



A Leitura

Caderno da Escola Superior
da Magistratura do Estado do Pará

Volume 1 / Número 1
Novembro/2008



A Leitura

As imagens que ilustram a capa e o miolo deste primeiro volume de **A Leitura** remetem-se a elementos arquitetônicos e objetos pertencentes aos prédios que hoje abrigam o Tribunal de Justiça do Estado do Pará – o antigo Instituto Lauro Sodré, datado do fim do século XIX, inteiramente restaurado e ampliado no ano de 2006, na gestão do então presidente do TJE, Des. Milton Augusto de Brito Nobre, com vistas a abrigar aquele poder – bem como a sede da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará, instituição de ensino vinculada ao TJE fundada em 1982.



A Leitura

A Leitura/Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará.
— Vol. 1, n.1 (nov. 2008) – Belém: ESM-PA, 2008 –
v. ; 28 cm.

Semestral

ISSN: 1984-1035

1. Direito – Periódico. I. Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará. II. Pará. Tribunal de Justiça.

CDD 21.ed. 340.05

A Leitura

Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará

ISSN 1984-1035

A Leitura: cad. ESM-PA, Belém, v.1, n.1, p. 1-96, nov. 2008

Belém/Pará
2008



PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado do Pará

Presidente

Des^º. Albanira Lobato Bemerguy

Vice-Presidente

Des. Rômulo José Ferreira Nunes

Corregedora da Região Metropolitana

Des^º. Luzia Nadja Guimarães Nascimento

Corregedor do Interior

Des. Constantino Augusto Guerreiro

Coordenadora dos Juizados Especiais

Des^º. Célia Regina de Lima Pinheiro

Tribunal Pleno/ Desembargadores

Albanira Lobato Bemerguy

Maria Helena D' Almeida Ferreira

Carmencin Marques Cavalcante

Sônia Maria de Macedo Parente

Milton Augusto de Brito Nobre

Raimunda do Carmo Gomes Noronha

Rosa Maria Portugal Gueiros

Therézinha Martins da Fonseca

Rômulo José Ferreira Nunes

Eronides Souza Primo

Luzia Nadja Guimarães Nascimento

João José da Silva Maroja

Vânia Valente do Couto Fortes Bitar Cunha

Raimundo Holanda Reis

Maria Rita Lima Xavier

Eliana Rita Daher Abufaiad

Brigida Gonçalves dos Santos

Vânia Lúcia Silveira Azevedo da Silva

Constantino Augusto Guerreiro

Maria de Nazaré Silva Gouveia dos Santos

Ricardo Ferreira Nunes

Maria Angélica Ribeiro Lopes Santos

Leonardo de Noronha Tavares

Marneide Trindade Pereira Merabet

Cláudio Augusto Montalvão das Neves

Maria do Carmo Araújo e Silva

Célia Regina de Lima Pinheiro

Maria de Nazaré Saavedra Guimarães

Dahil Paraense de Souza

Leonam Gondim da Cruz Júnior

Juizes Convocados para o 2º Grau

Diracy Nunes Alves

Maria do Céu Maciel Coutinho

José Maria Teixeira do Rosário

Ronaldo Marques Valle

Vera Araújo de Souza

UNIDADES ADMINISTRATIVAS

Secretaria Geral de Gestão

Teresa Lusía M. C. Cativo Rosa

Secretaria de Administração

Francisco de Oliveira Campos Filho

Secretaria de Informática

Mário José Matos Tavares

Secretaria de Planejamento, Coordenação e Finanças

Suell Lima Ramos Azevedo

Departamento de Comunicação Social

Rui Guilherme Bastos Moraes

Coordenadoria de Imprensa

Linomar Saraiva Bahia



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO PARÁ

Conselho Superior da Escola

Des^º. Albanira Lobato Bemerguy

Des. Milton Augusto de Brito Nobre

Des. Rômulo José Ferreira Nunes

Des^º. Maria de Nazaré S. Gouveia dos Santos

Des. Leonardo de Noronha Tavares

Presidência

Des^º. Albanira Lobato Bemerguy

Diretoria Geral

Des. Milton Augusto de Brito Nobre

Coordenação

Ana Cristina Klautau Leite Chaves

Departamento Acadêmico

Thais Helena Pereira Carvalho Cruz

Departamento Administrativo/Financeiro

Rosinéli Guerreiro Salame

CADERNO DA ESM-PA

Conselho Editorial

Des^º. Albanira Lobato Bemerguy

Des. Milton Augusto de Brito Nobre

Des^º. Maria de Nazaré S. Gouveia dos Santos

Jean Carlos Dias

Jorge Alex Athias

Reynaldo Andrade da Silveira

Zeno Augusto de Bastos Veloso

Secretaria

Rosa Helena Tavares de Cristo Alves

EQUIPE DE EDITORAÇÃO

Editora responsável

Lorena Souza - 791 DRT-PA

Revisão

Andréa Sanjad

Normalização e ficha catalográfica

Maria da Conceição Ruffeil Moreira

Chefe da Divisão de Biblioteca e Videoteca/ESM-PA

Resumen e palabras-clave

Lorena Regis (Castilla)

Abstracts e keywords

Silvia Benchimol (CCBEU)

Fotos

Elza Lima e Paula Sampaio

Projeto gráfico, capa e editoração eletrônica

Casa Brazilis Design

Impressão

M. M. M. Santos Editora

Sumário

APRESENTAÇÃO	6
EDITORIAL	7
ENTREVISTA	8
Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha	
ARTIGOS	
Gestão do Poder Judiciário: algumas reflexões	12
Milton Augusto de Brito Nobre	
O novo rito do Tribunal do Júri e o juiz inquisidor	20
Marcus Alan de Melo Gomes	
A nova Justiça Brasileira	28
Sérgio Renato Tejada Garcia	
Defesa do devedor na execução de título extrajudicial: principiologia e técnicas processuais de efetividade.....	32
Gisele Santos Fernandes Góes	
Ação afirmativa: primeira análise da medida adotada pela Universidade Federal do Pará para os cursos de graduação	40
José Claudio Monteiro de Brito Filho	
Reengenharia do processo: produtividade e celeridade.....	50
Georgenor de Sousa Franco Filho	
As técnicas de dissuasão (sanções econômicas e prisão) por descumprimento de ordem judicial e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.....	58
Jean Carlos Dias	
Direito Amazônico ou Direito para a Amazônia?	66
Antônio José Mattos	
Notas sobre o efeito substitutivo do recurso e seu reflexo na ação rescisória.....	74
José Henrique Mouta Araújo	
Cárcel y mujeres madres encarceladas: una visión en los páctos internacionales de los derechos humanos	84
Jorge Augusto de Medeiros Pinheiro	
RESENHAS	
Código Civil comentado	94
por Newton De Lucca	
Ética - Direito, moral e religião no mundo moderno.....	95
por Newton De Lucca	
Oportunidades de trabalho para portadores de deficiência.....	96
por Raimundo Wilson Gama Raiol	



Componente cultural e intelectual

Em meu discurso de posse na presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJE-PA), enumerei alguns procedimentos a que me propunha e passaram a integrar o Programa de Ações Prioritárias de minha gestão. Exaltei o quanto fizeram meus antecessores, impondo-me, então, como grande e único desafio “construir novos andares no majestoso edifício da nossa história, obra com alicerces firmes e confiáveis, a começar pela minha disposição de lutar até o limite das minhas forças”.

Nessa linha conceitual, enfatizei a importância do permanente aprimoramento intelectual da magistratura paraense, sobretudo na superior instância, “de onde emanam as nossas diretrizes institucionais”. Já naquela oportunidade, invoquei a necessidade, para isso, da colaboração de meus colegas desembargadores e juízes. Caberia à Escola Superior da Magistratura do Pará (ESM-PA) a formulação e execução de uma agenda da maior relevância nesse sentido.

A instituição já vinha cumprindo fielmente a função determinante de sua existência, fruto da competência e abnegação dos magistrados que assumiram a responsabilidade de dirigi-la e da participação de eficientes e dedicados colaboradores. Mais recentemente, a administração do desembargador Milton Nobre tem acrescentado novos avanços operacionais e funcionais à ESM-PA, adequando-a as novas necessidades.

Os cursos ministrados por autoridades e especialistas nos diversos temas, que repercutem na interpretação dos instrumentos legais e na função judicante, têm correspondido ao desafio nesse particular. A partir de agora, a ESM-PA acrescenta esta publicação periódica, destinada a divulgar entrevistas, textos doutrinários e resenhas que vão enriquecer o acervo da informação e estimular a reflexão de magistrados e operadores do direito.

Nesta apresentação do primeiro fascículo do Caderno da ESM-PA, expresso as melhores congratulações pela iniciativa. Reafirmo, ainda, a certeza de que esse componente cultural e intelectual do nosso Poder Judiciário prosseguirá sempre atuante na constante melhoria, no que lhe diz respeito, da qualidade e objetividade da prestação jurisdicional. Uma iniciativa louvável e que se insere entre as notáveis realizações da ESM-PA.

Des^a. ALBANIRA LOBATO BEMERGUY
PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

O lançamento de *A Leitura – Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará* – com periodicidade semestral, não representa, por mais paradoxal que possa parecer, o marco inicial da existência de um novo repositório de produção científica no campo do direito e de divulgação do pensamento jurídico atualizado, mas sim a revitalização de um esforço, cuja primeira iniciativa, embora com outro nome e em roupagem diferente, partiu da Desembargadora Sônia Maria de Macedo Parente que, em dezembro de 2002, durante os festejos do 20º aniversário de fundação da Escola fez publicar um exemplar semelhante, porém com sentido eminentemente histórico.

Contudo, esse registro inicial, imperioso para manter a fidelidade dos fatos, de modo algum retira a originalidade do espaço de reflexão, de crítica e inovação que ora se torna público e isto por duas razões: a uma, porque a sua proposta editorial, além de diversa, tem como meta abrir um novo campo para o intercâmbio de idéias com estudiosos do direito de outros Estados e do exterior; e, a duas, porque, conforme diretriz firmada pelo seu Conselho, composto pelos professores Albanira Lobato Bemerguy, Milton Augusto de Brito Nobre, Maria de Nazaré Silva Gouveia dos Santos, Zeno Augusto de Bastos Veloso, Jorge Alex Athias, Jean Carlos Dias e Reynaldo Silveira, embora este primeiro número contenha apenas três seções – entrevista, doutrina jurídica e resenha –, nos números seguintes deverá sofrer ampliação para também abranger ensaios literários diversos.

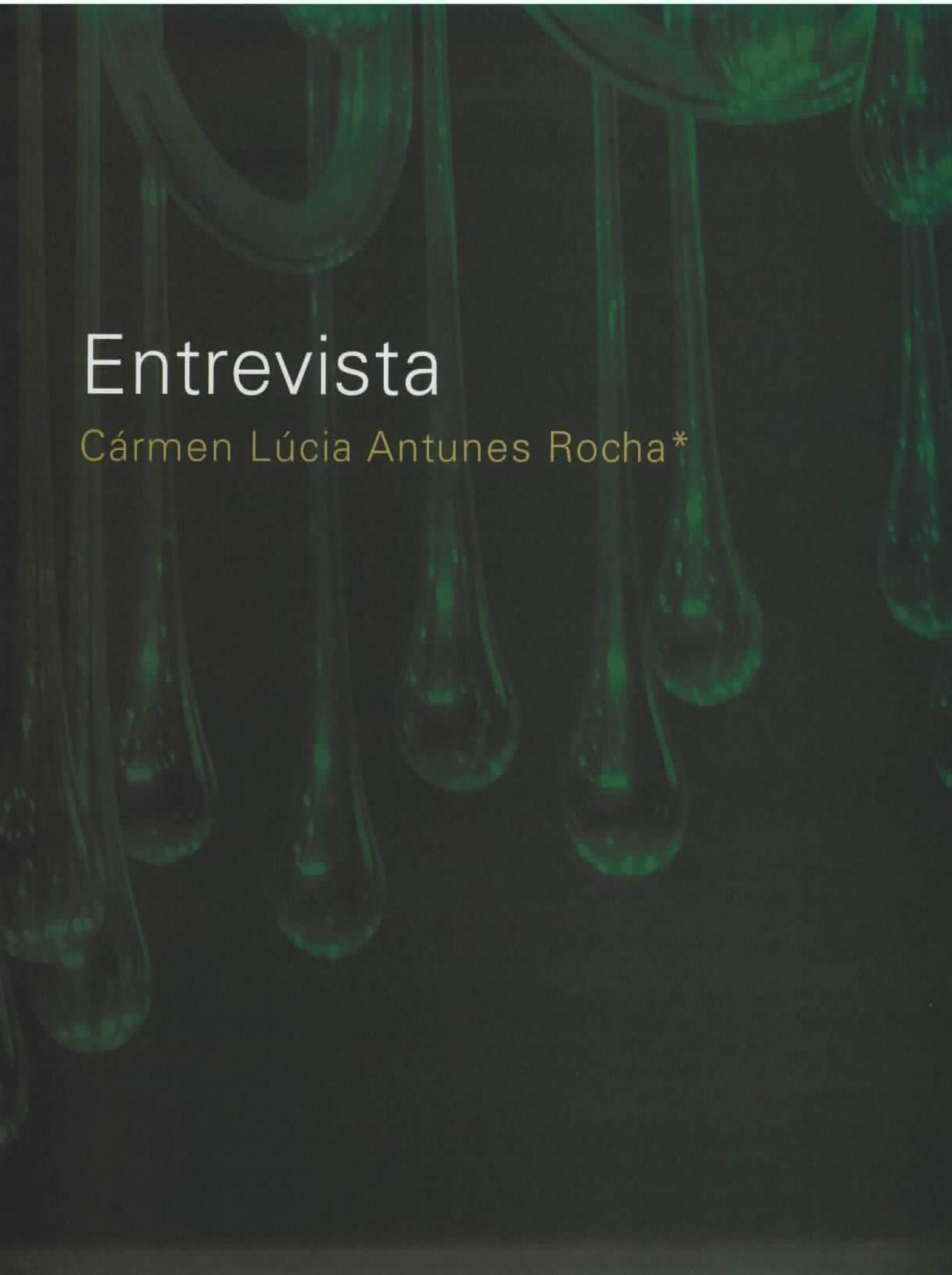
A primeira seção traz uma entrevista com a douta Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha, a qual foi escolhida para abrir esta edição primeira, não apenas pelas suas notórias posições progressistas, mas, sobretudo, pelo seu exemplar modo franco e direto de enfrentar qualquer assunto que lhe seja submetido. Em seguida, são presentes contribuições doutrinárias de magistrados e especialistas em variados campos da ciência jurídica, sendo que estes últimos, como se trata de número de abertura, foram especialmente convidados segundo o critério da territorialidade, isto é, tendo em conta exercerem suas atividades no Estado do Pará.

Já houve quem dissesse que revistas como esta, tal qual acontece com as pessoas naturais, nascem, crescem, adquirem maturidade com o tempo e um dia terminam o seu ciclo de vida. Como Diretor da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará e, mais do que isso, semeador da *Leitura* alimento a esperança de que esse ciclo será bastante longo, pois a magistratura paraense há muito já merecia a edição de um veículo como este.

Des. MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE
DIRETOR DA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARÁ

Editorial



The background of the page is a dark, textured surface with numerous glass teardrop ornaments hanging from the top. The ornaments are made of clear glass and have a teardrop shape, with some containing small amounts of liquid. They are arranged in a way that creates a sense of depth and movement, as if they are gently swinging or falling. The lighting is soft, highlighting the transparency and reflections of the glass.

Entrevista

Cármem Lúcia Antunes Rocha*

Por: Ana Cristina Klautau
Leite Chaves e José Cláudio
Monteiro de Brito

A Leitura: A Constituição de 1988, pelo tratamento dado aos direitos e garantias fundamentais, pretendeu reforçar a noção de cidadania e o fortalecimento da sociedade. A senhora acha que esse fortalecimento teve correspondência no plano fático?

Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha: Sim, o fortalecimento da cidadania, como princípio da República brasileira, fez-se acompanhar pela participação dos cidadãos, como antes não acontecera na história do nosso país. Assim, por exemplo, a busca pelos direitos no Judiciário – quando tanto se fez necessário – pode ser constatada pela intensificação de demandas, demonstrando que o cidadão pôs-se a atuar muito mais na busca do que considera ser o seu direito. Também perante a Administração Pública, a participação, incluída aí pelas formas diretas de agir, tornou-se freqüente.

AL: Como a senhora analisa a atuação do Judiciário e, em especial, do Supremo Tribunal Federal (STF), na proteção dos direitos e garantias fundamentais, no Brasil, no período pós-constituição de 1988?

MCL: Tenho a atuação do Poder Judiciário como consectário lógico e necessário da obra constitucional surgida em 1988. É certo que há muito o que fazer, mas também parece incontestável que muito foi



“Tenho a atuação do Poder Judiciário como consectário lógico e necessário da obra constitucional surgida em 1988. É certo que há muito o que fazer, mas também parece incontestável que muito foi feito no sentido de se dar integral cumprimento aos direitos e garantias fundamentais”.

feito no sentido de se dar integral cumprimento aos direitos e garantias fundamentais. Como as necessidades são muitas na sociedade, a atuação ainda não se universalizou, nem se fez tão rápida como seria ideal. Mas, muitos foram os passos dados e muitos outros haverão de se seguir.

AL: O que motivou a mudança de entendimento do STF, no tocante aos efeitos da decisão de procedência no mandado de injunção?

MCL: A imprescindibilidade de se dotar de eficácia plena as garantias constitucionais, uma das quais é exatamente o mandado de injunção. Sem a garantia, às vezes, o direito não pode ser plenamente exercido, o que deixa incompleta a obra constitucional. E isso não é próprio no Estado de Direito, nem se realiza a Democracia Constitucional sem que todas as normas vigentes tenham plena eficácia. Daí a necessidade de se dar atendimento pleno ao que se põe na Constituição, máxime em se cuidando de direitos fundamentais.

AL: As sucessivas alterações e reformas do sistema processual e do Poder Judiciário, como a criação de juizados especiais, súmulas vinculantes e o instituto da repercussão geral, já conseguiram produzir mais eficiência na prestação jurisdicional?

* Ministra do Supremo Tribunal Federal. Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Doutora em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

MCL: Parte das reformas processuais já surtiu alguns efeitos e nem sempre foram no sentido de dotar de agilidade a prestação jurisdicional. Entretanto, eram necessárias e o tempo deixará claro se elas cumpriram ou não o objetivo. Quanto aos juizados especiais, considero essa uma das mais importantes mudanças processadas no Judiciário, no sentido de garantir ao jurisdicionado o acesso e a eficiente prestação da jurisdição. No Supremo Tribunal, o instituto da repercussão geral ainda está no início, mas já produz alguns efeitos. E as súmulas vinculantes – para cuja edição há que se ter cuidado e atenção – também vêm cumprindo o seu papel. Mas é cedo ainda para se avaliar os efeitos destes institutos.

AL: Qual a sua posição a respeito da recente revalorização do instituto da conciliação nos feitos de natureza comum?

MCL: Acho que a Justiça faz-se com prudência (daí o termo jurisprudência – a prudência do direito), e, muitas vezes, a conciliação evita que o desenlace de uma pendência traga seqüelas sociais, além das jurídicas. A conciliação é uma forma de realizar a justiça com segurança e respeito às pessoas que estão, eventualmente, em lados opostos.

AL: Ainda sobre o tema, qual o seu entendimento a respeito dos institutos da composição de danos e da transação penal, nos juizados especiais criminais?

MCL: Também nesses casos, considero que, resguardados os direitos da sociedade, podem eles se prestar a uma resposta justa pelo pleno respeito aos direitos fundamentais, um dos quais está em que o que erra pode se realizar e a transação serve exatamente a essa nova oportunidade que o Poder Judiciário, em nome da sociedade, oferece ao interessado.

AL: O processo judicial eletrônico veio para combater a morosidade e proporcionar maior celeridade processual, além, entre outras, de conferir transparência aos atos judiciais e administrativos, garantindo o princípio da eficiência na prestação jurisdicional. Por outro lado, e de certa forma, provoca uma “exclusão” dos usuários não familiarizados com a nova tecnologia. Qual a sua avaliação sobre o assunto?

MCL: O espaço eletrônico compõe a vida contemporânea. Não há razão para não se aproveitar a tecnologia para que ela melhore a vida das pessoas. E, ao garantir a celeridade (própria destes meios) e a transparência, pode servir muito bem à sociedade.

AL: Nos últimos anos, temos várias decisões judiciais responsáveis pelo direcionamento de políticas públicas de relevância, como a obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos às pessoas carentes, o reconhecimento de direitos previdenciários a companheiros em relações homoafetivas, entre outras. O que vem sendo denominado de “judicialização da política”, onde o juiz passa a exercer com vigor seu papel de agente transformador de direito. Como a senhora vê essa mudança?

MCL: Não vejo como uma mudança do Poder Judiciário. Há uma transformação da sociedade e o Poder Judiciário reflete exatamente essa contingência. Somos contemporâneos não de um tempo de mudanças, mas de uma mudança de tempos. E o Poder Judiciário não poderia ficar fora deste quadrante, porque os que o compõem são cidadãos que vivem esta experiência no momento em que todos a vivem.

AL: O que a senhora pensa sobre o papel das Escolas de Magistratura na formação dos magistrados, após a emenda constitucional nº 45?

MCL: Acho que elas se fortaleceram e se notabilizaram, porque o primeiro mandamento do tempo em que vivemos é aprender a aprender. Logo, haverá de existir espaço próprio para o ensino e a aprendizagem. É ótimo perceber que aqueles que tiveram mais tempo e condições num determinado momento podem partilhar suas experiências com outros, que serão, depois, multiplicadores destas informações. As Escolas de Magistratura cumprem este importantíssimo papel.

AL: Qual deveria ser o principal objetivo das Escolas de Magistratura na formação dos juizes?

MCL: Compartilhar conhecimentos a partir das experiências e aprofundar conceitos que estão em fase de formação e transformação na doutrina e na própria jurisprudência, além de fortalecer os princípios éticos desta específica atividade.

Milton Augusto de Brito Nobre
Gestão do Poder Judiciário: algumas reflexões

Resumo

Aponta questões relevantes para reflexão sobre o atual estágio da gestão judiciária, enfocando a esfera estadual. Questiona a crise do Poder Judiciário, em função do crescimento de demandas aos seus serviços. Aborda a morosidade na distribuição da justiça no Brasil e a contribuição administrativo-funcional do Judiciário. Defende o necessário cuidado na recepção de modelos únicos de gestão para todos os Estados, tendo em vista o princípio federativo.

Palavras-chave

Gestão. Judiciário. Crise. Morosidade. Federativo.

Abstract

It aims at relevant issues on the current stage of the judicial management, focusing on the state sphere, which are worthwhile reflecting upon. It questions the Judicial Power crisis resulting from the growth in the search for its service. It covers the tardiness in the development of legal actions in Brazil and the functional and administrative contribution offered by the Judiciary Power. It advocates the necessary care in conceiving unique management patterns for all States, in view of the Federative principle.

Keywords

Management. Judiciary. Crisis. Tardiness. Federative.

Gestão do Poder Judiciário: algumas reflexões

Judicial Power Management: some reflections

Milton Augusto de Brito Nobre*

* Desembargador, Ex-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJE-PA), Membro da Comissão Executiva do Colégio de Presidentes dos Tribunais de Justiça e Diretor Geral da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará (ESM-PA), Professor Associado I, com o título de Notório Saber, da Universidade Federal do Pará (UFPA) e Professor Emérito da Universidade da Amazônia (UNAMA). E-mail: mnobre@superig.com.br

Introdução

Este trabalho reproduz, com as adaptações necessárias à sua publicação em forma de artigo, algumas das quais redundaram em cortes ou supressões e outras em diversos acréscimos, muitos destes últimos em notas de rodapé, a breve exposição que fiz no 47º Encontro Nacional do Colégio de Corregedores Gerais da Justiça (ENCOGE), realizado em Belém, nos dias 12, 13 e 14 do mês de março de 2008.

Como designei, num primeiro momento, minha intervenção naquele evento de "Reflexões sobre a moderna gestão do Poder Judiciário", porém, após meditar mais detidamente, achei mais adequado denominá-la "A gestão do Poder Judiciário: algumas reflexões", pareceu-me necessário logo esclarecer as razões que ditaram essa mudança, as quais merecem permanecer nesta introdução, pois são indicativas do sentido e do alcance que pretendo dar à matéria sob minha abordagem. E, nesse sentido, ressalto que aquela rotulação primeira mereceu ser substituída, por duas razões: a uma, porque continha o senão decorrente do uso da expressão "moderna gestão", cuja ambigüidade de significado, na medida em que carregada de um forte referencial à periodização histórica, não traduzia exatamente a visão de atualidade com que enfocarei o ponto central do meu tema, vale dizer, a gestão do poder judiciário; e, a duas, porque aquele primeiro enunciado

dava a parecer uma abrangência bem maior às reflexões que pretendo trazer a todos, já que em nenhuma hipótese alimento a pretensão de ser exaustivo. Muito pelo contrário, como expresso no novo título, desejo apenas focar determinados pontos que entendo relevantes no atual estágio em que se encontra, no geral, a gestão do Poder Judiciário.

Explicitando melhor, tratarei, com exclusividade, de alguns ângulos da gestão do Poder Judiciário, com enfoque preferente ao nível estadual e não da gestão de todo o sistema de administração da justiça, o que seria bem mais amplo por envolver organizações e atores que estão fora do ambiente interno do Poder Judiciário, embora possa incidentalmente a estes me referir, já que pertencem ao ambiente externo com o qual os integrantes daquele primeiro convivem em permanente relação. Isso também esclarece que não me deterei na hoje reiteradamente mencionada gestão de processos judiciais, assunto que é, obviamente, mais estreito do que a gestão do Poder Judiciário, não obstante deva tratar de gestão de processos em geral, no sentido de todo mecanismo funcional voltado à obtenção de um resultado, o que terminará por conduzir a referências sobre os processos e procedimentos judiciais.

Em síntese, vou limitar-me a fazer breves observações sobre três pontos que, no momento, devem merecer atenção quanto à gestão do Poder Judiciário: o primeiro, diz respeito à tão falada crise do Poder Judiciário; o segundo, vincula-se à questão da morosidade na distribuição da justiça no Brasil e à contribuição administrativo-funcional do Judiciário para a demora da jurisdição; e, finalmente, o terceiro, certamente o mais relevante, se refere ao cuidado que devemos ter na recepção de modelos únicos de gestão para o Judiciário de todos os Estados, em especial, tendo em vista as diversidades regionais e locais, o que procurarei examinar, ancorando-me na experiência paraense.

A crise do Poder Judiciário

Se há um ponto que, no meu modo de ver, merece logo distinção no que se refere à tão falada e ainda discutida crise do Poder Judiciário é o de que, se realmente algum dia houve alguma crise desse ou nesse Poder no Brasil, o que dou como pressuposto, porque nenhuma elucidação a esse respeito interessa às considerações que desejo aqui fazer, hoje não há como se possa, com um mínimo de seriedade, cogitar de que isso de fato exista, vale dizer, de que o Judiciário brasileiro, tanto no âmbito federal, quanto no dos Estados, passe por qualquer crise, mesmo porque a realidade teima em demonstrar o inverso.

Com efeito, o Judiciário brasileiro, visto, quer como Poder ou quer, como me parece mais exato, enquanto organização estatal sistemática que garante à sociedade prestação do serviço público de jurisdição, não apresenta na atualidade nenhum sintoma revelador de crise, uma vez que não sofre ruptura, descontinuidade, interrupção de funcionamento ou reflete qualquer sinal grave de disfunção que possa ser considerado caracterizador de um estado dessa ordem¹.

Ao contrário, como já disse Elizabeth Leão (2002), após afirmar que a tão propalada crise se encontrava superada, o Judiciário não é "uma nau sem rumo, mas uma instituição que busca avaliar suas deficiências, com discernimento consciente e maduro da realidade". E hoje, digo eu, muito mais do que isso, o Judiciário, como um todo, já tendo

identificado, com base em dados confiáveis, todos os seus problemas estruturais e funcionais, bem ainda os diversos obstáculos que deve enfrentar nos mais diversos cenários de curto, médio e longo prazos, vem adotando medidas operacionais, táticas e estratégicas para superá-los, sendo uma demonstração inequívoca dessa realidade os avanços apontados no segundo estudo desenvolvido, em 2004, sob o patrocínio do Banco Mundial, a respeito do sistema Judiciário brasileiro, em relação ao diagnóstico anterior, e, mais recentemente, não só os dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) na consolidação estatística "Justiça em números" de 2007 como, também, no programa Justiça Aberta, valendo acentuar que estes últimos revelam, com grande precisão, os esforços de todos os segmentos do Judiciário brasileiro para melhorar o nível de desempenho da sua atividade-fim.

Note-se que o mencionado Relatório, custeado por aquela instituição bancária internacional, não obstante ainda se refira à existência de crise do Judiciário, faz questão de ressaltar, na sua pág. 22:

... muito embora tenha sido descrita como uma crise do judiciário, em primeiro lugar é preciso deixar claro que ela envolve muito mais do que os tribunais, para incluir todo o rol de instituições públicas e privadas que compreendem o setor da justiça – as organizações envolvidas na solução de conflitos com base legal e na aplicação do arcabouço legal.

De qualquer maneira, ainda assim visto, na sua total amplitude, o sistema de administração da justiça no Brasil, compreendendo inclusive as instituições privadas que nele ou com ele interagem, creio ser exagerada, ou melhor, mais emocional do que verdadeira, a afirmativa de que estaria em crise, isto porque, embora apresente grandes problemas, cujas soluções, além de complexas e trabalhosas, implicam em mudanças até mesmo de ordem cultural, estas só viáveis em longo prazo, não se pode dizer que provocam disfunções graves caracterizadoras de uma situação de autêntica crise, até porque o notório crescimento da demanda dos serviços judiciais é afirmativo da confiança social no sistema e, ao mesmo tempo, de que este continua mantendo funcionalidade em padrões pelo menos razoáveis.

Afastada, porém, a idéia de que o Poder Judiciário estaria em crise e o mesmo acontecendo em relação ao sistema de administração da justiça como um todo, isto não quer dizer que, como melhor veremos mais adiante, não haja morosidade na prestação jurisdicional no Brasil, pois para esta, inegavelmente, concorrem, não só o Judiciário e todas

¹ Posição diametralmente oposta é a sustentada por Fabiana Marion Spengler (2008, p. 259-289), em recente artigo, no qual sustenta em síntese que a crise do judiciário seria reflexa das crises do Estado e do direito, embora reconheça que o "Poder Judiciário vem tentando agir e reagir de modo a neutralizar a crise que assola, buscando meios de vencê-la". Não creio, contudo, que atualmente seja assim porque a realidade revelada após a Emenda Constitucional nº 45/2004 e, em especial, depois da implantação do Conselho Nacional de Justiça é diferente daquela apontada pela autora, cujas bases construtivas estão fundamentadas em fontes datadas de alguns anos antes.

as demais organizações que integram o referido sistema, como, e principalmente, o próprio ordenamento jurídico do País, mormente as suas leis processuais, ainda que, no campo do processo civil em especial², tenham sido promovidas diversas alterações com o propósito de alcançar maior celeridade na solução dos feitos judiciais.

No que tange ao Poder Judiciário (federal ou estadual), é forçoso o reconhecimento de que se multiplicam as iniciativas para, no que lhe cabe e compete, em especial no âmbito administrativo, alcançar maior celeridade na solução dos litígios e o eficiente acesso à justiça, não só mediante a ampliação e o aperfeiçoamento técnico de recursos humanos, como pela inclusão de meios tecnológicos avançados, simplificação de rotinas e planejamento estratégico, tático e operacional, elaborado com base em dados e cenários do presente e do futuro, estes, por sua vez, construídos a partir, além de simples diagnóstico, de pesquisa com a consideração de elementos estatísticos.

Em síntese, quero, com tudo isso, dizer que a chamada crise do Poder Judiciário é um mito que ganhou ares de verossimilhança por força de haver se transformado, mediante repetição discursiva, em "topoi" ou "lugar comum". Na verdade, não há, entre nós, nem crise do Poder Judiciário e nem crise no sistema de administração da justiça, pois tanto um quanto outro, embora padeçam de defeitos e enfrentem problemas, não revelam ruptura, descontinuidade ou disfunção grave caracterizadoras de crise.

Creio, por essa razão, que é chegada a hora de começarmos a desfazer essa visão distorcida da realidade, mesmo porque dela resulta um grande desânimo, sobretudo em alguns segmentos da magistratura dos Estados e dos servidores do judiciário estadual, os quais são contaminados por uma sensação de impotência frente a um panorama que, de tanto ouvirem falar, acham de difícil superação ou além do esforço de cada qual e de todos. É, como esse efeito no ambiente interno tem, como que na outra face de uma moeda, no ambiente externo, a descrença da sociedade de que já vivemos uma real mobilização em busca da eficiência funcional do Judiciário, sem uma forte vontade política, que se exteriorize em atos de âmbito nacional e com o real envolvimento de toda a magis-

tratura, esta dificilmente alcançará a valoração social positiva imprescindível a lhe garantir legitimidade, de modo a facilitar a acumulação de ganhos e, em consequência, permitir uma rápida mudança para o cenário que todos desejamos.

A morosidade e a contribuição do Judiciário

Importa, por outro lado, lembrar que a tão reclamada morosidade da justiça, que, no geral, é apontada como a sua mais imediata e relevante consequência negativa, não se origina em crise alguma, e sim de um feixe de causas que, embora conte com contribuição imputável ao Poder Judiciário, este vem promovendo um notório esforço para responder com maior eficiência aos reclamos sociais de celeridade, melhor petrechando-se de meios e técnicas modernizadoras no campo administrativo, alguns dos quais, todavia, por terem natureza estratégica, não alcançam todos os seus efeitos em curto prazo e, enquanto isso não acontece, soa natural que as queixas continuem.

Aliás, a respeito de morosidade, parece-me imprescindível algumas reflexões de maior profundidade. É a primeira delas é para lembrar que, no que tange aos reclamos quanto à prestação jurisdicional, isso tem sido uma realidade mundial e que se origina, ao fim e ao cabo, na própria característica dialética da relação processual e, conseqüentemente, jamais aqueles reclamos serão de todo eliminados sem que esta também seja, mesmo porque, em geral e na raiz, sempre haverá quem pugne para que o processo logo termine e quem a isso se oponha com todas as forças, gerando-se, assim, de modo permanente, um grande contingente de insatisfeitos.

É bem verdade que o modelo e os métodos de administração adotados pelo Judiciário contribuem fortemente para a morosidade da prestação jurisdicional de que tanto se reclama, a qual, diga-se de passagem, caracteriza toda a Administração Pública Brasileira que, comparada com a de outros países, sobretudo, do bloco desenvolvido, é toda extremamente lenta.

Por outro modo de dizer, esse modelo e esses métodos subsistem não apenas na administração do Judiciário, mas, volto a enfatizar, em toda a Administração Pública Brasileira ou dos mal chamados Poderes do Estado³, a qual, mesmo após a Emenda Constitucional n^o 19, de 1998, que

² O mesmo já vem ocorrendo, embora mais lentamente, no processo penal com a edição da Lei n^o 11.689, de 09.06.2008, que alterou as disposições do CPP sobre os processos da competência do Tribunal do Júri, da Lei n^o 11.690, de 09.06.2008, que modificou o regimento em matéria de provas e, finalmente, Lei n^o 11.719, de 20.06.2008, que trouxe nova disciplina à suspensão do processo, *emendatio libelli, mutatio libelli* e procedimentos. Aliás, a respeito da demora na aprovação dessas Leis, basta lembrar que todos os projetos que lhes deram origem foram remetidos ao Congresso Nacional no ano de 2001, ou seja, há mais de sete anos.

³ Digo, assim, *mal chamados*, porque nas democracias o verdadeiro poder é exercido exclusivamente pelo povo.

introduziu a eficiência no rol dos princípios constitucionais explícitos da Administração de qualquer daqueles Poderes, abrindo o caminho para que esta se liberte definitivamente dos estigmas burocráticos e ingresse na era da gestão de qualidade, continua, na contramão disso, a adotar procedimentos e rotinas extremamente ritualistas, vinculados à cultura do controle pela aparência de regularidade resultante da forma adotada na prática dos seus atos.

Quando afirmo que toda a Administração Pública Brasileira é morosa e não conseguiu se libertar das heranças genéticas do modelo burocrático, mesmo após a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, estou querendo na verdade ressaltar que historicamente os modelos de administração pública não são substituídos a cutelo e, ainda que haja grande esforço político e social, levam não raro muitas décadas e até gerações para serem definitivamente substituídos.

Cabem aqui alguns exemplos simbólicos.

No Brasil, embora a revolução de 1930 tenha objetivado, dentre outros fins, terminar de vez com o modelo e as práticas patrimonialistas, herdados dos períodos colonial e independente imperial, que correspondem no nosso grandioso Pindorama, à fase absolutista que Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001, p.17) ensina ser caracterizadora da *administração regaliana*, para substituí-los pelo modelo de administração burocrática, não conseguiu eliminar o nepotismo que, por sinal, continuou forte mesmo depois do fim da chamada República Velha, adquiriu maior viço nos períodos ditatorial ou não de Vargas, atravessou o regime militar inaugurado em 1964, que pretendeu, com os Decretos Leis nº 200, de 1967, e nº 900, de 1969, modernizar a Administração Pública Brasileira, sobreviveu na Nova República, passou pela Reforma Administrativa de 1998 e só começou a ser eliminado a partir da bendita Resolução nº 07/2005 do CNJ, isto no âmbito apenas do Poder Judiciário. Ou seja: sobreviveu às Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e ainda tem fôlego, passados quase 20 anos de vigência da Constituição Cidadã de 1988⁴.

Quanto à morosidade geral da nossa Administração Pública, herdada do modelo burocrático de Administração que adotamos com a queda da chamada República Velha, mas que ainda hoje sobrevive aqui ou acolá, mesmo já tendo sido enfrentado por um Ministério destinado especificamente a eliminá-lo

e a despeito daquela reforma constitucional, basta lembrar, no âmbito do Legislativo Nacional, que a demora dos serviços é tamanha que o Poder Executivo deles já praticamente assumiu grande parte, abusando da sua excepcional capacidade normativa de conjuntura, antes da Constituição de 1988, mediante a torrencial chuva de Decretos Leis, e depois com a tempestade de Medidas Provisórias, as quais, anoto na garupa, só têm encontrado marqueses de proteção construídas pelo Poder Judiciário. É no âmbito do Executivo, por sua vez, nada é diferente. Ao contrário, as marcas são mais evidentes e, por isso mesmo, significativas até no varejo: menciono, também apenas a título de exemplificação, o tempo necessário para se receber um benefício previdenciário requerido, ver respondida uma consulta ao Fisco ou decidido administrativamente um recurso em matéria tributária, obter o registro nos órgãos competentes ou encerrar uma sociedade simples ou empresarial etc.

A verdade é que, no nosso País, embora só se fale em morosidade da justiça, esta é uma característica da Administração de todos os Poderes, sobrevivente do modelo administrativo burocrático, em parte ainda em voga, embora a reforma administrativa constitucional, introduzida pela Emenda nº 19/1998, tenha elegido, expressamente, a eficiência como um princípio basilar da Administração Pública Brasileira, vale dizer, comando diretor da prestação de todos os serviços públicos independentemente do Poder que seja competente. E eficiência, nada mais é do que um amálgama de otimização dos resultados, com minimização de esforços e economicidade nos custos, o que, como referirei a seguir, implica na adoção de um modelo de administração diverso, ou seja, o modelo gerencial⁵.

Note-se, entretanto, que esse “novo” modelo gerencial não abandona, mesmo porque não poderia em virtude da sua matriz constitucional, todos os princípios do modelo burocrático, tais como o da legalidade, moralidade e impessoalidade, uma vez que referidos princípios, na verdade, transcendem este modelo e são compatíveis com quaisquer atividades e práticas gerenciais, inclusive privadas e empresariais voltadas ao mercado, porém busca, através de formas mais flexíveis de gestão, vencer o ritualismo, o vazo cultural de que o formalismo assegura a reta conduta ética e a lentidão dos meios daí decorrente, ampliando o campo decisório do administrador

⁴ Já havia concluído a redação final deste texto quando o Colendo Supremo Tribunal Federal extraiu diretamente da Constituição da República, a partir da aplicação dos princípios enunciados no art. 37, a proibição geral do nepotismo em todos os Poderes.

⁵ Refiro-me, em especial, ao chamado “modelo de administração gerencial”, organizado de acordo com o princípio fundamental da *new public management* (nova gestão pública), isto é, segundo Flávio Cunha Rezende (1998, p. 28), “o de que as organizações públicas podem ser gerenciadas atendendo a imperativos de performance, combinando eficiência, efetividade e qualidade no atendimento às demandas por serviços públicos, desde que os arranjos institucionais adequados possibilitem tal combinação”.

na execução de tarefas relacionadas aos processos materiais, financeiros e humanos e utiliza-se do controle *a posteriori*, deslocando a ênfase dos meios para os fins (COELHO, 2004, p. 131).

Merece, neste ponto, ser salientado que, quando ligo o princípio da eficiência ao modelo de administração gerencial e às práticas de qualidade, estou querendo enfatizar, antes do mais, que esses modelo e práticas, embora originários do âmbito da administração privada, mais exatamente do segmento empresarial, são aplicáveis, como bem demonstra Anna Maris Pereira de Moraes (2004, p. 11), em qualquer espécie de organização, inclusive nas sem fins lucrativos e naquelas que chama de “órgãos de governo”, gênero no qual, fazendo a ressalva para a imprecisão técnica, em homenagem aos sempre atentos críticos de plantão, se pode incluir o Judiciário.

A administração gerencial, como anota Elizabeth Leão (2002, p. 2-3),

não nega todos os princípios da administração burocrática, pois nela encontra-se apoiada já que conserva alguns princípios fundamentais como a admissão segundo rígidos critérios, a avaliação constante de desempenho, o treinamento sistemático.

E continua:

A diferença fundamental está na forma de controle que deixa de se basear nos processos para se concentrar nos resultados, com definição precisa dos objetivos que o administrador público deverá atingir em sua unidade.

Além disso, nesse modelo, todas as definições de objetivos têm em mira o constante aumento do nível de satisfação daqueles que são usuários ou destinatários dos serviços, o que exige a participação e o empenho de todos os servidores, evidentemente, no caso do Judiciário, dos magistrados, servidores e serventuários, ou seja, práticas funcionais uniformes em cumprimento de ações e metas claramente estabelecidas em planejamento⁶ realmente construído com

⁶ A respeito da ferramenta planejamento, permito-me assim dizer, parece-me importante acentuar que esta admite abrangências diversas. Pode-se utilizá-la em nível estratégico, tático ou operacional, de modo que toda ação, independente de ser da Administração ou não, pode ser adequadamente planejada. Como, porém, existem várias metodologias de elaboração, adianto que, no meu pensar, a que melhor se ajusta no nível dos Tribunais de Justiça dos Estados é a do chamado “planejamento estratégico situacional”, isto porque, além de abranger todos os níveis, implica numa construção indutivo-participativa de todos os futuros executores. Não obstante, mesmo que outra metodologia seja a escolhida, é preciso ter sempre presente que planejamento não é sinônimo de planificação e que a excelência do planejamento não está apenas na sua transparência e aptidão para assegurar a execução das metas, programas e projetos necessários à realização dos fins (missão) e dos objetivos permanentes ou transitórios do ente interessado, seja uma organização estatal ou uma empresa, mas sim na sua capacidade de garantir a adoção rápida de ações que possam responder ao imprevisível ou às surpresas conjunturais da governabilidade ou do mercado. Em outras palavras, a eficiência do planejamento, mormente nos tempos cada vez mais velozes de hoje, exige grande dose de flexibilidade para assegurar prontas correções de rumos, o que, embora seja possível, nem sempre é fácil de alcançar no âmbito da Administração Pública.

ampla participação de todos os interessados e cujos resultados alcançados são submetidos à avaliação e ao acompanhamento constantes, com base em indicadores técnicos previamente fixados.

