdo econômico da causa) obstarão também a prestação do serviço público.

Este tipo de direcionamento não nos parece, contudo, a melhor solução. Isto porque, ao lado da extrema dificuldade em precisar um valor justo para atendimento em todas as comarcas instaladas num país

em que as condições sociais são tão díspares como o Brasil, algumas particularidades podem condicionar, no momento da análise, a situação econômica (e não financeira) da pessoa que busca atendimento. Há que se ter em vista que a análise é circunstancial e o deferimento da assistência jurídica pelo Defensor Público não garante a continuidade caso alteradas as premissas que determinaram a providência inicial. Isto é, a aferição não se esgota naquele momento inicial. De qualquer forma, alguém com renda razoável, mas endividamento superior à sua remuneração e patrimônio insuficiente para cobrir as dívidas, pode ostentar condição de necessitado. Exemplo frequente é o de cidadãos de classe média cujo valor despendido com medicamentos necessários à sua sobrevivência e que deveriam ser fornecidos pelo Poder Público é proporcionalmente exagerado; nesta hipótese, pode ser necessária a intervenção de um membro da carreira.

Por outro lado, *o risco de alargamento exagerado das atribuições da Defensoria deve ser considerado*. Embora a atuação não se limite aos pobres, o agir institucional pressupõe obediência à Constituição da República. Quem possui renda alta e gastos muito altos pode até ter direito à justiça gratuita, mas a atuação de um Defensor Público demanda vulnerabilidade, a indicar proteção especial do Estado, e algum tipo de óbice no acesso à ordem jurídica justa. A princípio, auferir renda de, p. ex., dez salários mínimos e gastar mais do que isto ao mês não caracteriza ninguém como necessitado econômico, apenas indica que deve limitar os seus gastos e, a depender do caso, buscar os préstimos de um advogado ou demais instituições públicas.

Atentamos ao caráter público do serviço prestado pela Defensoria. Isto quer dizer que conferir assistência a quem efetivamente não necessita produzirá encargo financeiro a ser suportado por toda a coletividade, desviando-se as prioridades ou sacrificando outras demandas importantes da Instituição. Sem falar também na interferência na atividade privada exercida pela advocacia.

Sobre esse ponto, concordamos com Rogério Nunes de Oliveira (2006, p. 105) ao sustentar também a inviabilidade de adoção de critérios tarifários como único mecanismo de aferir a necessidade da parte sujeita ao serviço público de assistência jurídica:

Visto que a adoção de um critério tarifário é inconciliável com os objetivos-fins buscados pelo direito fundamental à assistência jurídica gratuita, a par de que o enquadramento jurídico meramente

objetivo da condição de hipossuficiência econômica poderia conceber injustiças, a experiência recomenda que a análise do cabimento do direito à gratuidade de justiça seja orientada pelo critério subjetivo, norteados pela regra da economia – segundo a qual a renda é igual à despesa subtraída da poupança ou investimento – e sensível, de mais a mais, às particularidades do caso em concreto.

Nessa trilha, a exclusividade da Defensoria Pública na aferição da necessidade não importa concessão para deliberar sem limites, ao arrepio de parâmetros constitucionais. Há, sim, uma discricionariedade regrada, isto é, o Defensor Público está condicionado a certos elementos fáticos e jurídicos que podem indicar, ou não, a necessidade da intervenção institucional. Desse modo, respeitadas as premissas do conceito de necessitado adotado e o regramento específico de cada Defensoria, em respeito às especificidades de cada região e da situação posta, temos que o alcance do serviço aos verdadeiros destinatários fruirá em consonância com o desiderato constitucional.

Afora a questão administrativa do procedimento a ser utilizado, um interessante critério é adotado na DPU, consoante o regramento disposto na Resolução do Conselho Superior nº 13, de 25 de outubro de 2006. O atendimento é feito a quem possua renda *familiar* não superior ao limite de isenção do Imposto de Renda e, na hipótese de ultrapassar este valor, o indivíduo ainda poderá sê-lo mediante a comprovação de gastos extraordinários. Com poucas alterações, outras instituições adotam critérios semelhantes. Limitando-o à questão econômica (função típica, uma vez que a atípica demanda olhar diferenciado), e apesar de algumas ressalvas que podem ser feitas, é um ponto de partida tentador, porque tem o mérito de ser flexível sem prejudicar a segurança jurídica.

As demais condicionantes que apresentamos ao tratar do conceito de necessitado, em nosso ponto de vista, são indissociáveis desta aferição. Outras questões como a existência de patrimônio vultoso, com razoável liquidez, também podem interferir na análise da carência econômica. Mesmo assim, a aferição é algo que na esmagadora maioria das vezes pode ser conduzida à revelia de maiores providências administrativas.

Diante desse cenário, aparentemente desconcertado, precisamos tecer algumas considerações sobre a compatibilidade ou não da mera afirmação de necessidade (art. 4º da Lei 1.060/50) com o parâmetro constitucional que exige comprovação da insuficiência de recursos (inciso LXXIV do art. 5º da CRFB). Para tanto, defenderemos uma

interpretação conforme a Constituição.<sup>17</sup>

Primeiramente, devemos repisar que a presunção de necessidade atestada pela simples afirmação de que não está em “condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família” (art. 4º da Lei 1.060/50) diz respeito somente à possibilidade de deferimento da justiça gratuita. Já o suporte normativo constitucional (“comprovarem insuficiência de recursos”) visa configurar hipótese de incidência do serviço público de assistência jurídica integral oportunizado pela Defensoria Pública.

Nesse quadro de conformação constitucional, não há espaço para deduções de retrocesso à facilitação do acesso à justiça, pois esta comprovação da insuficiência de recursos somente deverá ser perquirida quando efetivamente se mostrar necessária para intervenção da Defensoria. Ora, há circunstâncias de fato<sup>18</sup> (*e.g.*, pessoas em situação de rua; idosos, adolescentes ou crianças desamparadas) e de direito<sup>19</sup> (*e.g.*, réu citado fictamente no processo civil ou, no processo penal,

---

17 “A interpretação conforme contém um princípio conservador da norma, cujo escopo é a preservação da autoridade do comando normativo, evitando-se a anulação de normas dúbias. Para conservar a validade do dispositivo, confere-se um sentido compatível com o texto constitucional, fixando uma determinada interpretação e afastando, em princípio, as demais.” (NOVELINO, 2009, p. 165).

18 Outros exemplos decorrentes desta aparente situação fática de vulnerabilidade, listados sob a rubrica de atuação atípica da Defensoria, podem ser notados no seguinte relato prático de uma Defensora Pública Federal: “No cumprimento das atividades constitucionais, deparei-me com mais de uma situação de estrangeiros em visita ao Brasil, que, embora percebesse renda no país de origem consideravelmente suficiente para constituir um advogado, se encontrava em situação de vulnerabilidade suficiente a ensejar o atendimento pela Defensoria Pública da União. O estrangeiro havia sido assaltado, ficou sem documentos, dinheiro ou contato com familiares no estrangeiro e, ao solicitar auxílio na polícia, foi encaminhado à Defensoria, após mero registro da violência sofrida. Este é um clássico caso de hipossuficiente jurídico que a Defensoria atuou para auxiliá-lo. Já tendo participado de inúmeros itinerantes pelos rincões brasileiros, não é raro o registro de casos de hipossuficientes culturais e políticos. Pessoas simples do interior, sem formação cultural, que foram citados pela justiça federal, por exemplo, em processo de desapropriação proposto pela União, em razão do projeto de transposição do Rio São Francisco e que, embora não se enquadrassem na categoria de necessitados econômicos, sequer possuíam conhecimentos suficientes para entenderem que necessitavam constituir um advogado em suas defesas, principalmente para verificar a avaliação do solo feita pela União Federal.” (NOGUEIRA, 2011, p. 31).

19 Há inúmeras circunstâncias de direito a indicar vulnerabilidade que estão devidamente positivadas na legislação para impor a atuação da Defensoria, muito embora esta previsão legislativa não seja requisito imprescindível para tal mister.

aquele que deixa de constituir advogado) que dispensam *in concreto* qualquer medida comprobatória da insuficiência de recursos pela parte interessada. A atuação, nesses casos, deverá ocorrer pela aparente situação fática ou jurídica de vulnerabilidade do necessitado.

Quando a Constituição da República menciona a comprovação, não quis ressaltar uma suposta imprescindibilidade da juntada prévia de documentos para deferimento da assistência jurídica ou determinar a existência obrigatória de um procedimento administrativo para avaliação. É dizer, nem sempre a comprovação *documental* é indispensável. Ou algum Defensor deveria negar a assistência jurídica a sem-teto, exclusivamente por pretensa falta de comprovação em procedimento administrativo, presentes todos os demais requisitos?

Não se pode perder de vista – ainda nessa linha de perspectiva constitucional do termo “*comprovarem*” – que os objetivos assumidos pela Defensoria Pública de busca pela *primazia da dignidade da pessoa humana e redução das desigualdades sociais*, além da *afirmação do Estado Democrático de Direito* e da *prevalência e efetividade dos direitos humanos* (art. 3º-A da LC 80/94 com redação dada pela LC 132/09), compatibilizam-se com os da República Federativa do Brasil (art. 3º da CRFB). E para se alcançar tais desideratos o sistema normativo aparelhou a Defensoria Pública de inúmeras funções institucionais correlatas com o seu papel de Instituição comprometida com a Justiça Social (art. 4º da LC 80/94, com redação dada pela LC 132/09). A prioridade conferida à resolução extrajudicial dos conflitos, com nítido caráter resolutivo e menos demandista, e a intervenção coletiva em favor de grupos vulneráveis, por exemplo, representam grandes missões outorgadas à Defensoria. Por isso que nos mutirões de atendimentos, nas realizações periódicas de audiências públicas, nas negociações diretas entre as partes, na celebração de termos de ajustamento de condutas, recomendações ou aviamento de ações civis públicas, a comprovação da necessidade dar-se-á pela aparente situação ou constatação de vulnerabilidade *e pelo interesse social manifestado*. Assim sendo, nesses casos, não se pode emprestar ao termo constitucional *comprovarem* interpretação no sentido de obstaculizar ou inibir o acesso, por parte desses interessados, aos meios legítimos e eficazes de proteção e efetivação dos seus direitos fundamentais.

Cabe um esclarecimento quanto ao “interesse social manifestado” referido acima. Os Defensores Públicos por óbvio não praticam a advocacia, pública ou privada, e portanto o seu agir há de ser atrelado aos objetivos que lhe são impostos por seu peculiar regime jurídico, instituído

principalmente nas Leis Orgânicas e, sobretudo, pela Constituição. A vulnerabilidade, por si só, não conduz necessariamente à intervenção da DP. Como afirmamos, é preciso que esteja presente a necessidade de intervenção protetiva pelo Estado, por meio desta instituição *pública* – daí nosso conceito mencionar a *proteção especial do Estado*. Alguém que preencha todos os requisitos mas possua advogado constituído, p. ex., em regra não será assistido pela Defensoria Pública. E esta *proteção especial* pode ser vista em diversas funções institucionais da Defensoria, nas quais há manifesto caráter social: *resolução extrajudicial; promoção e difusão dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico; convocar audiências públicas para discutir suas funções institucionais* etc. Tais funções são exteriorizações concretas do interesse social a ser perseguido pela DP. Há diversos trabalhos nesse sentido, como a obra do magistrado Sérgio Luiz Junkes, denominada “Defensoria Pública e o princípio da Justiça Social” (2005). A interpretação sistemática e concretizadora do texto constitucional conduz-nos à percepção de que a efetividade da justiça (social) deva ocorrer por meio de múltiplos atores estatais<sup>20</sup>.

A apresentação dos propósitos da Carta Constitucional, os quais também são umbilicalmente atrelados aos da Defensoria Pública, e, ainda, tendo em conta todo o processo evolutivo de propiciar mecanismos ou instrumentos de tutela adequada indicam que a assistência jurídica deve ser vista e interpretada como *auxílio para tornar as pessoas mais ativamente participantes das decisões básicas, tanto governamentais quanto particulares, que afetam suas vidas. Daí surge a questão básica de como tornar a assistência jurídica de alta qualidade acessível a todos, o que dela fez, como é fácil compreender, um ponto focal para os reformadores do acesso à justiça.*<sup>21</sup>

---

20 “Conforme estudado neste capítulo, a Defensoria Pública correlaciona-se juridicamente com o Princípio da Justiça Social. Essa correlação se dá, nos termos propostos: a) a partir da atuação e organização da Defensoria Pública, as quais vinculam-se à consecução do Princípio da Justiça Social; b) a partir do funcionamento da Defensoria Pública no âmbito judicial, através do qual, com a assistência jurídica prestada aos necessitados, contribui para viabilizar que a jurisdição, o processo e a ação dêem cumprimento ao Princípio da Justiça Social; c) com base na assistência jurídica extrajudicial prestada aos economicamente carentes, através do qual também se dá cumprimento ao Princípio da Justiça Social; d) de acordo com a posição da Defensoria Pública no quadro do poder, no qual situa-se como função essencial à Justiça Social, nos limites pesquisados.” (JUNKES, 2005, p. 129).

21 CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 143. Também é pertinente a teoria procedimental do Direito e da democracia desenvolvida por Jürgen Habermas, importante pensador contemporâneo.

Assim, analisada sistematicamente e observado o princípio da razoabilidade, entendemos que certa informalidade (*rectius*: desburocratização), no momento inicial do atendimento, em casos de evidente necessidade, não gera insegurança jurídica, considerando também que o posicionamento pode ser revisto a qualquer tempo pela própria Defensoria Pública.

## 2.4. Extensão do Conceito de Necessitado às Pessoas Jurídicas

A outorga da assistência jurídica integral e gratuita às pessoas jurídicas é decorrência sintomática da mudança de eixos no tema do acesso à justiça no Brasil. Estão as pessoas jurídicas inclusas no rol dos destinatários dos direitos e garantias fundamentais, desde que compatíveis com sua natureza. E o acesso à justiça, nesse sentido, representa inarredável porta garantidora de direitos às pessoas jurídicas. Se considerarmos o conteúdo normativo do inciso LXXIV do art. 5º, vemos que este dispositivo prevê o direito ao serviço público *aos que comprovarem insuficiência de recursos*, sem distinguir o destinatário entre pessoas físicas e jurídicas.<sup>22</sup> Nessa linha, o inciso V do art. 4º da LC 80/94 (com redação dada pela LC 132/09) previu expressamente como função institucional da Defensoria *exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais*.

E mais, diante do princípio da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, qualquer vedação irrestrita pelo intérprete há de ser visto com cautela, sobretudo diante de questionamentos eminentemente corporativistas, como da OAB na ADI 4636.

Não por acaso, a curadoria especial, atribuição institucional exclusiva da Defensoria Pública, comumente é realizada em prol de pessoas jurídicas, e tal possibilidade é inconteste tanto em doutrina quanto na jurisprudência, mesmo considerando tratar-se do exercício de função atípica, na qual a discussão acerca da necessidade econômica é afastada. Ora, se não há dúvidas de que a Defensoria possa atender pessoas jurídicas, o que de fato acontece em se tratando de curadoria especial, porque haveria de ser impedida *a priori* quando a carência for de recursos econômicos? Há particularidades importantes, contudo, a

---

22 “A Constituição não faz distinção alguma a respeito. Fala da assistência a ser concedida aos que comprovarem insuficiência econômica. Em morfologia gramatical, aos significa àqueles, de modo que ela assegura a assistência jurídica integral àqueles que não disponham de recurso – ou seja, a todas as pessoas que não os tenham. Não fala em pessoa física ou jurídica.” (DINAMARCO, 2002, p. 678)

serem ressalvadas.

É claro que a restrição, por exemplo, de intervenção em favor de pessoas jurídicas de direito público deriva da própria unidade do sistema jurídico, já que estas são assistidas por órgãos próprios. Não haveria aí *necessidade* da intervenção da Defensoria para verem assegurado seu acesso à ordem jurídica justa. Também com relação à pessoa jurídica, devem estar presentes todos os demais elementos fundamentais do conceito de necessitado, como insuficiência de recursos econômicos ou organizacionais, a condição vulnerável, a importância da atuação defensorial e de proteção especial do Estado, direcionadas a garantir o acesso à justiça.

Não obstante esta constatação lógica acima, a concessão de assistência jurídica às pessoas jurídicas de direito privado ainda encontra certos entraves por conta de incompreensões a respeito do tema. Vejamos os principais.

Um primeiro entrave está adstrito exclusivamente à gratuidade de justiça. Como sabido, este instituto é diverso da assistência judiciária e, mais até, da assistência jurídica prestada pela instituição. Ocorre que, como resultado da leitura equivocada do conceito de necessitado previsto na Lei 1.060/50 (parágrafo único do art. 2º), sustenta-se que a pessoa jurídica não poderia ser necessitada em razão de não possuir família. Só que este próprio conceito legal estabelece duas hipóteses não cumulativas de situação econômica que não lhe permita custear o processo: 1) sem prejuízo próprio ou 2) da família. Desse modo, se a própria Lei autorizou estas duas hipóteses de incidência, basta que se infira no caso concreto uma ou outra hipótese, pelo que, dentro do ambiente normativo específico, não há qualquer óbice legal ao deferimento da justiça gratuita às pessoas jurídicas.<sup>23</sup>

Outro obstáculo, atrelado à justiça gratuita e fortemente correlacionado à assistência defensorial, é com referência à distinção entre pessoas jurídicas com ou sem fins lucrativos. Há quem sustente que somente as pessoas jurídicas sem fins lucrativos poderiam ser contempladas com a gratuidade. Afirmam, para isso, que a viabilidade econômica do negócio deve ter como pressuposto o risco de eventuais despesas inerentes a litígios judiciais. Ora, tal restrição parte de uma premissa sem qualquer abrigo normativo e, se adotada com base unicamente nesse elemento do lucro, pode conduzir hipóteses de grande injustiça às pessoas jurídicas que, mesmo por dificuldades econômicas

---

23 OLIVEIRA, 2006, p. 119.

circunstanciais, demandam proteção especial do Estado em razão de efetiva vulnerabilidade. Lado outro, há fundações com faturamento superior a grandes empresas e, portanto, não seria razoável que a simples ausência de fins lucrativos desta espécie de pessoa jurídica condicionasse a assistência pela Defensoria Pública.

De fato, costumeiramente pressupõe-se que a receita da pessoa jurídica, tenha ou não propósito de lucro, deve ser suficiente para abarcar custos essenciais, como a assistência jurídica. Daí ter consolidado o entendimento jurisprudencial, tanto no âmbito do STF quanto do STJ, que exige peremptoriamente a comprovação da necessidade econômica pela pessoa jurídica, independentemente de sua finalidade lucrativa, para fins de deferimento da justiça gratuita<sup>24</sup>. O mesmo raciocínio pode ser aplicado ao atendimento de pessoas jurídicas em situação de carência econômica pela Defensoria Pública.

Por meio de uma interpretação conforme a Constituição, tem-se que a pessoa jurídica (com ou sem finalidade lucrativa) está subsumida ao mesmo regramento atinente à pessoa física, embora com alguns temperamentos. Então, para fins de sujeição ao serviço público prestado pela Defensoria Pública a comprovação da insuficiência de recursos é a regra, salvo quando for manifesta a situação de vulnerabilidade a indicar intervenção estatal. Isto se deve, em grande parte, à maior dificuldade prática em verificar, nas pessoas jurídicas, os caracteres da “condição vulnerável”, do “indicativo de proteção especial do Estado” e “necessidade de assistência da Defensoria”, insitos à configuração da figura do necessitado.

Havendo desconsideração da personalidade jurídica por qualquer motivo ou se os bens particulares dos sócios são afetados por dívidas da sociedade, por exemplo, a análise da carência econômica levará em conta a situação da pessoa física.

Quanto ao estabelecimento de critérios tarifários para atendimento das pessoas jurídicas pela Defensoria o mesmo raciocínio defendido para as pessoas físicas vale aqui. Desse modo, apesar de se mostrarem relevantes alguns critérios previamente ordenados, conforme já regulamentado por algumas Defensorias, estes elementos objetivos não devem ser levados como única maneira de aferir a necessidade.

---

24 Neste sentido, o STF decidiu na Rel 1.905-ED-AgR (Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, DJ 20-9-2002) e no AI 506.815-AgR/DF (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 17/12/2004). O STJ, por sua vez, endossou o entendimento no AgRg no REsp 1242109/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 16/05/2011”.

É preciso facultar ao Defensor a valoração casuística para se evitar prejuízos ou encargos no acesso à justiça.

A atuação em favor de pessoas jurídicas pode ser ilustrada quando, p. ex., a defesa de associação de determinada comunidade visar, na verdade, a concretização do direito de moradia das pessoas a ela vinculadas, e não de interesses exclusivos da entidade. De todo modo, a DP já poderia fazê-lo na seara coletiva, com efeitos práticos similares. Também na defesa de empresas constituídas por verdureiros, costureiras ou donos de pequenos estabelecimentos, que optam pela formalização dos seus negócios ante os benefícios, inclusive tributários, que obtêm. Seria um contrassenso negar-lhes assistência jurídica pela Defensoria porque legalizaram suas atividades.

A consultoria jurídica a uma microempresa ou a empresa individual de responsabilidade limitada (Eireli – art. 980-A do Código Civil) muito dificilmente poderia ser legitimada pela simples constatação de situação econômica ruim, porque ainda seria necessário verificar a presença de condição vulnerável, que justificasse uma proteção especial do Estado, e a necessidade da atuação defensorial. Difícil pensar que empresas de médio ou grande porte possam ser atendidas pela Defensoria, mas em tese é possível pressupor hipótese de atuação quando envolver, mesmo que indiretamente, uma coletividade que inclua pessoas necessitadas.

Nunca é demais lembrar, contudo, que o alargamento das funções atípicas implica necessariamente, pela limitação dos recursos humanos e materiais disponíveis, em maior dificuldade para o exercício da função defensorial típica e sua verdadeira razão de ser: o atendimento à população desfavorecida. Não é qualquer atuação defensorial que se justifica sob o prisma de algum interesse legítimo do Estado. Se a função atípica é uma exceção, seria razoável entendermos que poderiam sobrepôr, em número ou relevância, as funções típicas? O alerta é para evitar o desvirtuamento do propósito constitucional. Daí a elaboração de um conceito de necessitado apropriado ao desiderato constitucional e atento à evolução doutrinária, legislativa e jurisprudencial, cujos condicionamentos de *ostentar condição vulnerável a indicar proteção especial pelo Estado e necessidade de atuação da Defensoria* funcionam, em nosso ver, como marco teórico para aferir quem é destinatário do serviço público prestado pela DP.

### 3 – Considerações Finais

Este trabalho pode ser sintetizado em nossa constatação de que são “*necessitados todos aqueles que, mesmo circunstancialmente, por insuficiência de recursos econômicos ou organizacionais (nestes incluída a impossibilidade de defender-se em juízo), ostentem condição vulnerável, a indicar proteção especial do Estado, e aos quais a assistência da Defensoria Pública é necessária para verem assegurado o seu acesso à ordem jurídica justa*”.

Ao fazê-lo, buscamos delimitar o campo de atuação da Defensoria Pública, com o cuidado de não produzir um conceito hermético ou demasiadamente amplo, o que poderia afastar a instituição de sua missão constitucional típica, a de garantir o acesso à justiça aos economicamente marginalizados.

A doutrina interna da Defensoria Pública apresenta ainda grandes deficiências, mas o esforço é crescente. Um consenso, mínimo que seja, quanto aos principais caracteres da figura do necessitado talvez seja o divisor de águas para a esperada consolidação de uma identidade institucional própria, adequada ao novo paradigma de acesso à ordem jurídica justa.

#### Referências Bibliográficas

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DEZEN JÚNIOR, Gabriel. *Constituição Federal Interpretada*. Niterói/RJ: *Impetus*, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Volume II. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (Coord.). *Temas Atuais do Ministério Público: A Atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GALLIEZ, Paulo. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. [Parecer acerca da legitimidade da

Defensoria Pública para propositura de ações coletivas]. São Paulo, 2008. Disponível em <<http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/4820/Documento10.pdf>>.

“Acesso à justiça e o Código de Defesa do Consumidor”. *O Processo em Evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

JUNKES, Sérgio Luiz. *Defensoria Pública e o princípio da justiça social*. Curitiba: Juruá, 2005.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. *Defensoria Pública*. Salvador: JusPodivm, 2010.

MOORE, Mark H. *Criando valor público: gestão estratégica no governo*. Rio de Janeiro/Brasília: Uniletras/Enap, 2002.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

NOGUEIRA, Vânia Márcia Damasceno. “A Nova Defensoria Pública e o Direito Fundamental de Acesso à Justiça em uma Neo-Hermenêutica da Hipossuficiência”. *Revista Síntese Direito Civil e Processo Civil*. São Paulo: Informações Objetivas Publicações Jurídicas, ano 12, n. 70, mar./abr. 2011.

NOVELINO, Marcelo. *Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2008.

OLIVEIRA, Rogério Nunes de. *Assistência Jurídica Gratuita*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. “A Constituição e sua Linguagem”. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira e MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (coordenadoras). *Lições de Direito Constitucional em homenagem ao Professor Jorge Miranda*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOUSA, José Augusto Garcia de. “A Nova Lei 11.448/07, os escopos extrajurídicos do processo e a velha legitimidade da Defensoria Pública para ações coletivas”. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (coord.). *A*

*Defensoria Pública e os Processos Coletivos*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008.

“O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido – sobretudo após a edição da Lei Complementar 132/09 – a visão individualista a respeito da instituição?”. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (coord.). *Uma nova Defensoria Pública pede passagem. Reflexões sobre a Lei Complementar 132/09*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011.

ZMOGINSKI, Amanda Saraiva *et al.* “Co-criação de valor: inovação no modelo de negócio obtendo vantagem competitiva”. *Revista Jovens Pesquisadores*, ano VI, n.º10 (jan/jul 2009). Trabalho disponível em: <http://www.mackenzie.br/dhtm/seer/index.php/jovenspesquisadores/article/viewFile/800/334>.

## CRECHE: DIREITO DA CRIANÇA OU DA MÃE TRABALHADORA?

Elida Séguin<sup>1</sup>  
Priscila Pimentel<sup>2</sup>  
César Padilha<sup>3</sup>

**Resumo:** Neste artigo, os autores discorrem sobre vários enfoques do cuidado com crianças de tenra idade, no período em que as mães se ausentam para trabalhar, tendo como foco as decisões judiciais. Uma das opções é a creche, que sintetiza o cumprimento primeiro do direito fundamental da criança à educação, ao mesmo tempo em que é também forma de viabilizar a permanência das mães no mercado de trabalho. A dogmática ao erigir um direito ao patamar constitucional, não o faz de forma estanque, como direito fechado em si mesmo, mas sim o conjugando com todos os demais direitos do cidadão, como o direito ao trabalho, o direito da mulher, o direito à igualdade e à Justiça, numa sinergia e autopoiese jurídica. A adequada iniciação da criança à educação básica garante o melhor desenvolvimento de suas capacidades, dando-lhe instrumentos para ser parte ativa da sociedade em que vive. O presente estudo visa articular alguns direitos que se interligam tendo como ponto comum a creche, a criança e seus pais, que, hoje, têm plena consciência de que o futuro daquela depende de ensino continuado, e que esta educação será melhor transmitida, quanto antes houver a inserção do infante na creche.

**Abstract:** In this article the authors discuss several approaches to care with young children, when mothers are away to work. One of the objections is to leave the child in the nursery, which summarizes the performance of the first child fundamental right to education, in the same time it is also a way to keep mothers in the labor market. Dogmatics the right to erect a constitutional level, does not watertight, as the law closed in on itself, but combining with all the other citizen's

---

1 Advogada. Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Doutora em Direito Público, Membro da Associação Professores de Direito Ambiental do Brasil (APRODAB), do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (IBAP) e do Instituto de Advogados do Brasil (IAB). Professora Adjunta da UFRJ (aposentada) Professora do Curso de Direito Ambiental da OAB-RJ. Autora de livros e artigos. Contato: elidaseguin@gmail.com.

2 Assistente Social. Pósgraduanda da UERJ.

3 Advogado. Assessor jurídico concursado da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

rights, such as the worker right, the woman right, the right to equality and Justice, a legal autopoiesis and synergy. Proper initiation of child to basic education ensures the optimal development of his capabilities, giving you tools to be an active part of the society in which he lives. This study aims to articulate some rights that are interconnected with common point as the nursery, children and their parents who, today, is well aware that the future depends on continued education, and that education will be better conveyed, as before there is the insertion of the infant in daycare.

**Palavras-chave:** Políticas Públicas. Creche. Direito da Criança. Direito da Mãe Trabalhadora

**Key-words:** Public Policies. Daycare. Child's right. Working Mother's right

### **Sumário:**

*Introdução*

*Aspectos Constitucionais*

*Da Responsabilidade Pública Solidária*

*Da Reserva do Possível*

*Do mínimo Existencial*

*Do Direito ao Trabalho Mínimo*

*Do Direito da Mulher Trabalhadora*

*Da Creche como Assistência Materno Infantil*

*Do Direito a Educação*

*Creche: Ensino ou Assistência?*

*Conclusão*

*Referencias Bibliográficas*

## **INTRODUÇÃO**

No dia 1º de abril de 2013, a presidenta Dilma Rousseff afirmou, no programa de rádio “Café com a Presidenta”, que o governo tem o compromisso de construir seis mil creches até o final de 2014. Segundo ela, desde o início do governo, 612 creches foram construídas e 2.568 já tiveram suas obras iniciadas, existindo ainda a previsão de construção de outras 2.217 creches.<sup>4</sup>

No mês de março, passou por nossas mãos o Processo nº 0040593-86.2011.8.19.0000, referente a um Mandado de Segurança

---

4 <http://blog.planalto.gov.br/nosso-compromisso-e-construir-6-mil-creches-ate-o-final-de-2014-afirma-dilma/>

interposto pelo Defensor Público em exercício junto ao Juízo de Direito da Vara da Infância, Juventude e do Idoso da Comarca de Niterói, onde o direito exigido era matrícula em creche próxima a residência da criança. A nosso ver, a celeuma estava centrada na obrigação municipal em estabelecer e manter política pública de assistência materno infantil e não apenas garantir o acesso à educação, posto que os dois objetivos estão entrelaçados, mas permanecem distintos.

