

Revista
ESMAFE

**Escola de Magistratura
Federal da 5ª Região**

**TRF 5ª Região
Recife – Pernambuco
n. 18 – 2008**

ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO

DIRETORIA

**MARGARIDA DE OLIVEIRA CANTARELLI – Diretora
Desembargadora Federal**

**LÁZARO GUIMARÃES – Vice-diretor
Desembargador Federal**

DESEMBARGADORES FEDERAIS DO TRIBUNAL REGIONAL DA 5ª REGIÃO

JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO – Presidente

PAULO DE TASSO BENEVIDES GADELHA – Vice-presidente

FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS – Corregedor

LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA – Diretor da Revista

MARGARIDA DE OLIVEIRA CANTARELLI – Diretora da Esmafe

JOSÉ LÁZARO ALFREDO GUIMARÃES

JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA LUCENA

FRANCISCO GERALDO APOLIANO DIAS

FRANCISCO DE QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA

MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS

MANOEL DE OLIVEIRA ERHARDT

VLADIMIR SOUZA CARVALHO

ROGÉRIO DE MENESES FIALHO MOREIRA

FRANCISCO BARROS DIAS – Convocado

**ESCOLA DE MAGISTRATURA
FEDERAL DA 5ª REGIÃO**

Revista ESMAFE

Dezembro de 2008

**Recife – Pernambuco
2008**

Revista ESMAFE	Recife	n. 18	p. 8-116	2008
-----------------------	---------------	--------------	-----------------	-------------

Revista ESMAFE

CONSELHO EDITORIAL

Desembargadora Federal Margarida de Oliveira Cantarelli
Professor João Paulo Fernandes Remédio Marques (Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra – Portugal)
Professor Jorge Omar Bercholoc (Faculdade de Direito e Ciências Sociais da
Universidade de Buenos Aires – Argentina)
Desembargador Federal Marcelo Navarro
Desembargador Federal Geraldo Apoliano
Juíza Federal Nilcéa Maria Barbosa Maggi
Juiz Federal Ivan Lira de Carvalho
Juiz Federal João Luís Nogueira Matias

COMISSÃO EDITORIAL

Luiz Albuquerque Melo
Creuza Aragão
Elaine Pereira

IMPRESSÃO

MXM Gráfica e Editora
 Rua Hércules Florence, 46 – Prado – Recife–PE – CEP: 50751-010
 mxmgrafica@mxmgrafica.com.br

TIRAGEM

600 exemplares

CAPA

André Gonçalves Garcia

ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO

Cais do Apolo, s/nº – Anexo I do Edif. Min. Djaci Falcão
 Bairro do Recife – CEP: 50030-260 – Recife – PE
 esmafe@trf5.jus.br

Ficha Catalográfica preparada pela equipe técnica da Biblioteca do TRF5ª

Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região.
n.18(jan. 2001)- Recife : TRF5a. Região, 2001 –

Irregular.

Órgão oficial da Escola de Magistratura Federal da 5ª. Região.
n.18, dez. 2008.

ISSN 1807 – 6203

1. DIREITO – PERIÓDICOS. I. ESCOLA DE MAGISTRATURA
FEDERAL DA 5ª. REGIÃO

CDU 340

EDITORIAL

Nos últimos anos, as exigências para a qualificação dos periódicos na área jurídica foram severamente aumentadas, em consonância com os padrões internacionais de avaliação já presentes em outros campos do conhecimento. A crescente valorização dos sistemas de *ranking* das revistas e a imposição de requisitos mínimos para a obtenção desse *status* pelas agências e entidades de avaliação representam um grande desafio para as entidades mantenedoras dos periódicos, tanto em termos de estrutura como de mudança na concepção editorial.

Atualmente, a Escola da Magistratura Federal da 5ª Região desenvolve um projeto que espera conduzir sua Revista, em breve, a ser classificada dentro do Sistema Qualis de Periódicos, gerido pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes). Além de questões pertinentes à periodicidade e inserção em bibliotecas do Brasil e do exterior, tivemos o prazer de receber, em nosso Conselho Editorial, dois participantes estrangeiros de grande destaque na comunidade científica: os professores João Paulo Fernandes Remédio Marques (Universidade de Coimbra – Portugal) e Jorge Omar Bercholoc (Universidade de Buenos Aires – Argentina). Em companhia dos demais membros, todos professores reconhecidos nas melhores universidades do Nordeste e integrantes do Judiciário Federal da 5ª Região (Marcelo Navarro, Geraldo Apoliano, Nilcéa Maggi, Ivan Lira de Carvalho e João Luís Nogueira Matias), certamente contribuirão para o engrandecimento da Revista da Esmafe/5ª e a manutenção de seu elevado nível acadêmico.

Além dessas conquistas em andamento, percebe-se, neste 18º número da Revista, uma tendência que muito alegra os que o organizaram. Como fruto do grande investimento do Tribunal Regional Federal da 5ª Região em ações de aperfeiçoamento dirigidas à melhoria da prestação jurisdicional, há vários artigos de magistrados sobre a administração do Poder Judiciário. Trata-se de um tema novo e instigante no cenário jurídico brasileiro, que, ousamos dizer, tem tanta importância quanto as discussões de direito material e processual. Afinal, nossos juízes não são apenas julgadores, mas também *administradores públicos*, que, no comando de varas comuns ou juizados especiais, são impelidos a desenvolver, cada vez mais, noções modernas de gestão organizacional.

Como exemplos, destacam-se alguns artigos, sem prejuízo dos demais. O Juiz Federal Frederico Wildson da Silva Dantas, em trabalho intitulado *O papel do juiz na sociedade contemporânea: uma reflexão sobre o ativismo judicial no Brasil*, observa como o ativismo judicial tem exercido uma influência direta em nossa sociedade atual, ocasionando

uma verdadeira mudança no perfil dos magistrados. Já o Juiz Federal Tiago Antunes de Aguiar enfoca, em seu artigo *Do mito da neutralidade à concepção do juiz “politizado” e independente como modelo de gestor judicial*, como o ideário do liberalismo clássico sobre a neutralidade do intérprete cedeu lugar ao conceito de *independência*. A reengenharia da administração judiciária é abordada pelo Juiz Federal Francisco Antônio de Barros e Silva Neto e pelo professor Diogo Henrique Helal, o qual destaca o duplo papel dos juízes como clientes internos e gestores dos órgãos que comandam. Por fim, cabe registro ao trabalho da Juíza Federal Joana Carolina Lins Pereira, que, entre outros aspectos, enfatiza a crise da imagem do Poder Judiciário e sua relação com a imprensa. Artigos criativos e provocantes, escritos por jovens e promissores juízes federais que só dignificam nossa 5ª Região.

Por fim, a Revista mantém sua tradição de trabalhos relativos a temas palpitantes do direito. O Juiz Federal Edílson Pereira Nobre Júnior investiga *A simulação e sua argüição pelos simuladores*, reportando-se à evolução doutrinária e jurisprudencial sobre a questão após a vigência do Novo Código Civil. Finalmente, os Juízes Federais Victor Roberto Corrêa de Souza, Tarcísio Barros Borges e Walter Nunes da Silva Júnior oferecem-nos artigos sobre aspectos polêmicos no campo dogmático — *Recebimento e rejeição da peça acusatória à luz da Lei nº 11.719/2008*; *A eficácia dos direitos sociais e o princípio da reserva do possível*; e *Defesa efetiva no processo penal*, respectivamente.

Além de agradecer a esses e a outros colaboradores do presente número da Revista, sua Editoria e todos os que fazem a Esmafe sentem-se honrados em seguir, apesar de todos os esforços, no desempenho de seu papel institucional de fomento ao debate e à pesquisa no âmbito do TRF/5ª Região. Contamos com a participação de todos os interessados nesse projeto, para que esse desejo permaneça sempre vivo em nossa comunidade.

Boa leitura!

SUMÁRIO

SIMULAÇÃO E SUA ARGÜIÇÃO PELOS SIMULADORES	8
Edilson Pereira Nobre Júnior	
ADMINISTRAÇÃO NAS VARAS DE EXECUÇÃO FISCAL: REENGENHARIA E POLÍTICA DE RESULTADOS	18
Francisco Antônio de Barros e Silva Neto Diogo Henrique Helal	
O PAPEL DO JUIZ NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: UMA REFLEXÃO SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL	30
Frederico Wildson da Silva Dantas	
DESAFIOS DA MAGISTRATURA CONTEMPORÂNEA	40
Joana Carolina Lins Pereira	
A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL	50
Tarcísio Barros Borges	
DO MITO DA NEUTRALIDADE À CONCEPÇÃO DO JUIZ “POLITIZADO” E INDEPENDENTE COMO MODELO DE GESTOR JUDICIAL	71
Tiago Antunes de Aguiar	
RECEBIMENTO E REJEIÇÃO DA PEÇA ACUSATÓRIA, À LUZ DA LEI Nº 11.719/2008	84
Victor Roberto Corrêa de Souza	
DEFESA EFETIVA NO PROCESSO PENAL	101
Walter Nunes da Silva Júnior	

SIMULAÇÃO E SUA ARGÜIÇÃO PELOS SIMULADORES¹

Edilson Pereira Nobre Júnior²

RESUMO

Partindo-se da distinção entre simulação e reserva mental, o presente trabalho investiga acerca da legitimidade de o próprio contraente argüir a simulação presente no negócio jurídico, seja aquela tida como inocente ou a reputada fraudulenta. Para tanto, far-se-á menção às disposições legais do Código Civil revogado, em cotejo com o Código Civil de 2002, sem deixar de destacar a evolução doutrinária e jurisprudencial pátria e estrangeira sobre o tema, especificamente da Argentina e de Portugal.

PALAVRAS-CHAVE: Simulação, fraudulenta, legitimidade, argüição.

SIMULAÇÃO E SUA ARGÜIÇÃO PELOS SIMULADORES

Expressões da autonomia volitiva, tanto o negócio jurídico, com o adorno das liberdades de celebração e de estipulação, quanto o ato jurídico em sentido estrito, no qual se faz presente liberdade de celebração, pressupõem, para sua validade, manifestação de vontade livre e real, não só em sua formação, mas no instante de sua declaração.

Daí falar-se de divergências entre a realidade e a vontade expressada pelo agente, cujos exemplos principais recaem na reserva mental e na simulação. Na primeira, tem-se o estado psicológico no qual o declarante, sem qualquer acerto com a outra parte, propõe-se a não querer o que, de fato, declara.

No particular, a disciplina jurídica é simples, tendo o art. 110 do Código Civil em vigor disposto: “A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento”.

Distinguem-se, como visto, duas espécies de reserva mental. Assim, se desconhecida, não afeta a validade da declaração, a qual produzirá os seus efeitos normais, tal qual se a reserva fosse inexistente. Do contrário, caso a reserva fosse conhecida da outra parte, o negócio não subsistiria³.

Noutro passo, tem-se a simulação, consistente em desconformidade entre a vontade e a declaração, que, ao contrário da reserva mental, pressupõe acordo entre ambas as partes.

Estrutura-se, no dizer de José Luis Lacruz Berdejo *et alii*⁴, sobre três elementos fundamentais, a saber: a) intenção dissimulada, a qual não se apresenta numa das declarações, mais precisamente naquela que se exterioriza perante terceiros; b) intenção simulatória, a ser obtida mediante compromisso entre quem faz a declaração e seu receptor (acordo simulatório); c) expressão simulada duma vontade inexistente ou existente com alcance distinto.

Ponto digno de investigação — e que constituirá o objeto central deste ensaio — está na legitimidade do próprio contraente argüir a simulação presente no negócio jurídico, seja a tida como inocente ou quanto à denominada *fraudulenta*⁵.

Isso porque o ab-rogado Código Civil consagrava dispositivos que, a esse respeito, trouxe inquietações à doutrina.

O primeiro deles recaía no art. 103 que, a pretexto de definir o que se deve entender por simulação inocente, dispunha: “A simulação não se considerará defeito em qualquer dos casos do artigo antecedente, quando não houver intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposição de lei”.

Daí clarificada a noção de *simulação inocente*, não reputada como defeito do ato jurídico, cuja caracterização deriva da ausência do intento de causar prejuízo em detrimento de terceiro ou violar dispositivo de lei.

Em complemento, o diploma de 1916 agregava art. 104, prescrevendo: “Tendo havido intuito de prejudicar a terceiros ou infringir preceito de lei, nada poderão alegar, ou requerer os contraentes em juízo quanto à simulação do ato, em litígio de um contra o outro, ou contra terceiros”.

Definia-se, assim, a antítese, ou seja, a simulação maliciosa, dita também fraudulenta, derivada do intuito de prejudicar terceiros ou violar dispositivo legal. Daí que, em face da vedação de invocar a própria torpeza, o legislador vedava sua alegação pelos contraentes.

A legitimidade para tanto, explicitava o art. 105, estava restrita aos lesados e aos representantes da fazenda pública, a bem da lei ou do erário⁶.

Da conjugação desses preceitos, em que se assomava a proibição de as partes invocarem a simulação maliciosa, surgiu o questionamento de saber se tal seria possível quanto à simulação inocente, mesmo sem esta se reputar defeito do ato jurídico⁷.

Afirmativamente, respondeu categórico J. M. Carvalho Santos, expondo: “O essencial é que se trate, de fato, de uma simulação inocente, feita sem intuito de fraude de qualquer natureza”⁸.

A razão de ser do pleito de declaração judicial — adianta o autor — é a de assegurar um direito, que poderá correr risco diante de possíveis eventualidades, podendo tal ocorrer não somente através de ação declaratória, na qual as partes vêm a juízo discutir o ato simulado, mas igualmente pode suceder que uma daquelas venha a exigir judicialmente o cumprimento do ato simulado. Nesse caso, o demandado possui o direito de opor exceção de simulação.

Adornando seu entendimento, o autor invocou interessante exemplo: um proprietário de um imóvel rural, destinando ausentar-se para longe, e por muito tempo, resolve deixar um amigo, de absoluta confiança, na administração da fazenda, optando, com vistas a afastar alguns embaraços, por simular a venda do bem. Mencionando, na escritura, o não-pagamento do preço, o proprietário, com o passar do tempo, resolve exigir do comprador o valor da venda⁹. Possibilita-se, portanto, que este oponha exceção de simulação¹⁰.

A despeito de reservas quanto à consagração da simulação inocente¹¹, a possibilidade da ação pela própria parte antes fora admitida por Beviláqua, ao proclamar:

Se, porém, uma das partes se quizer prevalecer do acto aparente? Se dermos acção á parte prejudicada, e devemos dar, quando a outra pretender a validade do acto simulado, teremos necessariamente, considerado defeito a simulação, sem que nos seja embaraço o que determina o artigo 103; se não déssemos, consagraríamos uma iniquidade, como se fôra direito. Devemos dar a acção ao prejudicado, porque a outra parte, dólidamente, se prevaleceu da simulação para dar como real o que era apenas uma declaração fictícia. O dolo, ainda que se manifeste ulteriormente, entende-se coetâneo da formação do acto¹².

Posição favorável também emanou da pena de Custódio da Piedade Ubaldino Miranda¹³, ao salientar que o art. 104 do Código Civil de 1916 tem o escopo de prevenir simulações capazes de prejudicar terceiros ou violar a lei. A regra impeditiva merecia ser entendida como permissiva da alegação dos simuladores em litígio um contra o outro, contanto que tal não resulte em exclusivo benefício para quem alega a simulação, antes se destinando a atender a outros objetivos, tais como evitar que se atente contra normas cogentes.

Idênticos pontos de vista estão presentes na doutrina estrangeira. Atento ao Código argentino, eis Guillermo Borda: “Se a simulação é lícita, a ação entre as partes, tendente a que se declare simulado o ato é procedente. Neste caso, a solução é clara”¹⁴.

Numa quadra evolutiva, a contar da análise harmoniosa dos citados arts. 103 a 105, todos do Código Civil pretérito, a jurisprudência passou a acatar a possibilidade.

Dentre alguns arestos, destacam-se as Apelações Cíveis 275.454 e 265.148¹⁵. Em sede de uniformização da interpretação da lei federal, sobreveio decisão da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp 243.767–MS¹⁶.

Não reproduzindo dispositivos com conteúdo vocabular similar aos comentados, o Código Civil atual, no seu art. 168, simplesmente se referiu a que as nulidades dos artigos precedentes, dentre as quais está inserida a simulação, podem ser alegadas por qualquer interessado, pelo Ministério Público e, com o complemento de seu parágrafo único, ser pronunciadas de ofício pelo magistrado.

Tal não altera em nada a orientação já seguida¹⁷. Isso porque, na simulação inocente, não se pode recusar a qualidade de interessado à parte que deseje opô-la em litígio onde a outra parte pretenda exigir os efeitos resultantes da aparente declaração de vontade.

Além disso, haveria inegável retrocesso na construção doutrinária do instituto, objetivo não colimado pelo Código Civil recentemente em vigor.

Questionamento de maior complexidade consiste em investigar se é concebível a invocação em juízo, por qualquer dos contraentes contra o outro, da simulação dita maliciosa.

Como visto, o art. 104 do Código de 1916, ratificando orientação constante do Esboço de Teixeira de Freitas (art. 526), continha expressa vedação, lastreada pela máxima *nemo auditur proprium turpitudinem allegans*. Transpunha-se à lei escrita a regra moral de que ninguém pode tirar proveito de sua conduta ilícita.

O Código Civil de 2002 se manteve silente. Tal omissão, necessário advertir, foi providencial, pois permite ao intérprete manter-se a par da evolução pela qual vem passando a resolução do problema.

Isso porque as reflexões doutrinárias e jurisprudenciais passaram a se movimentar em direção contrária, levando a reboque o legislador.

Serpa Lopes¹⁸, depois de ressaltar idêntica vedação no Esboço (art. 526) e nos Códigos argentino e português (art. 692)¹⁹, adianta que a jurisprudência francesa vem se inclinando pelo seu afastamento sob o argumento de ser medida altamente justa e que o retorno das partes à situação anterior advém da sanção de nulidade.

Demonstração categórica dessa tendência, porém na província doutrinária, vem estampada em afirmação de Baudry – Lacantinerie & L. Barde: “Todas as pessoas interessadas, inclusive as próprias partes contratantes, podem pedir que seja judicialmente constatada a inexistência de um ato simulado”²⁰.

Interessante contributo resultou, no solo lusitano, do assento de 10 de maio de 1950 do Supremo Tribunal de Justiça.

O litígio pode ser assim sintetizado: A e esposa simularam, em 18 de dezembro de 1939, venda de imóvel à Sociedade B Ltda., que, por sua vez, alienara, em 06 de novembro de 1940, o prédio a C e esposa. Disso resultou, com fundamento em simulação, ação dos vendedores contra a primeira e os segundos adquirentes, alegando, quanto a estes, aquisição de má-fé. Em suas respostas, todos os réus articularam exceção de ilegitimidade, porque os autores foram os próprios simuladores.

Dita defesa foi rejeitada pela sentença de primeiro grau, a qual foi mantida em acórdão da Relação do Porto e, posteriormente, pelo Supremo Tribunal de Justiça em sede de agravo.

Por último, e com base em precedente divergente, objeto do aresto de 09 de fevereiro de 1915, adveio recurso ao Tribunal Pleno, alegando-se violação ao art. 692 do Código Civil então em vigor.

A deliberação final, extraída em forma de assento, preconizou: “Os próprios simuladores podem invocar em juízo, um contra o outro, a simulação, embora fraudulenta”²¹.

Para tanto, argumentou o voto vencedor que: a) a proibição legal se destina a evitar que o simulador tire proveito de sua conduta, não impedindo, por ausência de imoralidade, que aquele, demonstrando arrependimento, pretenda anular o ato simulado; b) a inadmissibilidade do simulador poder alegar a invalidade da simulação leva a que um dos simuladores possa se locupletar à custa do outro²².

Defendendo, em sede de análise crítica, a *ratio decidendi* do julgado, por ocasião de obra escrita em 1953, argumentou Manuel A. Domingues de Andrade²³: a) o locupletamento de um dos simuladores frente ao outro é mais escandaloso e revoltante, conforme o sentimento ético-jurídico do povo português, do que admitir a possibilidade de qualquer daqueles vir aos tribunais para invalidar o negócio jurídico simulado; b) impedir tal argüição em juízo, com o propósito de prevenir simulações é algo muito falível, tendo em vista que a escolha do cúmplice recai em pessoa na qual se deposita total confiança, excluindo-se à mente do contratante a idéia de ser atraído; c) a não-admissão da legitimidade do simulador levaria à plena validade contratos ilícitos, mas verdadeiros.

Destarte, informado pela doutrina do julgado em referência, o Código de 1966 deixou expresso no seu art. 242º, nº 1º: “Sem prejuízo do disposto no art. 286º, a nulidade pode ser argüida pelos próprios simuladores entre si, ainda que a simulação seja fraudulenta”²⁴.

Pelo mesmo evolver passou o direito argentino. A redação originária do Código Civil, expressamente no seu art. 959, vedava a ação da parte para se invalidar o ato simulado.

Com o passar do tempo, veio a lume reação doutrinária e jurisprudencial. Guillermo A. Borda²⁵, com muita propriedade, assentou que a solução legal era satisfatória quando o simulador pretendesse consolidar o benefício que logrou com a simulação. Recorre a exemplo, consoante o qual uma pessoa, repleta de dívidas, simula venda de grande parcela de seus bens a um amigo, caindo sob concurso de credores. Repartido o produto dos bens remanescentes com os credores, que somente recebem parte do devido, e levantado o concurso, o alienante aciona seu amigo, pleiteando a restituição. A ordem jurídica lhe negava ação, elegendo, dentre os males emergentes da conduta ilícita, o menor e, por isso, beneficia aquele que, atuando como cúmplice, ficou com os bens sem pagar nenhum preço.

Diversamente, frisa o autor, não se poderia negar o direito de acorrer a juízo quando o simulador se arrepender do ato, almejando recuperar o bem para submetê-lo aos credores. Atenta a essa preocupação, a *Ley* 17.711/68 acresceu ressalva à parte final do citado art. 959, com a menção seguinte: “salvo que a ação tenha por objeto deixar sem efeito o ato e as partes não possam obter nenhum benefício da anulação”²⁶.

A progressão com que se impulsionou esse ponto de vista é plenamente compatível com a sistemática perfilhada pelo Código Civil de 2002.

A assertiva se apóia em três fundamentos. O primeiro deles dimana da circunstância de não se haver reproduzido a interdição constante do art. 104 do diploma de 1916.

Ao assim laborar, o legislador de 2002 fez o nosso ordenamento manter-se em sintonia com tendência expressada pelos códigos modernos. Exemplificativamente, o Código Civil italiano de 1942 tacitamente contornou a senda proibitiva. O seu art. 1.415 proíbe apenas que as partes, bem como os seus credores, arguam a simulação contra os terceiros de boa-fé, permitindo que estes possam opor a simulação frente às partes quando há prejuízo a seus direitos. Como a interpretação de norma excepcional há de ser restrita, não se verifica impedimento a que haja argüição dos simuladores entre si. O mesmo se dá com o Código de Obrigações suíço (Primeira Parte, art. 18), o Código Civil peruano (art. 194).

Em segundo lugar, abandonando orientação antecedente, o Código Civil atual, no art. 167, *caput*, passou a considerar a simulação como causa de nulidade do negócio jurídico²⁷.

Como tal, sua argüição poderá advir dos interessados, do Ministério Público e, quando as encontrar provadas, do magistrado *ex officio* (art. 168, parágrafo único).

Infere-se, então, que, se o juiz pode reconhecer a simulação sem necessidade de explícita provocação, com maior razão poderão as partes fazê-lo caso não visem a preservar os benefícios decorrentes do negócio simulado. O princípio da eticidade assim recomenda, na qualidade de valiosa bússola interpretativa da novel legislação.

Esse entendimento, inclusive, está em consonância com o Enunciado 153, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, que, equiparando as simulações inocente e maliciosa, preconiza: “Toda simulação, inclusive a inocente, é invalidante”²⁸.

À guisa de encerramento, não olvidar, como o fez o assento de 10 de maio de 1950, do Supremo Tribunal de Justiça português, que, além de não ser imoral a admissão do arrependimento do simulador, a despir-se do intuito de aproveitar-se da sua conduta, repudia a justiça permitir-se que o outro partícipe se locupletasse à custa daquele, legitimando-se uma fraude mais grave.