Embora alguns autores indiquem distinções entre administração e gestão e, por via de conseqüência, entre administrador e gestor, quase sempre baseadas em critérios hierárquicos e de papel decisório, separando o decidir-mandar do decidir-fazer acontecer, atualmente, a eficiência exigida para o enfrentamento da competição no campo privado e o exercício ético da função pública obrigam a um casamento perfeito dessas posturas, de tal modo que o novo administrador é eficiente e melhor sucedido, na mesma medida em que está apto à liderança e à gerência. Em resumo, tem conhecimento (saber) e *savoir-faire* (saber-fazer) para, não só dirigir, mas conduzir ao “fazer-acontecer”, de modo a transformar as metas e objetivos dos planos em realidades que assegurem elevados os níveis de satisfação dos clientes, ou melhor, dos usuários do serviço público.

Quem se dedique a examinar, de modo isento, o momento atual do Poder Judiciário Brasileiro, forçosamente reconhecerá que, tanto no âmbito federal quanto no dos Estados, esse novo caminho já está sendo trilhado, não obstante se deva também admitir que isso vem resultando de iniciativas isoladas dos tribunais que, como antes referi, trabalham com planejamento, privilegiam programas de qualidade, buscam simplificações e reduções de custo que se colocam ao encontro dos reclamos de acessibilidade à justiça rápida que a cidadania há muito reitera. Contudo, como essas iniciativas ainda não alcançaram um nível de coordenação de âmbito nacional e convivem, em muitos casos, com a resistência de práticas administrativas do modelo burocrático, isso contribui para a permanência de uma visão pessimista a respeito da atuação do Judiciário Brasileiro.

Um exemplo atualíssimo dessa visão pessimista, recolhido das palavras iniciais do artigo publicado pelo advogado Rubens Approbato Machado (2008), ex-presidente do Conselho Federal da OAB:

Estamos assistindo, – diz o articulista – passivamente, a um crônico emperramento do Poder Judiciário, causando-lhe o seu maior mal, que é a morosidade. Esse fato, a cada dia que passa, se torna mais grave e se alastra, em todos os graus e esferas de jurisdição, em todo o país, sem que haja uma sinalização que aponte caminho menos traumático para a necessária aplicação da Justiça.

Devo, ademais, alertar que, nesse tipo de postura crítica há, ao lado da visão pessimista que difunde, algo que é muito

mais perigoso e que reside no fato de ser o seu autor um profissional de reconhecida credibilidade, mas que, simplesmente, optou por generalizar, com base em problemas enfrentados, em circunstâncias mais agudas, pelo Judiciário do seu Estado, esquecendo-se de que, na matéria tratada no seu artigo, vale dizer, gestão de organizações, duas regras devem sempre ser consideradas: a primeira adverte ao observador de que a imaginação não é maior do que a realidade; e, a segunda, de que a generalização não é um patamar nem técnico nem ético confiável para fundamentar qualquer diagnóstico.

Note-se que, com essas observações, não estou querendo dizer que a morosidade não é um problema. Muito menos pretendo passar a visão de que não seja, ainda hoje, verdadeiro o convívio com práticas antiquadas e burocratizantes no funcionamento do Judiciário, pois, ao contrário, a respeito desses dois pontos já tratei afirmativamente em passagens anteriores. Quero apenas, e tão somente, deixar claro, por ser o mais puro reflexo da realidade, que os tribunais não estão de braços cruzados e, há alguns anos, vêm aplicando choques de gestão para resolver esses problemas, ou melhor, de modo mais expressivo, ministrando choques de gestão em voltagem tecnicamente adequada a não piorar a situação do paciente.

Um alerta sobre a unicidade de procedimentos e modelos

Passando à última destas reflexões, quero lembrar que, em recente entrevista, a Ministra Ellen Gracie (NORTHFLEET, 2008), então Presidente do Supremo Tribunal Federal e do CNJ, perguntada a respeito do maior desafio do Judiciário brasileiro, após alertar que “já está provado que não adianta simplesmente aumentar o número de juízes e o número de varas”, enfatizou:

A longo prazo, a tática do “mais do mesmo” não torna o Judiciário nem mais ágil nem mais moderno. Só com a criação de novos procedimentos encontraremos uma saída para os nossos problemas.

Estou também plenamente convencido de que não bastam aumentos dos meios físicos, materiais e humanos, nem as iniciativas que objetivam a reengenharia nas estruturas organofuncionais do Judiciário, isto é, “mais do mesmo”, como bem disse a douta Ministra, para que sejam vencidos os obstáculos que impedem o efetivo alcance da eficiência e da qualidade nos seus serviços. E porque vejo, como essencial para isso, a cria-

ção de novos procedimentos, ao lado de mudanças nos hábitos e a instalação de competências técnico-gerenciais, no âmbito da magistratura, o que se está procurando fazer mediante a realização de cursos de capacitação em diversos Estados⁷.

Releva salientar que, para melhor atingir o objetivo de criar novos procedimentos, tanto no que se circunscreve à área propriamente administrativa, quanto no que se refere aos processos judiciais, as Corregedorias dos Tribunais de Justiça têm um papel da maior relevância, pois, através de seus provimentos, podem promover a simplificação de rotinas e de fluxos, a padronização de termos e de certificações, coibir as práticas repetitivas ou de re-trabalho e contribuir para a eficiência dos procedimentos judiciais, assumindo a relevante função de indutoras da modernização desses procedimentos, inclusive no que se fizer necessário, através de iniciativas legislativas, vez que os Estados exercem competência concorrente com a União, por força do disposto no art. 24, inciso XI, da Constituição da República, no que diz respeito aos procedimentos em matéria processual.

Além disso, penso que, diante da nova realidade imposta pela implantação do CNJ, o qual, na busca de agilizar os serviços judiciários, vem propondo, diga-se em boa hora, algumas padronizações e modelos de âmbito nacional, as Corregedorias dos Tribunais de Justiça têm a grande responsabilidade de contribuir para evitar que se crie uma verdadeira síndrome de simetria administrativa⁸ ou de gestão dos procedimentos administrativos e judiciais, desconsiderando ou desconhecendo as peculiaridades regionais e locais que existem no nosso imenso País e as nossas tradições federativas que – cumpre também dizer – são no geral, politicamente, cada vez mais esquecidas.

Quero esclarecer que não sou contra essas iniciativas do CNJ, as quais, como antes mencionei, estão vindo em boa hora

⁷ No Judiciário do Pará, por exemplo, durante o ano de 2006 foi formada, em convênio com a Escola de Governo do Estado e o Instituto Movens de Brasília, a primeira turma de especialistas em Planejamento e Gestão voltada para o Poder Judiciário e atualmente está sendo realizado um segundo curso ministrado pela Escola Superior da Magistratura em convênio com a Fundação Boiteux, entidade de apoio à Universidade Federal de Santa Catarina, este inclusive com um módulo específico sobre gestão de processos judiciais.

⁸ Esclareço que, por síndrome de simetria administrativa, rotulo o quadro que invariavelmente decorre da velha postura que propõe planos e programas rígidos para o nosso vasto País, a partir de uma concepção equivocada de que os nossos Estados e Municípios são iguais pela simples razão de serem Estados e Municípios, independente do tamanho territorial de cada qual, do seu número de habitantes e grau de desenvolvimento. Postura que sempre olha o Brasil de baixo para cima, vale dizer, do Sul para o Norte, esquece que o território nacional é mais largo do que comprido, que as distâncias amazônicas são imensamente maiores e mais difíceis de vencer do que as das demais regiões e teimam ou propor ou assumir metas nacionais sem considerar essa realidade, ou melhor, essa riqueza da diversidade nacional.

e têm fundamento último em competência dada pela Constituição. De igual modo, em momento algum alimento o propósito de pretender a criação de situações excepcionais ou que sejam incompatíveis com a boa gestão de serviços públicos prestados em massa, como ocorre com aqueles sob encargo do Judiciário. Não obstante, como tenho grande convivência com as diferentes realidades que são enfrentadas pelos Judiciários estaduais, em razão de haver exercido a Presidência do Tribunal de Justiça do meu Estado e ter permanecido, mesmo após isso, na Comissão Executiva do Colégio de Presidentes, e sei que essas realidades não decorrem apenas de fatores ligados aos ambientes internos daqueles Judiciários, porém, muitas vezes, deitam raízes nas condições sócio-econômicas, políticas e culturais de cada local, penso que essas circunstâncias não podem ser desconsideradas.

Estou – e disso tenha-se certeza – querendo somente alertar que, embora muitas uniformizações sejam imprescindíveis à boa gestão de quaisquer tipos de organizações públicas, quer produzam bens ou quer prestem serviços, como, por exemplo, no caso do Judiciário, aquela decorrente da Resolução nº 46/07-CNJ, não se deve esquecer que as diversidades locais porventura existentes, as quais não podem ser desconsideradas quando se cogite de planejar ou de estabelecer programas e metas nacionais, mesmo porque essas peculiaridades, sobretudo em matéria de procedimento, são essenciais à garantia do pleno respeito ao princípio federativo e as nossas Corregedorias devem estar atentas para isso.

Afinal, se as uniformizações agilizam os procedimentos produtivos, atendem às exigências de economicidade, na medida em que garantem o barateamento dos custos, facilitando, ao mesmo tempo, a acessibilidade aos bens produzidos ou aos serviços prestados e aos controles de qualidade e de regularidade, num país organizado federativamente, em matéria de gestão pública, faz-se também obrigatório perseguir que as opções sobre aqueles procedimentos se façam em torno de modelos abertos ou flexíveis o suficiente, pelo menos, para assegurar a diversidade, sem prejuízo da uniformidade exigida pelas práticas mais modernas e, portanto, mais eficientes de gestão.

Por fim, como falei em economicidade, creio ser adequado mencionar que os modelos mais modernos de gestão, tanto no campo empresarial quanto na Administração Pública, têm, cada vez mais, na chamada gestão de custos o seu ponto mais delicado, isto porque, no primeiro caso, é dizer, no campo empresarial a competitividade no mercado tem baixado as margens de lucro das empresas de tal modo que, somente gerando

produtos e serviços de alta qualidade com baixo custo, se torna possível ampliar e crescer e, no segundo, ou seja, no caso da Administração Pública, porque, mesmo com as práticas de privatização e encurtamento da máquina estatal⁹, não se tem conseguido, em especial em países como o Brasil, encurtar a carga fiscal em relação ao PIB, não sendo mais possível recolher recursos do bolso dos cidadãos.

No caso da gestão custos do Poder Judiciário, penso que o problema é mais complexo, pois se, por um lado, é possível a geração de recursos, através de iniciativas competentes de gerenciamento dos chamados Fundos de Reparelhamento, como já acontece no Rio de Janeiro, em Mato-Grosso do Sul, Santa Catarina, Pará e outros Estados, por outro, torna-se necessário ter em conta que essas iniciativas só são válidas quando não oferecem risco ao amplo acesso à Justiça.

REFERÊNCIAS

- COELHO, Daniela Mello. *Administração pública gerencial e direito administrativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. 216 p.
- LEÃO, Elizabeth. Centro Nacional de Gestão Empreendedora do Poder Judiciário. In: CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 7., 2002, Lisboa.
- MACHADO, Rubens Approbato. Justiça brasileira pede choque de gestão. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 10 mar. 2008.
- MORAES, Anna Mâris Pereira de. *Introdução à administração*. 3. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2004. 310 p.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 351 p.
- NORTHFLEET, Ellen Gracie. Fé na justiça. *Veja*, São Paulo, n. 2051, 12 mar. 2008. Entrevista.
- SPENGLER, Fabiana Marion. A crise da jurisdição e os novos contornos da função jurisdicional: (in) eficiência face à conflituosidade social. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. t. 8, 394p.
- REZENDE, Flavio da Cunha. A nova gestão pública, performance e reinvenção das instituições: um desafio para a reforma do estado. *Revista do Ministério da Administração e Reforma do Estado*, n.4, p.27-28, nov. 1998.

⁹ Práticas hoje tão caras não apenas aos rotulados como neo-liberalistas.

Marcus Alan de Melo Gomes
O novo rito do Tribunal do Júri e o juiz inquisidor

Resumo

O processo penal brasileiro sofreu, recentemente, reformas pontuais. A Lei nº. 11.689/08 tratou, especificamente, do Tribunal do Júri, promovendo modificações nas duas fases de seu rito escalonado. Dentre elas estão a antecipação do primeiro ato de defesa técnica e a admissão expressa, no *judicium accusationis* – reduzido, agora, a uma instrução preliminar, com audiência única e concentração da prova – da *mutatio libelli* e da *emendatio libelli*, com as alterações feitas pela Lei nº. 11.719/08. O presente trabalho pretende analisar o que essas mudanças efetivamente representam para o sistema acusatório consagrado na Constituição Federal, a partir da função que o juiz nele desempenha.

Palavras-chave

Processo penal. Sistema acusatório. Júri. Denúncia. *Mutatio libelli*. *Emendatio libelli*.

Abstract

The Brazilian criminal procedure has recently undergone isolated reforms. Law N. 11.689/08 analyzed, specifically the Jury trial in promoting changes concerning its time phased form. Among such changes are the anticipation of the first technical defense act and the express admissibility in the *judicium accusationis* – which now has been reduced to a finding of facts, with one single hearing and focusing on the proof – of *mutatio libelli* and of the *emendatio libelli* according to the changes proposed by Law n. 11.719/08. This paper aims at analyzing what these changes effectively represent to the prosecuting system as consecrated in the Federal Constitution, considering the role performed by the judge.

Keywords

Criminal procedure. Prosecuting system. Jury. *Mutatio libelli*. *Emendatio libelli*.

O novo rito do Tribunal do Júri e o juiz inquisidor

The new form of the Jury Trial and the inquisition judge

Marcus Alan de Melo Gomes*

* Mestre e Doutor em Direito. Professor Adjunto de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor de Direito Penal da Faculdade do Pará (FAP). Juiz de Direito. E-mail: marcusalan60@hotmail.com

Introdução

O processo penal brasileiro é regido por um código que, em breve, completará setenta anos de vigência. Nesse período, algumas alterações pontuais foram feitas em seu texto. O episódio mais significativo ao longo dessas décadas se deu, todavia, em outro degrau da hierarquia do ordenamento jurídico e foi, indubitavelmente, a promulgação da Constituição Federal de 1988, que promoveu uma modificação sem precedentes no quadro processual penal então em vigor, ao eleger o sistema acusatório como o paradigma a ser adotado pela legislação infraconstitucional. A essência de nosso sistema processual penal tem, hoje, fundamento em princípios e garantias como o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, a presunção de inocência, o direito ao silêncio, a publicidade, a vedação do emprego de provas ilícitas, a prevalência do interesse do réu etc.

Nada obstante, permanecemos com um código anacrônico, hermeticamente elaborado a partir do princípio inquisitivo – já que admite que o juiz tenha iniciativa instrutória e até mesmo acusatória (vejam-se a *mutatio libelli* e a possibilidade de o julgador requisitar a instauração de inquérito policial ou indeferir seu arquivamento a pedido do titular da ação penal pública) – e cuja aplicação, no

mais das vezes, acaba por indevidamente prevalecer sobre o próprio texto constitucional.

A colcha de retalhos acaba de ganhar mais alguns remendos, costurados sobre pedaços que representam a alma do sistema acusatório: a prova (Lei n.º. 11.690/08), o rito do Tribunal do Júri (Lei n.º. 11.689/08) e a modificação da acusação após o encerramento da instrução (Lei n.º. 11.719/08). Os pontos do alfaiate não foram, entretanto, bem feitos. A par de algumas inovações bem vindas, sobretudo no que afetam os atos da sessão de julgamento pelo Júri Popular, a essência do sistema inquisitório foi preservada. O objetivo dessas breves considerações reside em destacar que foram poucas as mudanças relevantes e positivas, apontando, em relação a alguns aspectos mais visíveis e desde logo merecedores de crítica, onde as novas leis permanecem em desarmonia com a Constituição.

A reação preliminar à acusação

A Lei n.º. 11.689/08, ao dar nova redação ao art. 406, *caput*, do Código de Processo Penal (CPP), estabeleceu que

“o juiz, ao receber a denúncia ou queixa, ordenará a citação do acusado para responder a acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias”. Perdeu o legislador ordinário, aqui, a oportunidade de consagrar, de uma vez por todas e em termos claros, a reação técnica e preliminar à acusação, como consequência do contraditório e da ampla defesa, e em prestígio aos princípios da isonomia e proporcionalidade¹. A despeito disso, e submetido o dispositivo a uma interpretação sistemática e conforme a Constituição, outra conclusão não se pode extrair a não ser a de que o recebimento da denúncia só ocorrerá após ser facultado ao denunciado oferecer resistência inicial à imputação, com argumentos e provas, de maneira a também contribuir para a formação do convencimento do juiz no que diz respeito à viabilidade da acusação.

Exegese sistemática da própria lei deixa isso claro. Ora, por que motivo teria ela fixado o prazo de dez dias para o acusado responder à acusação, por escrito, podendo

arguir preliminares e alegar tudo que interesse a sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas” (art. 406, § 3º),

se não fosse para permitir ao réu, também, interferir na convocação do julgador em relação ao preenchimento dos requisitos da denúncia ou queixa (arts. 41 e 43 do CPP), e demonstrar, se for o caso, a falta de justa causa para a ação penal? De que valeria todo esse esforço da defesa, quando a denúncia ou queixa já estão recebidas? Ademais, estabelecer aqui que o recebimento da denúncia se dê antes mesmo da resposta escrita à acusação, enquanto em outros procedimentos – como o do tráfico de entorpecentes (arts. 55 e 56 da Lei nº. 11.343/06) – a denúncia só é recebida após aquela manifestação inicial, configura inquestionável violação à isonomia e proporcionalidade constitucionais. A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) aponta nessa direção. De acordo com a Súmula 707 do STF,

constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contra-razões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo.

O texto legal contradiz o texto sumulado. Assegurar ao denunciado a oportunidade de se manifestar em recurso interposto pela acusação da decisão que rejeita a denúncia significa, nada mais nada menos, do que lhe garantir um gesto preliminar de resistência à imputação, uma chance de se defender de acusação cuja improcedência já foi, *ab initio*, reco-

nhecida. Se isto é assegurado ao denunciado em âmbito recursal, muito embora não tivesse ele sido sequer citado, com mais razão se lhe deve permitir tal iniciativa diante do juiz, quando não tiver este, ainda, declinado sua convicção sobre a viabilidade da acusação (STOCO, 2008, p. 28-29).

No novo rito do Tribunal do Júri, portanto, a denúncia só deverá ser recebida, caso preencha os requisitos legais e haja justa causa para a ação penal, após a manifestação do Ministério Público sobre a resposta escrita da defesa (art. 409 do CPP).

Iniciativa acusatória do juiz

Vigora no processo penal o princípio da congruência ou da correlação entre acusação e sentença. Significa ele, em termos simples, que o juiz não pode julgar além da imputação. A adoção do *actum trium personarum* é condição da imparcialidade do juiz: alguém acusa, alguém se defende, e alguém julga, separadamente. Cada uma dessas funções é exercida por um órgão, que não se confunde com os demais. É essa tripartição de atividades implica a distribuição de vários encargos. O principal deles é o que diz respeito ao ônus da prova: aquele que acusa deve provar². Trata-se de exigência inerente ao sistema acusatório³.

A imputação abrange fatos (objetiva) e pessoas (subjetiva). O Ministério Público ou o querelante atribuem a *alguém* a prática de *algo*. Mas, para ser objeto do processo penal, esse *algo* deve ter relevância penal. Daí a necessidade de que o autor da ação penal faça a classificação jurídica dos fatos (art. 41 do CPP), que passa a constituir, também, a imputação. Assim, a imputação é composta tanto pelos

² Essa regra foi mantida no art. 156, caput, do CPP, pela Lei nº. 11.690/08. Lamentável é merecedora de críticas, todavia, a ressalva feita nos dois incisos do artigo, referentes à possibilidade de o juiz determinar, sem provocação da autoridade policial ou das partes, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes ou a realização de diligências, no curso do processo, para dirimir dúvida sobre ponto relevante. A iniciativa instrutória do juiz viola o sistema acusatório, na medida em que, por ela, se entrega ao julgador um encargo que pertence a quem acusa – produzir prova da imputação –, e que é parte. A busca da prova pelo próprio juiz, de ofício, revela o psíquico, o anímico do julgador. Desnuda a sua vontade. Constitui a evidência de que ele quer a prova do fato para a condenação – já que não precisa da prova para a absolvição, em virtude da *in dubio pro reo* –, e isto o aproxima perigosamente dos interesses da parte acusadora, comprometendo sua imparcialidade.

³ Ver, a respeito da compatibilidade da iniciativa instrutória do juiz com o sistema acusatório: (ZILLI, 2003; BADARÓ, 2003). Em ambos os casos, a possibilidade de a prova ser produzida de ofício pelo juiz é sustentada, tomando-se como paradigma um sistema acusatório de base constitucional, mas cuja essência reside apenas na separação das funções de acusar, defender e julgar. A *gestão da prova* não é adotada por esses autores como principal critério para diferenciar o sistema inquisitório do acusatório, o que lhes permite admitir, no modelo processual penal brasileiro, que o juiz produza prova sem provocação da parte, ainda que de forma apenas supletiva.

¹ Conforme já sustentamos em outra ocasião (GOMES, 2008, p.14-16).

fatos atribuídos quanto pela definição jurídica que lhes é dada pelo acusador⁴. E no sistema acusatório, ninguém além do próprio acusador pode alterar os limites da imputação, seja para acrescentar fatos, seja para atribuí-los a outros acusados. Para que a defesa possa ser exercida amplamente, e para que a sentença possa refletir a contraposição dos fatos alegados e de sua subsunção ao direito, é indispensável uma acusação precisa e concreta. Daí porque o juiz está enjaulado nos limites da acusação e deles não pode fugir, sobretudo no aspecto incriminatório⁵.

Conquanto seja a denúncia ou a queixa o lugar adequado para a classificação jurídica dos fatos, a lei processual penal sempre admitiu modificações dessa classificação preambularmente feita em momentos posteriores do processo. A *mutatio libelli* (alteração dos fatos) e a *emendatio libelli* (alteração da classificação jurídica) – legado que nos deixou o CPP de 1941⁶ –, a despeito das dificuldades para sua acomodação no sistema acusatório, permanecem presentes. Antes de enfrentar criticamente a disciplina que a reforma do CPP reservou a essa matéria, convém destacar, ainda que brevemente, o que de nocivo esses institutos representam no processo penal comprometido com o Estado democrático de direito.

No sistema acusatório consagrado em nosso texto constitucional, como já foi dito, quem acusa determina o objeto do processo, objetiva e subjetivamente. A relevância dessa configuração do objeto do processo se justifica por três motivos: primeiro, é a imputação que irá delimitar o fato *probandum*, isto é, fixará a amplitude do objeto da prova; segundo, a *dimensão mínima da defesa* corresponde à *dimensão máxima da imputação*, ou seja, é a extensão da acusação que balizará o exercício do direito de defesa, no seu mínimo; e terceiro, sendo a sentença o espelho

da acusação, deve ela estar circunscrita à imputação (correlação entre acusação e sentença).

Pois bem, o monopólio da acusação, no sistema acusatório, por um único órgão, tem, como maior virtude, a preservação da imparcialidade do juiz. Quando se permite que o julgador, de ofício, delimite a imputação desde o início do processo, ou a altere em seu curso, fere-se incuravelmente a exigência de equidistância e de descomprometimento do juiz com a pretensão da parte. Ao agregar fatos ou circunstâncias ao objeto do processo, o juiz também acusa. É como se dissesse ao réu: *o acusador não te imputa este fato, mas eu sim. O que se pode esperar deste juiz? Como aguardar um julgamento isento, se o próprio julgador antecipou sua convicção sobre a comprovação de uma circunstância que a ele parece penalmente significativa?*⁷ Quando o juiz age desta forma – e é o que lhe permite, expressamente, a *mutatio libelli* – amplia, por conta própria, o objeto do processo, colhendo a defesa de surpresa em relação a fato ou circunstância cujo ônus de provar não é mais atribuído ao órgão de acusação, pois a prova, para o juiz – e como ele mesmo reconheceu –, já está no processo.

Algo muito parecido se dá quando o juiz modifica não os fatos, mas a sua classificação jurídica dada pelo acusador. Antes do Código de 1941, admitia-se a *emendatio libelli*, unicamente quando dela resultasse a aplicação de pena menos grave. A jurisprudência titubeou diante da redação original do art. 383 do CPP, chegando a exigir, em diversos casos, que houvesse aditamento, com posterior manifestação da defesa, sempre que a nova classificação dada pelo juiz implicasse aplicação de pena mais grave. Essa interpretação, conquanto mais ajustada ao sistema acusatório, não prevaleceu, todavia, em razão especialmente de o STF não tê-la encampado (FERNANDES, 2002, p. 231).

Segundo Badaró (2000, p. 82-83), a imputação “é a afirmação do fato que se atribui ao sujeito, a afirmação de um tipo penal e a afirmação da conformidade do fato com o tipo penal”. Abrange ela, portanto, o fato, a norma e a adequação do fato a essa norma. Há que se ter em conta, aqui, que o fato nar-

⁴ A idéia de que, no processo penal, o réu se defende somente dos fatos vem sendo revista. Há quem sustente, com vigorosos argumentos, que o acusado não se defende apenas da descrição fática feita na denúncia ou queixa, mas também da classificação jurídica conferida a essa descrição pelo acusador, sobretudo quando a modificação dela no curso do processo assegurar o exercício de direitos subjetivos, como à suspensão condicional do processo e à liberdade provisória mediante fiança (FERNANDES, 2008, p. 6).

⁵ (TOVO, P.; TOVO, J., 2008, p. 89). Há que se ressaltar, entretanto, a mobilidade do juiz em relação ao pedido na ação penal, uma vez que não está o julgador sempre vinculado a uma determinada consequência jurídica relacionada ao que foi requerido pelo órgão acusador. Assim, mesmo havendo pedido de condenação e aplicação de pena, mas reconhecendo ser o réu inimputável por doença mental (art. 26, caput, do CP), poderá a sentença absolvê-lo da acusação, impondo-lhe, todavia, medida de segurança.

⁶ Não se pode olvidar que nosso código foi promulgado na vigência da Constituição Federal de 1937, fruto de um regime político autoritário, que adotava o sistema inquisitório em que o juiz também exercia funções persecutórias, a exemplo do que se dava, explicitamente, no procedimento das contravenções penais. Não é difícil de compreender, portanto, a admissão da *mutatio* e da *emendatio libelli* naquele contexto (TOVO, P.; TOVO, J., 2008, p. 90).

⁷ Muito apropriadas, a esse respeito, as ponderações de Geraldo Prado (2001, p. 166): “Caso admita-se a alteração substancial dos fatos, por iniciativa do tribunal, ainda quando seja dada oportunidade ao contraditório, sem dúvida, do ponto de vista psicológico, estar-se-á diminuindo sensivelmente a possibilidade do acusado defender-se verdadeiramente. A alteração da acusação é o mesmo que alteração do pedido e da causa de pedir da ação penal e sua implementação representa modificação de elementos capitais da ação, direito do autor. Ao fazê-lo, isto é, ao se permitir que o juiz altere o teor da acusação, na verdade o que ocorre é que se admite que o juiz revolve a substância do direito da parte, que não lhe pertence. Um contraditório porventura instaurado nestes termos é irreal, pois não há reação possível se o ato de conformação da acusação não parte do adversário mas do julgador, ou, de outra maneira, se o julgador se transforma em adversário.”

rado na denúncia ou queixa só tem relevância enquanto definido em uma norma penal incriminadora. Para o processo, o fato, sem a norma, é um acontecimento sem importância, um *indiferente material*. Assim, é a norma penal que dá vida ao fato imputado,

sendo difícil de aceitar que a mudança na norma não represente diversa valoração do fato, como se um fato classificado como homicídio fosse valorado da mesma forma se qualificado como lesão corporal seguida de morte (FERNANDES, 2002, p. 232).

O fato imputado e a norma que o define como delito mantêm, no processo penal, uma relação de interdependência, uma *vinculação siamesa*, pela qual aquilo que se imputa ao réu de nada interessa se não houver a norma a descrevê-lo. Por outro lado, a norma nenhuma utilidade tem se o fato imputado não se ajusta a ela. Não há como negar que o contraditório, nesse contexto, deva abranger não somente a controvérsia sobre os fatos, mas também a discussão a respeito da norma aplicável no caso concreto. A limitação do contraditório à questão fática é rotineiramente justificada, no processo penal, pelas máximas *jura novit curia e narra mihi factum, dabo tibi jus*, mas

isso não exclui, contudo, a necessidade de o juiz, quando der ao fato valoração jurídica diferente daquela debatida no processo, proporcionar às partes oportunidade de se manifestarem, evitando-se, assim, surpresa e prejuízo (FERNANDES, 2002, p. 232-233)⁸.

O grande problema da *emendatio libelli* está no horizonte que ela estabelece – ou melhor, que ela *não* estabelece – para a discussão sobre o direito no processo penal. A permissão legal para que o juiz altere a classificação jurídica do fato dada pelo acusador cria uma espécie de *juiz despota*, dotado de poderes soberanos. A classificação dada na denúncia ou queixa torna-se uma mera possibilidade de definição dentre inúmeras, o que sujeita o acusado ao esforço hercúleo de se defender da classificação constante da inicial, e de todas as outras possíveis que o juiz venha a imaginar (FERNANDES, 2002, p.232).

⁸ A esse respeito, e no mesmo sentido, merecem referência as palavras de Gustavo Henrique Badaró (2000, p. 162): “A permissão dada ao juiz para mudar a qualificação jurídica do fato não significa que possa fazê-lo, diretamente, sem qualquer comunicação às partes. Os princípios *jura novit curia* e *narra mihi factum, dabo tibi jus* apenas asseguram que o juiz pode alterar a capitulação dos fatos constantes da denúncia. Porém, outro princípio, o do contraditório, impõe-lhe a comunicação prévia às partes, antes de tomar uma decisão, ainda que se trate daquelas que podem ser tomadas de ofício. O respeito ao contraditório visa, também, a evitar surpresas às partes. O contraditório não se aplica apenas à matéria fática, principalmente aos dados probatórios, mas também diz respeito às questões de direito”

Pois bem, a Lei n.º. 11.689/08 tratou da modificação posterior da acusação em diversos dispositivos: art. 411, § 3º (*mutatio*); art. 418 (*emendatio*); art. 417 (inclusão de novo réu); art. 421, § 1º (circunstância superveniente à pronúncia). Interessam-nos, aqui, as duas primeiras situações.

Mutatio libelli e juiz acusador no júri

O art. 411, § 3º, do CPP, passou a estabelecer que “encerrada a instrução probatória, observar-se-á, se for o caso, o disposto no art. 384 deste Código”. Abre-se assim, no rito dos crimes dolosos contra a vida, a possibilidade expressa de, ao cabo da instrução preliminar do *judicium accusationis*, promover-se a *mutatio libelli*. A aparente novidade foi trazida, no entanto, pela Lei n.º. 11.719/08, que alterou a disciplina da *mutatio*, ao prever, na redação conferida ao art. 384, *caput*, do CPP, que a nova definição jurídica do fato, em virtude de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, dependerá de aditamento da denúncia ou queixa, a ser oferecido pelo Ministério Público, no prazo de 5 (cinco) dias. Tivesse a lei parado por aí e o sistema acusatório teria sido preservado. Entretanto, fazendo olhos de mercador para o texto constitucional, veio o § 1º do art. 384 com a seguinte regra: “Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código”. O art. 28 do CPP confere ao juiz a iniciativa de remeter ao Procurador-Geral os autos do inquérito policial ou as peças de informação cujo arquivamento tiver sido requerido pelo órgão do Ministério Público em 1º grau. Somente a insistência no pedido de arquivamento pelo próprio Procurador-Geral ou por outro membro por ele designado vincula o juiz. Ora, tapou-se o sol com a peneira! A pretexto de se retirar do juiz a iniciativa de modificar a imputação em seus limites fáticos, previu-se o aditamento ministerial, mas se preservou a atuação do julgador, que, de ofício, pode remeter os autos do processo ao chefe do Ministério Público. A lógica inversa ao sistema acusatório persiste: continua sendo o juiz quem provoca o acusador para alterar a imputação⁹. Imagine-se a seguinte hipótese: a denúncia atribui ao réu a prática de homicídio simples; o pedido de pronúncia do Mi-

⁹ Permanecem, portanto, inteiramente válidos os argumentos de Paulo Rangel (2006, p. 267): “Entendemos que diante do sistema acusatório, que tem como um dos seus objetivos manter a imparcialidade do órgão jurisdicional, não deve mais o juiz **provocar** o Ministério Público para aditar a denúncia, mantendo assim sua postura de sujeito processual imparcial. O Promotor de Justiça, face o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, é quem tem o dever de aditar a denúncia independentemente de manifestação judicial. Portanto, o aditamento quanto à oportunidade, que chamamos de provocado, não encontra amparo frente a Constituição da República sendo, conseqüentemente, inconstitucional”

nistério Público se mantém nos limites da imputação inicial, o juiz, vislumbrando prova de uma qualificadora – emprego de meio que dificultou a defesa da vítima, por exemplo –, determina a remessa dos autos ao Procurador-Geral, que, por sua vez, acompanha a convicção do juiz e oferece o aditamento, ou designa outro promotor para fazê-lo. Ainda que o juiz assegure ao acusado a oportunidade de defesa prevista pelo § 2º do art. 384 do CPP – manifestação prévia do defensor, produção de prova, novo interrogatório e debates – será sempre um *arremedo* de defesa, uma espécie de encenação imposta pela lei, pois este juiz já terá sua convicção formada a respeito daquela qualificadora. De que adiantará assegurar à defesa meios de prova para estabelecer a controvérsia sobre a nova imputação se, para o próprio juiz, a prova da qualificadora já está nos autos? Foi exatamente por essa razão que ele provocou o Ministério Público, indo diretamente ao Procurador-Geral: porque para ele, juiz, a circunstância não contida na denúncia foi satisfatoriamente demonstrada na instrução. A possibilidade de o julgador não pronunciar o réu pelo homicídio qualificado, nessas circunstâncias, será rigorosamente remota¹⁰. É o *in dubio pro societate* está aí para disfarçar esse prenúncio.

A preservação do estado das coisas como antes e, portanto, a persistência na violação ao sistema acusatório são tão claras que a crítica feita por Geraldo Prado (2001, p. 168) a *mutatio libelli*, ainda segundo a disciplina do revogado art. 384 do CPP, mantém-se atual:

O ideal, conforme o princípio acusatório, é que apenas ao autor seja permitido alterar a qualificação jurídica do fato, em qualquer hipótese. Se o acusador persistir na posição original, com a qual o juiz não concorda, cabe a este absolver o acusado, o que como regra geral não impedirá o processo pelo fato realmente verificado, já que este não foi objeto de deliberação, com força de coisa julgada. Não afeta a hipótese o princípio da proibição do *bis in idem* porque o fato julgado, independentemente da qualificação jurídica que lhe atribuíam as partes, é diferente do fato real, revelado ao longo do processo.

A lei parece se preocupar mais com a independência funcional do promotor natural – que não estará obrigado a oferecer o aditamento – do que com a imparcialidade

do juiz. Enquanto o promotor natural fica dispensado do encargo de acusar, acrescentando à imputação circunstância não descrita na denúncia, e nisso é preservado em sua convicção (*opinio delicti*), converte-se o juiz num verdadeiro acusador, que fala sobre o que está provado – muito embora não seja, até então, algo imputado ao réu – antes de efetivamente decidir sobre a acusação.

Vale destacar, ainda, os efeitos verdadeiramente desastrosos que essa dinâmica estabelecida para a *mutatio libelli* pode produzir em relação ao veredicto do Conselho de Sentença, especialmente diante da regra que impõe, agora, a entrega de cópia da pronúncia ao jurado (art. 472, parágrafo único, do CPP). Isto porque, muito provavelmente, o jurado, ao ler a pronúncia, perceberá que a qualificadora foi inserida na imputação por iniciativa do juiz. Não se trata, portanto, de uma questão cuja controvérsia lhe é apresentada pelas partes. O próprio juiz, sem provocação da acusação, reconheceu como comprovada aquela nova circunstância. Parece inquestionável que esse gesto do julgador refletirá na votação do quesito referente à qualificadora (art. 483, V, do CPP), com uma significativa redução das possibilidades de sua rejeição pelos jurados.

*Emendatio libelli*¹¹ e violação ao contraditório

O art. 418 do CPP passou a regular a *emendatio libelli* no rito do Júri após a entrada em vigor da Lei nº. 11.689/08. Apesar da mudança dos termos legais, permaneceu o problema¹²; a violação ao contraditório quando da modificação, pelo juiz, da classificação jurídica dada aos fatos na denúncia ou queixa¹³.

¹¹ Vale destacar a crítica que Gustavo Henrique Badaró (2000, p.166-167) tece à expressão *emendatio libelli*, que, terminologicamente, significaria uma correção ou emenda no libelo – peça que veicula a acusação – e que seria inaplicável às hipóteses reguladas pela lei processual penal brasileira, em que o juiz não altera a acusação, mas apenas confere à imputação fática nova classificação jurídica.

¹² O art. 383 do CPP trata do instituto no âmbito do rito comum ordinário, com a seguinte redação em seu *caput*: “Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave”. No procedimento do Tribunal do Júri, a matéria era tratada, anteriormente, no art. 408, § 4º, do CPP.

¹³ Fernando de Almeida Pedrosa (2001, p.293-302) diferencia desclassificação do delito, nova definição jurídica do fato e capitulação jurídico-penal dispositiva. A primeira seria o gênero do qual as duas outras constituiriam espécies, dando-se a nova definição jurídica do fato nas hipóteses da *mutatio libelli*, e a capitulação penal dispositiva nos casos da *emendatio libelli*. Sem questionar essa diferenciação – até mesmo porque não constitui o objetivo do presente trabalho – empregaremos, aqui, a expressão modificação ou alteração da definição ou classificação jurídica da imputação fática ao tratar da *emendatio*, pela similitude dessa fórmula com os termos legais.

¹⁰ Essas as razões pelas quais não parece razoável afirmar que “o juiz, ao tomar as providências do art. 384 ou de seu parágrafo único, não fica adstrito à nova definição e, tampouco, à prolação de um decreto de preceito condenatório” (PEDROSO, 2001, p. 302). Quando o juiz antecipa convicção sobre a prova de fato não referido na denúncia ou queixa, não o faz contando com a possibilidade de posteriormente ter que retratar-se desse juízo. Essa hipótese é absolutamente improvável.

O contraditório no processo penal, como já afirmado, não se limita à controvérsia sobre a imputação fática – comportamento que é atribuído ao réu pela acusação x comportamento que o réu alega – mas abrange também as questões de direito. A adequação dos fatos à norma incriminadora depende de um raciocínio que afeta, muitas vezes, o exercício da ampla defesa, ainda que a delimitação fática da acusação não seja substancialmente alterada. Pense-se, por exemplo, na hipótese em que o Ministério Público relata na denúncia conduta que configura crime de homicídio qualificado pelo motivo torpe (art. 121, § 2º, I, CP), mas classifica esse fato como homicídio qualificado pela futilidade do motivo (art. 121, § 2º, II, CP). Trata-se de qualificadoras que, conquanto de natureza subjetiva, pressupõem circunstâncias fáticas bem diversas. Aquilo que se considera motivo insignificante é bem diferente do que se toma como motivo abjeto. Matar o marido para receber o seguro de vida, por exemplo, inspira repugnância, muito embora não se possa ver, nessa justificativa para o ato criminoso, algo sem valor, sem importância. Pois bem, ao se defender, o réu não rebate apenas os fatos que configurariam o móvel da ação imputada, mas também seu sentido jurídico. Negar que um impulso possa ser adjetivado como vil não é o mesmo que negar sua pequenez ou insignificância diante da lesão causada pelo comportamento. Assim, sem refutar a existência da circunstância em si, pode a defesa simplesmente questionar sua adjetivação jurídica como torpe ou fútil. Ora, se os argumentos da defesa pretendem simplesmente descaracterizar a classificação jurídica de um fato ou circunstância, sem negar sua ocorrência, é ela indiscutivelmente colhida de surpresa quando o juiz confere a esse fato ou circunstância uma definição jurídica diversa – em relação à qual a defesa não teve a oportunidade de se insurgir – para condenar o acusado.

Discutir as questões de direito no processo penal implica não somente determinar qual norma incriminadora é aplicável no caso concreto, mas também realizar o controle de validade dessa norma – sobretudo constitucional – e interpretá-la. Por isso,

não parece que, numa perspectiva de efetividade e plenitude do contraditório, todas essas questões de direito possam ser subtraídas das considerações das partes, sob o pretexto de que *iura novit curia*. Ao contrário, o princípio do contraditório exige, em relação às questões de direito que possam fundar uma decisão relevante, que as partes sejam previamente consultadas (BADARÓ, 2000, p.34).

Assim,

em tais casos, para evitar uma lesão ou perda da efetividade do princípio do contraditório, o órgão jurisdicional deve, antes de exercer seus poderes oficiais e como pressuposto de eficácia de tais poderes, submeter à apreciação das partes tais questões, permitindo a contradição das mesmas (BADARÓ, 2000, p.35)¹⁴.

Essa exigência se reforça quando se tem em conta que o juiz não se vincula à nova classificação jurídica sobre a qual insta as partes a se manifestar. Ao contrário do que ocorre na *mutatio*, na *emendatio* não há antecipação de convencimento do juiz sobre o material probatório. Ele não diz o que está ou o que não está provado. Apenas afirma a possibilidade de os fatos descritos na denúncia ou queixa serem ajustados a outro tipo penal, sem falar se estes fatos ficaram ou não demonstrados na instrução. O juiz tão somente prenuncia que, na sentença, analisará a adequação típica dos fatos imputados tomando como paradigma mais de uma norma penal incriminadora. É exatamente este prognóstico, esta comunicação prévia, que facultará às partes uma manifestação sobre os fatos imputados, a partir de uma perspectiva jurídica não debatida, até então, no processo.

Analisada a questão de forma sistemática, a incoerência da *emendatio libelli* sem o contraditório torna-se ainda mais evidente. Vigora o entendimento de que o juiz não pode, ao longo do processo, alterar a classificação jurídica inicialmente dada aos fatos pelo acusador¹⁵. Isso só seria admitido na sentença. A incongruência desse raciocínio é indefensável: para assegurar ao réu o exercício de direitos como a suspensão condicional do processo ou a fiança, o juiz não poderia modificar a classificação jurídica dos fatos durante o processo, mas para condenar o acusado pela mesma imputação fática, porém a pena mais grave cominada a outro tipo penal, poderia fazê-lo, e sem dar às partes, especialmente à defesa, a oportunidade de sobre isso se manifestar! Ou seja: para condenar, vamos adiante; para garantir direitos subjetivos processuais, aguardemos a sentença.

Conclusão: o art. 418 do CPP deve ser interpretado conforme a Constituição. Não pode o juiz, no rito do Tribunal do Júri, pronunciar o réu pelos fatos imputados na denúncia, conferindo-lhes definição jurídica diversa, sem antes assegurar às partes oportunidade para se manifestar.

¹⁴ O mesmo autor informa que a exigência de prévia manifestação das partes sobre possível alteração da classificação jurídica encontra-se prevista no ordenamento jurídico de outros países, a exemplo da França e da Alemanha (BADARÓ, 2000, p.36-37).

¹⁵ Contundente crítica a esse pensamento, e com total procedência, é feita por Antonio Scarance Fernandes (2002, p. 220-229).