Por liminar, foi determinada a matrícula em creche próxima a residência da criança, ou, caso não fosse possível, a matrícula em outro estabelecimento assegurado o transporte gratuito, tendo em vista que o direito à educação é essencial ao desenvolvimento da criança, devendo ser atendido no seu melhor interesse (art. 208, IV da CF<sup>5</sup> e art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA).<sup>6</sup> Decisão monocrática da desembargadora Claudia Pires dos Santos Ferreira revogou a liminar, fulcrado no art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009.

Simultaneamente, lemos, no informativo do STJ de 08.04.2013, pronunciamento da Ministra Eliana Calmon, no III Curso de Iniciação Funcional de Magistrados, conclamando os Juízes a “conformarem a Poder Judiciário do futuro em sintonia com os anseios da sociedade brasileira”. Prosseguiu a ilustre e ilustrada Ministra afirmando estar convencida que “o Judiciário poderá mudar os destinos de nosso país e é essa a função do magistrado do século XXI”. Cobrando da magistratura que assuma as prerrogativas estipuladas pela Constituição Federal de 1988, posto que o “juiz fazedor de processo é coisa do passado” Enfatiza que, hodiernamente, o magistrado tem de atuar politicamente, participando da administração da Justiça, e “tem de ser consequente em suas decisões. Por isso não pode mais ficar isolado”. E muito menos inerte, acrescentamos.

Estes três fatos nos levaram a meditar sobre o direito à creche e a escrever este artigo, sem ter a pretensão de esgotar o tema, mas pontuando a posição do judiciário ante um novo modelo de estado.

## **ASPECTOS CONSTITUCIONAIS**

As normas são mais que meras recomendações ao gestor público, que pelo Princípio da Legalidade deve densificar tais comandos através

---

5 Art. 208 - É dever do Estado com a educação mediante a garantia de: IV - Educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade.

6 Art. 54 - É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

de políticas públicas e ações governamentais para garantir os direitos previstos na Carta Magna, entre eles a proteção à criança e ao adolescente, os direitos da mulher ao trabalho e a família. Neste sentido, Canotilho e Vital Moreira ensinam que:

“O Estado não é sujeito da Constituição, é seu objecto; não dispõe da Constituição, é por ela comandado. Conquista maior do constitucionalismo desde o séc. XVIII, a submissão do Estado a uma lei fundamental faz parte da própria ideia de Constituição.” Acerca da legalidade democrática, ensina o autor em outro ponto que “abrange não apenas as regras do Estado de *direito democrático* a que se refere o nº 2, mas também a ideia da submissão das autoridades públicas à lei em geral, de acordo com o *princípio da legalidade* ou, mais amplamente, o *princípio da juridicidade* (...)” Prossegue adiante: “A CRP determina a invalidade não só das leis, mas também de outros actos do Estado (...), no caso de serem desconformes com a Constituição, no mesmo pé que os actos legislativos”.<sup>7</sup>

A carência de vagas em creches, lamentavelmente, é fato corrente e corriqueiro em várias regiões do país, já tendo sido objeto de vários procedimentos judiciais, inclusive Ação Civil Pública proposta pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, para garantir a disponibilização de vagas em creches públicas.<sup>8</sup>

O STF reconheceu a autoaplicabilidade do art. 208, IV, da CF, afastando o argumento que se trata de norma programática, e que é dever do Estado de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade.<sup>9</sup> Inegavelmente, a educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível para assegurar às crianças desenvolvimento integral, como primeira etapa do processo de educação básica. Aquele tribunal reconheceu, em outro processo, que os Municípios não podem “demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado” e que este mandato “representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais”, que “não podem ser exercidas de

---

7 CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, editoras Coimbra/RT, 2007, p.216-217.

8 TJSP APL 2215229020098260000. SP 0221522-90.2009.8.26.0000.

9 AI 761908 RG, Rel. Min. LUIZ FUX, julg. em 24/05/2012, Acórdão Eletrônico DJe-155 divulg 07-08-2012 public 08-08-2012.

modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social” acrescentando que o “descumprimento de políticas públicas definidas em sede constitucional: hipótese legitimadora de intervenção jurisdicional”.<sup>10</sup> Ou seja, município que não garante o direito à creche pode sofrer intervenção.

O direito a matrícula em creches e pré-escolas é matéria pacífica nos Tribunais Superiores,<sup>11</sup> que além da previsão no art. 208 da CF e no ECA, encontra respaldo na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (art. 11, V). Estes dispositivos atribuem ao Ente Público o dever de assegurar o atendimento de crianças de zero a seis anos de idade em creches e pré-escolas.<sup>12</sup> No entanto, a Min. Carmen Lucia foi além ao reconhecer que seu desatendimento, considerado como “direito universal, justifica a intervenção do Poder Judiciário.”<sup>13</sup>

## **DA RESPONSABILIDADE PÚBLICA SOLIDÁRIA**

A responsabilidade solidária frequenta os tribunais, na rubrica de “concessão de medicamentos”. É reconhecida pela jurisprudência, reiterada e pacificamente, entre os diversos entes federativos pelo encargo ao direito à saúde integral, previsto no art. 196 da CF, apesar dos estados e municípios tentarem eximirem-se. Sob a ótica do direito à creche tem-se um novo enfoque: a delegação de uma atividade pública exime o delegante de responsabilidade? Na hipótese do processo 0040593-86.2011.8.19.0000, o Município de Niterói tentou driblar sua responsabilidade alegando que a atividade fora delegada para outra pessoa jurídica. Fica claro para nós que a responsabilidade do Chefe do Executivo municipal, em relação ao dever de viabilizar o amplo acesso à educação infantil não pode ser excluída, ainda que a delegação tenha ocorrido por de lei. Delega-se o fazer, mas não a responsabilidade. A

---

10 ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, 2ª Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 Public 15-09-2011 Ement Vol-02587-01 PP-00125, foi citado como precedente a ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

11 AI 592075 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 19/05/2009, DJe-104 divulg 04-06-2009 Public 05-06-2009 Ement Vol-02363-11 PP-02204 RT v. 98, n. 887, 2009, p. 172-174.

12 AgRg no REsp 1198737/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, 2ª Turma, julgado em 04/11/2010, DJe 02/02/2011.

13 RE 554075 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, julgado em 30/06/2009, DJe-157 Divulg 20-08-2009 public 21-08-2009 Ement Vol-02370-08 PP-01716.

delegação, mesmo tendo o delegatário personalidade jurídica distinta, não exclui a Administração direta (leia-se Prefeito e Secretário Municipal de Educação) de sua atribuição constitucionalmente imposta, que permanece sob a forma de responsabilidade solidária, em que o credor da obrigação pode optar a quem processar.

O efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola devem ser universais ou estaremos diante de inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o texto constitucional.<sup>14</sup>

A omissão no efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola induz na responsabilidade solidária do Município,<sup>15</sup> que decorre das diretrizes para a população infantil local, independentemente de estarem sendo executadas por Órgão descentralizado. Ou seja, a celebração de convênio para execução de uma atividade pública não exime a responsabilidade de prefeito (inciso IV do art. 1º do Decreto-Lei 201/1967).<sup>16</sup> Repetindo: o Chefe do Executivo não “lava suas mãos” entregando o seu governo, que lhe foi entregue pelo soberano voto do povo, a terceirizados, sem que as verdadeiras autoridades, Prefeito e Secretário de Educação, possam ser chamadas a Juízo para responder por ato de terceiro que descumprem preceito constitucional e desrespeitam um direito fundamental como a educação infantil.

Em outra decisão, um tribunal estadual expressamente apontou que tanto os Municípios quanto os Estados possuem responsabilidade concorrente (solidária) na atuação no sistema de ensino das crianças e adolescentes, e se o município não disponibiliza escola para atender pessoas com necessidades especiais, deverá garantir o acesso de quem precisa. Realmente, é impossível negar um direito constitucional sob o argumento de que a municipalidade – responsável solidária – não tem meios de garantir o constitucionalmente previsto, escudando-se no Princípio da Reserva do Possível. Se o atendimento demandar transportar a criança para outro local, o município terá que custear todas as suas despesas, pois somente desta forma as obrigações decorrentes do

---

14 <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo632.htm>

15 AI nº 70034151332, 8ª Câmara Cível, TJRS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 05/01/2010.

16 AP 409, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 13/05/2010, DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-01 PP-00011

texto constitucional podem ser consideradas adimplidas.<sup>17</sup>

## DA RESERVA DO POSSÍVEL

Com já insinuamos, outro ardil utilizado para frustrar o direito da criança à creche e ao pleno desenvolvimento é o Princípio da Reserva do Possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) ou Princípio da Reserva de Consistência, decorrente do conceito romano de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*impossibilium nulla obligatio est*). Trata-se de construção doutrinária germânica, decorrente de uma ação judicial que objetivava permitir a determinados estudantes cursar o ensino superior público embasada na garantia da livre escolha do trabalho, ofício ou profissão. Naquele caso, a Suprema Corte Alemã decidiu que só é exigível do Estado a prestação em benefício do interessado, desde que observados os limites de razoabilidade.

Para muitos, os direitos sociais que demandam uma prestação de fazer estariam sujeitos à reserva do possível, numa racionalização do que o cidadão pode esperar da sociedade, estabelecendo limites estatais, em razão de condições econômicas e estruturais.

O desenvolvimento do país e a melhoria da qualidade de vida, ponto destituído de controvérsia, perpassam pela educação, não somente de um pequeno grupo de pessoas economicamente suficientes, mas de todos. A “reserva do possível” está sendo utilizada para justificar a falta ou os poucos investimentos na área da educação, o que, em médio prazo, inviabiliza o desenvolvimento e aprofunda exclusões, não podendo ser utilizado para eximir o município do dever estatal de densificar uma garantia constitucionalmente estabelecida, em especial com tantos escandalosos sobre corrupção, licitações e obras superfaturadas etc. A reserva do possível, aplicada à educação, é forma de acentuar as desigualdades, sendo vedado ao administrador público preterir este direito, posto que não se trata de juízo discricionário pendente de vontade política, mas regra constitucional a ser obedecida. Assim cabe ao Estado Juiz zelar pela Constituição Federal.<sup>18</sup>

---

17 TJRS – Processo Nº AI 70046230892 RS; Rel. Carlos Roberto Lofego Canibal; Julgado em 21/03/2012.

18 AgRg no RE 410.715-SP, DJ 3/2/2006; do STJ: REsp 1.041.197-MS, DJe 16/9/2009; REsp 764.085-PR, DJe 10/12/2009, e REsp 511.645-SP, DJe 27/8/2009. REsp 1.185.474-SC, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20/4/2010. informativo nº 0431. Período: 19 a 23 de abril de 2010. 2ª Turma.

Neste sentido, decisão do STJ que analisando a prova da inviabilidade da prestação do direito, assim se pronunciou:

Nos termos do art. 333 do CPC, cabe ao autor demonstrar a veracidade dos fatos constitutivos de seu direito (inciso I) e ao réu, invocar circunstância capaz de alterar ou eliminar as consequências jurídicas do fato aduzido pelo demandante (inciso II). Contudo, se porventura o réu apresenta defesa indireta na qual se sustenta fato impeditivo do direito da parte autora, a regra inverte-se; pois, ao aduzir fato impeditivo, o réu implicitamente admite como verídica a afirmação básica da petição inicial, que, posteriormente, veio a sofrer as consequências do evento superveniente levantado em contestação. Por conseguinte, as alegações trazidas pelo autor tornam-se incontroversas, dispensando, por isso, a respectiva prova (art. 334, II, do CPC). O direito de ingresso e permanência de crianças com até seis anos em creche se pré-escolas encontra respaldo no art. 208 da CF/1988. Por seu turno, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, em seu art. 11, V, bem como o ECA, em seu art. 54, IV, atribui ao ente público o dever de assegurar o atendimento de crianças de zero a seis anos de idade em creches e pré-escolas. Em se tratando de causa impeditiva do direito do autor, concernente à oferta de vagas para crianças com até três anos e onze meses em creches mantidas pela municipalidade, incumbe ao recorrente provar a suposta insuficiência orçamentária para tal finalidade, nos termos do art. 333, II, do CPC<sup>19</sup>.

O Chefe do Executivo, como diretor da política pública para a educação, mantém o poder de determinar (replicando a Constituição) que todas as crianças têm direito a creche, pois tal Poder é indelegável, mesmo por Lei.<sup>20</sup>

---

19 Precedentes citados do STF: AgRg no RE 384.201-SP, DJe 3/8/2007; do STJ: REsp 575.280-SP, DJ 25/10/2004, e REsp 510.598-SP, DJ 13/2/2008. REsp 474.361-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 4/6/2009.

20 Ementa: Processual Civil e Constitucional. Medida Cautelar. Pressupostos. Recurso Extraordinário: Efeito Suspensivo. Município do Rio de Janeiro. Ministério Público. Ação Civil Pública. Gratuidade De Atendimento Em Creches. Determinação Judicial de Construção de Creches pelo Município. Despesas Públicas: Necessidade de Autorização Orçamentária: C.F., art. 167. I. - *Fumus boni juris e periculum in*

Importante registrar que os conjuntos residenciais financiados pelo SFH devem, prioritariamente, construir creches e pré-escolas (art. 1º, Lei nº 8.978/1995), o que auxilia ao município cumprir com sua obrigação constitucional.

## DO MÍNIMO EXISTENCIAL

A comunidade internacional reconhece o direito de ter direitos<sup>21</sup> e preocupa-se em minimizar as diferenças sociais, promover a inclusão social, incentivar a aceitação da pluralidade e garantir a dignidade da pessoa humana. Para tanto, metas devem ser estabelecidas e atingidas visando a um crescimento contextualizado e globalizado que extrapole o setor econômico e alcance o ser humano na sua plenitude. É pacífico que isto só acontecerá através da educação, dinamizando o desenvolvimento humano e fomentando o respeito aos Direitos Humanos. Neste sentido, a Convenção dos Direitos da Criança<sup>22</sup> que, em seu preâmbulo, considera que importa “preparar plenamente a criança para viver uma vida individual na sociedade e ser educada no espírito dos ideais proclamados na Carta das Nações Unidas e, em particular, num espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade e solidariedade”.

O mínimo existencial é o conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis para uma vida com dignidade, tais como meio ambiente equilibrado, a saúde, a moradia, saneamento, justiça, o trabalho e a educação, entre outras coisas (art. 7º da CF). A omissão na concretização desses direitos essenciais à dignidade da pessoa humana é forma de violação, destituída de espaço de discricionariedade para o gestor público, posto que retira o mínimo existencial vital para que uma pessoa possa atingir o pleno desenvolvimento e viver com dignidade. A ampliação do núcleo essencial do direito vai determinar a qualidade

---

*mora* ocorrentes. II. - Concessão de efeito suspensivo ao RE diante da possibilidade de ocorrência de graves prejuízos aos cofres públicos municipais. III. - Decisão concessiva do efeito suspensivo referendada pela Turma. (Pet 2836 QO, Relator(a): Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, julgado em 11/02/2003, DJ 14-03-2003 PP-00042 Ement. Vol-02102-01 PP-00062).

21 Interessante lembrar que o Enunciado 531, aprovados na VI Jornada de Direito Civil, determina: A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento (art. 11 do Código Civil).

22 Convenção sobre os direitos da criança. Adotada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20.11.1989 e ratificada pelo Brasil, incorporada ao ordenamento jurídico através do Decreto no 99.710, de 21.11.1990. Disponível em: [http://www.unicef.pt/docs/pdf\\_publicacoes/convencao\\_direitos\\_crianca2004.pdf](http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf). Acesso em 10 de abril de 2013.

de vida do grupo.

O mínimo existencial está relacionado à dimensão existencial humana mais elementar, conferindo a todo cidadão a garantia constitucional de acesso a um conjunto mínimo de prestações sociais estatais (direitos fundamentais sociais), que pode tomar tanto a feição de um direito de natureza defensiva quanto prestacional, sem o qual a sua dignidade se encontraria profundamente comprometida ou mesmo sacrificada. O mínimo existencial não pode ser confundido com o mínimo necessário à sobrevivência, posto que se teria uma pessoa despida de sua dignidade e de sua humanidade.

A população, conceito quantitativo, e não apenas o povo, conceito qualitativo, tem direito às condições básicas para existir e viver com dignidade, exigindo assim a atuação positiva do Estado no sentido de garantir o mínimo vital ao ser humano.

O ser em formação, como a criança e o adolescente, tem necessidades distintas da pessoa adulta, que devem ser priorizadas (CF, art. 207, *caput*), colocando-o a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Este dever de diligência é partilhado entre a família e o estado, para garantir que se torne um adulto com capacidade intelectual e física plena.

O patamar do mínimo existencial da criança deve ser permanentemente reavaliado para que se aproxime cada vez mais do ideal imaginado pelo legislador constitucional, garantindo assim o desenvolvimento individual e da nação brasileira.

## **DO DIREITO AO TRABALHO MÍNIMO**

O Direito ao Trabalho integra o rol dos Direitos Humanos,<sup>23</sup> posto que o labor é forma de dignidade humana. Em outro momento, foi falado que “o trabalho é elemento essencial ao bem-estar, pelo que representa de autoexpressão do indivíduo e como forma de garantir a sobrevivência própria e da família.” Concluindo que a “inexistência de trabalho ou o seu caráter precário e instável atinge a dignidade humana. O alijamento de certos grupos do mercado de trabalho, como os idosos, revela a tendência excludente de um mundo neoliberal”.<sup>24</sup>

---

23 ALMEIDA, Fernando Barcellos de. Teoria Geral dos Direitos Humanos, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1996, p. 53 *usque* 102.

24 ROBERT, Cinthia & SEGUIN, Elida. Direitos Humanos. Acesso à Justiça: um olhar da Defensoria Pública. Rio de Janeiro, Forense, 2000, p.85.

Ele é o conjunto de princípios e normas que regem as relações laborais subordinadas, pactuadas entre empregados e empregadores, com ou sem vínculo empregatício, dentro ou fora do “chão de fábrica”.

O fenômeno da Publicização do Direito Privado, com maior intervenção do estado nas relações privadas, objetiva assegurar uma isonomia de direitos e a proteção do trabalhador. Entre os direitos a serem protegidos estão as condições laborativas femininas para que não coloquem em risco a segurança de seus filhos, banindo a prática de deixar crianças trancadas sozinhas dentro de casa, enquanto suas mães trabalhavam. Para evitar os perigos decorrentes desse comportamento, a Constituição Federal atribuiu ao Poder Público o dever de proteção à criança e a assistência materno infantil, englobando o direito à creche, local onde a criança será assistida, alimentada e estimulada para atingir o seu pleno desenvolvimento.

O direito ao trabalho mínimo não pode ser obstaculizado pela omissão municipal em adotar políticas públicas de proteção e assistência materno-infantil e educacional. Inviabilizando este atuar público, a jurisprudência protege a mãe trabalhadora e a criança, reconhecendo como obrigação pública a disponibilidade desse serviço, como se depreende das decisões mencionadas neste artigo.

## **DO DIREITO DA MULHER TRABALHADORA**

O trabalho feminino desempenha importante papel no perfil da família brasileira, em especial quando a mulher se torna provedora. Assim, estas relações trabalhistas refletem diretamente na família, pedra angular da sociedade.

O Direito à Maternidade, como forma de autodeterminação e auto realização, é apontado por Tove Stang Dahl.<sup>25</sup> A idade reprodutiva<sup>26</sup> feminina coincide com seu período de formação escolar e profissional, ou seja, com o tempo de vida considerado “economicamente ativo”. Estão também em idade fértil, prontas para engravidarem e terem filhos,

---

25 DAHL, Tove, Stang. O Direito das Mulheres – uma introdução do Direito Feminista, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 134.

26 Concordamos que o direito à reprodução integra o rol dos direitos humanos (Robert e Séguin, ob.cit. p. 73), resguardado por Declarações Internacionais dos Direitos Sexuais. O **XV Congresso Mundial de Sexologia**, ocorrido em Hong Kong (China) em 1999, a Assembleia Geral da WAS (*World Association for Sexology*) aprovou a Declaração de Direitos Sexuais com o apoio da OMS (Organização Mundial da Saúde).

elas não podem ser colocadas ante uma “escolha de Sofia”: maternidade ou trabalho. Para tanto é necessário que uma estrutura jurídica e social lhes dê amparo.

A conquista dos direitos trabalhistas femininos foi um marco no século XX, dentro das alterações macroeconômicas e sociais, que caracterizaram a evolução da sociedade contemporânea.<sup>27</sup> Numa rápida retrospectiva, constata-se que estas mudanças para ocorrerem tiveram que quebrar muitas resistências e tabus. Nesta luta, ao movimento feminino organizado somou-se a necessidade de um respaldo institucional, o que aconteceu em 1988, com a promulgação da Constituição Federal. No campo político, a conquista do direito a votar e ser votada, foi reforçado pela obrigatoriedade dos partidos políticos terem um percentual de mulheres candidatas, mesmo que elas não se elejam, tanto assim, que o número de mulheres ocupando cargos eletivos não guarda proporcionalidade com o de homens. A legislação também avançou no que se refere a equidade dos salários entre homens e mulheres.

No entanto, o século XXI começou sem que as promessas fossem totalmente cumpridas. Mulheres ainda morrem de parto, por falta de assistência médica, são espancadas pelos companheiros como se integrassem um patrimônio disponível,<sup>28</sup> recebem menos, mesmo exercendo a mesma atividade masculina,<sup>29</sup> são assediadas moral e

---

27 O Dia Internacional da Mulher foi adotado pelas Nações Unidas, em 1975, designado como o Ano Internacional da Mulher, para lembrar tanto as conquistas sociais, políticas e econômicas das mulheres como as discriminações e as violências a que muitas mulheres ainda estão sujeitas em todo o mundo. Em 1977, a Organização das Nações Unidas instituiu o Dia Internacional da Mulher. Fonte: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Dia\\_Internacional\\_da\\_Mulher](http://pt.wikipedia.org/wiki/Dia_Internacional_da_Mulher).

28 Não podemos deixar de fazer referência a Lei nº 11.340, de 07.08.2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

29 No livro Mercador de Veneza, William Shakespeare retrata a essência da abnegação profissional e do Direito das Obrigações. A primeira, representada por Porcia, audaciosa e destemida, que, sem medir esforços, se veste de homem para atuar, com brilhantismo, como advogado na defesa de Antonio. É uma mulher a frente de seu tempo, que enfrenta a questão de gênero, mas, como profissional, demonstra ética na defesa de seu cliente, como corrobora a passagem em que o duque isenta Shylock, o argentário prestamista, da multa de metade dos seus bens para o estado. Sobre o Direito das Obrigações a peça ensina que o contrato deve ser cumprido, mas com sua interpretação mais favorável à parte mais fraca da relação, como hoje determina nosso

sexualmente e tem pouco acesso aos espaços de poder.

O art. 391, da CLT, veda a dispensa, sem justa causa, da empregada por contrair matrimônio ou engravidado, impedindo restrições a esse direito da mulher, o que demonstra o preconceito existente e a prática discriminatória que teve que ser vedada por lei. Aqui começa a proteção à maternidade.

O direito de licença à gestante está assegurado na Constituição de 1988 (art.7º inciso XVIII), sem prejuízo do emprego e do salário.<sup>30</sup> Cabe ao empregador pagar integralmente os salários referentes aos meses em que a empregada se encontrar afastada do serviço. Entretanto, poderá compensar os valores que pagar nessa rubrica com os que deveria recolher para a Previdência Social. Assim, ao empregador cabe, tão somente, a entrega do dinheiro, já que não incorrerá em nenhuma despesa. O Ministro Arnaldo Sussekind acredita que “se tivesse de ser ônus do empregador isso levaria à discriminação contra o trabalho da mulher.”<sup>31</sup>

A vedação da dispensa de empregada gestante, mesmo se a gravidez for confirmada em período de aviso prévio, protege a trabalhadora, evitando o prejuízo de um dom natural da mulher: ser mãe.

A evolução natural dessas conquistas foi o direito à creche que, após a proteção pré e pós-gestacional, objetiva dar condições para que a mulher prossiga na sua atividade laborativa, tranquila com a segurança de seu filho, bem cuidado em um local onde profissionais competentes zelam por sua segurança e auxiliam seu desenvolvimento. É o reconhecimento de que mulheres e crianças são sujeitos de direitos. O significado da luta das mulheres por creche está relacionado com a luta pelos direitos democráticos e com o seu ingresso e permanência no mercado de trabalho. Paralelamente, também se desenvolveu uma luta internacional pelo direito da criança e adolescente à educação plena, de qualidade e sob a responsabilidade do Estado, como atestam as convenções internacionais sobre o tema.

---

Código de Defesa do Consumidor. Assim Shylock podia retirar uma libra da carne do corpo de Antonio, desde que não derrame nenhuma gota de seu sangue, que não constava do débito.

30 A extensão do prazo de licença tem sido uma conquista paulatina, bem como o benefício alcançar também mães adotivas e não apenas as biológicas.

31 Sussekind, Arnaldo e outros. Instituições de Direito do Trabalho, 16ª edição, Volume II, Editora LTR, São Paulo, 1996.

O inciso XXV, do art. 7º da Constituição Federal, considera um direito fundamental dos trabalhadores a assistência gratuita aos filhos e dependentes, desde o nascimento até os cinco anos de idade, em creches e pré-escolas. Assim, a creche deixou de ser vista como um “depósito de crianças” e passou a ser o local apropriado para a educação da criança desde o seu nascimento, dando suporte ao seu desenvolvimento. A educação infantil é um direito indisponível e a desobediência a esse comando constitucional é conduta ilegal, sendo dever de o Estado garantir a educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até cinco anos de idade.<sup>32</sup>

Mas, como nem tudo que está na lei integra a realidade, a falta de vagas nas creches públicas torna-se uma aflição para as trabalhadoras, divididas entre a necessidade de trabalhar fora, para prover o sustento da prole, e o dever/direito de cuidar dos filhos e da casa.

## **DA CRECHE COMO ASSISTÊNCIA MATERNO INFANTIL**

O Secretário Estadual de Saúde de São Paulo, através da Portaria nº 44, aprovou Norma Técnica para Creches e Estabelecimentos Congêneres, justificando a medida por “que no Brasil morrem, diariamente, por desnutrição cerca de mil crianças nas faixas etárias de um a seis anos e que das que sobrevivem, cerca de 53% apresentam algum grau de desnutrição e como consequência, o desenvolvimento físico e a resistência às infecções ficam prejudicados;” “o binômio desnutrição infecção é o principal responsável pelas elevadas taxas de morbidade e mortalidade, assim como pelo baixo rendimento físico e mental da população brasileira” e que “a maior parte dos problemas que afetam o crescimento e desenvolvimento da criança e, até mesmo, sua sobrevivência, decorre de situação socioeconômica desfavorável”.

Nesta norma, define Creches e ou estabelecimentos congêneres como “instituições da Comunidade de caráter social e educativo, que atendem crianças de 0 a 6 anos e 11 meses de idade, visando a guarda, a complementação de cuidados familiares, a formação e desenvolvimento da criança.” Coloca como objetivo da norma “assegurar um espaço educativo para crianças de 0 a 6 anos e 11 meses de idade, favorecendo o seu crescimento e desenvolvimento e propiciando a construção do seu conhecimento e do mundo. Para isso deve garantir ações sociais, pedagógicas, alimentares e ambiente hígido; deve-se ainda assegurar que essas ações sejam integradas, visando não só o individual mas

---

32 <http://www.sindjudpe.org/2012/04/04/creche-um-direito-da-mulher-e-da-crianca/> acesso em 09.04.2013.

também a coletividade do estabelecimento.”

O efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola deve ser universal, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.<sup>33</sup>

A vaga em creche ou pré-escola é um direito fundamental da criança e está garantido constitucionalmente (art. 208, inciso IV). O Estado assume a responsabilidade em fornecer a educação básica a todas as crianças sem distinção de sexo, cor, condição financeira, dentre outros.

O art. 389 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) determina que toda empresa, onde trabalhem, pelo menos, trinta mulheres com mais de dezesseis anos de idade, é obrigada a manter local apropriado que permita às empregadas guardar, sob vigilância e assistência, os seus filhos no período da amamentação.

Como sucedâneo, foi instituído o auxílio-creche, regulado pela Portaria nº 3.296, de 03.09.1986, do Ministério do Trabalho e Emprego, que autoriza, após prévia estipulação em acordo ou convenção coletiva, às empresas e empregadoras a adotar o sistema de Reembolso-Creche, em substituição à exigência acima mencionada, que objetiva assegurar o benefício a toda empregada-mãe, independentemente da idade e do número de mulheres empregadas no estabelecimento. Cabe cumprir as exigências legais, devendo o reembolso-creche cobrir, integralmente, as despesas efetuadas com o pagamento da creche de livre escolha da empregada-mãe, ou outra modalidade de prestação de serviço desta natureza, pelo menos até aos seis meses de idade da criança, nas condições, prazos e valores estipulados em acordo ou convenção coletiva, sem prejuízo do cumprimento dos demais preceitos de proteção à maternidade.

Na hipótese de a empresa optar pelo sistema do reembolso-creche, o benefício é estendido a toda empregada-mãe, independentemente do número de mulheres do estabelecimento, atentando-se que a implantação depende de prévia estipulação em acordo ou convenção coletiva (exceto aos órgãos e às instituições paraestatais mencionadas no artigo 566 da CLT), a ser comunicada à Delegacia Regional do Trabalho (DRT) e a

---

33 <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo632.htm>, acesso em 09.04.2013.

ela remetida cópia do documento explicativo de seu funcionamento.<sup>34</sup>

A obrigação da existência desses estabelecimentos pode também ser suprida com creches distritais mantidas, diretamente ou mediante convênios, com outras entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo do Sesi, do Sesc, da LBA ou de entidades sindicais (§ 2º, do artigo 389, da CLT). De preferência, a creche distrital deve estar situada nas proximidades da residência das empregadas ou dos estabelecimentos ou em vilas operárias (Portaria DNSHT 1/69, artigo 2º, I).

Portanto, a obrigação do empregador de manter creches ou substituí-las por convênios ou reembolsos compreende apenas o período de amamentação de seis meses (parágrafo único, do artigo 395, da CLT), podendo ser dilatado, a critério do médico do SUS ou da empresa ou do convênio, não prevendo a CLT que a obrigação se estenda até aos seis anos da criança.

O reembolso-creche não constitui verba de natureza salarial e sobre ele não incide a tributação de INSS ou recolhimento de FGTS, desde que o empregador tenha a cautela de exigir a comprovação do gasto efetuado, para evitar que este valor passe a integrar o salário-de-contribuição, pois somente as despesas devidamente comprovadas não são tributadas.<sup>35</sup> A lei previdenciária limitou a isenção ao reembolso para filhos com idade máxima de seis anos, se ele for pago por período superior deve ser objeto de negociação coletiva, o que o tornará obrigatório, nos termos da convenção.