O pensar aqui expendido, depois do Código Civil vigente, encontra o respaldo de boa parcela da doutrina²⁹. Igualmente, parece haver seduzido o Superior Tribunal de Justiça³⁰.

¹ Este ensaio originariamente foi escrito para fins de submissão, em forma de enunciado, à *IV Jornada de Direito Civil*, patrocinada pelo Conselho da Justiça Federal no ano de 2006, na cidade de Brasília, cabendo sua coordenação científica ao Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. A extensão que, em muito, extrapolara os limites fixados pelo regulamento do evento, acarretou a desistência de sua apresentação, razão pela qual somente agora tornei pública sua motivação em forma de artigo.

² Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, da Universidade Potiguar e da Esmarn. Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Juiz Federal.

³ Para Francisco Amaral (*Direito Civil – Introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 400), a reserva mental, caso conhecida da outra parte, conduz à inexistência do negócio jurídico, enquanto, para José de Oliveira Ascensão (*Direito Civil – Teoria Geral*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. v. II, p. 219), a reserva, nessa situação, teria os efeitos de simulação, conforme o art. 244º, nº 2º, parte final, do Código Civil português.

⁴ *Elementos de Derecho Civil – Parte Geral*. 3. ed. Madri: Dykinson, 2005. v. III, p. 180. Revisto e atualizado por Jesús Delgado Echeverría.

⁵ Não se desconhece a advertência de José Carlos Moreira Alves (*A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro – Subsídios Históricos para o Novo Código Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 118-119), no sentido de que a diretriz adotada para o Código Civil em vigor, contrariamente àquela de 1916, não mais distingue a simulação inocente da fraudulenta, haja vista ambas modalidades conduzirem ao mesmo resultado, qual seja a nulidade do negócio jurídico simulado, com a permanência do dissimulado, se for o caso, opinião a que, dentre outros, aderem Maria Helena Diniz (*Curso de Direito Civil Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 1º vol., p. 468), Leonardo de Andrade Mattioto (*Invalidez dos Atos e Negócios Jurídicos* (arts. 166 a 184). In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil – Estudos na Perspectiva Civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 334.) e Carlos Roberto Gonçalves (*Direito Civil Brasileiro – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I, p. 440). Sem embargo disso, preferimos manter a distinção, seja em homenagem a uma melhor sistematização didática do tema, seja pelo fato de constar ainda da atual ensinância de autores pátrios (Francisco Amaral. *Direito Civil – Introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 523; Arnaldo Rizzardo. *Parte Geral do Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 515;

Sílvio de Salvo Venosa. *Direito Civil – Parte Geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 533-535; Cristiano Chaves de Farias. *Direito civil – Teoria Geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 470-471). Além do mais, o Código Civil lusitano de 1966, que parece haver inspirado o direito nacional, estampa, no art. 240º/2º, ser indistintamente nulo o negócio simulado, não descurando de manter a distinção no art. 242º/1º, a ser adiante citado, no que granjeou a atenção de respeitável doutrina (José de Oliveira Ascensão. *Direito Civil – Teoria Geral*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. v. II, p. 220; António Menezes Cordeiro. *Tratado de Direito Civil Português – Parte Geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. Tomo I, p. 631; Heinrich Ewald Hörster. *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 537).

⁶ Os dispositivos guardam precedentes no Esboço de Teixeira de Freitas: “Art. 523. Não haverá simulação nos atos jurídicos para o efeito de viciá-los, sem que em qualquer dos casos dos dois artigos antecedentes tenha havido má fé, isto é, intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposições de lei. [...] Art. 526. Sempre que tenha havido intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposições da lei, os contraentes nada poderão requerer ou alegar em Juízo sobre a simulação dos atos, quer em ações de um contra o outro, quer em ações contra terceiros. Art. 527. Terceiros prejudicados pela simulação, ou o Ministério Público no interesse da Fazenda Nacional ou da lei, poderão demandar a nulidade dos atos simulados” (*Código Civil – Esboço*. Edição em homenagem ao centenário da morte de Augusto Teixeira de Freitas. Brasília: Ministério da Justiça – Departamento da Imprensa Nacional, 1983. p. 175).

⁷ O recurso à expressão *defeito do ato jurídico* se deu por fidelidade ao Código Civil revogado. É que este, ademais de não se referir a negócio jurídico, mas a atos jurídicos (Livro III, Título I), disciplinava a simulação na Seção IV do Capítulo II, relativa aos defeitos dos atos jurídicos. Muito embora não se possa, de logo, excluir a simulação no ato jurídico em sentido estrito, por força do art. 185 do Código Civil, sem esquecer que a doutrina (José Luis Lacruz Berdejo. *Elementos de Derecho Civil – Parte General*. T. III, p. 184-185, 2005) assinala não ser aquela estranha ao matrimônio, o qual, afora a possibilidade dos nubentes pactuarem regime próprio de bens, não possui o perfil do negócio jurídico.

⁸ *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S. A. v. II, p. 390, 1982.

⁹ Outra interessante hipótese, extraída com a ajuda de narrativa de Francisco Amaral (Direito civil – introdução. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2006, p. 523), é a seguinte: homem solteiro, sem herdeiros necessários, resolve doar um imóvel a uma mulher com quem mantém relacionamento amoroso, fazendo-o sob a forma de compra e venda, na qual, igualmente com o negócio mencionado no corpo do texto, é feita menção de que o preço não é pago. Posteriormente, aquele, descontente por algum motivo, visa à cobrança do valor do negócio aparente. Lícito àquela arguir a simulação, para fazer preponderar o negócio oculto.

¹⁰ Essa opinião parece haver sido seguida por Arnaldo Rizzardo (*Parte Geral do Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 391). Idem por Sílvio Rodrigues (*Direito Civil – Parte Geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1, p. 301), salientando que o remate resultava de interpretação *a contrario sensu* do art. 104 do Código Civil revogado.

¹¹ De fato, Clóvis Beviláqua (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 6ª tiragem, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1941, p. 354-355) reputava perigoso o instituto, uma vez que, se as partes recorressem a tal expediente, ter-se-ia ato sem a seriedade exigida pelo direito. Por isso, não a contemplou no texto do anteprojeto, entendendo que a simulação deveria ser condenada em ambos os casos.

¹² *Ibidem*. p. 354-355. Prosseguindo-se à leitura do comentário, é de supor-se que Beviláqua, ao admitir a legitimação para agir do simulador, ponderava que a ação não deveria fundar-se na simulação, mas no dolo.

¹³ Simulação (Direito Civil). In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 69, p. 98.

¹⁴ “Si la simulación es lícita, la acción entre las partes tendiente a que se declare simulado el acto es procedente. En este punto, la solución es clara” (*Manual de Derecho Civil – Parte General*. 20. ed. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1999. p. 520).

¹⁵ De conferir suas ementas: “Tratando-se de simulação inocente, assiste aos contraentes o direito de usar da ação declaratória de simulação ou opô-la sob a forma de exceção em litígio de um contra o outro ou contra terceiros” (TJSP, 1ª Câmara Civil, ac. un., rel. Des. Mendes Pereira, RT 527/71). “A simulação inocente não esbarra na proibição do art. 104 do CC. Anulável é o compromisso de compra e venda de imóvel que oculta o negócio realmente querido: o mútuo” (1º TA Civil – SP, 4ª Câmara, ac. un., rel. Juiz Vieira Manso, RT 544123). Em ambas as situações se ocultou mútuo mediante compra e venda de imóvel com pacto adjeto de retrovenda e compromisso de compra e venda, respectivamente.

¹⁶ É incisiva a síntese do julgado: “Simulação inocente. Alegação pelos contraentes. A disposição contida no artigo 103 do Código Civil, entendida em consonância com o artigo 104, não exclui a possibilidade de a simulação inocente ser alegada por um dos contraentes. Hipótese, entretanto, em que a simulação é relativa, dissimulando-se em promessa de compra e venda o que seria dação em pagamento. Produção de efeitos como tal, não afetando o resultado da demanda” (Ac. un., rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU de 12-06-2000).

¹⁷ Embora sem manifestação incisiva, essa parece ser a opinião de Arnaldo Rizzardo (*Parte geral do Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 515-516), ao se reportar que, mesmo quando da vigência do art. 104 do Código Civil de 1916, a jurisprudência predominante e a maioria da doutrina se inclinavam pela aceitação.

¹⁸ *Curso de Direito Civil – Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. v. I, 1957, p. 406.

¹⁹ Refere-se o autor ao Código Civil de 1866, ao qual se costuma denominar de Código Seabra, em homenagem ao jurista que elaborou o correspondente anteprojeto, o Visconde Antônio José de Seabra. O preceito estava assim redigido: “Se o contrato tiver por causa ou fim algum facto criminoso ou reprovado, em que ambos os contraentes sejam coniventes, nenhum deles será ouvido em juízo acerca de tal contrato; mas se só um dos contraentes for de má fé, não será o outro obrigado a cumprir o que houver prometido, nem restituir o que houver recebido, e poderá exigir o que houver prestado” (texto integral obtido junto a Manuel A. Domingues de Andrade. *Teoria Geral da Relação Jurídica – Facto Jurídico, em Especial Negócio Jurídico*. 9ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. v. II, p. 195).

²⁰ “Tutte le persone interessate, quindi stesse parti contraenti, possono chiedere che sia giudizialmente constatata l’inesistenza d’un atto simulato” (*Trattato di Diritto Civile – Delle Obbligazioni*. Milão: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1900, p. 777). Apesar de extraída de livro publicado na Itália, é de anotar que os autores são lentes da Universidade de Bordeaux.

²¹ Proc. nº 053.958, mv, rel. Cons. Roberto Martins, julgado em 10-05-50. Disponível em: www.dgsi.pt/jstj.nsf. Acesso em 10-07-20006. O julgamento contou com os votos vencidos dos Juizes Conselheiros Bordalo e Sá e Lencastre da Veiga e ainda com voto de conformidade dos Juizes Conselheiros Jaime de Almeida Ribeiro e Antônio de Magalhães Barros, os quais não se fizeram presentes à sessão.

²² Interessante transcrever passagens do voto condutor: “Que se considere imoral ou reprovável o pretender-se, em juízo, tirar proveito do acto simulado, compreende-se. Mas a verdade é que, quando um simulador, quase sempre arrependido e sem espírito de tirar qualquer lucro, pretende ver anular o acto simulado, não vemos que haja nisso qualquer imoralidade ou acto que a lei proíba ou deva proibir. [...] O não admitir-se o próprio simulador a alegar a nulidade do acto simulado podia levar a permitir-se que um dos simuladores se locupletasse a custo do outro, como judiciosamente foca o Professor Paulo Cunha no seu douto estudo publicado no *Direito*, ano 76-77, na página 293. O mesmo sustenta o Professor Beleza dos Santos quando escreve na *Simulação*, na página 378, que quando se adoptasse doutrina diversa para não ser ouvido em juízo o simulador, que quis praticar uma fraude, permitir-se-ia que em certos casos se cometesse uma fraude maior. E, assim, numa alienação aparente, se a lei não permitisse que o simulador alienante fizesse declarar a nulidade dessa alienação, tolerava que o fictício adquirente cometesse a dupla torpeza de se associar a simulação e de ficar com o que lhe não pertencia, protegendo uma situação indigna de protecção legal. Esse simples exemplo mostra bem ao que podia levar a doutrina dos que sustentam que o simulador não pode em juízo requerer a rescisão do acto simulado”. Disponível em: www.dgsi.pt/jstj.nsf. Acesso em 10-07-20006.

²³ *Teoria Geral da Relação Jurídica – Facto Jurídico, em Especial Negócio Jurídico*. 9ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. v. II, p. 196-197.

²⁴ Notícia Antônio Menezes Cordeiro (*Tratado de Direito Civil Português – Parte Geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. Tomo I, p. 633) que inovação legislativa procurou sufragar a diretriz constante da decisão de 10 de maio de 1950.

²⁵ *Manual de Derecho Civil*. 20. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. p. 520-521.

²⁶ Comentando a inovação, adverte o autor: “Em suma, é necessário um arrependimento das partes, um propósito de reparar os prejuízos derivados do ato para terceiros ou deixar sem efeito a fraude à lei” (En suma, es necesario un arrepentimiento de las partes, un propósito de reparar los perjuicios derivados del acto para terceros o dejar sin efecto el fraude a la ley. *Ibidem*. p. 520-521).

²⁷ Antecipando-se à mudança legislativa, o Supremo Tribunal Federal, no RE 88.442 – RJ (2ª T., v.u., rel. Min. Moreira Alves, DJU de 14-04-78), afirmou, com sólido lastro doutrinário nacional e estrangeiro, a tese de ser nulo o negócio jurídico evado de simulação quando esta é empregada para fraudar lei imperativa. Isso porque deve preponderar a fraude à lei tanto no que concerne à sanção (nulidade) quanto no prazo para o seu reconhecimento judicial. No caso, tratava-se de promessa de compra e venda com cláusula de arrependimento a termo, havendo o julgado reconhecido fraude ao art. 765 do Código Civil pretérito, o qual impunha a cominação de nula à cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário, a ficar com o objeto da garantia caso a dívida não venha a ser quitada no vencimento.

²⁸ O enunciado partiu de feliz proposição de Alberto Júnior Veloso, Juiz de Direito no Estado do Paraná.

²⁹ Consultar: José Carlos Moreira Alves (*A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro – Subsídios Históricos para o Novo Código Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 119), Maria Helena Diniz (*Curso de Direito Civil Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1, p. 468), Pablo Stolze Gagliano & Rodolfo Pamplona Filho (*Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. I, p.

382-383), Leonardo de Andrade Mattiello (Invalidade dos Atos e Negócios Jurídicos (arts. 166 a 184). In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte Geral do Novo Código Civil – Estudos na Perspectiva Civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 334.) e Carlos Roberto Gonçalves (*Direito Civil Brasileiro – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I, p. 440).

³⁰ De fato, a Corte Superior vem reputando possível pretender o contratante a invalidade de negócio jurídico simulado de parceria pecuária (vaca-papel) encobridor de mútuo com juros extorsivos, tendência que se pode vislumbrar em decisões proferidas sob a vigência do Código Civil de 1916: “Direito civil. Simulação ilícita. Nulidade alegada pela parte. Possibilidade. No aparente contrato de parceria pecuária que serve para encobrir empréstimo de dinheiro, denominado “vaca-papel”, com juros usurários, como retratado na hipótese, é possível à parte que o celebrou (o comparsa do verdadeiro simulador) ter a iniciativa de argüir a sua anulação. Recurso conhecido e parcialmente provido” (4ª T., RESP 196.319 – MS, rel. Min. César Asfor Rocha, DJU de 04-09-2000). “SIMULAÇÃO. Fraude à lei. “Vaca-papel”. O contratante prejudicado pelo negócio usurário denominado “vaca-papel” pode alegar o vício e pleitear a invalidade do ato praticado com fraude à lei. Dec. 22.616/33 e MP 2.172 – 32, de 23.08.2001. Precedente. Recurso conhecido e provido” (4ª T., RESP 331.200 – MS, v.u., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 20-05-2002)”. Do debate ainda se ocupa o RESP 441.903 – SP, que, apesar do seu desate haver ocorrido após a promulgação da codificação vigente, relacionava-se a fato a esta anterior. A sua ementa é elucidativa: “Civil. Recurso Especial. Contrato simulado de parceria pecuária. “Vaca-papel”. Mútuo com cobrança de juros usurários. Anulação do negócio jurídico. Pedido de um dos contratantes. Possibilidade. É possível que um dos contratantes, com base na existência de simulação, requeira, em face do outro, a anulação judicial do contrato simulado de parceria pecuária, que encobre mútuo com juros usurários. Recurso Especial parcialmente provido” (3ª T., v.u., rel. Min. Nancy Andrighi, DJU de 15-03-2004). No voto da relatora, consta referência ao questionamento diante da inovação legislativa: “Com efeito, o Novo Código Civil não mais contém a distinção entre a simulação inocente e a fraudulenta, nem a proibição de que uma parte contratante alegue, em sua defesa, contra outra, a existência de simulação. O art. 167, do diploma legal que está por entrar em vigor, dispõe que “É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma”. A idéia, portanto, contida no mencionado precedente, deve nortear o exame do presente recurso, pois os credores violaram a proibição a eles especialmente dirigida, de pactuar contrato de mútuo com juros usurários, causando enorme prejuízo exclusivamente aos devedores, ora recorrentes”.

ADMINISTRAÇÃO NAS VARAS DE EXECUÇÃO FISCAL: REENGENHARIA E POLÍTICA DE RESULTADOS

Francisco Antônio de Barros e Silva Neto¹
Diogo Henrique Helal²

RESUMO

O presente ensaio versa sobre a aplicação de ferramentas e conceitos de Administração de Empresas na gestão de Varas de Execução Fiscal, com ênfase na reengenharia.

PALAVRAS-CHAVE: Execução Fiscal, Administração Judiciária, Reengenharia.

INTRODUÇÃO

O presente texto pretende discutir a reengenharia da administração judiciária, à luz de *cases* enfrentados na gestão das Varas de Execução Fiscal.

Nas obras do século passado, nota-se a tendência de reduzir o ofício judicial ao ato de julgar. Embora se discutissem os limites dessa atividade, há um ponto de consenso: o juiz é visto como órgão de decisão, não de gestão (GUIMARÃES, 1958; CASTRO NUNES, 1943; ALBUQUERQUE, 1997; ZAFARONI, 1995, entre outros). Mesmo o “bom juiz Magnaud” foi decantado pelas decisões inovadoras, proferidas no tribunal de Chateau-Thierry, sem qualquer menção ao seu relacionamento com os demais atores do processo (LEYRET, 1990). Nessa ótica, enfim, diz-se que “o drama do juiz é a solidão” (CALAMANDREI, 1960, p. 172).

Para Freitas (2006c), o tema *administração da Justiça* é pouco explorado e ainda não despertou o interesse que lhe é devido. O autor (2006c) destaca que a administração da Justiça:

não faz parte do currículo das faculdades de direito; não figura nas escolas de magistratura; são poucos os estudos, exceto sobre a figura do juiz e a história do direito; cada tribunal tem o seu modelo de administração, via de regra sem transmiti-lo aos demais; a administração de cada Tribunal muda a cada 2 anos, sem planejamento estratégico, ou seja, projetos acabam sendo substituídos por outros, com prejuízo aos serviços (FREITAS, 2006c, p. 79).

Freitas (2006c) afirma ainda que os movimentos de reforma administrativa no âmbito do judiciário nacional são recentes:

Assim se passaram os anos, com modificações do Poder Judiciário, como a criação da Justiça Eleitoral e a do Trabalho, mas sem que a administração dos Tribunais sofresse alteração mais significativa. Isto até às vésperas da Constituição de 1988, quando os ventos da democracia permitiam antever a vinda de grandes mudanças. Iniciaram-se movimentos isolados de desburocratização e agilização dos processos, via de regra por iniciativa de Desembargadores Corregedores ou de Juízes de Direito. E assim foi até a proposta de reforma do Poder Judiciário, quando a pressão popular impôs a realização de mudanças (FREITAS, 2006c, p. 76-77).

Reconhece-se, sem dúvidas, que cada unidade jurisdicional é um sistema administrativo, com sua estrutura organizacional, seus processos, valores e sistemas de informação. Nenhuma política de resultados terá sucesso se os elementos da cadeia não estiverem sincronizados em prol da meta comum.

O magistrado, nessa ótica, assume a dúplice posição de cliente interno da organização (destinatário dos serviços prestados pelos órgãos de apoio) e de gestor (responsável pelo organograma das unidades, pela fixação de metas, etc.) (GÓMEZ ÁLVAREZ, 2004). Em outros termos, quebra-se o paradigma do juiz solitário, identificando-o em diversas relações interpessoais e processos produtivos.

As Varas de Execução Fiscal, ao seu turno, prestam-se como excelente fonte de experiências administrativas, diante de seu grande acervo, da similaridade das entradas e saídas (*inputs e outputs*), dos gargalos em suas rotinas organizacionais e dos possíveis ruídos em suas relações institucionais³.

1. A TEORIA DOS ATOS PROCESSUAIS E O PROCESSO PRODUTIVO

Os manuais de processo civil, adotando a metodologia aristotélica do gênero próximo e da diferença específica, definem os atos processuais a partir do conceito de ato jurídico, advindo da teoria geral do direito. Cuida-se, pois, de atos que criam, modificam ou extinguem a relação processual (ARRUDA ALVIM, 2005; CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2001; ROCHA, 2002).

Essa tendência valoriza os aspectos volitivos e intelectivos da conduta humana, capazes de lhe atribuir relevância jurídica, e descarta, como questões secundárias, inclusive no processo, os atos “puramente corpóreos”.

Em administração de empresas, porém, define-se *processo* como o conjunto de atividades destinadas à transformação de entradas (insumos, *inputs*) em saídas (resultados, *outputs*), para fins de agregar valor ao produto ou serviço e atender às necessidades do cliente. Em termos interdisciplinares, o processo produtivo envolve todos os insumos, atividades e estruturas necessários àquela transformação (ARAÚJO, 2007).

Os processos utilizam os recursos da organização para oferecer resultados objetivos aos seus clientes (HARRINGTON, 1991). Ainda, um processo pode ser considerado como um grupo de atividades realizadas numa seqüência lógica com o objetivo de produzir bem ou serviço que tem valor para um grupo particular de clientes (HAMMER e CHAMPY, 1994).

Considera-se ainda que todo trabalho relevante realizado em organizações faz parte de algum processo (GRAHAM e LEBARON, 1994). Nesse sentido, não pode existir um produto ou um serviço oferecido por uma organização sem um processo organizacional. Da mesma forma, não faz sentido existir um processo organizacional que não ofereça um produto ou um serviço (GONÇALVES, 2000).

Gonçalves (2000) faz menção à necessidade de se definir *processo* de modo mais amplo. Segundo o autor, chama-se de *processo de trabalho* a maneira particular de realizar um determinado conjunto de tarefas, sob o ponto de vista dos especialistas em análise do trabalho humano. Nessa perspectiva, levam-se em consideração todos os atos e referências do processo, por mais simples que sejam, bem como os operadores do processo, a distribuição do trabalho entre eles, a tecnologia empregada, os indicadores de eficiência e os resultados esperados.

Retornando-se ao processo civil, observem-se quantos atos são praticados antes do recebimento da petição inicial. O Setor de Protocolo e Distribuição deve acusar o recebimento da petição, entregar a respectiva contrafé, alimentar o sistema de acompanhamento processual com os dados relativos ao litígio, proceder às rotinas de distribuição, imprimir o respectivo termo, encaminhar os autos à unidade competente. Ao recebê-los, a Secretaria providenciará a confecção dos autos, mediante furos na peça inicial, numeração de suas páginas e, por fim, seu encarte em uma capa, à qual se aderem etiquetas de identificação.

Esse procedimento — de cunho eminentemente físico, mas necessário à maioria dos processos — em regra passa despercebido, justamente por sua pequena carga intelectual. A

realidade, porém, demonstra que essa etapa pode contribuir para a morosidade processual endêmica⁴, que não utiliza apenas as atividades intelectuais como veículo⁵.

Enfim, a gestão de qualquer sistema administrativo tem como premissa a reflexão de suas rotinas, sem preconceitos (em sentido literal: conclusões *a priori*) advindos da formação jurídica. Todos os atos são importantes para o processo produtivo ou dele simplesmente devem ser extirpados (aplica-se, no caso, a máxima: *pás de nulité sans grief*).

2. A REENGENHARIA DA UNIDADE JURISDICIONAL

A expressão *reengenharia* evoca um artigo de Michael Hammer (1990)⁶, publicado no início da década de 1990, sobre a insuficiência da evolução tecnológica como fator de desenvolvimento das empresas. “Da maneira como tem sido formalmente apresentada, a reengenharia é a reconcepção fundamental e o reprojeto radical dos processos empresariais para se obterem ganhos dramáticos nos indicadores de desempenho da empresa: custo, qualidade, serviço e resultados” (GONÇALVES, 1994, p. 24).

Hammer (1990) demonstra que, apesar dos investimentos maciços em tecnologia de informação, o resultado das empresas norte-americanas no final do século passado restou aquém do esperado. Como hipótese de trabalho, sugere a necessidade de repensar os processos produtivos, baseados em parâmetros de controle e indicadores, redesenhando-os de modo radical, para obter melhora em sua performance.