Considerações finais

O ranço inquisitivo do processo penal brasileiro é inegável. Ao juiz, que deveria tão somente julgar, são conferidos poderes de ampliar a acusação. O discurso que legitima essa mobilidade judicial é o da impunidade: para punir o acusado, vale tudo, até mesmo dar ao juiz poder para acusar, quando quem deveria fazê-lo não o fizer. A questão que não se costuma enfrentar – talvez por covardia – é a que diz respeito ao preço a ser pago por esse tipo de justiça. No Estado democrático de direito, a punição dos culpados pressupõe o respeito a valores tão caros ao homem quanto a própria justiça (dignidade humana, liberdade etc.). E a preservação desses valores constitui também função do juiz. Sem o distanciamento dos interesses e paixões que pautam as escolhas das partes – especialmente no Tribunal do Júri, em que a teatralização e a dramatização dos fatos são tão exploradas em plenário – jamais conseguirá o julgador efetivar o sistema acusatório eleito pela CF/88.

Iniciativas de tanto apelo como a *mutatio* e a *emendatio libelli* contribuem para forjar o juiz inquisidor, aquele que, a pretexto de evitar a impunidade, pode praticar atos visivelmente acusatórios, muito embora, com isso, se desvie do caminho que deve seguir para assegurar um julgamento imparcial. E esses são apenas dois exemplos dentre os vários que podem ser apontados em nosso processo penal, inclusive no Júri. O que faz o jurado quando reconhece uma qualificadora não sustentada em plenário pelo Ministério Público, mas que foi admitida na pronúncia? Substitui o acusador. Como não pode haver condenação sem acusação, o reconhecimento de uma qualificadora não mais atribuída ao réu por quem tem legitimidade para imputar – Ministério Público – transfere ao Conselho de Sentença o encargo anterior, pressuposto do julgamento, que é a acusação. E isso tudo em nome da sacrossanta “soberania do veredicto”, como se o jurado, por ser considerado, em relação ao réu, um semelhante, um par – similitude que só se pode aceitar como fruto de uma visão romântica do Júri, ou, o que é pior, enganosa (RANGEL, 2007, p. 43-45) – pudesse decidir sem qualquer compromisso com a harmonia do sistema acusatório.

Muito se esperou – e ainda se espera – pela reforma do processo penal brasileiro. Mas por uma reforma que sintetize o progresso, a evolução humanitária do principal instrumento da persecução penal. Uma reforma que expresse a exata compreensão de que o homem, não importa o que tenha feito ou do que esteja sendo acusado, continua a ser o cen-

tro das preocupações. O respeito à dignidade humana – que é atributo de todos nós, sem exceção ou mitigação – assim exige. O discurso atraente da celeridade, tão impregnado na vida contemporânea – as coisas devem acontecer em “tempo real”, como na internet! – e que tanto risco representa para os direitos fundamentais, especialmente quando afeta o devido processo legal, inspira mudanças para tudo permanecer como sempre esteve (COUTINHO, 2008, p. 11-13). É absolutamente imprescindível que se apreenda, de uma vez por todas, que não há celeridade, impunidade ou qualquer outro argumento que justifique converter o juiz em acusador. Enquanto permanecermos com essa visão, não teremos juízes, mas sim *justiceiros*, e estaremos a marcar passo na longa caminhada do progresso da humanidade.

Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 292 p.

_____. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 478 p.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim IBCCRIM*, v. 16, n. 188, p. 11-13, jul. 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 336 p.

_____. A mudança do fato ou da classificação no novo procedimento do júri. *Boletim IBCCRIM*, v. 16, n. 188, p.6, jul. 2008.

GOMES, Marcus Alan de Melo. Imputação penal e recebimento da denúncia: onde está a defesa? *Boletim IBCCRIM*, v. 15, n. 183, p. 14-16, fev. 2008.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal: o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 422 p.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. 300 p.

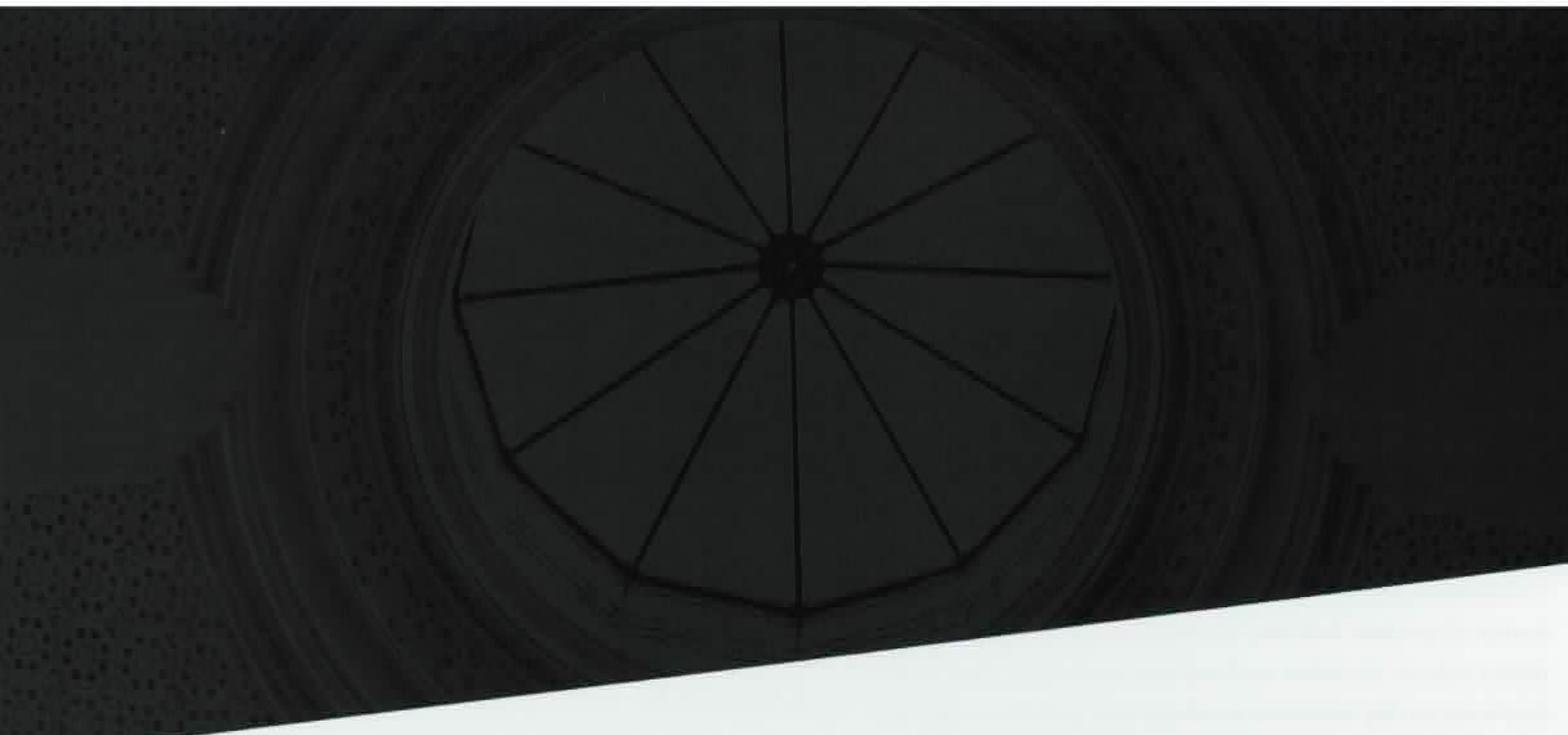
RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 854 p.

_____. *Tribunal do júri: visão lingüística, histórica, social e dogmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 166 p.

STOCO, Rui. Garantias asseguradas nos julgamentos de processos da competência do Tribunal do Júri (a constitucionalização do processo penal). *Boletim IBCCRIM*, v. 16, n. 188, p. 28-29, jul. 2008.

TOVO, Paulo Cláudio; TOVO, João Batista Marques. *Princípios de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 155 p.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 316 p.



Sérgio Renato Tejada Garcia
A nova Justiça Brasileira

Resumo

Embora sejam inegáveis os avanços havidos nos duzentos anos da Justiça Brasileira, a morosidade da prestação jurisdicional é o maior problema enfrentado pelo Poder Judiciário. O crescimento da demanda foi uma resposta à democratização e à confiança da população no Poder Judiciário, mas gerou uma crise. A Reforma do Judiciário visa a combater a morosidade, para o que não são suficientes as reformas legislativas, fazendo-se necessário o investimento em ferramentas que auxiliem juízes e tribunais a cumprir suas funções de forma menos burocrática e mais otimizada. A tecnologia da informação e da comunicação tem papel fundamental nessa empreitada, sendo o processo eletrônico o divisor de águas entre a Justiça do passado e a Justiça do futuro.

Palavras-chave

Poder judiciário – demanda. Morosidade. Acesso. Crise, Reforma do judiciário. Tecnologia da informação e da comunicação. Processo eletrônico.

Abstract

Notwithstanding the undeniable advances of Brazilian Justice throughout the last two hundred years, the tardiness of judgment is the greatest of all issues faced by the Judicial Power. The increased demand has proven a response to democracy and the credibility of the Justice System by the population; but it has also generated a crisis. The judicial Reform aims at tackling the tardiness, for which purpose the legislative reforms are not sufficient. Likewise, investment on tools which provide judges and courts with necessary aids for a less beaurocratic and more optimized development of their functions is necessary. Computer and communication technologies play a crucial role on this challenge, being the electronic process a landmark distinguishing the Justice of the Past and the Future.

Keywords

Judicial power – demand. Tardiness. Access. Crisis. Judicial reform. Computer and communication technology. Electronic process.

A nova Justiça Brasileira

The new Brazilian Justice

Sérgio Renato Tejada Garcia*

* Juiz federal, ex-Secretário Geral do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), professor da Escola da Magistratura Federal (ESMAFE) e professor licenciado da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade de Brasília (UnB) e mestrando em Direito do Estado pela PUC-RS, co-autor da obra *Importação e Exportação no Direito Brasileiro* (Editora Revista dos Tribunais, 2004), tendo concebido e criado o processo eletrônico da Justiça Federal e coordenado a equipe técnica de desenvolvimento do software e a instalação em 43 Juizados Especiais Federais e em três Turmas Recursais nos estados do Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina. Ex-presidente da Comissão de Estudos para Padronizar a Plataforma de Informática no Âmbito da Justiça Federal, onde coordenou a criação da Autoridade Certificadora da Justiça (AC-Jus), presidiu o respectivo Comitê Técnico até abril/2006. E-mail: tejada.garcia@gmail.com

Em 2008 a Justiça Brasileira completa 200 anos e o bicentenário, por mais paradoxal que possa parecer, ficará marcado como o ano do rompimento com o passado e do início de uma nova fase de eficiência, de transparência e de modernidade.

À época do Brasil colonial, o conceito de Justiça não era muito diferente daquele da Idade Média, quando era exercida pelos senhores feudais, muito mais em favor dos réus do que dos demandantes. Ainda depois da função da Justiça ter sido delegada a corpos funcionais especialmente treinados, conservava um aspecto sobre-humano e quase inatingível, expresso, por exemplo, na proibição de visitar, casar, tomar afilhados e até de divulgar as razões de suas decisões, que não precisavam ser explicadas a ninguém.

Nestes duzentos anos, a Justiça Brasileira evoluiu muito. Temos, hoje, uma Justiça incomparavelmente melhor, mais acessível e democrática. As decisões judiciais são fundamentadas e os julgamentos são públicos.

Entretanto, com todos estes avanços, ainda não conseguimos nos desvencilhar das amarras da burocracia medieval do processo, indutora da morosidade da prestação jurisdicional.

Se a garantia de uma Justiça justa levou a população brasileira a acreditar no Poder Judiciário a ponto de confiar-lhe mais de 45 milhões de processos, com um incremento anual de mais de 23 milhões de novos casos, não soubemos, na mesma proporção, renovar e atualizar nossos métodos de trabalho, ainda que tenhamos importantes exemplos em contrário.

Há uma década, mais precisamente no dia 22 de abril de 1998, um dos periódicos da maior metrópole brasileira, o jornal "O Estado de São Paulo", abria sua principal manchete de capa com a seguinte expressão: "A Justiça no Limite do Impossível". Para o referido diário, o fato de o Supremo Tribunal Federal (STF) do Brasil ter recebido 40.283 no ano anterior, vale dizer, mais de 3.700 processos por julgador, tornava a tarefa de dar conta à demanda de novas ações praticamente inviável.

Passados dez anos, o número de ações distribuídas anualmente para a Corte máxima do País praticamente dobrou, ou seja, só no primeiro semestre deste ano, o total de recursos recebidos no STF equivalem ao total de um ano

inteiro de há dez anos atrás, conforme se extrai do site do STF (www.stf.gov.br). O número de julgadores do Excelso Pretório, entretanto, continua o mesmo. Se contarmos todo o Poder Judiciário, o montante de casos novos ronda a casa dos 22 milhões por ano e o quadro de magistrados e servidores está praticamente engessado em razão dos limites da Lei de Responsabilidade Fiscal.

O motivo do vertiginoso crescimento da demanda se deve, principalmente, aos novos ares democráticos instalados no País, depois de tantos anos de obscurantismo político, incentivando o exercício dos direitos da cidadania, criando novos direitos individuais, supra-individuais, coletivos e difusos implantados ou reforçados pela Constituição Brasileira de 1988 e, sobretudo, instituindo mecanismos mais modernos e eficazes de acesso ao Poder Judiciário.

Em decorrência da falta de condições para atender à crescente demanda, cujos recursos operacionais em muito pouco se alteraram, há, cada vez mais, demora na solução final das demandas, ou na entrega da prestação jurisdicional, como costumam repetir os juristas, causando uma quase incontornável morosidade judicial. Aí reside uma das principais causas da denominada crise do Poder Judiciário.

É certo que a morosidade não é o único problema do Poder Judiciário Brasileiro. Mas certamente é o mais sensível e o mais grave deles, a ponto de a Emenda Constitucional nº 45, fio condutor da Reforma do Judiciário, ter instituído o direito do cidadão à razoável duração do processo. Cabe, então, não só ao Poder Judiciário, mas a todo o Governo, instituir medidas saneadoras para atender ao novel comando da Lei Maior.

Contudo, recente pesquisa realizada pela Universidade de Brasília (UnB) revela que 83% da população brasileira acredita que é útil recorrer à Justiça e quase 60% dos cidadãos confiam nos juízes. Entretanto, é preciso melhorar esses números.

Como é sabido, a Justiça é a garantia do Estado de Direito, da Democracia e dos direitos, prerrogativas e liberdades públicas e privadas dos indivíduos, em especial da vida, da liberdade e do patrimônio dos cidadãos. Mais que isso, uma prestação jurisdicional efetiva traz benefícios à Nação como um todo. Um estudo econômico divulgado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) (www.ipea.gov.br) demonstrou que uma justiça ineficiente provoca redução da taxa de crescimento de longo prazo do País em 25%. Ao contrário, com uma justiça eficiente,

o Brasil pode crescer 0,8% ao ano, aumentar a produção nacional em até 14%, a taxa de desemprego cairia quase 9,5% e o investimento aumentaria em 10,4%. Já o Banco Central do Brasil anunciou que 20% da composição do *spread* bancário se deve à margem de segurança inserida na taxa de juros. Enfim, a morosidade da Justiça interfere não só na vida do cidadão que recorre a ela, mas também no dia-a-dia do brasileiro que tanto reclama da falta de emprego, da falta de crescimento do país, dos juros altos etc. Vale a pena para todos, portanto, investir para que tenhamos uma Justiça mais rápida e célere.

Quando o tema é modernização da Justiça, a palavra de ordem é combater a morosidade. A melhoria da eficiência da Justiça passa, necessariamente, por soluções externas e soluções internas, como bem salientou o Ministro Celso de Mello, decidindo monocraticamente o MI 715/DF:

Imbuídos desse espírito, os Senhores Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, por considerarem que "a morosidade dos processos judiciais e a baixa eficiência de suas decisões retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença dos cidadãos no regime democrático", propuseram, dentre outras medidas, (1) a implementação da Reforma Constitucional do Judiciário (EC 45/2004), (2) a reforma do sistema recursal e dos procedimentos, por meio de apresentação dos concernentes projetos de lei, apoiados em propostas formuladas por juristas, magistrados e entidades da sociedade civil, (3) a constituição de uma Comissão para apresentar metas claras para a progressiva ampliação da Defensoria Pública da União, (4) a coordenação, pelo Ministério da Previdência Social, de um diálogo com os juízes, para que os procedimentos observados na concessão de benefícios previdenciários e assistenciais sejam aperfeiçoados, melhorando o atendimento aos cidadãos e desonerando a máquina judicial, (5) a viabilização de soluções relativamente às execuções fiscais, com base em proposta já formalizada pelo Conselho da Justiça Federal, (6) a realização de debates e audiências de conciliação visando à construção de modelos institucionais e à adoção de providências que resultem na superação do problema dos precatórios vencidos, (7) a implementação de um banco de dados no qual serão identificados todos os casos de graves violações contra os direitos humanos, a partir da plena integração do Brasil nos Sistemas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos, (8) a inclusão, na agenda parlamentar, de projetos de lei que visem a regular e incentivar os procedimentos eletrônicos no âmbito judicial, (9) o funcionamento do Banco Nacional de Dados sobre o Poder Judiciário

e a implementação, sob a coordenação do Supremo Tribunal Federal, do Centro Nacional de Estudos e Pesquisas Judiciais, (10) a realização de um esforço de coerência entre a atuação administrativa e as orientações jurisprudenciais já pacificadas, com a edição de súmulas administrativas e, finalmente, (11) o incentivo à aplicação de penas alternativas. (www.stf.gov.br)

Esse foi o principal mote da chamada Reforma do Judiciário, promovida pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Como se vê, o combate à lentidão da Justiça não requer só reformas legislativas, embora, reconheça-se, essas sejam essenciais. Há que se investir também em ferramentas que auxiliem juízes e tribunais a cumprir suas funções de forma menos burocrática e mais otimizada.

Nesse mister, a tecnologia da informação e da comunicação desempenha papel fundamental. Hoje, sem o auxílio da informática, os cartórios judiciais literalmente param.

Comemore-se, pois, a promulgação das Leis 11.280/06 e 11.419/06. Estas iniciativas deverão provocar uma revolução na Justiça. Estão agora autorizados o processo totalmente virtual, sem papel, a utilização do diário oficial eletrônico, as citações e intimações por meio eletrônico, a certificação digital, a requisição eletrônica de documentos instrutórios e o cumprimento de sentenças através da troca de bancos de dados, entre outras inovações. Na verdade, por meio desse conjunto de medidas legislativas é que está sendo implementada a verdadeira reforma do Poder Judiciário.

Trata-se de uma reforma que começou silenciosamente, sobretudo na Justiça Federal, que, antecipando-se à lei, já tem mais de 80% de seus juizados especiais totalmente virtualizados, e onde o processo eletrônico já responde por 60% dos novos casos. Já há, nesses juízos, mais de dois milhões e meio de processos totalmente digitais.

Toda essa experiência demonstrou que o processo eletrônico constitui-se em uma das ferramentas mais eficazes de combate à burocracia do processo e à morosidade processual. Em torno de 70% do tempo de processo é perdido com atos meramente ordinatórios. São certidões, protocolos, juntadas, registros, costuras, carimbos e uma infinidade de procedimentos burocráticos. Pois o processo eletrônico automatiza e realiza esses atos em frações de segundos, quando não os abole integralmente. Assim, o processo se transforma todo ele em tempo nobre, em atividade típica.

Quem ganha com isso é o cidadão, que tem uma prestação jurisdicional mais ágil e transparente, já que os autos podem ser visualizados na internet, em tempo real, de qualquer lugar do mundo. Os operadores do direito também são beneficiados. Eles também passam a ter acesso à Justiça 24 horas por dia e sete dias por semana. Não há mais horário de funcionamento. Não há mais portas fechadas para o jurisdicionado.

A economia para os cofres públicos também impressiona. Em breve, não haverá mais necessidade de prédios imensos e de uma infinidade de armários só para guarda de papéis. Os servidores hoje dedicados a atividades meramente de estiva poderão ser deslocados para outras atividades mais gratificantes.

Só no Supremo Tribunal Federal tramitaram, em 2006, aproximadamente 680 toneladas de papel em recursos extraordinários e em agravos de instrumento. Fossem digitais todos esses processos, teria havido grande economia para os cofres públicos em papéis, energia, combustíveis etc.

Imagine-se o resultado se considerarmos o Brasil como um todo. Só no ano passado, ingressaram aproximadamente 23 milhões de novas ações no País, nas quais foram utilizadas cerca de 46 mil toneladas de papel. Para produzir essa quantidade, é necessário cortar 690 mil árvores, o que corresponde ao desmatamento de uma área aproximada de 400 hectares, e o consumo de 1,5 milhão de metros cúbicos de água, o suficiente para abastecer uma cidade de 27 mil habitantes durante um ano.

Pode-se afirmar que o processo eletrônico é o divisor de águas entre a Justiça do passado e a Justiça do futuro. É o talvegue entre o conservadorismo e a modernidade. Até então tudo o que se fez foi pouco mais que "informatizar a burocracia", pois o processo judicial da Terra de Santa Cruz em pouco ou nada mudou desde as Ordenações Afonsinas, Filipinas e Manoelinas, que foi o Direito que Portugal legou à terra do Pau Brasil.

Gisele Santos Fernandes Góes

Defesa do devedor na execução de título extrajudicial:
principiologia e técnicas processuais de efetividade

Resumo

No Direito Processual Civil pátrio, observamos que há uma grande preocupação com os princípios constitucionais e todas as mudanças na execução não foram elaboradas para reduzir o objetivo da interpretação, ao contrário, especialmente pelo Poder Judiciário são voltadas para o engrandecimento. Embora as grandes transformações pretendam alcançar a satisfação dos jurisdicionados, hodiernamente os mitos ou dogmas precisam ser rompidos. Temos que sempre compreender o Direito Processual Civil sob a óptica dos interesses gerais da sociedade.

Palavras-chave

Valor. Processo civil. Poder judiciário. Interpretação. Execução. Princípios.

Abstract

In the sphere of the national civil procedure law, we have observed that there is a great concern towards the constitutional principles and that all the changes concerning execution have not been enough to reduce the scope of interpretation, specifically by the Judicial Power. Even though the deep changes intend to reach the general satisfaction some pre established myths and dogmas remain alive nowadays and should be banished specially by those who run the law. We have always to bear in mind, civil process main concern should be that of the meeting the society's general interests.

Keywords

Value. Civil process. Judicial power. Interpretation. Execution. Principles.

Defesa do devedor na execução de título extrajudicial: principiologia e técnicas processuais de efetividade

Defense of debtors in extra-judicial execution of bonds:
principles and effective procedural techniques

Gisele Santos Fernandes Góes*

* Doutora/Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e Mestre/Universidade Federal do Pará (UFPA). Professora da UFPA e de Cursos de Pós-Graduação. Procuradora do Trabalho. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e do Instituto de Derecho Procesal. E-mail: gisagoes@msn.com.

Considerações gerais: princípio da conglobação nos embargos

Existem três modalidades de embargos que podem vir a incidir na seara do título executivo extrajudicial, quais sejam: a) embargos à execução em face de título executivo extrajudicial; b) embargos de retenção por benfeitorias; e c) embargos à adjudicação, alienação ou arrematação.

No que tange aos embargos à execução diante de título executivo extrajudicial, eles ganham nova feição, em razão de que não mais é necessária a garantia do juízo da execução pelo teor reformado do art. 736 do Código de Processo Civil (CPC) proveniente da Lei 11.382, de 2006.

Pela redação anterior, poderiam ser opostos os embargos, caso se verificasse a penhora (execução por quantia certa), depósito (execução para entrega de coisa) ou caução (real ou fidejussória). Então, hoje eles são cabíveis, desde que enquadrados numa das matérias do art. 745 do CPC.

Significa dizer que se simplificou a conduta para o devedor? Ao revés, o legislador, de modo sábio, valeu-se do princípio da conglobação, concentração ou unificação procedimental, incluindo a segunda modalidade de embargos que é de retenção por benfeitorias, como um dos conteúdos inseridos nos embargos à execução.

Quanto aos embargos de retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, eles continuam com o seu cabimento atrelado

à execução para entrega de coisa certa, mas a sua maior modificação foi a de que deixaram de ser autônomos, como uma espécie a mais de embargos, e passaram a constituir um dos fundamentos dos embargos à execução.

O que se deseja exteriorizar é que com esse princípio que ora se designa de conglobação é o de que não havia razão de ser para os embargos de retenção por benfeitorias terem um regime jurídico de tratamento solitário no art. 744 do CPC. A prescrição legal em comento, hodiernamente revogada, induzia à conclusão de que eles eram autônomos, sem poderem ser absorvidos pelos embargos à execução e seu tratamento se resumia ao dispositivo legal citado, possuindo oxigênio próprio, sem pontos de contato com os embargos.

Nunca se justificou essa desigualdade e imposição de dualidade, tanto no aspecto formal, procedimental, quanto no material, de conteúdos isolados entre embargos à execução e de retenção por benfeitorias.

A ruptura no sistema processual executivo de defesa provocava uma inadequação formal, porque rompia o procedimento em dois embargos, sem nenhuma lógica, como dois

mundos inconciliáveis, trazia onerosidade para o processo, violando-se o princípio da economia processual e, no aspecto da proporcionalidade, a relação do custo-benefício, além de conduzir à inadequação material.

É, por último, no item dos embargos à adjudicação, alienação ou arrematação, ajustou-se à nova sistemática dos arts. 685-A e 685-C, especialmente, porque não mais se privilegia a arrematação, mas, como primeiro momento, a adjudicação, após a alienação por iniciativa particular e, como última medida, a arrematação (alienação via hasta pública).

Na lógica da Lei 11.382/06, os embargos à execução de título extrajudicial mantiveram-se autônomos, mais uma vez por escolha do legislador, em razão do disposto no art. 736, parágrafo único.

Portanto, a cisão ficou totalmente nítida: autonomia para a execução de título extrajudicial, por não existir ação de cognição originária e quebra da autonomia para os títulos executivos judiciais.

Não suspensividade da eficácia do título executivo extrajudicial pelos embargos

Sob essa ordem de raciocínio da simplificação procedimental, o art. 739-A do CPC estabelece, como regra geral, a não suspensividade do título via embargos do executado. Como toda boa regra deve ter sua exceção, porquanto nem sempre os fatos da vida guiam para a mesma conclusão, o §1º do art. 739-A diz que o magistrado pode conceder o efeito obstativo (*ope iudicis*), desde que presentes os requisitos da relevância da fundamentação e comprovação de que o prosseguimento da execução pode acarretar grave dano de difícil ou incerta reparação. Só que o legislador da reforma, para garantir ainda mais o exeqüente e a condição excepcionalíssima desse efeito, dispôs que ele pode repercutir na execução, caso ela esteja assegurada por penhora, depósito ou caução suficientes.

Se a execução tem por intuito maior a realização do direito de crédito, houve coerência do legislador em três momentos:

- a) só pode incidir o efeito suspensivo sobre o título, com a garantia do juízo da execução (§1º do art. 739-A do CPC);
- b) o efeito em debate não impede a concretização dos atos de penhora e de avaliação dos bens, vedando, assim, apenas a expropriação final (§6º do art. 739-A do CPC); e
- c) como a finalidade é dar realizabilidade ao procedimento executivo, em verificando o juízo o desacerto

do efeito suspensivo, pode, em requerendo a parte – exercício do princípio dispositivo –, cassar ou revogar a qualquer tempo a sua decisão, consoante o princípio da persuasão racional (§2º do art. 739-A do CPC).

Como não se tem mais automaticamente o efeito suspensivo (*ope legis*), nas circunstâncias de hoje é o magistrado quem avalia o grau de necessidade e de abrangência desse efeito e, sendo assim, pode oscilar sobre uma parte do objeto da execução ou sobre o todo da execução. Se for a primeira hipótese de parcialidade de atribuição do efeito sobre o conteúdo da execução, nada impede que ela prossiga quanto à parte restante, como previsto no §3º do art. 739-A do CPC.

Se a formação litisconsorcial entre os executados preserva a autonomia e a independência entre os co-litigantes, o efeito suspensivo sobre o rito executivo para um deles não afetará os que não embargaram, se a matéria aproveitar somente a ele, porém, se for comum, todos se beneficiarão pelo fundo da matéria que está sendo discutida e que atinge o conjunto, sobressaindo-se o caráter unitário (§4º do art. 739-A do CPC).

Procedimento após os embargos: princípios da isonomia e simetria para o exeqüente

Após o exame do procedimento, em função da oposição dos embargos pelo executado, tem-se a continuidade do procedimento, em conformidade com o art. 740, *caput*, o qual estatui a oitiva do exeqüente no prazo de quinze dias, em obediência ao princípio constitucional do devido processo legal, tanto no seu aspecto processual, quanto substancial, derivando-se na abordagem rigorosamente para o contraditório e ampla defesa.

Como se nota pelo art. 740, *caput*, do CPC, a alteração quanto ao prazo de dez dias para quinze dias deve-se aos princípios da isonomia e simetria, tendo em vista que, como houve variação do prazo para oposição dos embargos de dez para quinze dias, não se poderia deixar de trabalhar com o mesmo prazo para a resposta aos embargos pelo credor.

Ênfase na conciliação

Como seqüência natural do procedimento, o magistrado tem duas alternativas: ou julga imediatamente o pedido, por possuir elementos suficientes para a formação da sua convicção, ou designa audiência de conciliação, instrução e julgamento (art. 740 do CPC).

Merece destaque o fato de que, anteriormente, a audi-

ência era apenas de instrução e julgamento e, pela reforma, introduziu-se o núcleo da conciliação. A alteração é extremamente elogiável, por causa da inevitável adaptação cultural, ficando expressa no texto, para uma perspectiva de inculcação ideológica, no sentido de sempre se avançar para o adimplemento por meio dela e não do doloroso caminho da expropriação, em termos de delonga processual. Porém, não se pode deixar de mencionar que, mesmo no sistema anterior, era permitida a conciliação, com esteio nos arts. 331, 447 e 448 c/c 598 do CPC. E, por fim, o juízo prolata o provimento jurisdicional da sentença.

Ratifica-se a natureza jurídica dos embargos como ação, portanto.

Cognição sumária dos embargos: indeferimento liminar

São quatro as hipóteses de indeferimento liminar dos embargos extraídas da redação do art. 739, sendo as três primeiras expostas nos incisos e a última prevista no §5º do dispositivo em destaque do CPC.

Nos incisos do art. 739, duas situações foram preservadas, mas alteradas formalmente, e uma acrescentada.

A antiga redação se reportava a embargos apresentados fora do prazo legal e, doravante, corrige-se para o nome técnico do fenômeno "intempestivos".

O inciso II, o qual dispunha que seriam indeferidos no caso de algumas das hipóteses do art. 741 do CPC, foi revogado, porque o art. 741 teve modificação e apenas se encontra voltado para os embargos à execução no âmbito da execução em face da Fazenda Pública.

Logo, o atual inciso II agasalhou o que antes era o III, contudo, ele restringiu o indeferimento dos embargos somente às hipóteses de inépcia da petição inicial, e a disposição legal revogada era muito mais ampla, pois contemplava "os casos do art. 295", ou seja, não só os de inépcia da petição (falta de pedido ou causa de pedir, narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão, pedido juridicamente impossível, e pedidos incompatíveis entre si), mas também o restante do rol do art. 295, que insere parte manifestamente ilegítima, autor carecer de interesse processual, verificação imediata de decadência ou prescrição, não correspondência do tipo de procedimento escolhido pelo autor com a natureza da causa ou valor da ação, e não atendimento das prescrições dos arts. 39, parágrafo único, e 284 do CPC.

Com efeito, preferia-se a manutenção da redação mais abrangente por encampar todo o rol previsto do art. 295 do CPC.

O último inciso III do novel art. 739 é uma novidade nessa seara do procedimento executivo, visto que os embargos podem ser indeferidos liminarmente, quando forem manifestamente protelatórios.

Ponderam doutrinadores (WAMBIER, L.; MEDINA, WAMBIER, T., 2007, p. 204) que não se deve ter o indeferimento apenas pelo fundo protelatório da peça processual, mas associado a alguma das circunstâncias previstas nos arts. 295 ou 285-A do CPC, justificando-se, assim, a motivação desse sentido protelatório.

Destaque no indeferimento liminar: §5º do art. 739-A do cpc – excesso de execução e boa fé objetiva

Como derradeira hipótese de indeferimento *in limine* dos embargos à execução, tem-se o §5º do art. 739-A do CPC. Se o executado sustenta sua peça de embargos em excesso de execução, é obrigado a apontar especificamente na petição inicial o valor que entende como correto, oferecendo a memória do cálculo. Com isso, amarra-se o executado a não somente suscitar o excesso de execução, sem indicar a prova.

O ponto primordial do desenvolvimento da relação jurídica processual é a controvérsia, e esta só incide, desde que se argumente, comprovando-a. Sem tal base, torna-se a parcela incontroversa, o que acarretará, necessariamente, o julgamento parcial da lide, a teor do disposto no §6º do art. 273 do CPC, que o legislador denominou de antecipação de tutela, com o qual discordamos.

Abonamos o magistério de Fredie Didier Jr., Paula Sarin Braga e Rafael Oliveira (2007, p.573), para quem

A mais importante observação que se deve fazer sobre o §6º do art. 273 diz respeito à sua natureza jurídica: não se trata de tutela antecipada, mas, sim, de resolução parcial da lide (mérito). A topografia do instituto está equivocada.

A magnitude de tal regra está em se repelir a prática do abuso do direito de defesa, no que se traduz nos princípios da lealdade e cooperação processual e, essencialmente, no da boa fé objetiva, transplantando-se o art. 422 do Código Civil (CC) para o cerne processual. Não é digno de chancela processual o comportamento do exe-

cutado em prol do descumprimento sem exercício algum de motivação. A técnica processual não pode tolerar essa conduta. Pode-se discutir o inadimplemento, se existe o conteúdo de amparo para a atitude.

Uma das manifestações da boa fé objetiva é o *tu quoque* ou *turpitudinem suam allegans non auditur* ou *equity must come with clean hands* que expressa o conhecido e vetusto brocardo jurídico de que “ninguém pode aproveitar-se da sua própria torpeza”.

Logicamente que a boa fé objetiva processual existe e seu tratamento, com certeza, é também de cláusula geral, patenteando-se, nesse sentido, mais ainda, porquanto as partes e qualquer um que ingresse no processo devem agir na relação jurídica processual com boa fé, consoante o art. 14, inciso II do CPC que enumera os deveres deles.

Nessa ordem de idéias, o conteúdo do juízo de admissibilidade vincula-se às questões processuais, entretanto, deu um passo mais além, por não se subsumir a esses elementos, trazendo à tona o elemento da conduta abusiva do executado, que, ao não motivar a prática do seu ato de defesa, ocasiona a plenitude do direito material ao exeqüente e a satisfação imediata dos seus direitos via cognição exauriente.

Então, prestigiam-se os princípios da probidade, lealdade, economia, cooperação e boa fé objetiva processual. Eles irradiam para todo o procedimento executivo, mas, especialmente, devem pulsar na defesa do devedor, para configurar e isolar das técnicas processuais/procedimentais toda e qualquer forma de abuso dos direitos processuais que somente tem a perspectiva de obstaculizar o alcance da satisfação do direito material, o que definitivamente deve ser repellido! O direito processual não pode se tornar uma ferramenta impeditiva da concretização do direito material, ao contrário, deve proporcionar de modo eficaz, ágil e adequado a realização do exercício desse direito.

Conteúdo dos embargos – art. 745 do CPC

As matérias que são objeto dos embargos são: nulidade da execução, incorreções da penhora ou da avaliação, excesso de execução ou acumulação indevida, retenção por benfeitorias, e defesas próprias do processo de cognição.

Conclui-se que a primeira hipótese agasalha não apenas a ausência de título executivo (art. 585 do CPC), mas também a de exeqüibilidade do título (art. 586 do CPC). E, além disso, não está restrita à via dos embargos, por se constituir em ques-

tão de ordem pública¹, cuja apreciação pode ser por simples petição, como despontava já na sistemática processual anterior com base no art. 618 do CPC. Para nós, trabalha-se no presente dispositivo legal com norma de invólucro de natureza jurídica de ordem pública absoluta, por ser um comando imperativo pelos arts. 585, 586 e 618 do CPC e irrenunciável.

A segunda hipótese do dispositivo em discussão é a de incorreções da penhora ou da avaliação. Prefacialmente ao ingresso no conteúdo do que isso representa para os embargos, chama-se a atenção para observação extremamente razoável realizada por Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Wambier e Miguel Medina (2007, p. 223), de que o legislador

talvez tenha se esquecido de que não só a penhora não é mais pressuposto para os embargos (art. 736), como também de que, com a reforma, a penhora ordinariamente ocorrerá em momento posterior àquele em que devem ser apresentados os embargos. Excepcionalmente, terá sido realizada a penhora em momento diverso, como, por exemplo, no caso de ter havido anteriormente arresto cautelar.

Por incorreções sobre a penhora ou avaliação, deve-se entender que, para a penhora, sucedem no desenvolvimento do ato executivo, questões de natureza formal e material insertas no auto de penhora, por exemplo, e, quanto à avaliação, pode ocorrer que o valor tenha sido estimado de modo a comprometer a eficácia futura dos atos expropriatórios como a adjudicação e/ou situações da alienação ou arrematação, consoante o art. 647 do CPC.

É fundamental elucidar que as questões de impenhorabilidade (art. 649 do CPC) ou violação da ordem de preferência (art. 655 do CPC) são circunstâncias que refogem ao núcleo dos embargos, sendo passíveis de serem suscitadas via simples petição pelo fundo de ordem pública, porém, compreende-se que a impenhorabilidade é de característica de ordem pública absoluta, mas a ordem legal de preferência é de contorno de ordem pública relativa, no sentido de que as normas são imperativas, porém, renunciáveis pela parte, podendo ela remanescer com um bem imóvel (inciso IV do art. 655 do CPC), ao invés de móvel que é anterior na citada enumeração legal (inciso III do art. 655 do CPC)².

¹ STJ 4ª T., REsp 39.268-3-SF Rel. Min. Barros Monteiro, Ac. J. 13.11.94, DJU 29.04.96 (RSTJ 85/256).

² Critérios de ordem pública absoluta e relativa são manejados em nossa Tese de Doutorado (GÔES, 2007).

O terceiro objeto trata do fenômeno do excesso de execução ou cumulação indevida de execuções.

O excesso de execução recai sobre quantia superior a do título executivo ou objeto diverso do previsto no instrumento executivo.

A cumulação devida é estatuída no art. 573 do CPC que viabiliza a reunião de várias execuções, mesmo que os títulos sejam diferentes, porque se tem o mesmo devedor perante o credor e a mesma competência do juiz e identidade quanto à forma do processo. Seria indevida a que rompesse com um desses parâmetros legais.

Mas não se deve esquecer que a expressão “cumulação indevida” também acoberta o problema de várias execuções sobre o mesmo título, quando se tem garantias diversas, como, por exemplo, sobre o instrumento contratual e sobre uma duplicata atrelada às bases contratuais. O Superior Tribunal de Justiça (STJ)³ repele e invoca o suporte principiológico da economia processual, menor onerosidade e vedação de *bis in idem*, no que confirmamos integralmente.

Na quarta hipótese dos embargos foi introduzida a questão de retenção por benfeitorias, com fulcro no próprio direito material, aliando-se a técnica processual ao Direito Civil, binômio inseparável. O art. 1219 do CC *in fine* prevê explicitamente o direito à retenção quanto às benfeitorias necessárias e úteis⁴.

A última hipótese é extremamente genérica e abarca todas as defesas próprias do processo de cognição.

A redação é ampla, como já era no CPC de 1973, pois o exequente não teve o desenvolvimento da relação jurídica processual de conhecimento, com ampla dilação probatória, ingressando no Judiciário diretamente no feito executivo.

Portanto, pode o executado invocar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do credor, como, por exemplo, o pagamento ou novação ou existência de vícios redibitórios etc. Postula, assim, um bem jurídico ou reconhecimento de uma situação jurídica.

Entende Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 214) que se trata de “uma ação de cobrança em sentido figurado”. Já Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Wambier e Miguel Garcia Medina (2007, p. 225) consideram como “uma verdadeira ação redibitória contra o exequente”.

Seja em um ou no outro sentido, o que se pode asseverar é que a rigor, nessa hipótese, tem-se ação de conhecimento, embora ajuizada incidentalmente.

Para fazer o *link* com a parte inicial, após as observações feitas sobre as cinco hipóteses de embargos, a cognição judicial dos embargos pode acontecer de dois modos:

- 1) ou se tem verdadeiramente um ato postulatório que gera uma ação incidental, como, sem sombra de dúvida, as hipóteses dos incisos V, das defesas próprias do processo de conhecimento, e do IV quanto a de retenção por benfeitorias, ou;
- 2) nada há de inovador sobre os elementos da demanda executiva e, em que pese a roupagem vir denominada como embargos, na verdade é apenas uma defesa incidental, como as questões ligadas aos requisitos do título executivo ou incorreções da penhora ou avaliação⁵.

Cabimento da exceção de pré-executividade?

Como, atualmente, não se precisa mais da garantia do juízo para se opor embargos, discute-se se ainda remanesce o cabimento da exceção de pré-executividade.

O conteúdo da exceção de pré-executividade é atinente essencialmente às questões de ordem pública, como as condições da ação e pressupostos processuais, por isso, preferem muitos doutrinadores, inclusive, nominá-la de objeção de executividade, contudo o STJ passou a alargar um pouco seu sentido e não mais a vincula apenas a esse rol, mas inclui o pagamento e prescrição (hoje *ex officio* pelo §5º do art. 219 do CPC), desde que não haja necessidade de dilação probatória⁶.

Por conseguinte, ela serve para abreviar o curso do procedimento executivo, pois, por simples petição se provoca o juízo para a extinção da execução, com base numa das situações mencionadas.

Ocorre que sua maior eficácia se apresentava para o sistema processual anterior à reforma no momento prefacial à penhora, ou seja, o devedor, antes de ser obrigado a garantir

³ Nesse mesmo rumo (WAMBIER, L.; WAMBIER, T.; MEDINA, 2007, p. 226)

⁶ PRESCRIÇÃO. DÍVIDA ATIVA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. AÇÃO. SÓCIO. É cabível a arguição da prescrição em exceção de pré-executividade se não houver necessidade de dilação probatória. Outrossim, o prazo para o redirecionamento da ação de execução fiscal, quanto ao sócio responsável pelo pagamento, é de cinco anos a contar da citação da empresa devedora. Precedentes citados: REsp 388.000-RS, DJ 28/11/2005; REsp 740.025-RJ, DJ 20/6/2005; REsp 722.515-SP, DJ 6/3/2006, e REsp 851.410-RS, DJ 28/9/2006. REsp 769.152-RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 24/10/2006. 2. T. Informativo STJ n. 302.

² STJ, 4ª T. REsp 24242-7-RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, Ac. j. 08.08.95, DJU 02.10.95, RSTJ 79/229.

⁴ Art. 1219 – “O possuidor de boa fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e **poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis**.” (grifo nosso).

o juízo oferecendo bem à penhora, fazia a proposição da exceção de executividade, com prova pré-constituída e discutia aquelas situações jurídicas relevantes, com o intuito de não padecer atos expropriatórios sem nenhum motivo. Dessa feita, obtinha a suspensão da eficácia do título executivo por meio desse incidente.

Como feita à exposição, qual a utilidade da exceção/objeção nos dias atuais, se os embargos podem ser opostos em 15 dias após a juntada aos autos do mandado de citação, sem garantia do juízo?

Luiz Wambier, Teresa Wambier e Miguel Medina (2007, p. 194) entendem que resta à exceção/objeção apenas a função de serem suscitadas as questões de ordem pública que não estão sujeitas a preclusão. No mesmo caminho, Daniel Neves, Glauco Ramos, Rodrigo Freire e Rodrigo Mazzei (2007, p. 466) dizem que essas questões são “estruturantes, de cognição pública”.