Aparentemente, a obrigatoriedade do empregador de manter creche ou pagar auxílio foi estendida até aos cinco anos de idade da criança, em decorrência da redação dada pela Emenda Constitucional 53, de 19/12/06, ao artigo 7º, inciso XXX, apesar do dever de proporcionar o benefício permanecer sendo estatal (art. 208, IV). O empregador paga o auxílio-creche como forma de tornar o trabalho mais atrativo, como faz ao contratar planos de saúde institucionais, já que a saúde integral também é dever estatal.

---

34 Vianna, Cláudia Salles Vilela. Manual Prático das Relações Trabalhistas. 8ª edição, São Paulo. LTr, 2007. pág. 312.

35 O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que o auxílio-creche tem natureza indenizatória, conforme se vê da Súmula 310 de 02/05/05 (DJ, pág. 371): “O auxílio-creche não integra o salário-de-contribuição.”

Sobre o reembolso de gastos com babá, entendemos que, para crianças até seis anos, não tem natureza salarial, por se tratar de benefício social, devendo ser interpretado como benefício similar que substitui a creche. O Decreto 3.049/1999, que regulamenta a Previdência Social, determina que o reembolso-babá não integra o salário-de-contribuição para fins de incidência da contribuição previdenciária (artigo 214, § 9º, XXIX).

O Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais criou, através de Deliberação nº 05, de 18.05.1989, o Programa de Assistência Materno Infantil visando à proteção do trabalho da mulher e de mães que comprovadamente não têm condições de cuidar de seus filhos, por motivo de trabalho.<sup>36</sup> A jurisprudência tem entendido que este programa está mais ligado à proteção do trabalho da mulher que do acesso à educação da criança, tese que esposamos de forma genérica:

Ação Ordinária. Falta de Motivação do Ato. Ilegalidade. Deferimento. Inclusão de Dependente no Programa de Assistência Materno-Infantil - IPSEMG. Verificando-se que a implantação do Programa de Assistência Materno-Infantil do IPSEMG se deu visando à proteção do trabalho da mulher e que a suspensão do benefício ocorreu de forma imotivada é entender-se como nulo o ato administrativo.<sup>37</sup>

Ação Ordinária. Falta de Motivação do Ato. Ilegalidade. Deferimento. Inclusão de Dependente no Programa de Assistência Materno-Infantil. IPSEMG. Redução de Honorários. Verificando-se que a implantação do Programa de Assistência Materno Infantil do IPSEMG se deu visando à proteção do trabalho da mulher. Segundo artigo 20, § 4º do Código de Processo Civil, nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas do § 3º.<sup>38</sup>

---

36 Interessante observar que aqui a condição da mãe ser trabalhadora é essencial para a concessão do benefício, diferentemente da previsão estatal. Justifica-se a exigência por ser forma suplementar de assistência, permanecendo a obrigação principal com o poder público.

37 TJMG – Proc. nº 100240813501670011 MG 1.0024.08.135016-7/001(1); Rel. Teresa Cristina da Cunha Peixoto; Julgado em 17/12/2009.

38 TJMG – Proc. nº 100240744260400021 MG 1.0024.07.442604-0/002(1); Rel.

Há dez anos o Supremo Tribunal Federal julgou Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro para suspender os efeitos da antecipação de tutela, perdendo a oportunidade, em nome de uma pseudo separação de poderes, de condenar do Ente público a construir creches.<sup>39</sup>

## DO DIREITO A EDUCAÇÃO

A Educação é forma de transformação social. Sri Sathya Sai Baba (extraído de seu discurso “O Propósito da Educação”) afirma

“As realizações do homem, nos campos da ciência e da tecnologia ajudaram a melhorar as condições materiais de vida. Aquilo de que necessitamos hoje, entretanto, é a transformação do espírito. Educação deve servir não apenas para desenvolver a inteligência e as habilidades do homem, mas também ampliar seus pontos-de-vista e fazê-lo útil à sociedade e ao mundo em geral. Isso somente é possível quando o desenvolvimento do espírito é promovido concomitantemente com a educação nas ciências físicas. A educação moral e espiritual vão ensinar ao homem conduzir uma vida disciplinada.”

Na mesma esteira, é impossível deixar de citar as palavras de Rui Barbosa, de 1910, *in* “A Couve e o Carvalho”, fazendo um paralelo com o papel que a Educação representa no futuro do país:

“Enquanto Deus nos dê um resto de alento, não há que desesperar da sorte do bem. A injustiça pode irritar-se; porque é precária. A verdade não se impacienta; porque é eterna. Quando praticamos uma ação boa, não sabemos se é para hoje ou para quando. O caso é que os seus frutos podem ser tardios, mas são certos. Uns plantam a semente da couve para o prato de amanhã, outros a semente do carvalho para o abrigo futuro. Aqueles cavam para si mesmos. Estes lavram para o seu país, para a felicidade dos seus descendentes, para o benefício do gênero humano”.

---

Teresa Cristina da Cunha Peixoto; Julgado em 06/11/2008.

39 Pet 2836 QO, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, 2ª Turma, julgado em 11/02/2003, DJ 14-03-2003 PP-00042 EMENT VOL-02102-01 PP-00062.

“Nenhum a Menos” (China, direção Zhang Yimou, 1999) é um filme que retrata o desafio de uma professorinha que sai do lugarejo rural em que leciona, e vai ao centro urbano atrás de um aluno que abandonou a escola, pois não considera que obtenha sucesso em seu magistério, mesmo com a formação de todos os alunos da turma, se um deles não tiver concluído seus estudos.

A Constituição Federal assegura a todos o direito à educação, como dever do Estado garantir a educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até cinco anos de idade. No art. 227, prescreve que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade ou opressão.

A Constituição do Estado do Rio de Janeiro, em seu art. 308, inciso VI determina que o dever do Estado e dos Municípios com a educação será efetivado mediante garantia de atendimento obrigatório e gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade, mediante atendimento de suas necessidades biopsicossociais, adequado aos seus diferentes níveis de desenvolvimento com preferência à população de baixa renda.

A educação infantil, como parte da educação básica, deve ser prestada pelo Estado a partir do momento que os pais da criança decidem colocá-la na creche. Ou seja, a criança não é obrigada a frequentar uma creche, como ocorre no ensino fundamental, mas ela tem o direito de fazê-lo, mesmo que sua mãe não trabalhe, sendo dever do Estado garantir a existência de vagas para todas as famílias que resolvam exercer esse direito. Segundo o ministro Herman Benjamin, “o direito à educação, responsabilidade do estado e da família, é garantia de natureza universal e de resultado, orientada ao ‘pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade’, daí não poder sofrer limitação no plano do exercício, nem da implementação administrativa ou judicial”.

Ainda que não fosse pela proteção ao trabalho feminino teríamos que enfrentar o direito infantil ao acesso à educação, que é um **direito humano fundamental** e deve ser prestado pelo Estado para promover o desenvolvimento do país e de seus cidadãos.

A educação das crianças está diretamente relacionada com a cidadania. O Estado ao afiançar o ensino está preparando o cidadão de amanhã, garantindo que este tenha pleno desenvolvimento de suas potencialidades, para vir a ser um Cidadão, que participe dos destinos do país com consciência e ética.

O direito à educação é um direito social de cidadania genuíno porque o objetivo da educação, durante a infância, é desenvolver todas as potencialidades do ser em que ela se transformará. Para alguns, ele ricocheteia, pois pode ser considerado como o direito do cidadão adulto ter sido educado e poder ter atingido seu pleno desenvolvimento. Neste sentido, a jurisprudência tende a considerar esta omissão injustificável, possibilitando a intervenção do judiciário e a aplicação de multa diária por criança desatendida,<sup>40</sup> posto que o direito à educação revela-se como um dos direitos sociais mais expressivos.<sup>41</sup> A decisão judicial de

---

40 Criança de até cinco anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Sentença que obriga o Município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida. Legitimidade Jurídica Da Utilização Das “Astreintes” Contra O Poder Público – Doutrina. Jurisprudência. Obrigação Estatal De Respeitar Os Direitos Das Crianças. Educação Infantil. Direito Assegurado Pelo Próprio Texto Constitucional (CF, Art. 208, IV, na redação dada pela EC Nº 53/2006) - Compreensão Global Do Direito Constitucional À Educação - Dever Jurídico Cujá Execução Se Impõe Ao Poder Público, Notadamente Ao Município (CF, art. 211, § 2º). Legitimidade Constitucional Da Intervenção Do Poder Judiciário Em Caso de Omissão Estatal na Implementação de Políticas Públicas Previstas na Constituição. Inocorrência de Transgressão Ao Postulado Da Separação de Poderes. Proteção Judicial de Direitos Sociais, Escassez de Recursos e a Questão Das “Escolhas Trágicas”. Reserva do Possível, Mínimo Existencial, Dignidade da Pessoa Humana e Vedação do Retrocesso Social. Pretendida Exoneração do Encargo Constitucional por Efeito de Superveniência De Nova Realidade Fática - Questão que sequer foi suscitada nas razões de Recurso Extraordinário. Princípio “*Jura Novit Curia*”. Invocação em sede de apelo extremo. Impossibilidade. Recurso de Agravo Improvido. Políticas Públicas. Omissão Estatal Injustificável e intervenção concretizadora do Poder Judiciário em tema de Educação Infantil: Possibilidade Constitucional. ARE 639337 AgR, Relator: Min. Celso de Mello, 2ª Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 Divulg 14-09-2011 Public 15-09-2011 Ement Vol-02587-01 PP-00125.

41 Recurso Extraordinário com Agravo. Direito Constitucional. Educação Infantil. Atendimento de criança em creche e pré-escola. Direito assegurado pelo texto Constitucional (Art. 208, Iv, Da Constituição Federal). Dever Do Estado. Possibilidade De Intervenção Do Poder Judiciário Para Garantir A Efetiva Concretização Do Direito Fundamental Público Subjetivo. 1. O direito à educação revela-se como um dos direitos sociais mais expressivos e, nesse sentido, sua concretização implica num dever de prestação positiva que proporcione acesso pleno ao sistema educacional,

determinar a matrícula da criança não é considerada como interferência “nas ações próprias do Poder Executivo quando examina o cumprimento de normas legais e constitucionais relativamente à prestação de serviço público de educação”,<sup>42</sup> ela está vinculada ao Princípio da Legalidade que orienta e determina o atuar público.

Como já mencionado, a alegação de inexistência de vaga para justificar a omissão pública obrigou a Defensoria Pública/SP<sup>43</sup> a ingressar com uma Ação Civil Pública para defesa dos interesses das crianças necessitadas em relação à creche, apesar de na época ainda estar pendente de decisão a ADIN questionando a constitucionalidade da Lei nº 11.448/2007, que deu legitimidade a Defensoria Pública para a defesa dos interesses coletivos dos necessitados. O argumento de ilegitimidade não foi acolhido para impedir o julgamento da questão principal: o direito da criança e da mãe trabalhadora.

Inegavelmente a obtenção de vaga em estabelecimento de ensino mantido pela municipalidade é um direito indisponível da criança, constitucional e infraconstitucionalmente assegurado, como já mencionamos.

Trata-se de um direito duplamente assegurado: à criança, por seu caráter pedagógico, e aos pais, com conotação assistencial, ao proporcionar meios para obter o sustento da família. Inegavelmente isto extrapola a esfera familiar e repercute na realização dos fundamentos do

---

neste compreendido o atendimento em creche e pré-escola. 2. A criança tem direito assegurado a atendimento em creche e pré-escola, nos termos do art. 208, IV, da Constituição Federal. Destarte, a inobservância do referido preceito constitucional pelos órgãos estatais competentes impõe o reconhecimento e a garantia de sua efetividade por intermédio do Poder Judiciário. Ex positis, nego seguimento ao agravo. (STF – ARE 677008 SC; Min. Luiz Fux; Julgado em 29/03/2012).

42 Processo Civil. Agravo de Instrumento. Mandado de Segurança. Liminar. Direito Constitucional à Educação. Matrícula em Creche Municipal. Agravo de instrumento contra decisão que deferiu liminar em mandado de segurança para matricular o Agravado em creche municipal. O Poder Judiciário não interfere nas ações próprias do Poder Executivo quando examina o cumprimento de normas legais e constitucionais relativamente à prestação de serviço público de educação. Possível conceder liminar em mandado de segurança a fim de compelir o Estado a matricular criança em creche se presentes a plausibilidade do direito e o perigo na demora. Orientação do Superior Tribunal de Justiça. Recurso desprovido. (TJRJ - Processo nº: 0035601-48.2012.8.19.0000; Des. Henrique de Andrade Figueira - Julgamento: 06/07/2012 – 17ª Câmara Cível).

43 TJSP - Processo: APL 2215229.020098260000 SP 0221522-90.2009.8.26.0000; Rel. Presidente Da Seção De Direito Privado; Julgado em 28/02/2011.

país, densificando a dignidade humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

O Plano Diretor da Cidade do Rio de Janeiro inclui a construção de unidades para educação infantil, que deverá se fazer “de forma socialmente justa e equilibrada” e de acordo com as necessidades regionais, com “atenção especial para as áreas ocupadas por população de baixa renda” (art. 18, § 1º c/c § 2º, II, Lei nº 111/2011). Esta norma demonstra a preocupação do planejamento municipal com o tema.

## **CRECHE: ENSINO OU ASSISTÊNCIA?**

Ao nos aproximarmos do final, precisamos enfrentar uma questão tormentosa: a creche deve funcionar doze meses por ano ou deve seguir o calendário escolar:

Se considerarmos que se trata de um direito assistencial da mãe trabalhadora, parece óbvio que deve funcionar o ano inteiro, eis que é este o esquema de trabalho – trabalha-se doze meses para fazer jus ao direito a 30 dias de férias.

Na prática, o que se constata é que as creches, por conveniência meramente administrativa e desprovida de qualquer impedimento legal, estão vinculadas à rede de educação, assim, elas fecham no início de dezembro e reiniciam em fevereiro, tendo ainda outro período sem funcionamento no mês de julho, o que deixa a mãe trabalhadora com um grande problema nas mãos.

É claro que este esquema, justificável se a creche for vista como integrante da educação, cria transtornos a serem resolvidos, nem sempre com a melhor solução para a criança ou sua mãe. Na ACP acima mencionada, a decisão expressamente abordou esta questão no trecho da ementa que destacamos:

Caráter pedagógico e assistencial da educação infantil, que, ao proporcionar aos pais meios para obter o sustento da família, contribui para a realização dos fundamentos da República Brasileira consubstanciados na dignidade humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, III, IV da Constituição Federal). **Serviço público essencial, que deve ser prestado continuamente sem a possibilidade de restrição de caráter infraconstitucional, inviabilizando,**

**também, a adoção do sistema de plantão ou a limitação aos estabelecimentos da rede direta de ensino.** Manutenção nos prédios a ser realizada conciliando-se com a rotina de atividades. **Direito às férias concedido mediante escalonamento.** (grifo nosso)

Este é um dos pontos que reforça a necessidade de prevalência da interpretação jurídica do direito à creche, por vezes, a partir do direito ao trabalho dos pais, e não estritamente como um direito da criança à educação.

Interessante que a recente alteração introduzida pela Lei nº 12.796, de 04.04.2013, em artigos da Lei nº 9.394, de 20.12.1996, determina que a “ educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, organizada da seguinte forma: a) pré-escola; b) ensino fundamental; c) ensino médio.” Ou seja, não inclui a creche na estrutura da educação básica.

## CONCLUSÕES

O acesso ao mínimo existencial é premissa à firmação do pacto político-constitucional e ao exercício dos demais direitos fundamentais (liberais, sociais e ecológicos).

Os brasileiros são responsáveis por seu próprio futuro. O país é um dos que tem melhor possibilidade de atingir um nível equilibrado de desenvolvimento humano. Este futuro se distancia pela constatação da fragilidade do nosso sistema educacional, onde os analfabetos funcionais<sup>44</sup> são maioria nas faixas de baixa renda. Por outro lado, aumenta a carência do estudo formal para o exercício de atividades econômicas. Estamos na era da tecnologia e do conhecimento, que devem ser ministrados logo nos primeiros anos de vida, para que o infante adquira o instrumental que o torne apto a obter a cultura necessária ao exercício de qualquer

---

44 A Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (Pnad) entrevistou 153 mil pessoas em todo o País até setembro de 2009 e constatou que, entre outras coisas que um em cada cinco brasileiros, de 15 anos ou mais, são analfabetos funcionais, ou seja, tem menos de quatro anos de estudo. Os totalmente analfabetos chegam a quase 10% da população. Com relação ao saneamento básico, na média, somente 59% das casas têm coleta de esgoto adequada e, em algumas regiões, a situação é muito mais grave. Site <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/tv/materias/PANORAMA/189649-ANALFABETOS-FUNCIONAIS-SAO-20-DA-POPULACAO-BRASILEIRA.html>, acesso em 17.04.2013, às 10 hs.

atividade profissional ou simplesmente, mas não menos importante, o desenvolvimento de sua personalidade. A quantidade de vezes que o desenvolvimento está previsto na Constituição Federal (preâmbulo, art. 3º, II e III, art. 5º XXVI, art. 23 X, art. 43, art. 170 caput, art. 170 VII, art. 173 §4º, art. 174, art. 182, art. 184, art. 187, art. 214, art. 218) demonstra sobejamente sua importância para os destinos da nação.

A creche tem essencial importância para a educação infantil, que é elitista, somente atendendo aos que podem custear profissionais em educação infantil, relegando as crianças de baixa renda a serem custodiados por pessoas sem qualificação para o ensino. É mister construir, ainda que por ordem judicial, creches públicas em todas as localidades, com oferta de vagas proporcionais a população infantil, como uma ação afirmativa, auxiliando a família no seu dever de educar. Não basta que alguns alcancem o topo da formação acadêmica. Curial que todos consigam ao menos ler e entender o que foi lido, sem exceção.

O direito à educação básica, que começa na creche, é direito da criança. Mas é igualmente direito dos pais, da mulher, na forma que se expôs neste artigo.

Os Poderes da República devem zelar pela efetividade da Constituição. Não apenas os Poder Legislativo e Executivo, mas também o Judiciário como último socorro da população desassistida, para que sejam disponibilizadas vagas em creches ou para a imposição de sua construção.

A falta de vagas que ainda perdura demonstra que o Judiciário tem uma missão extrajudicial de fazer cumprir a norma constitucional e determinar a construção de unidades de educação básica em localidades desprovidas de creches.

O auxílio-creche não é um substituto perfeito para a creche pública, por não ser obrigatório e pelo alto custo.

A proliferação de ações judiciais mostra a falta de efetividade a norma expressa da Carta Magna.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. Teoria Geral dos Direitos Humanos, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1996.

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, editoras Coimbra/RT, 2007.

DAHL, Tove, Stang. O Direito das Mulheres – uma introdução do Direito Feminista, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

ROBERT, Cinthia & SEGUIN, Elida. Direitos Humanos. Acesso à Justiça: um olhar da Defensoria Pública. Rio de Janeiro, Forense, 2000.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. Manual Prático das Relações Trabalhistas. 8ª edição, São Paulo. LTr, 2007.

**HABEAS CORPUS AO STJ: REGIME PRISIONAL  
(GRAVIDADE EM TESE DO DELITO) UNIDADE E  
INDIVISIBILIDADE**

**Marcos Paulo Dutra Santos**

Exmo. Sr. Ministro-Presidente do E. Superior Tribunal de Justiça

**MARCOS PAULO DUTRA SANTOS**, Defensor Público, matrícula nº 836.345-9, titular do órgão da Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro atrelado à 6ª Vara Criminal da Comarca de Nova Iguaçu/RJ, end. Rua Dr. Mário Guimarães nº 968, Bairro da Luz, Nova Iguaçu, 2º andar, tel. (21) 27651200, com atribuição também junto ao Juízo da 2ª Vara Criminal de Nova Iguaçu, no exercício de suas prerrogativas legais, vem, estribado no art. 5º, LXVIII, c/c art. 105, I, c, todos da Constituição Federal, c/c arts. 647 e 648, I, do Código de Processo Penal, impetrar ordem de

**HABEAS CORPUS COM PEDIDO EXPRESSO DE LIMINAR**

em favor de....., brasileiro, solteiro, desempregado, RG nº ..... IFP/RJ, nato em ....., filho de ....., residente e domiciliado à Rua ....., Rio de Janeiro, e de ....., brasileiro, solteiro, ajudante de caminhão, nato em ....., filho de ....., contra ato da **D. 4ª CÂMARA CRIMINAL DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, DES. REL. ....**, aduzindo as seguintes razões de fato e de Direito:

**1. DOS FATOS:**

Os pacientes foram denunciados pelo Ministério Público como incurso nas penas do art. 12 c/c art. 14, todos da Lei nº 6368/76. Ao segundo paciente ainda foi imputado o crime descrito no art. 10, *caput*, da Lei nº 9437/97 – cópia da denúncia em separado.

Em seu interrogatório, o 1º paciente NEGOU o cometimento dos fatos narrados na denúncia, obtemperando que possuía apenas um cigarro de maconha – cópia do interrogatório em anexo. O 2º paciente igualmente NEGOU a autoria dos injustos lançados na inicial acusatória,

inclusive o porte ilegal de arma de fogo – cópia do interrogatório inclusa.

Finda a instrução criminal, o Ministério Público opinou, em memoriais, pela **desclassificação da imputação para o delito previsto no art. 16 da Lei nº 6368/76, subsistindo o porte ilegal de arma de fogo em relação ao 2º paciente** – cópia das alegações finais em separado.

O juiz, no pleno exercício do seu livre convencimento, acolheu *in totum* o parecer final do Ministério Público, desclassificando as imputações, e abrindo vista ao *Parquet* para que se manifestasse sob a possibilidade de transação penal e/ou suspensão condicional do processo – cópia da decisão interlocutória mista em anexo.

O Ministério Público, contudo, interpôs apelação, subscrita por outro Promotor de Justiça, no qual pretendeu, **contrariamente à opinião delitiva externada nas alegações finais**, a condenação dos pacientes na forma da imputação originária – cópias da petição de interposição e das razões inclusas.

Malgrado entender que tal procedimento comprometeria a unidade e indivisibilidade do Ministério Público, o juiz entendeu por bem receber o apelo, eis que *imaginou* ser majoritário o entendimento de que a independência funcional dos integrantes do *Parquet* deve aqui prevalecer – cópia da decisão em anexo.

O apelo foi conhecido e provido, à unanimidade, pela 4ª Câmara Criminal, rel. Des. Nilza Bitar. Por conseguinte, os pacientes tiveram mandados de prisão expedidos contra si – cópias do acórdão e dos mandados prisionais inclusas.

Lamentavelmente, o Defensor Público que atua junto à mencionada Câmara ficou-se inerte.

Ressalte-se, em derradeiro, que ao longo do julgamento da apelação, os pacientes **jamais deixaram de comparecer ao Juízo, a fim de justificar as suas atividades, demonstrando que não tinham nada a temer** – cópias das certidões em anexo.

A primariedade e os bons antecedentes dos pacientes foram reconhecidos na decisão desclassificatória de 1º grau, e no acórdão.

Resumidos os fatos, passemos ao Direito.

## 2. DO DIREITO:

### 2.1. DA ADMISSIBILIDADE DO HABEAS CORPUS:

Pretende-se, com o presente *writ*, discutir tão-somente **matéria de direito**, tal seja: interesse recursal do Ministério Público para apelar de um provimento jurisdicional que, **acolhendo na íntegra a promoção ministerial inserta nas alegações finais**, desclassificou as imputações para uso de entorpecentes.

Em suma: pode o *Parquet*, através de outro promotor de justiça, insurgir-se contra uma decisão que chancelou, integralmente, a *opinio delicti* ministerial lançada nas alegações finais?

Não se almeja o reexame da prova, ou a dedução de matéria fática, porquanto, se assim fosse, a via processual adequada seria a revisão criminal.

Como somente será deduzida matéria jurídica, o *habeas corpus* é, inquestionavelmente, a via mais apropriada, até em razão de sua celeridade, haja vista que **foram expedidos mandados de prisão em desfavor dos pacientes**.

Não conhecer do *writ*, obtemperando que a reforma de sentença transitada em julgado **somente** seria possível através de Ação própria – Revisão Criminal -, seria, *data venia*, violar, acintosamente, os Princípios Constitucionais da Ampla Defesa e do Devido Processo Legal, porquanto o acórdão condenatório é **nulo**, haja vista a **inexistência de interesse recursal do Ministério Público** – foi julgada uma apelação sem que houvesse interesse para tanto, **pressuposto subjetivo de validade do recurso**, portanto **contra legem**.

E, como é cediço, o provimento jurisdicional sanatório de ilegalidade que compromete a liberdade individual exige celeridade, daí ser o *Habeas Corpus* a via processual pertinente.

### 2.2. DA OFENSA AO PRINCÍPIO DA UNIDADE E INDIVISIBILIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO, E CONSEQUENTE FALTA DE INTERESSE RECURSAL:

O promotor de justiça, quando oficia num processo, é o órgão do Ministério Público (teoria do órgão). Ele **apresenta** o *Parquet*, logo a *opinio delicti* por ele externada é a do Ministério Público.

É inegável que as promoções lançadas ao longo de um processo são mutáveis – *rebus sic stantibus* -, mesmo porque a opinião delitiva definitiva advirá somente com o término da instrução criminal.

Todavia, finda a instrução, o entendimento ministerial externado nas alegações finais é definitivo e imutável, porquanto não há mais provas a colher, logo não há riscos do acervo probatório modificar-se – não por acaso a referida peça processual foi alcunhada de alegações **finais**. Aqui o promotor lança o seu **entendimento final**. Como o promotor oficiante **é** o Ministério Público, tal *opinio delicti* traduz o desiderato do *Parquet* **como um todo**.

Se assim não fosse, de maneira que a *opinio delicti* final do Ministério Público pudesse ser revista pelo promotor que sucedeu o anterior – como ocorreu *in casu* -, a **unidade e a indivisibilidade do Parquet**, princípios institucionais insertos no art. 127, §1º, da Constituição da República, restariam absolutamente esvaziadas, pois o Ministério Público teria tantas opiniões delitivas quantos fossem os seus integrantes. Ao invés da unidade, teríamos consagrada a fragmentação do *Parquet*.

Invoca-se, em sentido contrário, a garantia da independência funcional, o que é impreciso.

A independência funcional significa, tão-somente, que o atuar dos promotores não pode sujeitar-se a pressões **estranhas ao processo**. Mas, por outro lado, jamais a independência pode ser empregada para melindrar institutos intrínsecos ao processo, como a preclusão e a coisa julgada, que asseguram que o processo seja uma “marcha para frente” – *in casu*, o processo **retrocedeu**, pois após acordarem o Ministério Público e o juiz que os pacientes incorreram apenas no crime do art. 16 da Lei nº 6368/76, o promotor signatário da apelação **voltou atrás**, objetivando novamente a condenação dos pacientes como pseudotraficantes.

Ademais, superdimensionar a independência funcional do Ministério Público implica, conforme já visto, no esvaziamento da unidade e da indivisibilidade do *Parquet*, o que seria um arrematado contra-senso, vez que TODOS esses princípios estão no mesmo **patamar de igualdade**, porquanto previstos no art. 127, §1º, da Constituição da República.

Em fecho, saliente-se que a revisão da *opinio delicti* ministerial **final** por outro promotor de justiça compromete, também a **segurança**

**jurídica**, pois as partes, e o próprio juiz, jamais saberão se o parecer lançado nas alegações finais é, realmente, o **definitivo**. Revestir-se-ia os pareceres ministeriais de uma indesejável **instabilidade**, comprometedora da segurança jurídica, e, em última análise, da própria seriedade da Instituição – afinal de contas, não seria séria uma Instituição cuja opinião delitiva varia a cada ingresso nos autos de um novo promotor...

Outra não é a posição deste **E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**, conforme se vê deste recentíssimo acórdão, de **fevereiro de 2004**, a saber:

### **Processo**

RESP 595598 / PR ; RECURSO ESPECIAL  
2003/0166207-0

### **Relator(a)**

Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (1106)  
Órgão Julgador  
T5 - QUINTA TURMA

### **Data do Julgamento**

**17/02/2004**

### **Data da Publicação/Fonte**

DJ 22.03.2004 p.00361

### **Ementa**

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. FALTA DE INTERESSE. PRINCÍPIOS DA UNIDADE E DA INDIVISIBILIDADE, QUE ORIENTAM A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

**“A falta de interesse no recurso é evidente. Decorre dos princípios da unidade e da indivisibilidade, que orientam a atuação do Ministério Público (art. 127, § 1º da CF).”**

Dissídio jurisprudencial não demonstrado nos moldes regimentais (art. 255 do RISTJ).

Recurso não conhecido.

## Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, **por unanimidade**, não conhecer do recurso. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

## Resumo Estruturado

**IMPOSSIBILIDADE, MINISTERIO PUBLICO, INTERPOSIÇÃO, RECURSO ESPECIAL, OBJETIVO, REVISÃO, DECISÃO JUDICIAL, TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL, HIPOTESE, EXISTENCIA, AUTOS, ANTERIORIDADE, PARECER, DIVERSIDADE, MEMBRO, MINISTERIO PUBLICO, RECONHECIMENTO, FALTA, JUSTA CAUSA, AÇÃO PENAL, INOBSERVANCIA, PRINCIPIO DA UNIDADE DO MINISTERIO PUBLICO, PRINCIPIO DA INDIVISIBILIDADE DO MINISTERIO PUBLICO, CARACTERIZAÇÃO, FALTA, INTERESSE DE AGIR, RECURSO JUDICIAL, OCORRENCIA, PRECLUSÃO LOGICA.**

IMPOSSIBILIDADE, AMBITO, RECURSO ESPECIAL, APRECIÇÃO, CONTRATAÇÃO, DISPENSA, LICITAÇÃO, OBJETIVO, REFORMA, ACORDÃO RECORRIDO, TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL, APURAÇÃO, CONTRATAÇÃO, ADVOGADO, NOTORIA ESPECIALIZAÇÃO, INDEPENDENCIA, LICITAÇÃO, NECESSIDADE, REEXAME, MATERIA DE PROVA, APLICAÇÃO, SUMULA, STJ.