Takashina e Flores (1996) consideram que os indicadores são essenciais ao planejamento e controle dos processos das organizações, possibilitando o estabelecimento de metas e o seu desdobramento, uma vez que os resultados são fundamentais para a análise crítica dos desempenhos, para a tomada de decisões e para o novo ciclo de planejamento.

Dito de outro modo, o sistema administrativo pode conter orientações criadas há décadas, baseadas em pressupostos que não sejam mais válidos. A melhoria dos indicadores de desempenho exige, no caso, não a automatização dos processos, mas a reformatação a partir de sua origem.

Um exemplo talvez ilumine. Nas execuções fiscais, *ex vi* do art. 8º da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, a citação se faz preferencialmente pelo correio, com aviso de recebimento. “Se o aviso de recepção não retornar no prazo de 15 (quinze) dias da entrega da carta à agência postal, a citação será feita por Oficial de Justiça ou por edital”, consta do inciso III do mencionado artigo.

A unidade judicial pode automatizar a confecção dos mandados, a partir dos elementos constantes do sistema, previamente utilizados para expedição da carta citatória. A inovação tecnológica, *de per si*, contribuiria para a eficiência do sistema, diminuindo o retrabalho.

Na ótica da reengenharia, entretanto, rompem-se as orientações preexistentes, iniciando-se a estratégia justamente pela análise crítica dessas diretrizes. Retornando-se ao exemplo, primeiramente se deve indagar: é realmente necessária a tentativa de citação mediante oficial de justiça, quando frustrada a via postal?

Na Seção Judiciária de Pernambuco, procedeu-se ao diagnóstico. As cartas devolvidas às Varas de Execução Fiscal apontavam em geral a mudança do domicílio do devedor. Secundariamente, como causas menos frequentes da devolução, a insuficiência do endereço, a ausência do devedor em três tentativas e a sua recusa em firmar o recebimento da epístola.

Ressalvadas as hipóteses de ausência e de recusa, nas quais o envio do oficial de justiça teve efeitos práticos positivos, contornando a resistência do devedor ou a certificando com fé de ofício, nos demais casos essa providência não agregou valor ao procedimento produtivo.

Mediante amostragem, foram analisados duzentos processos, pertinentes aos diversos bairros e municípios abrangidos pela competência territorial da unidade. Em todos os casos de mudança de domicílio se confirmou a fidedignidade da informação prestada pelo correio. Nesse universo, em apenas três casos, o oficial de justiça logrou informações relevantes sobre o novo domicílio (1,5% do total).

A reengenharia da unidade, enfim, impõe a substituição daquela diretriz (envio do oficial de justiça após a tentativa frustrada de citação postal) por outra menos abrangente (envio do oficial de justiça quando recusado o recebimento da carta de citação ou ausente o devedor por três vezes), e não apenas o incremento tecnológico (confecção automática dos mandados de citação)⁷.

Outros tópicos podem ser citados, corroborando que a reengenharia atinge a integralidade do processo produtivo, dos sistemas de informação e dos valores adotados pela empresa.

Por força dos arts. 167 e 168 do Código de Processo Civil, os servidores da unidade devem “numerar e rubricar todas as folhas dos autos”, bem como lavrar “os termos de juntada, vista, conclusão e outros semelhantes”, mediante “notas datadas e rubricadas”.

Esses termos, não obstante evitados de anacronismo, dirigem-se à documentação dos atos processuais. A numeração e a rubrica das folhas, por sua vez, destinam-se a evitar

irregularidades, “precipuaente de substituição ou de eliminação de folhas ou de documentos” (DALL’AGNOL, 2007, p. 167).

Preservados, *ad argumentandum*⁸, os mencionados atos, deve-se observar seu impacto sobre o processo produtivo, pois, sobretudo diante de um grande acervo, findam por exigir recursos relevantes (uma única rubrica, repetida vinte mil vezes, *verbi gratia*).

Providências simples, como a concisão dos textos ou a redução do tamanho da fonte (sem prejuízo da leitura), repercutirão no volume de atos praticados no processo, liberando mão-de-obra para outras atividades. Indo além, registre-se a inovadora diretriz exposta pela Corregedoria-Geral da 5ª Região, a seguir transcrita:

Trata-se de consulta formulada pelo MM. Juiz Federal Diretor do Foro, em exercício, da Seção Judiciária do Ceará, Dr. Alcides Saldanha Lima, acerca da possibilidade de utilização de assinaturas digitalizadas dos servidores nos diversos expedientes impressos.

Passo a decidir.

Analisando a questão, penso ser possível a digitalização pretendida, destacando, no entanto, que, tratando-se tão-só de um escaneamento, sem a efetiva segurança de que o ato tenha sido de fato praticado por determinado servidor —face às limitações ainda existentes no sistema—, tal procedimento apenas deve ser utilizado nos termos (a exemplo dos de juntada, remessa, recebimento de autos), nos atos ordinatórios e nas certidões em geral, não se devendo assim proceder em casos específicos, como, v.g., a de trânsito em julgado.

Por oportuno, e alargando um pouco o objeto do presente feito, que diz respeito a atos dos servidores, esclareço que, no meu sentir, a digitalização em comento também pode ser adotada pelos magistrados quando da prolação dos despachos de mero expediente, que se limitam a dar impulso ao processo, não devendo ser adotada nas decisões interlocutórias e sentenças, em face, repita-se, da ausência de segurança, a qual há de ser alcançada em um futuro próximo, com a certificação digital⁹.

Esta decisão administrativa altera radicalmente o modelo vigente, substituindo a assinatura dos servidores e dos juízes, nos atos de menor complexidade, por sua mera imagem digital, obtida mediante escaneamento e posterior reprodução. Observe-se que não se trata de mero avanço da estrutura tecnológica, mas de quebra do paradigma então adotado (necessidade de assinatura, manual, de todos os atos do processo).

3. REENGENHARIA E REGIME JURÍDICO

Podem-se discutir os limites da reengenharia em face do regime jurídico do Estado, marcado pelas referências heterólogas, advindas do processo legislativo e da atividade fiscalizatória.

Em outros termos, o ofício judicante é regido pela Constituição da República, pelo Código de Processo Civil e pelas demais normas legais. Sua atividade “administrativa”, outrossim, parte de padrões estabelecidos pelas Corregedorias e pelos demais órgãos de controle externo (Conselho da Justiça Federal, Conselho Nacional de Justiça *et cetera*).

Logo, expressiva parcela das referências do processo produtivo (e, *a fortiori*, da estrutura organizacional e dos valores do sistema) provém de fontes externas, aparentemente insusceptíveis de ruptura pelo gestor.

Dois fatores, todavia, sugerem a atenuação dessa premissa e a legitimidade do modo de pensar empresarial.

Primus, as normas jurídicas não são um dado *a priori*, mas um veículo para construções de sentido. Nas palavras sempre lembradas de Karl Larenz:

Sabemos que toda interpretação é também, até certo ponto, uma tarefa criadora do sujeito que compreende. Ao desenvolver o Direito ultrapassando os limites da interpretação em sentido estrito, o que se torna enquanto tal também consciente ao sujeito, aumenta a participação criativa do sujeito. Não obstante, esta participação existe já na simples interpretação. Também aqui se trata apenas de uma diferença de grau (LARENZ, 1997, p. 521).

James Goldschmidt chega a afirmar que o magistrado, quando utiliza as normas jurídicas como parâmetro de suas decisões, não se apresenta como “súdito, mas como soberano do direito”, pois as aplica “em caráter profissional”, como o “artesão no manejo de seu instrumento” (GOLDSCHMIDT, 1936, p. 35, 48).

Sem alcançar tal extremo, pode-se afirmar que o direito é “uma ordem que está sempre por ser determinada” (VIEHWEG, 1979, p. 35), de modo que as referências do processo produtivo também lhe servem de entradas (*inputs*) e admitem, portanto, uma parcial apropriação e gestão de seu conteúdo.

Secundus, o foco dos projetos de qualidade total é a satisfação das necessidades do cliente. Nessa ótica, a “visão subjetiva da qualidade (...) concerne ao que o cliente espera do produto em suas mãos. Assim, qualidade seria adequar-se às expectativas dos clientes” (ARAÚJO, 2007, p. 230).

Na seara processual, ocorre o mesmo fenômeno. As construções teóricas recentes — e as reformas nelas inspiradas — reconhecem as partes como consumidoras do serviço prestado pela Justiça e como fins últimos de sua atividade. As rotinas processuais, portanto, devem ser dimensionadas de modo a facilitar o acesso à Justiça e a realização dos direitos¹⁰.

Tal questão se insere no debate da Reforma do Estado, em especial, aos desdobramentos do modelo gerencial britânico para a Administração Pública. Aqui, destacam-se as noções de *consumerism* e *public service orientation* (ABRÚCIO, 1998), que preconizam não mais a busca por economia e eficiência, por parte da Administração Pública, mas a efetividade e qualidade (*consumerism*) e a *accountability* e equidade (*public service orientation*) na prestação do serviço público. O público-alvo, nesse enfoque, deixa de ser o contribuinte e passa a ser os clientes/consumidores do serviço público e, de modo mais ampliado, os cidadãos.

Essa convergência para o humano (individual e/ou social) serve de denominador comum entre o regime jurídico das entidades públicas e as ferramentas de gestão utilizadas pelas empresas privadas, atestando sua compatibilidade. Em ambas, visa-se à satisfação do cliente, embora sob fundamentos diferentes, advindos da *ratio essendi* de cada instituição.

Em síntese, ao menos na maioria de suas atividades, deve o Estado (e, especificamente, as unidades jurisdicionais) atentar para as ferramentas de aumento do seu desempenho, bem como para a reengenharia de seu processo produtivo. Como resume a doutrina, sob certo aspecto, deve pensar e agir como empresa (DEL BURGO Y MARCHÁN, 2001; LABRADA, 2004; MORELLO, 1998).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reengenharia, enfim, ao modificar o perfil do processo produtivo, cria resistências no público interno, gerando para a organização o encargo de dissolver esses entraves, disseminando entre os partícipes os benefícios do novo sistema.

Uma boa ferramenta consiste nos “círculos de controle da qualidade – CCQ”¹¹, pequenas equipes que se reúnem para identificar e resolver as deficiências do ambiente de trabalho, mas que também podem ser convidadas a participar dessa mudança mais ambiciosa.

Uma primeira conseqüência de sua implantação é a apropriação do *know-how* e da atitude dos vários elementos humanos ligados ao processo produtivo, os quais, justapostos, produzem um quadro fidedigno das deficiências do sistema. De fato, nenhum departamento

ou setor compreende o processo como um todo, ao menos não com a riqueza de informações advinda dessa justaposição.

Outro ponto positivo consiste no estímulo ao trabalho em equipe, substituindo-se o padrão piramidal característico dos grupos hierarquizados pela estrutura horizontal, de perfil cooperativo, apta a agregar uma maior legitimidade (e, portanto, adesão) às tomadas de decisão da empresa.

Embora os círculos não se prestem a diluir o poder decisório, a participação dos vários segmentos e a ampliação do respectivo fluxo de informações diminui a resistência à mudança, do mesmo modo que incentiva a tomada de consciência dos valores e rotinas da organização.

Há de se reconhecer, entretanto, que as alterações no processo propostas pela reengenharia e pelos CCQs devem contemplar modificações mais amplas em outras esferas organizacionais. Lembra-nos Paulo Roberto Motta (1998), ao discutir a transformação organizacional: a capacidade de compreensão do processo de transformação organizacional está no uso interdependente de diversas perspectivas: estratégica, estrutural, tecnológica, humana, cultural e política. O autor reconhece, ainda, que, em face da diversidade e complexidade dos fenômenos organizacionais, o estudo e a prática da mudança organizacional demandam a utilização da pluralidade de modelos, em vez de supervalorizar qualquer um deles.

Enfim, a título de conclusão, cumpre ao juiz “inteirar-se das técnicas modernas de administração pública e empresarial” e, sobretudo, “lembrar que não existe unidade judiciária ruim, mas, sim, mal administrada” (FREITAS, 2006, p. 275-276).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. Os avanços e dilemas do modelo pós-burocrático: a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente. In: Bresser Pereira, Luiz Carlos, Spink, Peter (orgs.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 1998.

ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. O órgão jurisdicional e a sua função. São Paulo: Malheiros, 1997.

ARAÚJO, Luis César G. de. *Organização, sistemas e métodos* (e as tecnologias de gestão organizacional). 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 1.

ARRUDA ALVIM, José Manuel. Manual de Direito Processual Civil. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 1.

BIELSA, Rafael; BRENNAN, Ramón. *Reforma de la Justicia y nuevas tecnologías*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1996.

- CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. Tradução de Ary dos Santos. 3ª ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1960.
- CAPPELLETTI, Mauro. Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero. *Rivista di diritto processuale*. Padova, CEDAM, segunda série, a. 37, n. 2, p. 233-245, abr./jun. 1982.
- CASTRO NUNES, José de. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DALL'AGNOL, Antonio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DEL BURGO Y MARCHÁN, Ángel Martín. La administración de la Jurisdicción. In: _____. *La Justicia como problema. El juez como administrador del Derecho*. Barcelona: Bosch, 2001.
- FREITAS, Vladimir Passos de. Apresentação. In: _____ (org.). *Direito e administração da justiça*. Curitiba: Juruá, 2006a, p. 5-6.
- _____. Os dez mandamentos do juiz administrador. In: _____ (org.). *Direito e administração da justiça*. Curitiba: Juruá, 2006b, p. 275-276.
- _____. A eficiência na administração da justiça. *Revista da AJUFERGS – Associação dos Juízes Federais do Rio Grande do Sul*, N. 03, Porto Alegre: AJUFERGS, 2006c.
- GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*. Barcelona: Labor, 1936.
- GÓMEZ ÁLVAREZ, Rosa. *Calidad en la gestión de la oficina judicial*. Barcelona: Bosch, 2004.
- GONÇALVES, José Ernesto Lima. Reengenharia: um guia de referência para o executivo. *RAE – Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 34, n. 4, p. 23-30, jul./ago. 1994.
- _____. As empresas são grandes coleções de processos. *RAE – Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 40, n. 1, p. 6-19, jan./mar. 2000.
- GRAHAM, Morris, LEBARON, Melvin. *The horizontal revolution*. San Francisco: Jossey-Bass, 1994.
- GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- HAMMER, Michael. Reengineering Work: Don't Automate, Obliterate. *Harvard Business Review*, Jul./Aug. 1990 (extrato disponível no sítio www.hbsp.harvard.edu/hbsp/hbr/articles/article.jsp?articleID=90406).
- HAMMER, Michael, CHAMPY, James. *Reengineering the corporation*. New York: HarperBusiness, 1994.
- HARRINGTON, H. James. *Business process improvement*. New York: McGraw Hill, 1991.
- LABRADA, Pelayo Ariel. *El factor humano en los organismos judiciales*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEYRET, Henry. *Las sentencias del buen juez Magnaud*. Tradução de Dionisio Díez Enríquez. Bogotá: Temis, 1990.

MORELLO, Augusto Mario. Experiencias y alternativas para repensar y asegurar la eficacia del Servicio. In: _____. *Estudios de Derecho Procesal: nuevas demandas, nuevas respostas*. La Plata: Platense; Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, v. 1, p. 617-632.

MOTTA, Paulo Roberto. *Transformação Organizacional: a teoria e a prática de inovar*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1998.

PINHEIRO, José Rodrigues. *A qualidade total no Poder Judiciário*. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 1997.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa *et alii*. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. 2ª ed. Porto: Centro de Estudos Judiciários, Ed. Afrontamento, 1996.

TAKASHINA, Newton Tadashi, FLORES, Mario Cesar X. *Indicadores da qualidade e do desempenho: como estabelecer metas e medir resultados*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1996.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Imprensa Nacional, 1979.

ZAFARONI, Eugenio Raul. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

¹ Mestre e Doutor em Direito Público (UFPE). Juiz Federal Titular da 21ª Vara/PE.

² Doutor em Ciências Humanas: Sociologia e Política (UFMG) e Mestre em Administração (UFPE). Pesquisador Assistente da Fundação Joaquim Nabuco (Fundaj) e Professor Titular do Mestrado Acadêmico em Administração, na Faculdade Novos Horizontes – MG (FNH).

³ Consoante dados do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, as varas privativas de executivos fiscais nessa região apresentavam os seguintes acervos em abril de 2008: 20.465 (Maceió/AL), 37.057 e 36.779 (Fortaleza/CE), 27.482 (João Pessoa/PB), 29.668 e 29.057 (Recife/PE), 24.533 (Natal/RN) e 25.647 processos (Aracaju/SE). Têm-se, em média, aproximadamente 28.800 processos por vara.

⁴ Expressão utilizada por Boaventura de Sousa Santos para se referir à morosidade causada pelo volume de serviço e/ou pela inadequação das rotinas administrativas (SANTOS, Boaventura de Sousa *et alii*. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. 2ª ed. Porto: Centro de Estudos Judiciários, Ed. Afrontamento, 1996, p. 432).

⁵ No Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, houve épocas em que a distribuição de recursos chegou a demorar quarenta meses (<http://conjur.estadao.com.br/static/text/32239,1>). Na Seção Judiciária de Pernambuco, diante do grande volume de execuções fiscais protocoladas em certa data, o envio dos autos às respectivas varas aguardou quase duas semanas. Enfim, como afirma o Prof. Vladimir Passos de FREITAS, “premido o Judiciário por uma sociedade cada vez mais exigente, congestionando os órgãos julgadores de todas as instâncias por uma quantidade descomunal de processos, passa a Administração da Justiça a ter o espaço que merece. Percebem os magistrados sua relevância. Afinal, reduzindo a questão a um exemplo banal, de que servirá uma sentença bem fundamentada se demorar seis meses para ser publicada?” (Apresentação. In: _____. (org.). *Direito e administração da justiça*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 5-6).

⁶ Há um extrato disponível no sítio www.hbsp.harvard.edu/hbsp/hbr/articles/article.jsp?articleID=90406, a partir do qual foram tecidas as considerações a seguir. Para uma abordagem mais detalhada, v. ARAÚJO, Luis César G. de. *Organização, sistemas e métodos* (e as tecnologias de gestão organizacional). 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, v. 1, p. 257 *et seq.*

⁷ A nova diretriz foi mantida em arestos do colendo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, conquanto não seja pacífica naquela Corte: PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. INDEFERIMENTO DE CITAÇÃO POR OFICIAL DE JUSTIÇA. DESNECESSIDADE QUANDO IMPRESTÁVEL O ENDEREÇO INFORMADO. ECONOMIA E CELERIDADE PROCESSUAL. 1. Decisão que indeferiu a citação por Oficial de Justiça porque imprestável o endereço informado, haja vista informação dos Correios. 2. Os artigos 8º da Lei de Execuções Fiscais e 224 do CPC devem ser interpretados no sentido de não serem determinadas diligências

inócuas. 3. Resguardo da celeridade e da economia processuais. 4. Agravo improvido. (AG - 69562/PE, Des. Federal MARGARIDA CANTARELLI, Quarta Turma, Decisão: 21/11/2006, DJ 14/12/2006, p. 521). De qualquer forma, após reuniões de trabalho, os principais órgãos exequentes (Procuradoria da Fazenda Nacional, Procuradoria Regional Federal) anuíram à diretriz, abstendo-se de interpor recursos.

⁸ Na maioria das unidades judiciárias, a documentação dos atos processuais se faz mediante autos físicos e sistemas de acompanhamento processual. Na perspectiva administrativa, este modelo parece anacrônico, ao exigir duas fontes diferentes de registro, sem agregar valor à informação. *Verbi gratia*, a juntada de determinado expediente é atestada por sua presença física nos autos. Informações adicionais (como a data da juntada, p. ex.) podem ser obtidas mediante acesso ao sistema. Não há necessidade de se replicarem informações nas duas bases. Por fim, as críticas à utilização processual dos sistemas de acompanhamento caíram por terra com a promulgação da Lei nº 11.419/2006, que dispensa os próprios autos físicos, contentando-se com o ambiente virtual.

⁹ Consulta nº 00077.0015/2006-10, respondida em 26 de maio de 2006 pelo Des. Federal Luis Alberto Gurgel de Faria, à época Corregedor-Geral da 5ª Região.

¹⁰ Por todos, CAPPELLETTI, Mauro. Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero. *Rivista di diritto processuale*. Padova, CEDAM, segunda série, a. 37, n. 2, p. 233-245, abr./jun. 1982.

¹¹ As equipes interfuncionais ou “círculos de controle de qualidade” foram criadas pelo professor japonês Kaoru Ishikawa, na década de 1960, como programa motivacional e de apoio à qualidade.

O PAPEL DO JUIZ NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: UMA REFLEXÃO SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL¹

Frederico Wildson da Silva Dantas²

O redimensionamento do papel do Judiciário e a invasão do direito nas sociedades contemporâneas não soem como fenômenos estranhos à tradição democrática, e sim como uma efetiva e necessária extensão dessa tradição a setores pouco integrados à sua ordem e ao seu ideário.

Luiz Werneck Vianna,
Judicialização da Política e das Relações Sociais

RESUMO

O ativismo judicial é um dos principais aspectos do debate atual sobre a política judiciária no Brasil, exercendo influência direta sobre a concepção do papel do juiz na sociedade contemporânea. Faz-se aqui uma reflexão sobre a mudança de paradigma do Judiciário, que tem levado à introdução de posturas ativistas, e a repercussão dessa transformação no perfil do magistrado.

O tema é enquadrado no panorama global da judicialização da política, seguindo-se a análise das possibilidades do ativismo judicial no Brasil, pondo em foco a discussão sobre a legitimidade do Judiciário para interferir nas políticas públicas, nomeadamente diante da necessidade de tornar efetivos os direitos fundamentais positivados pela Constituição da República de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial, judicialização da política, direitos fundamentais, controle judicial de políticas públicas.

INTRODUÇÃO

O Ativismo Judicial e o Judiciário do Século XXI

O debate sobre o papel do juiz na sociedade contemporânea é rico em *nuances*, dando ensejo a diferentes tipos de abordagem. São exemplos de temas relacionados: as políticas de administração judiciária, abrangendo as formas de elaboração dessas políticas, as diversas

estruturas de organização judiciária e possíveis estratégias para tornar mais eficiente a administração da justiça, aumentando a confiança da sociedade no Poder Judiciário; a compreensão do papel do juiz na sociedade, suscitando discussões sobre a responsabilidade política e social da magistratura na sociedade contemporânea; a crise do Estado, que põe em foco a mudança de paradigma na atuação do Judiciário para acompanhar a massificação das relações sociais, além de diversos outros questionamentos que poderiam ser citados, como a preocupação da magistratura com a imagem institucional e o relacionamento com a mídia, a profissionalização da gestão administrativa no Judiciário e assim por diante.

Diante desse quadro, optou-se aqui por focar o ativismo judicial, um dos principais aspectos da discussão atual sobre política judiciária. Ao longo do século XX, o debate sobre o papel do Judiciário no concerto do Estado deu lugar a inúmeros trabalhos de relevo; são velhos de décadas os estudos sobre a judicialização da política de Edouard Lambert, *Le Gouvernement des Juges et la Lutte contre la Législation Sociale aux Etats-Unis* (1921); de Raoul Berger, *The Government by Judiciary* (1977); e de Mauro Cappelletti, *Giudici Legislatori?* (1984). Mais recentemente, publicou-se no Brasil importante estudo sobre o tema. Fruto do esforço comum de Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Resende de Carvalho, Manuel Palacios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos, a obra *A Judicialização da Política das Relações Sociais no Brasil* (1999) resultou de pesquisa sobre o Poder Judiciário viabilizada por meio de convênio entre a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e o Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ), dando seqüência aos trabalhos anteriores *Perfil do Magistrado Brasileiro* (Rio de Janeiro, AMB/IUPERJ, 1996) e *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira* (Rio de Janeiro, Revan, 1997) (cf. VIANNA, 1999, p. 9).

Muito embora não seja da tradição do Judiciário brasileiro, a postura ativista aos poucos tem sido incorporada pela magistratura no País. Logo após o fim da ditadura militar, o ativismo judicial ganhou corpo no cenário judiciário do Rio Grande do Sul com o Movimento do Direito Alternativo Brasileiro, surgido na década de 1990, reunindo juristas como Lédio Rosa de Andrade e Amiltom Bueno de Carvalho; essa corrente foi considerada radical por outorgar ao juiz a possibilidade de agir contra a lei e, até hoje, é rejeitada pela maioria dos tribunais (ROCHA, 2002, p. 13). Entrementes, o ativismo judicial não se confunde com o movimento do direito alternativo nem se resume a ele, sendo certo que o tema não só permanece atual como também vem assumindo grande importância nos estudos sobre política judiciária no Brasil, por representar uma visão de um Poder Judiciário ativo na realização do Direito e da Justiça em contraponto à figura do juiz observador, que assumia uma posição passiva de mero espectador do processo.