O exemplo que se oferece é o de que, caso o devedor não oponha embargos e verifique que está ausente uma das condições de procedibilidade para a eficácia do título executivo, pode acionar o juízo, por intermédio da exceção/objeção.

Para Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 177-182), a exceção/objeção também perdura após a Lei 11.382/06, pois mesmo sem precisar garantir o juízo para embargar, é muito mais onerosa e arriscada a oposição de embargos que leva a ônus e despesas processuais.

Embargos à adjudicação, alienação e arrematação – embargos de 2ª fase

Antes da Lei 11.382/06, os embargos eram somente à arrematação ou à adjudicação. Com a introdução da alienação por iniciativa particular e com o deslocamento da arrematação para um plano posterior aos da adjudicação, preferencialmente e alienação por iniciativa particular, caso não se concretize a adjudicação, mudou fatalmente a ordem dos momentos do procedimento expropriatório e possibilidade de oposição de embargos sobre eles – 1º- embargos após adjudicação; 2º- embargos após alienação por iniciativa particular; e 3º- embargos após arrematação.

Hodiernamente, num primeiro plano, o artigo se ajustou a essa ordem de preferência. No segundo plano houve uma alteração substancial quanto ao conteúdo. No art. 746 sem reforma, falava-se em nulidade da execução, pagamento, novação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à penhora. A novel redação é muito mais

abrangente e completa, porque sobressalta a nulidade da execução, mas não se enclausura enumerando as formas de término da relação obrigacional, apenas se faz valer de expressão genérica, como deve ser, e, por isso, atém-se a qualquer “causa extintiva da obrigação”, com o condicionamento de que seja superveniente à penhora, pois se for antes desse momento, não é matéria própria para a via dos embargos aqui em comento.

Os parágrafos do art. 746 constituem novidade para o sistema processual civil pátrio. O §1º permite ao adquirente, em função do conhecimento dos embargos do executado, que desista da aquisição do bem. Trata-se de ato dispositivo, devendo, conforme o §2º, o magistrado deferir a pretensão do adquirente de plano, liberando-se o depósito realizado pelo adquirente.

A lógica dessas regras legais está amparada no princípio da segurança jurídica, pois o adquirente não pode ficar atrelado a um bem contra a sua vontade, se ele, após os embargos opostos pelo executado, convence-se de que é um negócio de alto risco e não pretende arcar com ele. Com essa preocupação do legislador com o adquirente, prestigia-se a arrematação e tende-se, hoje, a um incremento no número de licitantes e ofertas sobre os bens expropriados.

Ainda mais reforçada se torna essa compreensão, pelo §3º do artigo em destaque, porque, se forem declarados manifestamente protelatórios esses embargos opostos pelo executado, o magistrado aplicará multa não superior a 20%, a ser revertida ao adquirente que foi induzido à desistência, diante da defesa do devedor. Sanciona-se de forma totalmente acertada o executado, para que pense duas vezes ao pretender repetir o mesmo propósito de abuso do direito processual.

Litigância de má fé e caráter protelatório dos embargos

O presente item se concentra nas formas de tratamento geradas pela reforma acerca do abuso do direito processual. A Lei 11.382/06, que rege a vida dos títulos executivos extrajudiciais, essencialmente em dois dispositivos legais se preocupa e prescreve as medidas a serem tomadas no seio do procedimento executivo. Todavia, é de se registrar que ela não está isolada nesse caminho, pois se tem, desde a década de 1990, um conjunto de alterações prevendo instrumentos para a efetividade, reprimindo toda e qualquer tentativa de abuso do exercício do direito processual.

Como nos reportamos anteriormente, a Lei 11.382/06 vem na mesma esteira da Lei 11.232/05, em prol do fortalecimento procedimental, com a adoção de mecanismos nas mãos dos magistrados que inibam ou sancionem condutas de abuso processual.

Ao contrário da Lei 11.232/05, que, em seu art. 475-J, dispôs multa com aspecto coercitivo, no fundo de inibição de conduta, para que o devedor tome a atitude do cumprimento espontâneo, a Lei 11.382/06, como sua ênfase é o título executivo extrajudicial, parte da premissa da necessidade de manter os embargos do devedor, visto que não houve processo de cognição e, para uma ampla abertura de direito de defesa, é inevitável essa via.

Todavia, como o legislador se preocupa demasiadamente com o tempo do processo, para que não perdure a rotina do "embargar por embargar, como forma de ganhar tempo no curso do processo/procedimento", estabeleceu no parágrafo único do art. 740 do CPC a multa ao embargante, em caso de embargos manifestamente protelatórios, no valor não superior a 20% do valor em execução.

Essa multa tem nítida função sancionadora, sendo uma espécie de bálsamo ao credor que terá direito ao acréscimo de 20% sobre o valor da execução atualizada, posto que recairão sobre ele os efeitos perniciosos de uma ferramenta canalizada para protelar a satisfação do seu direito, no quadro constitucional impositivo de uma tutela jurisdicional adequada e efetiva e de razoável duração.

A razão de ser da inserção do art. 739-B no sistema processual civil não poderia também deixar de ser outra, qual seja, colocar um freio nas formas de abuso e, caso ocorram, simplificar o procedimento, para eficácia *in continenti*. Por isso, o legislador trilhou o caminho de que a multa ou indenizações provenientes do instituto da litigância de má fé (arts. 17 e 18 do CPC) serão executadas no próprio procedimento executivo, na forma de autos apensos, podendo desencadear a compensação, se favorável ao devedor ou execução, se pertinente ao credor, numa clara adoção do formalismo valorativo (OLIVEIRA, 1997).

Sob esse viés, "enxuga-se" o procedimento e se faz valer no próprio curso do procedimento executivo as metas para repressão às modalidades de abuso processual, enlevando-se não só o credor, mas também o devedor que pode vir a sofrer com o abuso. Além disso, ressalta-se a aplicação do critério da proporcionalidade pela lei do custo-benefício na pesagem quanto ao rol de despesas processuais, apresentando-se como um rito muito mais econômico e adequado às suas pretensões.

Conclusão

A pedra de toque para o Direito Processual Civil reside na ruptura dos mitos, dos exagerados formalismos, tecnicismos ocultos, cujo papel se resume no empobrecimento do discurso no Poder Judiciário e afastamento do direito material.

O processo não pode explicar-se pelo procedimento, numa linguagem de pura lógica formal. Essa mudança não é e não será rápida, pela herança cultural do raciocínio subsumido às formas prefacialmente, como primeiro estágio fundamental de exame pela Magistratura e alegações dos operadores do Direito.

O discurso no Poder Judiciário precisa unir as duas pontas de pensamento, quais sejam: a do sistemático (do problema para o sistema) com a do problemático (do sistema para o problema).

Se o Direito Processual Civil está atrelado à existência de um instrumental, pela configuração pragmática, resulta que o seu suporte científico está na interpenetração das posturas, porque, às vezes, o legislador tentou esgotar, criando um sistema prévio e, em outras circunstâncias, deixou o operador do direito mais livre com termos indeterminados, cláusulas gerais, medidas de coerção etc., aguardando, com isso, os problemas para definir o sistema.

O Direito Processual deve ser canalizado para realização dos direitos no procedimento executivo!

Referências

- DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2007. v. 2.
- GÓES, Gisele Santos Fernandes. Aspectos procedimentais dos arts. 475-J da Lei 11.232/05 e 740, parágrafo único da Lei 11.382/06: ênfase no prazo de 15 dias e a natureza jurídica das multas. SANTOS, Ernane Fidélis dos et al. (Coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: RT, 2007. 1004 p.
- _____. *Proposta de sistematização das questões de ordem pública processual e substancial*. 2007. Tese (Doutorado) Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. Execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 3.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção, RAMOS, Glauco Gumerato, FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima, MAZZEI, Rodrigo Reis. *Reforma do CPC 2: Leis 11.382/2006 e 11.341/2006*. São Paulo: RT, 2007. 654 p.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 288p.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues, MEDINA, Miguel Garcia, WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: RT, 2007. v. 3, 384p.

José Claudio Monteiro de Brito Filho

Ação afirmativa: primeira análise da medida adotada pela Universidade Federal do Pará para os cursos de graduação

Resumo

Artigo que, a partir do tripé justiça, adequação e eficiência, baseado nas idéias de Ronald Dworkin a respeito das medidas de ação afirmativa adotadas pelas universidades norte-americanas, analisa a medida implementada pela Universidade Federal do Pará (UFPA) nos cursos de graduação, com base na Resolução N.º 3.361, de 5 de agosto de 2005, do Conselho Superior de Ensino, Pesquisa e Extensão (CONSEPE), e que consiste na reserva de 50% das vagas para candidatos ao processo seletivo que tiverem cursado todo o ensino médio em escolas públicas, e, ainda, na reserva de 40% dessas vagas, já destacadas, para candidatos que se declararem pretos ou pardos

Palavras-chave

Ação afirmativa – critérios. Ensino superior – cotas. Curso superior – vagas (UFPA).

Abstract

Paper which analyzes the improvement procedures adopted by Universidade Federal do Pará in graduation courses grounded on the tripod: justice, adequacy and efficiency and supported by the ideas of Ronald Dworkin towards affirmative actions taken by north American universities. Such procedures are sustained by Resolution N. 3361, of August 5th 2005, from CONSEPE, and consists in both retaining 50% of the vacancies for those applicants to the selective process who have been through high school in public institutions and in reserving 40% of these set apart vacancies, for applicants who declare themselves as negro or mulatto.

Keywords

Affirmative action – criteria. Undergraduate studies – quotas. Undergraduate courses – vacancies (UFPA).

Ação afirmativa: primeira análise da medida adotada pela Universidade Federal do Pará para os cursos de graduação

Affirmative action: the first analysis of the procedures adopted by the Federal University of Pará for the undergraduate courses

José Claudio Monteiro de Brito Filho*

* Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/SP), Professor Associado I, da Universidade Federal do Pará (UFPA), lecionando, nos Cursos de Doutorado e Mestrado em Direito, a disciplina Discriminação e Ação Afirmativa. Procurador Regional do Trabalho lotado na 8ª Região, sendo o Coordenador Nacional da Coordigualdade, Coordenadoria do Ministério Público do Trabalho que tem por objetivos promover a inclusão no trabalho e combater a discriminação. E-mail: jclaudio@prt8.mpt.gov.br

Generalidades

Em 2006, publiquei, na Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, artigo denominado "Ações afirmativas: fundamentos e critérios para sua utilização" (BRITO, 2006). Nele, baseado em roteiro que pode ser encontrado nos escritos de Ronald Dworkin (2000, p. 437-494; 2002, p. 343-369; 2005, p.543-607), discuto os critérios que devem nortear todas e quaisquer medidas de ação afirmativa.

Fiz isso baseado em tripé que, acredito, deve estar presente todas as vezes em que se pretender implementar medida dessa natureza para corrigir distorções que atinjam, negativamente, grupos que possuam uma relação de desequilíbrio no tocante ao conjunto da sociedade, e que, por isso, tenham seus integrantes em situação de exclusão.

O tripé é composto por justiça, adequação e eficiência.

Por ele, resumidamente, justifica-se a utilização de uma medida de ação afirmativa quando houver uma situação de exclusão que precise ser corrigida; quando essa medida for apta a corrigir a situação de exclusão; e quando o modo de implementação contiver os elementos necessários para que, ao longo de sua utilização, a situação de exclusão seja afastada.

Nesse sentido, não havendo uma situação de exclusão que possa ser identificada, não há justiça em sua utilização,

servindo a medida para, longe de alcançar seu objetivo, criar somente mais uma forma de desigualdade.

É preciso verificar também se o caso concreto justifica a criação de uma norma de ação afirmativa, pois, sendo o objetivo desse tipo de medida a correção de distorções, eliminando situações de exclusão, só nessa hipótese teremos a discriminação positiva justificada¹.

Por fim, não basta apenas sustentar a medida no fato de que é justa e capaz de, em tese, como modelo, corrigir uma situação de exclusão. É preciso também que as normas para sua implementação sejam estabelecidas de forma a garantir o resultado esperado: combater a exclusão com um mínimo impacto negativo².

¹ Parece uma questão óbvia, mas não é. As ações afirmativas generalizaram-se a partir do governo Fernando Henrique Cardoso e se intensificaram ainda mais no governo Lula da Silva. Natural, então, que sejam vistas, hoje, como espécie de "cura-para todos os males" quando, na verdade, prestam-se para, com sucesso, corrigir situações de exclusão.

² A respeito do que denominamos impacto negativo, escrevi no artigo já mencionado (BRITO, 2006, p. 15): "é preciso que medidas de ação afirmativa sejam revestidas de mecanismo de natural assimilação, sob pena de, em nome da igualdade, produzirmos um acirramento de posições, já elvidas de preconceito. É que, ao lado da questão jurídica, é preciso que as ações afirmativas cumpram o papel de desconstrutoras do preconceito"

O sucesso de iniciativa desse teor é claramente dependente da correta fixação de sua intensidade e de sua duração, além da criação de eficientes mecanismos de controle da ação³.

Estabelecidos esses pressupostos, e com base neles, pretendo discutir nesse texto a medida de ação afirmativa criada pela Universidade Federal do Pará (UFPA), por meio da Resolução nº 3.361, de 5 de agosto de 2005, do Conselho Superior de Ensino e Pesquisa (CONSEP)⁴, da UFPA, especialmente em relação aos aspectos de sua criação e implementação.

Observo que, por uma questão de espaço, algumas questões não poderão ser aprofundadas, como era a minha vontade. De qualquer sorte, quando necessário, remeterei o leitor a referências capazes de elucidar eventuais dúvidas.

Devem, ainda, ficar, desde logo, claras algumas questões:

Primeiro, entendo as medidas de ação afirmativa como aptas a produzir um resultado de inclusão e, por isso, devo ser classificado como um defensor de sua utilização. Isso não quer, porém, dizer que as defendo sem a observância dos critérios acima delineados, de forma resumida: justiça, adequação e eficiência.

Por outro lado, como ainda está em curso a implementação da medida na UFPA, seus resultados finais não são conhecidos. Minha análise, então, não deve ser compreendida como um julgamento definitivo, mesmo de minha parte, mas como impressões que visam avaliar os aspectos positivos e negativos de uma ação que está em curso, destacando-os e, no que já é possível, propondo ajustes.

Disciplina normativa das medidas de ação afirmativa para os cursos de graduação da UFPA

Em 5 de agosto de 2005, a UFPA, pelo então CONSEP, aprovou a Resolução nº 3.361, nos seguintes termos:

RESOLUÇÃO N.º 3.361, DE 5 DE AGOSTO DE 2005

Estabelece normas para o acesso de estudantes egressos da escola pública, contemplando cota para negros, aos cursos de

³ Para elucidar o que se quer dizer com controle: "controle deve ser entendido como o conjunto de atos de supervisão da medida. No caso do ensino superior, por exemplo, é preciso criar, nas entidades que recebem os alunos, uma série de serviços para o acompanhamento dos alunos, que podem precisar de nivelamento, ou que podem ser vítimas de discriminação, pela sua condição especial de ingresso" (ibid., p. 14).

⁴ Atualmente, Conselho Superior de Ensino, Pesquisa e Extensão (CONSEPE).

graduação da Universidade Federal do Pará.

O REITOR DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ, no uso das atribuições que lhe conferem o Estatuto e o Regimento Geral, em cumprimento à decisão do Egrégio Conselho Superior de Ensino e Pesquisa, em sessão extraordinária realizada no dia 5 de agosto de 2005, e em conformidade com os autos do Processo n.º 023506/2004-UFPA, procedentes da Pró-Reitoria de Ensino de Graduação (PROEG), promulga a seguinte

RESOLUÇÃO

Art. 1º Fica aprovada a reserva de 50% (cinquenta por cento) das vagas dos cursos de graduação da Universidade Federal do Pará (UFPA), oferecidas no Processo Seletivo Seriado (PSS) a estudantes que cursaram todo o Ensino Médio em escola pública.

§ 1º Do percentual de vagas a que se refere o caput deste artigo, no mínimo, 40% (quarenta por cento) serão destinadas aos candidatos que se declararem pretos ou pardos e optarem por concorrer ao sistema de cotas referente a candidatos negros.

§ 3º A reserva de vagas a que se refere o caput deste artigo terá vigência por um período de 5 (cinco) anos, ao final do qual será avaliado.

Art. 2º A Universidade Federal do Pará assume o compromisso de estabelecer uma política de permanência aos candidatos que nela ingressarem conforme esta Resolução.

Art. 3º Esta Resolução entra em vigor na data de sua aprovação. Reitoria da Universidade Federal do Pará, em 5 de agosto de 2005

Prof. Dr. ALEX BOLONHA FIÚZA DE MELLO

Reitor

Presidente do Conselho Superior de Ensino e Pesquisa

Seu objetivo foi reservar 50% das vagas dos cursos de graduação para estudantes que tenham cursado todo o ensino médio em escolas públicas, sendo que, desse universo, 40% são destinadas a candidatos negros, o que, pela classificação utilizada, no Brasil, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), é um grande grupo que inclui os que se declaram pretos e pardos.

Sua aplicação, na prática, todavia, foi remetida para três anos depois. É que, como o processo seletivo da UFPA é dividido em três fases, ao longo de três anos, com a próxima primeira fase, depois de aprovada a Resolução, ocorrendo em 2006, e a última em 2008, ficou de produzir efeitos a Resolução no ingresso nos cursos de graduação desse último ano (2008).

Assim orientou a Procuradoria Geral da UFPA, em Parecer da lavra da Procuradora Geral de então, Maria

Cristina César de Oliveira, lançado em 8 de setembro de 2005, e acolhido.

O Parecer, na parte conclusiva, dispôs:

5 – A aplicabilidade da Resolução nº 3.361/05 deve ser gradativa, iniciando com o PSS 2006, para os alunos, unicamente, da primeira fase e completando o seu ciclo em 2008, com a entrada na UFPA da primeira turma sob o regime de cotas.

Nesse sentido, essa medida de ação afirmativa foi, então, incluída, no Edital nº 16/2207, da Comissão Permanente de Processos Seletivos (COPERPS), órgão da Pró-Reitoria de Ensino de Graduação. O Edital, destinado a reger o Processo Seletivo Seriado (PSS) 2008, no item 2, destinado às vagas ofertadas, estabeleceu o seguinte:

2. DO TOTAL DE VAGAS OFERTADAS NA CAPITAL E NO INTERIOR DO ESTADO

2.1. No PSS 2008, a admissão dos candidatos será feita com base no critério classificatório, por curso de opção (Decreto nº. 99.490 de 20 de agosto de 1990 e Portaria Ministerial nº. 837 de 31 de agosto de 1990), até o preenchimento das vagas fixadas pelo CONSEPE, conforme quadro anexo a este Edital.

2.2. De acordo com a resolução nº. 3.361 de 05 de agosto de 2005 do Conselho Superior de Ensino, Pesquisa e Extensão (CONSEPE), 50% das vagas de cada curso serão disputadas por candidatos que cursaram todo o Ensino Médio em Escola Pública que optarem em concorrer no sistema de cotas.

2.3. Do percentual de vagas a que se refere o subitem anterior, 40%, no mínimo, serão disputadas por candidatos que cursaram todo o ensino médio em escola pública e que se auto-declararem pretos ou pardos e optarem por concorrer no sistema de cotas, preenchendo campo específico no formulário de inscrição.

Análise da resolução nº 3.361/2005, do CONSEP - UFPA, sob a perspectiva de sua criação e de sua implementação: critérios e grupos alcançados

Verificado o disciplinamento normativo da medida de ação afirmativa adotada para o ingresso nos cursos de graduação da UFPA, cabe discutir alguns aspectos relativos à sua criação.

O primeiro deles relaciona-se à justiça de sua criação. Para isso, penso, é necessário, primeiro, observar se pode o objetivo almejado pela política ser considerado justo, bem como se é compatível com o ordenamento jurídico.

Para isso, é preciso atentar, em primeiro lugar, que dois dos objetivos fundamentais da República são a redução

das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, como está no artigo 3º, incisos III e IV, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

Essas disposições, a propósito, penso, orientam no sentido de que os recursos e as oportunidades à disposição da sociedade devam ser aplicados de forma a permitir que todos os segmentos desta sejam beneficiados, tendo como norte essa redução de que trata o inciso III, citado.

Assim, o fato de termos no artigo 5º, *caput*, também da CRFB, uma cláusula geral de igualdade, não implica que tenha ela de ser entendida de maneira meramente formal.

Não. Há casos em que a igualdade só será alcançada quando o uso dos recursos caminhar para corrigir desigualdades já existentes. Para isso, será necessário considerar o que, às vezes pejorativamente, denomina-se de "azar social" e "azar natural", criando-se normas que permitam minorar o efeito perverso e multiplicador das desigualdades originárias.

No ensino superior, especialmente nos estabelecimentos públicos, uma das formas de minorar esse efeito perverso é criar condições de acesso para integrantes de grupos que, por circunstâncias que os afastam dos recursos e das oportunidades, estão alijados do direito a uma melhor formação. Isso é, claramente, uma forma de beneficiar toda a sociedade, e não, ao contrário, manter a oportunidade de obter uma formação superior de qualidade, e com baixo custo, nas mãos de poucos⁵.

Essa, aliás, é uma das leituras possíveis do artigo 208, inciso V, da CRFB, que prevê o acesso aos níveis mais elevados do ensino segundo a capacidade de cada um.

Isso não significa eliminar o mérito como condição de acesso, mas combiná-lo com outros critérios que, de forma mais justa, permitam o acesso dos integrantes de todos os grupos existentes em sociedade⁶ ao ensino superior.

Nesse sentido, a medida adotada pela UFPA é justa e, em tese, capaz de induzir à correção de desigualdades.

Observe-se, a propósito, que essa medida de ação afirmativa, não obstante signifique a redução de vagas pelo

⁵ A respeito, Dworkin (2005, p. 569) afirma que a educação superior é um "recurso valioso e escasso", além de custeado pela comunidade — no caso da UFPA, que é uma instituição federal de ensino superior, esse custeio é, literalmente, público —, ficando claro que as metas estabelecidas por essas instituições devem beneficiar a comunidade como um todo.

⁶ Há aqueles que renegam a idéia de pensar a sociedade de forma não homogênea, como se a existência de grupos distintos, com características próprias, com maior ou menor acesso aos recursos e oportunidades, não fosse algo simplesmente real.

sistema tradicional, que leva em consideração exclusivamente o resultado alcançado no processo seletivo, é em parte atenuada pelo fato de que somente parte das vagas é afetada, e, de outra banda, atenuada por outro fator, que é a existência de vagas no ensino superior privado, onde estão diversas entidades que prestam serviço de qualidade.

É preciso, todavia, verificar se ela é capaz de produzir os efeitos desejados, bem como se contempla, ao menos, os principais grupos vulneráveis, nos limites adequados.

Começando com o grupo escolhido, observa-se que é o das pessoas que cursaram todo o ensino médio em escolas públicas. Dentro desse, há um segundo, composto por pretos e pardos.

A opção, então, foi pelo que aqui vai ser chamado de "cota social", que leva em consideração o padrão socioeconômico dos candidatos a uma determinada vaga, e não outra característica ou condição — no caso da Resolução, em um primeiro momento.

Aqui, dependendo de como se olha a questão, ocorre o primeiro problema. É que alguns autores, como Boaventura de Sousa Santos, fazem uma diferença nítida entre os fatores que conduzem à desigualdade e à exclusão.

Para Boaventura de Sousa Santos (2006, p. 280-281),

Se a desigualdade é um fenômeno socioeconômico, a exclusão é, sobretudo, um fenômeno cultural e social, um fenômeno de civilização. Trata-se de um processo histórico através do qual uma cultura, por via de um discurso de verdade, cria o interdito e o rejeita.

Assim, se o que se pretende reparar é uma situação de desigualdade, talvez não seja a cota o remédio adequado. Em um primeiro olhar, esse pensamento é correto. O que se precisa, para uma correção profunda das desigualdades sociais, é uma reforma na base do ensino, criando, no caso concreto, nos estabelecimentos públicos de ensino, nos primeiros níveis, um padrão de qualidade que permita aos alunos avançarem rumo ao ensino superior, competindo em iguais condições com os egressos do ensino privado.

Deixar-se-iam, então, as medidas de ação afirmativa para corrigir as situações de exclusão.

Deve ser ressaltado, porém, que uma reforma completa é tarefa de longo prazo, o que deixaria o Estado brasileiro, até que isso seja alcançado — se é que, com as propostas e políticas atuais, isso poderá ser alcançado — na condição de

mero expectador das desigualdades, que se auto-alimentariam, em círculo vicioso.

Assim, parece-me, à primeira vista, que é necessário sacrificar o rigor científico da distinção, por vislumbrar a possibilidade de as cotas, no caso da UFPA, poderem contribuir para reduzir as desigualdades sociais.

Fique ressaltado, entretanto, que não sou adepto do pensamento que freqüentemente aflora nas discussões a respeito de ação afirmativa, e que defende que, no Brasil, a discriminação é muito mais social do que racial, ou de gênero, ou por outros motivos.

As estatísticas têm servido para demonstrar que não é exatamente assim. Considerando, objetivamente, o grau de instrução, observa-se pelo censo 2000 do IBGE que, nesse ano, em todo o território nacional, 7,44% dos que se declararam brancos tinham 15 ou mais anos de estudo, ou seja, tinham nível superior, sendo que, entre os pretos, o percentual era de 1,57%, e para os pardos, 1,66%⁷.

Ora, o desnível apontado demonstra que não é somente uma questão de pertencer ou não a uma classe social que vai significar uma situação de desequilíbrio, mas também, nesse caso, a cor.

Trabalhar somente com uma variável ou critério para o estabelecimento da medida de ação afirmativa, então, significa desconsiderar ao menos um aspecto importante no caso do acesso ao ensino superior como forma de inclusão.

Não se pode dizer, todavia, que essa não é uma opção válida, mesmo sendo incompleta, pois, o elevado grau de exclusão daqueles que pertencem às camadas sociais menos favorecidas, no caso do acesso ao ensino superior, é uma realidade.

Nesses termos, iniciativa que consiga romper com esse estado de coisas, e que possa produzir efeitos positivos, como creio que possa, deve ser levada em consideração. *A priori*, então, julgo a iniciativa correta, por considerá-la em condições de reduzir, em parte, as desigualdades sociais.

É preciso verificar, todavia, a questão relativa aos limites estabelecidos sob o prisma de sua validade, e da capacidade de a UFPA suportar, com eficiência, a medida.

Considerando os dados colhidos no IBGE para as matrículas na rede escolar, em 2006, no Pará, verifica-se que,

⁷ Ver **Trabalho decente** (BRITO FILHO, 2004, p. 92), onde analiso, no censo demográfico 2000, do IBGE, na parte das Características Gerais da População, a Tabela 1.2.7.

de 370.287 matrículas no ensino médio, 341.022 foram em estabelecimentos públicos federais (2.795), estaduais (337.995), e municipais (232), e somente 29.265 em estabelecimentos privados (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2008a).

Assim, dos alunos matriculados no ensino médio, 92,09% foram em estabelecimentos públicos, pelo que não está a UFPA, ao menos considerando o conjunto dos alunos, extrapolando no benefício que concederá ao grupo específico.

Ainda assim, à primeira vista, penso que o percentual pode ser por demais elevado.

Tem sido regra fixar, no caso de uso das cotas, percentuais mais baixos que os utilizados, capazes de proporcionar inclusão sem, por outro lado, criar uma expectativa negativa da comunidade em geral em relação à medida adotada.

É o que chamei, logo ao início, de “impacto negativo”. Nesse caso, é preciso lembrar que o processo de seleção tradicional, que leva em consideração somente o resultado, ainda é considerado, pelas pessoas, como o mais justo.

É possível, no entanto, que, à falta de maiores reclamações, tenha sido a medida, e o percentual utilizado, assimilados pela população. Como essa é a primeira vez em que se aplica a medida, será preciso aguardar para ver se haverá a não desejada repercussão negativa.

De qualquer sorte, há outro componente, o qual chamei de “percentual elevado”, que preocupa. É que, caso utilizada a medida em seu limite, ter-se-á 50% dos novos alunos dos cursos de graduação na condição de cotistas.

Isso, teoricamente, exigirá da UFPA esforço muito grande no sentido de criar as condições para a assimilação, pelos cotistas, dos níveis de exigência dos cursos de graduação.

E, aqui, estou falando menos das exigências programáticas, relacionadas ao nível de ensino, pois penso que elas podem ser assimiladas, sim, sem grandes necessidades de nivelamento, ao menos para a maioria dos alunos que ingressarem pelas cotas⁸, embora isso não deva ser ignorado, e mais das exigências relativas à disponibilidade dos alunos, no tocante ao tempo que deve ser dedicado à formação.

Não se deve esquecer que, vindo presumivelmente de camadas sociais menos favorecidas, os alunos que ingressaram pelo sistema de cotas não poderão dedicar-se em tempo

integral às exigências dos cursos e, em alguns deles, como medicina, por exemplo, exige-se essa dedicação extrema.

É que, parece-me óbvio, terão esses alunos de criar as condições para manter o seu sustento e, às vezes, de outros que lhes são dependentes, e, para isso, não está a UFPA precavida.

Embora exista o compromisso de estabelecer uma política de permanência dos que ingressarem no sistema de cotas, que se encontra no artigo 2º da Resolução 3.361 (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ, 2005), não me parece que tenha sido esse compromisso materializado, com a previsão orçamentária para bolsas ou assistência assemelhada, e/ou com a criação de condições mais flexíveis de ensino, mas que, obrigatoriamente, não impliquem em queda na qualidade – a propósito, nem um possível nivelamento foi considerado.

Melhor seria, talvez, se a UFPA tivesse sido mais realista na fixação do percentual de vagas, criando sistema mais compatível com sua realidade administrativa e financeira.

Isso não foi, porém, levado em consideração, e agora somente o tempo e o acaso decidirão quais perdas ocorrerão – aliás, até onde vi da documentação que está disponível, essa questão de quais as perdas aceitáveis no processo nem foi objeto de consideração.

Quanto ao percentual de 40%, desse grupo, que está destinado a negros, não reflete os dados colhidos no estado do Pará no Censo 2000, do IBGE, que é o levantamento, atualmente, mais completo.

Em números absolutos, ou seja, considerando a totalidade da população paraense, obteve-se, por declaração espontânea, em 2000, 71,9% de negros, sendo 66,4% de pardos, e 5,5% de pretos (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2008b).

Assim, se fosse para ser coerente, ao menos com o conjunto da população paraense, do grupo formado pelos concorrentes aos 50% de vagas destinadas aos egressos de escolas públicas, 70%, ao menos, deveriam ser destinadas a negros, e não somente 40%.

Mas não é bem assim.

Esses números refletem uma situação particular do Pará, qual seja, a de que há mais pardos declarados do que todos os outros grupos juntos⁹. Essa situação de maioria

⁸ Deve ser lembrado que os alunos que ingressaram pelas cotas, embora possam não ter os melhores resultados na aprovação, considerando os candidatos em geral, submeteram-se e foram aprovados no processo seletivo com as mesmas exigências mínimas feitas para todos os candidatos; apenas concorreram com integrantes de um grupo específico.

⁹ Os brancos, sempre por declaração, são 26,1%, os amarelos 0,2% e os indígenas 0,6%. Na coleta houve, encerrando, 1,2% que não declararam cor ou raça (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2008b).

atenua, claramente, a discriminação contra esse grupo, até porque estão presentes, em larga escala, em todos os grupos sociais, até nos mais bem favorecidos.

Mais do que isso. O grupo formado por pardos não é necessariamente formado por afro-descendentes, e, por isso, não necessariamente carrega em si toda a discriminação contra estes, dirigida ao longo de cinco séculos¹⁰.

Penso, então, que mais correto seria ter criado um grupo específico de pretos, em percentual, que poderia ser mais ou menos igual ao de sua presença no conjunto da população, em torno de 5%, vinculado ou não ao fato de ser egresso de escola pública.

É que, mesmo quando pertencem a classes sociais mais favorecidas, não é desprezível a carga de discriminação que os integrantes desse grupo sofrem, exigindo, talvez independentemente de classe social, postura mais positiva no tocante ao seu ingresso no ensino superior público.

Mais grave que essa avaliação, todavia, foi a de não criar vagas específicas para os integrantes dos povos indígenas. Talvez por serem considerados como pertencentes a grupo tido numericamente não importante, pois correspondem a 0,6% da população, foram deixados de lado.

Um erro. Os povos indígenas, mais do que qualquer outro grupo, são ainda carentes de poder, especialmente político, que os permita reivindicar com mais vigor os seus direitos e a preservação de sua cultura, de suas normas e de seu modo de viver.

Como afirma Lia Raquel Ventura Baptista (2007, p. 136), a respeito dos povos indígenas:

Eles querem ser respeitados como coletividades específicas, através da preservação de seus costumes, crenças e tradições. Desejam ter qualidade de vida e buscam ter seu espaço territorial e político garantido. Alguns aspectos são essenciais para sua sobrevivência: terra, educação, saúde e autodeterminação.

Para isso, precisam integrar-se, ainda que parcialmente, à sociedade não indígena, sem que isso signifique o abandono de seu modo de vida¹¹. Assim, precisam e querem formação superior capaz de garantir o sucesso de suas demandas, e deveriam ter sido contemplados.

¹⁰ Esse é um problema desse grande grupo, dos negros, e que precisará ser melhor discutido no futuro, ao menos em locais específicos, como o Pará e alguns outros estados-membros da Federação.

¹¹ Aqui, importante lembrar o posicionamento de Gabi Wucher (2000, p. 52) que, tratando do que denomina minorias *by will*, explica que os integrantes desses grupos, ao lado de reclamarem "a integração na sociedade em que vivem, aspiram à concomitante preservação de suas características".

Como diz, novamente, Lia Raquel Ventura Baptista (2007, p. 137),

Analisando os anseios dos povos indígenas, verifica-se que todos convergem para a capacitação desses povos. A educação surge como necessidade e deve ser prestada pelo governo no sentido de cumprir seu papel através de políticas públicas. Nesse ponto está o debate acerca da aplicação das ações afirmativas. Enquanto políticas que desigualam para igualar, é possível perceber a importância dessas medidas no acesso à educação de nível superior. Verifica-se que este tipo de política cumpre efetivamente as garantias constitucionais previstas aos povos indígenas.

Foram deixadas de lado também as pessoas com deficiência, que têm como um de seus principais problemas, além do estereótipo¹² de que não são capazes de produzir, o que efetivamente não se sustenta, a baixa formação, esta sim uma característica real do grupo¹³. E não basta, para o momento, implementar política de educação inclusiva nos níveis mais baixos de ensino. É preciso fazer mais, criando condições imediatas de acesso ao nível superior, permitindo acelerar o processo de inclusão.

Há lacunas, então, na Resolução nº 3.361/2005 (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ, 2005), que devem ser preenchidas ao menos no momento de sua revisão, aos cinco anos de sua entrada em vigor, conforme o artigo 1º, § 3º, da própria¹⁴.

Nesse sentido, um caminho para o estabelecimento de uma política de ação afirmativa que atenda, de forma mais geral, os interesses dos chamados grupos vulneráveis é o

¹² A respeito do estereótipo, e de outros fenômenos que interferem na percepção das pessoas, como o estigma e o preconceito, além da discriminação, que chamo de forma exterior do preconceito, ver, para compreensão mais ampla BRITO FILHO, 2002, p. 37-42.

¹³ Essa é uma constatação que tem sido feita, por exemplo, pelo Ministério Público do Trabalho nas suas ações voltadas à inclusão das pessoas com deficiência e trabalhadores reabilitados, constando em Relatório concluído em 15 de junho de 2007. Está no Relatório (p.23): "O descompasso entre vagas e ocupação, na verdade, deve ser buscado nas relações sociais. Como se verifica das informações prestadas, o grande óbice é a falta de qualificação profissional das pessoas portadoras de deficiência, o que, na verdade, deve ser entendido em termos mais amplos. Pessoas com deficiência são pessoas que não só não estão qualificadas profissionalmente como também possuem baixo nível de escolaridade, consequência da segregação a que ainda hoje estão condenadas".

¹⁴ Penso, a respeito desse dispositivo, que, mais do que decidir se o programa continuará ou não, pois cinco anos não são suficientes para superar todo o desnível existente, o que a UFPA deverá fazer será ajustar o programa, preenchendo as lacunas que apontei, e, talvez, fixando metas mais compatíveis com suas condições de manter um ensino de qualidade e que permitam uma conclusão com êxito.

que vem sendo trilhado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da própria UFPA, especialmente a partir de 2007, com a reserva de vagas para pretos e pessoas com deficiência, que, em certo número, concorrem em condições de preferência com os demais candidatos, embora submetendo-se às mesmas condições para ingresso, além de existirem vagas específicas para integrantes dos povos indígenas, com normas diferenciadas para esse ingresso.

Para encerrar essa parte da análise, é de se questionar se outro grande grupo, o das mulheres, não deveria ter sido objeto de atenção especial. No caso do ensino superior, a resposta é não, pois as mulheres são majoritárias nesse segmento.

Usando a mesma fonte citada (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2008b) quando tratei do acesso ao ensino superior em relação à cor ou raça, como classifica o IBGE, observa-se que as mulheres são maioria quando se verifica quem têm 15 ou mais anos de estudo, na proporção 52,59% x 47,41% entre brancos; 54,15% x 45,85% entre pretos; e 54,40% x 45,60% entre pardos.

Falta ver a questão da implementação, ou seja, da aplicação

Criada a Resolução, deveria ser implementada de imediato, e foi, mas com a consideração de que seus resultados concretos só ocorreriam três anos após, em razão do tempo necessário para a conclusão do processo seletivo da UFPA, como visto ao final do item 2.

Correto. Se o processo seletivo é dividido em três fases, e elas são aplicadas uma a cada ano no ensino médio, como visto no item anterior, o resultado final da primeira experiência com as cotas seria no final do primeiro processo seletivo seguinte, ou seja, em 2008.

Ocorre que, ainda que o processo seletivo seja dividido em três fases, e existam regras idênticas para cada fase, não se pode esquecer que, a partir da criação das cotas, há dois grupos diferentes pleiteando, por meio de processo seletivo, cursar o ensino superior na UFPA: cotistas e não cotistas.

As vagas previstas para cada grupo, 50% do total, não se comunicam entre si, o que significa dizer que essas vagas serão ou não preenchidas por cada grupo e, não sendo, não serão transferidas.

Caso essa possibilidade existisse, e poderia existir, até em nome da racionalização dos recursos públicos disponibilizados, a norma deveria dispor ou que até 50% das vagas seriam de cotistas, ou pelo menos 50% das vagas seriam de cotistas, criando, conforme o caso, em favor dos não cotistas ou dos cotistas, a possibilidade de comunicação. Mas isso não consta do artigo 1º, "caput", da Resolução 3.361/2005 (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ, 2005), e sim que "fica aprovada a reserva de 50% das vagas ..." (destaque nosso).

Ao final do processo seletivo, então, 50% das vagas deverão ficar, exclusivamente, com não cotistas, e os outros 50% com cotistas.

Mas não foi isso que a UFPA fez. Ao contrário – e, penso eu, contrariando sua própria Resolução –, a Universidade, no caso concreto, privilegiando os não cotistas, uniu os dois grupos ao final da 2ª fase.

É que, nesta fase, conforme previsão do edital que regula o processo seletivo, depois de se chegar aos candidatos que obtiveram acertos e um mínimo de questões, reduz-se os aprovados a três vezes o número de vagas ofertadas para cada curso.

Isso, todavia, deveria ser feito levando em conta dois grupos distintos, cotistas e não cotistas. Mas a UFPA não fez isso, e sim uniu os dois grupos, criando um desnível caracterizado pelo fato de que, nesse total, há mais não cotistas que cotistas, o que gera o risco de que, ao final, existam mais candidatos selecionados no grupo de não cotistas que no outro grupo.

Com isso, o que fez a UFPA foi esvaziar um pouco mais uma iniciativa válida e em detrimento das normas que ela própria criou.

Conclusões

Feita a análise da medida adotada pela UFPA para a inclusão de grupos vulneráveis nos seus cursos de graduação, pode-se apresentar as seguintes conclusões:

O modelo de ação afirmativa é, hoje, instrumento eficaz para a correção de desigualdades que atinjam grupos vulneráveis, tendo sustentação constitucional.

Sua utilização, baseada em critério de justiça, somente deve ocorrer quando a medida for apta a corrigir desigualdades expressamente comprovadas, devendo sua utiliza-

ção estar sujeita a critérios que permitam o cumprimento desse objetivo.

A Resolução nº 3.361/2005 (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ, 2005), do antigo CONSEP, hoje CONSEPE, é medida que, pelo seu objetivo, deve ser classificada como de ação afirmativa.

Pretende corrigir desigualdades entre os integrantes das diversas classes sociais e, ainda, por razão de cor e, por isso, é justa a sua utilização, além de, por seu objetivo, ser adequado seu uso, a partir das observações que fiz no item anterior.

Acredito, todavia, que, no tocante aos limites da medida e na forma como foi construída, há lacunas e problemas.

Optando pela cota em razão do pertencimento a determinadas classes sociais, o que não repudio, além de, pragmaticamente, considerar passível de sucesso, deixou a UFPA de lado, ao menos parcialmente, a exclusão motivada por outros fatores que não a possibilidade de obter ensino em entidades privadas.

Assim, deixou-se de lado grupos vulneráveis e excluídos, como os integrantes dos povos indígenas e as pessoas com deficiência.

Além do mais, optou-se por outra cota, dentro da anterior, para negros, trabalhando com um grande grupo que, no Pará, finda por ser difuso demais, quando havia a necessidade, penso, de se estabelecerem cotas exclusivamente para pretos, desvinculada até da condição socioeconômica, criando condições para pessoas que sofrem, de forma real e intensa, a força do preconceito e de sua exteriorização, a discriminação.

Fixou-se percentual que também favorece dificuldades para o sucesso da medida, pois possivelmente muito elevado para o acompanhamento eficaz dos cotistas, quer para o nivelamento, onde for necessário, quer para a criação de condições no âmbito da UFPA que permitam baixo nível de evasão.

A respeito da implementação, ou seja, da aplicação, embora concorde com os pressupostos fixados a partir de manifestação do órgão jurídico da instituição, penso que foi feita incorretamente depois disso, quer porque a Resolução foi clara em separar as vagas para os cursos de graduação, não permitindo comunicação entre elas, quer porque não se levou em consideração a regra das cotas para todo o processo seletivo, mas apenas para parte dele,

gerando a possibilidade de, ao final, ter-se desrespeitada a reserva de vagas criadas.

Há necessidade, então, de corrigir medida que, além de justa, é essencialmente boa. Na aplicação, os ajustes podem ser imediatos, fazendo-se leitura mais compatível com a norma que regula a medida aqui estudada.

Na modificação da própria norma, é também possível a correção de imediato, ou, pelo menos, creio ser necessária após o período estipulado para sua revisão.

É que, nesse aspecto, repito, há, pelo menos, grupos a incluir e que não foram considerados, fazendo com que a política estabelecida, que já se reveste de justiça, possa sê-la ainda mais.

Referências

- BAPTISTA, Lia Raquel Ventura. Povos indígenas e ações afirmativas: a experiência do Programa de Pós-Graduação em Direito e análise do Projeto de Lei do Senado No. 007/2002.. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Pará, Belém, 2007.
- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Ações afirmativas: fundamentos e critérios para sua utilização. *Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Pará*, v. 50, n.98, p.7- 16, 2006.
- _____. *Discriminação no trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. 112p.
- _____. *Trabalho decente*. São Paulo: LTr, 2004. 136p.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 567p.
- _____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 610p.
- _____. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 720p.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 9 fev.2008a.
- _____. Tabela 1 – Proporção da população residente, por cor ou raça, segundo as grandes regiões e unidades da federação 1960/2000. In: _____. *Censo Demográfico 1960/2000*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 9 fev.2008b.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006. 511p.
- UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ. *Resolução nº 3.361, de 5 de agosto de 2005*. Disponível em: <<http://www.ufpa.br/>>. Acesso em: 13 ago. 2008.
- WUCHER, Gabi. *Minorias: proteção internacional em prol da democracia*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. 176p.