NÃO CONHECIMENTO, RECURSO ESPECIAL, HIPOTESE, ACORDÃO RECORRIDO, IDENTIDADE, ENTENDIMENTO, STJ, REFERENCIA, CABIMENTO, TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL, APURAÇÃO, CONTRATAÇÃO, ADVOGADO, NOTORIA ESPECIALIZAÇÃO, DISPENSA, LICITAÇÃO, MOTIVO, INEXISTENCIA, DOLO, ADMINISTRADOR, CRIME CONTRA O PATRIMONIO, APLICAÇÃO, SUMULA, STJ.

Tal aresto traduz o entendimento há muito predominante nesta Corte, segundo se constata do seguinte acórdão, de 1998, também em votação unânime, a saber:

## Processo

RESP 132951 / DF ; RECURSO ESPECIAL  
1997/0035531-4

### Relator(a)

Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (1106)

### Órgão Julgador

T5 - QUINTA TURMA

### Data do Julgamento

13/10/1998

### Data da Publicação/Fonte

DJ 01.03.1999 p.00357  
RSTJ VOL.:00123 p.00378

### Ementa

- RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. DECISÃO RECORRIDA FUNDADA EM PARECER MINISTERIAL. RECURSO DO **MINISTÉRIO PÚBLICO** EM SENTIDO CONTRÁRIO. FALTA DE INTERESSE.

- Integra o nosso sistema jurídico-processual a subordinação do direito de recorrer à existência de um interesse direto na revisão do julgado.

**- Se, como no caso, o Ministério Público, por um de seus órgãos, manifestou-se, em parecer, favorável à concessão do “habeas corpus”, manifestação em que se louvou o aresto recorrido, falta interesse ao Ministério Público para interpor recurso contra essa decisão a que emprestou contribuição.**

- Interesse haveria se, com a atuação precedente do órgão ministerial, ocorresse manifesto comprometimento do interesse **público** ou da ordem jurídica, capaz de reclamar essa branda intervenção. A prevalecer, importaria em mitigada remoção compulsória, que atenta contra o postulado constitucional da independência funcional do **Ministério Público**.

**- Princípios da unidade e da indivisibilidade que se devem observar e preservar.**

- Recurso não conhecido.

## Acórdão

Por unanimidade, não conhecer do recurso.

### Resumo Estruturado

INEXISTENCIA, INTERESSE DE AGIR, **MINISTERIO PUBLICO**, INTERPOSIÇÃO, RECURSO JUDICIAL, DECISÃO JUDICIAL, CONCESSÃO, HABEAS CORPUS, HIPOTESE, JUIZ, ACOLHIMENTO, PARECER FAVORAVEL, DIVERSIDADE, PROMOTOR DE JUSTIÇA, IMPOSSIBILIDADE, INTERVENÇÃO, DECORRENCIA, FALTA, PREJUIZO, INTERESSE **PUBLICO**, NECESSIDADE, OBSERVANCIA, PRINCIPIO, INDEPENDENCIA FUNCIONAL, **MINISTERIO PUBLICO**. (VOTO VISTA), IMPOSSIBILIDADE, PROMOTOR DE JUSTIÇA, ALTERAÇÃO, PARECER DESFAVORAVEL, INTERESSE DE AGIR, REU, PLENARIO, POSTERIORIDADE, APRESENTAÇÃO, DEFESA, ADVOGADO, OCORRENCIA, VIOLAÇÃO, PRINCIPIO DO CONTRADITORIO.

Ressalte-se que a posição desta R. Corte foi recentemente prestigiada também pelo **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, cujo **PLENO**, em votação expressiva (09x02), entendeu que lançada a promoção de arquivamento pelo Procurador-Geral da República, torna-se insuscetível de retratação pelo novo Procurador-Geral, **malgrado o arquivamento ainda não tenha sido deferido pelo Tribunal**, em homenagem, exatamente, aos princípios da unidade e da indivisibilidade do Ministério Público, a saber:

Informativo

345 (INQ-2028)

Título

Manifestação do Parquet: Irretratabilidade

Artigo

**A manifestação formulada pelo Procurador-Geral da República, no sentido do arquivamento de inquérito penal, possui caráter irretratável, não sendo, portanto, passível de reconsideração ou revisão**, ressalvada, no entanto, a hipótese de surgimento de novas provas. Com base nesse entendimento, **e salientando, ainda, o fato de que tal manifestação, no caso, representa a vontade do órgão, e não da pessoa do titular do cargo**, o Tribunal, por maioria - na linha da orientação firmada na Corte no sentido de que o STF, no âmbito de sua competência penal originária, está compelido a determinar o

arquivamento de inquérito policial quando requerido pelo Procurador-Geral da República por ausência de base empírica -, determinou o arquivamento de inquérito penal, **conforme proposto no primeiro pronunciamento do órgão do Ministério Público**. Desconsiderou-se, portanto, já que evidenciado na espécie que não houve o surgimento de novas provas, o segundo pronunciamento apresentado pelo sucessor no cargo, pelo qual o Ministério Público, em juízo de retratação, pretendia o recebimento da denúncia. Vencidos os Ministros Ellen Gracie, relatora, e Celso de Mello, por entenderem possível o juízo de retratabilidade, sem a exigência do surgimento de novas provas, desde que formulado antes da superveniência de decisão judicial desta Corte, salientando, ademais, que, como titular da ação penal, compete ao Ministério Público promover ou deixar de promovê-la. Precedentes citados: HC 80560/GO (DJU de 30.3.2001), RHC 59607/PE (DJU de 25.2.83) e Inq 1443/SP (DJU de 5.10.2001). Inq 2028/BA, rel. orig. Ministra Ellen Gracie, rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, 28.4.2004.(INQ-2028)

Nessa esteira, o acórdão é manifestamente NULO, pois apreciou e deu provimento ao apelo ministerial **sem que houvesse interesse recursal**. Por conseguinte, a decisão desclassificatória de 1º grau deve ser **restabelecida**, remetendo os autos para o **Juizado Especial Criminal de Nova Iguaçu, eis que os crimes descritos no art. 16 da Lei nº 6368/76, e art. 10 da Lei nº 9437/97 são de menor potencial ofensivo, logo da competência constitucional dos Juizados, ex vi do art. 98, I, da Constituição da República, conforme reiteradas decisões deste SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, a saber:**

#### **Acórdão**

HC 30534 / DF ; HABEAS CORPUS  
2003/0167219-1

#### **Fonte**

DJ DATA:15/12/2003 PG:00340

#### **Relator**

Min. LAURITA VAZ (1120)

#### **Data da Decisão**

18/11/2003

#### **Orgão Julgador**

T5 - QUINTA TURMA

## **Ementa**

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. CONSELHO DE SENTENÇA.

DESCLASSIFICAÇÃO DA TENTATIVA DE HOMICÍDIO PARA LESÃO CORPORAL LEVE. COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. Em face do art. 60 da Lei nº 9.099/95, de natureza material e com base constitucional, é competente para julgar delito decorrente da desclassificação pelo Conselho de Sentença — no caso lesão corporal leve — o Juizado Especial Criminal. Precedentes do STJ.

2. Ordem concedida para, anulado acórdão da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, determinar a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal competente.

## **Decisão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, **por unanimidade**, conceder a ordem a fim de, anulado o acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, determinar a remessa dos autos aos juizado especial criminal competente. Os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezini votaram

com a Sra. Ministra Relatora.

*“RHC – PENAL – PROCESSUAL PENAL – JÚRI – DESCLASSIFICAÇÃO – LESÃO CORPORAL – O art. 492, § 2º, do Código de Processo Penal é de **duvidosa constitucionalidade (ou recepcionado pela Constituição da República)**. O réu repele a imputação. O devido processo legal não impõe que ele se defenda de possíveis variações durante o processo. Quando o Júri desclassifica o delito da competência do Juiz togado, evidente, por ser outra infração, dever-se-á ensejar nova defesa. Sendo assim, respeitar-se-á, às inteiras, o devido processo legal. **Em se tratando de lesão corporal, hoje, cumpre obedecer o disposto na Lei 9099/95.**” – STJ – 6ª TURMA – REL. MIN. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO – **UNÂNIME** – RHC 7661/AC – j. 20/08/98 – DJ 03/11/98, p. 00208; grifo nosso.*

**Acórdão**

RESP 110655 / SP ; RECURSO ESPECIAL  
1996/0065049-7

**Fonte**

DJ DATA:28/09/1998 PG:00121

**Relator**

Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (1084)

**Data da Decisão**

01/07/1998

**Orgão Julgador**

T6 - SEXTA TURMA

**Ementa**

RESP - PENAL - PROCESSUAL PENAL - CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - LEI Nº 9.099/95 - PLURALIDADE DE INFRAÇÕES PENAIS - **Em se tratando de pluralidade de crimes, cometidos na previsão do art. 70 do Código Penal, havendo, pois, pluralidade de ações, reunidas em instituto próprio para, literalmente, não ser confundido com o concurso formal e o crime continuado, o Código de Processo Penal, ao tratar das espécies de competência, realça quando ocorre por “Conexão”, em cujo âmbito se coloca a espécie “quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração. Se uma das infrações atrair a Lei nº 9.099/95, cumpre distinguir. Princípios constitucionais não podem ser relegados em homenagem à lei ordinária. Se uma das infrações chama o Código de Processo Penal, seguir-se-á o respectivo procedimento. A outra será apreciada conforme a lei especial; uma das suas finalidades é evitar a instrução, aproximando as partes. Encerrado na - fase preliminar - resta prejudicado o - procedimento sumaríssimo.**

**DA LIMINAR:**

Os pacientes, conforme demonstrado documentalmente, compareceram ao Juízo originário regularmente, ao longo do julgamento da apelação, evidenciando, com isso, que não fugiram da Justiça, pois não tinham o que temer.

No entanto, hoje estão com suas liberdades ameaçadas por força de mandados prisionais provenientes de um acórdão NULO, que examinou e deu provimento a uma apelação **carente de interesse de agir**.

Nítido, pois, o *periculum in mora*, justificando a concessão da liminar a título de tutela de emergência.

O *fumus boni iuris*, em contrapartida, é patente, pois a tese objeto do vertente *writ* sintetiza o entendimento não apenas desta emérita Corte, mas também do **Supremo Tribunal Federal**. Enquanto tutela de evidência, a liminar também se revela adequada e pertinente.

Destarte, espera seja concedida a liminar **tão-somente para suspender a ordem de prisão emanada contra os pacientes, determinando o recolhimento dos respectivos mandados, ou a soltura do(s) paciente(s), caso esteja(m) preso(s)**.

### 3. DO PEDIDO:

Em face do exposto, requer:

1. liminarmente, a suspensão da ordem de prisão emanada contra os pacientes, determinando o recolhimento dos respectivos mandados, ou a **soltura** do(s) paciente(s) que estiver(em) preso(s) por força deste acórdão;

2. no mérito, a declaração de **nulidade** do acórdão condenatório, por falta de interesse recursal por parte do Ministério Público, restabelecendo o provimento jurisdicional desclassificatório de 1º grau, e, por conseguinte, remetendo o processo para o Juizado Especial Criminal, eis que os delitos insertos no art. 16 da Lei nº 6368/76 e no art. 10 da Lei nº 9437/97 são de menor potencial ofensivo, cassando, em definitivo, os mandados de prisão expedidos em desfavor dos pacientes.

N. Termos,  
E. Deferimento.  
Nova Iguaçu, .....

---

MARCOS PAULO DUTRA SANTOS  
DEFENSOR PÚBLICO  
MAT. Nº 836345-9

**APELAÇÃO CRIMINAL SUSCITANDO A  
INCONSTITUCIONALIDADE DA EMISSÃO DE PARECER  
PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM SEGUNDO GRAU  
QUANDO ESTE JÁ FUNCIONAR COMO PARTE NO  
PROCESSO**

**Adolfo Filgueiras Etienne<sup>1</sup>**

**Resumo:** O nosso Código de Processo Penal teve origem em período ditatorial de inspiração fascista, e em razão disto carece de uma releitura diante da nova Carta Constitucional, que compartilha de valores democráticos, de modo a torná-lo compatível com esta. No presente recurso, suscita-se como matéria preliminar a necessidade de uma interpretação conforme a constituição do art. 610, do CPP, de modo que os autos somente sejam remetidos ao Ministério Público para emissão de parecer nos casos de apelação, quando este não funcionar como parte no processo, ou seja, nos casos de ação penal privada. Ressalta-se que o entendimento predominante é o de que em toda apelação os autos devem ser remetidos ao MP, ainda que trata-se de ação penal pública, tendo então o presente recurso o objetivo de mudar esta realidade, pois afronta princípios constitucionais, notadamente o princípio da igualdade processual – paridade de armas.

**Palavras-chave:** Ação penal pública. Parecer ministerial.  
Inconstitucionalidade

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de Jacarepaguá.

Processo: .....

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, já devidamente qualificado nos presentes autos, vem, pelo Defensor Público infra-assinado, apresentar as RAZÕES do recurso de APELAÇÃO interposto contra a sentença, na forma abaixo:

**PRELIMINARMENTE**

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA REMESSA DOS  
AUTOS AO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA APRESENTAÇÃO

---

1 Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro

## DE PARECER QUANDO ESTE JÁ ATUAR COMO PARTE NO PROCESSO PENAL – OFENSA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE, CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

O art. 610 do CPP determina que o processo seja remetido ao MP antes do julgamento da apelação. O Ministério Público recebe os autos, e então, o devolve com seu parecer.

Tal atitude à evidência ofende o princípio da igualdade, do contraditório, ampla defesa e da razoável duração do processo. Os que defendem o contrário, geralmente fundamentam sua posição com o argumento de que o MP em segundo grau atuaria como fiscal da lei e em primeiro grau como parte.

Primeiramente, cumpre asseverar que é totalmente incompatível que o MP funcione no mesmo processo como parte e como fiscal da lei. Na verdade, mesmo quando o MP atua como parte ele não deixa de ser fiscal da lei, pois sempre age com imparcialidade, devendo obediência à CF e às leis.

Sendo assim, quando o MP propõe ação civil pública, o mesmo não se pronuncia como fiscal da lei apresentando parecer. Assim, como quando impetra mandado de segurança, não apresenta parecer. Isto por que ele já está se manifestando como parte, sendo então desnecessária, sua atuação novamente, pois trata-se da mesma instituição, sendo que tanto como parte como quanto interveniente o MP é sempre imparcial, e fiscal da lei.

Aliás, especificamente sobre a atuação do MP na ação civil pública, merece ser transcrito o entendimento de Hugo Nigro Mazzilli, que deve ser aplicado à ação penal pública em razão de serem idênticas as razões:

*Assim, em síntese, somente oficiará um membro do Ministério Público no feito, nele exercendo todas as atribuições da instituição, quando no caso a função do Ministério Público seja em concreto indivisível. É o exemplo da ação ambiental proposta pelo Ministério Público em face de partes maiores e capazes. Nesse caso, não há razão para officiar no feito outro membro do Ministério Público qual fiscal do primeiro, pois a causa interventiva é uma só: trata-se da defesa de*

*interesses gerais da coletividade como um todo (a chamada intervenção pela natureza da lide).*

*Nessa linha de entendimento, de forma correta entendeu o Superior Tribunal de Justiça que, em ação civil pública movida pelo Ministério Público, não oficia outro membro da instituição na qualidade de custos legis.*

.....  
*Diz a lei que, na ação civil pública ou coletiva, se o Ministério Público não intervier como parte, será fiscal da lei. A contrario sensu, poderíamos crer que, quando intervém como parte, não seria fiscal da lei. Essa conclusão estaria equivocada: na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, o Ministério Público busca o interesse da coletividade como um todo; assim, não perde seu caráter de fiscal da lei.*

*É esta a mens legis: o Ministério Público sempre oficiará na ação civil pública, senão como autor, ao menos como interveniente. Mas, como já tivemos oportunidade de destacar, de forma correta entendeu o Superior Tribunal de Justiça que, em ação civil pública movida pelo Ministério Público, não oficia outro membro da instituição na qualidade de custos legis.” (A defesa dos interesses difusos em juízo, 12ª ed., São Paulo, 2000, Saraiva, págs. 83 e 230) GRIFEI*

A doutrina institucional fluminense entende que em nenhuma hipótese, existe justificativa para a intervenção de órgão na qualidade de parte e outro na qualidade de interveniente, senão vejamos:

*Como vimos, o Ministério Público pode atuar como órgão agente ou, caso a qualidade da parte ou a natureza do interesse em lide o exija, como órgão interveniente. Essa regra, aparentemente simples, tem suscitado alguns questionamentos: caso o Ministério Público atue como órgão agente e o polo passivo como seja ocupado por um incapaz, será necessária a intervenção de outro órgãos ministerial? E se a lide envolver dois incapazes com interesses contrapostos, serão necessários dois órgãos intervenientes? E se*

*buscando tutelar o interesse coletivo, o Ministério Público ajuizar ação, será necessária a intervenção de outro órgão? **Ao nosso ver, em qualquer caso, funcionará um único órgão de execução.***

*Assim pensamos não só em razão dos princípios da unidade e da indivisibilidade, mas, primordialmente, por força do princípio da independência funcional.*

.....  
**Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão do seguinte teor: “Feito em que o Ministério Público atua como parte. Parecer desnecessário. Não faz sentido tomar parecer do Ministério Público nos processos em que este atua como parte”.** (Emerson Garcia, Ministério Público, Organização, Atribuições e Regime Jurídico, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, págs. 269 e 271) GRIFEI

Cumpra-se asseverar que a decisão do STJ que foi transcrita pelo referido autor, refere-se ao seguinte julgado: STJ, 1ª T., EDREsp. Nº 172.822/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 28/09/1999, DJU de 03/11/1999, p.83. O Julgado consta na nota de rodapé de número 358, da pag. 271, da obra citada.

Este inclusive é o entendimento do MP do Estado do Rio de Janeiro, conforme verifica-se do enunciado 14 da Súmula da Assessoria de Assuntos Institucionais com o seguinte teor:

***Mesmo atuando na condição de parte, ou seja, como sujeito ativo da relação processual, nem por isso deixa o Ministério Público de zelar pela ordem jurídica, o que o faz também fiscal da Lei, afastada, desta forma, a intervenção de outro órgão ministerial para, autonomamente, cumprir este mister.***

Tal informação consta da nota de rodapé número 121, da pag. 204, da obra Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público, de Carlos Roberto de Castro Jatahy, Roma Victor, 2004, Rio de Janeiro.

Ou seja, resta claro que quando o Ministério Público age na qualidade parte, o que é o presente caso, não deve agir igualmente na qualidade de órgão interveniente. Isto pelo simples fato de ambos desempenharem o mesmo papel de fiscal da lei, pois tanto quando

é parte, quando é órgão interveniente, o MP continua agindo com imparcialidade zelando pela aplicação da ordem jurídica.

Sendo assim, verifica-se que não existe sentido na apresentação de parecer pelo Ministério Público, quando o mesmo está na qualidade de parte. Somente se justifica a apresentação de parecer quando a ação penal for privada, ou seja, quando o MP somente atua como órgão interveniente.

Cumpra agora demonstrar a inconstitucionalidade do referido dispositivo. Primeiramente, é evidente a contrariedade ao princípio da igualdade, também conhecido na esfera processual penal como paridade de armas. Isto porque o Ministério Público passa a se manifestar uma vez a mais que a defesa no processo. Por exemplo, a defesa interpõe apelação, o Ministério Público fala em contrarrazões, e ainda emite um parecer em segundo grau. Quando o MP apela, a defesa apresenta contrarrazões, e aquele ainda volta a se manifestar através de parecer em segundo grau.

Sobre a aplicação do princípio da igualdade no âmbito processual deve ser mencionado os dizeres de André Nicolitt, citando inclusive o STF:

*Este princípio se aplica inteiramente ao processo na “afirmação da igualdade entre as partes na relação processual”. Sobre o tema manifestou-se o Supremo Tribunal Federal, verbis:*

*Devido processo legal – Partes – Ministério Público e defesa – paridade de armas. Acusação e defesa devem estar em igualdade e condições, não sendo agasalhável, constitucionalmente, interpretação de normas reveladoras da ordem jurídica que deságue em tratamento preferencial. A par condicio é inerente ao devido processo legal (RMS nº 21884-7/DF, Min. Marco Aurélio, julgamento em unanimidade). (Manual de Processo penal, 3ª Ed., 2012, Elsevier, Rio de Janeiro, pag. 36)*

A ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório é igualmente evidente, eis que a defesa não fala após a apresentação do parecer ministerial. Ou seja, deveria ser resguardado à defesa a palavra, mediante a apresentação de um parecer, após o que fora apresentado

pelo Ministério Público em segundo grau.

Aliás, sobre este princípio, consagrada doutrina ensina o seguinte:

*O juiz por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a tese a outra, a antítese) o juiz pode corporificar a síntese, em um processo dialético. (Teoria Geral do Processo, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, 14ª Ed., Malheiros, 1997, pag. 55)*

Por fim, o desrespeito ao princípio da duração razoável do processo igualmente é claro na medida que tal dispositivo determina uma nova manifestação do Ministério Público sem qualquer razão, e sem paralelo para qualquer outra parte seja no processo civil ou penal. Ou seja, em nenhum momento é dado à defesa no processo penal apresentar parecer, assim como no processo civil nenhuma parte pode apresentar parecer para julgamento da apelação, inclusive a fazenda pública.

O fato é que se o MP já se manifestou por escrito em primeiro grau, em segundo a sua atuação deveria se limitar a sustentar ou não oralmente as razões, ou contrarrazões ministeriais, e se for o caso interpor recurso ao STJ ou STF. A apresentação de parecer é algo totalmente injustificável.

Sendo assim, é um ato inútil ao processo, e que por esta razão o atrasa injustificadamente, descumprindo o mandamento constitucional, bem como atrasando indevidamente os processos de réus presos.

Corroborando este entendimento, deve ser citada a lição da doutrina:

*O Parquet poderá opinar pelo conhecimento, não conhecimento, provimento ou não provimento da apelação. O parecer do Ministério Público nessa instância é apontado por Rômulo de Andrade*

***Moreira como atividade violadora do contraditório, da isonomia, do devido processo legal e da ampla defesa, porquanto não se abre nova oportunidade para o acusado falar por derradeiro.***

***Com efeito, a falta de possibilidade de manifestação do acusado sobre o parecer eventualmente desfavorável, indica um desequilíbrio processual. Não parece infirmar essa conclusão, o argumento que sustenta que o Ministério Público aí está a atuar não “como órgão estatal em busca da pretensão punitiva, e sim, tão-somente, como verdadeiro juiz, em prol de um resultado justo”. (Curso de Direito Processual Penal, Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar, 7ª Ed., 2012, Juspodium, pag. 979) GRIFEI***

Ademais, o fato é que o art. 610, do CPP, em nenhum momento assevera que os autos vão ao MP para que este apresente parecer. Sendo assim, caso seja apresentado este parecer, deve o mesmo ser desentranhado, pois sem autorização legal.

Por fim, cumpre transcrever as palavras de Fernando da Costa Tourinho Filho, onde o mesmo explica as origens de tal dispositivo, o que demonstra a sua total distorção, tendo em vista a forma como é aplicado nos dias de hoje, bem como narra que o Procurador de Justiça, salvo raríssimas exceções não consegue ser imparcial, o que evidentemente prejudica a defesa:

*Àquela época, 1942, o Procurador-Geral de Justiça era pessoa da confiança do Executivo, e a escolha, normalmente, caía em alguém alheio aos quadros do Ministério Público. E, por isso mesmo, guardando ele equidistância das partes, atuava como verdadeiro custos legis. Com o crescimento populacional e da criminalidade, com o aumento assombroso de processos, o Ministério Público também cresceu, tornando impossível ao Procurador-Geral desincumbir-se das suas funções. Houve, pois, necessidade de serem criados cargos de Procuradores de Justiça para o auxiliarem naquelas funções. Por outro lado, com o correr dos anos, o Procurador-Geral deixou de ser um estranho à instituição, para encarná-la. Um dos Procuradores passou a ocupar aquele cargo de chefia do parquet. Hoje, no Estado*

*de São Paulo, por exemplo, o número de procuradores de justiça ascende a duzentos. Trata-se de cargos ocupados, em decorrência de promoção, pelos Promotores de Justiça de entrância especial. Mal saídos de uma fatigante atividade combativa, assumem função completamente imparcial, própria dos fiscais da lei e, muitas vezes, com várias e honrosas exceções, o custos legis é traído pelo Acusador, quebrando, assim, uma regra decorrente do devido processo legal, segundo a qual a Defesa fala por último... **Ademais o Procurador de Justiça, membro que é do Ministério Público, não pode ficar equidistante das partes. Entranhada e psicologicamente tem laços com uma delas. É difícil o corte deste cordão umbilical.** E, para evitar essas traições, a nosso ver, deveria o Ministério Público, na segunda instância, limitar-se à análise dos processos sob o aspecto formal, deixando a apreciação do mérito aos Tribunais, mesmo porque é raro encontrar-se um Procurador de Justiça que atue dentro naquela linha tão bem traçada por Sérgio Demoro Hamilton (A técnica do parecer, Revista do tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 19/19). A regra, infelizmente, vem respaldada no espirito de corps... Vejam-se, e a propósito, Frederico Marques, Elementos, cit. V.4., p.221, e Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, O processo penal em face da Constituição, Forense, 1992, p. 62. (Código de Processo Penal Comentado, Vol. 2, 3ª Ed., 1998, Saraiva, São Paulo, pag. 348) GRIFEI*

Verifica-se assim, que deve ser dada uma interpretação conforme a constituição ao referido dispositivo, de modo que os autos somente sejam remetidos ao Ministério Público em segunda instância, quando este não funcione como parte, como é o caso da ação penal privada, ou da ação penal privada subsidiária da pública.

## **DO MÉRITO**

### **DA AUSÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES DE AUTORIA PARA EMBASAR UM DECRETO CONDENATÓRIO**

Em juízo, a vítima afirmou que reconheceu o réu por fotografia em sede de inquérito. No reconhecimento judicial, o acusado fora apresentado sozinho à vítima.

Se isto não bastasse, não existe qualquer prova da autoria além deste frágil reconhecimento.

O réu não fora encontrado com o objeto do delito, os objetos do delito não foram encontrados, ou seja, sequer existiu a possibilidade de com o encontro dos objetos do delito ter sido encontrado alguma identidade do réu, algo que pudesse indicar a sua autoria. Verificasse assim, que o reconhecimento é ato isolado em relação a prova da autoria.

Além disto, infelizmente é de se ressaltar a pouca credibilidade que merece o reconhecimento fotográfico feito em delegacias. Geralmente é apresentado à vítima tão somente uma foto, sendo que neste momento a mesma geralmente é sugestionada pelos agentes que informam que a fotografia apresentada pertence a um bandido que praticou crimes semelhantes, e que provavelmente seria o praticante de seu crime.

Poderia a nossa policia ter um comportamento diverso, ou seja, cumprir o que determina o CPP de modo a transformar o reconhecimento fotográfico que é algo extremamente precário, em algo mais útil a elucidar efetivamente o quem seria o autor do crime. Deveria então a vítima ser convidada a descrever a pessoa a ser reconhecida, devendo as características relatadas serem descritas no termo de reconhecimento. Após, o reconhecimento deveria ser feito com diversas fotografias de pessoas semelhantes, sem ser feita qualquer referência ou prestada informação sobre elas para não influenciar a vítima.

Como dito, isto seria o ideal, e embora totalmente possível, não é o que acontece na pratica o que ocasiona diversas condenações injustas e a indevida movimentação da maquina judiciária tão assoberbada. São de conhecimento notório os casos de pessoas que são reconhecidas por fotografia, sendo o reconhecimento ratificado em juízo, e após verificasse que a mesma estava presa na data do fato, o que por certo torna evidente o erro judiciário.

Exemplos de reconhecimentos feitos de forma errada são grandes em nossa jurisprudência, conforme resta claro da ementa de acórdão abaixo, onde a vítima fez o reconhecimento na delegacia, e em juízo apontou um terceiro desconhecido como autor. Ou seja, resta clara falibilidade do reconhecimento fotográfico, principalmente quando é feito sem as precauções legais, o que como dito infelizmente é a regra.

Segue abaixo a referida ementa:

0042552-63.2010.8.19.0021- APELACAO 1ª  
Ementa DES. SUIMEI MEIRA CAVALIERI -  
Julgamento: 14/02/2012 - TERCEIRA CAMARA  
CRIMINAL APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO  
CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE  
ARMA DE FOGO (ART.157, §2º, INCISO I,  
CÓDIGO PENAL). ABSOLVIÇÃO. RECURSO  
MINISTERIAL PELA CONDENAÇÃO NOS  
TERMOS DA DENÚNCIA. DESCABIMENTO. Nos  
termos do art. 155 do Código de Processo Penal, o  
juiz somente poderá formar sua convicção pela livre  
apreciação das provas produzidas em contraditório  
judicial, não podendo utilizar os elementos  
informativos colhidos durante a investigação, salvo  
quando se tratarem de provas cautelares, não repetíveis  
ou antecipadas. **No caso concreto, embora a vítima  
tenha efetuado reconhecimento fotográfico positivo  
do autor do delito, em sede policial, retratou-se em  
Juízo. Após indicar terceira pessoa como sendo o  
criminoso, admitiu não ter condições de apontá-lo.  
Ausência de prova da autoria. Vigência do princípio  
da presunção de inocência.** Solução absolutória  
correta. Desprovimento do recurso. INTEIRO TEOR  
Íntegra do Acórdão- Data de Julgamento: 14/02/2012

Por fim, devem ser transcritas as palavras de Tourinho, onde o mesmo demonstra que o reconhecimento é um meio de prova extremamente precário, senão vejamos:

*O reconhecimento é de todas as provas, a mais falha, a mais precária. A ação do tempo, o disfarce, as más condições de observação, os erros por semelhança, a vontade de reconhecer, tudo, absolutamente tudo, torna, torna o reconhecimento uma prova altamente precária. Não se deve olvidar que Penélope, a esposa de Ulysses, não o reconheceu após alguns anos de ausência. Foi preciso revelasse ele um fato bem íntimo: a confecção da cama do casal...*

*No reconhecimento há a fusão de uma percepção presente com outra pretérita. A pessoa que procede o*

*reconhecimento faz uma evocação à reminiscência e procura ver a semelhança entre aquela figura guardada na memória e aquela que lhe é apresentada. Às vezes a memória não é boa. Por outro lado, quanto mais passa o tempo, mais se distancia a lembrança, o que dificulta seriamente o reconhecimento.*

*E se se tratar de reconhecimento fotográfico? Depende do caso concreto. Se a autoridade solicitar à pessoa que vai proceder ao reconhecimento a descrição daquela que vai ser reconhecida e, a seguir, exhibe-lha cinco ou seis fotografias de pessoas que guardem entre si uma certa semelhança para que ela aponte qual delas retrata o criminoso, tal aliado a outros elementos constantes dos autos pode ser valioso. Entretanto, o comum é a Polícia exhibir fotografias de pessoas completamente diferentes... algumas delas trazendo impressos dizeres como 'Indiciado pelo crime de aborto, roubo, homicídio', o que torna mais sugestivo o reconhecimento... Às vezes, sabemos todos, há fotografias que não retratam com fidelidade, a pessoa. **Por tudo isso, sem embargo de palavra sempre autorizada de Frederico Marques (Elementos, cit., v. 2, p. 334), entendemos que o reconhecimento fotográfico deixa a desejar. É um perigoso meio de prova e que tem dado causa a inúmeros casos de erro de judiciário.** (Processo Penal, Vol. 3, Saraiva, 20ª Ed. 1998, págs. 330/331) GRIFEI*

Logo, resta claro que a prova da autoria, sustentada unicamente em um frágil reconhecimento, que fora feito sem a obediência às regras previstas no CPP, não é prova suficiente para um decreto condenatório devendo ser o réu absolvido.