O fortalecimento do ativismo judicial não é algo peculiar da realidade brasileira; muito pelo contrário, desde o final do século XX sua expansão vem sendo observada em nível global, o que sugere a existência de fatores comuns nos diversos sistemas políticos do mundo que facilitam sua ocorrência. A propósito disso há a registrar a obra organizada, em 1995, por C. Neal TATE e Torbjörn VALLINDER, sobre a expansão global do Judiciário, que traz ensaios sobre a judicialização da política em diferentes sistemas políticos das mais diversas regiões do planeta: democracias que adotam o *common-law* (EUA, Reino Unido, Austrália e Canadá); democracias européias que adotam o sistema romano-germânico (França, Alemanha, Itália, Suécia e Holanda); Estados pós-comunistas (Rússia); e democracias em conflito (Filipinas e Namíbia) (cf. TATE; VALLINDER, 1995).

Nesse contexto, o trabalho propõe uma reflexão sobre o ativismo judicial no Brasil, considerando o panorama mundial que sinaliza para a mudança de paradigma que o Poder Judiciário vem experimentando, donde se enxerga a tendência de vir a tornar-se no século XXI um verdadeiro poder — um Terceiro Gigante, nas palavras de Mauro Cappelletti —, que efetivamente interfere no direcionamento da atuação estatal, contrariando a supremacia do Legislativo e do Executivo largamente teorizada, entre outros, por Locke e também reconhecida na obra de Montesquieu (cf. AGUIAR, 2007). Essa discussão sobre a atuação do Judiciário é uma das mais importantes para a política judiciária da atualidade e tem direta influência sobre aquilo que se concebe como papel do juiz contemporâneo, designadamente no que diz respeito à sua responsabilidade política e social.

1. UMA PALAVRA SOBRE ATIVISMO JUDICIAL

Antes de tudo, porém, cumpre discorrer, ainda que brevemente, sobre o que se entende por *ativismo* e sobre o discurso que pretende legitimá-lo no Brasil. Existem várias definições de ativismo judicial, mas para os propósitos dessa pesquisa decidiu-se utilizar o conceito adotado por Thamy POGREBINSCHI, seguindo a mesma linha já adotada em trabalho anterior (DANTAS, 2008, p. 107-108). Pois bem, a autora considera ativista o juiz que no exercício de suas funções: a) questiona e revê decisões dos demais poderes; b) controla e promove políticas públicas; c) não identifica necessariamente a coerência do Direito e o princípio da segurança jurídica como limites de sua atividade (POGREBINSCHI, 2000, p. 122). Importa ressaltar que, a fim de caracterizar o ativismo judicial, tais critérios devem se apresentar simultaneamente, ainda que em graus diferenciados, na atuação do juiz. Significa dizer que a recusa do juiz de atuar segundo qualquer uma dessas atitudes faz com que,

segundo tal definição, ele não seja considerado um juiz ativista. Nesse passo, cabem algumas distinções.

O ativismo judicial normalmente é associado a outros conceitos e fenômenos, tal qual a discricionariedade judicial, o debate do interpretativismo e originalismo, a revisão constitucional e a judicialização da política.

O ativismo se distingue do conceito de discricionariedade judicial na medida em que pode se apresentar na solução de casos regulados expressamente na lei, enquanto a discricionariedade é própria apenas da solução das lacunas do ordenamento jurídico. Nesse passo, conquanto a discricionariedade judicial se identifique com parte das situações que poderiam ser consideradas de ativismo judicial, não chega a exaurir todas elas. É dizer que pode haver ativismo sem discricionariedade judicial e pode haver discricionariedade sem que haja ativismo judicial.

O debate interpretativismo *versus* originalismo da doutrina americana diz respeito à atitude hermenêutica do juiz em se limitar a aplicar normas estabelecidas na Constituição, de forma explícita ou implícita, ou de admitir uma interpretação construtiva do texto constitucional. Segundo o originalismo, os juízes deveriam decidir demandas de natureza constitucional apenas mediante uma atividade intelectual das normas constitucionais. Para essa teoria, o papel das cortes deveria ser limitado à investigação do conteúdo literal da lei constitucional, de forma que qualquer ambigüidade no significado do texto deve ser resolvida pela referência à intenção dos constituintes (*framers*); isso porque juízes não possuem legitimidade democrática, uma vez que não são eleitos pelo voto popular, devendo limitar-se às intenções originais dos representantes do Povo. Já as teorias interpretativistas enunciam que é inelutável o fato de que os juízes exercem uma liberdade de escolha em suas decisões, ao interpretarem a Constituição, admitindo uma concepção evolutiva desta segundo o avançar do tempo e do pensamento político e mesmo a existência de direitos não enumerados. A corrente interpretativista se aproxima do ativismo judicial na medida em que admite a denominada “construção constitucional” (*construction*). Trata-se de uma forma de interpretação que utiliza elementos extrínsecos ao texto, tais como princípios, fatos e valores, para determinar não o sentido das palavras, mas o significado de toda a Constituição, o texto inteiro, em conexão de sentido suprindo as deficiências ou imperfeições da manifestação constituinte originária.

Por fim, não se pode vincular, necessariamente, ao ativismo judicial o poder de revisão constitucional e o fenômeno da judicialização da política, pois embora ambos estejam fortemente associados ao ativismo judicial não constituem condições *sine qua non* para sua

ocorrência (TATE; VALLINDER, 1995, p. 27 ss.). Como visto, o debate sobre a judicialização da política e o ativismo judicial ganhou corpo, no Brasil, a partir da Constituição de 1988, principalmente com base na doutrina do direito alternativo, mas a obra fundamental para a compreensão do tema da judicialização veio depois do movimento alternativista. Trata-se da pesquisa de Luiz Werneck Vianna e outros: *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Os autores descrevem o processo de judicialização sob uma perspectiva favorável, refutando a acusação de que o fenômeno se desenvolveria à margem da soberania popular, sustentando, ao contrário, que o crescimento do papel institucional do Poder Judiciário constitui uma forma de aperfeiçoamento e de aprofundamento da democracia brasileira (VIANNA, 1999, p. 257-260).

2. PANORAMA GLOBAL DO ATIVISMO JUDICIAL

Já se assinalou que o fortalecimento do ativismo judicial não é uma questão particular do Brasil, mas, sim, um fenômeno que assume importância em todo o mundo. Sendo assim, para analisar a questão no âmbito nacional é importante traçar um panorama global sobre o ativismo para melhor compreender o desenvolvimento desse processo no País, ainda que esse aspecto não seja propriamente o foco do estudo.

Como visto, a expansão global do poder exercido pelo Judiciário vem sendo observada desde o final do século XX, e a percepção desse processo leva à consideração sobre a existência de fatores comuns nos diversos sistemas políticos do mundo que facilitam sua ocorrência. Nesse passo, Neal TATE aponta algumas condições políticas que aparentemente facilitam e promovem o processo de judicialização da política, são elas: a democracia, a separação dos poderes, o reconhecimento de direitos fundamentais (*Politics of Rights*) em favor de minorias, o uso dos Tribunais por grupos de interesse, o uso dos Tribunais pela oposição, a fragilidade dos partidos políticos, a falta de legitimidade das instituições governamentais e a delegação pelas instituições governamentais de debates públicos ao Judiciário (TATE; VALLINDER, 1995, p. 28-29). Ressalve-se que, embora o autor se refira apenas à judicialização da política, tais fatores, como se pode facilmente perceber, também são válidos para a análise do ativismo judicial.

Embora o ativismo judicial seja muitas vezes percebido como uma ameaça à democracia popular (cf. MAUS, 2000), dificilmente se poderia verificar a ocorrência de ativismo judicial fora de um regime democrático, uma vez que dificilmente um ditador iria convidar o Judiciário a compartilhar das decisões políticas ou mesmo tolerar processos que

assegurem a vinculação à lei e o respeito a direitos individuais. Ademais, é razoável deduzir que não existe ambiente propício ao desenvolvimento do ativismo judicial quando os valores das instituições majoritárias são compartilhados pela magistratura.

Mas, no que diz com a abordagem deste trabalho, merecem destaque no panorama mundial a tendência a aspectos relativos ao reconhecimento de direitos fundamentais em favor das minorias, bem como à delegação pelas instituições governamentais de debates públicos ao Judiciário, sendo certo que este último (delegação) normalmente ocorre no contexto do primeiro. O fenômeno está sobretudo relacionado à incorporação de nova pauta de valores pelas Constituições modernas e pelo modelo de Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*), repercutindo na desneutralização do Judiciário, que precisa agir criativamente para decidir diante da vagueza e imprecisão das normas, e na mudança de contexto em que a luta por novos direitos deixa a arena central da política e passa a ser implementada pela via judicial, na qual o embate deve se dar a partir de argumentos de princípios, e não de política:

[...] não significa que os juízes não baseiem e devam basear os seus julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio político (arguments of political principle), que apelam aos direitos políticos de cidadãos individuais, mas não já em argumentos de ação política (arguments of political policy), os quais exigem que uma determinada decisão contribua para promover uma certa concepção do bem-estar geral ou do interesse público (DWORKIN, 2001, p. 3-6).

3. PANORAMA DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

A partir do panorama traçado no item anterior, pode-se enquadrar a realidade experimentada pela magistratura brasileira no quadro mais amplo — mundial — das transformações decorrentes da adoção de um modelo de Estado Democrático de Direito e de catálogos amplos de direitos fundamentais. Os direitos sociais, culturais e econômicos, que constituem o elemento central das Constituições do século XX, ao se tornarem vinculantes para o legislador, abrem alas para a expansão do fenômeno da justiça constitucional e da proteção jurisdicional de direitos fundamentais, constituindo fator determinante para estimular a criatividade e o ativismo judicial (CAPPELLETTI, 1993, p. 61-62). Deveras, não é mera coincidência que os debates sobre ativismo judicial no Brasil tenham se intensificado com a redemocratização e, sobretudo, a partir da vigência da nova ordem constitucional.

A Constituição da República de 1988, com efeito, é um marco importante para o ativismo judicial no Brasil. Nesse sentido, Gisele CITTADINO afirma que o Brasil observou uma ampliação do controle normativo do Poder Judiciário, favorecida pela Constituição de 1988, que — ao incorporar direitos e princípios fundamentais, configurar um Estado Democrático de Direito e estabelecer princípios e fundamentos do Estado — permitiu uma atuação da magistratura com base em procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais (CITTADINO, 2004, p. 105). Essa também é a opinião de Flávio Dino de C. COSTA, segundo o qual o Judiciário no Brasil recebeu estímulos na direção do ativismo judicial do dirigismo constitucional e da promessa de efetivação dos direitos sociais (COSTA, 2005, p. 40-53). É natural, portanto, que a defesa do ativismo judicial no Brasil se apóie na necessidade de dar efetividade a direitos fundamentais, sobretudo em prol dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Não é por outro motivo que a análise do ativismo judicial está no cerne das discussões que os juristas nacionais vêm travando sobre a implementação dos direitos fundamentais, notadamente dos direitos sociais, a partir do controle jurisdicional das políticas públicas. Em boa verdade, não se nega que, ao menos do ponto de vista teórico, já se consolida um certo consenso na doutrina nacional no sentido de reconhecer a necessidade de um Judiciário mais ativista, notadamente para viabilizar a defesa em juízo de direitos sociais, tese acolhida por juristas como Andreas KRELL, que defende a possibilidade de efetivação dos direitos fundamentais através do controle judicial dos serviços públicos (cf. KRELL, 2002), e de Ingo SARLET, para quem, sob determinadas condições, os direitos sociais podem conferir direitos subjetivos a prestações positivas independentemente da concretização do legislador (SARLET, 2005, p. 345 ss.).

Essa visão, inclusive, tem sido amplamente aceita por parte da magistratura que, seguindo a tendência da doutrina, vem aceitando cada vez mais incorporar o papel ativista. Para ilustrar essa assertiva, e permanecendo apenas no âmbito da Justiça Federal da 5ª Região, podem-se citar ao menos três estudos realizados sobre o tema — afora o trabalho anterior já citado *supra* — com uma perspectiva favorável ao controle jurisdicional das políticas públicas e, igualmente, ao ativismo judicial; são eles o artigo do professor Edílson Pereira NOBRE JÚNIOR intitulado *O Controle das Políticas Públicas: um Desafio à Jurisdição Constitucional* (2006), a dissertação de mestrado do juiz federal Paulo Machado CORDEIRO, *A Responsabilidade Social dos Juízes e Aplicação dos Direitos Fundamentais* (2007), e a obra recém-publicada do colega Nagibe de Melo JORGE NETO, com o título *O Controle*

Jurisdicional das Políticas Públicas: Concretizando a Democracia e os Direitos Sociais Fundamentais (2008).

De fato, no Brasil, a legitimação do fenômeno do ativismo judicial está umbilicalmente ligada à tese da defesa e efetivação dos direitos fundamentais. A idéia central, numa apertada síntese, é a de que o Judiciário tem a prerrogativa e o dever de concretizar os direitos fundamentais, atribuindo-se a cada juiz a responsabilidade pela efetivação das transformações sociais implementadas pela Constituição de 1988, por meio da aplicação e integração que confira às suas normas a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico (CORDEIRO, 2007, p. 90), o que resvala naturalmente na adoção de uma postura mais ativista da magistratura e, por via de consequência, na concepção que se tenha sobre o papel do juiz na sociedade contemporânea.

4. CONCLUSÃO

O Poder Judiciário Atuante em Prol dos Direitos Fundamentais

No início deste trabalho, enfatizou-se que o “papel do juiz na sociedade contemporânea” está relacionado com o ativismo judicial, na medida em que esse é um dos principais aspectos da discussão atual sobre política judiciária no País.

Procurou-se demonstrar, ao longo do texto, que o fortalecimento dessa postura não é um fenômeno particular da realidade brasileira, uma vez que subsiste uma conjuntura mundial favorável à expansão dos poderes do Judiciário, sendo certo que no Brasil o marco jurídico fundamental para o crescimento do ativismo é a Constituição da República de 1988, que desafia os juízes a atuarem positivamente no sentido de concretizar o rol de direitos fundamentais, nomeadamente dos direitos sociais, nela encartado.

Pois bem. Diante desse quadro, pode-se afirmar que o clima favorável ao ativismo judicial influencia, e muito, aquilo que se concebe como papel do juiz na sociedade contemporânea, já que são prementes as novas e diferentes expectativas dos cidadãos em relação ao Estado e, muito particularmente, em relação ao Poder Judiciário, exigindo-se cada vez mais uma postura atuante no sentido da efetivação das promessas constitucionais.

Para concluir, calha lembrar que, durante o seminário versando sobre a temática do papel do juiz na sociedade contemporânea, fez-se a seguinte referência: “O papel do juiz moderno, realista e sensível, tem mudado de modo radical. Seu trabalho, com extrema prudência e com flexível contenção e ativismo, em áreas tão quebradiças e móveis, desenha

um atraente panorama, segundo a medida de sua disposição e coragem civil” (Augusto Mário Morello, *La Nación*, Buenos Aires, 17.5.2004, p. 15).

O autor da frase foi muito feliz em assinalar que o juiz moderno deve encarar a difícil missão que se lhe apresenta com realismo, sensibilidade, prudência, flexibilidade; de fato, essas são qualidades indispensáveis. Mas, a nosso sentir e diante do que foi registrado em respeito à responsabilidade do Judiciário em prol dos direitos fundamentais, merecem ênfase especial a disposição e a coragem cívica de enfrentar preconceitos, resistências e até mesmo o comodismo de se refugiar em uma postura tímida em nome de uma falsa neutralidade e de atuar, positivamente, no sentido de realizar os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Livros

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério* [Taking Rights Seriously]. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Uma Questão de Princípio* [A Matter of Principle]. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *O Império da Lei* [Law's Empire]. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: Concretizando a Democracia e os Direitos Sociais Fundamentais*. Salvador: Jus Podium, 2008.

KRELL, Andreas J.: *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (Des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*. Porto Alegre: Safe, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e amp., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn (org.). *The Global Expansion of the Judicial Power*. Nova Iorque: NY University, 1995.

VIANNA, Luiz Werneck [et. al.]. *Judicialização da Política e das Relações Sociais*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

2. Artigos

AGUIAR, Thaís Florêncio de. “A Judicialização da Política ou o Rearranjo da Democracia Liberal”. *Ponto-e-vírgula: Revista eletrônica semestral do programa de estudos pós-*

- graduados em Ciências Sociais da PUC-SP*. n. 2, 2º semestre de 2007. Disponível em: <<http://www.pucsp.br/ponto-e-virgula/n2/artigos/11-thais.htm#2>>. Acesso em: 23 jun. 2008.
- ALEXY, Robert. “Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica”. *DOXA*, n. 5, p. 139-151, 1988.
- CITTADINO, Gisele. “Poder Judiciário, Ativismo Judiciário e Democracia”. *ALCEU*, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul./dez. 2004.
- COSTA, Flávio Dino de C. “A Função Realizadora do Poder Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil”. *Revista CEJ*. Brasília, n. 28, p. 40-53, jan./mar. 2005.
- DANTAS, Frederico Wildson da. “O Princípio Constitucional da Inafastabilidade: Estudo com Enfoque no Ativismo Judicial”. *Revista da Esmafe da 5ª Região*. Recife: TRF 5ª Região, n. 17, p. 83-113, março 2008.
- DOBROWOLSKI, Sílvio. “A Necessidade de Ativismo Judicial no Estado Contemporâneo”. *Revista da Esmesc*. Santa Catarina, Ano 2, v. 2, p. 175-186, [19??].
- GRUPO DE ESTUDOS: A Jurisdição Constitucional e a Democracia. “Da Vontade do Legislador ao Ativismo Judicial: os Impasses da Jurisdição Constitucional”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Ano 40, n. 160, p. 223-243, out./dez. 2003.
- HABA, Enrique P. “Rehabilitación del No-Saber em la Actual Teoría Del Derecho. El Bluff Dworkin”. *DOXA*, n. 24, p. 165-201, 2001.
- HALIS, Denis de Castro. “A Supremacia Judicial em Debate: Ativismo, Fabricação de Decisões e Democracia”. *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: PUC-RIO, v. 9, n. 24, p. 32-66, jan./jul. 2004.
- IKAWA, Daniela R. “Hart, Dworkin e Discricionariedade”. *Lua Nova*, n. 61, p. 97-113, 2004.
- MAUS, Ingeborg. “O Judiciário como Superego da Sociedade – sobre o Papel da Atividade Jurisprudencial na ‘Sociedade Órfã’”. *Novos Estudos Cebrap*. São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.
- NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. “O Controle das Políticas Públicas: um Desafio à Jurisdição Constitucional”. *BDA*, São Paulo: NDJ, Ano XXI, n. 11, nov. 2006.
- OST, François. “Júpiter, Hércules, Hermes: Tres Modelos de Juez”. *DOXA*, [n.?], p. 169-194, [19??].
- PEDRON, Flávio Quinaud. “Comentários sobre as Interpretações de Alexy e Dworkin”. *Revista CEJ*, Brasília, n. 30, p. 70-80, jul./set. 2005.
- POGREBINSCHI, Thamy. “Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o Debate Contemporâneo”. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro: PUC-RIO, v. 9, n. 17, p. 121-143, ago./dez. 2000.
- ROCHA, Geiza. “Ativismo Judicial: uma Nova Postura para um Novo Tempo”. *Revista Forum* (Revista da Amaerj), Rio de Janeiro, n. 3, p. 10-13, jun./jul. 2002.

¹ *Paper* submetido à avaliação do Prof. Dr. Vladimir Passos de Freitas, como requisito para conclusão do Curso *Política Judiciária e Administração da Justiça*, promovido pela Esmafe da 5ª Região.

² Juiz Federal da 7ª Vara de Alagoas, designado para prestar auxílio na 6ª Vara, e é vice-diretor do Foro.

DESAFIOS DA MAGISTRATURA CONTEMPORÂNEA

Joana Carolina Lins Pereira¹

RESUMO

O escopo do trabalho é analisar alguns dos desafios atualmente enfrentados pelos juízes no Brasil e a sua constante necessidade de incorporação de técnicas de Administração outrora não utilizadas, bem como de interação com outros organismos da sociedade. A importância da conscientização dos juízes e servidores para o foco no “cliente” é dizer, no jurisdicionado, advém da adoção de mentalidade própria das empresas. Os juízes e servidores vêm percebendo a necessidade de se preocupar menos com o processo e mais com o resultado, que consiste na verdadeira função jurisdicional. O ideal seria estabelecer um **planejamento estratégico**, de modo a instituir metas a serem atingidas em curto, médio e longo prazo. Os próprios funcionários, quando possuem certa autonomia, podem introduzir, através de planejamentos, pequenas melhorias em suas atividades gerando um processo de **melhoria contínua**. A Gestão da Melhoria deve ser amplamente empregada, haja vista que a *padronização* não significa *estagnação*. Ao revés, quando são dominados os métodos e os modelos de trabalho, sentem-se os servidores capacitados a oferecer sugestões de aperfeiçoamento, o que pode contribuir, decisivamente, para a celeridade no processo.

PALAVRAS-CHAVE: Gestão, qualidade e celeridade.

INTRODUÇÃO

Os Principais Desafios do Judiciário na Atualidade

O exercício da magistratura jamais consistiu em fácil tarefa. Decidir sobre a liberdade, sobre o patrimônio e sobre outros bens que são tão caros aos homens sempre exigiu, além do conhecimento dos princípios e das normas jurídicas, elevado grau de bom senso, altivez, serenidade, criatividade e uma série de outras virtudes nem sempre encontradas nos que ingressam na carreira.

A par das dificuldades inerentes ao ofício, porém, depara-se o magistrado, na sociedade contemporânea, com diversos outros desafios, os quais constituem decorrência, no Brasil, entre outros fatores, da elevação do número de processos judiciais, da proliferação dos

meios de comunicação e do fortalecimento de algumas instituições (oficiais, como o Ministério Público, ou concebidas no seio da própria população, como as associações e os sindicatos).

O escopo deste trabalho é analisar alguns dos desafios atualmente enfrentados pelos juízes no Brasil e a sua constante necessidade de incorporação de técnicas de administração outrora não utilizadas, bem como de interação com outros organismos da sociedade, em oposição ao isolacionismo que sempre foi sua característica.

O primeiro desafio a ser objeto de estudo diz respeito à crise de imagem do Poder Judiciário, crise esta intimamente relacionada àquele que, a nosso ver, constitui o principal desafio dos magistrados: a morosidade.

Para se imprimir ares de modernidade à Justiça, não são suficientes as inovações tecnológicas, a exemplo do uso generalizado dos computadores e da internet. É necessário que se aperfeiçoem as técnicas e ferramentas de gestão que irão auxiliar, tal qual as mudanças legislativas, na aceleração do trâmite dos processos e na efetividade das decisões.

A relação com a imprensa é também um dos pontos delicados do exercício da magistratura. As expectativas daquela não são sempre atendidas, o que pode ser mal interpretado. Deve, assim, haver um aperfeiçoamento dos órgãos de assessoria de imprensa nos tribunais, de modo a facilitar a compreensão da informação. Ademais, a imprensa deve ser uma aliada, e, para tanto, deve ser encorajada a divulgação de práticas positivas do Judiciário.

As ações “massificadas”, que se tornaram uma constante e majoraram os números dos processos em tramitação a impressionantes quantitativos, implicaram adaptações, haja vista a preocupação de não congestionar os trabalhos cartorários.

À evidência, os desafios com que se tem deparado a magistratura constituem tema por demais amplo e rico em debates, de modo que não se tem, nos limites deste trabalho, qualquer pretensão de se esgotar a matéria.

1. CRISE DE IMAGEM

O Judiciário enfrenta uma severa crise de credibilidade. Além da desconfiança quanto ao próprio teor das decisões (decorrente, sobretudo, da dúvida quanto à integridade do julgador, à vista das inúmeras denúncias de corrupção), há a desconfiança — esta mais freqüente — de que o resultado do processo não advirá em tempo útil.