Georgenor de Sousa Franco Filho
Reengenharia do processo: produtividade e celeridade

Resumo

Neste estudo, o autor faz a demonstração das diversas formas de uma reforma no Poder Judiciário brasileiro. Faz, também, uma verificação dos problemas que são freqüentes na ação dos juízes. Analisa a atuação da Justiça do Trabalho e faz propostas necessárias em direção à plena consagração da celeridade processual, prevista na Constituição do Brasil. Ao final, proclama o papel dos juízes na sociedade e sua importância para as relações sociais e a manutenção da paz.

Palavras-chave

Judiciária. Juízes. Celeridade. Processo. Justiça do Trabalho.

Abstract

In this study, the author demonstrates the several alternatives for reformulating the Brazilian Judiciary Power. He also analyzes the recurrent issues in the judge's action and examines the performance of the Labor Court making relevant and necessary proposals towards the achievement of procedural celerity foreseen by the Brazilian Constitution. As his final remarks he proclaims the role of the judge in society and remarks his importance for the social relations and peace preservation.

Keywords

Judiciary. Judges. Celerity. Procedure. Labor Court.

Reengenharia do processo: produtividade e celeridade*

Reconstruction of the process: productivity and celerity

Georgenor de Sousa Franco Filho**

**Juiz Togado do TRT da 8ª Região, Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor de Direito Internacional e do Trabalho da Universidade da Amazônia. Presidente da Academia Nacional de Direito do Trabalho, Membro da Academia Paraense de Letras, da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, da *International Law Association* e do *Centro per la Cooperazione Giuridica Internazionale*.

Momento de descomplicar

Quando o Presidente do E. Tribunal de Justiça do Estado do Pará, meu amigo Desembargador Milton Augusto de Brito Nobre, telefonou-me convidando-me a falar aos magistrados paraenses sobre este tema, demorei-me pensando entre agradecer-lhe a oportunidade de expor meus pensamentos aos colegas de meu Estado ou romper relações com ele por colocar-me em posição que poderia ser incômoda, porquanto teria que apontar alguns equívocos que, geralmente, todos cometemos.

Optei por juntar as duas conseqüências e uni-las em um único agradecimento a Milton Nobre: por poder dizer o que penso e por poder apontar, talvez, minhas próprias dúvidas, embora, pense, não sejam exclusivamente minhas.

Chamei a este início de exposição de *momento de descomplicar*, porque penso que é preciso encontrar formas de gerir o processo para agilizar sua conclusão, isto é, proporcionar rapidez no atendimento do jurisdicionado.

Penso que é preciso criar formas de simplificação de procedimento, de usar todos os instrumentos que são colocados à disposição do julgador para que ele possa entregar, com a maior brevidade, o provimento jurisdicional que a sociedade reclama.

Imagino o juiz desencastelado, descendo do seu trono para alcançar o povo ou, o que talvez seja mais correto, su-

bindo do seu esconderijo no porão do poder para atender o principal responsável por sua existência mesma: o povo...

Suponho estar certo em afirmar que juiz gosta de papel. Quanto mais papel melhor. Quanto mais volumosos os autos de determinado processo, mais interessante pode ser a causa. Quanto mais as partes falarem, mais temas serão discutidos. Quanto mais se juntarem documentos, mais questionamentos surgirão. Quanto mais ocorrerem todas essas mazelas processuais e quanto mais disserem uns e outros, no lamentável sistema do **ao ao**¹, mais demorada será a entrega da jurisdição e mais criticado será o Poder Judiciário.

O primeiro passo, então, seria acabar com papel, ou, pelo menos, com o exagero de papel e restringir ao máximo o **ao ao**, que motiva uns, mas complica para a maioria.

*Conferência na 2ª Reunião Anual da Magistratura Paraense, promovida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Pará, em Belém, a 10 de fevereiro de 2006, às 10h30.

¹ Por sistema **ao ao** entenda-se a sucessão de despachos mandando que se manifestem as partes sem que o juiz decida o tema.

Os problemas detectáveis

Hodiernamente, fala-se em *reengenharia*, que seria o repensar e reestruturar processos e procedimentos do Judiciário para melhorar seus indicadores de desempenho, que são basicamente quatro: custo, qualidade, celeridade e quantidade, adaptando a definição de Hammer & Champy (apud LIMA, 2005, p. 127).

Produtividade, a seu turno, é a junção de quatro fatores diversos: maior quantidade, com maior complexidade, com real chance de resolutividade, no prazo mais célere (HADDAD, 2005, p. 25).

O que fazer, então, para não atrapalhar o aumento de produtividade? Como fazer a reengenharia do Poder Judiciário brasileiro, quando sabemos que, em nosso país, há uma incrível preferência pela solução judicial dos conflitos, e os mecanismos extrajudiciais são colocados de lado?

Ninguém duvida que existe uma incrível incapacidade do Judiciário responder à demanda (HADDAD, 2005, p.11) e, o que importa, ao cabo, é quantidade e não qualidade, mesmo porque as estatísticas não valorizam a complexidade das causas, cuja aferição é indubitavelmente subjetiva e, por corolário, difícil demais de ser efetuada.

O que a realidade evidencia atualmente é que o único fator de motivação para elevação da produtividade do juiz é sua consciência (HADDAD, 2005, p.20), à medida em que sabe de sua responsabilidade e de seu poder.

Existe limite temporal para o magistrado finalizar o processo (HADDAD, 2005, p.14), da mesma forma como a informática permite ampliar a quantidade dos julgados, mesmo porque inúmeros deles são apenas repetição de outros tantos. Mas, não mudam os prazos, que continuam variados e múltiplos –com partes, em diligências etc. – (HADDAD, 2005, p.19).

Formas de atuação da Justiça do Trabalho

Sou Juiz do Trabalho há mais de 25 anos e posso testemunhar as muitas modificações que foram ocorrendo nesses anos todos na Justiça do Trabalho. Algumas para melhor. Outras, no entanto, não trouxeram benefícios.

Continua, por exemplo, a existir o reexame necessário dos processos em que o Estado é condenado, por força das prerrogativas dadas pelo Decreto-Lei n.º. 779, de 21 de agosto de 1969. A par disso, os prazos são mais

benéficos e mais elásticos. E a execução? Aí, torna-se imprevisível seu final, mercê das regras do art. 100 da Constituição da República e dos precatórios que muito ente público esquece de cumprir.

Foi calcado no modelo da Justiça do Trabalho que surgiram os Juizados Especiais, tratados na Lei n.º. 9.099, de 26 de setembro de 1995, rápidos, simples e descomplicados. Buscou o legislador de então inspiração no Judiciário Trabalhista que, depois de ser a fonte, esqueceu-se e foi ele, o mesmo Judiciário Trabalhista, que passou a se complicar.

Durante muito tempo, não se falava em pedidos iniciais que percorrem todas as letras do alfabeto, e ainda alcançam a duplicidade de letras, em longas contestações escritas, em petições desnecessariamente extensas, em exceções, preliminares, prejudiciais etc., naquilo que o saudoso Ministro Orlando Teixeira da Costa chamava de *defesas indiretas*, esquecendo-se, muitas vezes, do essencial: a procedência ou não da pretensão.

Se a Justiça do Trabalho serviu de fonte modelar para os Juizados Especiais, a legislação processual comum prestou-se a retirar-lhe justo os traços que lhe conferiram projeção como célere, direta, objetiva e simples.

Atualmente, fora o procedimento regulado pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), lamentavelmente com alta influência do processo civil comum, existem dois tipos de procedimentos razoavelmente rápidos. Um é o procedimento sumaríssimo, instituído pela Lei n.º. 9.957, de 12 de janeiro de 2000, que introduziu os arts. 852-A a 852-I na CLT, destinado a processos cujo valor seja inferior a quarenta salários mínimos. O outro é relativo aos chamados *processos de alçada*, cujo valor não excede dois salários mínimos (Lei n.º. 5.584, de 26 de junho de 1970), e de cujas decisões não se admite recurso.

Há na Justiça do Trabalho hoje, mais nos processos de rito sumaríssimo, embora formalmente conservados para todos os processos, alguns princípios peculiares: a *oralidade* (arts. 840 e 847, da CLT), onde a própria contestação deve ser oralmente produzida; a *conciliação* (arts. 845 e 852, da CLT), que pode ocorrer em qualquer fase do processo; a *concentração*, representada pela unicidade da audiência (arts. 849 e 852-C, da CLT), evitando a fragmentação da prova. E, mais: o registro, em ata, apenas do que for essencial (arts. 851 e 852-C, da CLT), dispensando-se os exageros de palavras; o pronunciamento judicial, através de sentença objetiva e direta (arts. 832 e 832-I, da CLT), poupando

que se escrevam tratados jurídicos ou teses infundáveis, temas que os magistrados podem reservar para apresentar em congressos e colóquios, ou publicar em alentados artigos doutrinários. E os erros materiais devem ser corrigidos de ofício (arts. 833 e 897-A, único, da CLT), o que torna despiendo o pedido das partes.

Acrescente-se que a citação é sempre postal (art. 774, da CLT), diverso do processo civil, que criou exceções para a citação pelos correios (art. 222, do CPC), e as testemunhas comparecem em juízo sem intimação (art. 825, da CLT). Na Justiça do Trabalho inexistente arrolamento prévio, contemplado no art. 407 da Lei Adjetiva comum. Tão pouco existe despacho saneador, que figura nos arts. 502 e 538, do CPC, não havendo qualquer recurso contra decisões interlocutórias (Súmula n. 214, do C. TST), contra as quais cabe agravo retido para o CPC (art. 522).

Esses princípios, se aplicados correta e permanentemente, por certo facilitarão no futuro, como facilitaram no passado, a rapidez na entrega da jurisdição.

Por outro lado, relevante a inexistência da vinculação do juiz ao processo, porque o juiz é o próprio Estado e o princípio da inindentidade física do magistrado deveria ser estendido a todo o Judiciário. Entendo de igual maneira importante o uso de prova emprestada, inclusive como forma de dispensar diligências, inspeções judiciais e perícias desnecessárias.

Fruto de convênio, as execuções na Justiça do Trabalho, que já são simplificadas, ganharam mais agilidade com a adoção do Sistema de Informações do Banco Central (SISBACEN), que permite o bloqueio *on line*, mediante simples comunicação ao Banco Central do Brasil, das contas do devedor trabalhista em qualquer lugar do país.

Destaco, ainda, que, pouco a pouco, sobretudo nas Regiões Trabalhistas maiores (São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, v.g.), vem, gradualmente, sendo extinto o *ius postulandi*, consagrado no art. 791 da CLT, mas que está cedendo lugar às ações nas quais o trabalhador, principal usuário da postulação pessoal, comparece assistido de advogado. Com isso, passa a ganhar nova leitura o art. 133 da Constituição da República, acerca da indispensabilidade do advogado na Justiça. Isto é importantíssimo. Hodiernamente, as causas trabalhistas, antes simples, tornaram-se complexas demais, e o obreiro, geralmente desinformado de todos os seus direitos, necessita de uma assistência jurídica adequada. Com efeito, os setores de

atermação ou tomada de reclamações estão, pouco a pouco, sendo desativados, seus servidores lotados em outros setores do Judiciário Trabalhista, e, nas audiências de 1º grau, os debates jurídicos tornam-se mais interessantes, embora, é verdade, as instruções processuais, por vezes, passem a ser mais demoradas.

Nesse ponto, desejo ressaltar a importância do bom relacionamento que deve existir entre magistrados e advogados. Uns e outros não vivem isoladamente. O respeito entre ambos é indispensável, e não deve existir distanciamento entre eles, porque têm a mesma formação jurídica e não se pode falar em Poder Judiciário sem que os dois estejam presentes. Da proximidade entre os Tribunais e a Ordem dos Advogados do Brasil, certamente, o único que terá a lucrar será o próprio jurisdicionado.

São algumas formas de agilização do processo que a Justiça do Trabalho, exitosamente, tem adotado.

O que fazer para maior celeridade

Questiona-se quem pode ser juiz. A Constituição da República, a partir da Emenda Constitucional n.º 45, de dezembro de 2004, cuidou de celeridade, como direito fundamental, inserindo-a no inciso LXXVIII do art. 5º, e prevê que só pode ser magistrado de carreira quem já tiver mais de três anos de atividade jurídica (art. 93, I)².

Acerca do triênio, manifestei-me em artigo escrito antes da edição da Resolução n.º 11, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e com ela não concordo, porquanto não considera o tempo que o bacharel em Direito atuou como estagiário. Adotou o CNJ regra que predomina no Supremo Tribunal Federal (STF), qual a do princípio da razoabilidade, a entender, *mutadis mutandis*, que, com três anos de exercício de atividade jurídica, não privativa, o Bacharel em Direito esteja bastante amadurecido para ser magistrado ou membro do Ministério Público. Penso que maturidade não se adquire com três anos de formado, ou com três anos de exercício de atividade jurídica, ou com três anos de qualquer coisa. Maturidade adquire-se com estudo, com seriedade, com ética, com empenho, com dedicação, com sensibilidade. O que é certo é que se torna

² A mesma regra aplica-se para os concursos no âmbito do Ministério Público, ex vi do art. 129, § 3º, da Constituição. Especificamente para o Ministério Público, exigência similar havia de dois anos de Bacharelado em Direito, conforme o art. 183 da Lei Complementar n.º 75, de 20 de maio de 1993, derogado pelo art. 129, § 3º, da Constituição de 1988 (Emenda Constitucional n.º 45).

cada vez mais imperioso rever os processos seletivos de ingresso na Magistratura, estes, sim, que realmente devem avaliar as condições dos pretendentes.

Ingressando na carreira, o Juiz Substituto poderá lograr promoção por merecimento ou por antigüidade. Por esta via, basta aguardar o tempo e chegará sua hora. Quanto ao mérito, tenta-se, na Justiça do Trabalho, encontrar mecanismos concretos para avaliar o Magistrado Substituto, e, depois, o Titular de Vara do Trabalho, a fim de permitir que, por merecimento, alcance o grau superior. Ressalto, no particular, que não sou favorável a esse tipo de promoção enquanto não forem encontrados mecanismos e instrumentos realmente objetivos para aferição dessa qualidade.

Alguns estão sendo, gradualmente, implementados. Um deles é a participação em cursos específicos nas Escolas de Magistratura, importante para a formação e o aperfeiçoamento dos juízes. Deles participando, o jovem juiz – ou o juiz jovem – estará sendo preparado para seu relevante mister, reciclado e atualizado.

Demais disso, celeridade não é só fixar metas mínimas de produtividade (HADDAD, 2005, p.23), porque continuaremos a ter quantidade, com dificuldade para avaliar a complexidade e a qualidade dos julgados.

Busquem-se as formas extrajudiciais, autônomas e heterônomas. Elas estão disponíveis a todos. É importante a conciliação que extingue o processo sem julgamento do mérito, e, por isso mesmo, deve ser incrementada.

Permita-se a criação de autos virtuais, facilmente acessáveis via internet. Evita-se o deslocamento de advogados e partes aos *Fori*, com o que se reduz o consumo de combustível, os níveis de poluição e a incidência do estresse nas pessoas. Afinal, o Poder Judiciário também é responsável pela conservação de um meio ambiente sadio.

Urge que se eliminem os desperdícios, com a racionalização dos expedientes forenses, reduzindo ao máximo o excesso de carimbos, certidões, protocolos, juntadas, conclusões, que, em resumo, representam apenas mais papel desnecessário e o crescimento descontrolado dos autos.

É preciso, então, que se adote uma *administração científica*, onde os atos inúteis sejam eliminados (LIMA, 2005, p. 121). Por outro lado, deve existir contato direto e permanente do juiz com a mídia, para esclarecer as posições dos tribunais superiores, em respeito ao princípio da disciplina judiciária que deve nortear todo magistrado.

Na sede da Justiça do Trabalho em Belém, graças à colaboração de uma grande instituição bancária brasileira, estão disponibilizados para os jurisdicionais, dois painéis com pautas virtuais, onde os interessados podem obter informações imediatas sobre os julgamentos e as audiências que estão se processando, sem necessidade de deslocamento aos locais onde tais atos estão sendo praticados. A esses painéis, penso que criar *call centers* seria outro fator de modernização do Judiciário. Se não pode obter informações sobre o processo de seu interesse via internet, pode obtê-las pelo telefone.

Outro ponto a meu ver de grande importância é o relacionamento amistoso que deve existir entre o juiz e os servidores que estão sob suas ordens. É necessário que se adote um clima organizacional adequado, onde exista democracia, participação, criatividade, estímulo, motivação e treinamento. Onde sejam premiados os melhores para que os demais neles tenham inspiração. A esse fim, criei, quando Presidente do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 8ª Região, a Medalha do Mérito Funcional para agraciar os servidores de maior destaque da Justiça do Trabalho.

As facilidades da informática permitem, ademais, a realização de vídeo conferências com a participação de juízes e servidores, trocando experiências, minimizando custos e maximizando resultados. Note-se, nesse aspecto, que tem sido incentivado o ensino à distância no Brasil, por meio da Universidade Virtual Brasileira (UVB). E, nessa linha, têm sido criados muitos *e-groups* para intercâmbio de informações entre magistrados brasileiros das mais diferentes regiões, especialmente em nível de associações de classe.

Certamente, muito ainda pode e deve ser feito, mas tudo dependerá da capacidade de administrar dos Magistrados, por isso mesmo é importante o uso de técnicas de gerenciamento (LIMA, 2005, p. 111). Não esqueçamos que, em 2003, somente na Justiça Comum e na Justiça do Trabalho, foram ajuizadas 12.375.960 ações, das quais 8.595.939 foram julgadas (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2006a). São números pelo menos assustadores, a revelar a necessidade do Judiciário de ser dotado de muitos recursos, especialmente de pessoal e tecnologia de ponta, para que seja acelerada a entrega da prestação.

Temos, além do mais, um corpo legislativo muito grande, muito complexo, que enseja uma infindável onda de

recursos. Tudo, no Brasil, pode ser levado ao STF, como a querer que nossa Corte Maior seja transformada apenas num simples juízo revisional. Note-se que, em 2005, somente até o mês de abril, o Excelso Pretório já havia examinado, absurdamente, 26.129 ações (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006b). Uma das razões é a própria Constituição em vigor que, por ser demasiadamente analítica, permite que se alegue em tudo e por tudo sua violação. Ferido qualquer direito constitucional da pessoa abre-se a ela a possibilidade de ter seu caso apreciado pelo Excelso Pretório. Até ontem, v.g., com a edição da Emenda Constitucional n.º 49, somava-se um total de 55 Emendas, incluídas as seis de revisão, na Carta de outubro de 1988. Significa dizer: 208 meses de vigência, nossa Lei Fundamental é emendada, em média, a cada período inferior a quatro meses.

Não é só. Na Justiça do Trabalho mesmo, outros meios existem que permitem atrasar mais ainda o cumprimento do julgado, de que são exemplos os embargos de declaração, que se prestam para sanar omissão, obscuridade ou contradição do *decisum*, mas que têm sido usados para manifestar mera inconformação e ganhar mais prazo para o recurso que verdadeiramente se quer interpor; o agravo de instrumento, destinado a rever a decisão que denegou seguimento ao recurso, e que amplia o tempo de tornar a efeito o julgado; o agravo regimental, para manifestar contrariedade contra despacho que denega alguma medida liminar requerida... E por aí segue.

Se formos considerar todos os recursos que existem no Direito Processual brasileiro, certamente iremos superar a casa de uma centena. Só na Suprema Corte, considerando pelo menos um embargo de declaração de cada decisão proferida, poderemos ter mais de cinqüenta recursos, e ninguém saiu do mesmo Tribunal...

Para tentar coibir esse verdadeiro furor recursal, criou-se a súmula vinculante (art. 103-A, introduzido pela Emenda Constitucional n.º 45). Sua finalidade é clara. Ficam obstados os recursos quando o STF já possuir posição sedimentada, sumulada, a respeito. E, nesse ponto, não vejo em nada qualquer óbice à liberdade do juiz de grau inferior, ou ao seu poder criador. Ao contrário, trata-se de disciplina judiciária que é dever de todo Magistrado. Almejo que não se retarde sua adoção, sobretudo com referência às matérias de entendimento pacificado no Excelso Pretório.

No momento, encontra-se em tramitação no Parlamento brasileiro mais de uma dezena de Projetos de Lei (PL) cuidando de formas de se conseguir a sonhada celeridade processual que o inciso LXXVIII do art. 5.º da Lei Fundamental preconiza, visando a uniformização de jurisprudência no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (PL 4.723/04); possibilitando a realização do inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa (PL 4.725/04); tratando de incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos (PL 4.726/04); racionalizando o julgamento de processos repetitivos (PL 4.728/04), relativo ao julgamento de agravos (PL 4.729/04), e introduzindo modificações na CLT, de modo a conferir celeridade à tramitação dos processos trabalhistas (PLs 4.730/04, 4.731/04, 4.732/04, 4.733/04, 4.734/04 e 4.735/04)³, já tendo o PL 4.724/04, que trata da forma de interposição de recursos, saneamento de nulidades processuais e recurso de apelação, sido sancionado como Lei n.º 11.276, de 7 de fevereiro deste ano, que vai vigorar dentro de 90 dias, da mesma forma como o PL 4.728.04, agora Lei n.º 11.277, da mesma data e com vigência similar, prevendo que, já havendo o juiz proferido sentença pela total improcedência versando sobre matéria controvertida de direito, basta ser repetido o julgado, dispensada a citação, o que está me assemelhando, em uma primeira leitura, possível violadora do art. 5.º, inciso LV, da Constituição. E, ainda, o PL 4.727/04, sobre agravos retidos e de instrumento, sido transformado na Lei n.º 11.187, de 19 de outubro de 2005, que começou a vigorar a 19 de janeiro deste ano, modificando a redação dos arts. 522, 523 e 537, do Código de Processo Civil (CPC), e restringindo o uso de recursos contra decisões interlocutórias no âmbito da Justiça comum.

Todos transformados em lei proporcionarão agilidade razoável ao processo, mas é preciso que se incentive a busca de soluções autônomas ou heterônomas, porém, sempre extrajudiciais (conciliação, mediação ou arbitragem), que são, a meu ver, as formas ideais de resolver conflitos.

³ Foi negado mandado de injunção por não ter sido caracterizada omissão do legislador infraconstitucional em regular o inciso LXXVIII do art. 5.º da Carta de 1988 (MI 615-2-DF, de 25 de fevereiro de 2005 (João Bosco Maciel Júnior vs. Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, Senado Federal e União). Relator: Min. Celso de Mello. (DJ n.º 43, Seção 1, de 4 de março de 2005, pp. 40-1).

Nesse particular, a Lei nº. 9.307, de 29 de junho de 1996, que cuida de arbitragem no Brasil, está em vigor, necessitando apenas de incentivo para ser verdadeira e corretamente implementada.

Estou bastante convicto de que simplicidade, informalidade, oralidade, concentração, imediatidade são mecanismos que precisam ser utilizados pelos juízes brasileiros para dar celeridade ao processo. Leis podem surgir. Novas regras podem ser criadas. Novas tentativas podem ser feitas. Novos concursos podem ser promovidos. De nada adiantará tudo isso, enquanto não forem removidos os entulhos burocráticos (LIMA, 2005, p. 124-5) que atrasam o Judiciário, as formalidades desnecessárias, o excesso de recursos, a obsolescência das regras processuais, os privilégios existentes para os entes públicos internos, os carimbos, os protocolos, as conclusões, as juntadas, o ao ao interminável.

O bom juiz bom

Penso que a reforma introduzida pela Emenda Constitucional nº. 45 na Constituição da República, na parte que visou melhorar a atividade do Poder Judiciário foi muito aquém do que se esperava, mas, foi melhor do que se nada tivesse sido feito.

A obra, é certo, não está concluída. Muita coisa deve ser feita. E deve ser feita com urgência.

Ninguém duvide, porém, que não é dos juízes do Brasil a culpa pela demora na entrega da prestação jurisdicional. Eles não fazem as leis, eles não as concebem, eles não as sancionam, nem as publicam. Eles apenas as aplicam ou, constatando sua violação, punem o ofensor e restabelecem o Estado Democrático de Direito. Aplicar não é criar, fazer, sancionar, publicar. Cabe aos criadores das leis a tarefa de corrigir as imperfeições existentes na ordem jurídica estabelecida, a fim de que inciso o LXXVIII do art. 5º da Carta Magna, que tanta esperança trouxe ao brasileiro carente de justiça, seja realidade, e não apenas uma simples previsão programática.

A reengenharia do processo, que se sintetiza nas expressões *produtividade e celeridade*, somente será alcançada em nosso país quando os desvios existentes forem corrigidos. Tanto o Judiciário, por todos os seus integrantes de todos os níveis, da mesma forma como as associações de classe da Magistratura, imagino-os a postos para ajudar nessa luta

incessante pela garantia do acesso rápido e completo à Justiça. A tarefa não é fácil, mas nós, os juízes brasileiros, estamos acostumados às dificuldades e saberemos enfrentá-las, porque é esse o nosso sacerdócio e a nossa vocação.

Em junho de 2004, a convite da LTr Editora, proferi, em São Paulo, a palestra de encerramento do 44º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho. Discorri sobre o tema *O Juiz do Trabalho e as transformações do nosso tempo* e iniciei falando sobre o principal personagem do romance *A virgem da macumba* (COSTALLAT, 1934), de autoria de um brasileiro, hoje, praticamente esquecido. Trata-se do *bom Patrú*, e, em determinado trecho, dele é dito: *o bom Patrú! Ele tinha sido para todos o bom Patrú! Aquele que ajuda e que desaparece! O bom, o trouxa do Patrú!*

Pois bem! Volto a valer-me do mesmo personagem. Depois de tudo o que lhes considere, da mesma forma como em São Paulo, ainda entendo que, se ontem havia dificuldades de comunicação e acesso à Justiça, pouco a pouco, foram sendo superadas, e, hoje, as facilidades proporcionadas pela tecnologia importam em uma necessária adaptação, para, amanhã, com um juiz verdadeiramente inserido no cotidiano, termos decisões rápidas, diretas, pragmáticas, concisas e certamente mais justas.

Sem perder a altivez e a serenidade, procurando ser sábio sem ser arrogante, desejando ser generoso sem ser injusto, é o juiz a peça que não pode dispensar a sociedade para a solução de suas pendências. Isento e imparcial, a ele o Estado transfere o poder de decidir sobre o bem e o mal, o certo e o errado, no processo dialético que pretende alcançar o bem comum na sua acepção mais lata.

Quero ir um pouco mais além. Imagino um palco — a vida é um palco onde se representa todo o nosso destino, — e, se os atores — aqueles com quem convivemos — são importantes, há, como em toda a peça teatral, uma pequena e escondida figura, que ninguém vê e raros sabem da existência. Só sabem quando procuram indagar a perfeição das falas dos atores que, ocupando o proscênio, ganham os aplausos. A escondida figura fica abaixo do palco, coberta por uma mínima concha, imperceptível aos olhos comuns, mas fundamental. É o **ponto**. O **bom Patrú** dos atores. Eles ganham o Oscar do cinema e aparecem na mídia. Mas, quem lhes ajudou, quem foi fundamental para eles, quem não deixou que esquecessem as salas, e quem fez com que tudo corresse perfeito, foi o **ponto**.

Na vida fora do palco, no encontro da solução dos conflitos, nos momentos de litigiosidade mais exacerbada, nos instantes em que se busca incessantemente a paz, o **ponto** é o juiz, a peça parcimoniosamente indispensável no difícil jogo de xadrez da vida. Por isso, sem esse **ponto**, sem esse prumo de equilíbrio, ausente esse fiel da balança, termina

o Estado Democrático de Direito, finda-se a sociedade e a raça humana passa a ser desnecessária a ela mesma.

O juiz é o ponto que não procura aplausos, não deseja a fama, não almeja os prêmios, não está à cata de holofotes ou refletores, dispensa a ribalta, aquele que ajuda e desaparece, como o bom Patrú, mas que quer ser justo, digno, respeitado e bom, para, ao final da sua jornada, poder dizer combati o bom combate, terminei a jornada, guardei a fé. Resta-me agora receber a coroa da justiça, que o Senhor, justo juiz, me dará naquele dia (II Tim, 4,7-8). E aí, trocando de endereço, alça à Pasárgada, e lá, amigo do Rei, colhe os louros celestes de ter feito justiça de acordo com a sua vontade, de ter restabelecido a paz e com a esperança de ter servido à sociedade (FRANCO FILHO, 2004, p. 194-5).

Assim sejam os juízes brasileiros. Assim seja a Justiça do Brasil.

Belém, 27 de janeiro de 2006.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/bndpi/movimento/Movimento6B.asp>>. Acesso em: 8 fev.2006a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/bndpi/stf/MovProcessos.asp>>. Acesso em: 8 fev.2006b.

COSTALLAT, Benjamim. *A virgem da macumba*. [S.l.]: Civilização Brasileira, 1934. 244 p.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Ética, direito e justiça*. São Paulo: LTr, 2004. 208 p.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Fatores de produtividade: proposta de avaliação do desempenho do magistrado federal. In: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Administração da Justiça Federal: concurso de monografias 2004*. Brasília: CJF, 2005. 204p. (Série monografias do CEJ, v. 10).

LIMA, George Marmelstein. Organização e administração dos juizados especiais federais. In: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Administração da Justiça Federal: concurso de monografias 2004*. Brasília: CJF, 2005. 204p. (Série monografias do CEJ, v. 10).

Jean Carlos Dias

As técnicas de dissuasão (sanções econômicas e prisão) por descumprimento de ordem judicial e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Resumo

O presente ensaio aborda como a análise econômica do direito (economic analysis of law) pode oferecer elementos para uma crítica dos institutos de direito processual civil brasileiro, notadamente, quanto aos aspectos referentes às técnicas de dissuasão (deterrence) por meio de sanções econômicas e não-econômicas tal como reguladas no sistema positivo e reconhecidas pela jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros.

Palavras-chave

Dissuasão. Deterrence. Ordem judicial. Sanções econômicas. Prisão. Análise econômica do direito.

Abstract

This paper covers the system through which the economic analysis of Law may offer elements for a critical view of the Institutes of the Brazilian Civil Procedural Law, with emphasis on Deterrence techniques by means of economic and non – economic sanctions, as ruled in the positive system and acknowledged by the jurisprudence of Brazilian Supreme Court.

Keywords

Deterrence. Judicial order. Economic sanctions. Arrest. Economic analysis of Law.

As técnicas de dissuasão (sanções econômicas e prisão) por descumprimento de ordem judicial e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Deterrence techniques (economic sanction and arrest) for disobeying judicial order and the jurisprudence of the Superior Tribunal de Justiça

Jean Carlos Dias*

* Advogado. Doutor em Direitos Fundamentais e Relações Sociais. Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor do Centro Universitário do Pará (CESUPA) onde também coordena as pós-graduações em Direito. Professor da Escola Superior da Magistratura, Escola Superior da Advocacia e do Centro de Formação do Ministério Público do Estado do Pará. E-mail: jeand@interconnect.com.br

Apresentação do problema

Algumas condutas, quando colocadas em prática, têm a capacidade de gerar conseqüências tão graves que não podem ser inteiramente revertidas.

Essa impossibilidade de reversão pode ser causada por um obstáculo físico-técnico, em que o estado anterior é inalcançável por razões que extrapolam a vontade do agente e mesmo das vítimas, ou, em outro sentido, podem ser inalcançáveis em razão de um impedimento de natureza econômica.

Diante da possibilidade de ocorrência desse tipo de dano, como se deve posicionar o Direito como forma de evitar sua ocorrência? Essa pergunta, normalmente, tem sido respondida por meio do recurso à atividade jurisdicional.

No caso específico dos direitos difusos e coletivos, em sentido estrito¹, a atividade judicial é resposta para evitar a ocorrência do dano insuscetível de reparação.

Essa resposta, porém, é falaciosa se não temos em vista os meios e veículos que os juízes têm a sua disposição para coibir o comportamento lesivo e como a interpretação de certos primados pode orientar a uma leitura desarmada da atuação do Poder Judiciário.

O debate a respeito dessa questão está orientado para a análise da crença de que as sanções centradas em imposições

patrimoniais não são suficientes para desestimular a prática dos ilícitos, sobretudo perante grandes e recorrentes produtores de danos.

Pretendo examinar no presente ensaio, especificamente, se a prisão civil por desatendimento de ordem judicial inibitória pode ser considerada como um meio válido de impedir a ação lesiva e, naturalmente, as questões correlatas a respeito.

A técnica da dissuasão – *deterrence*

A técnica da dissuasão, muito presente na literatura especializada estrangeira, supõe que é possível, mediante o adequado cálculo de causalidade, impedir a ocorrência de certos ilícitos.

Essa suposição, por sua vez, está orientada para a atividade judicial como meio de impor uma mudança de comportamento por parte dos agentes, de modo a preservar estruturalmente os direitos que estão sob risco de violação.

Ao exercer essa atividade, o juízo deve agir no sentido de conceber em cada situação concreta um efeito econômico, de modo a se constituir um incentivo capaz de levar à correção da conduta lesiva.

¹ Ver, a respeito, (ZANETTI, 2005, p.227).

Tais estudos mantêm seu foco em obter o modelo perfeito de sanção a fim de desestimular a prática do ilícito. Regra geral, esses estudos sugerem que a devida sanção econômica é capaz de chegar ao resultado pretendido.

Naturalmente, as ações coletivas apresentam-se como ambiente privilegiado para articular a adoção desses veículos em função da agregação, que, por sua vez, tende a equalizar todos os demandantes em um mesmo patamar de regulação.

Em uma perspectiva mais ampla, os meios de dissuasão são plenamente mais eficientes que as técnicas de compensação das vítimas, isso, evidentemente, pela aptidão de impedir a ocorrência do dano.

Nesse sentido, Craig Jones (2003, p.45) aponta que:

If we reach the conclusion that, between accurate compensation and accurate deterrence, is overall, to be preferred in part because only it properly 'compensates', but also because it fulfills the goal of reduction of overall accident costs.

Do ponto de vista social é mais importante garantir que os danos não ocorram do que buscar uma regra de compensação pos-factum. Isso é intuitivamente perceptível quando se tem em vista as demandas coletivas.

Nesse tipo de demanda a compensação raramente tem o efeito real de reversão ao status anterior à lesão e, muitas das vezes, as indenizações obtidas são realmente inadequadas para efetivamente reparar os danos experimentados pelas vítimas e pela sociedade.

Daí a tendência de evitar a lesão se apresentar como o caminho lógico mais acertado. Essa é a razão pela qual crescem no Brasil os estudos processuais no sentido de reconhecer a inibição do comportamento lesivo como a forma mais apropriada, em última instância, de garantir o respeito aos direitos difusos e coletivos.

No que diz respeito, por exemplo, às demandas ambientais, já tive a oportunidade de analisar que:

os princípios prudenciais da prevenção e da precaução determinam liminarmente uma atuação judicial preventiva, que inviabiliza a aplicação da regulação clássica da distribuição dos ônus probatórios tal como consagrados na legislação processual brasileira (DIAS, 2007).

Isso significa teórica e praticamente uma evolução no que diz respeito à formatação e aplicação das técnicas processuais, tendo em vista a natureza dos direitos de tutelas, o que, sem dúvida, é uma tendência do processo civil contemporâneo.

Nesse sentido, quando se tem em vista a possibilidade de uma lesão, a técnica mais adequada para proteger os direitos das vítimas em potencial é buscar um modelo de dissuasão realmente eficiente.

Um tal modelo deve estar estruturado de modo a assimilar as motivações de comportamento ativo do agente, mesmo quando sua conduta possa ser considerada meramente culposa.

Exatamente em função do modelo adotado, a forma de desestímulo pode ser traduzida em sanções pecuniárias ou não-pecuniárias, dependendo do grau de eficiência necessário, considerando o ambiente jurídico em que essas demandas estão inseridas.

Via de regra, no sistema processual brasileiro, há prevalência de sanções meramente pecuniárias, que supõe que o desestímulo econômico é suficiente e adequado para pautar a conduta dos agentes potenciais.

Isso porque se supõe que o produtor de danos se comporta como um investidor em que a prática de lesão pode levar ao lucro e que, portanto, deve ser mantida em função de uma conduta baseada nas expectativas de resultado.

Estabelecer qual é a medida que inverte a expectativa de lucro é trabalho a ser desenvolvido pelo juiz nas ações coletivas, de modo a obter um comportamento que se compatibilize com a conduta legalmente prevista.

O cálculo do desestímulo, porém, somente é realmente eficaz quando a técnica de dissuasão aplicada é capaz de levar ao resultado esperado: a redução das expectativas econômicas tendo em vista eliminar o benefício esperado pelo agente.

No caso específico da dissuasão baseada em repercussões patrimoniais, a eficiência é medida direta da aptidão do processo judicial para realmente alcançar os bens do causador do dano e, tanto quanto isso, a correta percepção judicial a respeito dessa exigência.

Esses dois elementos fornecem a chave para a compreensão da magnitude que deve ser dada às sanções pecuniárias e se é coerente a busca por sanções alternativas.

Examinarei esses dois pontos em tópicos distintos em seguida.

A aptidão do processo judicial para alcançar o efeito econômico dissuasório

Argumentei antes que a eficiência das técnicas de dissuasão é dependente da qualidade da regulação processual no

que diz respeito à possibilidade de efetivamente abranger a integralidade do patrimônio do agente.

Quando o direito processual apresenta os meios necessários para fazer valer a sanção econômica aplicada aos casos de lesões potenciais, o agente tenderá a considerá-las como uma probabilidade consistente no planejamento de suas ações.

Em sentido contrário, a inexistência ou fragilidade desses meios levará ao estímulo do comportamento lesivo.

No caso brasileiro, notadamente no caso das tutelas inibitórias, objeto deste ensaio, existe um arcabouço processualmente adequado para alcançar esse fim?

A regulação da tutela específica da obrigação de não fazer expressa no art. 461 do Código de Processo Civil (CPC) oferece aos magistrados uma série de medidas de apoio, que se enquadram no conceito de *deterrence*.

Notadamente, o arbitramento de multa pelo descumprimento do mandado parece ser uma representação bastante fiel da busca pela dissuasão da prática do comportamento vedado.

Essa aparência, contudo, é superficial.

A cominação da multa somente terá o verdadeiro efeito inibidor à medida em que, verificando a forma de sua exigência, chegarmos à conclusão de que ela representa um risco real para o agente em potencial.

Embora a legislação tenha oferecido ao juiz o grau de liberdade para a fixação da magnitude da sanção em função das peculiaridades do caso concreto, o sistema de exigência dessa pena ainda não está suficientemente claro.

Há uma corrente doutrinária, como aponta Arenhart (2003, p. 378), para quem essas parcelas, embora tenham natureza jurídica autônoma (aliás, por expressa disposição legal, art. 461, §2º, CPC), estão sujeitas ao mesmo regime de exigências das obrigações de pagamento reconhecidas em títulos judiciais ainda não transitados em julgado, isto é, pela aplicação da execução provisória².

A alternativa a essa compreensão, criticada pelo autor, é o reconhecimento da mandamentalidade dessas decisões sancionatórias, e, portanto, a possibilidade de exigência fora dos padrões executivos.

A essa discussão doutrinária soma-se uma outra, relacionada ao momento da eficácia da exigência da multa.

Para Marinoni (2003, p. 208), apoiado inclusive em parcela da doutrina estrangeira, a multa somente seria plena-

mente eficaz no momento do trânsito em julgado. Desse modo, a multa, mesmo sendo autônoma, ficaria diferida para momento futuro.

Refutando essa opinião, Garcia Medina (2002, p. 326) aponta que a multa se torna exigível a partir do momento do descumprimento da ordem proferida pelo juiz por parte do destinatário.

Como se observa por esse rápido panorama, os entendimentos variam em dois pontos cruciais: a exigência de pagamento da multa e seu meio.

Isso somente ocorre porque existem concepções diferentes da função da multa e cálculos diversos da expectativa de dissuasão.

Para que a multa tenha o verdadeiro efeito inibidor, não há dúvida a respeito, ela deve ser exigida de imediato e mediante um procedimento específico capaz de levar a esse pagamento.

Somente quando isso ocorre é que se pode verdadeiramente observar o efeito dissuasório. Transferir a exigência para o futuro, ou seja, após o trânsito julgado, significa apenas dotar o agente potencialmente causador do dano de mais um dado na equação econômica que dá suporte à sua conduta.

Ao contrário do que supõem alguns autores, a transferência para o futuro importa em imediato enfraquecimento do comando judicial e, por isso, na evidente perda da coação da vontade, que justifica a concessão da medida.

Analicamente, o debate doutrinário deve ser resolvido em prol da melhor sanção dissuasória que é, certamente, a que impõe um risco imediato pelo desatendimento do comando judicial.

Analisando a respeito da equação econômica de imposição de sanções, Shavell (2004, p. 504) aponta que:

A multitude of observations from everyday life suggests that individuals are discouraged from all manner of undesirable behavior when the likelihood and magnitude of sanction is sufficiently high.

Ora, diante de uma sanção que não tem qualquer efeito imediato, a conduta estratégica dos produtores de dano se resume à administração de seu procedimento de modo a possibilitar que os ilícitos causados sejam capazes de atender ao pagamento da multa futura, em outras palavras, o efeito inibidor deixa de existir.

Já tive a oportunidade de demonstrar que em ambientes não-cooperativos, como o estabelecido em juízo para a solução de conflitos coletivos, a solução estratégica, sendo racional o agente, somente leva ao efeito pretendido quan-

² Nesse sentido Talamini (2003, p. 262).

do a sanção econômica representa uma imposição imediata e suficientemente relevante para orientar sua conduta (DIAS, 2003, p. 117).

Em um plano mais amplo, diante da incerteza da multa, a regra geral é que se a conduta ilícita for imediatamente vantajosa, será praticada pelo agente, o que, sem dúvida nenhuma, é contrário à própria concepção da pena pecuniária como sanção inibidora contra o comportamento indesejado.

Ao contrário do que se pode supor, a autonomia radical da multa (tanto o momento da eficácia quanto o meio processual) nas ações coletivas é exigência do próprio modelo de dissuasão previsto na nossa legislação.

É irrelevante, do ponto de vista dos direitos sob risco, que o agente venha a ser, no futuro, exonerado da obrigação. Tomando como partida o risco da lesão presente, justifica plenamente a sanção imediata em detrimento óbvio de uma pena futura e incerta.

É preciso deixar claro que o texto legal permite essa interpretação, aliás, já ratificada pela doutrina como demonstrei antes.

Obviamente, o que está fora de foco e precisa ser ajustado é que a exigência de pagamento imediato não deve significar a entrega imediata aos autores da ação coletiva.

A imposição do pagamento será efetiva mesmo que se processe na forma de depósito judicial, pois importa em risco patrimonial imediato, mesmo que não signifique para o autor da demanda coletiva nenhum ganho nesse mesmo momento.

Não se trata de proposta de alteração legislativa, esse procedimento é inteiramente amparado pela amplitude do dispositivo legal e pelo atual estágio da literatura especializada.

A correta percepção judicial a respeito da exigência de pagamento da multa

Argumentei na seção anterior que o sistema dissuasório, para ser eficiente, depende de que as obrigações impostas pelo juízo sejam exigíveis de imediato e na magnitude capaz de levar ao desestímulo da conduta temida.

Indiquei, ainda, que o atual estágio legislativo e doutrinário oferece o ambiente adequado para a correta compreensão e aplicação das técnicas inibidoras nas demandas coletivas.

A lesão nas ações coletivas produz dois tipos de danos: aquele direto, que é experimentado pela universalidade de indivíduos potencialmente vitimados. Ao lado desse tipo de

dano, há um outro, representado pelo dano social, correspondente aos custos que a sociedade como um todo passa a assumir para a prevenção daquele dano direto (COOTER, ULEN, 1999, p.565).