## **DA FIXAÇÃO DA PENA BASE NO MÍNIMO LEGAL – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA RELATIVA A CONDUTA SOCIAL**

O Juízo de primeiro grau fixou a pena base acima do mínimo legal, pois entendeu que o réu teria conduta social desajustada, eis que se vê envolvido em processo criminais. Ora, resta claro a confusão que foi feita entre conduta social e antecedentes. Estes últimos é que são relativos a feitos criminais, enquanto a primeira é relativa ao comportamento do réu na sociedade. Por outro lado, cumpre asseverar que mesmo que o

tivesse sido feita uma referência correta aos antecedentes ao invés de conduta social, o fato é que ainda assim a majoração seria ilegal. Isto porque nos mencionados processos não houve nenhuma condenação com trânsito em julgado, o que inviabiliza que os mesmos prejudiquem o réu, sob pena de infringência ao princípio da presunção de inocência.

Neste sentido o seguinte acórdão:

*Não há como se reputar desfavorável o vetor referente à conduta social no cálculo da primeira fase, tão somente em razão de o acusado possuir processos criminais em andamento, haja vista que, 'é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base' (vide HC 106089/MS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 03/11/2009) (TJSC, ACr 2009.024655-5, Rel.<sup>a</sup> Des.<sup>a</sup> Salete Silva Sommariva, DJSC 21/07/2010, Pág. 389).*

## **CIRCUNTÂNCIA ATENUANTE GENÉRICA (ART. 66 DO CP)**

Segundo infere-se dos autos, o réu é pessoa pobre, estando sob o patrocínio da defensoria pública.

Sendo assim, deve ser reconhecida a referida atenuante conforme prega a doutrina e a jurisprudência senão vejamos:

***“Podem ser apontados alguns casos de circunstâncias inominadas: a extrema penúria do autor de um crime contra o patrimônio, o arrependimento do agente, a confissão voluntária de crime imputado a outrem ou de autoria ignorada, a facilitação do trabalho da justiça com a indicação do local onde se encontra o objeto do crime, a recuperação do agente após o cometimento do crime etc.” (Júlio Fabbrini Mirabete, Manual de Direito Penal, volume 1, 1999, 15 edição, pág. 309)***

## **DA CO-CULPABILIDADE**

No presente caso deve incidir a referida atenuante inominada, que é definida por Zaffaroni e Pierangeli da seguinte forma:

*Uma circunstância que, lamentavelmente, o texto vigente não menciona de maneira expressa, mas que pode ser considerada por esta via de atenuantes, é a menor culpabilidade do agente proveniente do que se acostumou chamar de “co-culpabilidade” (ver n.353). É sabido que, por óbvia razões, que até o presente momento nenhum sistema político no mundo conseguiu superar, os habitantes dispõem de distintas margens sociais de autonomia ou de distinto espaço social, em razão das desigualdades socioeconômicas, de instrução etc., isto é, existem pessoas de meios econômicos e degraus de instrução superiores aos outros, estes, frequentemente, em graus de carência bem marcados. O princípio acerca disto está em que, se a sociedade outorga, ou permite a alguns, gozar de espaços sociais de que os outros não dispõem ou são a estes negados, a reprovação de culpabilidade, reprovação de culpabilidade que se faz à pessoa a quem se tem negado as possibilidades outorgadas a outras, deve ser em parte compensada, isto é, a sociedade deve arcar com uma parte da reprovação, pois, não pode não pode creditar ao agente uma maior possibilidade de motivar-se numa norma, cujo conhecimento não lhe possibilitou. Isto leva a considerar, necessariamente como atenuante, a humilde condição social de uma pessoa, suas carências econômicas e de instrução, seu escasso acesso à medicina preventiva e curativa, e, no geral, o menor gozo dos direitos sociais, sempre e quando estas circunstâncias não cheguem a um grau tal que devam ser consideradas como presença de uma eximente, em razão do estado de necessidade ou exculpante. (Manual de Direito Penal, Parte Geral, 5 edição, RT, 2004, pág. 791)*

Ora, conforme verifica-se dos dados pessoais do acusado constantes dos autos, verifica-se que a referida atenuante é totalmente aplicável ao presente caso, razão pela qual deve ser considerada.

## **DO PLEITO RECURSAL**

Por todo o exposto, REQUER o apelante seja conhecido e provido o recurso interposto para que:

- a) seja o réu absolvido por insuficiência de provas;
- b) seja a pena base fixada no mínimo legal, ou minorado o aumento efetuado pelo juízo de primeiro grau;
- c) sejam consideradas as atenuantes na segunda fase de aplicação da pena, mantendo a pena base no mínimo legal, ou minorando o aumento efetuado pelo juízo de primeiro grau;
- d) seja revisto o regime de cumprimento de pena de acordo com as novas dosagens.

**ADOLFO FILGUEIRAS ETIENNE**

**DEFENSOR PÚBLICO**

**MAT. 877386-3**

# FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ACORDO. RECONHECIMENTO DO PEDIDO. INCIDÊNCIA DA VERBA SUCUMBENCIAL<sup>1</sup>

**Paulo Cesar Ribeiro Galliez<sup>2</sup>**

**Resumo:** Análise crítica de decisão judicial negando a condenação da verba de sucumbência em favor da Defensoria Pública, quando da celebração de acordo com o Município nas ações de obrigação de fornecimento de medicamentos.

**Abstract:** A critical analysis of a judicial decision denying fees to the Public Defenders' Entity, when a public action, to obtain medicaments is proposed against the government of a city.

**Palavras-chave:** Defensoria Pública. Fornecimento de medicamentos. Acordo. Reconhecimento do pedido. Incidência da verba Sucumbencial.

Trata-se de consulta envolvendo matéria processual e institucional, relacionada com a propositura de ações de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada em favor de assistidos que necessitam de fornecimento de medicamentos junto o Município de (...), o qual figura no polo passivo da relação processual.

Quando da realização da audiência inaugural o Procurador do Município comparece ao ato manifestando sua concordância quanto ao fornecimento dos medicamentos, não opondo qualquer resistência ao pedido.

Em princípio, o ato processual que se configura é o acordo embora se possa admitir também o reconhecimento do pedido, já que inexistente contestação.

Na sentença homologatória o juiz encerra o processo com fundamento no artigo 269, III, do CPC, eximindo o Município do pagamento de honorários, i.e., verba de sucumbência.

---

1 Originado de parecer requisitado pelo Defensor Público Geral do Estado, em razão de controvérsias judiciais sobre a matéria.

2 Defensor Público de Classe Especial, autor de “A Defensoria Pública, o Estado e a Cidadania”; e “Princípios Institucionais da Defensoria Pública”, ambos editados pela Lumen Juris Editora.

No entanto, o aludido magistrado diante do posicionamento da Dra. Defensora Pública insistindo na condenação de honorários de sucumbência, considerando a figura processual de reconhecimento do pedido por parte do Município, deixa registrado no corpo da sentença homologatória, em negrito, a seguinte insinuação:

Lamentavelmente este magistrado assiste ao posicionamento da Defensoria Pública que desconstrói, em seu entendimento, todos os princípios e a imagem de amparo gratuito aos necessitados, quando é colocada uma questão meramente e somente patrimonial – de honorários ao CEJUR-DPGE – acima do interesse da própria parte de pôr fim, de imediato, ao processo, evitando sua continuidade e eventualmente uma perícia que poderia ser requerida pela defesa.

Ato contínuo, e em contradição com o raciocínio antes revelado, o magistrado afirma que “***De qualquer forma e entendendo que a recusa meramente patrimonial da defensora em nada afeta o direito da parte (...)***”, determinou fossem oficiados o Exmo. Defensor Geral do Estado e os Srs. Corregedor e Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro para que:

Sobre a questão (a Defensoria Pública deixar de opinar em prol de acordo unicamente em razão de honorários advocatícios em favor do CEJUR, deixando de abreviar o processo para a parte, ser ou não uma conduta legítima, considerados os princípios que regem aquele órgão, principalmente da gratuidade a atuação no interesse dos assistidos), ambos se pronunciem, para que possa servir de norte às futuras decisões deste Juízo em outros aspectos.<sup>3</sup>

Dois enfoques se apresentam na atuação daquele magistrado: um de ordem institucional, outro de natureza processual. O primeiro diz respeito à intromissão do juiz na atuação do defensor público, o que significa grave violação à sua independência e autonomia.

O segundo trata de matéria processual no sentido de se identificar se há reconhecimento do pedido ou mero acordo celebrado entre as partes.

---

3 Textos em negrito no original

## DA QUESTÃO INSTITUCIONAL

No que concerne ao aspecto institucional o referido magistrado se equivoca ao afirmar que a Defensoria desconstrói todos os princípios e a imagem de amparo gratuito aos necessitados, ao colocar interesses patrimoniais acima do interesse da própria parte (*sic*).

A expressão “*desconstrução*” foi desenvolvida pelo filósofo francês Jacques Derrida não tendo a conotação de “destruição” como por vezes se interpreta equivocadamente. Ao contrário do que pensa o juiz singular daquela Comarca, a Defensoria Pública vem procurando desenvolver e aprimorar o amparo aos necessitados, fazendo com que sejam negadas todas as posturas tradicionais que venham negar seus direitos.

Derrida, como ideólogo da “desconstrução”, afirma que *o direito não é justiça* e há momentos em que apesar de o direito ser respeitado *não podemos ter certeza de que a justiça o foi*.<sup>4</sup>

Desse modo, é razoável admitir que há distinção entre lei e justiça, não constituindo essa a essência daquela. No processo de desconstrução se pode neutralizar a força dominadora do direito positivo, habitualmente manejada pelo Poder Judiciário e, assim agindo, adota-se postura de desconfiança do sistema, esvaziando seus conceitos e invertendo a lógica do pensamento tradicional.

A postura do magistrado *a quo* se identifica pelo manto do tradicionalismo, pretendendo impor autoritariamente o domínio de seu posicionamento ao insinuar eventual desvirtuamento dos Princípios Institucionais da Defensoria Pública.

A pretensão da Defensoria Pública quanto ao arbitramento de honorários de sucumbência é direito líquido e certo, previsto na Lei Complementar Federal n.º 80/1994 (art. 4º, inciso XXI) e Lei estadual n.º 1.146 de 26/02/1987, não havendo que falar em “questão patrimonial”, mas sim de **questão material vinculada ao seu aperfeiçoamento institucional**, como, aliás, é implantado por outras instituições públicas, INCLUSIVE O PODER JUDICIÁRIO.

Haveria *questão patrimonial* se as instituições ora aludidas fossem de caráter privado, visando à obtenção de lucro em razão da especulação do capital.

---

4 Força de Lei, Editora Martins Fontes, Coleção Tópicos, 2007

A Defensoria Pública não é dotada de capital, mas sim de Fundo Orçamentário Especial, estando assim fora das normas de mercado que regulam as empresas capitalistas, não sendo seu desiderato a exploração do trabalhador, como se tem a impressão, pelo menos teórica, da visão do magistrado.

Ledo engano, pois Karl Marx nos ensina que “*o modo de produção e de acumulação capitalista, e portanto, a propriedade privada capitalista, pressupõe o aniquilamento da propriedade privada fundada no trabalho pessoal: sua base é a expropriação do trabalhador.*”<sup>5</sup>

Como a DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO não pretende expropriar seus assistidos, dentre os quais milhares de trabalhadores, é de bom alvitre reportar-se ao texto do artigo 4º, inciso XXI, da Lei Complementar Federal n.º 80/94 é por si só explicativo:

Art. 4º. São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

...

XXI – executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação de seus membros e servidores;

Admitindo a hipótese absurda do magistrado de acumulação patrimonial, a posição do Poder Judiciário seria mais grave do ponto de vista social, pois apenas aos beneficiários da justiça gratuita lhes é aberto o caminho para o questionamento judicial de conflitos, **sendo que para os demais cidadãos o pagamento antecipado de despesas é conditio sine qua non para se obter o despacho inaugural de conteúdo positivo.**

De fato, para as pessoas dotadas de poder aquisitivo médio e alto, **nenhum ato processual é praticado sem o pagamento antecipado de custas.**

Há no Judiciário Fluminense forte tendência pelo indeferimento

---

5 A Origem do Capital, Centauro Editora, 2004

da gratuidade, não obstante a garantia constitucional de que basta a simples afirmação para se obter o acesso à Justiça. Nesse particular, foi expedida a Súmula n.º 39, que exige a comprovação de hipossuficiência, sem a qual a parte é excluída de seu acesso.

Dentre as 245 decisões sobre a matéria, no período entre 2007/2012, sob o tópico “JUSTICA E GRATUITA E DEFERIMENTO”<sup>6</sup>, transcreve-se a mais recente:

0061645-07.2012.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO

2ª Ementa

DES. MARCO ANTONIO IBRAHIM - Julgamento: 12/12/2012 - VIGESIMA CAMARA CIVEL

Agravo do Artigo 557 do CPC. Processo Civil. Justiça Gratuita. Conforme jurisprudência dominante, a mera declaração de pobreza não legitima, de forma automática, o deferimento da assistência judiciária gratuita, notadamente nas hipóteses em que não há prova bastante de hipossuficiência. Aplicação do Enunciado n.º 06 do Aviso TJ/RJ n.º 52/2012. Inteligência da Súmula n.º 39 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

INTEIRO TEOR

Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 12/12/2012  
(\* )

## **DA QUESTÃO PROCESSUAL**

Do ponto de vista processual, a situação indica indisfarçável reconhecimento do pedido por parte do Município posto que se pretendesse acordar, tal manifestação deveria ser precedida de resposta na modalidade de contestação.

No entanto, o termo da audiência de conciliação constata que não houve qualquer controvérsia quanto ao pedido inicial, pelo contrário,

---

6 Sítio da *Internet* do TJRJ, “Jurisprudência”

o Município o ratificou, obrigando-se a fornecer os medicamentos solicitados, admitindo inclusive a possibilidade de sequestro se descumprida a obrigação.

Como se vê, não houve transação, isto é, concessões mútuas, tendo se configurado o **reconhecimento do pedido**, figura processual que se dá, no comentário dos professores Bianca Oliveira de Farias e Milton Delgado Soares, *“quando o réu, após a sua citação, vem a juízo para dizer que o autor tem razão e reconhece o pedido por ele formulado. Nesta hipótese, não haverá necessidade do prosseguimento do processo, devendo o magistrado (caso não vislumbre qualquer vício em tais manifestações) proferir sentença homologando tal reconhecimento.”*<sup>7</sup>

O professor Alexandre Freitas Câmara, ao comentar a audiência de conciliação, observa:

Obtida esta, pode-se ter verdadeira transação (quando houver, de parte a parte, concessões mútuas), bem assim renúncia à pretensão (por parte do demandante) ou reconhecimento da procedência do pedido (por parte do demandado) sendo certo que todos estes resultados levarão à extinção do processo com resolução do mérito.<sup>8</sup>

Nesse sentido há decisões recentes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

0001033-44.2004.8.19.0078 - APELAÇÃO

DES. EDSON VASCONCELOS - Julgamento:  
07/12/2012 - DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

MEDIDA CAUTELAR. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. SENTENÇA DE EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. DOCUMENTOS APRESENTADOS APÓS CITAÇÃO. RECONHECIMENTO DO PEDIDO. PROCEDÊNCIA COM APRECIAÇÃO DE MÉRITO. REFORMA DA SENTENÇA RECORRIDA. Se houve apresentação pelo réu dos documentos postulados após o ajuizamento da ação exhibitória, tal atitude configura

---

7 Direito Processual Civil, vol. 1, Ed. Lumen Juris, 2009

8 Lições de Direito Processual Civil, Vol. I Ed. Lumen Juris, 2007

simplesmente o reconhecimento da procedência do pedido, devendo o feito ser extinto, com resolução de mérito, na forma do art. 269, II, do CPC. Reforma da sentença em sua parte dispositiva. Provimento ao recurso.

0099884-87.2006.8.19.0001 - APELAÇÃO

DES. ADEMIR PIMENTEL - Julgamento: 07/11/2012  
- DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO REVISIONAL CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER E TUTELA ANTECIPADA. DISPARIDADE EM FATURAS, APESAR DA EXISTÊNCIA DE MEDIDOR. APELANTE QUE, NO CURSO DO PROCESSO, PROVIDENCIA A TROCA DO HIDRÔMETRO E REFAZ CÁLCULO DAS FATURAS QUESTIONADAS. RECONHECIMENTO IMPLÍCITO DO PEDIDO AUTORAL. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS SUPORTÁVEIS PELA APELANTE. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO AO ABRIGO DO ART. 557, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. I “O Código de Defesa do Consumidor aplica-se na hipótese de serviço público prestado por concessionária, tendo em vista que a relação jurídica tem natureza de Direito Privado e o pagamento é contraprestação feita sob a modalidade de tarifa, que não se classifica como taxa. (...)”, proclama o colendo Superior Tribunal de Justiça;II - Troca do hidrômetro e recálculo dos valores questionados que demonstram reconhecimento implícito do pedido autoral;III - Honorários de sucumbência suportáveis pela ré, em vista da procedência integral do pedido autoral; IV - Recurso ao qual se nega seguimento - art. 557, do Código de Processo Civil.

0064389-74.2009.8.19.0001 - APELAÇÃO

DES. DENISE LEVY TREDLER - Julgamento:  
01/12/2010 - DÉCIMA NONA CAMARA CÍVEL

DIREITO DO CONSUMIDOR. OBRIGAÇÃO

DE FAZER CUJO PEDIDO É CUMULADO COM O DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RITO COMUM SUMÁRIO. VÍCIO DO PRODUTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. Autora, que após efetuar a compra de uma sandália infantil em estabelecimento comercial da primeira ré, não recebeu o brinde (relógio) que acompanhava o produto, conforme propaganda veiculada. Entrega do brinde, à autora, na audiência de conciliação. Reconhecimento da procedência deste pedido. Vício do produto. Incidência do art. 18, da Lei nº 8.078, de 1990. Dano moral não configurado, em razão da inexistência de qualquer abalo à honra, à dignidade ou ao bom nome da autora. Meros aborrecimentos cotidianos incapazes de gerar dano imaterial indenizável. Negativa de seguimento da apelação por esta interposta.

0017371-31.2008.8.19.0021 (2009.001.27957) -  
APELAÇÃO

DES. EDSON SCISINIO DIAS - Julgamento:  
24/08/2009 - DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL

OBRIGAÇÃO DE FAZER - PLANO DE SAÚDE - ACORDO HOMOLOGADO SEM A PRESENÇA DA PARTE AUTORA - AUTOR REPRESENTADO PELA DEFENSORIA PÚBLICA QUE NÃO POSSUI PODERES PARA TRANSIGIR - ANULAÇÃO DA SENTENÇA - RÉ QUE EM AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO ASSUMIU A TUTELA DEFERIDA COMO DEFINITIVA SENDO ESTE O PEDIDO FINAL DO AUTOR - RECONHECIMENTO DO PEDIDO PELA RÉ EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO NA FORMA DO ARTIGO 269, II DO CPC - REFORMA DA SENTENÇA- RECURSO PROVIDO.

0002356-52.2007.8.19.0087 (2008.001.06194) -  
APELAÇÃO

DES. NAGIB SLAIBI - Julgamento: 05/03/2008 -  
SEXTA CÂMARA CÍVEL

LISTA TELEFÔNICA

FORNECIMENTO GRATUITO

ENTREGA EM AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO

PROCEDÊNCIA DO PEDIDO

RECONHECIMENTO

Direito do Consumidor. Prestadora de serviços de telefonia. Ação de Obrigação de Fazer para a entrega gratuita da Lista Telefônica Obrigatória e Gratuita (LTOG) impressa. Lista entregue em audiência de conciliação. Sentença de extinção do processo sem resolução do mérito por perda do objeto. Recurso. Cabimento. O pedido era a entrega da lista impressa e esta foi entregue em audiência, ou seja, foi reconhecida a procedência do pedido da autora, devendo o feito ser julgado procedente, na forma do art. 269, II da Lei Processual. No tocante ao valor da causa, há divergência entre a repercussão econômica do pedido e o valor inicialmente atribuído à causa, o que autoriza o controle jurisdicional do mesmo. Fixação dos honorários na forma do art. 20, §4º do CPC. Equidade. Provimento parcial do recurso.

0143108-12.2005.8.19.0001 (2007.001.52550) -  
APELAÇÃO

DES. PAULO GUSTAVO HORTA - Julgamento:  
04/10/2007 - QUINTA CÂMARA CÍVEL

RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL  
- AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO - ACEITE  
DA PRETENSÃO AUTORAL PELA RÉ  
PROCEDÊNCIA DO PEDIDO - REFORMA DA  
SENTENÇA. Se na audiência de conciliação a ré  
concorda com o pleito autoral, o pedido inicial é de  
ser julgado procedente com extinção do processo  
com resolução do mérito, atendendo ao disposto  
no art. 269 II do CPC. Reforma da sentença.  
Provimento do recurso na forma do art. 557 § 1º-A  
do CPC.

## **Do Superior Tribunal de Justiça:**

Processual Civil. Ação Revisional de Aluguel. Reconhecimento jurídico do pedido.

1. Demanda da qual o réu, tendo comparecido a audiência previa de conciliação, concordou expressamente com o valor pretendido pelo autor, inclusive, com efeito retroativo a propositura da demanda.

2. Ressalva do anterior entendimento majoritário do colegiado, ante as peculiaridades do caso concreto.

3. O reconhecimento jurídico do pedido impõe limitação ao livre convencimento do juiz acerca da causa.

4. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO, MAS DESPROVIDO.

(REsp 19.837/SP, Rel. Ministro BUENO DE SOUZA, QUARTA TURMA, julgado em 14/06/1993, DJ 04/10/1993, p. 20556)

Por via de consequência, atuando como atuou, o magistrado cometeu *error in procedendo* quando da prolação da sentença posto ter aplicado incorretamente dispositivo processual que, no caso, deve ter por fundamento o artigo 269, II, do CPC.

Desse modo, as sentenças que venham ser prolatadas com vício semelhante podem ser objeto de recurso de apelação, oportunidade em que se deve pleitear a fixação da verba de sucumbência em favor do CEJUR.

Rio de Janeiro, 27 de Dezembro de 2012

# PETIÇÃO INICIAL DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO

Ana Kelly de Oliveira<sup>1</sup>  
Marianne Dressendorfer Santos Novaes<sup>2</sup>  
Rafael Diniz da Silva Queiroz<sup>3</sup>  
Ubiraci Rodrigues Damasceno<sup>4</sup>  
Supervisão: Beatrice Merten Rocha<sup>5</sup>

**Resumo:** Trata-se de petição inicial veiculando pedido de compensação por danos morais decorrente do abandono afetivo por parte de um dos genitores, abordando os aspectos processuais acerca do tema (competência para conhecimento da demanda), preliminar de mérito (questão atinente a prescrição), bem como a evolução do tema em nossos tribunais, legislação correlata e direito comparado.

**Palavras-chave:** Abandono Afetivo. Dano Moral. Petição Inicial.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA  
\_\_\_\_ VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE \_\_\_\_\_**

**FULANO DE TAL**, brasileiro, solteiro, estudante, RG, CPF, residente e domiciliado a endereço, telefone para contato número, vem, por intermédio do Defensor Público em exercício neste órgão de atuação, com fulcro na Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 134, na Constituição do Estado do Rio de Janeiro, artigo 179, *caput*, no Código de Processo Civil, artigo 282 e seguintes, na Lei Complementar nº 80/94, artigos 108 e 128, inciso I, na Lei 1.060/50, artigos 4º, *caput*

---

1 Acadêmica de direito do 6º período da Universidade Estácio de Sá - Campus Resende/RJ

2 Acadêmica de direito do 8º período da Universidade Estácio de Sá - Campus Resende/RJ

3 Acadêmico de direito do 8º período da Universidade Estácio de Sá - Campus Resende/RJ

4 Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá - Campus Resende/RJ. Assistente Administrativo da Prefeitura de Resende/RJ. Secretário da Defensora Pública Titular da 2ª Vara de Família, Infância, Juventude e Idoso da Comarca de Resende/RJ

5 Defensora Pública Titular da 2ª Vara de Família, Infância, Juventude e Idoso da Comarca de Resende/RJ

e 5º, parágrafo 5º, na Lei Complementar do Estado do Rio de Janeiro nº 06/77, propor a presente

## **ACÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS**

pelo rito ordinário, em face de **BELTRANO DE TAL**, brasileiro, divorciado, profissão, RG, CPF, residente e domiciliado na endereço, pelas razões de fato e de direito expostas à seguir.

### **DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA**

INICIALMENTE afirma ser juridicamente necessitado, não possuindo condições de arcar com as custas judiciais e honorários advocatícios, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, fazendo *jus* ao exercício do direito fundamental à **GRATUIDADE DE JUSTIÇA**, insculpido no art. 5º, LXXIV, da C.R.F.B., tudo na forma do que dispõe a Lei n.º 1.060/50 com as modificações introduzidas pela Lei n.º 7.510/86, indicando a Defensoria Pública para o patrocínio da causa.

### **DA PRELIMINAR: COMPETENCIA**

Preliminarmente, cumpre breve análise acerca da competência do juízo para análise da demanda, em função da divergência instaurada em nosso Tribunal acerca do tema.

Certo é que neste caso a competência deverá ser fixada pela causa de pedir, ou seja, em razão da matéria.

Embora o pedido tenha cunho indenizatório, a causa de pedir, *in casu*, é o abandono paternal/maternal.

Tal relação está inserida no ramo do Direito de Família e neste juízo deverá ser analisada. Evidente que as varas de família estão melhor preparadas para processar este tipo de demanda, tendo o imprescindível apoio de profissionais de áreas correlatas, aptos a auxiliar o julgador na completa análise da questão, como por exemplo psicólogos e assistentes sociais, que já trabalham com esses problemas no seu dia-a-dia.

Esse é o entendimento da maioria da doutrina, destacando Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, posto que a análise das peculiaridades e características da família devem ser consideradas quando da fixação da competência.

Da mesma forma vem sustentando o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, através da consolidação dos Enunciados obtidos no Encontro de Desembargadores com competência em matéria cível, realizados nos dias 31 de agosto de 2009, 21 de setembro de 2009, 09 de novembro de 2009, 10 de dezembro de 2009, 30 de setembro de 2010 e 24 de março de 2011, 16 de junho de 2011 e 24 de novembro de 2011, no Rio de Janeiro. É ler:

**AVISO nº 100/2011. A competência para conhecer e julgar pedido de dano moral decorrente de casamento, união estável ou filiação é do juízo de família.** CODJERJ, o juízo de família é competente para processar não só as causas relativas ao estado civil, mas também as outras ações fundadas em direitos e deveres de um cônjuge em relação ao outro e dos pais para com os filhos e destes para com aqueles. Justificativa: De acordo com o art. 85, I, “a” do Precedentes: 0010654-95.2010.8.19.0000, TJERJ, 15ª Câmara Cível, julgamento em 13.04.2010; 0004525-63.2009.8.19.0209, TJERJ, 8ª Câmara Cível, julgamento em 05.10.2010.

## **DA PRELIMINAR DE MÉRITO: DO AFASTAMENTO DA PRESCRIÇÃO**

Uma vez estabelecida a competência deste juízo para análise da causa, importante trazer a baila a questão relativa a prescrição da presente pretensão reparatória, uma vez considerada a natureza do litígio, qual seja, o abandono afetivo cuja ação (omissão) e lesão se protraem no tempo.

Diante de tal circunstância, não há que se considerar a hipótese de perda da pretensão em decorrência do transcurso do tempo, conforme vem reiteradamente decidindo nossos Tribunais:

### **INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS**

Ação intentada pela filha em face do genitor - Alegação de abandono afetivo - Prescrição - Inocorrência - Conduta imputada ao apelado que se repetiu ao longo dos anos (desde a separação com a mãe da apelante) e que não foi cessada quando a autora atingiu a maioridade

- Prazo prescricional (art. 177 do Código Civil) que, por conta disso, não se iniciou com a maioria da autora - Inviável supor que os alegados danos tenham ocorrido apenas durante a menoridade da apelante - Afastada a prescrição, devem os autos retornar à origem para dilação probatória (permitindo que a autora demonstre a alegada instabilidade emocional advinda do abandono paterno, bem como seus reflexos ao longo da vida) - Sentença anulada. Recurso provido. CR 6111284900 SP Relator (a): Salles Rossi 17/12/2008 8ª Câmara de Direito Privado

## **DAS CIRCUNSTÂNCIAS DE FATO:**

*(fictícia)*

Após o divórcio dos genitores do Autor, a guarda do então menor foi conferida à mãe, sendo a visitação do pai devidamente regulamentada no curso do processo, e aceita por ambas as partes sem qualquer oposição.

No entanto, cerca de um ano após o divórcio, Beltrano de Tal, Réu da presente, deixou de exercer seu direito/dever à visitação, passando a ser cada vez mais ausente na condução da criação de Fulano sem, contudo, eximir-se de suas obrigações de natureza alimentar.

O Autor afirma que foi vítima de *bullying* (anglicismo em voga que é utilizado para descrever atos de violência física ou psicológica, praticados de forma reiterada) durante o período que frequentava o colégio, uma vez que seu pai jamais compareceu às atividades extracurriculares que envolviam a presença dos genitores, sendo por isso alvo de ofensas das outras crianças, que variavam, segundo o Autor, desde “*filho de chocadeira*” até afirmações de que o Autor “*era tão feio que nem seu pai o queria mais*”.