As leis brasileiras não favorecem a aceleração do processo judicial, máxime no que tange ao cumprimento das decisões. É certo que importantes alterações foram efetuadas, de modo a introduzir no País, exemplificadamente, institutos como a antecipação da tutela (no campo das obrigações de fazer) e a Requisição de Pequeno Valor (no campo das obrigações de pagar). Nada obstante, permanecem dificuldades no cumprimento das sentenças, inclusive (e sobretudo) naquelas proferidas em desfavor de ente de direito público.

Na seara criminal, a legislação é ainda menos favorável ao término do processo em tempo razoável. O resultado tardio do processo, no mais das vezes, é sinônimo de impunidade, o que contribui decisivamente para o aumento da criminalidade em nosso país.

A abertura democrática, levada a efeito com a Constituição de 1988, causou o aumento da demanda ao Poder Judiciário. O número de processos cresceu em progressão geométrica, sem que os órgãos do Judiciário tenham se preparado adequadamente. Ao revés, o que se tem verificado é o aumento do número de juízes para suprir uma demanda já existente, para atuar em processos que já se acumularam nos cartórios.

Sabe-se, contudo, que o aumento do número de julgadores não constitui a solução ideal, porquanto, como se verá adiante, é necessária a mudança de mentalidade dos juízes e servidores, além da implementação de ferramentas de gestão destinadas a simplificar o trabalho da secretaria e do magistrado.

Não são justas, contudo, todas as acusações dirigidas ao Poder Judiciário. Ao revés, percebe-se que as reportagens, não raro, veiculam apenas uma versão dos fatos, sem ser escutado o lado do juiz. Não se pode, entretanto, culpar a imprensa por tal situação, haja vista existirem várias limitações legais à manifestação dos julgadores acerca de sua atividade, bem como existirem diversos julgadores com aversão à divulgação de sua imagem (o que pode ser justificado pelo receio de vir a sofrer ameaças). A assessoria de imprensa, que deveria suprir tal lacuna, muitas vezes não o faz satisfatoriamente, o que agrava a imagem negativa que se tem do Judiciário.

São correntes as críticas na imprensa, inclusive por parte daqueles que são os próprios agentes **causadores da morosidade**, como a Administração Pública. O Judiciário, a seu turno, sem uma assessoria de imprensa devidamente orientada, não se preocupa em contraditar as críticas.

Tem-se percebido, ainda, que não há divulgação, por parte da imprensa, dos **feitos positivos** do Judiciário. Apenas as notícias degradantes são publicadas, e tal se deve ao fato de serem estas, justamente, as que chamam a atenção do público. Seria interessante que se divulgasse, destarte, tais feitos positivos, a exemplo das marcas alcançadas pelos Juizados

Especiais Federais, que apresentam números impressionantes e, certamente, modificariam — ou, ao menos, atenuariam — a descrença existente em desfavor da Justiça.

Nos encontros promovidos entre assessorias de imprensa do Judiciário, ademais, tem-se constatado, de maneira pacífica, a necessidade de as assessorias encurtarem a distância entre este Poder e os cidadãos. As assessorias não poderiam ter seu papel limitado ao fornecimento de notícias de processos aos jornais; deveriam atuar, da mesma forma, na criação de meios para divulgação do trabalho da Justiça na comunidade.

Por isso é importante destacar que a assessoria de comunicação de qualquer organização pública só vai contribuir para aumentar o grau de legitimidade dessa organização no momento em que colocar a comunicação a serviço de quem procura por Justiça, facilitando o acesso do cidadão ao órgão. É o que se poderia chamar de democratizar a organização por meio da comunicação. Não basta apenas o release para o jornal informando sobre o rito sumaríssimo ou a criação de uma vara judicial. É necessário um folder endereçado ao litigante para que ele saiba de que forma isso vai melhorar sua vida e como ter acesso aos benefícios de determinada decisão administrativa ou judicial. E essa comunicação não pode ser um monólogo impositivo, numa via de mão única, mas um diálogo de mão dupla, no qual a organização possa dizer, mas também possa escutar seus públicos².

2. CELERIDADE: MEDIDAS PROCESSUAIS E ADMINISTRATIVAS

O maior desafio do Judiciário hoje é tornar mais céleres os processos judiciais. A meta, em verdade, consiste em tornar curta a espera pelo resultado (não se olvide, aqui, que o resultado não é atendido pelo mero advento da sentença, eis que o mais importante é ver tal sentença cumprida).

Como já se adiantou, soem ocorrer alterações legislativas com o intuito de tornar mais célere o andamento dos processos e/ou adiantar o provimento (original ou equivalente) que se espera do Judiciário. Tais alterações normativas, entretanto, jamais serão suficientes se não houver, por parte dos que integram o Judiciário (juízes e servidores), o envolvimento necessário ao aperfeiçoamento dos métodos de organização do serviço e das ferramentas de gestão.

O crescimento do número de demandas perante o Poder Judiciário, desde a Constituição de 1988, agravou a necessidade de adaptação, por este Poder, do método de produção “artesanal” para um método de escala quase que “industrial”. Embora se possa dizer que “cada caso é um caso”, é evidente a existência de demandas massificadas — os expurgos

do FGTS são um exemplo, dentre tantos outros —, cuja tramitação se pode realizar em “blocos”, para fins de celeridade³. Em algumas de tais demandas massificadas, inclusive, a depender do assunto e da legitimidade do patrocinador da ação, faz-se possível o ajuizamento de forma coletiva, ocasiões em que o princípio da economia processual se faz cumprir, haja vista o atendimento, através de um único processo, dos interesses de toda uma coletividade.

A crescente complexidade dos serviços judiciários exige a capacitação de pessoas cuja função consista em pensar soluções para a Justiça. Não é sem razão, inclusive, o surgimento de cursos voltados para a gestão no Poder Judiciário, o qual, inclusive, tem investido em consultorias para implementação de programas típicos do segmento empresarial, tais como o “Qualidade Total”.

3. QUALIDADE TOTAL NO SERVIÇO PÚBLICO

O serviço público, notadamente burocrático, começou a buscar, na década de 1990, um novo modelo gerencial. Para tanto, socorreu-se de práticas, ferramentas e conceitos utilizados na iniciativa privada, no afã de se modernizar e, assim, melhor atender e servir ao público. Constatado que a burocracia exacerbada findava por valorizar por demais os meios, em detrimento dos fins, buscou-se um novo modelo de gestão “focado nos resultados e orientado para o cidadão”⁴.

“O Modelo de Excelência em Gestão Pública é composto de sete critérios que juntos compõem um sistema de gestão para as organizações do setor público”, a saber: I) liderança; II) estratégias e planos; III) clientes; IV) informação; V) pessoas; VI) processos; VII) resultados⁵. Os princípios da Gestão Pública pela Qualidade seriam os seguintes:

- satisfação do cliente;
- envolvimento de todos;
- gestão participativa;
- gerência de processos;
- valorização das pessoas;
- melhoria contínua;
- constância de propósitos;
- gestão proativa.

A importância da conscientização dos juízes e servidores para o foco no “cliente”, é dizer, no jurisdicionado, advém da adoção de mentalidade própria das empresas. Os juízes e

servidores vêm percebendo a necessidade de se preocupar menos com o processo e mais com o resultado, que consiste na verdadeira função jurisdicional.

É com base em tal raciocínio, inclusive, que se têm formado parcerias com determinados órgãos e entidades, sobretudo no que concerne ao cumprimento das sentenças. Foi assim que ocorreu em Pernambuco, *verbi gratia*, quando da formação de parceria entre as Varas Cíveis da Justiça Federal e a Caixa Econômica Federal, para fins de cumprimento das sentenças condenatórias de FGTS, em que a aludida instituição financeira se propôs a efetuar os cálculos antes mesmo de a parte os oferecer.

A **adoção de metas** e o **controle de produção** constituem eficientes mecanismos para tornar mais transparente a atuação dos magistrados e dos diversos órgãos que compõem o Judiciário. É importante frisar, entretanto, que a produtividade aferida com base tão-somente na quantidade de sentenças proferidas não consiste em critério seguro para a classificação de magistrados em produtivos ou improdutivos, haja vista a diversidade existente entre as variadas unidades jurisdicionais do País. Não se poderia, exemplificadamente, confrontar o número de sentenças proferidas por juízes de juizados especiais federais com o número de sentenças proferidas por juízes de varas criminais e, menos ainda, de varas criminais com especialidade em crimes de lavagem de dinheiro. A complexidade dos feitos a tramitar perante estas não é compatível com uma produção de sentenças na mesma quantidade que uma vara de juizado.

Impende salientar, entretanto, que a fixação de metas sem um planejamento em que as mesmas estejam inseridas não é suficiente para organizar o trabalho. O ideal, embora de difícil consecução em unidades gerenciais menores, como varas, é estabelecer um **planejamento estratégico**, de modo a instituir metas a serem atingidas a curto, médio e longo prazos, com o escopo de atingir um objetivo maior. Não se pode esquecer, por igual, de envolver **todos** os servidores e auxiliares no compromisso com as metas a serem atingidas. Não é suficiente, por exemplo, fixar apenas uma meta de quantidade de sentenças por mês se o juiz relegar ao plano do esquecimento os demais setores da secretaria, que, como o gabinete, precisam igualmente de estímulo. A simples juntada de petições pode se tornar mais interessante se o servidor tiver uma meta a ser cumprida e, mais ainda, se souber que aquele seu trabalho permitirá a conclusão dos processos para sentença, ou seja, se souber que ele faz parte de um plano maior de ação que envolve todos os servidores e auxiliares da secretaria.

Um recurso interessante e muito utilizado em Administração, quando se trata da fixação de metas, é o ciclo PDCA (*plan, do, check and act*). O ciclo envolve as fases de planejamento (*plan*), execução (*do*), verificação (*check*) e ação (*act*). Esta quarta e última

etapa é por demais relevante, pois, arrimada no resultado da fase anterior (*check*), “conclui sobre a necessidade de *ações corretivas* (se a checagem detectou algum problema), *preventivas* (se não ocorreu nenhum problema, porém, poderia ter ocorrido) ou de *padronização* (se tudo ocorreu conforme o planejado e uma nova maneira de executar determinado processo foi descoberta). A finalização da implantação de um PDCA dá origem a outro PDCA, ou seja, a quarta etapa (*action*) de um PDCA dará origem à primeira etapa (*plan*) do próximo PDCA, sendo esta a base da melhoria contínua da Gestão pela Qualidade Total”⁶.

Várias outras ferramentas da Qualidade Total seriam passíveis de utilização na Administração Judiciária. Confira-se, a propósito de tais ferramentas, o seguinte texto:

*Na Gestão pela Qualidade Total (GQT), a Gestão da Rotina é o gerenciamento das tarefas diárias, em nível operacional, realizado por todos os funcionários de uma organização, tendo como base o Ciclo PDCA. Através do gerenciamento da rotina podem ser obtidos confiabilidade, **padronização** e delegação. Os próprios funcionários, quando possuem certa autonomia, podem introduzir, através de planejamentos, pequenas melhorias em suas atividades gerando um processo de **melhoria contínua** (kaizen) na empresa. Entre as ferramentas da GQT que ajudam na gestão da rotina temos: PDCA, Programa 5S, CCQ, Procedimentos Operacionais, etc. Quando a rotina de uma empresa está bem estabelecida, a alta administração deve buscar melhorias visando maior competitividade, eficácia, aumento de mercado e sobrevivência empresarial. O rompimento com a rotina, através de inovações, é chamado de **Gestão da Melhoria**⁷.*

Do excerto susotranscrito, extraem-se lições que já deveriam ter sido incorporadas por todas as unidades jurisdicionais do País: a padronização, inicialmente, é por demais relevante para evitar que cada servidor prepare o processo a seu modo, expediente este que, além de atrasar os serviços (eis que cada servidor, ao inovar, despenderá o tempo que poderia ser poupado, caso utilizasse os modelos já existentes), dificultará sobremodo a atividade do juiz (porquanto será obrigado a corrigir cada ato de servidor como se fosse o primeiro, o que não seria necessário caso adotada uma padronização). A Gestão da Melhoria, da mesma forma, deve ser amplamente empregada, haja vista que a padronização não significa estagnação. Ao revés, quando são dominados os métodos e os modelos de trabalho, sentem-se os servidores capacitados a oferecer sugestões de aperfeiçoamento, o que pode contribuir, decisivamente, para a celeridade no processo.

É comum, realizado um processo de tal natureza, detectarem-se “gargalos” nos serviços cartorários. Diante de tais problemas, imprescindível se torna a busca de uma solução para evitar o acúmulo.

A propósito dos servidores, temos, como principal problemática no âmbito do Judiciário (e da Administração Pública em geral), a questão da carreira. Conquanto bem remunerados, não dispõem os servidores de uma carreira que favoreça o mérito. Contam os juízes, tão-somente, com as gratificações como forma de premiar os servidores. Tais gratificações, entretanto, são em número reduzido e limitadas no seu *quantum*, de modo que, atingido certo padrão remuneratório, não há mais possibilidade de o servidor galgar mais altos degraus na carreira profissional. Desse modo, consolida-se a imagem do Judiciário como uma “passagem” para os servidores, haja vista que, em sua maioria, realizam estes novos concursos para ingresso em outras carreiras da área jurídica.

Nada obstante, é necessário deles extrair uma conduta proativa, é dizer, uma conduta preocupada na descoberta de novos métodos de aprimoramento dos serviços e em como atingir melhores resultados. Motivados — sobretudo se a sua liderança der o exemplo motivacional —, os servidores serão autores de grandes idéias. É preciso, assim, estimulá-los a participação, o envolvimento, a iniciativa e o espírito criativo.

4. CONCLUSÃO

Criatividade e Celeridade

A população tem, constantemente, exigido do Judiciário a superação de sua maior deficiência: a morosidade. Alterações legislativas, com esse intuito de superação, têm sido efetuadas. Nada obstante, por si sós, não serão suficientes se inexistir, por parte dos que compõem o Judiciário, o comprometimento com a celeridade e com a economia processual.

A atividade do magistrado — assim se faz cada vez mais evidente — não se esgota no decidir nos autos. Fazer justiça implica fazê-lo de maneira ágil e, para isso, é necessária uma conduta proativa, que envolva a criação de uma sistemática de trabalho, na secretaria e no gabinete, que favoreça a simplificação. Os processos, como meios que são, não devem ser considerados um fim em si. Ao revés, deve-se focar a preocupação no resultado e no “cliente”, que, no caso, é o jurisdicionado.

Na direção de uma vara, com o auxílio de seu “gerente” (o diretor de secretaria), vale-se o juiz, não raro, da própria intuição. Ocorre que, com o auxílio da Ciência da Administração, tem percebido que, conquanto sejam acertadas algumas de tais intuições (eis que correspondentes a técnicas adotadas pelos administradores profissionais), podem ser

empregadas várias ferramentas destinadas a aprimorar a execução dos trabalhos e, com isso, imprimir maior fluidez aos procedimentos.

Não apenas a Ciência da Administração tem auxiliado no aperfeiçoamento dos serviços judiciários. A Informática tem sido poderosa aliada na luta contra a morosidade e a favor da transparência. O andamento dos processos, agora controlado por sistemas confeccionados sob medida para o Judiciário, pode ser conferido pelos interessados em suas residências, uma vez disponíveis na rede mundial de computadores.

Como já acentuou Edgar de Moura Bittencourt⁸, “Talvez o maior flagelo da realização da Justiça seja o atraso [...], porque para tudo há remédio; para o erro e para a corrupção. Só contra a morosidade é que os remédios não atuam, ou pouco efeito produzem”. Por tal motivo, exige-se do Judiciário modernização, a qual, sem embargo de não prescindir das inovações legislativas, demanda criatividade por parte dos que o compõem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENETI, Sidnei Agostinho. *Da Conduta do Juiz*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BITTENCOURT, Edgar de Moura. *O Juiz*. 3. ed. Campinas: Millenium, 2002.

KÁTIA, Edvânia. *Poder Judiciário – Comunicação e Construção de uma Nova Imagem*. <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/cadernos/cid181120033.htm>.

<http://engenhariaubc.br.tripod.com/ciclopdc.htm>

Mobilização para a Qualidade no Setor Público – PQGF (Prêmio Qualidade do Governo Federal) – Instrumento de Avaliação da Gestão Pública. Ciclo 2001.

¹ Juíza Federal da 11ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco.

² KÁTIA, Edvânia. *Poder Judiciário – Comunicação e Construção de uma Nova Imagem*. <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/cadernos/cid181120033.htm>.

³ Coexistem, em verdade, tais demandas “massificadas”, que exigem uma produtividade em “escala industrial”, com aquelas demandas que exigem uma dedicação de artesão por parte do magistrado. Como anota Sidnei Agostinho Beneti (*Da Conduta do Juiz*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 10), a magistratura “artesanal” é a “do caso único, especial”, ao passo que a magistratura “de massa” é a de “[...] grande quantidade de situações processuais repetitivas, que acabam ganhado relevância operacional na razão direta do volume enorme de casos e pessoas envolvidas./Essa massa de trabalho precisa ser vencida, para que sobre tempo para os processos das questões para as quais será necessário trabalho artesanal./Temos duas magistraturas e temos de conviver com elas; temos de realizar a magistratura de massa e temos de realizar a magistratura artesanal, organizando nosso trabalho para que os casos de massa não tomem todo o tempo necessário à solução naturalmente mais demorada dos casos artesanais. Temos de ser bons profissionais no trabalho em série, para que possamos ser bons juízes-artesãos”.

⁴ Ver material intitulado *Mobilização para a Qualidade no Setor Público – PQGF (Prêmio Qualidade do Governo Federal) – Instrumento de Avaliação da Gestão Pública*. Ciclo 2001.

⁵ Idem. Registre-se que, em Qualidade Total, quando se usa o termo *processos*, não se está, à evidência, a se referir a processos judiciais. Os processos ali mencionados são os padrões adotados para a execução dos trabalhos de uma organização.

⁶ Ver <http://engenhariaabc.br.tripod.com/ciclodca.htm>.

⁷ Idem (grifos inexistentes no original).

⁸ In: *O Juiz*. 3. ed. Campinas: Millenium, 2002. p. 169.

A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Tarcísio Barros Borges¹

RESUMO

O presente trabalho trata da questão da eficácia dos direitos sociais e as limitações de sua aplicabilidade imediata – reconhecida *prima facie* pelo art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988 - que decorrem do princípio ou cláusula da reserva do possível. O texto analisa, com enfoque na Constituição brasileira, as possibilidades de limitação dos direitos fundamentais sociais, tendo em vista as restrições materiais e jurídicas que impedem o Estado de entregar prestações materiais positivas aos cidadãos de forma a atender os diversos direitos sociais previstos no corpo da Carta Política.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional, Direitos Fundamentais Sociais, Eficácia.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo traçar breves considerações sobre a eficácia dos direitos sociais² e sua relação direta com o chamado *princípio* ou *cláusula da reserva do possível*³, sob o ponto de vista do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

Verifica-se a importância do debate, tendo em vista que a sociedade brasileira está ansiosa pelo reconhecimento de direitos efetivos, reais e concretos e não deseja mais meras formulações normativas abstratas, destituídas de potencial para a alteração do *status quo*. Enquanto isso, os juristas constitucionais ainda digladiam-se sobre os verdadeiros alcance e efetividade dos diversos direitos constitucionais presentes no Texto Constitucional de 1988, especialmente no que tange aos chamados direitos sociais, econômicos e culturais, notadamente, ainda, no que tange ao chamado direito ao *mínimo existencial*, que seriam as condições materiais mínimas para o ser humano libertar-se de situações de extrema precariedade, de forma a possibilitar o amplo desenvolvimento da personalidade⁴.

Trata-se de debate doutrinário ainda inconcluso — daí também decorrendo as vacilações da jurisprudência, mas que tende, no nosso modo de ver, para um reconhecimento mais efetivo dos direitos sociais, notadamente os direitos à saúde e educação⁵ —, debate esse de extrema importância no contexto atual de tentativa de concretização efetiva de nossa

Constituição⁶, pois ainda persiste um forte déficit na efetivação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Com efeito, nas palavras de Edson Fachin:

Dúvida não há sobre a primazia do debate que reclama tutela efetiva dos direitos, especialmente aqueles consagrados — explícita ou tacitamente —, pelo constituinte como fundamentais. Deve ser um imperativo do Estado — e, conseqüentemente, de suas Cortes Supremas — esse comprometimento⁷.

Assim, o presente estudo tenta contribuir para o debate sobre o alcance da pretendida efetividade dos direitos sociais⁸, procurando tratar do tema dos limites materiais e jurídicos de ação do Estado no seio social quanto à execução de políticas públicas que procuram atender aos anseios básicos da comunidade. Tentar-se-á demonstrar em que condições o princípio da reserva do possível pode ser utilizado legitimamente para exonerar o Poder Público de deveres constitucionais que podem implicar direitos subjetivos dos particulares.

1. EVOLUÇÃO E ESTRUTURA DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais são considerados, pelo menos no que se refere à nossa Constituição, como direitos fundamentais, tendo em vista a posição de destaque dos preceitos dos arts. 6º e 7º da Lei Maior dentro do Título II da Constituição Federal de 1988, denominado *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*. Na nossa Carta Política, os direitos sociais foram tratados em igualdade de condições em face dos direitos individuais de defesa, estes de cunho ideológico liberal, estando, portanto, todos dotados de fundamentalidade.

E não poderia ser de outra forma, tendo em vista que, no plano do Direito Constitucional brasileiro, a “agenda social” está inserida logo no começo da Carta Constitucional de 1988⁹, o que já mostra a importância dos direitos sociais a partir da redemocratização do País. Por outro lado, é valioso registrar que nossa sociedade juridicizada constitucionalmente tem expressamente como fundamento primeiro a dignidade humana¹⁰ e coloca como objetivos, também denominados *fundamentais*, diversas tarefas conectadas à igualdade material dos indivíduos, como, *e. g.*, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais; e a promoção do bem de todos¹¹.

Nesse diapasão, no sentido da importância dos direitos sociais na Constituição, é sintomático constatar que o capítulo da Carta Política destinado a disciplinar os direitos sociais esteja inserido no Título denominado *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*,

juntamente com os demais capítulos destinados aos direitos individuais fundamentais, aos direitos de nacionalidade e aos direitos políticos. Pode falar, assim, na existência de “uma sonora declaração em favor das desigualdades sociais e regionais”¹², a qual influencia todo o texto constitucional e dá um caráter de Estado Social ao nosso ente estatal.

Os direitos sociais surgem historicamente — e também evoluem — no século XX, a partir da consolidação da industrialização e, depois, da revelação das suas conseqüências sociais — exploração do trabalhador, desemprego, fome, doenças, etc. —, as quais foram o pano de fundo para o desenvolvimento dos ideais do socialismo e das mudanças constitucionais exigidas a partir de então como forma de pacificação social. A plena afirmação desses novos direitos dá-se com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919¹³.

Modernamente, em razão da prevalência em boa parte do mundo ocidental desenvolvido do chamado Estado Social de Direito, especialmente na Europa Ocidental¹⁴, reconheceu-se claramente a insuficiência dos direitos liberais clássicos para uma melhor conformação da sociedade exigida pelo princípio da solidariedade¹⁵, em oposição às perspectivas capitalistas mais radicais.

Nesse sentido, as doutrinas neoliberais econômicas e políticas de cunho globalizante, em vigor nos últimos anos do século XX e no começo do presente século, não parecem ser a melhor solução para os problemas da comunidade política tanto em nível nacional como no patamar mundial, na medida em que revelam um tipo de homem insensível à condição do outro, ou seja, sem os condicionantes morais das obrigações sociais decorrentes da dignidade humana.

De fato, assim se expressa Jürgen Habermas, revelando a tensão entre as perspectivas liberal clássica e social da filosofia política e que também implicou a evolução dos direitos fundamentais no sentido socializante e prestacional:

A teoria neoliberal conta com sujeitos do direito privado [Privatrechtssubjekte] que “fazem e permitem o que querem”, segundo as próprias preferências e orientação de valores, dentro das fronteiras legais de ação. Eles não necessitam se interessar mutuamente uns pelos outros e, portanto, não estão equipados com um sentido moral para obrigações sociais. O respeito reclamado juridicamente pelas liberdades privadas [...] é algo diferente do respeito uniforme diante da dignidade humana de qualquer pessoa¹⁶.

A perspectiva doutrinária da visão menos liberal acerca da filosofia política inclui a necessidade de o Estado, mais precisamente o Estado Social, atuar de forma mais efetiva para

propiciar a todos os indivíduos o suprimento de suas necessidades básicas, reconhecendo, destarte, uma “função promocional do direito”, de caráter liberal menos acentuado¹⁷.