Apenas para exemplificar, quando uma empresa de planos de saúde deixa de atender seus clientes, estes são diretamente prejudicados, mas, além deles, há um custo social representado pelo aumento de exigências do público em relação às demais empresas do mesmo setor, um aumento de gastos com supervisão e fiscalização, uma retração do mercado, enfim, o efeito sistêmico é mais amplo que a soma das lesões sofridas individualmente.

Isso é importantíssimo no que diz respeito ao tema sob análise. Quando uma sanção econômica é imposta, sua finalidade é tanto reparar o dano direto quanto o dano indireto.

Desse modo, a pena aplicada em juízo pelo desatendimento de uma ordem judicial inibidora de uma conduta lesiva com efeitos coletivos deve ser capaz de proteger eficazmente os direitos em risco, mas também funcionar com efeito pedagógico em relação ao dano indireto e, com isso, prevenir os custos sociais correspondentes.

Quando se tem essa dualidade de efeitos em perspectiva, a atividade judicial de fixação da multa e sua exigência ganham relevância ao ponto em que sustentam uma dissuasão direcionada a dois âmbitos relacionados, mas de amplitude diversa.

A multa, aplicada como consequência do desatendimento de ordem judicial inibitória, tem por primeiro efeito a tutela imediata dos direitos sustentados pelos autores na ação coletiva, de modo a impedir a consumação do dano, que, por sua natureza, sugere um difícil ou impossível retorno ao *status quo* anterior.

Ao lado dessa finalidade mais imediata, porém, há uma imposição cuja finalidade é prevenir a recorrência das mesmas lesões temidas por terceiros, estranhos ao processo.

Esse efeito pedagógico é fundamental e não pode ser desconsiderado. Para demonstrar o tema, utilizarei um exemplo que frequenta a nossa jurisprudência.

Uma empresa de telefonia ameaçou lançar, por não pagamento de valores indevidos, um grupo de seus clientes em cadastros de inadimplentes. Diante do risco de lesão, foi interposta uma ação coletiva com pretensão inibitória.

Esse caso sugere que o juiz, ao receber a demanda e fixar a multa, deve ter em vista que: a) a multa precisa ser capaz de evitar o dano concreto ao crédito e honra das

peças agregadas na ação coletiva, e também b) que essa sanção deve ser capaz de desestimular novas ameaças da mesma empresa em relação a outros grupos e também deve ter o efeito pedagógico para as outras empresas do mesmo ramo em relação a seus clientes.

Quando uma sanção excessivamente baixa é imposta, o efeito dissuasório se perde, como observamos na seção anterior, logo, há o estímulo à lesão concreta. Se a exigência do pagamento das parcelas indevidas pelo meio indireto da restrição cadastral for lucrativa, isto é, puder gerar excedente relevante após o pagamento da multa, pode-se afirmar que, racionalmente, a ordem judicial será desatendida e a lesão temida ocorrerá.

Tanto quanto isso, as demais empresas da mesma área de atuação interpretarão a decisão como uma autorização para a prática do ilícito, o que gerará os efeitos indiretos com evidente custo social.

Esse panorama tem sido muitas vezes ignorado por nossos tribunais, fazendo com que as lesões se multipliquem e concorram para a multiplicação de demandas idênticas. Desse modo, os próprios tribunais são causadores do aumento do volume dessas ações.

A magnitude ótima da sanção tem sido estudada utilizando-se técnicas econômicas, porém, pode-se afirmar, de modo geral, que, quanto mais altas as sanções e mais certa a sua exigência imediata, menor é o risco de repetição do comportamento ilícito por parte do agente e, por via de resultado, das ações tendo por base as mesmas circunstâncias.

Os atuais estudos do Direito já nos levam à conclusão de que as multas não podem ser entendidas como parcelas indenizatórias, mas têm um caráter autônomo que as justifica como meio de tutela de direitos, dignificação da autoridade judiciária e mesmo como meio de combate aos custos sociais marginais.

Os meios econômicos de dissuasão da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

No curso do presente ensaio, tenho demonstrado que as multas pecuniárias podem, se perfeitamente entendidas e aplicadas, se constituir em um poderoso instrumento de inibição de comportamento lesivo nas violações a direitos coletivos.

Parece-me, porém, importante investigar como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem enfrentado tais questões, sobretudo, tendo em vista que a orientação do STJ acaba por induzir ao posicionamento dos juízos mono-

cráticos por todo o país, e, ao lado da doutrina, tem sido especialmente relevante no reforço ou abandono de algumas teses importantes que têm a efetividade e dignidade da jurisdição como pano de fundo.

As sanções econômicas aparecem na jurisprudência do STJ sob diversas roupagens não havendo tratamento sistemático por parte do Tribunal, sendo possível a suposição de que há uma regra de decisão a respeito.

É possível, porém, analisando alguns casos, observar como as decisões desconhecem o efeito dissuasório na aplicação das sanções econômicas, quer em demandas coletivas, quer em ações individuais.

No caso específico da cominação de multa por descumprimento de ordem judicial em tutela específica de cunho coletivo, o STJ já decidiu de modo a minimizar o valor econômico arbitrado. No REsp 50829 / RJ³, cuja matéria dizia respeito à exposição de material impróprio a crianças e adolescentes, o Tribunal levou em consideração a capacidade de pagamento do ofensor como fundamento para reduzir a multa diária progressiva. Diz o acórdão que:

o progressivo aumento do valor estipulado pelo acórdão recorrido tornou à empresa insuportável o seu adimplemento, motivo pelo qual, sopesadas as circunstâncias e aplicando o direito à espécie, a sanção diária foi reduzida à quantia de 05 (cinco) salários de referência.

Essa decisão, sem dúvida, monetizou a lesão e facultou aos possíveis interessados em praticá-la uma expectativa de lucro bastante precisa em função do valor arbitrado pelo STJ ser claramente incapaz de induzir à alteração da conduta lesiva.

Em outra modalidade de sanção econômica, que é a condenação em dano moral, o STJ tem se posicionado de forma clara e inequívoca pela busca da aplicação do princípio da proporcionalidade, de maneira a aferir a sanção realmente adequada.

Nesse sentido, o Ministro Sidnei Benetti apontou que:

Como é sabido, a indenização por danos morais tem como objetivo compensar a dor causada à vítima e desestimular o ofensor a cometer novos atos da mesma natureza. Não é razoável o arbitramento que importe em uma indenização irrisória, de pouco significado para o ofendido, nem uma indenização excessiva, de gravame demasiado ao ofensor⁴.

³ DJ 08.08.2005 p. 210/ LEXSTJ vol. 193 p. 16

⁴ REsp 954647 / SP (RECURSO ESPECIAL 2007/0118382-3) DJ 23.05.2008 p. 1

Ocorre que a busca por esse parâmetro ideal tem, em muitas situações, levado em consideração não o caráter dissuasório que se encontra no núcleo desse tipo de condenação, e sim a diretriz de evitar que a imposição judicial acabe por gerar à parte lesada o enriquecimento sem causa.

Essa tendência aparece, inclusive, como um requisito para a validação da razoabilidade na fixação do *quantum* devido:

Fixado o valor da indenização pela indevida inscrição do nome do autor em cadastro negativo de crédito, em patamar razoável, sem provocar enriquecimento sem causa da parte moralmente lesada, improcede a pretensão da ré de discutir o tema em sede especial, não se justificando a excepcional intervenção do STJ a respeito⁵.

Esse método, porém, na prática, gerou uma revisão geral das indenizações para baixo, sendo raros os casos de majoração de indenizações em grau de recurso especial.

O efeito da adoção majoritária dessa tendência jurisprudencial é que os grandes litigantes continuaram a praticar as condutas lesivas às vítimas, uma vez que não houve estímulo econômico suficiente para qualquer modificação.

Como as lesões continuaram a acontecer, novas ações, com o mesmo fundamento, são interpostas todos os dias (embora representando apenas uma pequena parcela das vítimas, que, por deterem a informação ou meios econômicos necessários, acabam por buscar a tutela jurisdicional).

Uma parte significativa dessas causas poderia ser eliminada caso a dissuasão fosse aplicada adequada e coerentemente com o sistema jurídico que se busca tutelar, levando os ofensores a evitar a recorrência dos fatos que dão ensejo a essas causas.

De um modo geral, portanto, a jurisprudência do STJ tem sido conservadora do ponto de vista do uso das sanções econômicas como técnica de dissuasão das condutas lesivas.

Os meios não-econômicos de sanção, o caso da prisão na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Gostaria também de refletir, nesta seção, numa direção diferente, qual seja da pena de encarceramento como resultado do desatendimento da ordem judicial inibitória.

Os autores processualistas tratam do tema. Em função do texto constitucional, que veda a prisão civil genericamente,

excetuados os casos de inadimplemento de pensão alimentícia e da infidelidade do depósito, existem argumentos que sustentam e refutam essa sanção no âmbito do processo civil.

O STJ já teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema⁶ em Medida Cautelar, recebida como *Habeas Corpus*, em que foi mapeado o posicionamento da Corte sobre essa matéria.

No entendimento da jurisprudência dominante no Tribunal, a impossibilidade da prisão por descumprimento da ordem judicial advém da incompetência absoluta do juízo civil de promover essa sanção, pois a prisão, nesse caso, teria que ter a natureza penal, já que, em tese, estaria extrapolada a previsão constitucional para a prisão civil.

O argumento é formal e frágil.

No exercício de sua atribuição legal, por expressa disposição legal – o art. 461, §5º, do CPC, é meramente exemplificativo –, o juiz no exercício da jurisdição civil poderá tomar todas as medidas necessárias para garantir o adimplemento da obrigação.

No âmbito puramente formal e legal não há impedimento, uma vez que a ameaça de prisão pode ser a única forma de coagir a vontade do agente a atender a ordem judicial e, mesmo, representar a única forma de afastar a ocorrência da lesão coletiva e, com isso, representa o resultado equivalente tratado na norma.

De outro lado, como apontam Marinoni (2003, p. 234) e Arenhart (2003, p. 397), o afastamento *tout court* da prisão civil importa no afastamento de um meio objetivo de tutela de direitos violados que, em última instância, estão no cerne da própria prestação jurisdicional.

Pretendo, porém, acrescentar algumas reflexões sobre o tema.

A pena de prisão, segundo os mais contemporâneos estudos, tem sido reservada para uma aplicação residual e, quase sempre, como resultado de uma conduta lesiva renitente.

De modo geral, as sanções não-monetárias têm sido consideradas excepcionais e supletivas. Nesse sentido, Shavell (2004, p. 510) aponta que

Nonmonetary sanctions should be used only as a supplement to maximal monetary sanctions. It was just explained tha nonmo-

⁵ AgRg no Ag 845.394/SF, Rel. Ministro Massami Uyeda, QUARTA TURMA, julgado em 26.02.2008, DJ 17.03.2008 p. 1

⁶ MEDIDA CAUTELAR Nº. 11.804 - RJ (20060157923-3) MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO

etary sanctions are needed to deter when monetary sanctions would not be adequate for that task.

Nesse sentido, sendo dada a devida atenção à posição que sustenta, a possibilidade de prisão deverá sempre ser resultado de um desatendimento direto e culpável das multas aplicáveis e nunca como primeiro meio de ação.

Do ponto de vista da análise econômica, a taxa delitual é tida como uma variável dependente da certeza e gravidade do castigo. Conquanto o debate público esteja modulado pelo questionamento quanto à intensidade dessa relação, o fato é que a pena de prisão é considerada como um importante meio dissuasório como apontam Cooter e Ulen (1999, p. 585).

A pena de prisão decorrente do *civil contempt* é um instrumento que reforça o ordenamento jurídico e, mais que isso, a autoridade judicial, com inegável efeito positivo do ponto de vista da prevenção da lesão coletiva.

Quando a busca está estruturada em função da efetividade da jurisdição, que é o primado teórico deste século, nenhum meio de obtê-la deve ser desconsiderado *a priori*.

Vale dizer que em muitos casos os ofensores se respaldam na inexistência de patrimônio pessoal como forma de invalidar a ordem judicial sustentada exclusivamente em sanções econômicas.

Do ponto de vista do Estado de Direito, a violação sistemática ao sistema jurídico deve ser combatida com meios e instrumentos adequados e proporcionais, o que, certamente, não pode resultar na abstenção judicial em dar efetividade a sua própria decisão.

Conclusão

À guisa de conclusão, sustento que:

- a) O sistema processual, para ser efetivo e capaz de enfrentar as demandas contemporâneas, tem que ser aplicado de modo a obstar o comportamento ofensivo aos comandos judiciais, buscando as técnicas dissuasórias adequadas a cada situação tutelável;
- b) O consórcio de técnicas de dissuasão, econômicas e não-econômicas, é o único caminho possível para a dignificação e efetividade da atividade jurisdicional, tendo em vista um ambiente social de recorrente lesão aos direitos das coletividades;
- c) É preciso avançar nos estudos e abandonar preconceitos se buscamos, de fato, reforçar o sistema jurídico.

Referências

- ARENHART, Sergio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003. 448p.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Derecho y economia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999. 686p.
- DIAS, Jean Carlos. As cadeias prometéicas: ainda o ônus da prova nas ações ambientais. *Revista de Processo*, São Paulo, v.32, n. 153, p.131 -144, nov. 2007.
- _____. Políticas públicas e questão ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, v.8, n.31, p.117-135, jul./set., 2003.
- JONES, Craig E. *Theory of class actions*. Toronto: Irwin Law, 2003. 262p.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 3.ed. São Paulo: RT, 2003. 525p.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: princípios fundamentais*. São Paulo: RT, 2002. 393p.
- SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge, Mass. / London: Belknap Press of Harvard University Press, 2004. 737p.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2.ed. São Paulo: RT, 2003. 508p.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. Direitos coletivos lato sensu: a definição conceitual dos direitos difusos, dos direitos coletivos stricto sensu e dos direitos individuais homogêneos. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; CARPENA, Marcio Louzada (Org.). *Visões críticas do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 244p.

Antônio José Mattos
Direito Amazônico ou Direito para a Amazônia?

Resumo

A Amazônia tem sido espaço de muitos conflitos de interesses. Nela estão presentes as questões indígena, quilombola, ecológica, madeireira, minerária, escravagista, fundiária, além de ser um celeiro de biodiversidade e o maior reservatório de água doce do mundo. Tudo isso formando um quadro regional no qual está situada uma rica sociodiversidade. Diante desta complexidade e considerando, de um lado, a preocupação de inserir a Amazônia no mundo globalizado de hoje, e, por outro, os novos paradigmas jurídicos da pós-modernidade, fundamentalmente calcados nos direitos humanos, o presente trabalho investiga um encaminhamento jurídico para a equalização dessa problemática, a partir da dignidade humana. O respeito às práticas das relações humanas regionais e suas conseqüentes formas de produção de direito local devem ser contemplados nas políticas públicas para a Amazônia. Um dos instrumentos para se atingir tal desiderato é a homenagem ao princípio constitucional democrático do Federalismo. Por este meio, chega-se mais próximo do ideal de desenvolvimento humano para a Amazônia contemporânea.

Palavras-chave

Direito – Amazônia. Direitos humanos – questões amazônicas. Federalismo.

Abstract

The Amazon has been the site of many conflicts of interest. These conflicts embrace many polemic issues, such as: the indigenous, ecological, lumber, mineral, slavery and agrarian. Besides, it is also a site of great social diversity and the biggest potable water reservoir of the world. Everything contributes to the formation of a rich regional social diversity scenery. In face of this emblematic complexity, this paper investigates a legal guidance for the solution of such problems, having as its central focus, the human being's dignity and considering, in one hand, the insertion of the Amazon into the present world, and, on the other hand, the new legal paradigms of post-modernity based on the human rights. The respect towards the praxis of the regional human relationships and the consequent forms of local law production must be contemplated in the public policies for the Amazon. One of the instruments to reach such target is the attention which must be dedicated to the constitutional democratic principle of Federalism. By this means it is possible to reach the ideal human development for the contemporaneous Amazon.

Keywords

Law - Amazon. Human rights - Amazonian issues. Federalism.

Direito Amazônico ou Direito para a Amazônia?

Amazonian Rights or Rights for the Amazon?

Antônio José Mattos*

* Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Privado pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor nos Cursos de Pós-Graduação da UFPA e Universidade da Amazônia (UNAMA). Membro da União Mundial de Agraristas Universitários (UMAU) - com sede em Pisa (Itália). Membro Fundador da Academia Brasileira de Letras Agrárias. Membro da Academia Paraense de Letras. Membro Fundador da Academia Paraense de Letras Jurídicas. Advogado. Procurador da Fazenda Nacional. E-mail: antoniojose@ajmattos.adv.br

Situação do problema

Apesar da avançada tecnologia produzida pela engenhosidade humana, a Amazônia continua a ser um grande mistério para a humanidade. Sua grandeza é de tal ordem que é utilizada não apenas como objeto de estudo para a Ciência, mas também é matéria para produção de vasta e profícua literatura, bem como serve para a criação de um mundo mitológico que encanta o imaginário folclorista.

Sua riqueza se inicia logo com seu nome mesmo. É que Amazônia é termo plurívoco. Três são os conceitos empregados: a Amazônia Clássica, designativa da Região Norte do Brasil, formada pelos estados do Pará, Amapá, Rondônia, Roraima, Amazonas, Acre e Tocantins; a Amazônia Legal, criada para efeito desenvolvimentista regional, e abrange os estados da Região Norte e mais parte Ocidental do estado do Maranhão e parte do norte dos estados de Mato Grosso e Goiás; e a Pan-Amazônia ou Amazônia Internacional originada do Pacto de Cooperação, assinado em 1978, e formada por oito países sul-americanos: Brasil, Colômbia, Equador, Venezuela, República Cooperativa da Guiana, Suriname, Bolívia e Peru.

A partir da base territorial de qualquer de uma das três concepções, constata-se, diante da experiência, que diversos problemas se colocam à frente do homem e exigem satisfatória solução em prol desse mesmo homem que nasce, vive e morre na região amazônica.

A problemática é multifária. Remanescem, na área, tribos indígenas, algumas ainda muito arraigadas a sua cultura autóctone, e outras já aculturadas. Seja uma ou outra, guardadas as devidas proporções, evidentemente, mantêm *modus vivendi* diferenciados dos não índios. Como estão assentados, desde data imemorial, em base territorial rica em reservas minerais, em potencial madeireiro e em rica biodiversidade que atraem as cobiças nacional e estrangeira, tal situação exige do poder público competente gerenciamento adequado para que possam coabitar os interesses indígenas e os da civilização não indígena. Contudo, não tem sido esse o tratamento experimentado em nossa realidade.

Em situação semelhante, vamos encontrar as comunidades remanescentes de quilombos. O Pará é o terceiro Estado da Federação brasileira com maior número de comunidades quilombolas, precisamente com 294, vindo depois dos estados do Maranhão (642) e da Bahia (369). Estas são as comunidades quilombolas conhecidas até hoje. Contudo, outras tantas ainda permanecem desconhecidas. O motivo deste desconhecimento ainda hoje é simples: os negros fugitivos da

escravidão se homiziavam em localizações distantes do meio civilizado, em áreas de difícil acesso. A maioria destas comunidades está situada na mesorregião do Baixo Amazonas e no Município de Oriximiná, áreas regionais distantes da capital, Belém, e, até pouco tempo, de difícil acesso.

A Amazônia é disparadamente a região de maior riqueza vegetal e animal da terra. A região dispõe de 30% da biodiversidade do planeta, reunindo uma profusão de plantas, mamíferos, aves, peixes e anfíbios, sem contar com centenas de milhares de microorganismos, em sua maioria ainda desconhecidos. A floresta amazônica e toda a opulência que ela significa merecem um regime jurídico inteligente que, proporcionando sua exploração e o desenvolvimento das populações locais, não a degrade nem a extermine.

Nesse quadro, exsurge a exploração madeireira. A cobertura vegetal é formada de madeira de lei de excelente qualidade. A ganância faz o homem praticar a exploração predatória de corte raso de madeira, com conseqüente desaparecimento de animais que habitam o local, dando lugar a pasto e caça inadequados ao meio ambiente e alterando o regime de chuvas tão característico da região, vindo, ao cabo, trazer desequilíbrio ao ecossistema. O desmatamento e a queimada continuam a ser a principal fonte de impactação ambiental na maior floresta tropical do mundo. Nesse particular, o estado do Pará concorre com a triste colocação de quinto estado brasileiro no ranking da degradação ecológica.

Fazendo parte desse marcante patrimônio natural, a água é símbolo de abundância na região. A Amazônia constitui o maior reservatório de água doce do mundo, pois 13% da água doce do planeta estão nos rios amazônicos. Em face dessa realidade, o óbvio seria que o rio fosse o caminho natural de acesso e de locomoção entre os amazônidas. Entretanto, a política de transporte imposta para a região, na década de 70, pelos governos militares, foi a construção de rodovias, exigindo que se rasgasse a floresta nativa e cujo resultado, vivenciado ainda hoje, é que, na maior parte do ano, as estradas são imprestáveis ao tráfego, em razão das pesadas chuvas típicas das zonas equatorianas que encharcam o solo da região.

A fantástica riqueza mineralógica da Amazônia e sua exploração fazem com que os municípios onde estão instaladas as empresas exploradoras tenham um PIB *per capita* alto, levando-se em consideração os valores recomendados pela Organização das Nações Unidas (ONU). Obtém-se o PIB *per capita* somando-se toda a riqueza do município e dividindo-se pelo número de habitantes. Tal situação leva a crer que a população local deva ter qualidade de vida razoá-

vel, segundo as exigências mínimas de padrão digno de vida. Contudo, o Estado tem praticado perversa política pública, pois o modelo escolhido não foi capaz de promover avanços no padrão de distribuição de riquezas entre a população local. Apesar do elevado PIB per capita, por volta de 43% da população amazônica possui renda per capita abaixo da linha da pobreza e o respectivo Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) cresceu menos que o nacional.

O verde-vago-mundo amazônico, para lembrar a expressão criada por Benedito Monteiro, propiciou a sanha de malfeteiros gananciosos sobre suas vastas terras.

Em nenhum outro lugar do planeta se viu tanta terra pública ser fraudada. O fenômeno foi de tal monta e tão significativo que se chegou a criar um tipo fundiário chamado grilagem. A grilagem de terras – nomenclatura exclusiva do Direito Agrário –, em noção fornecida por Otávio Mendonça, constitui a expedição de documento por órgão competente cujo teor documental não corresponde à realidade, de modo que, aparentemente, o documento é idôneo, pois expedido por quem de direito; também, a grilagem pode ocorrer no caso de documento forjado ou fraudulento, montado arditamente, dando aparência de ter sido expedido por órgão ou departamento estatal oficial, de conteúdo inverídico, falso. Quer dizer, a terra grilada é aquela documentada por título fundiário expedido por órgão oficial do poder público ou o forjado/fraudulento e que enuncia conteúdo que não corresponde à verdade dos fatos.

A par da propriedade da terra fundada em documento ilegal, a Amazônia também convive com uma das piores mazelas do mundo: o trabalho degradante reduzido à condição análoga a de escravo. Ou, simplesmente, trabalho escravo, como prefere a mídia.

Este tipo de trabalho ilegal, embora chamado escravo, não assume os mesmos contornos jurídicos que a escravidão sofrida pelos negros dos séculos iniciais de nossa História até o dia 13 de maio de 1888. O trabalho escravo hodierno significa que o patrão, o latifundiário, o fazendeiro, na maioria das vezes vindo do Centro-Sul do país para a região, deixa de cumprir com as regras básicas do Direito do Trabalho em favor de seu empregado, geralmente provindo de estados nordestinos, como o Piauí e o Maranhão, e a ele dispensa condições sub-humanas.

Essas deploráveis condições são, por exemplo, a subordinação do pagamento de salário a determinadas tarefas, geralmente quase impossíveis de serem executadas, embora à época da contratação tivesse estipulado contraprestação mensal,

na maioria das vezes, não paga salário porque ao pagamento associa descontos com habitação, alimentação e outras necessidades, cuja satisfação é ofertada exclusivamente pelo patrão, sem chance de o empregado optar por outra escolha. A habitação oferecida são barracões de parede e cobertura de plástico em metro ou lona improvisada, localizados no meio da mata, próximos da área de trabalho; a alimentação é uma ração feita de qualquer modo, sem condições de higiene e despreocupada com o valor nutritivo e qualidade dos alimentos; não fornece condições mínimas de saúde, nem salubridade ambiental de trabalho e, muito menos, previdência social. Enfim, o empregador fornece ao empregado condições de trabalho que contrariam os princípios dos direitos humanos contemplados pelo Direito contemporâneo.

Para finalizar o rosário das principais angústias amazônicas, propositadamente deixada por último, embora seja a principal delas, temos a desvalorização da vida humana grassada pela banalização de homicídios, prática que campeou na área nas últimas décadas, tendo por motivo único a luta pela posse da terra. A vida humana tem sido moeda de troca entre grileiros e pistoleiros importados para a região, e cujo negócio final é eliminar a voz que não quer deixar o grileiro se instalar em área de alto valor econômico. O direito básico dos direitos humanos – a vida – nada vale no meio rural.

Todos esses cruciais problemas vividos na Amazônia brasileira exigem adequada atenção do poder público a fim de, senão eliminá-los, pelo menos reduzi-los a um índice quase indiferente para a boa qualidade de vida que devem ter as populações da floresta e o homem dos setores urbano e agrário.

Um dos mecanismos para se atingir tal desiderato é, inde-né de dúvidas, a utilização do Direito. Assim, nossa proposta neste paper é dar encaminhamento jurídico para as incertezas do homem da Amazônia.

O Direito na sociedade contemporânea

A sociedade atual é de alto grau de complexidade. Embora estejamos no século XXI, a elaboração e a reprodução do conhecimento jurídico ainda estão, paradoxalmente, no século XIX.

De fato, nos dias que correm, o saber jurídico ainda é apresentado a partir de duas correntes teóricas básicas: o positivismo normativista e o jusnaturalismo (COSTA, 2001, p.177).

O positivismo normativista tem seu ponto máximo em Kelsen, para quem o Direito é uma ciência tão pura quanto as demais desenvolvidas de acordo com os postulados científicos do século XIX.

O jusnaturalismo, ou direito natural, tem suas vertentes em três fundamentações teóricas: o direito natural cosmológico, o direito natural teológico e o direito natural antropológico. Essas três fases do direito natural são reconhecidamente expressões claras de três ciclos da história da humanidade. A primeira, diz respeito à era grega, correspondente à visão de natureza dos gregos, na qual o direito estava inserido; a segunda, o direito teológico, é produto da Idade Média, segundo o qual Deus é o centro e a origem de todas as coisas, inclusive do direito; por fim, o direito natural antropológico é resultante da era Moderna, a partir do Iluminismo e da Revolução Francesa, tendo o homem como referência; a partir desse pensamento, o universo tem sua razão de ser em função da existência humana, pois o homem é o titular de direitos e o fundamento é sua própria condição humana.

Todas essas doutrinas teóricas do direito influenciaram, umas mais, outras menos, a produção do direito brasileiro. Entretanto, o positivismo normativista kelseniano restou arraigado profundamente na cultura jurídica nacional.

Esse modelo passou a ser questionado por sociólogos do Direito, jusfilósofos e cientistas políticos que interpretam ser a sociedade contemporânea hiperplexa. A sociedade moderna, assim entendida a partir das criações econômicas, tecnológicas, políticas, intelectuais, desde o século XVIII, e no aspecto jurídico, muito bem representado pelo direito natural antropológico, ficou superada pela sociedade pós-moderna.

O Estado moderno teve o grande mérito de cristalizar as máximas da igualdade de todos perante a lei e da liberdade do homem; mas, por outro lado, significou o triunfo do individualismo e a exasperação dos valores patrimoniais.

A sociedade hodierna exige explicações a fenômenos sociais. A sociedade pós-moderna faz criar ao homem o surgimento de muitas oportunidades. Tais oportunidades geram incertezas, de modo que o homem contemporâneo se defronta com situação de risco cada vez maior. Exemplo disso pode ser o risco de um futuro emprego ou do desempenho profissional.

A idéia de risco, a idéia dessas incertezas que axiologicamente influenciam a sociedade, vem resultar em novas formas jurídicas e novos discursos de fundamentação do direito.

A sociedade pós-moderna é definida também como pós-tradicional. Assim o é não porque suas tradições tenham desaparecido, pois essas são úteis e necessárias ao homem, mas sim porque o mundo globalizado de hoje, culturalmente universal, reveste as tradições de modo reflexivo, ou seja, é feita uma reflexão sobre as formas de olhar e de pensar da própria

realidade. Também as tradições se reciclam a partir de pregações conservadoras feitas em discursos nacionalistas, religiosos, étnicos, sectaristas, regionais (COSTA, 2001, p.171).

Todo esse processo em constante mutação faz a sociedade ter consciência de suas próprias angústias, levando a um permanente questionamento de decisões políticas, econômicas e até jurídicas.

Nessa dialética, um novo ingrediente se fez introduzir nas questões contemporâneas, que é a globalização. Deve-se ter em mente que o fenômeno da globalização não se restringe ao aspecto econômico-empresarial, a partir do qual, aliás, desenvolveu-se o conceito, mas, nos dias de hoje, impregna-se nas mais diferentes maneiras de manifestação social do cotidiano das pessoas.

José Eduardo Faria (2004, p.23) coloca a situação enfocando que o grande desafio é dar conta da ruptura entre a soberania formal do Estado e sua autonomia decisória substantiva, por um lado, e da subsequente recomposição do sistema de poder provocada pelo fenômeno da globalização.

Todos esses elementos são levados em conta para a produção do direito e têm como paradigma o Estado Democrático de Direito. Na visão de J. J. Gomes Canotilho (1999), no Estado Democrático de Direito, o direito é produzido a partir de instâncias normativas que consagrem valores da sociedade, tendo em vista o bem estar social. Nessa perspectiva, o sistema de regulação da sociedade se faz não apenas pela emissão de leis positivadas pelo poder público, o que marcou a era do Estado moderno em contraposição aos anteriores privilégios medievais, mas também pela produção de normas genuinamente sociais, porque emanadas diretamente de grupos, segmentos, movimentos ou categorias da sociedade. Quer dizer, o direito se produz não mais apenas pela via exclusiva do Estado, na condição de representante da sociedade, mas igualmente a partir de subsistemas do próprio seio social tendo como parâmetro básico a diretriz da democracia. O fenômeno vem a ser o pluralismo jurídico.

Assim, vemos que o Estado moderno imprimiu o monismo jurídico; o pós-moderno avançou no projeto democrático e se abriu para a expressão plural do direito.

Nesse quadro, não podemos olvidar a realidade de que o direito contemporâneo é fruto de uma sociedade de mercado. Por isso é que o americano Ronald Dworkin elaborou sofisticada teoria do direito associada a um pressuposto da economia – o mercado.

Efetivamente, esse elemento da economia permeia o direito, contudo não o determina, pois o princípio paradigmático do Estado Democrático de Direito da pós-modernidade está centrado nos direitos humanos. Para falarmos em sociedade pós-moderna, temos que desprezar o olhar conservador do direito, seja da ideologia de direita, seja de esquerda, pois ambas são centradas em idéias fundamentalistas.

Dentro dessa interpretação, somente com uma visão aberta pode ser concebido o direito em sua pluralidade de manifestação social. A visão já agora exigida é holística. E como tal interpretaremos o fenômeno jurídico para a realidade do meio amazônico.

O direito que queremos para a Amazônia

Já foi visto que a regulação de condutas pode derivar de várias fontes sociais concorrentes, além da estatal. A manifestação normativa extra-oficial, mais eficaz que a derivada do direito oficial, quando significativa e emblemática para a sociedade brasileira, passa a ser absorvida pelo direito estatal, sendo, portanto, incluída no sistema normativo do Estado. A convivência inicial das expressões oficial e extra-oficial de normatividade tende a ser unificada para a oficial. E esse fenômeno, recorrente na sociedade brasileira, é um caminho democrático de atendimento aos anseios dos cidadãos.

Assim, por exemplo, o governo brasileiro realiza desapropriações por interesse social para fins de reforma agrária resultantes das simbólicas manifestações do movimento de trabalhadores sem terra; também encontramos a criação, por Decreto presidencial, da reserva extrativista, proveniente do movimento de pressão de seringueiros sem trabalho oriundos de antigos e falidos seringais da Amazônia.

Entretanto, algumas experiências autoritárias tem vivido a Amazônia, em descompasso com os interesses das populações locais.

Essa prática intervencionista autoritária na região amazônica contraria os princípios federalistas consagrados nas Constituições brasileiras. O federalismo constitui-se em instrumento de democratização do poder político, pois desconcentra as decisões públicas e permite maior participação popular na organização política (LOBO, 2001, p. 212). A decisão local reage à sanha ou à fúria de interesses exógenos contrários aos regionais, o que aponta para a fundamental importância dos Estados federados em preservar os direitos sociais e econômicos locais.

O vigente constitucionalismo brasileiro é área fértil para propiciar esse desempenho, à medida em que o artigo 23 da Constituição Federal dispõe sobre a competência comum e o artigo 24 trata da competência legislativa concorrente de execução de políticas públicas, o que pode transformar-se em vigoroso fortalecimento dos Estados federados (LOBO, 2001, p. 213).

Neste aspecto, sintomático ainda mais, enquanto tratar-se de interesses voltados à realidade amazônica brasileira, que referidas cláusulas constitucionais albergam matéria tipicamente da região, tais como a proteção ao meio ambiente e combate à poluição; preservação de floresta, da fauna e da flora; fomento da produção agropecuária; combate às causas da pobreza e dos fatores de marginalização; proteção do patrimônio histórico, cultural, natural, artístico, paisagístico; responsabilidade por danos ao meio ambiente, dentre outros.

O particularismo amazônico é retratado constitucionalmente, também, a partir do momento em que o art. 43 da Constituição Federal reconhece que, para fins desenvolvimentistas, a União considera a extensa área amazônica como formadora de um mesmo complexo geoeconômico e social. Da mesma forma, seu art. 225, § 4º, institui a floresta amazônica patrimônio nacional.

Imprimindo um trato específico à Amazônia, o constituinte está reconhecendo democraticamente o direito à identidade cultural das populações tradicionais. É evidente que, ao se respeitar a identidade cultural dos povos da floresta (conhecimentos tradicionais), está se fazendo valer os princípios da dignidade humana.

A proteção dos interesses amazônicos está mais garantida a partir de sua inclusão em políticas públicas emanadas dos Estados federados. A aqui propugnada descentralização da decisão pública geraria certamente soluções mais adequadas à realidade local.

Um exemplo recente de decisão política desconcentrada foi a promulgação pelo governo do estado do Pará do macrozoneamento ecológico-econômico. Após acurado estudo, o governo estadual deu ordenação ao território, dentro de uma política de desenvolvimento sustentável, propondo mecanismos modernos de sustentabilidade, como, por exemplo, a exigência de reserva florestal não contínua, segundo a qual o proprietário, já tendo que satisfazer a reserva florestal de 80% da área exigida em lei federal, tem a possibilidade de adquirir a reserva em outra área que não continua à área do empreendimento agrário. Quer dizer, o proprietário pode

em um imóvel desenvolver sua atividade agrária, e a respectiva reserva florestal pode estar em outro imóvel. Tudo devidamente cadastrado e certificado.

Na verdade, há necessidade de repensar as escolhas de ocupação para a região e o modo de distribuição de riquezas. Deve-se planejar a política de ocupação, evitando-se a ocupação desordenada com altíssimos custos socioeconômico-ambientais. Nesse repensar, torna-se(é) fundamental encontrar instrumentos que apoiem uma política econômica que valorize a vocação florestal da Amazônia e sustente essa opção a longo prazo.

O macrozoneamento ecológico-econômico do estado do Pará busca organizar espacialmente as atividades agrárias, tornando-as sustentáveis, sem descuidar política que preserve o funcionamento e a integridade dos ecossistemas e das paisagens do território paraense.

O modelo de desenvolvimento para a Amazônia e o gerenciamento dos recursos naturais devem ser pensados a partir das instâncias locais, pois este é o foro público sensível aos problemas que afligem o homem amazônico. Muitas vezes, a intervenção de decisões importadas agudizam o problema gerando maior conflituosidade. Exemplo típico dessa situação foi a decisão do governo federal de homologar a reserva indígena Raposa/Serra do Sol, em Roraima, que gerou descontentamento e veementes protestos por índios, por mais absurdo que possa parecer, e por não índios, aqui incluídos governo estadual de Roraima, prefeituras municipais, famílias moradoras na área, agricultores, fazendeiros etc.

É clarividente que, anteriormente à decisão política, se tivesse havido democrático diálogo com todos os segmentos interessados, se teria encontrado solução menos atropelada.

Outra polêmica decisão política é a Lei nº 9.985, de 18/07/2000, chamada de Pacto Verde, que, dentre outras situações, proíbe a exploração e o corte raso de floresta e de vegetação nativa e permite a intervenção do poder público para interromper atividade de alto impacto ambiental em área que poderá tornar-se unidade de conservação (reservas biológicas, estações ecológicas, áreas de proteção ambiental, parques, monumentos naturais, florestas públicas, reservas de desenvolvimento sustentável, reservas extrativistas, reservas de fauna e reservas particulares de patrimônio natural). A objeção das classes políticas e empresariais e do pequeno agricultor é de que a irracionalidade da medida pode engessar a atividade econômica regional, trazendo incalculáveis prejuízos para a economia.

Nesse sentido, justo propugnar-se pela produção de direito que atenda aos reclamos regionais, em convergência à faticidade das fontes criadoras do direito local. Neste modelo proposto, o processo decisório estaria sendo levado mediante suas condições discursivas perante o caso concreto, em franco respeito aos princípios do Estado Democrático de Direito.

Conclusão

A complexidade do vasto mundo amazônico, com características que lhe são tão peculiares, somada à riqueza da cultura local, trazem um contorno diferenciado para o tratamento jurídico das questões regionais.

A Amazônia exige políticas públicas inteligentes que venham a valorizar o que ela oferece de melhor para a humanidade: seus recursos naturais. A valorização dos seus serviços ambientais, por exemplo, é um caminho que propicia inserir na economia global um elemento da própria floresta. Um desses mecanismos seria a valorização da floresta em pé através do chamado mercado de carbono: proprietários de terras desmatadas poderiam receber créditos para reflorestar suas propriedades. Tais créditos seriam utilizados por investidores visando à compensação de emissão de gases de efeito estufa (gás carbônico).

As fórmulas desenvolvimentistas, quaisquer que sejam, devem levar em consideração o princípio e o fim do próprio direito – o homem. Não se pode falar em desenvolvimento econômico, em desenvolvimento sustentável, sem que se vise o desenvolvimento humano.

O paradigma do Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa e demais direitos humanos, possibilita a densificação de uma sociedade aberta e em permanente incerteza, mas vindo resultar em qualidade de vida para as futuras gerações da Amazônia.

Somente assim podemos falar em justiça social.

Referências

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999. 80 p.

COSTA, Alexandre Bernardino. A teoria do direito na modernidade da sociedade moderna. *Notícia do Direito Brasileiro* : Nova série, n.8, p.167-191, 2001.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004. 360p.

LOBO, Paulo Luiz Neto. Direito do estado federado ante a globalização econômica. *Notícia do Direito Brasileiro* : Nova série, n.8, p.193-214, 2001.

José Henrique Mouta Araújo
Notas sobre o efeito substitutivo do recurso e seu reflexo na ação rescisória

Resumo

O ensaio procura enfrentar alguns aspectos ligados aos efeitos dos recursos, especialmente no que respeita a natural preponderância do devolutivo em relação ao suspensivo, translativo e substitutivo. Com efeito, procura-se demonstrar que o efeito devolutivo delimita o âmbito de apreciação dos recursos cíveis, bem como indica a possibilidade de trânsito em julgado de capítulos decididos que não foram recorridos. Outrossim, o efeito devolutivo também gera importante consequência na suspensão do apelo recorrido e na possibilidade de apreciação de matérias de ordem pública pelos tribunais pátrios. Por outro lado, o próprio efeito substitutivo restará limitado ao devolutivo, quer no que respeita ao limite da substituição, quer na apreciação do tribunal competente para apreciação de ação rescisória.

Palavras-chave

Recursos-efeitos. Devolutivo-preponderância. Ação rescisória-competência. Demanda desconstitutiva diferente. Competência funcional. Impossibilidade rescisória. Tribunal incompetente.

Abstract

This study attempts to face some aspects concerning the effects of the appeals, especially in terms of the respect toward the natural preponderance of the devolutive effect compared to suppressive, translative and substitutive effects. There is an attempt to show that the devolutive effect restricts the assessment range of civil appeals as well as points to the possibility of transit in rem judicatem of decisions which were not under appeal. Furthermore, the devolutive effect also generates an important consequence on the suspension of the appeal and on the possibility of assessing public order matters by National Courts. On the other hand, the substitutive effect, itself, will be restricted to the devolutive effect either concerning the limit of substitution or the appreciation of the revoking action by the competent jurisdiction court.

Keywords

Appeals, effects, Devolutive, preponderance, Revoking action, Competent jurisdiction power, Competency, Revoking impossibility, Court (incompetente).

Notas sobre o efeito substitutivo do recurso e seu reflexo na ação rescisória

Comments on the substitutive effect of the appeal and its impact over the revoking action

José Henrique Mouta Araújo*

* Mestre e Doutor em Direito/Universidade Federal do Pará (UFPA), Procurador do Estado do Pará, Professor titular da Universidade da Amazônia, do Centro Universitário do Estado do Pará e da Faculdade Ideal. E-mail: jhmouta@yahoo.com.br

Efeitos dos recursos: natural preponderância do efeito devolutivo

Tema dos mais interessantes de teoria geral dos recursos refere-se ao estudo dos seus efeitos e os conseqüentes reflexos na própria esfera recursal, na competência para o cumprimento da decisão judicial e para o ajuizamento de eventual ação rescisória.

O que se pretende com este breve ensaio é enfrentar situação ligada ao chamado *efeito substitutivo* dos recursos, especialmente por força da necessidade de se analisar qual o tribunal competente para eventual rescisória.

Contudo, visando enquadrar melhor o tema, é mister lançar algumas linhas envolvendo os efeitos *devolutivo, suspensivo e translativo*, e a limitação destes últimos em relação ao primeiro. Por força dessa referida limitação, defender-se-á *preponderância do efeito devolutivo dos recursos sobre qualquer outro*.

Aliás, este é inerente a todos os recursos, possui como embrião o próprio princípio dispositivo e pode ser conceituado em poucas palavras como a possibilidade de remessa da matéria impugnada para apreciação pelo mesmo ou outro órgão jurisdicional. Em geral, há previsão no efeito de-

volutivo no art. 515 do Código de Processo Civil (CPC)¹ e costuma-se classificá-lo em extensão e *profundidade*.

A devolutividade por extensão² indica que serão remetidos ao órgão *ad quem* exatamente a matéria impugnada, a teor da previsão contida no art. 515 do CPC, ao passo que a análise do efeito devolutivo por profundidade consagra a permissão de discussão de questão suscitada e discutida, mesmo não resolvida por inteiro na sentença³.

Assim, caso ocorra, v.g. cumulação simples de pedidos resolvidos em única sentença, o efeito devolutivo remeterá ao conhecimento e julgamento pelo tribunal os capítulos efetivamente impugnados, transitando em julgado os que não foram objeto de irresignação recursal.

¹ Referido dispositivo, apesar de constar no capítulo que trata do recurso de apelação, é aplicável em toda a sistemática recursal.

² Aspecto que trará reflexo também no efeito substitutivo – como restará claro posteriormente.

³ Claro que se trata apenas de uma pequena visão do efeito devolutivo, considerando ser objetivo principal do presente trabalho analisar aspecto diferenciado do efeito substitutivo recursal.

Assim, fala-se em recurso total ou parcial, dependendo do conteúdo do apelo⁴.