Durante a adolescência do Autor o afastamento do genitor tornou-se ainda mais explícito, chegando ao ponto de falarem-se, por telefone, 3 (três) ou 4 (quatro) vezes ao ano. A conduta do Réu em face de seu filho torna-se ainda mais gravosa ao se considerar que, segundo afirmação do Autor, a última vez em que pai e filho se encontraram pessoalmente ocorreu quando o Autor tinha 13 (treze) anos de idade.

Faz-se mister salientar que o Réu da presente, embora cumprisse regularmente com as obrigações alimentícias fixadas em processo

próprio, sempre foi homem abastado, de muitas posses, e jamais buscou oferecer a seu filho mais do que o que foi estritamente obrigado por força de decisão judicial. Em que pese a criteriosa observância do que foi fixado em ação de alimentos, não se pode afastar o fato de que o Réu poderia ter oferecido à seu filho conforto material, tendo no entanto deixado de fazê-lo.

Já tendo alcançado a maioridade, mas ressentindo-se da ausência e omissão de seu genitor, e ainda, das várias dificuldades materiais passadas ao longo de sua infância e juventude por conta do pouco auxílio financeiro do genitor, o Autor decidiu-se por buscar socorro junto ao Poder Judiciário, pleiteando compensação que não só repare os danos morais que lhe foram impostos pela omissão de seu genitor, mas também conscientizar o Réu de sua conduta omissa, tendo impingido ao Autor triste situação de ter sido criado sem um pai presente.

## **DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS:**

O caso em tela traz nítida incidência do que vem sendo chamado pela doutrina e pela jurisprudência de **abandono afetivo**, que consiste no fato de um dos genitores afastar-se de seu filho ou prole, limitando-se tão somente a cumprir com seus deveres no que tange à prestação de alimentos.

Note-se que a questão apresentada, em resumo, apoia-se em um choque entre o direito do genitor em não ser legalmente obrigado a afeiçoar-se ao seu filho - e desta feita, cumprir apenas com a obrigação legal de alimentos - e o direito do filho em ter ambos os genitores participando de sua criação e formação.

A questão torna-se ainda mais complexa, uma vez que há norma constitucional envolvida – a prevista no art. 227, CF – e esta elenca como dever da família assegurar o direito à convivência familiar. Ou seja, é **direito** da criança – como também do adolescente e do jovem – o convívio familiar, e é **dever** de sua família garantir-lhe tal direito.

Este é, inclusive, o norte da presente exordial: demonstrar que, **embora o vínculo afetivo seja um direito do genitor – cabendo-lhe ou não tê-lo em relação a sua prole – a sua participação na criação de seus filhos não é mero direito potestativo, devendo ser entendida como obrigação dos pais, face ao direito constitucional de garantia do convívio familiar e à importância que tal convívio tem na formação do indivíduo.**

Desta feita, entendemos ser pertinente, diante da diminuta manifestação jurisprudencial pátria no sentido de garantir ao filho o convívio familiar, e antes da abordagem da legislação, jurisprudência e doutrina pátrias, breve exposição de diplomas legais estrangeiros, notadamente da Argentina e Portugal – sob o escopo do direito comparado – de modo a deixar clara a importância do tema, não só no Brasil como em outras nações.

## **DO DIREITO COMPARADO**

O Brasil, notoriamente, tem se alinhado às nações mais avançadas no que diz respeito aos direitos humanos e da personalidade. Entre outras inovações jurídicas trazidas por este posicionamento, encontra-se a extinção da prisão civil do depositário infiel, mesmo com previsão constitucional prévia, firmada pelo “*Pacto de San José da Costa Rica*”.

O fato de que o tema “*abandono afetivo*” ainda carece de manifestações jurisprudenciais - que defendam e protejam o convívio familiar - em quantidade, havendo tão somente o respeitável acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo e da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos faz julgar necessária a busca por diplomas legais estrangeiros que estendam aos seus cidadãos proteção legal semelhante à contida no art. 227 da Constituição Federal do Brasil, de modo a ilustrar a importância e alcance do tema.

Neste sentido, e observando apenas as nações que tem por sistema jurídico o “*direito romano-germânico*”, passamos a expor os dispositivos legais abaixo transcritos, extraídos do universo jurídico de Portugal e da Argentina, nações com as quais o Brasil tem estreitos vínculos.

A Constituição Portuguesa traz, em seu artigo 36, item 5, que “*Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos*”(grifo nosso). Em seu artigo 68, item 1, assim se manifesta: “*Os pais e as mães têm direito à protecção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível acção em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua educação, com garantia de realização profissional e de participação na vida cívica do país*”. Por fim, traz em seu artigo 69, item 1: “*As crianças têm direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da Autoridade na família e nas demais instituições*”(grifo nosso).

O Código Civil Português de 1966 traz dispositivos que em muito se assemelham aos dispositivos do Código Civil de 2002. O art. 1671, 2, regula a direção familiar, a saber: “*A direcção da família pertence a ambos os cônjuges, que devem acordar sobre, a orientação da vida em comum tendo em conta o bem da família e os interesses de um e outro*”. O art. 1675 fixa os deveres de assistência, nos moldes do item 1, “*O dever de assistência compreende a obrigação de prestar alimentos e a de contribuir para os encargos da vida familiar*”, e do item 2, a saber: “*O dever de assistência mantém-se durante a separação de facto se esta não for imputável a qualquer dos cônjuges*”. Por fim, o art. 1676, 1, explicita: “*O dever de contribuir para os encargos da vida familiar incumbe a ambos os cônjuges, de harmonia com as possibilidades de cada um, e pode ser cumprido, por qualquer deles, pela afectação dos seus recursos àqueles encargos e pelo trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos filhos*”.

Na ocorrência de divórcio, o diploma civil português, em seu artigo 1775, itens 2 e 3, é claro ao firmar a responsabilidade dos pais, a saber: “*Os cônjuges não têm de revelar a causa do divórcio, mas devem acordar sobre a prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça, o exercício do poder paternal relativamente aos filhos menores e o destino da casa de morada da família (grifo nosso)*”, e “*Os cônjuges devem acordar ainda sobre o regime que vigorará, no período da pendência do processo, quanto à prestação de alimentos, ao exercício do poder paternal e à utilização da casa de morada de família (grifo nosso)*”.

Por fim, a manifestação mais pertinente ao tema ora em análise pela presente exordial encontra-se materializada no art. 1878, 1, do CC português: “*Compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens*”.

O Código Civil argentino firma o conceito de poder familiar, ao qual dá o nome de “*patria potestad*” – *custódia* -, em seu art. 264:

*“La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado. Su ejercicio corresponde: 1) En el caso de los hijos matrimoniales, al padre y a la madre conjuntamente, en tanto no estén separados o*

*divorciados, o su matrimonio fuese anulado. Se presumirá que los actos realizados por uno de ellos cuenta con el consentimiento del otro, salvo en los supuestos contemplados en el art. 264, quater, o cuando mediere expresa oposición. 2) En caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad del matrimonio, al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación. 3) En caso de muerte de uno de los padres, ausencia con presunción de allecimiento, privación de la patria potestad, o suspensión de su ejercicio, al otro. 4) En el caso de los hijos extramatrimoniales, reconocidos por uno solo de los padres, a aquel que lo hubiere reconocido. 5) En el caso de los hijos extramatrimoniales reconocidos por ambos padres, a ambos, si convivieren y en caso contrario, a aquél que tenga la guarda otorgada en forma onvencional o judicial, o reconocida mediante información umaria. 6) A quien fuese declarado judicialmente el padre o madre del hijo, si no hubiese sido voluntariamente reconocido”.*

Importante trazer, ainda, o artigo 265 do diploma civil argentino, cuja pertinência com o tema da presente exordial confere ao estudo importância vital: *“Los hijos menores de edad están bajo la Autoridad y cuidado de sus padres. Tienen éstos la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, no sólo con los bienes de los hijos, sino con los suyos propios”*. Infere-se daí que o diploma civil da nação vizinha elenca como direito e dever (“*obligación*”) dos pais criar seus filhos, bem como alimentá-los e educá-los.

Os dispositivos citados, extraídos da Constituição Portuguesa, bem como dos diplomas civis português e argentino, demonstram que a proteção legal garantida pelo artigo 227 da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, bem como por leis infraconstitucionais, estão em compasso com nações-irmãs que se posicionam na vanguarda da proteção dos direitos humanos.

Nota-se, por fim, que ambos os países estudados dedicaram dispositivos legais à proteção do convívio familiar, deduzindo-se daí que esta é uma preocupação em comum, tamanha é sua importância, e que não pode ser relegada a mero direito potestativo dos genitores,

mera escolha dos mesmos se querem ou não desempenhar o exercício do convívio familiar.

Assim, resta demonstrada a importância do tema, inclusive no cenário internacional, razão pela qual deve o Judiciário, no esteio da decisão contida no acórdão da Terceira Turma do STJ, entender como ilícito passível de reparação o abandono afetivo.

## **DA ALIENAÇÃO PARENTAL**

O Brasil tem, no seio de seu arcabouço jurídico, lei ordinária cujo tema e causa genética é a chamada “*Síndrome da Alienação Parental*”, qual seja a lei 12.318/10. Tal fenômeno, em resumo, consiste em um dos genitores afastar do outro o filho ou a prole, mediante o emprego de artifícios envolvendo a difamação, a calúnia e acusações levianas, de modo a incutir no menor desconfiança, antipatia e até mesmo temor. Assim, separa-se o menor daquele genitor, permitindo ao que detém a guarda o absoluto controle.

Note-se que até mesmo este diploma vela pelo convívio familiar, conforme seu art. 3º, *in verbis*:

“A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda” (grifo nosso).

O art. 4º do diploma citado apresenta a figura da medida provisória, no sentido de buscar garantir a integridade psíquica da criança ou adolescente, bem como “*assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso*”.

O convívio familiar tem tamanha importância que, conforme se depreende da análise da legislação, vem a balizar o diploma que aborda a alienação parental, que busca proteger não só o aspecto psíquico do menor, mas também o convívio familiar “*saudável*”.

O estudo atento da Lei 12.318/10 permite apontar diversos dispositivos, além dos já destacados, que buscam garantir o convívio

familiar, estendendo ao genitor alienado a benesse de ter seu regime de convivência familiar ampliado, conforme art. 6º, II.

O art. 7º, por fim, deixa clara a preocupação constante com a garantia do convívio familiar: *“A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada”*.

Sobre o tema, ainda, a manifestação jurisprudencial vem em uma crescente exponencial, a saber:

“APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO DE GUARDA. GUARDA EXERCIDA PELO GENITOR. ALIENAÇÃO PARENTAL COMPROVADA. GENITORA QUE DETÉM PLENAS CONDIÇÕES DE DESEMPENHÁ-LA. Inexistindo nos autos qualquer evidência de que a genitora não esteja habilitada a exercer satisfatoriamente a guarda dos filhos, e tendo a prova técnica comprovado que estes estão sendo vítimas de alienação parental por parte do genitor-guardião, que, no curso do processo não demonstrou o mínimo de comprometimento no fortalecimento do convívio materno-filial, imperiosa a alteração da guarda. APELAÇÃO DESPROVIDA. (70046988960 RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Data de Julgamento: 24/05/2012, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 29/05/2012)”

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE ALIENAÇÃO PARENTAL. SUSPENSÃO DO DIREITO DE VISITAÇÃO POR PARTE DA MÃE. CABIMENTO. Em que pese seja evidente a importância da convivência da criança, de apenas cinco anos de idade, com sua genitora, considerando serem verossímeis as alegações de prática de atos de alienação parental, deve ser mantida a decisão que suspendeu as visitas até o esclarecimento dos fatos. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO, POR MAIORIA. (70042885384 RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Data de Julgamento: 01/09/2011, Oitava Câmara Cível, Data

de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/09/2011)”.

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE ALIENAÇÃO PARENTAL. MEDIDA DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DAS VISITAS. Mostra-se prudente manter a liminar de suspensão temporária das visitas, a fim de assegurar o bem estar da criança, mormente sua saúde psíquica. Agravo de instrumento desprovido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Agravo de Instrumento Nº 70047112321, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall’Agnol, Julgado em 16/05/2012)”.

Daí pode se inferir que, se o legislador brasileiro buscou impedir tal afastamento forçado e leviano através da edição de uma lei ordinária específica para este fim, e que tal medida visa, principalmente, assegurar os direitos do menor, deve-se, por outro bordo, vedar o afastamento espontâneo de um dos genitores.

Note-se também que, diante da manifestação jurisprudencial explicitada, os magistrados só vêm permitindo que o menor seja afastado do convívio de um dos genitores – ao qual se atribuem as condutas típicas de alienação parental – quando os indícios dessa conduta sejam concretos o suficiente para permitirem tal afastamento. Ainda, este afastamento só se dá na defesa de interesse ainda maior do que o convívio familiar, qual seja, a proteção do menor, na garantia do seu bem estar e saúde psíquica.

Seguindo neste raciocínio, uma vez que a lei não tipifica o abandono afetivo como ato ilícito, e conseqüentemente não fixa pena para tal conduta, deve o Judiciário manifestar-se neste sentido – utilizando-se dos mecanismos do art. 5º, V, CF, do art. 186, CC e artigos 4º e 5º da LICC – no sentido de coibir tal conduta reprovável, agindo assim na defesa dos interesses do menor.

## **DA LETRA DA LEI e MANIFESTAÇÕES DOUTRINÁRIAS PERTINENTES**

O amparo ao menor, na figura do direito/dever do convívio familiar, é protegido pela Carta Magna brasileira, conforme art. 227, *in verbis*:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação,

à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (grifo nosso).

O código civil de 2002 também abriga manifestação acerca do tema, em seu art. 1589, CC, cuja seção tem por título “exercício do poder familiar”:

“O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação”.

Ainda no estudo do diploma civil, há que se abordar a previsão do art. 1634, II, CC:

“Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

(...)

II – tê-los em sua companhia e guarda;”

A lei 8069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – lei especial que visa proteger os menores, traz, em seu art. 3º, dispositivo semelhante ao disposto no art. 227 da Constituição Federal, a saber:

“É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária” (grifo nosso).

O estatuto traz em seu texto um capítulo dedicado ao tema, cujo título é “DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA” cujos artigos tem por norte a premência em integrar a criança à família, seja esta natural ou substituta, incluído aí o prazo máximo de 6 (seis) meses entre cada avaliação de sua situação (art. 19, §1º, ECA) e o prazo máximo de 2 (dois) anos para a permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional.

O estudo da legislação *supra* explicita a proteção que o legislador buscou dar ao direito que a criança e o adolescente têm de estarem integrados a um grupo familiar, tamanha é a importância do tema para o desenvolvimento do menor.

Ora, partindo-se da constatação de que o legislador dedicou vários dispositivos legais, em diferentes diplomas, à proteção do direito ao convívio familiar, tornando-o autêntico *dever* da família, não é plausível considerar que a visitação do genitor que não tem a guarda do menor seja mero ato discricionário deste. Em que pese uma eventual falta de afinidade entre o genitor e o menor, tal fato não pode afastar o direito que o menor tem de poder gozar do convívio com sua família.

Diante da análise da legislação em referência, destaca-se o pilar fundamental da presente exordial: amor, carinho e afeição, de fato, não podem ser impostos, impingidos. No entanto, o dever de cuidar, e aí se encontra incluído o dever legal da garantia de convivência familiar, são deveres não só morais como previstos em lei, conforme visto, não podendo, portanto, o genitor eximir-se destas obrigações sob a alegação de que não está afeito a seu filho, ou que por ele não tem carinho.

Reconhecida a obrigatoriedade em se garantir a convivência familiar, explicitada na Constituição Federal, no Código Civil de 2002 e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei 8069/90, socorremos de sábia lição doutrinária para elucidar questão fundamental:

“*Obrigaçã*o ‘é sempre um dever jurídico originário; *responsabilidade* é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. Em síntese, em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo (...)”.

(CAVALIERI FILHO, Sérgio In GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**, vol. 4, Ed.Saraiva, p. 21).

Ao ser omissa na criação de seu filho, o Réu, *por omissão*, violou dever constitucional, e, por conseguinte, feriu direito constitucional

garantido ao Autor. Assim, configura-se o primeiro requisito: a *obrigação*, dever jurídico originário, de garantir ao filho o direito ao convívio familiar.

Desta *omissão* claramente resultou um dano aos direitos da personalidade do Autor – configurando assim dano moral, conforme se verá mais adiante – cuja configuração já enseja reparação, havendo previsão inclusive constitucional para tal, nos dizeres do art. 5º, V, CF. Assim, configura-se o outro requisito trazido pela doutrina: a *responsabilidade*, dever jurídico sucessivo.

Ainda sob este escopo, reportamo-nos ao art. 186 do diploma civil de 2002, a saber: “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*”. Tal mandamento é, por força do próprio texto legal, intimamente ligado ao art. 927, CC: “*Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*”. Há que se ressaltar, por oportuno, o disposto no artigo 12 do estatuto civilista: “***Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, em prejuízo de outras sanções previstas em lei***”. Ou seja, mais uma vez verifica-se que configurado o dano, incide, obrigatoriamente, dano moral.

Diante da por vezes controversa caracterização na incidência de “*danos morais*”, necessária se faz criteriosa exposição dos fundamentos do pleito do Autor em ser compensado.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

“Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação”. (In **Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**, vol. 4, Ed.Saraiva, p. 377).

Ainda sorvendo da fonte do ilustre doutrinador, há que se buscar manifestação doutrinária que auxilie na correta caracterização dos bens lesados e na configuração do dano moral, a saber:

“No tocante aos bens lesados e à configuração do dano moral, malgrado os Autores em geral entendam que a enumeração das hipóteses, previstas na Constituição Federal, seja meramente exemplificativa, não deve o julgador afastar-se das diretrizes nela traçadas, sob pena de considerar dano moral pequenos incômodos e desprazeres que todos devem suportar, na sociedade em que vivemos. Desse modo, os contornos e a extensão do dano moral devem ser buscados na própria Constituição, ou seja, no art. 5º, n. V (que assegura o ‘direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, *moral* ou à imagem’) e n. X (que declara invioláveis ‘a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas’) e, especialmente, no art. 1º, n. III, que erigiu à categoria de fundamento do Estado Democrático ‘a dignidade da pessoa humana’”. (In **Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**, vol. 4, Ed. Saraiva, p. 378).

Nítido é que o abandono afetivo por parte de sua infância e parte da adolescência não infligiu ao Autor mero aborrecimento ou dissabor. Trata-se de ofensa mais gravosa, mais profunda, eivada de tristeza e mágoa. Não há, portanto, como afastar os requisitos necessários à caracterização do dano moral, sendo, portanto, lógico o pleito do Autor em buscar na justiça compensação pertinente.

## **DA DECISÃO DA TERCEIRA TURMA DO STJ**

Em julgamento do Recurso Especial de número 1159242, cujo acórdão foi publicado no DJE em 10/05/2012, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça manifestou-se pelo cabimento de indenização visando reparar dano moral, uma vez constatado o abandono afetivo do genitor em face de sua filha. Tal decisão ratificou a tomada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo – que no julgamento do recurso interposto em face da improcedência da exordial, reconheceu a existência de dano moral a se compensar, sem, contudo, reconhecer a existência de danos materiais - alterando tão somente o *quantum* indenizatório, e que cuja ementa se deu nos termos seguintes:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever

de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido”. (STJ, 3ª Turma, REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, j. 24.04.2012, DJe 10.05.2012).

Uma vez que o caso julgado pelo STJ e o apresentado na presente exordial guardam tamanhas similaridades entre si, notadamente a mesma *causa de pedir*, torna-se pertinente o estudo do citado acórdão, peça jurídica que haverá de lançar os pilares fundamentais a uma nova abordagem legal do tema:

“Tânia da Silva Pereira – Autora e coordenadora, entre outras, das obras Cuidado e vulnerabilidade e O cuidado como valor jurídico – acentua o

seguinte: ‘O cuidado como ‘expressão humanizadora’, preconizado por Vera Regina Waldow, também nos remete a uma efetiva reflexão, sobretudo quando estamos diante de crianças e jovens que, de alguma forma, perderam a referência da família de origem (...). A Autora afirma: ‘ o ser humano precisa cuidar de outro ser humano para realizar a sua humanidade, para crescer no sentido ético do termo. Da mesma maneira, o ser humano precisa ser cuidado para atingir sua plenitude, para que possa superar obstáculos e dificuldades da vida humana’. (Abrigo e alternativas de acolhimento familiar, in: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. O cuidado como valor jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 309)’.

Prossegue a Autora afirmando, ainda, que: ‘Waldow alerta para atitudes de não-cuidado ou ser des-cuidado em situações de dependência e carência que desenvolvem sentimentos, tais como, de se sentir impotente, ter perdas e ser traído por aqueles que acreditava que iriam cuidá-lo. Situações graves de desatenção e de não-cuidado são relatadas como sentimentos de alienação e perda de identidade. Referindo-se às relações humanas vinculadas à enfermagem a Autora destaca os sentimentos de desvalorização como pessoa e a vulnerabilidade. ‘Essa experiência torna-se uma cicatriz que, embora possa ser esquecida, permanece latente na memória’. O cuidado dentro do contexto da convivência familiar leva à releitura de toda a proposta constitucional e legal relativa à prioridade constitucional para a convivência familiar. (op. cit. pp 311-312 - sem destaques no original)’. (*Resp 1159242/SP (2009/0193701-9) Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgamento em: 24/04/2012, publicado no DJE de 10-05-2012. Acessado em 09-07-012. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1067604&sReg=200901937019&sData=20120510&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1067604&sReg=200901937019&sData=20120510&formato=PDF)*).

Diante da complexidade do tema, bem como da riqueza e da importância do acórdão proferido pela Terceira Turma do STJ, forçoso se torna dele socorrer-se, pois além de valorosa peça jurídica,

acresce também, no escopo da multidisciplinaridade, manifestações de especialistas sobre o assunto que motiva a presente demanda.

Neste sentido, faz necessária nova citação do respeitável acórdão:

“Nesse sentido, cita-se, o estudo do psicanalista Winnicott, relativo à formação da criança: [...] do lado psicológico, um bebê privado de algumas coisas correntes, mas necessárias, como um contato afetivo, está voltado, até certo ponto, a perturbações no seu desenvolvimento emocional que se revelarão através de dificuldades pessoais, à medida que crescer. Por outras palavras: a medida que a criança cresce e transita de fase para fase do complexo desenvolvimento interno, até seguir finalmente uma capacidade de relação, os pais poderão verificar que a sua boa assistência constitui um ingrediente essencial. (WINNICOTT, D.W. A criança e o seu mundo. 6ª ed. Rio de Janeiro:LTC, 2008).Essa percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi, inclusive, incorporada em nosso ordenamento jurídico, não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88”. (*REsp 1159242/SP (2009/0193701-9) Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgamento em: 24/04/2012, publicado no DJE de 10-05-2012. Acessado em 09-07-2012. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1067604&sReg=200901937019&sData=20120510&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1067604&sReg=200901937019&sData=20120510&formato=PDF)*).

Por fim, destaca-se:

“Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tisanado por elementos objetivos, distinguindo-se do

amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever (grifo nosso)”. (REsp 1159242/SP (2009/0193701-9) Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgamento em: 24/04/2012, publicado no DJE de 10-05-2012. Acessado em 09-07-2012. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1067604&sReg=200901937019&sData=20120510&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1067604&sReg=200901937019&sData=20120510&formato=PDF)).

Tal manifestação jurisprudencial é uma mudança de paradigma no arcabouço jurídico brasileiro, tendo inclusive divergido de acórdão da Quarta Turma do mesmo Tribunal, a saber:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.159Código Civil de 1916 2. Recurso especial conhecido e provido”. (757411 MG 2005/0085464-3, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 28/11/2005, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 27.03.2006 p. 299RB vol. 510 p. 20REVJMG vol. 175 p. 438RT vol. 849 p. 228)”.

Pedindo vênias aos ilustres ministros componentes da Quarta Turma do STJ à época em que foi proferido o acórdão, não reconhecer ilicitude civil no ato em que o genitor cumpre tão somente com suas obrigações de natureza alimentícia é criar perigoso precedente jurídico: o de dar ao abandono afetivo o condão de ser, ao invés de reprovável e danosa conduta, mero direito potestativo do genitor.

Além do risco de se estabelecer perigoso e danoso precedente, no sentido em que se criará uma situação onde o direito potestativo do genitor em optar tão somente pela quitação de obrigação alimentar, ainda

acabará por sobrepujar dever constitucional de garantir “à criança, ao adolescente e ao jovem” a convivência familiar, conforme disposto no art. 227 da CF.

Por fim, o referido acórdão tem o condão de permitir, a partir de agora, a caracterização de ilícito civil no abandono afetivo, justamente o *calcanhar de Aquiles* – conforme acórdão da Quarta Turma do STJ em ação semelhante - nas ações de indenização já pleiteadas até então. Seguindo o entendimento da Terceira Turma do tribunal, e assim caracterizado o ilícito civil, a única consequência lógica é compensar as consequências morais do ilícito, sejam estas por ação ou omissão, tendo por fulcro os dispositivos *supracitados*.

### **DOS REQUERIMENTOS:**

Diante do exposto, requer de Vossa Excelência:

1. A concessão dos benefícios da gratuidade de justiça;
2. A citação do RÉU para, querendo, apresentar contestação aos termos de presente exordial;
3. a procedência do presente pedido, consistindo na condenação do RÉU a compensação pelos danos morais suportados advindos do abandono afetivo em face de seu filho, com fulcro nos arts. 5º, V, CF e 186, 927 e 12, todos do CC, no montante de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais);
4. Seja o RÉU condenado a pagar as custas e honorários advocatícios, estes últimos revertidos em favor do CEJUR/DPGE.

### **DAS PROVAS**

Pretende provar o alegado por todos os meios de provas admitidos em direito, especialmente pela juntada de documentos, oitiva de testemunhas, realização de estudo social e psicológico, e pelo depoimento pessoal do Autor.

Dá-se a presente causa o valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Nestes termos,  
Pede deferimento.

Local, data

NOME DEFENSOR

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO LIMINAR DE  
ANTECIPAÇÃO DE TUTELA VISANDO À REGULARIZAÇÃO  
DOS VEÍCULOS UTILIZADOS NO TRANSPORTE DE  
PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE**

**Henrique Guelber de Mendonça  
Juliana Moreira de Mendonça  
Eduardo Januário Newton**

**Resumo:** Trata-se de Ação Civil Pública, com pedido liminar de antecipação de tutela, proposta pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, através do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos – NUDEDH, em face do Estado do Rio de Janeiro almejando a regularização dos veículos de transporte de pessoas privadas de liberdade pela Secretaria de Administração Penitenciária.

**Palavras-chave:** Ação civil pública. Monitoramento carcerário. Transporte de pessoas privadas de liberdade. Licenciamento

**EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA DE FAZENDA PÚBLICA**

“todo camburão tem um pouco de navio negreiro”<sup>1</sup>

**A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, por intermédio do **NÚCLEO DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS**, com lastro no artigo 5º incisos XXXV e LXXIV, artigo 37, *caput*, artigo 129, § 1º e artigo 134, *caput*, todos da Constituição da República, artigo 5º, inciso II, Lei Federal nº 7.347/85, artigo 4º, incisos VII, VIII e X, Lei Complementar Federal nº 80/94 e artigo 179, *caput*, Constituição do Estado do Rio de Janeiro, vem ajuizar a presente .

**ACÇÃO CIVIL PÚBLICA**

**com pedido liminar de antecipação de tutela**

em face do **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, ente da federação, pessoa jurídica de direito público interno, que deverá ser citado, conforme estipulado pelo artigo 12, inciso I, Código de Processo

---

1 O RAPPÁ

Civil, na pessoa do Procurador Geral do Estado, sito à Rua do Carmo, nº 27, Centro, Rio de Janeiro/RJ, a partir dos fatos e fundamentos jurídicos a seguir descritos.

## I – DOS FATOS

No dia 31 de Outubro de 2011, no âmbito do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, foi instaurado o procedimento administrativo E-20/12.631/2011, portaria anexa (ANEXO 01), cujo objetivo era aferir as **condições fornecidas pela Administração Pública quanto ao deslocamento de pessoas privadas de liberdade.**

Inicialmente, a preocupação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro voltava-se para a disponibilização do cinto de segurança às pessoas privadas de liberdade nos deslocamentos realizados em viaturas oficiais.

Diante dessa inquietude, foram então enviados diversos ofícios requisitando informações aos órgãos e entidades públicas, que, em síntese, questionavam o atendimento de ato normativo do CONTRAN atinente à circulação de veículos em solo brasileiro.

O DETRAN/RJ, autarquia estadual, foi um dos primeiros a prestar esclarecimentos, sendo relevante destacar que, no ofício DRV/DETRAN nº 002.903/11, de 19 de Dezembro de 2011, cópia anexa (ANEXO 12), foi indicado, e de maneira textual, que **a Secretaria de Estado de Administração Penitenciária (SEAP), após realizar o primeiro emplacamento nos veículos oficiais, não “vem efetivando serviço de licenciamento anual”.**

Dessa forma, além da questão do cinto de segurança, a segurança como tema muito mais amplo passou a ser o cerne da análise realizada pela Defensoria Pública.

Prosseguindo na descrição fática.

Em 27 de Fevereiro de 2012, o Diretor do Departamento Nacional de Trânsito – DENATRAN, remeteu, por meio do ofício nº 441/2012/GAB/DENATRAN, a NOTA TÉCNICA nº 219/2012/CGIJF/DENATRAN, cópias anexas (ANEXO 13), que, em resumo, **indicam a necessidade de veículos destinados ao transportes de pessoas privadas de liberdade observarem o Código de Trânsito Brasileiro**

## **e demais atos do CONTRAN.**

Ato contínuo, já em 20 de Abril de 2012, a Secretaria de Estado de Administração Penitenciária (SEAP), ao ser instada a se manifestar sobre o cumprimento de atos infralegais oriundos do CONTRAN, informou que **“adaptar cintos de segurança nestas VTR’s (sic) colocará em risco a vida dos presos, face ao exposto não vislumbra a violação dos direitos humanos, a falta do referido equipamento”.**

Cumprir ressaltar que referida manifestação da SEAP violou, conforme será demonstrado em tópico próprio, o princípio da legalidade administrativa.

E o pior!