O que se deve promover é uma igualdade mais real e menos formal dos seres humanos, rechaçando-se um “autismo economicista”, que apenas visualiza os problemas de escassez a partir de considerações meramente econômicas e que tem uma perspectiva despreocupada da “dimensão integral” da pessoa humana e dos valores da fraternidade e da solidariedade¹⁸. As doutrinas neoliberais, ao se afastarem do ideário do Estado Social, pecam pelo excessivo apego a uma idéia de uma liberdade radical como princípio básico da comunidade, por entenderem que “o valor de uso das liberdades dos cidadãos se esgota na fruição da autonomia privada”. E, com isso, descartam a necessária interação entre a autonomia privada e a autonomia política dos indivíduos, prejudicando a “idéia republicana de autolegislação”, na qual tais autonomias “se pressupõem reciprocamente”¹⁹.

No início do seu desenvolvimento, os direitos sociais passam por um “ciclo de baixa normatividade” e são considerados como meros programas de ação estatal, de cunho não impositivo, mas ultimamente tais direitos vêm recebendo mais força normativa no sentido de aplicabilidade imediata pelas constituições mundiais do pós-guerra, inclusive no Brasil²⁰.

Note-se, inclusive, a existência de uma tendência atual, no âmbito internacional, no sentido do reconhecimento da universalização dos direitos humanos (que também implicam direitos sociais), embora de forma cuidadosa e maleável em face da grande diversidade cultural dos povos do mundo, que também deve ser preservada contra um universalismo radical. Com efeito, assevera Frederico W. Lacerda Dantas:

*Assim, na balizada lição de A. A. Cançado TRINDADE, uma vez examinando-se a universalidade dos direitos humanos em perspectiva adequada, não se verifica fundamento para a crítica relativista. É importante, porém, envidar esforços no sentido de buscar um consenso mínimo entre as diversas culturas que poderá ser ampliado mediante um cross-cultural dialogue, enriquecido pela legitimidade cultural universal dos direitos humanos*²¹.

Todavia, voltando-se agora a perspectiva para a realidade constitucional brasileira, pode-se reconhecer no texto da Constituição Federal de 1988, com clareza, três categorias de direitos fundamentais. Estes podem ser subdivididos em três categorias básicas, conforme a delimitação das respectivas estruturas normativas: a) direitos a abstenções estatais na esfera particular (*status negativus*); b) direitos a prestações positivas de cunho social (*status positivus*); e c) direitos políticos e de participação (*status activus*).²²

Também apresenta classificação semelhante José Afonso da Silva, que reconhece existirem diversas classificações de direitos fundamentais, mas apresenta a seguinte divisão: a) direitos individuais, relacionados à autonomia particular frente à coletividade e ao Estado; b) direitos fundamentais coletivos, no sentido de direitos do homem enquanto membro de uma coletividade; c) direitos fundamentais do “homem-social”, relacionados à condição social ou cultural dos indivíduos; d) direitos de nacionalidade, que objetivam a definição dos critérios desta; e, por fim, e) direitos fundamentais do “homem-cidadão”, os direitos políticos, que são ligados à participação na vida política da comunidade²³.

Vê-se, pois, na verdade, que, apesar de ligeiras divergências doutrinárias, os direitos fundamentais podem ser divididos em três grandes tipologias, a saber: a) os direitos individuais clássicos, garantidores da autonomia e de liberdades individuais frente ao Estado e à coletividade, que implicam geralmente atuação negativa do Estado ou de atuação positiva deste no sentido de proteção dessa liberdade individual contra ataques de outros particulares; b) os direitos sociais, entendido esse termo em sentido amplo, abrangendo direitos culturais e econômicos, os quais demandam em geral uma atuação positiva do Estado, comumente significando a necessidade de oferecimento de prestações materiais pelo Estado diretamente aos indivíduos, como meio de minorar as desigualdades socioeconômicas geradas pelo sistema de produção capitalista; e c) os direitos de participação política, que permitem a atuação do indivíduo na escolha dos governantes e na ingerência dos negócios estatais, como, por exemplo, o direito ao voto ou mesmo o direito de petição aos poderes públicos²⁴.

De outro lado, existem, ainda, as chamadas *garantias fundamentais*, que são meios constitucionais destinados a fazer valer os direitos fundamentais e que não enunciam propriamente direitos²⁵. Elas têm, portanto, nítido caráter instrumental. Todavia, tais direitos podem, sem maiores problemas teóricos, ser naturalmente colocados no mesmo patamar dos direitos fundamentais individuais, pois, em geral, visam à eliminação do arbítrio estatal, e, assim, são um reflexo direto dos direitos individuais materiais. As garantias instrumentais, portanto, apresentam importância equivalente aos direitos substanciais aos quais procuram salvaguardar, donde se pode afirmar existir uma interdependência entre as duas categorias.

No presente estudo, entretanto, interessa sobretudo o problema da justiciabilidade dos direitos sociais em face do problema das restrições materiais decorrentes da escassez de recursos ou da impossibilidade jurídica de alteração da legislação orçamentária, uma vez que, quanto aos direitos individuais clássicos, inexistem maiores problemas quanto às possibilidades de realização judicial. De fato, aponta Ingo Sarlet:

*Se relativamente aos direitos fundamentais de defesa inexistem maiores problemas no que diz com a possibilidade de serem considerados diretamente aplicáveis e aptos, desde logo, a desencadear todos os seus efeitos jurídicos, o mesmo não ocorre na esfera dos direitos fundamentais a prestações, que têm por objeto uma conduta positiva por parte do destinatário, consistente, em regra, numa prestação de natureza fática ou normativa [...]*²⁶

Como dito, os direitos sociais dos particulares são geralmente direcionados contra o Estado²⁷, visando à realização de prestações positivas, isto é, ações destinadas à realização de bens jurídicos materiais (serviços de saúde, incluindo medicamentos, serviços educacionais, culturais, entre outros). Para André Ramos Tavares: “Os direitos sociais, como direitos de segunda dimensão, são aqueles que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante na implementação da igualdade social dos hipossuficientes”²⁸.

No mesmo sentido, José Afonso da Silva, para quem os direitos sociais estão intimamente ligados aos direitos econômicos — sendo estes pressupostos daqueles — e constituem-se de dimensão dos direitos fundamentais, revelados por: “Prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”²⁹.

Não há maiores dúvidas doutrinárias quanto à existência de diferenças entre os direitos liberais clássicos e os direitos sociais, ainda que se defenda existir uma aproximação maior entre eles do que se costuma atestar³⁰ nem, por outro lado, quanto à conceituação dos direitos sociais como direitos a prestações materiais — ou mesmo, eventualmente, a prestações normativas³¹.

Por outro lado, como visto, o objetivo dos direitos sociais é equalizar as desigualdades sociais verificadas em uma sociedade, permitindo que pessoas menos favorecidas contem com um mínimo suporte material para o desenvolvimento da personalidade. Tais direitos, no dizer de Ingo Sarlet, “objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais”³².

Também se reconhece quanto aos direitos sociais, ao lado do sentido de igualdade material, que a “concepção da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade pode estar na origem de uma política de realização de direitos sociais activa e comprometida [...]”³³, posição essa também defendida por Sarlet ao reconhecer a possibilidade de reconhecimento de direitos sociais subjetivos a prestações, pois há uma

“íntima vinculação — destacada especialmente pela doutrina estrangeira — de vários destes direitos com o direito à vida e com o princípio da dignidade humana [...]”³⁴.

No que pertine à eficácia dos direitos sociais, também se aceita, de forma mais ou menos pacífica, uma certa vinculatividade das normas constitucionais definidoras de direitos sociais, ainda que elas sejam dotadas de caráter genérico e tenham, pelo seu caráter mais ou menos aberto, conteúdo também programático³⁵. A eficácia imediata dos direitos fundamentais sociais é atribuível ao disposto no art. 5º, parágrafo primeiro, da CF/88, que prescreve a “aplicabilidade imediata” das “normas definidoras dos direitos e garantias individuais”. Assim, as normas constitucionais do nosso ordenamento, ainda que eventualmente programáticas e definidoras de direitos prestacionais que necessitam de intervenção legislativa, contêm um mínimo de eficácia ou aplicabilidade, por menor que seja a densidade normativa dos preceitos constitucionais pertinentes, aplicabilidade essa que ainda depende da “forma de positivação” e das peculiaridades de cada direito³⁶.

Por outro lado, a doutrina tradicional considerava as normas programáticas mais destinadas ao legislador do que propriamente definidoras de direitos subjetivos, no sentido de que caberia à política ordinária, a partir da ação de governos eleitos, a tarefa exclusiva de concretizar as políticas públicas voltadas para os direitos sociais. Todavia, a decadência do positivismo jurídico implicou também um novo olhar sobre o constitucionalismo chamado “pós-positivista”, que passou a receber influxos de conceitos abertos e carregados de valores morais³⁷ reconhecidos pela razão e pela comunidade, ou seja, dos princípios jurídicos que reestruturaram a hermenêutica constitucional³⁸. Esse novo constitucionalismo, por sua vez, apresenta a tendência de busca de uma maior “efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição”³⁹.

Para Canotilho, a dependência da eficácia dos direitos sociais à intervenção exclusiva do legislador implica, na prática, uma garantia de pouca força dos direitos sociais previstos na Constituição. De fato, na sua visão, “uma tal construção e concepção da garantia jurídico-constitucional dos direitos sociais equivale praticamente a ‘um grau zero de garantia’” (HaverKate)⁴⁰.

O mestre português informa, a propósito, que a Corte Constitucional portuguesa “fixou traços juridicamente constitutivos das normas constitucionais consagradoras de direitos económicos, sociais e culturais”, estabelecendo que: a) eles dispõem de vinculatividade normativo-constitucional; b) servem de parâmetro de controle de constitucionalidade; c) a não-regulamentação legal pode gerar uma inconstitucionalidade por omissão; d) o Estado deve tomar medidas concretas e determinadas em favor desses direitos e não adotar

“promessas vagas e abstractas”; e, por fim, e) a produção legislativa de medidas concretizadoras, ainda que dotada de certa liberdade de conformação, não pode ser deixada à livre disponibilidade do legislador⁴¹.

Nesse contexto, ressalte-se a defesa promovida por Robert Alexy da justiciabilidade dos direitos fundamentais em geral e também dos sociais:

O social, porém, teria perante o liberal pouca força, porque ele não se poderia apoiar em princípios de direito. [...]

A todas as tentativas de suavizar o problema da colisão pela eliminação da justiciabilidade, deve opor-se com ênfase. Elas são nada mais que a solução de problemas jurídico-constitucionais pela abolição de direito constitucional. Se algumas normas da constituição não são levadas a sério, é difícil fundamentar por que outras normas também então devem ser levadas a sério se isso uma vez causa dificuldades. Ameaçada a dissolução da constituição. A primeira decisão fundamental para os direitos fundamentais é, por conseguinte, aquela para a sua força vinculativa jurídica ampla em forma de justiciabilidade⁴².

No que se refere aos direitos sociais, entretanto, essa efetividade jurídica ideal — e desejada —, pelo menos no caso brasileiro, ainda não consegue moldar adequadamente a realidade fática, pois permanece no nosso país uma enorme disparidade entre o conteúdo fortemente social do texto constitucional e as condições sociais de boa parte da população brasileira, a qual não tem acesso, principalmente, a serviços de saúde e de educação de mínima qualidade.

O maior problema da concretização dos direitos sociais, no que se refere às prestações materiais que envolvem um fazer fático, real, pelo Estado, consiste na ausência de recursos materiais ou jurídicos⁴³ para a concretização de direitos elencados pela Constituição. A partir do momento em que decisões judiciais, especialmente após a redemocratização pátria consolidada pela Constituição de 1988⁴⁴, passaram a reconhecer mais fortemente a vinculação dos poderes públicos à Constituição — entendida esta não como mera norma jurídica abstrata, mas, sim, como documento que deve efetivamente moldar a conduta dos poderes públicos e também dos particulares⁴⁵ —, também começaram a surgir teorias que procuram negar uma maior vinculatividade às normas constitucionais definidoras de direitos sociais.

Tais teorias baseiam-se em dois aspectos principais: a) se reconhece a limitação dos recursos materiais e humanos para o perfeito atendimento de todos os serviços públicos estatais relacionados com os direitos sociais (saúde, educação, cultura, etc.) e b) não compete

ao Poder Judiciário traçar políticas públicas, sendo essa tarefa dos demais poderes da República, cujos representantes são eleitos diretamente pela população⁴⁶.

No presente estudo, interessam ambos os aspectos da questão, isto é, tanto a impossibilidade material do Estado como a alegada proibição de alteração de políticas públicas. Então, cabe verificar em que medida essas alegações podem realmente negar a justiciabilidade dos direitos sociais.

2. CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL

2.1 Origem

O princípio ou a cláusula da reserva do possível é fruto de construção do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que o reconheceu no julgamento de um processo no qual estudantes tentaram obter mais vagas em universidades estatais, sob o fundamento de que o Estado deveria custear a educação para fins de amplo exercício da liberdade profissional⁴⁷. A Corte germânica atestou que, embora houvesse de fato o direito à educação, pois o “Estado moderno se inclina ao fomento cultural dos cidadãos”⁴⁸, ele estaria limitado pela reserva do possível, que seria “[...] aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da coletividade”⁴⁹.

Pode-se considerar, portanto, pelo menos no que se refere ao Direito alemão, que a cláusula da reserva do possível configura um princípio constitucional implícito, que impede, presentes certas circunstâncias, a atuação estatal positiva (de cunho prestacional) em favor de particulares, bem como, analogamente, o reconhecimento de direitos subjetivos destes contra o Estado na seara prestacional. A cláusula revela nada mais do que a própria falta de recursos específicos para a despesa desejada, que garantisse o direito social postulado, bem como a impossibilidade de remanejamento de verbas orçamentárias previstas pelo legislador para o atendimento de despesas diversas (alteração de políticas públicas) em prol dos direitos sociais demandados no caso.

2.2 Reserva do Possível Fática e Jurídica

A reserva do possível envolve, portanto, dois aspectos distintos: a) a *reserva do possível fática*, que concerne à falta de recursos financeiros para a concretização do direito; b) a *reserva do possível jurídica*, que diz respeito à legalidade orçamentária⁵⁰.

No caso da reserva do possível fática, trata-se de “[...] limitação lógica e, de certo modo, óbvia à atividade jurisdicional em matéria de efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Afinal, sem dinheiro não há direito”⁵¹. Em outras palavras, a reserva fática nada mais é do que a falta de recursos financeiros, ou mesmo humanos e de infra-estrutura, para o cumprimento do direito social fundamental. Assim, caso um indivíduo deseje a realização, por conta de um pequeno município do interior no qual reside, de uma custosa cirurgia que só pode ser feita no exterior, o ente público pode, comprovando a ausência efetiva de recursos financeiros, alegar o óbice à efetividade do direito social⁵².

Outro óbice à concretização de um direito social fundamental por meio de decisão judicial e que é relacionado à reserva do possível diz respeito ao princípio isonômico, pois a decisão judicial não pode afetar os direitos fundamentais de outros indivíduos que também esperam do Estado o mesmo tratamento⁵³.

Assim, portanto, no âmbito de processos judiciais nos quais há pedido de direitos sociais prestacionais, como, por exemplo, a entrega de determinado medicamento essencial ao particular ou à realização de cirurgias de grande porte, cabe ao Estado a demonstração da inexistência de recursos financeiros para o atendimento ao medicamento pretendido, assim como apresentar detalhamento de quantas pessoas estariam sendo prejudicadas pela realocação dos recursos determinada judicialmente. Trata-se, aqui, da aplicação da cláusula da reserva do possível no aspecto fático.

Todavia, não havendo pelo Estado a demonstração da inexistência de recursos financeiros e sendo o medicamento essencial à saúde do particular, sem o qual ele poderia falecer ou mesmo ter graves complicações do estado clínico, há direito subjetivo à saúde, já que esta se relaciona diretamente com o direito à vida. Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal vem considerando que o direito à saúde, como consequência lógica do direito à vida, consiste em direito subjetivo do particular frente ao Estado, por força na norma do art. 196 da CF/88, conforme ver-se-á adiante⁵⁴.

Por outro lado, o outro aspecto da reserva do possível diz respeito à legalidade orçamentária, no sentido de que o Poder Público não estaria obrigado a oferecer prestações positivas ligadas a direitos sociais caso não houvesse previsão legal orçamentária para tanto. Em princípio, o Estado deve agir de acordo com as políticas públicas adotadas pelo legislador ordinário no sentido de atendimento das demandas constitucionais, sendo o Poder Legislativo o poder competente para definir, *a priori*, a alocação dos recursos públicos. Com efeito, para Eduardo Appio: “A atividade legislativa desempenhada pelo Poder Legislativo se assenta na

representatividade popular e no princípio da separação dos poderes, segundo o qual incumbe ao legislador, com primazia, a escolha do momento e do conteúdo da atividade legislativa”⁵⁵.

Todavia, deve-se reconhecer que compete ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade de políticas públicas adotadas pelo legislador ou mesmo de omissões legislativas, sem que isso afronte o princípio da separação de poderes ou a soberania popular, desde que ocorram evidentes abusos nas escolhas legislativas.

É que o legislador ordinário está plenamente vinculado à “concretização de direitos fundamentais” mesmo que ele tenha um “espaço de discricionariedade legislativa ampla” quanto à “elaboração orçamentária e à definição de políticas públicas concretizadoras das tarefas constitucionais atribuídas ao Estado”⁵⁶.

Para Cármen Lúcia Antunes Rocha, em que pese a existência de discricionariedade legislativa *prima facie*, pode o Poder Judiciário ser chamado a controlar políticas públicas, sendo que a “sindicabilidade judicial” dos direitos sociais decorre de diversos fatores, como: a) o direito constitucional à jurisdição; b) o dever constitucional de preservar o mínimo existencial, este conectado ao princípio da dignidade humana; c) o princípio da supremacia constitucional; e d) da atribuição constitucional conferida ao Judiciário de controlar a constitucionalidade dos “comportamentos e das normas” do Poder Público⁵⁷.

No mesmo sentido, Andreas Krell, que defende o controle de constitucionalidade das leis orçamentárias como forma de conferir efetividade aos direitos sociais⁵⁸, além de entender possível o remanejamento de verbas orçamentárias de outras rubricas para o atendimento dos direitos básicos do cidadão⁵⁹.

Assim, seria possível até mesmo o deslocamento de verbas orçamentárias para o atendimento de preceitos constitucionais, por meio de uma ponderação entre os bens jurídicos em jogo, não sendo a cláusula da reserva do possível um empecilho para tanto, pois as normas legais inferiores devem prestar homenagem aos valores maiores presentes na Lei Maior. Nesse sentido, assevera o juiz federal Eugênio Rosa:

*Portanto, o princípio da reserva do possível deverá ser ponderado com as regras do direito financeiro veiculadoras do direito material de rearranjo das dotações orçamentárias, colmatando eventual vácuo regulamentar que frustrasse ou iniba a regular fruição de direitos fundamentais garantidos pela ordem constitucional*⁶⁰.

O autor citado esclarece, ainda, a possibilidade conferida pela Lei nº 10.837/2004 (Lei Orçamentária Anual para 2004) ao Poder Executivo para que este, por decreto, crie créditos suplementares no caso de excesso de arrecadação⁶¹. De fato, os arts. 4º e 5º da norma citada

permitiam a majoração de gastos no caso de excesso de arrecadação, sem necessidade de maiores formalidades.

Vê-se, pois, a existência de suporte normativo infralegal para o afastamento do princípio da vinculatividade orçamentária, suporte esse nem sempre necessário na atuação do Poder Judiciário em processos judiciais, pois este pode, em condições excepcionais e para dar cumprimento a preceitos constitucionais de alta densidade axiológica, determinar ao administrador público que promova o rearranjo das verbas orçamentárias a fim de que direitos fundamentais sociais sejam efetivamente cumpridos.

2.3 Direitos Sociais e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF

No que se refere à concretização dos direitos sociais — saúde e educação, principalmente — e à aceitação do princípio da reserva do possível no âmbito da jurisdição constitucional promovida pelo STF, note-se que a tendência é no sentido da justiciabilidade dos direitos sociais, ainda que a atuação do Poder Judiciário deva ocorrer “em bases excepcionais”.

De fato, no julgamento do RE 410.715/SP, rel. Min. Celso de Mello⁶², ficou decidido que compete ao município o atendimento de crianças em creches e pré-escolas, até os 6 anos de idade, sendo tal direito de caráter social e fundamental. O tribunal entendeu que compete ao Poder Judiciário, ainda que excepcionalmente, determinar a realização de políticas públicas nesse sentido. Confira-se a ementa do julgado:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA – EDUCAÇÃO INFANTIL – DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) – COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO – DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) – RECURSO IMPROVIDO.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento

integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

- Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.
- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.
- Os Municípios — que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) — não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.
- Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão — por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório — mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.

Nesse julgamento, o relator, o ministro Celso de Mello, asseverou em seu voto que, embora a atuação do Poder Judiciário na seara dos direitos sociais — no caso concreto, o da educação — se dê de forma excepcional, é possível a concretização judicial no caso de claro descumprimento pelo Poder Público dos encargos constitucionais a ele atribuídos. Assim, na visão do STF, a:

Cláusula da “reserva do possível”, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível — não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação, de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade⁶³.

Em outra ocasião, a Suprema Corte, ao analisar o direito social à saúde, também deu prevalência à efetividade das normas constitucionais, especialmente no que se refere à obrigação de fornecimento de medicamentos, entendendo que compete ao Poder Público tal incumbência.

Sobre o tema, confira-se as seguintes decisões:

E M E N T A: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A PACIENTE HIPOSSUFICIENTE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita. Obrigação do Estado em fornecê-los. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento⁶⁴.

E M E N T A: PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO – PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, *CAPUT*, E 196) – PRECEDENTES (STF) – ABUSO

DO DIREITO DE RECORRER – IMPOSIÇÃO DE MULTA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. – O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular — e implementar — políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. – O direito à saúde — além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas — representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política — que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro — não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. – O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente

daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. [...]⁶⁵

Neste último julgamento, o STF, por meio do entendimento do relator Celso de Mello, entendeu que o direito à saúde “Se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República” (grifos nossos) prevalece, como prerrogativa fundamental, contra o “interesse financeiro e secundário do Estado”, de forma que a decisão judicial correta é aquela que objetiva “o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas”.

Revela-se clara, portanto, a tendência jurisprudencial no sentido da rejeição de uma maior força jurídica à cláusula da reserva do possível, pois esta se fundamenta, principalmente, em interesses financeiros do Estado, os quais não são comparados à fundamentalidade dos direitos sociais à educação e à saúde, por exemplo.

3. CONCLUSÃO

Resumindo-se as idéias trazidas no texto, pode-se afirmar que os direitos sociais, tais como previstos na Carta Política de 1988, ostentam um caráter de fundamentalidade de similar dimensão ao dos direitos liberais clássicos, ou seja, os chamados *direitos de defesa contra o arbítrio estatal*.

O constitucionalismo moderno pátrio caminha — sob os influxos, especialmente, das doutrinas constitucionais européias do Pós-guerra, hauridas do ambiente democrático já prevalecente na segunda metade do século XX — no sentido da busca da maior efetividade das normas constitucionais, que tendem a ser interpretadas de forma menos positivista e dogmática. A nova interpretação constitucional decorre do amplo sistema de valores humanos e sociais colhidos racionalmente e acolhidos pelas constituições democráticas modernas e, especialmente, pela Constituição Federal de 1988, o que tem levado a parcela da doutrina e a jurisprudência a admitirem uma forte intervenção do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais prestacionais, sem, contudo, operar-se o abandono dos princípios da soberania popular e da separação dos poderes.

E outro não poderia ser o caminho a ser seguido, pois é norma expressa da Constituição de 1988 que os direitos fundamentais têm “aplicação imediata” (art. 5º, § 1º), de forma que, portanto, o legislador ordinário e os governos de ocasião estão plenamente vinculados aos direitos fundamentais.

Em que pese a discricionariedade legislativa constituir-se de característica ainda presente na teoria juspolítica moderna, ela é temperada e mitigada pela forte vinculação do legislador aos direitos fundamentais reconhecidos pelo pacto normativo supremo da coletividade.