Destarte, em caso de recurso parcial (impugnando apenas parte do julgado), há limitação da devolutividade pelo próprio recorrente, não podendo o tribunal resolver capítulo não posto no apelo e já trânsito em julgado⁵.

Aliás, não se deve olvidar que a eventual imutabilidade do capítulo não recorrido da sentença resolutive de mérito advém da clara aquiescência do recorrente no que respeita a este. A propósito, Proto Pisani (2002, p. 483) ressalta que: "*l'impugnazione parziale comporta acquiescenza alle parti della sentenza non impugnate*".

Portanto, o efeito devolutivo por extensão comporta limitação pelo próprio recorrente, legal ou constitucional, como ocorre em relação às restrições de matérias que permitem recursos excepcionais aos tribunais superiores (*ex vi* arts. 102, III e 105, III, da CF/88).

Ademais, o efeito devolutivo por extensão também irá delimitar os efeitos *translativo* e *suspensivo*.

Realmente, a limitação do efeito devolutivo pode gerar reflexo na possibilidade do Tribunal *ad quem* conhecer e decretar vícios não apontados pelo recorrente. Trata-se, bem a próprio, do que se costumou denominar de efeito translativo do recurso⁶.

⁴ Essa classificação, portanto, dependerá dos capítulos efetivamente recorridos. Bem a propósito, observa Virginia Brodbeck Bolzani (2001, p. 92): "quanto à extensão, a apelação pode ser parcial ou plena. A apelação será parcial quando o vencido recorrer para impugnar parte da sentença. A apelação pode ser plena tanto quando o vencido recorrer para impugnar a totalidade da sentença, como quando, havendo sucumbência recíproca, as partes apelarem da parte da sentença que lhes for desfavorável". Em seguida, conclui afirmando que "as partes da sentença não atacadas na apelação não serão objeto de reexame pelo tribunal. Ao contrário, em relação a elas operar-se-á a preclusão ou a coisa julgada."

⁵ Aliás, no que respeita ao tema *matérias que podem ser apreciadas pelo tribunal*, ensina Flávio Luiz Yarshell (2005, p. 66-67): "operando-se o trânsito em julgado, não há como conhecer em profundidade daquele que, em extensão, já não comporta exame. Permite-se tal exame seria, como já dito, dar a um recurso o efeito de rescindir decisão transitada em julgado – o que, como sabido, só pode ser feito através do devido processo legal; que, no caso, traduz-se na ação rescisória". Em seguida, conclui afirmando que: "o argumento de que a matéria 'transladada' ao tribunal é de ordem pública (e, como tal, pode e deve ser conhecida de ofício) é relevante, mas só pode ser entendido no contexto do que se devolveu em extensão e, por isso, escapou à preclusão. Aceitar-se que a matéria de ordem pública atinja a parte da sentença ou acórdão já preclusos seria o mesmo que dizer que sentenças ou acórdãos dados em violação a normas de ordem pública simplesmente não transitam em julgado; o que seria simplesmente desconsiderar a regra do art. 485 do CPC."

⁶ Sobre o efeito translativo, observa Nelson Nery Júnior (2004, p. 482) que: "há casos, entretanto, em que o sistema processual autoriza o órgão *ad quem* a julgar fora do que consta das razões ou contra-razões do recurso, ocasião em que não se pode falar em julgamento *extra, ultra* ou *infra petita*. Isto ocorre normalmente com as *questões de ordem pública*, que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz e a cujo respeito não se opera a preclusão (por exemplo, CPC 267, § 3º, e 301, § 4º). A translação dessas questões ao juízo *ad quem* está autorizada no CPC 515, §§ 1º a 3º, e 516".

É mister afirmar que o tribunal deve analisar as chamadas questões de ordem pública quando apreciar o apelo recursal, mesmo não deduzidas pelas partes, por força da translatividade. Contudo, é razoável afirmar que tal poder também é limitado ao efeito devolutivo por extensão.

Destarte, o efeito translativo deve ser visto e interpretado com restrição aos capítulos recorridos⁷, inclusive visando evitar séria instabilidade no sistema processual, considerando as previsões contidas no art. 515 do CPC (efeito devolutivo por extensão).

De mais a mais, o art. 505 do CPC também indica a perda da faculdade recursal em razão da falta de impugnação de capítulo do *decisum*. Assim, essa perda pode ser total (com a preclusão temporal ou consumativa) ou parcial, nos casos de recurso parcial.

Nesse prisma, levando em conta que é ônus do recorrente delimitar claramente os capítulos recorridos (efeito devolutivo por extensão), a translatividade também deve conter tal limitação, eis que os capítulos autônomos não recorridos transitam em julgado⁸⁻⁹. Observação semelhante é apresentada por Barbosa Moreira (1996, v.21, n.83, p. 214-5):

Não se pode mexer naquilo que não foi objeto do recurso, ainda que isso conduza a situações de contradição lógica. Se não houve recurso contra uma parte da sentença, mas verificou-se que faltava um requisito de validade do processo (por exemplo: o Ministério Público não foi chamado a intervir quando o caso era de obrigatória intervenção), nem por isso se está autorizado a anular a parte da sentença da qual não houve recurso. Essa já transitou em julgado, e só com ação rescisória é possível atingi-la.

É interessante citar exemplo de limitação do efeito devolutivo por extensão¹⁰ e, conseqüentemente, do poder do

⁷ Como bem afirmam Mariel Giannico e Maurício Giannico (2002, v. 5, p. 401), "a consciência de que a sentença é dividida em capítulos deve orientar a interpretação do disposto no *caput* do art. 515 do CPC. Quando ali se diz que 'a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada', deve-se entender que ao tribunal só será lícito dispor sobre o capítulo que lhe houver sido proposto pelo recurso, porque *matéria impugnada* é o capítulo do qual se recorreu".

⁸ Os capítulos dependentes (como os ligados às custas e honorários advocatícios) estão automaticamente remetidos ao tribunal, por força do efeito devolutivo imposto ao capítulo principal.

⁹ Nelson Nery Jr. (2004, p. 485-6) entende que a interposição de recurso parcial adia o trânsito em julgado das matérias de ordem pública, embora havendo preclusão para o réu em relação ao capítulo não recorrido. No direito italiano, também defendendo a impossibilidade de aquiescência no que respeita às questões de ordem pública (MATTIROLO, 1904, v.4, p. 279).

¹⁰ "A extensão do chamado efeito devolutivo diz respeito à extensão da impugnação (*tantum devolutum quantum appellatum*), ou seja, é delimitada por o que é submetido ao órgão *ad quem* a partir da amplitude das razões apresentadas no recurso. O objeto do julgamento pelo órgão *ad quem* pode ser igual ou menos extenso comparativamente ao julgamento do órgão *a quo*, mas nunca *mais extenso*." (LUCON, 2000, p. 218).

magistrado de conhecer matéria de ordem pública. Imagine-se demanda com dois pedidos cumulados (cumulação simples), acolhidos em 1º grau. Contudo, foi apresentado recurso de apelação apenas impugnando um dos pedidos, havendo aquiescência em relação ao outro. O tribunal, ao analisar o recurso, entendeu que há a necessidade de decretação da falta de pressuposto processual, com a consequente extinção do processo sem resolução de mérito.

In casu, em que pese a incongruência entre os pronunciamentos judiciais, deverá ser decretado o vício e, se for o caso, extinto o processo sem resolução de mérito apenas no que respeita ao capítulo efetivamente impugnado, eis que o outro transitou em julgado em 1º grau por força da aquiescência do recorrente, podendo, inclusive, provocar imediata execução definitiva – cumprimento definitivo (mesmo na pendência de resolução do apelo recursal)¹¹.

A mesma conclusão pode ser dada em caso de acolhimento de recurso parcial para anulação da sentença. Neste caso, a decretação do vício do julgado de piso será adstrita ao capítulo recorrido, restando imune de discussão o capítulo já transitado em julgado¹².

Assim, fácil é perceber a preponderância do efeito devolutivo em relação ao translativo, sendo este limitado àquele.

Outro efeito que também possui limitação ao devolutivo, e severas críticas quanto a sua permanência no sistema processual, é o suspensivo.

De fato, nos dias atuais, em que se discute a necessidade de um processo voltado aos princípios constitucionais de duração razoável, ampla defesa, devido processo legal, efetividade etc, não está imune à crítica a permanência do

efeito suspensivo dos recursos (*legal – apelação, ou judicial, ex vi* art. 558 do CPC).

Destarte, em que pese a previsão contida no art. 520 do CPC, a rigor, não é propriamente o recurso que possui ou não efeito suspensivo, mas sim a decisão recorrida que possui ou não eficácia imediata¹³.

Esta continuidade de ineficácia da sentença, com o recebimento do recurso, não precisa ser uniforme, podendo ocorrer de forma diferenciada em situações como as que enfrentam tutela antecipada na própria sentença, ou mesmo nos casos de recurso parcial.

É fato, em que pesem as necessárias críticas¹⁴, que ainda permanece o “efeito suspensivo” da apelação como regra, o que corrobora com o crescente número de tutelas an-

¹³ Assim, em verdade, não é o recurso que é recebido no efeito suspensivo, mas sim mantém o estado de ineficácia da sentença. Como bem observa Cheim Jorge (2003, p. 250): “Portanto, longe o muito antes de o efeito suspensivo ser efeito do recurso, é uma técnica de segurança que retira a eficácia de uma decisão impugnável por recurso. Caso este seja interposto, apenas manterá um estado de ineficácia antes existente. Por isso é que se diz que o efeito suspensivo na verdade é fenômeno ligado à decisão impugnada e não ao recurso contra ela interposto.” No mesmo sentido, observa Medina (2002, p. 262) que: “Na verdade, no caso não se está diante de efeito ‘suspensivo’, propriamente, porquanto a sentença suscetível de ser impugnada por meio de recurso de apelação, no sistema brasileiro, não produz efeitos, de modo que a apelação interposta apenas prolonga o estado de ineficácia em que se encontrava a sentença. Por isso, fala a doutrina em efeito obstativo, no caso. Segundo, efeito propriamente suspensivo somente ocorreria naqueles casos em que a apelação em regra não tem efeito ‘suspensivo’, mas se atribui efeito suspensivo à apelação por força do art. 558, parágrafo único, do CPC.” Orione Neto (2002, p. 127-8) manifesta-se sobre o assunto, afirmando que: “é forçoso acreditar que a suspensividade respeita muito mais à recorribilidade da decisão do que propriamente ao recurso utilizado, na medida em que o efeito suspensivo tem, no plano processual, o seu termo a quo a partir do momento em que a sentença veio ao mundo jurídico; mais rigorosamente, a partir da sua publicação, sobrevivendo (o efeito suspensivo), pelo menos, até que transcorra o prazo para que o legitimado possa recorrer”. Também Marici e Maurício Giannico (2002, v. 5, p. 404) defendem que: “a suspensividade está, na realidade, relacionada com a recorribilidade, porque o efeito suspensivo, na prática, tem início com a publicação da sentença e perdura, no mínimo, até que se escoo o prazo para a parte ou interessado recorrer (ou com a publicação da decisão que julga o recurso). Na realidade, neste interregno, a eficácia imediata da decisão fica sob a condição suspensiva de não haver interposição de recurso que deva ser recebido no efeito suspensivo, condição essa que se opera mesmo antes da interposição”. Ainda sobre o assunto (BARROS LEONEL, 2006, v.9, p. 466-526).

¹⁴ Aliás, quanto à permanência do efeito suspensivo da apelação como regra, não tendo sido aprovada proposta de alteração, e da tímida modificação implementada no art. 520 do CPC pela Lei 10.352/01 (inclusão do inciso VII), é mister transcrever o posicionamento de Joel Dias Figueira Júnior (2002, p.106): “O lamentável incidente legislativo há de ser atribuído à resistência de alguns juristas mais cépticos e ‘comedidos’, somando-se ao lobby dos tribunais. Aliás, esse último fator foi determinante para a rejeição da proposta legislativa, que residiu no trabalho articulado de lobistas a ponto de ceifar as magníficas novidades contidas nos arts. 520 e 521 do CPC. O argumento utilizado para a consecução dos fins assinalados fundava-se na circunstância de que, se aprovados os dispositivos na forma originária sugerida pela Comissão, os tribunais ficariam ainda mais asoberbados de recursos ou meios de impugnação para análise dos pedidos de concessão de efeitos suspensivos, em face da alegação de possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação, porquanto imaginavam que os juizes sentenciadores não acolheriam, na própria instância a quo, o requerimento dos apelantes para obstar os efeitos práticos da decisão (efeito ‘suspensivo’)”.

¹¹ Observa Nery Júnior (2004, p. 454) que: “entendemos ser possível a execução definitiva da parte da sentença já transitada em julgado, em se tratando de recurso parcial, desde que observadas certas condições: a) credibilidade dos capítulos da decisão; b) autonomia entre a parte da decisão que se pretende executar e a parte objeto de impugnação; c) existência de litisconsórcio não unitário ou diversidade de interesses entre os litisconsortes, quando se tratar de recurso interposto por apenas um deles”.

¹² Na doutrina estrangeira, é possível transcrever os ensinamentos de Enrico Redenti (1949, v.2, p. 105), especificamente comentando o art. 338 da legislação italiana: “Resta a vedere soltanto quale sia il valore dell’ultima proposizione dell’art. 338: ‘salvo che ne siano stati modificati gli effetti ecc.’. La proposizione non può riferirsi se non alla ipotesi, che nel giudizio di appello sia stata pronunciata, prima della estinzione, una sentenza parziale di riforma della sentenza di primo grado. In questo caso pensiamo tuttavia che passi in giudicato quel tanto del contenuto di merito della sentenza di primo grado che non sia stato annullato né riformato, sempreché ben si intende sia scindibile dal resto e possa assumere un valore autonomo e indipendente. E lo stesso dovrà ritenersi del contenuto di merito della sentenza parziale di secondo grado che si sostituisce in parte qua al contenuto della sentenza precedente, sempreché questo suo contenuto possa assumere a sua volta valore autonomo ed indipendente.”

tecipadas, concedidas na própria sentença de mérito com o intuito de afastá-lo. Destarte, visando driblar o efeito suspensivo legal, torna-se cada vez mais comum a concessão de tutela antecipada na própria sentença, emprestando efetividade imediata ao referido capítulo do *decisum*.

Nessas hipóteses, é possível o posterior recebimento da apelação apenas no efeito devolutivo no capítulo objeto da antecipação e em ambos (se for o caso) nos demais¹⁵, sem que se configure qualquer violação ao art. 520 do CPC¹⁶.

Por outro lado, havendo recurso parcial em casos de pedidos cumulados de forma simples, o recebimento da apelação no efeito suspensivo (se for o caso) deve ser *limitado ao capítulo recorrido*, eis que o não recorrido transitará em julgado imediatamente, inclusive ensejando cumprimento definitivo.

De mais a mais, nada impede que, havendo recurso parcial envolvendo mais de um capítulo, seja a apelação recebida no duplo efeito em relação a um deles e apenas no devolutivo no que respeita a outro (efeitos diferenciados em um mesmo recurso), sem prejuízo do cumprimento definitivo daquele não recorrido. Tal situação é possível nos casos em que é concedida tutela antecipada em relação a um dos pedidos cumulados recorridos.

Portanto, é possível afirmar que o recebimento da apelação no efeito suspensivo em relação a um dos capítulos da sentença recorrida afasta o seu imediato cumprimento, o que não ocorre no que respeita ao capítulo objeto de tutela antecipada (*permitindo cumprimento provisório*) e aquele não recorrido (*ensejando cumprimento definitivo*).

De fato, interpretando-se corretamente a previsão contida no art. 520 do CPC, o recurso deve ser recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo em todos os capítulos recorridos, exceto naquele objeto de tutela antecipada. Logo, *o efeito suspensivo pode ser menos abrangente do que o devolu-*

tivo nas hipóteses ora apontadas, sendo a recíproca falsa. Marici Gianni e Maurício Gianni (2002, v. 5, p. 409) também entendem que:

A extensão da suspensividade pode ser menor que a da devolução. É o que ocorre nos casos em que em uma só decisão existem capítulos versando sobre matéria sujeita a recurso com efeito suspensivo e outros sem esse efeito (exemplo típico do que se comenta é a sentença que julga de uma só vez tanto a demanda principal quanto a cautelar, a primeira sujeita à apelação recebida no duplo efeito e a segunda sujeita a recurso recebido apenas no efeito devolutivo).

Uma conclusão a ser feita (que também trará reflexo no efeito substitutivo) é que *tudo dependerá do efeito devolutivo do recurso*. O suspensivo e o translativo possuem, como visto, limitação natural ao devolutivo por extensão e, conseqüentemente, podem ter aplicação diferenciada no sistema.

Não se está a afirmar que o devolutivo é o mais importante. Contudo, também não se está negando expressamente tal característica. Na verdade, o limite da devolutividade acaba sendo um delimitador da suspensividade e da translatividade.

Em seguida, restará demonstrado que o devolutivo também é delimitador do chamado efeito substitutivo do recurso.

Aspectos gerais envolvendo o efeito substitutivo – sua limitação ao campo da devolutividade

Além dos efeitos antes esposados, há ainda o efeito substitutivo dos recursos, previsto genericamente no art. 512 do CPC e atrelado à eficácia rescindente das decisões superiores. A sua análise é importante, dentre outros aspectos, para se enfrentar qual decisão transita em julgado em casos de vários recursos e que será objeto de ação rescisória.

De maneira geral, entende-se por efeito substitutivo a possibilidade do recurso substituir a decisão *a quo* recorrida, naqueles capítulos efetivamente enfrentados, desde que haja o recebimento e apreciação do mérito recursal. Os principais alicerces do fenômeno da substituição são a relação hierárquica do tribunal superior e a competência funcional para eventual ação rescisória.

Com efeito, apenas será possível falar em efeito substitutivo nos casos de recursos interpostos e conhecidos

¹⁵ Escreveu Dinamarco (2001, v. 26, n. 82, p. 290), antes mesmo da inclusão do inciso VII no art. 520 do CPC: "a apelação interposta contra a sentença, que em capítulos distintos julga procedente a demanda inicial e concede a antecipação, sujeitar-se-á a dois regimes quanto ao possível efeito suspensivo, desse modo: a) quanto ao capítulo *principal*, ela terá ou não esse efeito, conforme os preceitos ditados no art. 520 do Código de Processo Civil e seus parágrafos; b) com referência ao capítulo que decide sobre o pedido de antecipação, o efeito será somente devolutivo, sem suspensividade. Como parece mais do que óbvio, a antecipação deixaria de ser autêntica *antecipação* quando ficasse sujeita à espera do julgamento pelo tribunal."

¹⁶ Claro que, contra a decisão que recebeu a apelação apenas no efeito devolutivo em relação ao capítulo objeto de tutela antecipada, poderá ser manejado agravo por instrumento com pedido de efeito suspensivo, ex vi arts. 522 c/c 558 do CPC.

em seu mérito (providos ou não)¹⁷. Assim, se o recurso é conhecido, substituirá a decisão recorrida nos aspectos impugnados¹⁸, inclusive como consequência da chamada *função rescindente* dos recursos.

Lógico que, em caso de recurso parcial, a substituição será restrita às matérias impugnadas, considerando que as não recorridas precluíram ou formaram coisa julgada em 1º grau. Assim, possível é afirmar que este efeito também está limitado ao devolutivo por extensão.

De outra banda, é fato que apenas pode ser irrisignada por rescisória decisão de mérito, *ex vi* art. 485 do CPC. Assim, se houver o conhecimento e improvimento de recurso contra sentença processual, com posterior trânsito em julgado, esta não está sujeita à ação rescisória¹⁹.

Ademais, havendo a substituição (pelo improvimento ou provimento do apelo) da decisão de mérito recorrida pela oriunda do tribunal, também deve ser alterada a competência funcional para eventual irrisignação por ação rescisória²⁰.

Nesse sentido, caso haja o conhecimento de recurso excepcional contra decisão local resolutive de mérito (especial ou extraordinário, ou mesmo, os respectivos agravos²¹), é este o pronunciamento que será objeto de ação rescisória²², e não a sentença ou o acórdão do tribunal local.

Um alerta deve ser apresentado: deve o intérprete ter muito cuidado na prática forense, evitando-se ajuizamento de demanda desconstitutiva perante tribunal incompetente para apreciação de decisão oriunda de tribunal superior.

Pelo exposto, é fácil perceber os *condicionantes* do efeito substitutivo: a) dependerá do juízo de admissibilidade positivo a ser realizado pelo tribunal superior²³; b) ficará limitado ao efeito devolutivo – ao teor do recurso interposto pelo interessado; c) a rigor, não está presente, caso ocorra a decretação de nulidade da decisão recorrida, considerando a necessidade de nova decisão, substituindo aquela que foi cassada pelo provimento recursal.

¹⁷ Como bem aponta Cassio Scarpinella Bueno (2006, v. 10, p. 89): "se o recurso especial interposto de acórdão do Tribunal de Justiça local não é conhecido porque intempestivo, a decisão do STJ não tem o condão de substituir o acórdão recorrido, e isto porque o juízo de admissibilidade do recurso foi negativo. Neste caso, não terá o STJ competência para julgamento da rescisória, que permanece nos órgãos indicados pelo Regimento Interno do Tribunal de Justiça. Diferentemente, na medida em que o recurso seja conhecido, mesmo que a ele se negue provimento (juízo da admissibilidade recursal positivo e juízo de mérito recursal negativo), a competência passa a ser do STJ."

¹⁸ Exceto nos casos de decretação de nulidade do decisum recorrido onde, a rigor, outra decisão deverá ser prolatada pelo juízo *a quo* (apenas no que respeita aos capítulos recorridos), não ocorrendo necessariamente substituição.

¹⁹ Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: "Agravo regimental. Ação rescisória. *Decisum* rescindendo que não apreciou o mérito da questão. Inadmissível a ação rescisória quando a decisão monocrática impugnada não apreciou o mérito da demanda. Agravo regimental improvido." (AgRg na Ação Rescisória n. 2703/BA – 2ª seção – Rel. Min. Barros Monteiro – J. em 22.09.2004. DJ 13.12.2004 p. 210). No mesmo sentido, decidiu a 4ª Turma daquele Tribunal: "Processual civil. Ação rescisória inicial. Indeferimento. Acórdão prolatado em agravo de instrumento. Decisão que julgou deserta a apelação. Incabimento. CPC, art. 485, *caput*. Não cabe ação rescisória de acórdão prolatado em agravo de instrumento onde foi julgada deserta apelação da parte, eis que não configura decisão de mérito, pressuposto insito no art. 485, *caput*, da lei adjetiva civil. II. Recurso especial não conhecido" (REsp 169954 / SP – 4ª T – Rel. Min. Aldir Passarinho Jr. – J. em 23.10.2001 – DJ de 18.02.2002 p. 446).

²⁰ Destarte, interpretando-se o art. 512 do CPC, é fato que apenas haverá substituição se o mérito do recurso for apreciado (provido ou não). Aliás, nesse particular aspecto, inclusive no que respeita ao cabimento da rescisória, ensina Dinamarco (2002, v.5, p. 62-63) que: "se ainda for admissível algum recurso subsequente ao que foi julgado, ele será um recurso *contra o acórdão* e não *contra a sentença* (ou seja, *contra o ato superior e não contra o inferior*). Se nenhum recurso se interpuser, o *acórdão* virá a ser imunizado pela preclusão e eventualmente até pela coisa julgada material (se se houver pronunciado sobre o *mentum causae*) – e não o ato decisório inferior, já previamente retirado do mundo jurídico pelo julgamento superior. A extinção do processo será nesse caso obra do *acórdão* e não da sentença recorrida. Eventual ação rescisória poderá ser admitida *contra aquela e não contra esta*, contando-se depois da prolação do acórdão o prazo para propô-la etc."

²¹ "Processual civil. Agravo regimental. Recurso especial. Ação rescisória. Propositura no tribunal *a quo*. Competência originária deste STJ. Extinção do feito sem julgamento de mérito. Art. 113, § 2º, do CPC. Remessa ao tribunal competente. Impossibilidade. I - Verificou-se que a decisão proferida pelo em. Ministro Milton Luiz Pereira, nos autos do AG nº 282.029/PR, **apesar de negar provimento ao recurso, efetivamente adentrara na questão federal controvertida, sendo, portanto, de competência desta Corte Superior o exame de ação rescisória daquele julgado**. Incidência do enunciado sumular nº 249 do STF II - A rescisória, todavia, fora proposta contra decisão do Tribunal Regional, quando, em verdade, tratava-se de competência originária deste Colendo Tribunal. Dessa forma, não haveria, pois, como remeter a esta Corte os autos para que conhecesse do pedido "*como se fosse para anular o seu acórdão*"; conforme já decidido pelo próprio Pleno do Excelso Sodalício ao apreciar a AR nº 1.053-1/RJ, Relator Ministro Neri da Silveira, DJ de 07/02/1992. De rigor, assim, a extinção do feito *sub examine*. III - Precedentes: AgRg na AR nº 3.089/PR, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 02/08/2004; AR nº 408/DF, Rel. Min. Felix Fisher, Rel. p/ acórdão Ministro Gilson Dripp, DJ de 12/05/2003 e EDAR nº 388/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 31/08/1998" (grifo nosso).

²² A ação rescisória, portanto, deve ser apresentada perante o tribunal competente para rever o ato. Como bem aponta Pontes de Miranda (2003, p. 101), "não há princípio *a priori* que subordine a ação rescisória à competência do juiz superior, nem à competência do mesmo juiz. O princípio, se o queremos extrair, é o da *par maiorve potestas* (do juízo igual ou superior)."

²³ É mister destacar, nesse particular, as necessárias críticas à Súmula 249 do STF que consagra: "é competente o Supremo Tribunal para a ação rescisória, quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, tiver apreciado a questão federal controvertida". Referida súmula, aprovada em sessão plenária de 16/12/1969, na verdade acaba confundindo *não conhecer e julgar o mérito* do recurso, eis que, uma vez ocorrendo a apreciação da questão federal controvertida, na verdade já está o STF no mérito do apelo; e, conseqüentemente, a decisão substituirá aquela recorrida. Nesse caso, acaba por confundir admissibilidade negativa (onde não ocorre o efeito substitutivo), com conhecimento e improvimento (juízo de mérito recursal – com aplicação do efeito substitutivo), inclusive sendo o tribunal superior o competente para eventual demanda rescisória. Bem a propósito, defende Cândido Rangel Dinamarco (2002, v. 29, n.88, t.1, p.69), após citar interpretação de Barbosa Moreira, Nelson Luiz Pinto e Nelson Nery Jr, que: "é competente um daqueles órgãos de superposição na circunstância ali considerada, porque na realidade *houve uma substituição* e esse falso não-conhecimento é um *conhecimento com improvimento* do recurso especial e extraordinário."

Outro enfoque sobre o efeito substitutivo do recurso e da competência para a rescisória. Substituição somente em relação aos argumentos recorridos.

Como ficou demonstrado, o efeito substitutivo do recurso dependerá do conhecimento do apelo e está amplamente ligado ao devolutivo²⁴.

De fato, apenas será possível afirmar a sua ocorrência nos exatos limites dos capítulos recorridos. Aliás, verificou-se que os capítulos autônomos não recorridos sequer devem ser apreciados em grau superior, por força de seu trânsito em julgado precoce.

Lógico que o efeito substitutivo é de suma importância para fins de ajuizamento de ação rescisória. A pergunta que deve ser enfrentada em cada caso concreto é a seguinte: *o acórdão substituiu a sentença, para fins de ajuizamento de ação rescisória?*

Visando atender satisfatoriamente a esta indagação, vários enfoques devem ser enfrentados, senão vejamos.

Primeiramente, necessário ratificar que apenas é cabível rescisória contra *sentença de mérito*. Logo, se houver conhecimento e improvido de recurso contra sentença processual, incabível é a demanda desconstitutiva.

Por outro lado, nos casos previstos no art. 515, §3º, do CPC, é possível a resolução de mérito no próprio tribunal, ao apreciar recurso contra decisão de cunho processual. Neste caso, o acórdão necessariamente conterà dois capítulos: aquele que cassa a sentença processual e o seguinte, que resolve o mérito no próprio tribunal, desafiando o ajuizamento de ação rescisória após o trânsito em julgado do acórdão.

Nessa situação, em que pese ocorrer em 1º grau decisão sem resolução de mérito, este foi apreciado e julgado em sede recursal, configurando-se decisão passível de rescisória.

De outra banda, ainda existe a hipótese de interposição de recurso contra decisão de mérito, que abordou teses diferentes daquelas tratadas na rescisória. Aqui, talvez, haja aspecto interessante que mereça ser apreciado com maior cuidado.

Vejamos um exemplo: demanda julgada em seu mérito pelo juízo de 1º grau, confirmada em 2º (apelação conhecida e improvida), apreciando questões e fundamentos específicos. Contra essa decisão, houve interposição de recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça. Este foi conhecido e improvido, para manter os julgados locais em todos os seus termos.

Nesse caso, segundo a própria sistemática do efeito substitutivo do recurso, a competência funcional para a apreciação da rescisória é do tribunal superior.

Contudo, tal afirmação não deve ser feita de forma absoluta, tendo em vista que dependerá da matéria a ensejar a futura ação rescisória.

Com efeito, após o trânsito em julgado, deverá ser analisado cuidadosamente o teor da matéria a ser argüida na futura rescisória, para a correta conclusão, envolvendo a competência funcional. Se a rescisória tratar de violação aos dispositivos tratados no feito originário e remetidos ao tribunal superior por força dos efeitos devolutivo e substitutivo, a competência funcional para a rescisória será daquele tribunal.

Por outro lado, se a questão (*aqui entendida como a violação que enseja o enquadramento nas hipóteses previstas no art. 485 do CPC*) que sustenta a rescisória é outra totalmente diferente da suscitada e enfrentada nos recursos, discutível é a ocorrência do efeito substitutivo, pelas seguintes razões: a) o substitutivo está ligado ao devolutivo; b) os capítulos não recorridos da decisão não podem sofrer substituição pelo julgado do grau superior; c) os argumentos, questões e fundamentos diferenciados, suscitados na rescisória, não chegaram a ser apreciados pelo tribunal superior, não estando sujeitos ao efeito substitutivo.

Assim, se na rescisória pretende o autor discutir violação a dispositivo legal, não mencionado no recurso especial interposto contra a decisão que pretende desconstituir, é razoável entender que não houve o efeito substitutivo do recurso conhecido e improvido pelo tribunal superior. O caráter substitutivo do apelo está limitado ao devolutivo – exatamente nos limites dos argumentos suscitados no recurso julgado em seu mérito.

Não seria, portanto, competente o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, para conhecimento de rescisória contra suposto acórdão ou decisão monocrática de Ministro que conheceu de recurso especial (ou do próprio agravo de instrumento), quando a matéria suscitada na nova demanda é totalmente estranha àquela discutida no recurso.

²⁴ Flávio Cheim Jorge (2003, p. 252) entende que os efeitos substitutivo e expansivo nada mais são do que a própria consequência do efeito devolutivo. De acordo com suas lições: "a substituição da decisão recorrida pela decisão do recurso não é uma consequência natural de seu conteúdo, mas tão-somente uma repercussão indissociável do efeito devolutivo, o qual permite o reexame e, conseqüentemente, a sobreposição de uma decisão sobre a outra".

De fato, entende-se plenamente possível afirmar que o efeito substitutivo está limitado aos argumentos suscitados no recurso que foi conhecido no Tribunal Superior. Portanto, seria competente o Superior Tribunal de Justiça para conhecer rescisória contra a decisão que apreciou o mérito do REsp, quando a matéria suscitada refere-se exatamente àquela atingida pela substituição, raciocínio que não se estende a outros argumentos não deduzidos e discutidos no recurso.

Assim, a afirmação ampla e irrestrita de que o efeito substitutivo do recurso, para fins de cabimento da rescisória, dependerá apenas do conhecimento do apelo, deve ser feita com bastante atenção e cuidado, evitando-se equívoco no que respeita ao tribunal competente para a nova demanda, com o eventual risco da perda do prazo bial previsto no art. 495 do CPC^{25,26}.

²⁵ O erro na escolha do tribunal competente para a demanda desconstitutiva poderá ocasionar a perda do prazo para seu ajuizamento, não se podendo sequer suscitar a aplicação dos arts. 102, §3º e 219, §1º c/c 220 do CPC. De fato, inaplicável o deslocamento da competência absoluta, por exemplo, para o tribunal estadual em caso de ajuizamento de rescisória no STJ ou STF (como ocorreu na decisão monocrática contida na nota seguinte), ou para estes no caso de rescisória ajuizada equivocadamente naquela, com aproveitamento da inicial e posterior retroatividade da interrupção do prazo para propositura. Nesse sentido, é mister analisar alguns precedentes, que acabam por consagrar a necessidade e extinção do processo sem resolução de mérito por carência de ação. "Ação Rescisória – FGTS – Última decisão de mérito proferida pelo STJ - Competência – Artigo 113, § 2º, do CPC. 1. Não se aplica o disposto no artigo 113, § 2º do CPC, quando a ação rescisória de competência originária desta Corte foi proposta erroneamente perante o Tribunal *a quo*. Ao tribunal de origem não cabe remeter os autos ao STJ, devendo o processo ser extinto sem julgamento do mérito. Recurso especial improvido." (REsp 769008 / PR – 2ª Turma – Rel. Min. Humberto Martins – J. em 05/10/2006 – DJ 18.10.2006 p. 232). "Ação rescisória. Competência. Extinção do processo. Se a ação rescisória intenta a desconstituição de acórdão de tribunal local, tendo sido, entretanto, examinada pelo Supremo Tribunal Federal a questão controvertida no julgado rescindendo, a hipótese é de extinção do processo. Não se justifica a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal se o objeto da rescisória não é o seu acórdão. Agravo regimental a que se negou provimento." (AgRg no Ag 64168 / GO – 3ª Turma – Rel. Min. Costa Leite – J. em 12/09/1995 – DJ de DJ 13.11.1995 p. 38675 – LEXSTJ vol. 81 p. 37).

²⁶ Em rescisória resolvida monocraticamente (com indeferimento liminar da inicial e extinção do processo sem resolução de mérito), entendeu o STJ que era incompetente para processá-la com o objetivo de rescindir decisão judicial por violação à disposição literal de lei. No caso em questão, procurava o autor desconstituir julgado que teria interpretado equivocadamente a chamada gratificação de escolaridade. Contudo, no mandado de segurança que gerou a decisão rescindenda, o recurso ao tribunal superior apenas discutiu a necessidade de intervenção obrigatória da pessoa jurídica de direito público nos autos do MS. Na decisão monocrática contida na AR 3.599 (Relatora Min. Laurita Vaz – DJ de 04.09.2006), decidiu a Exmra. Relatora que: "De plano, vê-se que a decisão rescindenda nem ao largo examinou o mérito da questão relativa à manutenção da forma de cálculo da denominada 'Gratificação de Escolaridade', prevista na Lei Estadual nº 5.810/94. A única questão apreciada por esta Corte Superior foi relativa à desnecessidade de citação da pessoa jurídica de direito público para compor o pólo passivo do mandado de segurança". Em outra passagem, afirmou que: "em assim sendo, resta evidente que a decisão rescindenda não adentrou no mérito do *mandamus*, relativamente à forma de cálculo da 'Gratificação de Escolaridade'. Por conseguinte, o exame da presente rescisória por esta Corte Superior de Justiça se mostra inviável".

Enfim, o efeito substitutivo do recurso poderá ser bifurcado: *internamente*²⁷ (análise do pronunciamento judicial final) e *externamente*²⁸ (decisão judicial a ser irredignada por ação rescisória). Apenas será competente o tribunal superior para apreciar a ação rescisória nos casos em que ocorrer o efeito substituto *interno* (juízo de mérito do recurso) e externo (matéria contida na rescisória ter sido apreciada naquele recurso).

Portanto, se na demanda demonstrativa for apresentada matéria distinta daquele objeto do recurso conhecido no seu mérito, discutível é o deslocamento da competência para instância excepcional. Em que pese a existência do efeito substitutivo interno (*a última decisão é a advinda do Tribunal Superior*), não houve o externo (*a decisão rescindenda será a oriunda do tribunal local*).

Referências

- BOLZANI, Virginia Brodbeck. *Efeito devolutivo da apelação*. Rio de Janeiro: Aide, 2001. 152p.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Efeitos dos recursos. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2006. v.10, p. 66-90.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Ação rescisória, incompetência e carência de ação. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 29, n. 88, t. 1, p. 63-72, dez. 2002.
- _____. Os efeitos dos recursos. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis: de acordo com a Lei nº 10.352/2001*. São Paulo: RT, 2002. v.5.
- _____. O regime jurídico das medidas urgentes. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 26, n. 82, p. 271-302, jun. 2001.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários à novíssima reforma do Código de Processo Civil. Lei 10.444, de 07 de maio de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 280p.
- GIANNICO, Maricé; GIANNICO, Maurício. Efeito suspensivo dos recursos e capítulos das decisões. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2002. v.5.
- JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 388p.
- LEONEL, Ricardo de Barros. Revisitando a teoria geral dos recursos: o efeito suspensivo. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2006. v.9, p. 466-526.

²⁷ Verificação de qual pronunciamento judicial transitará em julgado, por força da ocorrência ou não do efeito substitutivo.

²⁸ Aqui, o *externamente* é utilizado para afirmar que será competente o tribunal para conhecimento de outra demanda, visando desconstituir o julgado anterior já trânsito em julgado.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: RT, 2000. 464p.

MATTIROLO, Luigi. *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*. 5. ed. Turim: Fratelli Bocca, 1904. v. 4.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: princípios fundamentais*. São Paulo: RT, 2002. 393p.

MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003. 716p.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Correlação entre o pedido e a sentença*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 21, n. 83, p. 207-215, 1996.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. 698p.

ORIONE NETO, Luiz. *Recursos cíveis*. São Paulo: Saraiva, 2002. 790p.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4. ed. Napoli: Jovene, 2002.

REDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1949. v. 2.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005. 438p.





Jorge Augusto de Medeiros Pinheiro
Cárcel y mujeres madres encarceladas: una
visión de los pactos internacionales de los
derechos humanos

Resumen

Las mujeres madres encarceladas son el objeto de estudio de esta investigación desde una visión de los pactos internacionales de los derechos humanos. En primer término, hay una reflexión sobre la cuestión de género y sus efectos sobre las experiencias y subjetividades de la mujer madre encarcelada, y de los datos del Servicio Penitenciario Federal Argentino sobre el crecimiento de esa población. La reclusión debe estar satisfacer los estándares internacionales. Finalmente, se hace un análisis del fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal sobre el tema.

Palabras-clave:

Cárcel y mujeres. Encarcelamiento y los pactos internacionales. Madres encarceladas. Ejecución penal femenina. Mujeres privadas de la libertad. Mujeres presas y los pactos internacionales.

Abstract

Imprisoned mothers is the object of study of this research which has a view on the International Human Rights Pact. The primary and foremost focus of this research is: on gender and effects of the experiences and subjectivities of an imprisoned mother, and on the data provided by the Federal Prison Service from Argentina concerning the growth of such population. The study also covers the detention which must be in accordance to the standards of the international covenants and it finally makes an analysis of the judgment of the National Chamber of Criminal Appeal on the subject.

Keywords

Detention and women, Imprisonment and international pacts. Imprisoned mothers. Female criminal execution. Women deprived of freedom and international pacts.

Cárcel y mujeres madres encarceladas: una visión de los pactos internacionales de los derechos humanos

Detention and imprisoned mothers: a view on the international human rights pact

Jorge Augusto de Medeiros Pinheiro*

* Abogado. Doctor en Ciencias Empresariales/Argentina. Profesor Adjunto IV de la Universidad Federal de Pará. Doctorando en Derecho Penal y Ciencias Penales/Argentina. Profesor Visitante de la Universidad de Flores/Argentina y de la Academia Superior de Estudios Penitenciarios/Argentina. E-mail: jorgepinheiro44@gmail.com

Introducción

Abordar el tema de la cárcel en Latinoamérica es interesante y siempre oportuno pues, infelizmente, en estos países ese área no se encuentra debidamente desarrollado y todavía no está bajo la protección de derechos que sean garantizados por los Estados. Estos todavía no consiguen brindar y garantizar, a una persona privada de libertad, sus mínimos derechos y, además, no se puede olvidar la gravedad institucional que genera para el Estado la violación sistemática de estos derechos.

Sin duda, la privación de la libertad para una persona con práctica delictiva es un cumplimiento de una pena con matices de castigo. En pleno siglo XXI, no se ha conseguido reemplazar esa idea y ya casi nadie cree que en una cárcel una persona puede resocializarse, de lo contrario, el pensamiento de la sociedad que prácticamente unánime es de que la pena de encierro sólo sirve para agravar y perfeccionar esas personas en el delito.

Respecto a las mujeres encarceladas, la situación no se distingue en nada, pues el número de mujeres privadas de libertad en la mayoría de los países de América Latina está alrededor de unos 4 a 6%, comparando con el de varones. Y la situación no cambia mucho si se observa las mujeres madres encarceladas.

Hasta el momento, no fuimos capaces de cambiar los tipos de penas y regímenes penitenciarios para ser aplicado a las personas que transgredieron las normas de conducta dictadas por la sociedad.

En ese trabajo, se intenta contribuir con el tema, con una mirada en la mujer madre encarcelada y los pactos internacionales de los derechos humanos, firmados por nuestros países y analizar un fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal de la República Argentina, que trata del cumplimiento de una prisión preventiva en prisión domiciliaria, por el motivo de una protección mayor que son los derechos de los niños.

Cuestión de género

Es común haber investigaciones, libros y datos sobre el universo masculino en nivel de criminalidad y encarcelamiento, pero hay poca cosa escrita sobre el género femenino en esta situación, quizás porque el dato estadístico de cuenta de un número mucho menor de mujeres en la criminalidad y encarceladas, comparando a la población masculina.

No se trata solamente de sus problemáticas específicas y, además, sus protestas no son escuchadas. La inviabilización de este universo tiene otras matices. La contundente combinación de prejuicios sexistas y la mirada y acciones discriminatorias que sufren mujeres en conflicto con la justicia, carecen de registro al se tratar de describir como opera la criminalidad femenina y el sistema carcelario.

Así, una parte importante de la lógica de la violencia institucional que se manifiesta especialmente en las formas en que las mujeres son castigadas, no aparece explicada.

Los datos del Servicio Penitenciario Federal Argentino, presentados a continuación, muestran una evolución desigual de la población carcelaria femenina. Mientras la población masculina encarcelada presenta un crecimiento de un 122% en el período de 1989–2005, la cantidad de mujeres privadas de libertad tuvo un crecimiento de un 356% en el mismo período. Estos datos parecen contradecir aquellos discursos que sostienen que el índice de delitos cometidos por mujeres no es considerable.

Sin duda el número absoluto de mujeres encarceladas es menor comparando al de la población masculina, pero no se puede olvidar que en el año de 1989 la población femenina un 5,6% de la población masculina, y ya en el año 2005 algo más del doble, es decir, un 11,50%. Es interesante observar aún que el 7,6% de las mujeres encarceladas estaban privadas de la libertad por crimen de drogas, y la mayoría *mulas*.

Se trata de observaciones sobre una situación que apuntan características completamente peculiares de las mujeres, que siguen desconocidas por las autoridades penitenciarias y, como consecuencia, esa es una población desatendida y olvidada (ver gráficos, p. 88).

El encierro para una mujer es distinto. Los efectos de este encierro sobre las experiencias y subjetividades de las presas deben ser reflexionados, para enseguida se penetrar en las formas de supervivencia y resistencia.

La cárcel aísla, pero jamás se puede considerarla una isla. Como una sociedad, reproduce sus diferencias de clase y género, incluso las refuerza. No es extraño que muchas mujeres madres encarceladas tienen problemas con las guarda cárceles cuando sus hijos están enfermos.