No dia 1º de Junho de 2012, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), órgão do Ministério da Justiça voltado para a execução penal, publicou a Resolução nº 01, que, dentre outros assuntos, indica a necessidade de vistoria periódica dos veículos utilizados pelos respectivos órgãos de trânsito, **sendo certo que essa realidade, conforme declinado pelo DETRAN/RJ, não é observada no estado do Rio de Janeiro.**

Como triste ironia cívica, em data festiva para a Nação, no dia 07 de Setembro passado, o Jornal *Extra* trouxe a seguinte notícia (ANEXO 18):

*DETENTAS CAEM DE CARRO DA SECRETARIA.*

***Duas detentas foram arrastadas depois de caírem de um carro do Grupamento de Serviço de Escolta (GSE), da Secretaria de Administração Penitenciária (SEAP). O acidente foi em 30 de Agosto, enquanto um grupo de detentas do Complexo de Gericinó era levada para uma audiência no Tribunal de Justiça, no Centro do Rio.***

*O caso só veio à tona depois que a irmã da presidiária Pamela Pales de Souza, uma das vítimas, narrou o fato à sua advogada, que acionou o Instituto dos Defensores dos Direitos Humanos. Um representante do instituto deve visitar a detenta na próxima segunda-feira.*

*- Pelo relato a irmã de Pâmela, que também é detenta, o motorista do carro deixou a porta destravada. Todas as presas estavam algemadas umas às outras. Em uma manobra mais brusca, aquelas que estavam perto das portas foram projetadas e arrastadas – disse a advogada Guiomar Mairovitch.*

*De acordo com a Seap, duas pessoas caíram do ônibus do GSE e foram socorridas no Hospital municipal Souza Aguiar, onde ficou confirmado que elas sofreram escoriações. Em nota, a Seap esclareceu que, logo após o acidente, as internas foram encaminhadas ao hospital e também foram conduzidas à 34ª DP (Bangu), para o registro da ocorrência. Ainda de acordo com o órgão, foi instaurado um procedimento administrativo para apurar as causas do acidente. (destaquei)*

Após a lavratura do respectivo termo circunstanciado, cópia anexa (ANEXO 16), e instauração de sindicância, que transcorrido mais de 1 (um) mês mantém o mesmo andamento na Corregedoria da SEAP, não se vislumbra, **mesmo após a materialização de ofensa à integridade física de pessoa privada de liberdade**, qualquer alteração no quesito segurança dos veículos oficiais destinados ao transporte de pessoas privadas de liberdade.

**Assim, o caso em questão, de antemão, demonstra que a presente provocação do órgão jurisdicional competente não possui somente uma faceta hipotética, tal como o trabalho de um ideólogo, mas de situação concreta que envolve a clara situação de risco à integridade física das pessoas privadas de liberdade que se veem compelidas a utilizar veículos sem cinto de segurança e que não passaram pela vistoria anual.**

E, se não bastasse tudo o que já foi exposto, é digno de nota a verdadeira confissão de culpa realizada pela Superintendência de Logística da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária, no sentido de que **NENHUM carro veio a ser licenciado em 2012, sendo certo que, dentre os 33 veículos utilizados pelo Grupamento de Serviço de Escolta, 15 viaturas, ou seja, aproximadamente 45,46% não foram, há pelo menos 2 (dois) anos, submetidos a vistoria realizada pelo DETRAN/RJ.**

Diante desse cenário, surgem alguns questionamentos pertinentes e que, por isso, são apresentados nas linhas que se seguem.

Além da ausência dos cintos de segurança, quais outros itens obrigatórios estariam em desconformidade nas viaturas da SEAP?

Estariam os pneus, o que inclui a existência do estepe, em perfeitas condições?

Os extintores dos veículos ainda estariam no seu prazo de validade?

Em nenhuma viatura qualquer luz indicativa (freio, farol ou ré) estaria avariada?

Como se sentir seguro ao lado de uma viatura oficial, **não licenciada**, que pode não ter uma luz de seta funcionando?

Estariam as viaturas despejando na atmosfera a quantidade permitida de dióxido de carbono?

É possível conviver com tantas dúvidas?

A resposta para a última pergunta somente pode ser negativa, ainda mais quando as incertezas decorrem de uma postura administrativa que se recusa a realizar o mínimo, qual seja, cumprir com o ordenamento jurídico.

Diga-se ainda mais. Em uma sociedade tida como pós-moderna o risco se torna inerente a própria convivência em comunidade. **No entanto, essa característica não permite que o Estado-réu aumente o risco à integridade daqueles que se veem compelidos a utilizar viaturas oficiais não-licenciadas, assim como todos os demais integrantes da sociedade, que simplesmente podem se tornar alvo de potentes máquinas que inicialmente não foram concebidas para lesar ninguém, mas que adquiriram esse atributo em razão da incúria administrativa.**

**Em razão de tudo o que foi exposto, a DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, na condição de autora da presente ação civil pública, recorre ao Poder Judiciário única e exclusivamente como forma de compelir o Estado do Rio de Janeiro a cumprir com a lei vigente, o que implicará na realização de vistoria das viaturas oficiais utilizadas no transporte de pessoas privadas de liberdade.**

## II – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Sem que constitua qualquer exagero retórico, afirma-se que **pululam os mais diversos fundamentos jurídicos** que não só lastreiam a presente ação civil pública, mas também que embasarão futura sentença de **procedência total dos pedidos apresentados em juízo.**

Dessa forma, cumpre apresentá-los, o que é realizado nas linhas que se seguem.

O primeiro lastro jurídico desta demanda reside no já vetusto, **porém olvidado**, princípio da legalidade administrativa. Antes mesmo de apontar exaustivamente para os dispositivos legais e infralegais, que demonstram a ilicitude do Estado-réu que se utiliza de viaturas não-licenciadas, é oportuno discorrer sucintamente sobre a relação existente entre o Estado de Direito e a legalidade administrativa.

De nada adianta o comportamento humano ser regido por leis, se o Estado não cumpre com as normas jurídicas vigentes, tal como constatado no presente caso. Na verdade, o desprezo do agente estatal, no que se refere ao cumprimento do ordenamento jurídico, desnatura o próprio Estado de Direito.

Como forma de reforçar o que ora se alega, recorre-se ao pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

*Este princípio [da legalidade] capital para a configuração do regime jurídico para a configuração do regime jurídico-administrativo. Justifica-se, pois, que seja tratado – como o será – com alguma extensão e detença. Com efeito, enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de qualquer Estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria. Por isso mesmo que é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado do Direito: é uma consequência dele. É o fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma, a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na*

*conformidade da lei (...)*<sup>2</sup>. (destaquei)

Ora Excelência, mostra-se necessário, após o que já veio a ser argumentado, apresentar os exaustivos legais e infralegais menosprezados pelo Estado do Rio de Janeiro.

O Código de Trânsito Brasileiro – Lei Federal nº 9.503/97, é claro em apontar para a necessidade de **licenciamento** de qualquer veículo automotor, conforme se depreende da leitura do seguinte preceito:

*Art. 130. **Todo veículo automotor, elétrico, articulado, reboque ou semi-reboque, para transitar na via, deverá ser licenciado anualmente** pelo órgão executivo de trânsito do Estado, ou do Distrito Federal, onde estiver registrado o veículo. (destaquei)*

E que não se tencione invocar como válvula de escape para o não-cumprimento a regra contida no artigo 130, §1º, Código de Trânsito Brasileiro<sup>3</sup>, pois, apesar de setores conservadores visualizarem o réu do processo penal como grande inimigo da sociedade, ainda não se tem notícia de declaração pública de guerra, não sendo, portanto, possível visualizar as viaturas da SEAP como veículos bélicos.

Além disso, a Resolução nº 02, de 1º de Junho de 2012, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (ANEXO 05) fixou a obrigatoriedade do uso de cintos de segurança nas viaturas utilizadas para o transporte de pessoas privadas de liberdade, segundo o disposto no seu artigo 3º, *caput*:

***Os veículos de transporte de pessoas presas ou internadas devem ser periodicamente vistoriados** pelo órgão de trânsito, bem como contar com todos os dispositivos de segurança previstos em regulamentação do órgão competente, notadamente cinto de segurança para todos os passageiros. (destaquei)*

Acaso tivesse sido realizado o licenciamento, ou seja, cumprida a lógica prevista no Código de Trânsito Brasileiro, seria constatada a ausência de cintos de segurança.

---

2 MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 96-97.

3 “§ 1º O disposto neste artigo não se aplica a veículo de uso bélico.

E, se não bastasse o que já foi exposto, é importante ter em mente o disposto na Resolução nº 14/98 do CONTRAN (ANEXO 03), que indica os equipamentos obrigatórios que todos os veículos deverão portar.

Mais uma vez, e mesmo com o risco de ser redundante, afirma-se que a verdadeira fuga do licenciamento, impede que seja atestada a presença dos equipamentos obrigatórios, que devem constar nos veículos oficiais da SEAP.

A Nota Técnica nº 219/2012/CGIJF/DETRAN, por mais que não tenha força legal, mas infralegal, conforme o estipulado pelo artigo 19, Código de Trânsito Brasileiro, é clara em apontar as seguintes conclusões:

*9. Diante de tais ponderações, esclarecemos que **os veículos destinados aos transportes de presos** – ainda que gozem de prioridades de trânsito, livre circulação, estacionamento e parada, conforme estabelece o artigo 29, inciso VII, do CTB -, **também devem observar todos os requisitos e condições de segurança estabelecidos pelo Código de Trânsito Brasileiro e pela Resolução CONTRAN nº 14/98.***

(...)

*12. Por fim, quanto à necessidade de submeter os veículos pertencentes aos órgãos públicos às inspeções veiculares, **informamos que estes veículos devem observar todos os procedimentos previstos no CTB. Não se justifica a isenção de qualquer procedimento pelo simples fato de o veículo ser de propriedade da Administração Pública,** pois a legislação de trânsito objetiva, tão-somente, garantir a segurança de todos os cidadãos. (destaquei)*

Ao ser examinada a questão tratada no bojo desta petição, apesar de já ter completado mais de uma década, o pensamento crítico esposado por Lênio Luiz Streck se mostra atual, quanto à dificuldade de observar a legalidade administrativa:

*É importante observar, nesse contexto, que, **em nosso país, há até mesmo uma crise de legalidade,***

*uma vez que nem sequer esta é cumprida, bastando, para tanto, ver a inefetividade dos dispositivos da Constituição.*<sup>4</sup> (destaquei)

Outrossim, vazia, inócua e sem qualquer sentido se torna a alegação da SEAP, no sentido de que a ausência de cinto de segurança, e porque não de diversos outros itens de segurança obrigatórios que não podem ser aferidos ante a recusa de realizar vistoria anual, não violaria os direitos humanos das pessoas privadas de liberdade, pois a legalidade administrativa, conquista da modernidade, é submetida a um instigante processo de seletividade, que, ao término, acaba por excluí-la de segmento vulnerável da população.

**Em face de todo o exposto, restam devidamente comprovados os fundamentos jurídicos necessários a lastrear o pronunciamento judicial, que determinará única e simplesmente o cumprimento da ordem jurídica pelo Estado do Rio de Janeiro, mais especificamente quanto à realização da vistoria anual das viaturas da SEAP e aferição dos itens obrigatórios em referidos veículos.**

### **III – DA COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA**

Ao contrário do que se sucedeu na quadra histórica marcada pela busca da autonomia, atualmente a ciência processual tem como foco de sua preocupação a efetividade das decisões judiciais.

Fruto desse momento é que se deve compreender as mais diversas reformas processuais, sendo um exemplo pertinente ao presente caso a positivação da tutela antecipada genérica, que se encontra prevista no artigo 273, Código de Processo Civil.

Para a obtenção da referida tutela de urgência, necessária se faz a comprovação cumulativa de dois requisitos: a plausibilidade do direito invocado e o real perigo na demora da concessão da tutela jurisdicional.

A gritante violação ao princípio da legalidade administrativa configura, sem sombra de dúvida, a maior comprovação do primeiro

---

4 STRECK, Lênio L. Constituição ou barbárie? A lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito. Disponível em <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/16.pdf>. Acesso em 03 de Dezembro de 2012.

requisito exigido, sendo certo que a afirmação oriunda da SEAP, no sentido de que **NENHUMA viatura veio a ser licenciada em 2012,** supera o campo indiciário para atestar a certeza da vulneração do princípio em tela.

Por outro lado, o fato de pessoas privadas de liberdade já terem sofrido atentados às suas integridades físicas, tanto que vieram a ser lançados para fora de viatura não-licenciada, comprova a existência de uma real perigo na prestação da tutela jurisdicional.

Na verdade, permitir que referidos veículos oficiais transitem nas vias públicas sem a realização de vistoria anual constitui uma “roleta russa” cujas chances de sobrevivência dos participantes de tenebrosa atividade, ou seja, as pessoas privadas de liberdade, são cada vez menores.

**Forte nessas considerações, comprovados estão os requisitos exigidos para a concessão da tutela de urgência, surge então a necessidade de explicitar os pedidos liminares, o que será realizado nas linhas que se seguem.**

**Diante do desconhecimento dos chassis das viaturas não-licenciadas, em um primeiro momento, é imprescindível se ter ideia desse dado. Daí, se postula para que a SEAP apresente referidos chassis, em até 5 dias, sob pena de incidir multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por informação sonogada.**

**Em um segundo momento, deve a SEAP, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar do deferimento da liminar, comprovar o agendamento da vistoria anual de todas as 33 viaturas, sob pena de incidir multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por veículo não agendado.**

**Em um terceiro momento, deve a SEAP realizar, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, a contar do deferimento da liminar, o licenciamento do veículo, sob pena de incidir multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por veículo não licenciado.**

**E, por derradeiro, caso não seja licenciado, no prazo de 60 (sessenta) dias, a apreensão da viatura da SEAP destinada ao transporte de pessoa privada de liberdade, sendo certo que referida medida drástica possui lastro no artigo 230, Código de Trânsito Brasileiro.**

#### IV – DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO FAZENDÁRIO

No que se relaciona à competência do Juízo Fazendário para conhecer, processar e julgar a presente ação civil pública, é de suma relevância que o polo passivo desta demanda é ocupado pelo Estado do Rio de Janeiro, **razão pela qual se faz necessário incidir a regra prevista no artigo 97 do Código de Organização e Divisão Judiciárias do estado do Rio de Janeiro –CODJERJ, in verbis:**

*Art. 97 – Aos Juízes de Direito das Varas da Fazenda Pública compete, por distribuição:*

*I – Aos da 1ª a 10ª, processar e julgar:*

*a) **as causas em que o Estado**, suas Autarquias, as Empresas Públicas, as Sociedades de Economia Mista e as Fundações que aquele criar **forem interessados como** autores, **réus**, assistentes ou oponentes, e as que delas forem oriundas ou acessórias, ressalvada a competência da 11ª Vara da Fazenda Pública; (destaquei)*

E, de antemão, **que não se tencione visualizar**, uma vez que se trata de questão atinente ao transporte de pessoas privadas de liberdade por determinação estatal, **uma putativa competência da Vara de Execução Penais**.

Diversos são os fundamentos para repelir eventual entendimento equivocado.

A Vara de Execuções Penais não possui competência para conhecer, processar e julgar as ações civis públicas.

O segundo argumento consiste no fato de o Estado do Rio de Janeiro, réu desta ação civil pública, gozar da prerrogativa processual de ser demandado no Juízo Fazendário.

E, por fim, há iterativo, consolidado e firme entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro, no sentido de que as ações civis públicas, mesmo que versem sobre aspectos relacionados às pessoas privadas de liberdade, devem ser julgadas pelos Juízos Fazendários, e não na Vara de Execução Penal.

Eis alguns julgados que somente vem a ratificar o ora alegado:

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRETENSÃO PARA EMISSÃO DE CARTEIRA DE VISITAÇÃO PARA FAMILIARES DE PRESOS. INCOMPETÊNCIA DA VARA DE EXECUÇÕES PENAIS, PORQUANTO NÃO HÁ MATÉRIA PRÓPRIA DE EXECUÇÃO DE PENAA SER DECIDIDA, MASSIMO QUESTIONAMENTO ACERCA DA INEFICIÊNCIA DO ESTADO EM GARANTIR DIREITO FUNDAMENTAL QUANTO À ASSISTÊNCIA FAMILIAR AOS RECLUSOS.** PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NÃO CONHECIDO, POSTO QUE NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM, DEVENDO-SE EVITAR SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO, NA FORMA DO ARTIGO 557, §1º-A, DO CPC.”<sup>5</sup> (destaquei)

*“Agravado de Instrumento. **Ação civil pública ajuizada pela Defensoria Pública** Estadual pretendendo ver afastada a necessidade do serviço SARQ-SEAP no cumprimento dos alvarás de solturas emitidos pelos Juizes Criminais. **Decisão agravada que entendeu tratar-se de matéria afeta à execução de sentença criminal e de medidas cautelares assecuratórias, declinando da competência para o Juízo da VEP – Vara de Execuções Penais. Impossibilidade. Competência determinada pelo critério racione personae, atraindo a competência dos Juizes das Varas de Fazenda Pública para processar e julgar ação civil pública em que for interessado o Estado. Exegese do artigo 97 do CODJERJ. Provimento do apelo. Decisão que se reforma.**”<sup>6</sup> (destaquei)*

E, como forma de repelir, em definitivo, qualquer tentativa de visualizar a competência do Juízo da Execução Penal, é deveras oportuno

---

5 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Agravo de Instrumento nº 0008946-39.2012.8.19.0000 julgado em 10 de julho de 2012. Decisão monocrática do Desembargador André Ribeiro.

6 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Agravo de instrumento nº 0009375-06.2012.8.19.0000 julgado pela 10ª Câmara Cível. Relator Desembargador Celso Luiz de Matos Peres.

frisar que nem toda pessoa privada de liberdade que se vê compelida ao uso de uma viatura não licenciada já possui Carta de Execução, mesmo que provisória, sendo, portanto, estranha à VEP.

Assim, caso seja visualizada a competência daquele Juízo de Direito de Execuções Penais, o que é estranho a qualquer regra processual, estar-se-ia diante de absurdo, isto é, pessoas que poderiam ser beneficiadas pela tutela jurisdicional – os que possuem Carta de Execução – e os que seriam alijados da decisão judicial – os que não obtiveram qualquer título – provavelmente relegados a se valerem das viaturas não licenciadas. Dito de outra forma. Ter-se-ia a segregação ilógica de pessoas privadas de liberdade e o não enfrentamento da evidente violação ao princípio da legalidade administrativa.

**Feitas essas considerações, não resta qualquer margem de dúvida quanto à competência desse r. Juízo Fazendário para o conhecimento, processamento e julgamento desta ação civil pública.**

## V – DOS PEDIDOS LIMINARES

Antes mesmo de apresentar os pedidos liminares, não se deve olvidar da precisa lição proferida por Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni sobre a necessidade de ser o processo civil sob novos olhares, o que se postula para o presente caso:

*Em última análise, é correto dizer que a técnica antecipatória visa apenas a distribuir o ônus do tempo do processo. **É preciso que os operadores do direito compreendam a importância do novo instituto e o usem de forma adequada. Não há motivos para timidez no seu uso,** pois o remédio surgiu para eliminar um mal que já está instalado, uma vez que o tempo do processo sempre prejudicou o autor que tem razão. É necessário que o juiz compreenda que não pode haver efetividade sem riscos. A tutela antecipatória permite perceber que não só a ação (o agir, a antecipação) que pode causar prejuízo, mas também a omissão. O juiz que se omite é tão nocivo quanto o juiz que julga mal. Prudência e equilíbrio não se confundem com o medo, **e a lentidão da justiça exige que o juiz deixe de lado o comodismo do antigo procedimento ordinário – no qual alguns imaginam que ele não erra – para assumir as responsabilidades de um novo juiz, de um***

*juiz, que trata dos ‘novos direitos’ e que também tem que entender – para cumprir sua função sem deixar de lado sua responsabilidade social – que as novas situações carentes de tutela não podem, em casos não raros, suportar o mesmo tempo que era gasto para a realização dos direitos de sessenta anos atrás, época em que foi publicada a célebre obra de Calamandre i , sistematizando as providências cautelares<sup>7</sup>. (destaquei)*

Em assim sendo, postula a **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, com lastro no artigo 273 combinado com artigo 461, ambos do Código de Processo Civil, na qualidade de autora desta ação civil pública, pela concessão das seguintes medidas:**

**i) Pela apresentação, no prazo de 5 (cinco) dias, dos chassis de todos os veículos utilizados pela SEAP no transporte de pessoas privadas de liberdade, uma vez que a SUPERINTENDÊNCIA DE LOGÍSTICA DA SEAP somente apresentou o número de ordem das viaturas, sob pena de incidir multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por veículo não informado;**

**ii) Pela apresentação, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar do deferimento da liminar, dos agendamentos de vistoria de todas as viaturas utilizadas pela SEAP no transporte de pessoas privadas de liberdade, sob pena de incidir de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por veículo não agendado;**

**iii) Pela apresentação, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, a contar do deferimento da liminar, do licenciamento anual das viaturas da SEAP utilizadas no transporte de pessoas privadas de liberdade, sob pena de incidir multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por veículo não-licenciado;**

**iv) Pela apreensão da viatura não-licenciada, caso o Estado do Rio de Janeiro não consiga sair do estado de inércia no prazo de 60 (sessenta dias), a contar do deferimento da liminar.**

## **VI – DOS PEDIDOS FINAIS**

**Em face de todo exposto, pugna a DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO:**

---

<sup>7</sup> MARINONI, Luiz Guilherme & ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de conhecimento. 7.ed. São Paulo: RT, 2008. pp. 199-200.

**i) Pela citação do Estado do Rio de Janeiro para, querendo, apresentar as respostas entendidas como cabíveis, sendo certo que a ausência de contestação implicará na incidência dos efeitos da revelia;**

**ii) Pela ratificação, quando da prolação da sentença, da medida liminar, que espera ser deferida, o que repercutirá nos efeitos de eventual recurso de apelação;**

**iii) Pela intimação do Ministério Público, para, na condição de fiscal da lei, se manifestar, caso assim deseje;**

**iv) Pela procedência total do pedido, no sentido de que o Estado do Rio de Janeiro realize a vistoria anual dos veículos utilizados pela SEAP no transporte de pessoas privadas de liberdade, sob pena de apreender os referidos veículos caso não seja realizado o licenciamento em até 60 (sessenta) dias do deferimento da medida liminar;**

**v) Pela irrestrita observância das prerrogativas institucionais da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em especial a intimação pessoal, com vista dos autos, de todas as decisões proferidas, que deverá ser dirigida ao Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos, sito à Avenida Marechal Câmara, nº 271, 7º Andar, Castelo, Rio de Janeiro/RJ; e,**

**vi) Pela condenação de honorários de sucumbência, que deverão ser revertidos para o CEJUR/DPGE.**

Provará todo o alegado por todos os meios probatórios admitidos, requerendo, desde já, a admissão da documentação que acompanha esta inicial.

Atribui-se a presente demanda o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Nestes Termos,

Pede Deferimento.

São Sebastião do Rio de Janeiro, 10 de Dezembro de 2012

*(Dia Internacional dos Direitos Humanos)*

**HENRIQUE GUELBER DE MENDONÇA**

*Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro*

*Matrícula n° 969.578-4*

*Coordenador do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos*

**EDUARDO JANUÁRIO NEWTON**

*Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro*

*Matrícula n° 969.600-6*

*Subcoordenador do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos*

**JULIANA MOREIRA MENDONÇA**

*Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro*

*Matrícula n° 949.558-1*

*Subcoordenadora do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos*

# ACÇÃO POSTULANDO INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL COM BASE, PRECIPUAMENTE, NA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Lívia Gagliano Pinto Alberto Morterá<sup>1</sup>

**Resumo:** Cuida-se de Acção movida em face de advogada contratada pela assistida, tendo sido requerida indenização com base na teoria da perda de uma chance, eis que a patrona da Autora deixara de bem e fielmente cumprir o mandato outorgado, omitindo-se, inclusive, quanto ao manejo de recurso imprescindível à reversão da situação da representada, vencida em demanda de reintegração de posse de imóvel financiado pela Caixa Econômica Federal. Analisaram-se os requisitos para a exata configuração da teoria em questão, acentuando-se existirem argumentos fortes aptos a viabilizar modificação concreta da sentença desfavorável à Autora, a qual, por sua vez, deixou a Ré transitar em julgado. Postulou-se, portanto, o ressarcimento pelos danos materiais decorrentes da perda da posse, bem assim a compensação pelo dano moral decorrente dos fatos ocorridos.

**Palavras-chave:** Indenização. Perda De Uma Chance. Contrato De Mandato Judicial. Inadimplemento.

## EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA CÍVEL DA COMARCA DE NOVA IGUAÇU

\_\_\_\_\_, brasileira, solteira, do lar, portadora do documento de identidade nº \_\_\_\_\_, expedida pela Secretaria de Segurança Pública de Minas Gerais, inscrita no CPF sob o nº \_\_\_\_\_, residente e domiciliada à Rua \_\_\_\_\_, Belford Roxo, Rio de Janeiro, CEP nº \_\_\_\_\_, por meio da Defensora Pública abaixo assinada, vem, respeitosamente, perante Vossa excelência propor pelo rito ordinário

## ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAL

em face de \_\_\_\_\_, brasileira, advogada, com endereço profissional na \_\_\_\_\_, pelos seguintes fatos e fundamentos:

---

1 A Autora é Defensora Pública Substituta, tendo permanecido em exercício no Núcleo Cível da Comarca de Belford Roxo durante todo o mês de abril de 2009, ocasião em que elaborou a presente peça processual.

## I - DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA

Inicialmente, **afirma** para os fins do art. 4º da Lei 1.060/50, com a redação dada pela Lei 7.510/86, que não possuem recursos suficientes para arcar com as custas do processo e honorários de advogado, sem prejuízo de seus próprios sustentos e de sua família, pelo que indica para assistência judiciária a Defensoria Pública Geral do Estado.

## II - DOS FATOS

A Autora, em 2003, foi processada pela Caixa Econômica Federal (ação de reintegração de posse) em razão de contrato de arrendamento residencial instituído pelo Programa de Arrendamento Residencial – PAR, tendo sido alegado, como causa de pedir, o inadimplemento de algumas das parcelas relativas ao instrumento, ademais de valores atinentes ao condomínio.

A fim de bem se defender na causa em apreço, a Autora contratou a advogada ora Ré, pagando-lhe, para tanto, honorários no importe de R\$ 2.270,00 (dois mil, duzentos e setenta reais) – recibos em anexo.

Nos termos da procuração outorgada (em anexo), estava a advogada obrigada a atuar “em qualquer instância ou Tribunal, até o final da decisão, usando os recursos legais e acompanhando-a”.

De fato, em um primeiro momento, pareceu, de fato, estar a Ré empenhada em tal defesa, apresentando contestação, postulando provas e efetuando demais intervenções no decorrer da causa.

Passado algum tempo após a apresentação de contestação, todavia, percebeu a Autora que a Ré deixou de lhe fornecer dados sobre o andamento do processo, o que lhe motivou a telefonar para seu escritório, buscando informações a respeito da causa.

Foi, então, neste momento, isto é, em 07 de junho de 2006, que soube a Autora que havia sido prolatada R. Sentença julgando procedente o pedido inicial, formulado pela Caixa Econômica Federal e que, por via de consequência, deveria se retirar da casa em que estava morando.

Diga-se que a R. Sentença em comento foi publicada em 02 de junho de 2006, sendo certo que, caso a Autora não tivesse a preocupação de telefonar para saber o andamento da causa, jamais saberia do resultado desfavorável.

Desesperada com a notícia, pediu a Autora que a Ré recorresse da decisão, pedido que se seguiu à informação de que teria a Autora que efetuar novo pagamento.

Registre-se, nesse passo, que, em procedimento administrativo iniciado pela Autora junto à Ordem dos Advogados do Brasil (cópia em anexo), alegou a Ré, em defesa, que não se negava a interpor o Recurso bastando à Autora efetuar o pagamento das custas processuais. Segundo sua defesa, ainda, teria a Autora se negado a efetuar o pagamento narrado, com o que restaria impossibilitado o manejo do Recurso cabível.

Nesse tirante, aluda-se a que **ditas custas ultimavam a módica quantia de R\$ 13,64 (treze reais e sessenta e quatro centavos), conforme boleto de acompanhamento processual em anexo, não sendo de todo crível que alguém pague R\$ 2.270,00 (dois mil duzentos e setenta reais) a título de honorários e se recuse a pagar pouco mais de dez reais para manejar recurso de seu total interesse.**

Em verdade, o que se verificou foi o descaso da Ré com a Autora e seu processo, somente vindo a lhe informar sobre o julgamento desfavorável quando instada pela própria Autora, e quando já em curso prazo para interposição de Apelação.

Frise-se que os pedidos de interposição de recurso feitos pela Autora se repetiram por inúmeras vezes, sempre recebendo a negativa da Ré, a qual, por sua vez, também não renunciava ao mandato outorgado, tampouco orientava a Autora a respeito da possibilidade de eventual revogação do contrato, caso desejasse procurar os préstimos de outro advogado.

Desse modo, transcorreu o prazo para a interposição do Recurso cabível, transitando em julgado a R. sentença em exame e, momentos depois, foi obrigada a Autora a se retirar da casa em que residia, passando a morar de aluguel, com maiores dificuldades de subsistência.

Ante o exposto, entendendo mal cumprida a obrigação por parte da Ré, inclusive quanto à interposição do Recurso adequado, uma vez julgado procedente o pedido na ação citada, em seu desfavor, vem a Autora postular pela reparação do dano material sofrido, bem assim pela compensação moral experimentada, na forma da fundamentação a seguir.

### III – DO DIREITO

#### **A) DO CONTRATO DE MANDATO CELEBRADO – LIMITES E OBRIGAÇÃO INADIMPLIDA:**

O contrato de mandato celebrado entre as Partes, em razão do qual pagou a Autora o importe de R\$ 2.270,00 (dois mil, duzentos e setenta reais) - recibos em anexo -, deu-se de modo verbal, o que é autorizado pela legislação nacional. Assim ocorrendo, e apesar de permitido pelo ordenamento jurídico pátrio, não se fixaram, desde o início, os limites e balizas definidoras.