E um dos limites à intervenção do Poder Judiciário constitui-se da chamada “*cláusula da reserva do possível*”, que apresenta dois aspectos: o fático e o jurídico, mas que não implica óbice absoluto à concretização judicial de direitos sociais, conforme, aliás, vem decidindo o Supremo Tribunal Federal em determinadas matérias, o qual parece exigir que a ausência de recursos financeiros para a realização do direito tem de ser demonstrada de forma clara pelo Estado em cada caso concreto.

Ressalte-se, inclusive, que a jurisprudência recente da nossa Corte Suprema vem conferindo uma maior efetividade aos direitos sociais que demandam a entrega pelo Estado de prestações materiais positivas nas áreas de saúde e de educação, o que merece elogios, tendo em vista a nossa grande desigualdade social e a tradicional e notória deficiência dos administradores públicos no tema.

Assim, portanto, a concretização judicial desses direitos atende à desejada “força normativa da Constituição”, além de impelir os agentes públicos a melhor cuidarem dos serviços públicos essenciais, sob pena de sofrerem o controle jurídico da própria comunidade prejudicada, por meio de ações judiciais dotadas de força condenatória e não meramente sugestiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

ARAÚJO, Eugênio Rosa de. O Princípio da Reserva do Possível e Ponderação com Regras a Ele Pertinentes: Viagem na Irrealidade do Cotidiano Financeiro. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, n. 15, p. 19-34, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-positivismo. In: *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BIGOLIN, Giovani. A Reserva do Possível como Limite à Eficácia e Efetividade dos Direitos Sociais. *Revista do Ministério Público*, n. 53, maio/set./2004, Porto Alegre.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DANTAS, Frederico Wildson Lacerda. Universalismo *Versus* Relativismo Cultural: a Afirmação Universal dos Direitos Humanos no Âmbito do Direito Constitucional Internacional. *Revista da Escola da Magistratura Federal da 5ª Região*, n. 14, mar. 2007.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.
- FACHIN, Luís Edson. Defesa da Constituição, Cortes Supremas e Estado Social Democrático. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, ano II, n. 3, p. 101, abr. 2007.
- FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Direito à Saúde, Escassez e o Judiciário. *Folha de S.Paulo*. São Paulo, 10 ago. 2007, Opinião, Caderno A3.
- HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-nacional: Ensaio Político*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.
- KRELL, Andreas. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e Alemanha: os (Des)caminhos de um Direito Constitucional "Comparado"*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LIMA, George Marmelstein. *Proteção Judicial dos Direitos Fundamentais: Diálogo Constitucional entre o Brasil e a Alemanha*, p. 125-126. Disponível em <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/alemanha.pdf>>. Acesso em: 06/08/2007.
- MAIA, Antônio Cavalcanti. *As Transformações dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos: Apontamentos Acerca do Neoconstitucionalismo*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 09/08/2007.
- MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico: Escritos de Filosofía Jurídica y Política*. Madri: Dykinson, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Integração Social e Perspectivas da Democracia. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Constituição e Crise Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 461-477.
- MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Derechos Liberales y Derechos Sociales*. Disponível em: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/01361620824573839199024/cuaderno15/volII/doxa15_09.pdf>. Acesso em: 05/07/2007.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. O Mínimo Existencial e o Princípio da Reserva do Possível. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 5, p. 439-461, jan./jun. 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

¹ Juiz Federal da 14^a Vara de Pernambuco. Especialista em Direito Público pela UFPE. Mestrando em Direito Processual pela Unicap.

² Neste texto, considera-se eficácia dos direitos sociais a possibilidade de sua concretização mediante uma decisão emanada do Poder Judiciário, no caso de descumprimento desses direitos constitucionais pelos poderes públicos. Também são utilizadas outras expressões no mesmo sentido, tais como *concretização*, *efetividade*, *realização*, etc. Por outro lado, utilizar-se-á no texto o termo “direitos sociais” para abarcar de forma genérica os direitos a prestações positivas (direitos sociais, econômicos e culturais).

³ Trata-se de princípio que diz respeito às possibilidades materiais e jurídicas do Poder Público quanto ao cumprimento de políticas públicas relacionados com os direitos prestacionais elencados no texto da Constituição, conforme se verá adiante.

⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 5, p. 446-447, jan./jun. 2005. Para a autora, o princípio do mínimo existencial está diretamente relacionado com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, o qual deve ostentar a máxima efetividade possível. A teoria do mínimo existencial também é assumida cada vez mais por parcela da doutrina brasileira, conforme relato de LIMA, George Marmelstein. *Proteção Judicial dos Direitos Fundamentais: diálogo constitucional entre o Brasil e a Alemanha*, p. 112-114. Disponível em <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/alemanha.pdf>>. Acesso em: 06/08/2007.

⁵ Cf., a respeito, FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Direito à saúde, escassez e o Judiciário. *Folha de S.Paulo*. São Paulo, 10 ago. 2007, Opinião, Caderno A3, que ressalta a atualidade do debate e apresenta crítica à tendência jurisprudencial no sentido de reconhecimento do direito à saúde como ilimitado. Para o articulista, o direito à saúde deveria ser tratado com enfoque na “igualdade de condições (equidade) no acesso aos serviços de saúde”.

⁶ Cf. KRELL, Andreas. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002, p. 17-18, para quem a efetivação real de direitos sociais é uma necessidade da sociedade brasileira, tendo em vista os péssimos índices socioeconômicos da maioria da população.

⁷ FACHIN, Luís Edson. Defesa da Constituição, Cortes Supremas e Estado Social Democrático. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, ano II, n. 3, p. 101, abr. 2007.

⁸ Cf., a respeito, BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Constitucionalismo Brasileiro: Pós-modernidade, Teórica Crítica e Pós-positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 47. Neste texto, o autor traça em linhas gerais a evolução do constitucionalismo brasileiro, notadamente pós-1988, no sentido da “busca da efetividade” das normas constitucionais por meio também de uma nova interpretação constitucional informada por princípios específicos, especialmente quanto à idéia da existência de um sistema de princípios jurídicos materiais abertos que informam todo o sistema jurídico no intuito da máxima efetividade da Constituição.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Integração Social e Perspectivas da Democracia. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Constituição e Crise Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 461-477, p. 465.

¹⁰ Constituição Federal, art. 1º, III.

¹¹ Constituição Federal, art. 3º, I, III e IV.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira. Integração Social e Perspectivas da Democracia. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Constituição e Crise Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 461-477, p. 465.

¹³ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 54.

¹⁴ Para Habermas, o estabelecimento do Estado Social na Europa na segunda metade do século XX foi uma das conseqüências benéficas da 2ª Guerra Mundial, época na qual a “forma econômica altamente produtiva do capitalismo foi sujeitada pela primeira vez de modo social”, o que garantiu, na sua visão, direitos sociais básicos. HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-nacional: Ensaio Político*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 63-64.

¹⁵ O princípio da solidariedade (“consciência da solidariedade cosmopolita obrigatória”) não só entre cidadãos dos Estados nacionais e também na comunidade internacional é uma exigência para o estabelecimento de ordens democráticas nacionais e internacionais de cunho social sem as danosas interferências do neoliberalismo econômico. Cf. HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-nacional: Ensaio Político*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 136, 141.

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-nacional: ensaios políticos*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 119.

- ¹⁷ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico: Escritos de Filosofía Jurídica y Política*. Madri: Dykinson, 1999. p. 69.
- ¹⁸ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico: Escritos de Filosofía Jurídica y Política*. Madri: Dykinson, 1999, p. 81-82.
- ¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-nacional: Ensaio Político*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 119-120.
- ²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 564-565.
- ²¹ DANTAS, Frederico Wildson Lacerda. Universalismo Versus Relativismo Cultural: a Afirmação Universal dos Direitos Humanos no Âmbito do Direito Constitucional Internacional. *Revista da Escola da Magistratura Federal da 5ª Região*, n. 14, p. 136, mar. 2007.
- ²² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007. p. 64.
- ²³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 186-187.
- ²⁴ Cf. MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Derechos Liberales y Derechos Sociales*. Disponível em: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/01361620824573839199024/cuaderno15/volII/doxa15_09.pdf>. Acesso em: 05/07/2007. O autor explica nesse texto, inicialmente, a classificação tradicional entre os direitos civis (individuais), políticos (estes dois considerados liberais) e sociais, para depois fazer uma crítica de uma rígida diferenciação entre direitos liberais e sociais, na medida em que existem diversos pontos em comum entre as duas categorias, como, por exemplo, o fato de que ambos os direitos operam custos para o Estado. Ademais, o autor defende que os direitos fundamentais, liberais e sociais consistem em categoria unitária quanto a seus aspectos essenciais, conectados à dignidade e autonomia humanas.
- ²⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007. p. 80.
- ²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 296.
- ²⁷ Note-se, entretanto, que alguns direitos sociais consistem em prestações positivas que não são deduzidas diretamente contra o Estado, a exemplo dos direitos trabalhistas previstos no art. 7º da CF/88, que são prestados por empresas e pessoas particulares quando assumem a função de empregadores. Assim também na Constituição portuguesa, conforme ensinamento de CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 379.
- ²⁸ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 2007.
- ²⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 289.
- ³⁰ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 299, nota de rodapé 124, na qual o autor entende que os direitos sociais prestacionais diferem dos direitos de defesa por critério de grau, e não de substância.
- ³¹ Cf., a propósito, o entendimento de CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1181, para quem existem direitos a “prestações fácticas” e direitos a “prestações normativas”.
- ³² SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 299.
- ³³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 443-444.
- ³⁴ SARLET. Op. cit., p. 373.
- ³⁵ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 235-263, que faz uma defesa do princípio da máxima efetividade da Constituição.
- ³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 297.
- ³⁷ Cf. MAIA, Antônio Cavalcanti. *As Transformações dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos: Apontamentos acerca do Neoconstitucionalismo*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 09/08/2007. Nesse texto, o professor da Uerj e da PUC-Rio mostra que as constituições contemporâneas incorporam conteúdos materiais em forma de princípios, diretrizes e valores, com ênfase no reconhecimento de direitos fundamentais com forte caráter axiológico e racional, o que ele chama de “neoconstitucionalismo”.
- ³⁸ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-positivismo. In: *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 29; 34-35.
- ³⁹ Ibidem. p. 47.
- ⁴⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 451.
- ⁴¹ Ibidem. p. 452.

⁴² ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 63.

⁴³ Conforme ver-se-á mais adiante, nem sempre a falta de efetividade dos direitos sociais decorre da ausência de recursos financeiros. Pode ocorrer ausência de normatização pelo Estado, desorganização administrativa, simples inércia estatal, etc.

⁴⁴ Cf. ARAÚJO, Eugênio Rosa de. O Princípio da Reserva do Possível e Ponderação com Regras a ele Pertinentes: Viagem na Irrealidade do Cotidiano Financeiro. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, n. 15, p. 20, 2005, para quem a redemocratização implicou o aumento das demandas populares por melhores serviços públicos.

⁴⁵ Cf., a propósito, a idéia de “vontade de constituição” descrita magistralmente por HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

⁴⁶ Para uma visão sistemática das principais correntes doutrinárias, inclusive estrangeiras, e também críticas quanto à atuação do Poder Judiciário na realização de direitos sociais, cf. BIGOLIN, Giovani. A Reserva do Possível como Limite à Eficácia e Efetividade dos Direitos Sociais. *Revista do Ministério Público*, n. 53, mai./set./2004, p. 49-69, Porto Alegre.

⁴⁷ Confira-se um preciso comentário da decisão em: LIMA, George Marmelstein. *Proteção Judicial dos Direitos Fundamentais: Diálogo Constitucional entre o Brasil e a Alemanha*, p. 125-126. Disponível em <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/alemanha.pdf>>. Acesso em: 06/08/2007.

⁴⁸ *Ibidem*. p. 126.

⁴⁹ *Ibidem*. p. 127.

⁵⁰ Cf. ARAÚJO, Eugênio Rosa de. O Princípio da Reserva do Possível e Ponderação com Regras a Ele Pertinentes: Viagem na Irrealidade do Cotidiano Financeiro. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, n. 15, p. 23, 2005, que colhe a distinção em obra de Marcos Masilli Gouvêa (O Controle Judicial das Omissões Administrativas, Forense: 2003. p. 384).

⁵¹ LIMA, George Marmelstein. *Proteção Judicial dos Direitos Fundamentais: Diálogo Constitucional entre o Brasil e a Alemanha*, p. 125-126. Disponível em <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/alemanha.pdf>>. Acesso em: 06/08/2007.

⁵² Acredito que cabe ao Estado o ônus de comprovar, na contestação da ação judicial, a falta de recursos financeiros, de acordo com o art. 333 do CPC. Cf., ainda, LIMA, George Marmelstein. *Op. cit.*, p. 129-130, que também defende a atribuição do ônus da prova ao Estado, inclusive com a remessa aos autos de dados orçamentários e financeiros que provem a ausência de recursos.

⁵³ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 106-107.

⁵⁴ STF, 2ª Turma, Ag. Reg. No RE 393.175-0/RS, julg. 12/12/2006, rel. Min. Celso de Mello.

⁵⁵ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 81.

⁵⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. O Mínimo Existencial e o Princípio da Reserva do Possível. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 5, p. 448, jan./jun. 2005.

⁵⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. O Mínimo Existencial e o Princípio da Reserva do Possível. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 5, p. 460, jan./jun. 2005.

⁵⁸ KRELL, Andreas. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e Alemanha: os (Des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002. p. 102.

⁵⁹ *Ibidem*. p. 53.

⁶⁰ ARAÚJO, Eugênio Rosa de. O Princípio da Reserva do Possível e Ponderação com Regras a Ele Pertinentes: Viagem na Irrealidade do Cotidiano Financeiro. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, n. 15, p. 34, 2005.

⁶¹ *Ibidem*. p. 24-27.

⁶² STF, 2ª Turma, julg. 22/11/2005, DJU 03/02/2006, p. 76.

⁶³ STF, voto do ministro Celso de Mello no RE (Ag. Reg.) 410.715/SP.

⁶⁴ STF, 2ª Turma, julg. 26/06/2007, DJU 17/08/2007, min. Eros Grau.

⁶⁵ STF, 2ª Turma, julg. 12/12/2006, DJU 02/02/2007, min. Celso de Mello.

DO MITO DA NEUTRALIDADE À CONCEPÇÃO DO JUIZ “POLITIZADO” E INDEPENDENTE COMO MODELO DE GESTOR JUDICIAL

Tiago Antunes de Aguiar¹

RESUMO

O artigo trata da evolução do pensamento tradicional da figura do juiz como um ser neutro ideologicamente, como falsa garantia da prestação de uma atividade jurisdicional imparcial, para a idéia de um juiz independente e com concepções ideológicas no exercício da sua atividade pública. Explica o papel do poder judiciário como garantidor da cidadania na sua relação com os outros poderes, defendendo, por fim, a capacitação do magistrado e de sua equipe como instrumento para o aperfeiçoamento da administração da justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Administração da Justiça, Poder Judiciário, juiz.

INTRODUÇÃO

A complexidade do mundo contemporâneo, seja no seu aspecto cultural, político, seja no econômico, exige do Poder Judiciário e, conseqüentemente, do juiz conhecimentos das mais diversas áreas científicas, tais como psicologia, história e economia, não bastando mais o simples conhecimento técnico das disciplinas jurídico-dogmáticas para a resolução dos problemas de uma sociedade globalizada.

Por outro lado, a idéia de um juiz “hermético”, apegado ao excesso de formalismo processual e ao positivismo jurídico tradicional kelseniano, sem atentar para as peculiaridades sociais do caso concreto e para o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, não condiz com os anseios da população, que cada vez mais exige celeridade e efetividade na prestação do serviço público a cargo do Poder Judiciário (tutela jurisdicional).

Nessa contextualização, faremos digressões sobre as idéias equivocadas de “neutralidade” do juiz e da necessidade de um julgador “apolítico” como pressupostos de uma resolução de conflito justa e imparcial. Da mesma forma, ingressaremos na análise do papel do Poder Judiciário como garantidor da efetivação da cidadania em face dos outros poderes,

trazendo à tona questões relativas à necessária gestão judicial (Administração da Justiça) planejada e à capacitação pessoal dos juízes como corolário da efetiva prestação jurisdicional de qualidade.

1. O MITO DA NEUTRALIDADE DO JUIZ

A idéia de um juiz neutro, cuja decisão seria desprovida de qualquer conteúdo político-ideológico, propugnado como garantia da imparcialidade do poder jurisdicional, coincide historicamente com o surgimento do pensamento do liberalismo clássico.

O Estado Liberal foi marcado por uma rígida delimitação dos seus poderes de intervenção na esfera jurídica privada, repercutindo sobre os julgamentos do Estado-Juiz, que não poderia interpretar a lei em face da realidade social².

Conforme aludido por Luiz Guilherme Marinoni:

Esta idéia, bem refletida nos escritos de Montesquieu, espelha uma ideologia que liga liberdade política à certeza do direito. A segurança psicológica do indivíduo — ou sua liberdade política — estaria na certeza de que o julgamento apenas afirmaria o que está contido na lei. Ou melhor, acreditava-se que, não havendo diferença entre o julgamento e a lei, estaria assegurada a liberdade política.

Não foi por outro motivo que Montesquieu definiu o juiz como a bouche de la loi (a boca da lei) (G.A.). Ainda que admitindo que a lei pudesse ser, em certos casos, muito rigorosa, conclui Montesquieu, no seu célebre Do espírito das leis, (G.A.) que os juízes de uma nação não são “mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu vigor”³.

Apesar de ser quase senso comum reputar-se a Montesquieu a idéia de que este defendia a separação dos poderes ao extremo de considerar como função do juiz a mera declaração da autoridade do legislador, sendo o Poder Judiciário um poder nulo⁴, ZAFFARONI afirma, de forma bastante elucidativa, que Montesquieu deve ser lido muito mais de forma sociológica e política do que de forma jurídica (dogmática). A idéia básica do autor francês (contextualizada em uma época em que o Poder Judiciário era tão ou mais arbitrário do que o poder monárquico, a ponto de a Revolução Francesa ter sido desdobrada contra o poder dos juízes) consistia muito mais no combate ao abuso de poder do que em uma separação de poderes estanques e incomunicáveis⁵.

Nesse sentido, o mencionado jurista argentino sintetiza com precisão:

Entendendo Montesquieu sociológica e politicamente — e não jurídica ou formalmente — não resta dúvida de que ele quer significar que o poder deve estar distribuído entre órgãos ou corpos, com capacidade de regerem-se de forma autônoma com relação a outros órgãos ou corpos, de modo que se elida a tendência “natural” ao abuso.

Não há em Montesquieu qualquer expressão que exclua a possibilidade dos controles recíprocos nem que afirme a absurda compartimentalização que acabe em algo parecido com “três governos” e, menos ainda, que não reconheça que, no exercício de suas funções próprias, esses órgãos não devam assumir funções de outra natureza (o Judiciário e o Legislativo, em seus autogovernos, assumem funções administrativas; o Executivo, ao regulamentar as leis, ao encaminhar projetos e aos vetá-los, exerce funções legislativas; algumas constituições reconhecem limitadas funções de iniciativa parlamentar aos judiciários, etc.)⁶.

Esse verdadeiro dogma da neutralidade perdurou por longo período como concepção ideal do Poder Judiciário, imperando entre os cultores do direito com base nos ensinamentos de Hans Kelsen, que aludia, na 1ª edição de sua obra *Teoria pura do direito*, à tentativa de desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda ideologia política e dos elementos da ciência natural⁷.

Modernamente, contudo, não se pode admitir tal pensamento como parte de uma ciência social, sobretudo na ciência jurídica, sendo a idéia da neutralidade algo impossível de se atingir e mesmo indesejável. A dogmática jurídica tradicional, por certo, falhou ao tentar preceituar algo contrário à própria natureza humana: o juiz é um ser humano e, como tal, “não será possível libertá-lo do seu próprio inconsciente, de seus registros mais primitivos. Não há como idealizar um intérprete sem memória e sem desejos. Em sentido pleno, não há neutralidade possível”⁸.

Não pode, portanto, o juiz ser considerado um ser asséptico, desvinculado dos problemas da comunidade e desprovido de idéias próprias. Esse falso conceito, apesar de associado a uma virtude considerada equivocadamente como necessária à imparcialidade do julgador, além de não atingir a esse fim pretendido (imparcialidade), não passa de uma mera caricatura⁹.

2. O JUIZ COMO SER POLÍTICO E INDEPENDENTE

Superada a questão da impossibilidade da neutralidade do juiz, impõe-se como corolário que este, como integrante de um poder e detentor de suas convicções pessoais, desempenha função política ao proferir suas decisões. O Judiciário convive com questões políticas em seu cotidiano que lhe são apresentadas para solução, como, por exemplo, a invasão de uma terra particular por movimentos agrários. Nesse caso, dependendo do grau de formação cultural e ideológica do magistrado, poder-se-á argumentar pela manutenção do esbulho em face do princípio constitucional da função social da terra (levado a um grau absoluto) ou, em sentido contrário, pela necessidade de desocupação do imóvel em face do direito de propriedade, o qual só poderia ser retirado do titular da terra com a declaração de interesse social para reforma agrária, após regular procedimento administrativo contraditório e o conseqüente processo de desapropriação.

Quando se fala em Poder Judiciário, está se falando de um “ramo do governo”, sendo etimologicamente incorreto pensar-se em um poder estatal que não seja político no sentido de “governo da pólis”. A separação de poderes (ou de funções preponderantes) nada mais é do que uma distribuição de poder político, sendo a sentença um ato de poder e, portanto, um ato de governo, mediante a prestação de um serviço público relevante, a resolução dos conflitos sociais¹⁰.

Não se quer dizer, com tal afirmação, que os juízes devem proferir suas decisões com base nas orientações de determinado partido político, mas que, ao decidir, optam pela decisão que lhes repute mais justa e correta dentro do sistema jurídico e considerando sua interpretação (o que não deixa de ser uma manifestação de poder) que, como vimos, não é uma mera manifestação da “boca” da lei.

Mais uma vez, por sua profundidade, citamos as palavras de ZAFFARONI:

É inegável que a imagem do juiz asséptico foi alimentada pelo perfil resultante da estrutura burocrática européia (bonapartista), que, como vimos, criou espaço para que vários ideólogos — entre eles Carl Schmitt — estabelecessem como uma fatalidade a inimizabilidade política dos juízes.

Ninguém pode duvidar de que o juiz não pode corresponder às ordens de um partido político, muito além do que uma Constituição ou uma lei autorize ou proíba a filiação ou militância política, o que é, definitivamente, anedótico em uma democracia consolidada. Mas, ao mesmo tempo, é insustentável pretender que um juiz não seja cidadão, que não participe de certa ordem de idéias, que não tenha uma compreensão do mundo, uma visão da realidade. [...]

A tarefa de interpretar a lei para aplicá-la ao caso concreto é árdua, equívoca e discutível. Se assim não fosse, seriam inúteis as bibliotecas jurídicas. Não há dúvida de que, diante de certos problemas, a lei não é interpretada da mesma maneira por um conservador e um liberal, um

*socialista ou um democrata-cristão, mas isso não obedece a que qualquer comitê partidário lhe distribua ordens e menos ainda a corrupção*¹¹.

O reconhecimento da “politização” do juiz não implica a falta de imparcialidade do Poder Judiciário. Ao contrário, a imparcialidade é inerente ao próprio conceito de *jurisdição*, sendo sua principal garantia a existência de um juiz independente. Não é o fato de o juiz possuir seus pensamentos, suas posições ideológicas, que fará com que ele perca sua imparcialidade, mas, sim, a falta de sua independência funcional para com os outros poderes (independência externa) ou para com o seu próprio tribunal (independência interna). A imparcialidade significa que um terceiro “supra” ou “inter” partes (ainda que ontologicamente possua valores e crenças) irá decidir a quem cabe o direito, sem atender ao interesse de um determinado grupo partidário em sentido amplo¹².

Sobre a diferença entre independência externa e interna, arremata ZAFFARONI:

A independência do juiz, ao revés, é a que importa a garantia de que o magistrado não estará submetido às pressões de poderes externos à própria magistratura, mas também implica a segurança de que o juiz não sofrerá as pressões dos órgãos colegiados da própria judicatura.