Es interesante citar que muchas de ellas tienen a sus maridos también presos, confirmando la vulnerabilidad de ciertos sectores sociales ante las instituciones que reprimen el crimen y la delincuencia.

Buglione (2004, p.9) ha hecho una síntesis de ese pensamiento:

O não olhar ao “eu” feminino é identificado nas políticas do sistema prisional, que reproduzem o modelo masculino, sem se deter a diferença existente e principalmente na extensão que o cárcere gera. O que não é identificado apenas em relação à criminalidade feminina, na mulher encarcerada, mas também no processo de estigmatização e dificuldades que as companheiras e esposas do preso enfrentam, tampouco o problema das filhas e mães dos presos que também constituem a parte feminina dessa relação.

La mujer madre encarcelada

Para el desarrollo sano de toda persona se hace necesario el establecimiento de vínculos estables con los progenitores o quienes los sustituyan. El tipo de vínculo que un niño establezca con sus padres, especialmente la madre, es fundamental en la estructuración de su personalidad e incide directamente en el tipo de vínculo del niño en su relación con el mundo.

Gallegos, Mettifogo (2001, p. 67) entienden que al separar a un niño de su familia éste pierde el más importante referente de identidad y pertinencia, provocando un intenso sentimiento de inseguridad de sí mismo y en su relación con el entorno. Así, la familia constituye una necesidad afectiva e imprescindible para desarrollar seguridad y confianza.

El tema de la relación madre-hijo, mientras la madre se encuentra encarcelada, ha sido escasamente tratado. Existen pocas investigaciones sobre el tema y, por eso, el desarrollo de la criminología sobre la mujer y su contexto social y penal es débil, existiendo sobretudo un casi nulo desarrollo teórico de los efectos que tiene la reclusión en la familia.

En Argentina pasan por el proceso de encarcelación, aproximadamente 70.000 al año. Pero es importante señalar que detrás de cada preso existen una serie de sistemas de pertenencia que son afectados por la privación de la libertad de uno de sus miembros.

Es indiscutible que la familia del recluso debe realizar una serie de adecuaciones en su dinámico relacional, aún más si se considera que la delincuencia se propicia generalmente dentro de condiciones sociales propias de la marginalización.

Los más afectados son los hijos de los detenidos, especialmente cuando la madre es la encarcelada, considerando el marco de roles en que se constituye la familia latinoamericana.

Sin embargo, muy poca veces se ha reconocido que este grupo de niños está en situación especial, y que ellos ha menudo tienen múltiples dificultades y obstáculos. Los derechos de estos niños, muchas veces, se pasan por alto, son desconocidos o no son comprendidos.

Eso se hace aún más relevante al considerar que el círculo de la delincuencia recomienza cuando los hijos de padres encarcelados quedan expuestos a situaciones de riesgo psicosocial. Comúnmente son dejados al cuidado de terceros o dejados en instituciones, lo que supone la separación familiar y profundiza la desvinculación afectiva, debilitando la función familiar de soporte o de mediación en el logro de un mayor bienestar y mejor calidad de vida.

Encima, se observa un crecimiento de la delincuencia femenina, sobretodo de la participación de la mujer en el tráfico de drogas que sirve frecuentemente de *mula*. Además, el 90% de las reclusas son madres, y la mayoría de sus hijos se encuentran en edad escolar.

Indudablemente, estos niños hijos de externas son un sector importante de la infancia de la vulnerabilidad psicosocial, pero existe una desatención a la aplicación de la Convención de los Derechos de los Niños en este grupo de nuestra sociedad.

La legislación actual dispone que las madres recluidas pueden mantener a su lado aquellos hijos menores de 4 años. Por ello, el Servicio Penitenciario Federal Argentino tiene una cárcel en la Gran Buenos Aires donde los niños permanecen junto a sus madres hasta esa edad.

El Servicio Penitenciario Federal tiene 3 cárceles destinadas al cumplimiento de pena para mujeres en conflicto con la justicia: Unidad 3 (Instituto Correccional de Mujeres), Unidad 31 (Centro Federal de Detención de Mujeres "Nuestra Señora del Rosario de San Nicolás) y Unidad 13 (Instituto Correccional de Mujeres "Nuestra Señora del Carmen" en Santa Rosa – Provincia de la Pampa) (ver tablas, p. 88).

Según las tablas, es indudable el hacinamiento en la unidad 3, con la sobrepoblación en los años 2002 (60,5%), 2003 (47,60%), 2004 (66,85%) y 2005 (92,80%). Ese establecimiento penitenciario es temido por las internas pues

sus condiciones de higiene son inhumanas. Allí hay ratas, cucarachas, quema de colchones, peleas sangrientas, etc. Además, se ve que presenta tasas cada vez más crecientes de personas privadas de libertad, en su gran mayoría procesadas sin sentencia firme, cuya procedencia no es otra sino los sectores de más bajos recursos.

La Unidad 31 es considerada un hotel, tipo "spa", en comparación con la Unidad 3. No presenta hacinamiento y es una cárcel federal habilitada para alojar madres con hijos y mujeres embarazadas. Por fuera está toda pintada de rosa, y cruzando el enrejado luego se ve el jardín de infantes. Las maestras son exclusivas para los chicos y pertenecen al cuadro de personal penitenciario.

En la Unidad 13, en Santa Rosa provincia de la Pampa, hay también la posibilidad del hijo quedarse con madre. Su estructura edilicia es vieja, no tiene ISO 9000 como la anterior, pero es un penal limpio y en buenas condiciones. Sus tasas de sobrepoblación son consideradas bajas: 2003 (5,7%), 2004 (15,70%) y 2005 (25,70%).

A pesar de ser una situación muy específica, dentro de una cárcel se plantea una serie de preguntas respecto a las políticas de protección al menor, y además, sobre la rehabilitación de las internas, ya que estas tienen hijos con menos de 4 años de edad.

Pactos internacionales

Jerarquía de los tratados

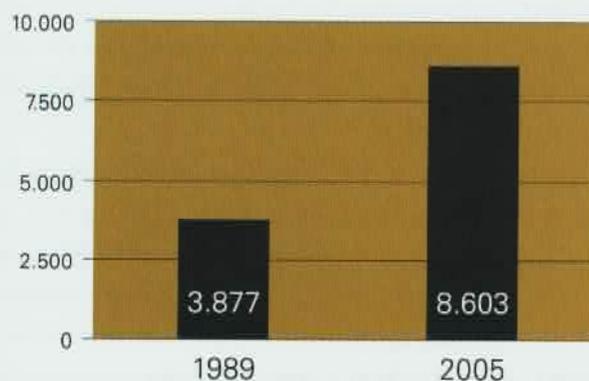
El artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional de 1994, dice que ciertos instrumentos de Derechos Humanos tienen rango constitucional. Y para denunciar estos acuerdos, es decir, para dejarlos sin efecto, se requiere a partir de ahora dos tercios del total de ambas Cámaras del Parlamento.

La Constitución de 1994 señala que los demás Tratados sobre Derechos Humanos que no están incorporados, es decir, no nombrados en el artículo 75 inciso 22, son jerárquicamente superiores a las leyes, sin embargo, inferiores a la Constitución. Así, para nombrarlos, lo ideal es decir: Tratados sobre Derechos Constitucionales y Tratados no Constitucionales.

Los Tratados jerárquicamente constitucionales son: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre; Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto

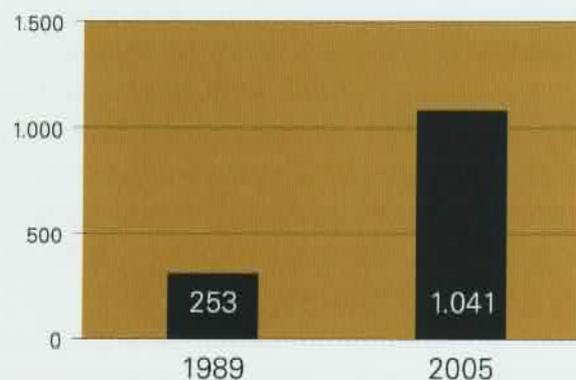
Crecimiento de la Población Masculina en SPF

Crecimiento de
122% en
el período



Crecimiento de la Población Femenina en SPF

Crecimiento de
356% en
el período



Fuente: Ministerio de Justicia, Dirección Nacional de Política Criminal, SNEEP

2002						2003					
UNIDAD	CAPACIDAD	POBLACIÓN			TOTAL	UNIDAD	CAPACIDAD	POBLACIÓN			TOTAL
		Condenadas	Procesadas	Inimput/Menores o sin discriminar				Condenadas	Procesadas	Inimput/Menores o sin discriminar	
U3	374	151	450	-	601	U3	374	218	177	2	552
U31	256	77	168	-	245	U31	256	98	136	-	234
U13	70	63	7	-	70	U13	70	70	4	-	74
					916						860
2004						2005					
UNIDAD	CAPACIDAD	POBLACIÓN			TOTAL	UNIDAD	CAPACIDAD	POBLACIÓN			TOTAL
		Condenadas	Procesadas	Inimput/Menores o sin discriminar				Condenadas	Procesadas	Inimput/Menores o sin discriminar	
U3	374	216	404	4	624	U3	374	239	482	-	721
U31	256	104	146	-	250	U31	256	105	127	-	232
U13	70	78	3	-	81	U13	70	80	8	-	88
					955						1.041

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; Convención sobre la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; Convención sobre los Derechos del Niño.

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por la 24^o Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, reunida el 9/6/1994 en Belém do Pará, Brasil, obtuvo jerarquía constitucional a través de la ley 24.820 (B.O. 29/5/1997), y anteriormente fue aprobada por la ley 24.556 (B.O. 18/10/1995).

Convención sobre los derechos de los niños (ONU)

Es indudable que desde que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos de los Niños, en 20 de noviembre de 1989, se establecieron las bases de cambios profundos en el status reservado a este sector de la población.

Los chicos ya no fueron considerados objetos de tutela y se convirtieron en sujetos portadores de derechos. Asimismo, por primera vez en siglos, tienen voz, su palabra pasa a ser tomada en serio, y pueden dialogar con todas aquellas voces que hablan sobre ellos, discurso judicial incluido.

En la 43^o sesión del Comité de los Derechos, celebrada en Ginebra, remarcaron la importancia del artículo 12, en el que consta que los niños tienen voz y voto, luego, deben ser escuchados en las causas administrativas y judiciales que los tengan como involucrados o protagonistas. Para el Comité, los Estados deben realizar esfuerzos para que la norma tenga plena aplicación, ya que los niños tienen el derecho de expresar sus puntos de vista, independientemente de su edad.

No hay duda que hubo un cambio en los países de Latinoamérica desde la Convención sobre los Derechos de los Niños, que tiene jerarquía constitucional conforme el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional de 1994. De ahí, nace una etapa iushumanista de la legislación del niño y del adolescente, correspondiendo ahora al Estado garantizarles un desarrollo armonioso.

Ese cambio, a muchos amedronta mientras a otros les

parece que encubre demasiadas contradicciones. Aunque no faltan quienes consideran que esta transformación es imprescindible si se quiere construir sociedades humanas y democráticas.

Baratta (1999), afirma que la política de implementación de los derechos de los niños puede llevar de la infancia de la democracia hacia una sociedad humana y madura. Es decir, una sociedad en que todos y cada uno de sus habitantes sean ciudadanos.

Respecto a los niños, se trataría de una ciudadanía diferente, tomando en cuenta la edad y la madurez de cada niño o niña. En otros términos: hacer extensivas a la infancia, las políticas de integración de las diferencias.

Un desafío nada menor para la humanidad, esa que la desconfianza ante el otro sigue estando a la orden del día. Humanidad, esa que en algún momento de su historia ni siquiera concebía que esos seres a los que hoy nombramos por niños tuvieran alguna identidad.

Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (directrices de RIAD) – resolución 4/112 AG de la ONU

En las directrices de RIAD se dice explícitamente que el niño no debe ser considerado como objeto de socialización y control. Además, afirma que son necesarias políticas progresistas de prevención, y la adopción de medidas que eviten penalizar y criminalizar al niño. Esas, deben alcanzar, dentre otras cosas, suministro de oportunidades, en particular educativas, para atender las distintas necesidades de todos los jóvenes. Así, el eje es cambiado.

Primeramente, la problemática juvenil no debe detenerse en el niño en conflicto con la ley, sino extenderse para todos los niños y adolescentes. Enseguida, se enfatiza en la protección al bienestar, al desarrollo y a los intereses de los jóvenes.

En este marco, en todos los instrumentos internacionales, la intervención de los organismos formales de control social es considerado como último extremo. La intención aparece siempre como *última ratio*.

Ley de protección a los niños, niñas y adolescentes

En Argentina hubo un gran cambio, cuando se derogó la Ley 10.093 de 1919, más conocida como Ley de Patronato

de Menores, y se aprobó la Ley 26.061 – Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, por lo menos en lo referente al legislativo.

La antigua ley se refería a los niños vulnerables, los huérfanos o de familias de escasos recursos en estado de vulnerabilidad, o sea, en un peligro material o moral. La ley derogada era la presencia del Estado a través del Patronato de Menores para asumir a esas personas.

Zannoni (2005, p. 1), asevera las funciones incumbidas al Estado de ejercer directamente los poderes jurídicos necesarios para asumir la asistencia, la educación, la guarda, la protección y la representación de los menores que carezcan de representantes legales o de los que, aunque los tengan, se encuentren en situación de abandono o de peligro, lo que ha sido tradicionalmente hecho por el patronato del Estado, o patronato de menores. Por esa razón, es una función subsidiaria porque sólo se hace efectiva si faltan los padres u otros parientes consanguíneos llamados naturalmente a ejercer patria potestad o tutela legal.

¿Cuál es la principal innovación de la nueva ley? Por un lado, trata de los derechos de todos los niños, y no sólo de acciones dirigidas a la infancia desprotegida. Y por el otro, el caso de los chicos más vulnerables, procura que la separación del niño de su lugar de origen no sea la única de las soluciones posibles ante un caso de abuso o violencia.

Es indudable que la nueva ley de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes es un cambio cultural, e implica en ver todas las políticas públicas desde la óptica de los derechos de la infancia.

Con la aprobación de la ley 26.061 hay una nueva concepción legal de la infancia, y sin duda, supone un enorme cambio cultural.

Fallo de la cámara nacional de casación penal

La sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, analizó un recurso de casación interpuesto contra la decisión del Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 3 de San Martín, provincia de Buenos Aires, que resolvió no hacer lugar al pedido de arresto domiciliario de Adriana Teresa Abregú.

La interesada en el proceso se encuentra procesada por el delito de tenencia de estupefacientes, con fines de comercialización, agravado por realizar esa actividad en las cercanías de un establecimiento de enseñanza, cumpliendo prisión preventiva.

La señora Jueza Lydia Berraz de Vidal, así se pronunció:

- a) Admite los presupuestos procesales para habilitar a esta instancia, que en el caso debate la posibilidad de conceder la detención domiciliaria a un supuesto no contemplado legalmente, pero por analogía *in bonam partem* con los supuestos para prisión preventiva contempla el artículo 314 del Código Penal de la Nación, con remisión al artículo 10 del Código Penal;
- b) Entiende que el recurso de casación debe hoy garantizar el derecho constitucional de recurrir ante el juez o tribunal superior, conforme el artículo 8.2., letras "a" hasta "h" de La Convención Americana sobre Derechos Humanos;
- c) Acierta a la Defensa en apelar a un orden normativo superior, cuya consideración no puede resultar omitida en la especie. Dice también que la defensa no busca amparar por vía analógica alguna situación personal de la imputada no contemplada por el legislador, sino que tiene una finalidad tuitiva de ciertos derechos reconocidos a los sujetos en La Convención sobre los Derechos de los Niños;
- d) Dice que el tribunal acertó al ordenar la confección del informe, cumpliendo con el artículo 12 de Convención, en que ordena garantizar al niño el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos;
- e) Afirma que evaluar concreta y correctamente las opiniones de los niños, además de cumplir con una obligación constitucional, pudo otorgar a los jueces el conocimiento de los perjuicios que les irroga la detención de una madre. Así pueden construir, desde sus simples expresiones, el cambio hacia los derechos que esa situación afecta, lo que es imprescindible para, finalmente, evaluar si mantenerla en las condiciones actuales guarda armonía constitucional;
- f) Cobra fundamental importancia al muy bueno informe elaborado por la Prosecretaría de Menores de la Cámara Federal de San Martín, basado en la entrevista in loco en el domicilio del padre de la imputada;
- g) Comenta que la Corte Suprema de justicia de la Nación, ha entendido que el principio de prioridad del interés superior del niño apunta a dos finalidades básicas: la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio, así, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños objetivando que la decisión se defina por lo que

resulta mayor beneficio para ellos" (cfr. Causa "S,C", sentencia del 2 de agosto de 2005);

- h) Alega que la Corte Interamericana de derechos Humanos afirmó: "la Convención sobre Derechos del Niño alude al interés superior de éste (artículo 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potenciales" (cfr. OC-17/2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", del 28 de agosto de 2002);
- i) Desde el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, es reconocida la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, en particular de los niños, y advierte que el niño siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material (Principio 6);
- j) Cita también la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, que incluyó en el derecho a la identidad de sus sujetos, los derechos a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley y a crecer y desarrollarse en su familia de origen. Esto es lo fundamental, la posibilidad de mantener cotidianamente el vínculo entre los cuatro hermanos, escena primaria natura y esencial de la familia;
- k) Entiende que crean en los niños los sentimientos de inestabilidad sobre los lazos de vida común, que afectan su bienestar social, espiritual y moral, incidiendo negativamente en la exigencia constitucional de favorecer de manera más amplia al desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. El bienestar debe prevalecer por sobre las razones de cautela que puedan justificar un encarcelamiento meramente precautorio. Que aún se trata de "una moralidad de ejecución del encierro (pues es detención), y no de una suspensión de la ejecución", pues mantiene la coerción sobre la libertad personal de la imputada, en su hogar (cité a De la Rúa, "Código Penal Argentino", pág. 143);
- l) Decidió por la concesión de la detención domiciliaria solicitada (art. 314 del C.P.P.N.), con la supervisión adecuada de parte del tribunal de *l quo*.

La señora jueza Ana María Capolupo de Durañona y Vedia, acompaña la solución propiciada al acuerdo por la doctora Amelia Lydia Berraz de Vidal, en atención a las particulares circunstanciales que presenta el caso bajo análisis, y afirmó que la prisión preventiva que viene sufriendo la imputada ha producido un impacto negativo en la vida de sus cuatro hijos menores, tomando en cuenta que han perdido contacto cotidiano con su madre, además entre ellos.

Es interesante observar la disidencia del juez Gustavo M. Hornos que se manifestó así:

- a) No se encuadra dentro de ningún ordenamiento jurídico el arresto domiciliario para las madres de hijos menores (Cfr. Art. 10 de C.P.; Art. 33 Ley 24.660); Que los derechos y garantías expresados en los Tratados de Derechos Humanos enunciados en el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional deben ser considerados complementarios de los reconocidos en la Constitución;
- b) Considera que la resolución de conflictos de creciente complejidad, como las relaciones humanas – sociales, económicas y políticas – cada vez más entrelazadas y complicadas, requiere que el orden legal tome en cuenta los valores y las nuevas necesidades del individuo y de la sociedad, integrándose a esta evolución de manera armónica y creativa.
- c) Considera que la familia es el grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, en particular de los niños que consecuentemente tienen el derecho a crecer junto a sus padres, sin embargo, esto **no constituye un principio absoluto**. Así la Declaración de los derechos del Niño establece que los niños **deben crecer al amparo de sus padres siempre que sea posible** (principio 6°).
- d) Advierte que son los propios Tratados los que contemplan la posibilidad de que los menores sean separados de sus progenitores (art. 9, incisos 1°, 3° y 4°), y que el derecho a que los niños crezcan en el seno de una familia no puede ser interpretado en abstracto, y de manera absoluta, en contraposición con el resto del ordenamiento legal vigente, sino que debe ser evaluado de acuerdo a las particulares circunstancias de cada caso;
- e) Considera que el delito de la imputada, que es de tenencia estupefacientes con fines de comercialización agravado por realizar esta actividad en las cercanías

de un establecimiento de enseñanza, es razón de prudencia, ya que el legislador ha otorgado especial protección a la mera posibilidad de que los niños o jóvenes que concurran a los establecimientos de enseñanza puedan percibir referida conducta, lo que habría de actuar como un factor multiplicador de los riesgos a la tenencia o al suministro de drogas;

- f) Afirma que, el artículo 33 de la Convención sobre los Derechos del Niño ordena a los Estados partes a adoptar medidas apropiadas

...para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícito de esas sustancias...

- g) Cita varios artículos del Código Civil y el artículo del Código Penal, donde hay un régimen legal que prevé proteger los derechos de los hijos menores, cuyos progenitores se encuentran intramuros, lo que no se advierte en principio conculcación a los derechos de los hijos menores ni violación a los tratados internacionales que los amparan;
- h) Recuerda los instrumentos internacionales que dan sustento normativo, con jerarquía constitucional, al instituto de la prisión preventiva, como por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5.2, art. 7.2. y art. 32.2.); La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art.25), el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos (art. 9.1. , 9.3. y 10.2.);
- i) Rechazó el arresto domiciliario.

Conclusión

El *decisum* del fallo de la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, consideró el informe elaborado por la Prosecretaría de Menores de la Cámara Federal de San Martín y, a pesar del voto de la doctora Amelia Lydia Berraz Vidal en que citó varios pactos internacionales, dejó claro que su decisión estaba más basada en el derecho humanitario.

Es indudable lo duro que es separar una madre de sus hijos, además, que la familia es la célula *mater* que como grupo es esencial para la permanencia de la sociedad. El voto vencedor apunta al interior, pues las cárceles nos muestran, día a día, uno de los peores rostros de nuestras instituciones, y no hay indicios de razonable transformación del castigo, por consiguiente de una humanización de las cárceles.

El sistema punitivo estatal debe intentar cambios en los sistemas penitenciarios, con una diversificación de la pena.

Los derechos humanos son la carta de navegación de un Estado de derechos, y estos derechos no pueden ser vulnerados, ni violados, bajo la justificación de los delitos cometidos.

El voto del juez Gustavo M. Hornos trae la a colación los mismos pactos internacionales, pero con una visión de *dura lex sed lex*. Las políticas de mano dura, o tolerancia cero, no son soluciones para un Estado que firmó los pactos de derechos humanos. Sin embargo, con total razón dijo que habría de ser prudente, ya que la imputada estaba procesada por crimen de tenencia de drogas, con fines de comercialización, agravado por la venta en las cercanías de una escuela.

El caso juzgado por la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, determina una supervisión adecuada por parte del Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 3 de San Martín. Eso demuestra prudencia, pero debe ser instrumentado en condiciones para alcanzar lo efectivo *desideratum*.

No se puede olvidar que la situación de las mujeres encarceladas es distinta de la del hombre encarcelado. Pero, todavía, no está contemplada como una problemática de género. Es un grupo sobrevulnerado, igual que los menores, tanto en los espacios sociales extramuros como intramuros. Por eso, resulta indispensable estudiar la problemática de género y elaborar estrategias que tiendan a eliminar, o al menos a disminuir, las condiciones de vulnerabilidad, como mínimo, en el espacio intramuros.

Referencias

BARATTA, Alessandro. *Infancia y democracia*. Buenos Aires: Depalma, 1999.

BUGLIONE, Samantha. A mulher enquanto metáfora do direito penal. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 4, n. 38, jan. 2000. Disponible em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=946>>. Acceso em: 4 fev. 2004.

CÓDIGOS UNIVERSITARIOS. Código Penal de la Nación Argentina. Código Procesal Penal de la Nación, Constitución Nacional, Legislación Complementaria. Buenos Aires: Lexis Nexos / Abeledo-Perrot, 2003.

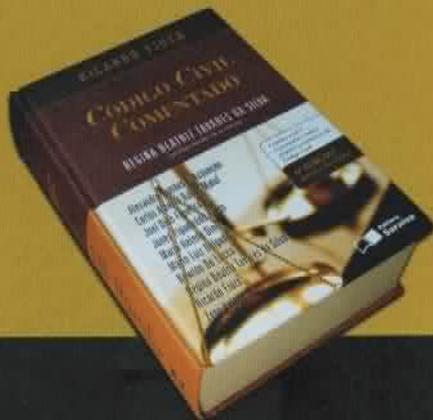
FALLO de la Cámara Nacional de Casación Penal, Causa Nro. 6667 – Sala IV. ABREGÚ, Adriana Teresa s/ recurso de casación.

GALLEGOS, Claudia, METTIFÓCO, Décio. Relación madre-hijo: situación de las mujeres encarceladas. *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*. Santiago de Chile, n. 2, p. 65-99, mayo 2001.

ZANNONI, Eduardo. El patronato del estado y la reciente ley 26.061. *La Ley*, 10 nov. 2005.

CÓDIGO CIVIL COMENTADO

Por Newton De Lucca



SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). **Código civil comentado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 2400p.

Código Civil Comentado é o nome da obra coletiva coordenada pela Professora Doutora Regina Beatriz Tavares da Silva, uma das assessoras técnicas da Relatoria Geral da Comissão Especial do Código Civil da Câmara dos Deputados que participou da redação final do Código Civil de 2002.

Trata-se de uma edição (a sexta) inteiramente reformulada, com capa e formato novos, e consideravelmente ampliada em relação às anteriores, com remissões feitas tanto ao Projeto de Lei 276/2007 como aos Enunciados da IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, realizada em Brasília, nos dias 4 e 5 de dezembro de 2006. Apresentando índice alfabético-remissivo no final do volume, o livro chega a 2.321 páginas, destinado não apenas aos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, advogados e professores de Direito, mas, igualmente, aos estudantes dos cursos jurídicos, que necessitam de uma pesquisa pronta sobre todos os dispositivos do Código Civil de 2002, em vigor entre nós desde 11 de janeiro de 2003.

O Eminentíssimo e saudoso professor Miguel Reale, *Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil*, criada em 1969 para rever o Código Civil – composta pelos juristas Agostinho de Arruda Alvim, José Carlos Moreira Alves, Sylvio Marcondes, Clóvis do Couto e Silva, Torquato Castro e Ebert Chamoun –, destacou, com muita insistência, o acolhimento de três princípios básicos do novo Código Civil, a saber: a *eticidade*, a *socialidade* e a *operacionalidade*. Por *eticidade*, o ilustre jurista pátrio quis designar, fundamentalmente, o respeito aos princípios da probidade e da boa-fé que devem necessariamente presidir as relações jurídicas entre as pessoas, garantindo-se maior segurança às partes contratantes.

Para o signatário, aliás, esse repúdio ao normativismo asséptico – para usar uma expressão de Bobbio (1996, p. 86)¹ – do Direito Positivo terá sido a maior virtude do novo Código Civil brasileiro. “Ao elaborar o Projeto” – disse-nos o Egrégio Professor Miguel Reale (1999, p. 8)²

não nos apegamos ao rigorismo normativo, pretendendo tudo prever detalhada e obrigatoriamente, como se na experiência jurídica imperasse o princípio de causalidade próprio das ciências naturais, nas quais, aliás, se reconhece cada vez mais o valor do problemático e do conjetural

acrescentando, pouco mais adiante, não ter prevalecido, no âmbito do Projeto, “a crença na plenitude hermética do Direito Positivo, sendo reconhecida a imprescindível eticidade do ordenamento.”

Saliente, *ex abundantia*, ser a única obra sobre os comentários ao Código Civil de 2002 que conta entre seus participantes com aqueles que atuaram como assessores técnicos da Comissão que participou da redação final do Código Civil. Os autores são os seguintes: Alexandre Guedes A. Assunção, Carlos Alberto Dabus Maluf, Joel Dias Figueira Jr., Jones Figueiredo Alves, Maria Helena Diniz, Mário Luiz Delgado, Newton De Lucca, Regina Beatriz Tavares da Silva, Ricardo Fiuza e, por fim, o paraense Zeno Veloso.

Com o falecimento do deputado federal Ricardo Fiuza, relator na Câmara dos Deputados do projeto de lei que deu origem ao novo Código Civil, a Editora Saraiva convidou o signatário desta resenha para comentar o Título VIII, do Livro I, da Parte Geral, relativo aos títulos de crédito (arts. 887 a 926), assim como todo o Livro II, da Parte Especial, disciplinador do Direito de Empresa (arts. 966 a 1.195).

Foi motivo de justificado orgulho para mim, portanto, ter a oportunidade de participar – ainda que de forma singela – em obra de tão largo fôlego, destinada a marcar um período de inegável evolução do Direito Civil brasileiro.

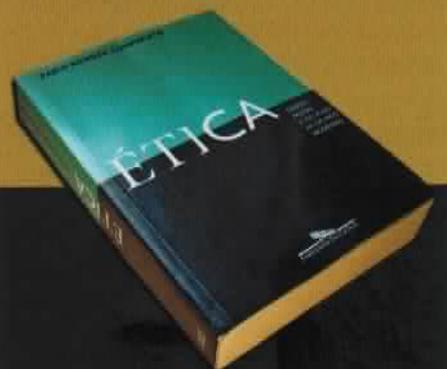
* Desembargador Federal. Diretor da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

¹ Ao referir-se à dificuldade de conciliar-se, entre outros, o formalismo asséptico de Kelsen com o pragmatismo iluminista de Cattaneo, BOBBIO, Norberto. **De senectute e altri scritti autobiografici**. Torino: Einaudi, 1996. 200p.

² REALE, M. **O Projeto do novo Código Civil**. 2.ed. ref. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

ÉTICA – DIREITO, MORAL E RELIGIÃO NO MUNDO MODERNO

Por Newton De Lucca



COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. 720 p.

Seria necessário um extraordinário poder de síntese – do qual me apresso em declarar destituído – para comentar, neste curto espaço de que disponho, o livro intitulado *Ética – Direito, moral e religião no mundo moderno*, tamanha é a densidade de conteúdo do mesmo.

Com efeito, essa obra do professor Fábio Konder Comparato – para quem se propuser a fazer uma leitura vagarosa e permeada pelas numerosas reflexões que ela, sem dúvida, propicia – representa verdadeira imersão em nosso âmago profundo e, ao mesmo tempo, constitui uma deliciosa recordação da fascinante história dos valores éticos da humanidade.

Além de uma substanciosa introdução – que despertará no leitor atento inevitável avidez em prosseguir –, o livro compõe-se por três grandes partes: na primeira, é analisada a passagem do mundo antigo ao mundo moderno, com o exame dos traços marcantes da vida ética na antigüidade, a saber: a importância fundamental da religião, o predomínio absoluto da tradição, a absorção do indivíduo pela coletividade; e o desprezo sempre demonstrado pelos ofícios técnicos e pela profissão mercantil. É o chamado período axial da história, fase que vai do século VII a.C. até o século VI A.D. São repassados autores como Sócrates, Platão e Aristóteles, apenas para referir os três grandes nomes da Grécia Antiga. Na segunda parte da obra, relativa à era das contradições, os grandes nomes do pensamento moderno são analisados, tais como Maquiavel (que iria representar a grande ruptura entre o sistema ético antigo e o moderno), Bodin, Hobbes, Locke, Rousseau, Kant, Hegel e Marx, com ampla investigação a respeito da separação entre a moral e o direito no positivismo jurídico. Ainda nessa segunda parte, são examinados o niilismo ético característico do Estado Totalitário e a extraordinária contribuição de Mahatma Gandhi na formulação dos preceitos fundamentais da *firmeza na verdade*. Na terceira parte, trata o autor da ética de um mundo solidário, prenunciando o século XXI como um momento absolutamente decisivo na história da humanidade. A ética passa a ser analisada em profundidade, desde os seus fundamentos até os princípios éticos em geral e em especial. Como conclusão, o prof. Fábio Comparato apresenta o sentido ético da vida humana, cuidando, a partir da página 687 dessa obra, das lições da sabedoria mitológica, da finalidade da vida humana e do sentido ético da história, sendo o epílogo um verdadeiro canto de cisne como se pode ver nas linhas que se seguem:

O processo evolutivo, como salientou Teilhard de Chardin, apresenta um sentido convergente, em razão do fenômeno de “elevação de consciência”. Ele nos permite reconhecer que a evolução vital é autocentrada na espécie humana e manifesta um caráter personalizante. O “estar-no-mundo” é a condição ontológica própria da pessoa; o que implica a sua permanente abertura a tudo e a todos. Cada indivíduo, ou grupo social, se valoriza, pelo desenvolvimento contínuo de suas potencialidades, na medida em que se abre a todos os outros, neles reconhecendo o complemento necessário de si próprio.

O longo caminho da evolução histórica tende a nos conduzir, nessa perspectiva, à geração da humanidade-pessoa: a nossa espécie torna-se mais consciente de sua posição no mundo, e procura elevar-se indefinidamente rumo ao absoluto, em busca daquele ponto focal onde a mística religiosa sempre situou a divindade.

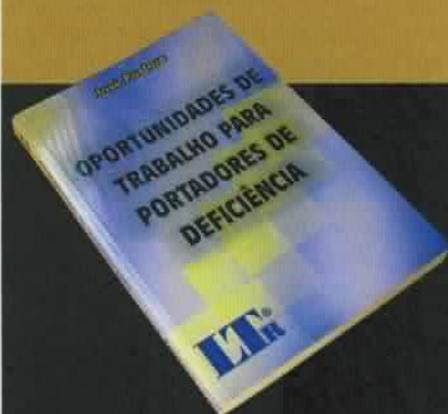
Esta a verdadeira imortalidade do homem. *Dignitas non moritur*, segundo a expressão clássica: a dignidade da pessoa humana é imperecível.

É ela que nos indica o caminho da plenitude de Vida, na Verdade, na Justiça e no Amor.

Tal como Cícero, que apregoava com grande esperança a formação da “sociedade universal do gênero humano”, há mais de vinte séculos, o autor dessa monumental obra dá uma prova inequívoca de que acredita, efetivamente, no triunfo do Bem sobre o Mal, pois é nisso que, afinal, consiste a vida, conforme o velho diálogo de Sócrates com Glauco.

OPORTUNIDADES DE TRABALHO PARA PORTADORES DE DEFICIÊNCIA

Por Raimundo Wilson
Gama Raiol*



PASTORE, José. **Oportunidades de trabalho para portadores de deficiência.** São Paulo: LTR, 2000. 245 p.

O professor José Pastore traz à lume um assunto que merece profunda reflexão, porque está relacionado às adversidades enfrentadas por numeroso segmento social, que se constitui em um grupo vulnerável, ante a perspectiva de seus integrantes sofrerem, constantemente, violações em seus direitos humanos. Refiro-me à parcela da sociedade representada pelas pessoas com necessidades especiais, quais sejam, as que, em razão de deficiências e incapacidades orgânicas se deparam com desvantagens para superação de barreiras arquitetônicas (nos edifícios e logradouros destinados ao uso público e meios de transporte coletivo) e barreiras nas comunicações, o que, juntamente com os estigmas, as tornam alvo de exclusão social. Isso, portanto, é causado por obstáculos físico-estruturais, ao que se agrega o comportamento excludente mantido pela sociedade. O assunto é concernente à busca de inserção das referidas pessoas no mercado de trabalho, as quais o Censo 2000, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), estabeleceu em vinte e quatro milhões, seiscentos mil e duzentos e cinquenta e seis, em todo o território brasileiro.

O autor discorre sobre a problemática, mediante uma abordagem sociológica. Alude ao estigma que gira em torno dessas pessoas, apontando como causa o fato de lhes ser referido em primeiro lugar os atributos – paralítico, cego, surdo etc. –, em detrimento da qualidade de ser humano. Afirmo que o estigma se agrava quando uma só pessoa reúne as características de ser “deficiente, mulher e negra”. Entende que o desafio para superar essa problemática importa que, de um lado, os portadores de deficiência aceitem suas peculiaridades e demonstrem a sua potencialidade de ajudar a si mesmos e aos outros, e, de outro lado, que os não-portadores de deficiência passem, mediante um processo de educação, a ter “a idéia de que a realização humana não se faz com base na estatura, beleza ou forma física, mas, sobretudo, com fundamento na inteligência, respeito, denodo e competência”. De sua abordagem se infere que é no mercado de trabalho que os efeitos dos estigmas tornam mais excludentes, por isso, afastando profissionais qualificados pelo simples fato de terem alguma limitação orgânica, o que significa “a desconsideração da eficiência e o enaltecimento da deficiência”.

Reporta-se o autor à evolução no tratamento do tema por meio de instrumentos internacionais aprovados pela Organização das Nações Unidas (ONU) e ratificados pelo Brasil, tais como a Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência, de 1975, o Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência, de 1982, e a Declaração de Salamanca, de 1994. Faz, ainda, menção ao papel da Convenção 159 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) ao definir quem é a pessoa portadora de deficiência para o trabalho, com repercussão no ordenamento legal brasileiro, citando como exemplo a Lei nº 7.853/89. Refere-se, de outra monta, à tutela do ordenamento nacional no sentido de as pessoas com necessidades especiais fazerem jus à seguridade social, habilitação e reabilitação, ao sistema de cotas, e à participação nas cooperativas sociais.

Coleciona o autor alguns dados reveladores de que um irrisório percentual das aludidas pessoas se encontra albergado no mercado formal, deixando transparecer que uma grande massa poderia estar trabalhando efetivamente, se contasse com acomodações razoáveis do ambiente de trabalho e de transporte. Permite que se tenha a percepção das adversidades com que elas se deparam diante do trinômio educação, tecnologia e mercado de trabalho.

Empreende análise acerca das reservas de mercado de trabalho, enumerando países que não adotam o sistema de cotas e os que o adotam, dentre os quais o Brasil, sem embargos de outras ações, tais como prevenção, estimulação precoce, formação profissional, acesso ao trabalho, locomoção e acessibilidade e ajudas técnicas, contudo alerta para a enorme distância entre a previsão legal e a realidade. Tece considerações críticas sobre o sistema de cota-contribuição e o de cota-terceirizada. Pondera que o atual sistema de cotas brasileiro (o de cotas isoladas) deve ser aperfeiçoado, mediante combinação com outros mecanismos.

A clara exposição do autor atrai a leitura e enseja que se enverede pela compreensão dos problemas das pessoas com necessidades especiais na seara do trabalho, revelando-se matéria que deve ser aproveitada pelos profissionais do direito do trabalho e previdenciário e por pesquisadores dos direitos humanos.

* Professor da Universidade Federal do Pará (UFPA), Coordenador de Gabinete do Desembargador Milton Augusto de Brito Nobre / Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJE-PA). Membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas (APLJ), Mestre e Doutor, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, do Instituto de Ciências Jurídicas da UFPA.

NORMAS PARA ENVIO DE ARTIGOS À LEITURA

A Leitura - Caderno da Escola Superior da Magistratura do Pará tem periodicidade semestral, tiragem inicial de 1.000 (um mil) exemplares e reúne trabalhos inéditos relacionados com assuntos de interesse jurídico-pedagógico ou que representem resultados de estudos e pesquisas sobre a atividade jurisdicional. A revista classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

SESSÕES FIXAS

Artigos: matérias de caráter opinativo e revisões de literatura;

Entrevistas: enquete com profissionais de competência reconhecida que contribuam com sua experiência pessoal;

Resenhas: indicações de leitura contendo análise crítica sobre livros, dissertações e teses recentemente publicados.

SESSÕES NÃO FIXAS

Reportagens: matérias jornalísticas relacionadas a casos de relevância para a memória do Judiciário paraense;

Relatos: comunicações e descrições de experiências profissionais.

SELEÇÃO DOS TRABALHOS

1. Os trabalhos para publicação deverão ser encaminhados à Secretaria Executiva d' A Leitura, para o endereço da Escola Superior de Magistratura do Pará, Tv. Quintino Bocaiúva, 1388/1404 - Nazaré - Belém - Pará, seguindo as seguintes normas:

I - Os trabalhos devem ser apresentados de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT e digitados na versão do aplicativo Word (ambiente Windows) mais atual, com as seguintes especificações: fonte Arial; corpo 12; formato de página A 4; espaços 1,5 cm nas entrelinhas; margem superior e esquerda 3 cm, inferior e direita 2 cm; títulos e subtítulos centralizados e em caixa alta.

II - Todos os trabalhos devem conter um resumo informativo em português, acompanhado da versão em inglês, com até 200 palavras (NBR 6028-Resumos), seguido pelas palavras-chave, também acompanhadas da tradução para o inglês, que representem seu conteúdo (no mínimo três e no máximo oito). O título também deve ser fornecido nas duas versões (português e inglês).

III - Devem ser indicadas todas as referências bibliográficas utilizadas como fonte (NBR 6023-Referências-Elaboração). Qualquer citação retirada de outra obra deve ser referenciada, inclusive indicada a página de onde foi colhida (NBR 10520-Apresentação de citações em documentos).

IV - As figuras a serem utilizadas devem ser encaminhadas com suas respectivas legendas e numerações no rodapé, contendo no verso o título do trabalho e o nome do autor principal. Se encaminhadas em mídia eletrônica, deverão ter a resolução mínima de 300 dpi. O formato preferencial é o JPG, devendo ser evitados quaisquer outros formatos.

2. Os trabalhos deverão ser inéditos ou apresentados em eventos públicos, cujos anais não tenham sido publicados. Excepcionalmente, serão aceitos trabalhos que já tenham sido publicados em periódicos estrangeiros. Nesse caso, serão sujeitos à mesma avaliação de originais inéditos e o autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da publicação em que seu texto tenha sido originalmente impresso, acompanhado de cópia do artigo.

3. A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração a seus autores.

4. Juntamente com o artigo, o autor deverá enviar uma autorização para sua publicação contendo nome completo, nome e endereço da(s) instituição (ões) a que está vinculado, bem como o cargo que ocupa.

5. Para artigos com autoria múltipla, é necessário informar a ordem de apresentação dos autores e declaração de cada um autorizando a publicação.

6. O autor poderá retirar seu trabalho, desde que não se tenha iniciado o processo gráfico, e mediante a assinatura de um documento desistindo da edição.

7. O editor se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem ortográfica e gramatical, bem como de adequar os trabalhos às normas disciplinadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), caso necessário. As provas finais não serão enviadas aos autores.

8. As opiniões emitidas pelos autores são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento da ESM-PA.

9. Os trabalhos publicados passam a ser propriedade da edição, ficando sua reimpressão, total ou parcial, sujeita à autorização expressa da Comissão Editorial da ESM-PA. Os originais, bem como materiais gráficos que os acompanhem, não serão devolvidos aos autores.

10. A Comissão Editorial é reservado o direito de aceitar ou vetar qualquer trabalho recebido, de acordo com as recomendações do seu corpo editorial ou do parecerista, como também o direito de propor eventuais alterações, desde que tenha a aprovação do autor.

11. Nenhum dos membros responderá individualmente por conceitos emitidos em pareceres, responsabilizando-se a Comissão Editorial por qualquer julgamento, desde que tenham sido satisfeitas as exigências previstas neste regulamento.

12. As identidades de autores e pareceristas serão mantidas em sigilo.

13. Os consultores emitirão seus pareceres segundo os seguintes conceitos:

I - Aceito;

II - Sujeito a alterações;

III - Recusado.

14. Os autores serão comunicados, por meio da Secretaria Executiva, da aceitação ou recusa de seus trabalhos.

15. Havendo necessidade de alterações nas matérias avaliadas, cabe à Secretaria Executiva encaminhar o equacionamento da questão junto ao autor.

16. Cada autor receberá dois exemplares da publicação, O restante da tiragem, pertencente à ESM-PA, será dividido em cotas de distribuição/intercâmbio e vendas. Para tal, serão tomadas as medidas necessárias quanto à cessão de direitos autorais.

17. A distribuição, o intercâmbio e a venda das publicações editadas são tarefas da ESM-PA, que deve manter, ainda, uma reserva técnica das obras.

A Leitura
Escola Superior de Magistratura do Pará
Tv. Quintino Bocaiúva, 1388/1404
Nazaré - Belém - Pará
E mail: esmsg@tj.pa.gov.br



Escola
Superior da
Magistratura



ISSN 1984-1035



9 771984 103001