De todo modo, consta da procuração anexada à presente, a qual fez parte do processo movido em face da Autora, que deveria a Ré atuar:

*...em qualquer juízo, Instância ou Tribunal, até o final da decisão,, usando os recursos legais e acompanhando-a, conferindo-lhe ainda poderes especiais...”*

Do exposto, já se vislumbra de plano, que **se comprometeu a Ré a atuar em defesa da Autora até “o final da decisão” - que se pode entender como trânsito em julgado - ademais de se obrigar a utilizar os “recursos legais”.**

Pretende-se, com isto, demonstrar que, **malgrado a inexistência de contrato escrito definindo os limites da atuação da Ré, deveria ela, nos termos da procuração firmada, atuar até o desate final da causa, bem assim manejar os recursos cabíveis em defesa da Autora. E mais. Para tanto, sequer seria necessário o pagamento de outro valor a título de honorários.**

Por certo, **se não havia documento escrito exigindo referido novo pagamento, não há como se deduzi-lo da relação jurídica travada entre as Partes. Por outro ângulo, caso algo fosse ser deduzido no presente caso, tal deveria ser no que toca à obrigatoriedade da Ré em utilizar os recursos cabíveis independentemente de novo pagamento, haja vista o teor da procuração outorgada, a qual se evidencia como único instrumento escrito existente a respeito da questão, além de mencionar expressamente o manejo dos “recursos legais”, entendendo-se estes também como, literalmente, os recursos previstos contra sentença de mérito, além dos demais existentes na legislação pertinente.**

Assim, de primeira visada, já se conclui que, independentemente de qualquer novo pagamento, já deveria a Ré ter interposto o Recurso cabível contra a R. Sentença desfavorável a sua cliente.

A ratificar a tese, diga-se que, em defesa apresentada em procedimento administrativo junto à O.A.B. em decorrência do fato ora em exame, sequer cogita a Ré acerca deste novo pagamento de honorários para fins de Recurso, limitando-se a alegar que disse à Autora ser possível o manejo da irresignação, bastando, para tanto, “pagar as custas para recurso” (documento em anexo - fl. 24 do procedimento administrativo). Aliás, na mesma petição confessa a Ré não ter redigido contrato escrito para pactuar os honorários.

Ora, não há nada de equivocado por parte da Ré em exigir da Autora o pagamento das custas. Em verdade, **o que se estranha mesmo, de todo, é, conforme alegação da advogada, ter a Autora se negado a efetuar o pagamento de pouco mais de dez reais - exatamente R\$13,64 (boleto de acompanhamento processual com as custas descritas em anexo) - para recorrer, preferindo abdicar de sua moradia. De fato, quem paga R\$2.270,00 (dois mil duzentos e setenta reais) a título de honorários, certamente possui condições de pagar R\$13,64 (treze reais e sessenta e quatro centavos), não sendo de todo crível que tenha havido negativa quanto ao adimplemento de tal quantia, mormente, repita-se, quando a própria Autora já havia despendido quantia bem maior.**

Nesse rumo, a única dedução e indício que se tem no caso em testilha é o que conduz à negligência por parte da Ré quanto ao cumprimento do contrato de mandato, o qual, desde o início, já previa a interposição de Recurso, para o qual, por sua vez, apenas deveria ter sido exigida a quantia de R\$ 13,64 (treze reais e sessenta e quatro centavos), a cujo pagamento não se opôs a Autora.

Registre-se, nesse contexto, que não se está, à evidência, cogitando de eventual natureza de obrigação de resultado do contrato de mandato. É cediço que o advogado não está obrigado a garantir o sucesso de seu cliente nos processos em que atua. Por outro giro, deve neles atuar com todo o zelo e cuidado, como se fosse seu o direito em debate.

Trata-se, então, da obrigação de meio, segundo a qual, nada obstante não garantir o resultado sempre almejado pela Parte contratante, deve o contratado agir com todo o esforço necessário, cuidando para

que, com sua dedicação e responsabilidade, todo o possível seja feito em proveito do resultado esperado.

E, no caso em tablado, não se vislumbra, decerto, esse esforço narrado, tampouco todo o possível em proveito da Autora fora efetivado, nem mesmo após suas insistentes e desesperadas postulações.

Ao revés, preferiu a Ré manter-se inerte, descumprindo sua obrigação e negando a interposição de Recurso que, talvez, modificasse a situação da Autora.

Não se vê, de fato, como pode ter sido bem e fielmente cumprido o mandato celebrado, mormente após o todo delineado, estando obrigada a Ré a interpor o Recurso e não o fazendo, ao aparente argumento de que a Autora se negava ao pagamento das custas, nos valor de R\$ 13,64 (treze reais e sessenta e quatro centavos).

O que se olvidou a Ré, entretanto, foi que, com o trânsito em julgado, perdeu a Autora, em definitivo, sua casa, tendo que, de inopino, procurar outro domicílio, com consequentes gastos atinentes a aluguel e o mais conexo. Tal, em última análise, por conta de ausência de Recurso interposto, o qual poderia transformar a realidade até então existente. Assim, vejamos.

### **B) DA PERDA DE UMA CHANCE – POSSIBILIDADE DE SE REVERTER O JULGAMENTO HAVIDO:**

Configurada a violação à obrigação de meio assumida pela Ré no contrato de mandato, impende, a partir de agora, comprovar a perda da chance da Autora de ver a situação modificada, o que conseguiria através do Recurso cabível.

Conforme doutrina a respeito do tema (Sergio Cavaliere Filho, SERGIO CAVALIERI FILHO, Programa de Responsabilidade Civil, p. 90 e 91), a perda de uma chance se verifica nos casos “em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira artística ou no trabalho, arrumar um novo emprego, deixar de ganhar uma causa por falha do advogado etc” (extraído do site <http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/6086.pdf>).

Bem aplicável nos casos de perda de prazo para recorrer, referida teoria se concretiza na reparação pela possibilidade de ver melhorada

situação desvantajosa para a Parte envolvida.

Consoante citação de artigo jurídico retirado de site acima já indicado:

“os autores mais respeitados, quando o assunto é perda de uma chance, são os irmãos Mazeaud, que já traziam este problema com um outro exemplo. **“O exemplo do advogado que, por não interpor um recurso ou perder um prazo, fizera seu cliente perder uma causa. Trata-se de uma situação em que não se poderia prever se a ação seria exitosa, mas o ato do procurador retirou a chance de que tal sucedesse”** (LEON E JEAN MAZEAUD HENRY, Lecciones dederecho civil, parte II.v.2.p.62)

De fato, como se percebe, não se trata de indenizar o dano puramente, tal qual se fosse realmente ser vitoriosa a Autora da presente causa naquela demanda envolvendo a Caixa Econômica Federal. **Não se trata de encarar, portanto, a questão, como se postulasse a indenização pela vitória perdida, mas sim pela perda da oportunidade de tê-la, ou seja, pela perda da oportunidade de ver sua questão analisada novamente, pelo Tribunal competente, com possibilidade de reversão do resultado.**

É este o dano indenizável de acordo com a teoria ora em estudo, isto é, a perda da chance de se ver o prejudicado em situação melhor do que se encontrava, em decorrência do atuar imperito, imprudente ou negligente de alguém.

No caso em apreço, dito prejuízo, ou seja, **a perda da oportunidade de ver a situação da Autora melhorada, foi diretamente causado pelo atuar negligente da Ré, a qual inadimpliu sua obrigação de meio no contrato de mandato, tal qual delineado no tópico acima, e ainda deixou transcorrer in albis o prazo para interposição de Apelação**, ao parco argumento de que a Ré estaria (o que não estava) se negando a pagar as custas processuais no importe de R\$13,64 (treze reais e sessenta e quatro centavos).

Com tal conduta descuidada, acabou a Ré por acarretar à Autora a perda da oportunidade de modificar sua situação frente à Caixa Econômica Federal, quiçá mesmo prolongar seu prazo para retirada do imóvel, ou mesmo reverter de vez a situação à época existente.

Registre-se que, para bem valer a teoria em estudo, é preciso, ainda, comprovar a possibilidade séria de que pudesse a Parte afetada lograr êxito em sua pretensão, caso não descumprida a obrigação pelo causador do dano. Nesse contexto, impõe-se verificar, então, se havia alguma possibilidade de sair a Autora da presente ação vitoriosa no Recurso que se deixou de interpor. Assim, vejamos:

### **B.1) DO JULGAMENTO ANTERIOR – R. SENTENÇA NULA – DA DECISÃO EXTRA PETITA E DO CERCEAMENTO DE DEFESA:**

Consoante já se explicitou, a causa que originou a presente demanda de indenização decorreu de inadimplemento em contrato de arrendamento residencial.

Durante o processado, alegou-se, em síntese, pela ora Autora: 1) equívoco quanto à casa sobre a qual pendia a dívida (a Autora teria se mudado da casa originariamente arrendada para outra sob a mesma espécie de arrendamento); 2) impossibilidade de pagamento das prestações cobradas, ante a negativa de emissão dos boletos de cobrança, e, bem assim, 3) a exceção do contrato não cumprido, eis que a casa fora entregue a Autora em condições inabitáveis, com avarias nos tetos, chão e demais partes do imóvel, ademais de comprometimento da manutenção dos serviços essenciais (esgoto), ao revés do prometido e do constante no próprio instrumento jurídico celebrado entre as Partes (as fotografias e o contrato de arrendamento encontram-se anexados à presente, tendo suas cópias sido extraídas do processo originário).

Ainda durante o processado, manifestou-se o D. Juízo pela intimação da Caixa Econômica Federal, a fim de que esclarecesse a questão da mudança de endereço, o que acarretaria nova causa de pedir e, conseqüentemente, emenda à inicial (fl. 146 dos autos do processo originário, cuja cópia se encontra em anexo). Iniciemos, pois, a análise da possibilidade de reversão do julgamento anterior por tal prisma.

A respeito de tal ponto, a Caixa se manifestou à fl. 150 dos autos originários, esclarecendo que, de fato, houve mudança de endereço, **porém sem emendar de fato a inicial.**

Nota-se, pelas páginas seguintes, todas acostadas nesta inicial, que **o Juízo tampouco recebeu a petição acima mencionada, de fl. 150, como emenda à inicial,** simplesmente levando adiante o processo, sem que fosse esclarecido em qual dos imóveis deveria haver

a reintegração na posse.

**Mais uma vez, o D. Juiz determina o esclarecimento da questão** (fl. 158), em tais termos:

“Junte a CEF os termos do acordo que menciona e esclareça sua petição de fls. 150 face à natureza da presente demanda (ação possessória) e as limitações dos pedidos possíveis à espécie.”

O que se percebe após tal ponto, entretanto, é que a Caixa apenas cumpre parte da determinação *supra*, *apresentando, às fls. 162/163, o acordo extrajudicial celebrado com a ora Autora. No atinente à emenda à inicial e esclarecimento a respeito de qual imóvel deveria envolver a reintegração na posse, queda-se inerte.*

Surpreendentemente, todavia, **sem que tivesse havido emenda à inicial para que se alterasse a casa sobre a qual incidiria a reintegração na posse postulada, vem o D. Juízo a julgar procedente o pedido, determinando dita reintegração em imóvel diverso do postulado na exordial da ação.** Com efeito, de acordo com dispositivo da R. Sentença, constante de fl. 76 dos autos do procedimento administrativo movido pela Autora em face da Ré junto à OAB, lê-se o seguinte:

“Isto posto, julgo procedente o pedido conceder à CEF reintegração na posse do imóvel sito à Av. \_\_\_\_\_, vila 07, apto. 147, \_\_\_\_\_, fixando o prazo de 60 dias para sua desocupação...” (grifo nosso)

Todavia, de acordo com a inicial da ação, também acostada à presente, alega-se que:

“Em 11 de outubro de 2001, N. \_\_\_\_\_ adquiriu a posse direta do imóvel, através do Contrato por Instrumento Particular de Arrendamento (...) tendo por objeto o seguinte imóvel:

“Vila 05, aptº 92, CONDOMÍNIO RESIDENCIAL \_\_\_\_\_” (grifo nosso)

Ora, é evidente que a R. Sentença julgou o pedido procedente com relação a imóvel diverso do contido na inicial, sem que tivesse havido qualquer emenda a esta, malgrado por mais de uma vez alertada a CEF

sobre o ponto.

Assim ocorrendo, **procedeu-se a patente julgamento extra petita, passível de ser anulado caso interposto o Recurso cabível em momento oportuno.**

Examinado tal ponto, passa-se ao segundo argumento levantado pela Autora da presente no processo originário. Cuida-se da impossibilidade de pagamento das prestações em atraso, bem assim da produção de prova testemunhal.

Com efeito, uma vez indagada a respeito da produção de provas, manifestou-se a ora Autora de forma positiva, indicando a oitiva de duas testemunhas.

Acontece que, mesmo após referida manifestação positiva, adveio R. Sentença desfavorável à Autora, sem que tivesse havido oportunidade para a produção da prova em comento.

Segundo argumentado na R. Sentença, a prova testemunhal teria por objetivo a comprovação da impossibilidade do pagamento das prestações em atraso, sendo certo que tal não justificaria o inadimplemento, bastando o ajuizamento de ação consignatória.

Ocorre que a produção da prova em testilha poderia permitir a comprovação de outros fatos, que não apenas a impossibilidade de pagamento.

De fato, tratando-se de pessoas oriundas das redondezas onde residia a Autora, era bem provável, igualmente, que ratificassem, por exemplo, o estado em que se encontrava a casa quando a Autora fora nela morar.

Tal ponto, aliás, já conduz ao terceiro argumento levantado na ação em defesa da Autora, sendo certo que o estado inabitável da casa fora argumentado no decorrer da ação, tendo sido juntado cópia de reportagem em jornal e, bem assim, fotografias da situação do imóvel (fls. 103 a 119 dos autos do processo originário).

**Ora, se a CEF pretendia dar em arrendamento determinado imóvel, para fins de moradia, seria mesmo de todo óbvio que tal bem deveria estar em condições habitáveis. O contrato em apreço, nada obstante ser óbvio, faz menção à questão, ao se referir à obrigação**

**do arrendatário em manter o bem em condições de habitabilidade (cláusula terceira e vigésima primeira). Ora, apenas se mantém algo em determinada circunstância se tal assim já estava antes. Caso contrário, não se manteria (ideia de permanecer), mas sim faria.**

**Quer-se com isto dizer que o imóvel entregue sem condições de habitabilidade acarreta violação do contrato de arrendamento residencial firmado. Tal, ainda que indiretamente, ou seja, a exceção do contrato não cumprido, foi alegado em sede de ação originária, não tendo sido examinado na R. Sentença em estudo.**

A exceção do contrato não cumprido, como se sabe, permite a cessação dos pagamentos, em razão de não se ter adimplido determinada obrigação. Argumentando a ora Autora, em companhia, aliás, de dezenas de outras pessoas, que precisou fazer obras básicas na casa para nela morar e que, também por isso, o pagamento das prestações ficou prejudicado, deveria o D. Sentenciante ter apreciado a questão, motivadora, quiçá, da improcedência do pedido.

Entretanto, nada teceu sobre o assunto, mantendo-se inerte e cerceando, vez mais, a defesa da Autora, dada a patente prejudicial omissão.

De todo o delineado, portanto, **vislumbra-se que possuía a Autora em mãos pelo menos três principais argumentos para que pudesse recorrer revertendo a situação formada, a saber: A) o julgamento extra petita, determinando reintegração em imóvel diverso do contido na inicial, sem que esta fosse emendada; B) o cerceamento de defesa no atinente à oitiva da prova testemunhal, rechaçada pela R. Sentença; C) a omissão quanto à apreciação da exceção do contrato não cumprido, dada a condição inabitável em que foi entregue a casa à Autora, violando o disposto no contrato de arrendamento residencial e prejudicando o pagamento as prestações devidas.**

Todo o esposado, contudo, deixou de ser levado à Instância superior, ante a inércia da advogada Ré, descumprindo contrato de mandato celebrado e mostrando-se omissa no manejo da irresignação cabível, a qual poderia reverter a situação alcançada.

Repita-se que, para bem aplicar a teoria da perda de uma chance, há que se comprovar que haveria séria oportunidade de modificar a situação formada, sendo certo que dita possibilidade – ou mesmo

probabilidade – quedou, ante todos os fatos narrados, devidamente atestados.

Havia, então, séria chance de se modificar a R. Decisão adotada, possibilitando, ao menos, atrasar a retomada do imóvel, tão comprometedora para a Autora e sua família.

### **C) DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA SOBRE O TEMA – ACOLHIMENTO DA TESE SUSTENTADA:**

Diga-se, em apoio a todo o já sustentado, que está a presente causa em consonância com o jurisprudência pátria, podendo-se citar, do E. Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, os seguintes precedentes:

*“APELAÇÃO CÍVEL. Ação ordinária de reparação por danos materiais e morais. Sentença improcedente. Contrato de prestação de serviços advocatícios. **Perda** de prazo para interposição de recurso de apelação. Restou demonstrada a negligência dos réus no exercício do mandato, a importar no dever de indenizar. A **perda** do prazo para interposição de recurso gera um dano ao cliente pela **perda** de uma **chance** de reverter a decisão e não se confunde com elocubrações acerca do futuro êxito ou não da demanda, posto que o direito de ação não se confunde com o direito material da parte. Abalo moral devidamente configurado na espécie com base na teoria da **perda** de uma **chance**. Dano material não comprovado. Recurso parcialmente provido. ” (DES. MONICA TOLLEDO DE OLIVEIRA - Julgamento: 31/03/2009 - QUARTA CAMARA CIVEL; 2008.001.56804 - APELACAO)*

“ACAO DE INDENIZACAO  
ACAO PROPOSTA POR CLIENTE CONTRA  
ADVOGADO  
NEGLIGENCIA  
PERDA DE UMA CHANCE  
OBRIGACAO DE INDENIZAR

Ordinária de indenização. Ação intentada contra advogado em decorrência de suposta deficiência dos serviços prestados ao autor em reclamação trabalhista aforada em face de sua empregadora.Sentença de

procedência, condenando o profissional a compor danos de ordem moral ditos suportados, improcedente o pleito de composição dos de ordem material. Apelação.Ausência à ACIJ justificada em decorrência de equívoco da Secretaria da Vara do Trabalho que intimara as partes para o ato, em data diversa da que realizada.Arquivamento da reclamação.Recurso não interposto.Perda de uma chance.Circunstâncias que, somadas, conduzem à conclusão objetiva de desídia no desempenho da obrigação contratada, ainda quando simplesmente de meio e não de resultado - haja vista que o réu não ensejara ao autor o manejo dos recursos de defesa que o ordenamento processual lhe punha ao dispor, em que se continha a chance perdida sem embargo da possibilidade da propositura de nova ação.Embora não se possa, com acerto total, afirmar que o recurso competente só por si asseguraria ao autor o êxito naquela demanda, na medida em que, não registrado em sua CTPS o contrato de trabalho mantido com a reclamada, todas as verbas pretendidas dependiam de provas, especialmente da despedida e das horas extras, poder-se-ia, na hipótese falar-se em expectativa de direito, que guarda muito mais sabor de lucros cessantes, do que de lesão extra patrimonial, mas nem por isso menos indenizável, guardadas as devidas proporções entre dano e indenização.Verba reparatória excessiva.Redução.Recurso a que se dá parcial provimento” (DES. MAURICIO CALDAS LOPES - Julgamento: 17/10/2008 - SEGUNDA CAMARA CIVEL; 2008.001.57413 - APELACAO)

“APELAÇÃO. INDENIZATÓRIA. ADVOGADO CONTRATADO PARA PATROCINAR OS INTERESSES DOS AUTORES. PERDA DE PRAZO E DA POSSIBILIDADE DE DEFESA EFICAZ. 1. A responsabilidade do profissional liberal é subjetiva, nos termos do art. 14, § 4º, do CDC. 2. Embora assuma o advogado uma obrigação de meio e não de resultado, deve se valer de todos os meios possíveis para a defesa do interesse de seu cliente, com amparo na relação de confiança estrita existente. 3. A perda de prazo e, via de consequência, da possibilidade de defesa eficaz do interesse que lhe foi confiado, constitui violação grave do dever profissional, acarretando a

perda de uma chance valiosa, impondo o dever de indenizar os danos acarretados. 4. Em que pese o atuar desidioso do réu no caso dos autos, o autor não logrou comprovar a celebração de contrato de honorários, o que afasta o dano material alegado. 5. No que tange ao dano moral deve a quantia arbitrada nos autos ser majorada, para que seja atendido o caráter punitivo-pedagógico do dano moral e aos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade. 6. provimento parcial do recurso dos autores, negando provimento ao recurso do réu.” (DES. ELTON LEME - Julgamento: 02/04/2008 - DECIMA SETIMA CAMARA CIVEL, 2008.001.05957 - APELACAO)

“RESPONSABILIDADE CIVIL DE ADVOGADO  
EXERCICIO CULPOSO DA PROFISSAO  
PRAZO PARA RECURSO  
INOBSERVANCIA DO PRAZO  
DANO MORAL

MANDATO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS CAUSADOS EM VIRTUDE DE PERDA DE PRAZO. DANOS MORAIS JULGADOS PROCEDENTES. A responsabilidade do advogado é contratual e decorre especificamente do mandato. Erros crassos como perda de prazo para contestar, recorrer, fazer preparo do recurso ou pleitear alguma diligência importante são evidenciáveis objetivamente. Conjunto probatório contrário a tese do Apelante. É certo que o fato de ter o advogado perdido a oportunidade de recorrer em consequência da perda de prazo caracteriza a negligência profissional. Da análise quanto à existência de nexo de causalidade entre a conduta do Apelante e o resultado prejudicial à Apelada resta evidente que a parte autora da ação teve cerceado o seu direito de ver apreciado o seu recurso à sentença que julgou procedente a reclamação trabalhista, pelo ato do seu mandatário, o qual se comprometera ao seu fiel cumprimento, inserido que está, no elenco de deveres e obrigações do advogado, aquele de interpor o recurso à sentença contra a qual irressignou-se o mandante. Houve para a Apelada a perda de uma chance, e nisso reside o seu prejuízo.

Estabelecidas a certeza de que houve negligência do mandatário, o nexo de causalidade e estabelecido o resultado prejudicial demonstrado está o dano moral. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.” (DES. FERDINALDO DO NASCIMENTO - Julgamento: 07/10/2003 - DECIMA QUARTA CAMARA CIVEL 2003.001.19138 - APELACAO)

## **D) DOS DANOS CAUSADOS - NECESSÁRIA REPARAÇÃO DO DANO MATERIAL E COMPENSAÇÃO DO DANO MORAL**

Uma vez comprovada a responsabilidade da Ré pelo prejuízo causado à Autora, consistente na perda da oportunidade de ver sua situação melhorada, ademais de atestada, igualmente, a ineficiência dos serviços prestados como advogada, impende prosseguir verificando, de fato, o *quantum* do dano a ser indenizado.

Nesse rumo, vê-se que aplicável à hipótese o disposto no Código Civil a respeito da responsabilidade civil por ato ilícito. Assim:

*“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”.*

Complementando tal regra, dispõe o art. 927 do CC:

*“Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”.*

Sabe-se, nesse contexto, que são pressupostos da responsabilidade civil a conduta, o dano, o nexo causal e a culpa.

No presente caso, resta demonstrado à evidência o preenchimento de todos os pressupostos necessários. Assim, vejamos:

**Preambularmente, advém a conduta da Ré, a qual se evidencia pela negligência e descaso, deixando de interpor o recurso cabível e inadimplindo a obrigação de bem e fielmente cumprir o mandato outorgado.**

Ademais do ato ilícito gerado por culpa da Ré, temos presentes, igualmente, demais requisitos ensejadores da responsabilidade civil.

Assim o dano e o nexo causal.

**O dano está comprovado pela perda da chance de ver modificada a situação formada – de improcedência do pedido em demanda na qual figurava como Ré a ora Autora. Como consequência da perda de tal chance e do trânsito em julgado da causa originária, temos, ainda, a retomada do imóvel e a necessária assinatura de contrato de aluguel pela Autora, a fim de morar em algum lugar, já que perdera sua casa. Ademais, tem-se, igualmente, o sofrimento moral havido, causando transtorno que superou o mero aborrecimento e efetivamente desequilibrou o bem-estar da Autora.**

O nexo causal, por fim, também está demonstrado pelo exposto na presente, sendo certo que somente sofreu a Autora todos estes gastos e abalos em decorrência do atuar negligente da Ré, consoante exposto anteriormente.

Configurada, pois, a responsabilidade civil no caso em estudo, impende seja deferido o ressarcimento, na forma do artigo 402 do Código Civil vigente.

No que toca ao dano material, insta ser **devolvido à Autora o montante pago a título de honorários advocatícios – devidamente comprovados por meio de recibos acostados ao presente – no valor total de R\$2.270,00 (dois mil, duzentos e setenta reais), pois de todo inadimplido o contrato de mandato celebrado com a Ré.**

Deve, também, ser ressarcida a Autora na quantia paga a título de aluguel, desde a retomada do imóvel pela CEF até a presente data, eis que somente pagou a Autora referidos valores em razão do trânsito em julgado da causa e o consequente cumprimento do mandado de reintegração de posse.

Seguem, em anexo, cópias dos contratos de locação firmados pela Autora, pelos prazos de seis meses, a contar de julho de 2006 (o primeiro, logo após a retomada do imóvel), e pelo prazo de trinta meses (o segundo), a partir de janeiro de 2007. Os recibos dos valores pagos também se encontram em anexo, somando R\$300,00 (trezentos reais) mensais quanto ao primeiro contrato e R\$230,00 (duzentos e trinta reais) mensais no concernente ao segundo contrato, o que ultima o valor total de R\$ 8.700,00 (oito mil e setecentos reais) até o momento, sendo certo que deverão ser acrescentados a tais verbas as demais que se gastarem

no decorrer da causa.

Ultrapassada a questão atinente ao dano material, insta acentuar, ainda, a ocorrência de **DANO MORAL**.

Decerto, a responsabilidade civil visa a assegurar três vertentes, pois ao mesmo tempo em que compensa e repara os eventuais danos experimentados pela vítima, impõe seu caráter punitivo e pedagógico ao ofensor.

**No que concerne ao fundamento jurídico dos danos morais, reza a Constituição Federal nos artigos 1º e 5º, in verbis:**

*“Art. 1º. A República federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*

*(...)*

*III - a dignidade da pessoa humana;”*

*“Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

*(...)*

*V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;*

*X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”*

Atento para o princípio da dignidade da pessoa humana, norteador dos demais princípios constitucionais e de todas as relações previstas pelo ordenamento jurídico, **é latente o transtorno psicológico enfrentado pela Autora, que se viu retirada de sua casa, sem possibilidade de**

**contestar, já que a Ré, negligentemente, negava-se à interposição do recurso cabível.**

**Ademais, sentiu-se, igualmente, perturbada e abalada pelas inúmeras vezes em eu tentou postular junto à Ré o manejo do Recurso adequado, sem, entretanto, lograr êxito. A cada vez que falava com a Ré via-se mais ultrajada e abalada em sua estrutura emocional, pois sabia que, naquele instante, o fato de manter ou não sua casa estava nas mãos da Ré, sem que nada pudesse fazer a respeito, mesmo porque, de sua parte, já havia adimplido todo o acertado.**

**Por outro lado, muito mais sofrida ainda ficou ao perceber que, de fato, a Ré nada havia feito que pudesse ajudar, vindo a Autora a perder sua casa e ter que, rapidamente, procurar outra para alugar, sabendo, em última análise, que todo aquele caos havia sido trazido pela Ré e sua negligência.**

**Impende destacar que o transtorno causado gerou muito mais do que mero aborrecimento, tendo provocado, em acréscimo, angústia e apreensão, não somente pela iminência de perder a casa e pelas súplicas de interposição de recurso, como também pela perda efetiva e suas consequências, acima já descritas.**

Desta feita, conclui-se que os transtornos causados ultrapassaram o mero aborrecimento, gerando abalo e desequilíbrio ao bem-estar da Autora, gerando, por via de consequência, direito à compensação moral.

Ainda sobre o dano moral, cite-se passagem o já mencionado doutrinador SERGIO CAVALIERI FILHO (Programa de Responsabilidade Civil, Malheiros, 2005, 6. ed., p. 105):

*Dor, vexame, sofrimento e humilhação são consequências, e não causa. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, dor vexame e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por causa uma agressão à dignidade de alguém.*

Diga-se, no mais, que a situação narrada pela presente configura a hipótese de dano moral *in re ipsa*, ou seja, a própria casuística da conduta praticada pelo agente, por si só demonstra o dano, não havendo necessidade de comprovação.

Segundo a lição do grande mestre Sérgio Cavalieri Filho, em seu “Programa de Responsabilidade Civil”, Ed. Malheiros: *“O dano moral é aquele que atinge os bens da personalidade, tais como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima (...). Também se incluem nos novos direitos das personalidade os aspectos de sua vida privada, entre eles a sua situação econômica, financeira (...).”*

Ademais, vale ressaltar mais uma vez, que a indenização, além de compensar a Autora relativamente ao dano causado, apresenta, sem dúvida, um aspecto pedagógico, pois serve de advertência para que o causador do dano venha a se abster de praticar novos atos geradores desse dano.

Diante de todos os fatos, das lições doutrinárias e orientações jurisprudenciais, resta evidente que a conduta praticada pela Ré ocasionou grave dano de ordem moral à Autora, devendo este douto julgador arbitrar indenização material que possa compensar a dor, o sofrimento e o vexame experimentados **em quantia não inferior a R\$30.000,00 (trinta mil reais).**

#### **IV - DOS PEDIDOS**

Face o exposto, requer a Vossa Excelência:

A) a concessão da gratuidade de justiça, de acordo com os artigos 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, e 4º da Lei n.º 1.060/50, com a redação dada pela Lei n.º 7.510/86;

B) a citação da Ré para, querendo responder os termos da presente demanda, sob pena de revelia;

C) seja julgado procedente o pedido para:

D.1) emitir preceito condenatório para compelir a Ré ao pagamento de **indenização à Autora pelos danos materiais experimentados, no importe total de R\$ 10.970,00 (dez mil, novecentos e setenta reais), acrescidos de juros legais e correção monetária desde a data do desembolso até o efetivo pagamento, devendo acrescer a tal quantia os alugueres que se vencerem no curso da presente causa;**

D.2) emitir preceito condenatório para compelir a Ré ao pagamento de indenização à Autora pelo dano moral experimentado,

**em quantia não inferior a R\$30.000,00 (trinta mil reais), corrigidos monetariamente e acrescidos de juros legais;**

**E) Seja condenada a Ré** ao pagamento das verbas sucumbenciais relativas aos honorários advocatícios, a serem revertidos em favor do Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro.

Protesta pela produção de todas as provas admitidas em direito, especialmente prova documental, testemunhal e depoimento pessoal da Ré.

Dá-se à causa o valor de R\$ 40.970,00.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Local, data.....