*Um juiz independente, ou melhor, um juiz, simplesmente, não pode ser concebido em uma democracia moderna como um empregado do Executivo ou do Legislativo, mas nem pode ser um empregado da corte ou do supremo tribunal. Um poder judiciário não é hoje concebível como mais um ramo da administração e, portanto, não se pode conceber sua estrutura na forma hierarquizada de um exército. Um judiciário verticalmente militarizado é tão aberrante quanto um exército horizontalizado*¹³.

Em uma democracia não pode ser outro o modelo de Poder Judiciário ideal senão aquele em que possam conviver membros de diferentes concepções político-ideológicas, pessoas com diversidade interpretativa, com tensões próprias de se conceber o direito e a vida. A chave para o alcance da imparcialidade desejada é o respeito ao pluralismo ideológico e valorativo, dentro de um modelo democrático de magistratura com a presença de um controle recíproco dentro da sua estrutura entre os diversos agrupamentos espontâneos¹⁴.

Ainda que em momento recente da história do Brasil tenhamos vivido um regime ditatorial no qual o Poder Judiciário foi submetido ao Executivo e a Constituição, transformada em atos institucionais arbitrários (valendo-se ressaltar as posições corajosas de alguns juízes, como Márcio José de Moraes, que, em 27 de outubro de 1978, responsabilizou a União Federal pela morte do Jornalista Vladimir Herzog)¹⁵, a lesão à independência interna

é mais cotidiana e costuma ser de maior gravidade do que a lesão à independência externa do magistrado na atualidade¹⁶.

Enquanto a pressão sofrida pelo juiz em face dos Poderes Executivo ou Legislativo é relativamente neutralizável pela liberdade de informação e de imprensa, a lesão à independência interna é muito mais sutil e contínua¹⁷.

Destarte, para que tenhamos uma magistratura imparcial é necessária a outorga de independência ao juiz, externa e interna, sendo que “a independência interna somente pode ser garantida dentro de uma estrutura judiciária que reconheça igual dignidade a todos os juízes, admitindo como únicas diferenças jurídicas aquelas derivadas da diversidade de competência”¹⁸.

3. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO COMO GARANTIDOR DA EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA EM FACE DOS OUTROS PODERES

A construção teórica de um juiz “neutro” e “apolítico” guarda uma relação intrínseca com a própria idéia de desconfiança ou incapacidade do Poder Judiciário no exercício do controle dos Poderes Executivo e Legislativo, mediante a revisão da validade das leis e dos atos administrativos perante a Constituição.

Tal receio, como visto anteriormente, deve-se, em parte, à herança do liberalismo clássico e da Revolução Francesa que, como forma de combate a um Poder Judiciário submisso e arraigado ao poder monárquico do Antigo Regime, pregava a importância da lei como única fonte de direito e o parlamento como local apropriado para a expressão da vontade do povo.

Entretanto, o Judiciário, por não ser o responsável pela implementação direta das políticas públicas nem o responsável pela edição de leis que escolheram quais as políticas públicas desejáveis, é o poder que possui o maior grau de imparcialidade e independência para garantir a efetivação da cidadania, garantindo que os outros poderes cumpram os direitos consagrados constitucionalmente¹⁹.

O conceito de *cidadania*, no mundo contemporâneo, não pode ser entendido tão-somente como a liberdade individual do sujeito de direito em contrair obrigações (cidadania civil) ou como a capacidade ativa para escolher os seus representantes políticos (cidadania política), ganhando uma dimensão muito mais ampla ligada à noção de direitos (cidadania socioeconômica)²⁰.

Nessa última concepção de cidadania, o Estado ganha especial importância como responsável, em grande parte, pela implementação dos direitos socioeconômicos; e o Poder Judiciário tem um papel especialíssimo de garantidor da efetivação dos mesmos, em caso de lesão desses direitos, seja por comissão ou omissão do Poder Executivo ou Legislativo. Esse papel, aliás, fica muito evidenciado no caso do Juiz Federal, uma vez que lida com demandas que envolvem a União Federal e suas autarquias federais, nas quais, por diversas vezes, constata-se lesões cometidas pelo Poder Executivo ou pelo Legislativo a direitos constitucionais dos cidadãos, a exemplo dos beneficiários da previdência e assistência sociais.

Utilizando-se das palavras de PEREIRA, em sua dissertação de mestrado apresentada e aprovada na UFPE em 2004:

A cidadania, portanto, deve ser visualizada, na atualidade, como condição inerente ao cidadão de fruir de direitos civis, políticos, socioeconômicos e ser responsável por determinados deveres perante o Estado do qual faz parte e perante a sociedade em que está inserido, para que o Estado seja instrumento apto à persecução dos valores considerados básicos da sociedade, construindo-se uma cidadania emancipada que possa “civilizar” o mercado e os outros sujeitos que determinam as organizações humanas²¹.

A seguir, acrescenta:

[...] o Legislativo e o Executivo podem, por meio de atos legislativos e administrativos, se constituir em violadores da garantia da cidadania. Nessa situação, é necessária a presença do Poder Judiciário como garante de cláusulas das mais importantes da República, controlando a constitucionalidade das leis e a legalidade dos atos administrativos.

O papel do Poder Judiciário, principalmente em um país como o Brasil, diante da fragilização de um enorme contingente de pessoas que vivem abaixo da linha de pobreza e a própria especificidade dos direitos consagrados na Constituição de 1988 corroboram esse entendimento. [...]

Confiar exclusivamente ao Legislativo e/ou ao Executivo a proteção da cidadania, em qualquer possibilidade de serem revisados os atos legislativos e administrativos utilizados por esses poderes, seria o mesmo que negar eficácia a toda uma ordem constitucional com normas que expressam valores a serem preservados. Não se está negando valor a uma cidadania ativa, que reivindique os direitos perante o Legislativo e o Executivo, mas, apenas, ressaltando-se a necessidade de uma instituição para a salvaguarda contra o próprio Estado e os particulares. Essa revisão, necessária, deve ser realizada por um Poder independente e imparcial que estará mais apto a dirigir suas decisões para observância do texto constitucional, tanto do ponto de vista do processo constitucional como dos litígios individuais em que os cidadãos acionam os Entes Públicos em razão da prática de atos administrativos violadores da cidadania ou da omissão da prática de atos necessários para concretizá-la²².

4. ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA E CAPACITAÇÃO DO MAGISTRADO COMO ELEMENTOS PARA A EFETIVAÇÃO DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

Entendido o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea como uma instituição fundamental para a efetivação da cidadania plena, verifica-se que o instrumento de que se utiliza o Poder Judiciário para tanto é o processo judicial.

Entretanto, a prática judicial nos mostra que de nada adiantam as diversas reformas das leis processuais na tentativa de reduzir a denominada “morosidade” do Poder Judiciário se não houver uma mudança na mentalidade de todos os que lidam com o processo, aí incluídos não só os juízes, como os servidores do Judiciário e todos aqueles que exercem sua participação no processo (peritos, intérpretes, contadoria, procuradores, estagiários, etc.).

Recentemente, essa “crise do Poder Judiciário” vem sendo estudada por diversos autores, e vêm sendo criadas diversas instituições²³ no mundo preocupadas com o desenvolvimento de técnicas e capacitação de pessoas com o fito de se reduzir a lentidão da prestação da atividade jurisdicional, fugindo dessa visão tradicional dogmática de que tudo se resolve com uma boa legislação processual.

Essa temática da otimização da gestão judicial como forma de se prestar um serviço público jurisdicional de forma adequada e mais célere tem sido denominada pela literatura de *Administração da Justiça*.

Nos dizeres de FREITAS, parafraseando a professora Sonia Picado Sotela:

[...] a Administração da Justiça é o sistema sobre o qual se fundamentam os mecanismos judiciais de solução de controvérsias entre particulares, entre estes e o Estado, todo ele dentro de um contexto que supõe um estado democrático de direito com as garantias do devido processo legal e a todos os direitos humanos vigentes no país²⁴.

E continua o mesmo autor:

A efetividade da Justiça, na visão tradicional, resume-se e é sistematicamente repetida como um problema de: a) reforma do Poder Judiciário; b) simplificação das leis processuais; c) aumento dos tribunais ou de varas. Contudo, essas medidas comprovadamente não resolvem o maior problema da Justiça, que é a sua lentidão.

A reforma do Poder Judiciário, depois de tramitar cerca de doze anos no Congresso, foi aprovada pela Emenda 45/04. Passados quase dois anos de sua vigência, não se vislumbram grandes transformações. [...]

Quanto às leis processuais, em que pese o reconhecido esforço do legislador, promovendo alterações tópicas, muitas delas de excelente efeito simplificador (exemplo do artigo 475, §3º do CPC, que dispensa o reexame de sentença contra os entes públicos, quando fundada em decisão do plenário do STF ou súmula de Tribunal Superior), a verdade é que, nem por isso, o prazo de duração das ações diminuiu. [...]

Finalmente, a criação de turmas (ou câmaras) nos tribunais e mais varas, à toda evidência, constituem medida tradicional e pouco efetiva. É inquestionável que o problema é mais de sistema do que propriamente de pessoal. Por exemplo, por mais que se criem varas de execuções fiscais, elas estão sempre sobrecarregadas de processos, por vezes com 50 mil ou mais cobranças, sem nunca alcançar maior efetividade²⁵.

As críticas à visão tradicional são feitas no intuito de se fomentar a discussão para o planejamento da gestão judicial como forma de se melhorarem e se maximizarem os resultados possíveis com as estruturas físicas e de pessoal existentes em cada unidade administrativa do Poder Judiciário.

Entretanto, a primeira tomada de consciência de um “bom gestor da Justiça” é a de que este não pode desprezar as experiências tradicionais bem-sucedidas, “pois reconhece nelas uma contribuição essencial para o aprimoramento desse poder. Todavia, a elas não se limita. Enxerga, além da visão tradicional (exemplos: mais varas, mais funcionários), a existência de métodos que possibilitem melhor rendimento dos trabalhos”²⁶.

A motivação do magistrado e dos servidores da Justiça é essencial para a consecução de uma prestação jurisdicional mais célere e eficaz (adequada). A auto-estima das pessoas aumenta com o orgulho pelo bom rendimento dos serviços²⁷ e também com a conscientização do agente público da sua função essencial na distribuição da justiça.

Neste último ponto, verifica-se que a realização de reuniões mensais entre os servidores e os magistrados, além de ser uma oportunidade para o juiz/gestor conscientizar os servidores de sua função essencial para a concretização da justiça, possibilita um debate em torno dos principais problemas do dia-a-dia e um constante diálogo no sentido de se exigir o comprometimento de todos para o alcance de metas, que devem ser fixadas pelos próprios servidores e acompanhadas regularmente pelo gestor, como forma de se incentivar e controlar o alcance destas.

O oferecimento de cursos de capacitação aos servidores e magistrados, estágios no exterior, programas-piloto; a realização de concursos de monografia ou outros concursos

motivacionais, como a) minha história de vida; b) destaque institucional; c) fotografias; d) descobrindo talentos; são exemplos de meios alternativos para a concretização da motivação do grupo de trabalho²⁸.

O gestor, seja ele juiz ou presidente do tribunal, deve dar o exemplo, dedicando-se de forma comprometida com seu trabalho e sendo acessível aos seus colaboradores para a discussão de melhores formas de se executar o trabalho cotidiano, tanto de uma assessoria quanto de uma secretaria de vara ou de turma.

Utilizando-se da síntese de FREITAS:

O juiz nas funções de administrador, como Presidente de Tribunal, Vice-Presidente, Corregedor, Coordenador de Juizados Especiais, Diretor de Escola de Magistrados, Diretor do Foro ou Fórum, ou administrando a sua Vara, deve saber que a liderança moderna se exerce com base na habilidade de conquistar as pessoas, e não mais em razão do cargo, perdendo a hierarquia seu caráter vertical para assumir uma posição mais de conquista do que de mando.

Ao administrar, cumpra-lhe deixar a toga de lado, devendo: a) obrigação à lei e não à jurisprudência; b) inteirar-se das técnicas modernas de administração pública e empresarial; c) adaptar-se aos recursos tecnológicos; d) decidir de maneira ágil e direta, sem a burocracia dos processos judiciais; e) manter o bom e corrigir o ruim; f) delegar, se tiver confiança; g) lembrar que não existe unidade judiciária ruim, mas, sim, mal administrada²⁹.

Por fim, é relevante destacar que, para que o gestor judicial efetive o seu papel de garantidor da cidadania, faz-se necessário que, além de se capacitar nas modernas técnicas de administração pública e empresarial, possua uma formação interdisciplinar ou transdisciplinar com outras ciências afins³⁰.

Basta um simples olhar para questões cotidianas da Justiça Federal, como as causas que envolvem o Sistema Financeiro de Habitação, as que tratam da produtividade do imóvel rural para fins de reforma agrária ou mesmo a constante necessidade de discussão sobre os valores dos cálculos das condenações previdenciárias, para se perceber a importância de uma capacitação do juiz nas ciências contábeis, na matemática financeira e na agronomia.

Não se quer defender com tal afirmação que seja exigido do juiz o conhecimento de todas as ciências da natureza ou humanas (fato este impossível para qualquer ser humano), mas, sim, que o mundo pós-moderno, com toda a sua complexidade, demanda da formação ou capacitação do magistrado algo além da dogmática jurídica tradicional.

Tal formação, infelizmente, nem é dada nas faculdades de Direito nem nas escolas de magistratura brasileiras, como conseqüência, inclusive, daquele pensamento tradicional de neutralidade do juiz, antes mencionado, dando-se ênfase ao ensinamento dogmático³¹.

Entendendo que o conhecimento é algo inesgotável e que, em cinco anos de curso de graduação em Direito, não seria possível o aprendizado de tantas ciências afins quantas sejam necessárias para os diferentes tipos de matérias enfrentadas pelos magistrados nas suas diferentes especializações (por exemplo: direito de família, o qual necessita de conhecimentos de psicologia; direito agrário, o qual necessita de noções de agronomia, sobretudo quanto às formas de avaliação dos imóveis para efeito de se constatar a sua produtividade), chega-se à conclusão de que cabe à Administração da Justiça tal desiderato, mediante a capacitação através de cursos de média e longa duração, a cargo de suas escolas de magistratura.

Por sua autenticidade, traz-se o caso do Chile (Lei nº 16.618/77, art. 22) como exemplo da exigência da formação do juiz em ciências humanas afins, onde, para se exercer a função de juiz em varas de menores, é necessária a comprovação de conhecimento em psicologia, mediante certificado de aprovação em cátedra de Direito de Menores ou por um exame diante de uma comissão formada por um professor da Escola de Psicologia, um professor de Direito de Menores e um professor de Medicina Legal, todos pertencentes à Universidade do Chile³².

5. CONCLUSÃO

O mito da neutralidade do Juiz não pode ser aceito em uma sociedade contemporânea, na qual se reconhece que os julgadores possuem valores oriundos de sua formação familiar, acadêmica e político-ideológica.

O juiz é um ser político ontologicamente, uma vez que exerce um verdadeiro poder ao dizer de quem é o direito. A constatação da politização dos juízes deve ser algo que conduza à sua imparcialidade, na medida em que tenhamos vários grupos sociais espontâneos, com suas diferentes posições ideológicas, exercendo uma discussão democrática e um controle recíproco.

A chave para a imparcialidade do juiz está em sua independência interna e externa, e não na sua impossível neutralidade (ser apolítico).

O Poder Judiciário exerce uma função especialíssima de garantidor da efetivação da cidadania ao exercer o controle constitucional das leis e dos atos administrativos, exercendo

um controle constitucional sobre os Poderes Executivo e Legislativo, quando estes, por comissão ou omissão, não efetivem os direitos socioeconômicos.

Para a efetivação da cidadania almejada, o juiz se utiliza do processo como instrumento. Porém, a iniciativa isolada de edição de leis processuais que visem à celeridade do processo (a exemplo da criação da tutela antecipada e a dispensa do reexame de sentença contra os entes públicos, quando fundada em decisão do plenário do STF ou súmula de Tribunal Superior) não tem o condão de diminuir a morosidade da Justiça enquanto não houver uma mudança de mentalidade de todos aqueles que lidam diretamente ou indiretamente com o processo.

Daí surge a necessidade de que se desenvolva doutrinariamente e pragmaticamente o tema *Administração da Justiça* para que o gestor judicial, em conjunto com todos os que participam da marcha do processo, desenvolva técnicas e diálogos para a maximização de todos os meios físicos e humanos disponíveis a fim de garantir um serviço público de prestação de tutela jurisdicional cada vez mais adequado, célere e eficaz.

Finalmente, para a consecução de tal objetivo é necessário que, além de não desprezarem as experiências tradicionais de Administração da Justiça bem-sucedidas, o gestor judicial e sua equipe se inteirem das técnicas atuais da administração pública e empresarial, devendo buscar um constante aperfeiçoamento nas ciências humanas afins (psicologia, história, economia) e em outras ciências naturais (como a matemática financeira, a agronomia, etc.), de acordo com a necessidade que as diferentes questões dos seus trabalhos lhes impõem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FREITAS, Vladimir Passos de. Eficiência em Pauta: Considerações sobre a Administração da Justiça. *Consultor Jurídico*. São Paulo, nov./2006. Disponível em http://conjur.estadao.com.br/static/text/49944?display_mode=print. Acesso em 13 de junho de 2008.

_____. Os dez mandamentos do juiz administrador. *Revista on line do Ibrajus*. Curitiba. 2006. Disponível em <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=8>. Acesso em 16.06.2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PEREIRA, André Melo Gomes. *Cidadania e Efetividade do Processo Judicial em Face da Fazenda Pública no Brasil*. Recife: 2004. Dissertação de Mestrado apresentada e aprovada na UFPE.

SILVA, Maria Coeli Nobre da. O Juiz Social: Postura Exigida numa Sociedade de Desigualdades. In: XV CONGRESSO PREPARATÓRIO DO CONPEDI, 15., 2006. Anais

eletrônicos. Disponível em: http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/hermeneutica_maria_coeli_da_silva.pdf. Acesso em 19/06/2008.

SOUZA, Arthur César. A Administração da Justiça e a Formação e Capacitação dos Juízes no Século XXI. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, Ano 6, n. 29, jan.-mar./2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Poder Judiciário: Crise, Acertos e Desacertos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 79-83.

¹ Juiz Federal da 18ª Vara – PE.

² MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 35-36.

³ *Ibidem*. p. 36-37.

⁴ *Ibidem*. p. 38-39.

⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Poder Judiciário: Crise, Acertos e Desacertos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 79-83.

⁶ *Ibidem*. p. 82-83.

⁷ SILVA, Maria Coeli Nobre da. O Juiz Social: Postura Exigida numa Sociedade de Desigualdades. In: XV CONGRESSO PREPARATÓRIO DO CONPEDI, 15., 2006, p. 8. Anais eletrônicos... Disponível em: http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/hermeneutica_maria_coeli_da_silva.pdf. Acesso em 19/06/2008.

⁸ BARROSO, Luís Alberto. Apud SILVA, Maria Coeli Nobre da. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. Op. cit. p. 10-11.

⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Op. cit. p. 91.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Op. cit. p. 94.

¹¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Op. cit. p. 91-92.

¹² *Ibidem*. p. 90-91.

¹³ *Ibidem*. p. 88.

¹⁴ *Ibidem*. p. 93.

¹⁵ SILVA, Maria Coeli Nobre da. Op. cit. p. 13-14.

¹⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Op. cit. p. 88.

¹⁷ *Ibidem*. p. 89.

¹⁸ *Ibidem*. p. 89.

¹⁹ PEREIRA, André Melo Gomes. *Cidadania e efetividade do processo judicial em face da Fazenda Pública no Brasil*. Recife: 2004, p. 40. Dissertação de Mestrado apresentada e aprovada na UFPE.

²⁰ *Ibidem*. p. 17, 22, 23 e 34.

²¹ *Ibidem*. p. 25.

²² *Ibidem*. p. 40-41 e 56-57.

²³ O professor Vladimir Passos de Freitas cita como exemplo o Federal Judicial Center em Washington – EUA e o Centro de Estudos de Justiça das Américas (Ceja) na América Latina.

²⁴ FREITAS, Vladimir Passos de. Eficiência em Pauta: Considerações sobre a Administração da Justiça. *Consultor Jurídico*. São Paulo, nov./2006, p. 3. Disponível em http://conjur.estadao.com.br/static/text/49944?display_mode=print. Acesso em 13 de junho de 2008.

²⁵ *Ibidem*. p. 4.

²⁶ *Ibidem*. p. 5.

²⁷ *Ibidem*. p. 5.

²⁸ *Ibidem*. p. 6.

²⁹ FREITAS, Vladimir Passos de. Os Dez Mandamentos do Juiz Administrador. *Revista on line do Ibrajus*. Curitiba. 2006. Disponível em <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=8>. Acesso em 16.06.2008.

³⁰ SOUZA, Arthur César. A administração da Justiça e a Formação e Capacitação dos Juízes no Século XXI. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, Ano 6, n. 29, jan.-mar./2007, p. 13.

³¹ *Ibidem*. p. 12.

³² *Ibidem*. p. 28.

RECEBIMENTO E REJEIÇÃO DA PEÇA ACUSATÓRIA, À LUZ DA LEI Nº 11.719/2008

Victor Roberto Corrêa de Souza¹

RESUMO

O presente trabalho trata de tema específico concernente à recente Reforma do Código de Processo Penal (Lei nº 11.719/2008), analisando o embasamento legal e constitucional para novas interpretações acerca do recebimento e da rejeição da peça acusatória, nos diversos procedimentos penais existentes, comuns ou especiais.

PALAVRAS-CHAVE: Citação, procedimento, penal.

INTRODUÇÃO

Com o presente artigo, pretende-se estudar quais mudanças ocorreram com a edição da Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, no que atine ao recebimento e à rejeição da peça acusatória, em relação aos procedimentos processuais penais.

Antes de qualquer explanação mais minuciosa do tema, que, decerto, será feita adiante, desde já deve ser ressaltada a grande revolução causada pelas reformas trazidas nos diversos modelos de procedimentos existentes com a Lei nº 11.719/2008, findando com uma celeuma que, a nosso ver, não se justifica.

Praticamente todos os autores vêm afirmando que a grande novidade da referida lei teria sido a oportunização de uma “defesa prévia” ao denunciado, a ser oferecida antes do próprio recebimento da peça acusatória.

Com o presente estudo, almejamos demonstrar que, ao contrário do que se tem dito², as mudanças trazidas ao texto do Código de Processo Penal, com a simplificação, uniformização e aceleração dos procedimentos processuais penais, têm a intenção pura e simples de concretizar o direito individual, trazido no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, à razoável duração do processo criminal pelo qual responde o acusado de um crime, buscando-se a definição célere de sua situação processual, seja pela condenação ou pela absolvição, mormente quando este acusado estiver detido por qualquer dos tipos de prisão cautelar, decretada antes do trânsito em julgado da sentença.

Desse modo, ousamos discordar da opinião de judiciosos doutrinadores que avante serão citados para afirmar: a partir do início da vigência da Lei nº 11.719, o tratamento dado ao recebimento da peça acusatória passou a ser bastante simplificado e uniforme em relação a quase todos os tipos de procedimentos criminais existentes, não havendo a Lei nº 11.719 trazido qualquer defesa necessariamente preliminar (no sentido de ser anterior ao recebimento da peça acusatória). As mais importantes exceções, como veremos, são o procedimento para recebimento da peça acusatória nos tribunais, em que a decisão é colegiada e de segundo grau e no qual se faz necessário modificar a Lei nº 8.038/90 para adequá-la ao CPP e ao princípio constitucional da igualdade, bem como o procedimento do Tribunal do Júri regulado exclusivamente pelos arts. 406 a 497 do CPP, como determina o art. 394, §3º, do CPP.

Deve ser salientado, inclusive, que, com a promulgação da Lei nº 11.689/2008, que determinou modificações substanciais em relação ao júri, confirma-se a *voluntas legis* de se estabelecer uma unificação e simplificação de procedimentos processuais penais. Observe-se que, em relação à peça acusatória inicial no Tribunal do Júri, o mandamento legal do art. 406³ do CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.689/2008, determina que o magistrado receba primeiramente a denúncia ou queixa ordenando a citação do acusado para responder por escrito à acusação no prazo de dez dias⁴. Ou seja, para os denunciados pela prática de um crime de competência do Tribunal do Júri, inexistente qualquer possibilidade de oferecimento de defesa prévia ou resposta preliminar antes do recebimento da peça acusatória. Por qual motivo, portanto, violar-se-ia a isonomia e permitir-se-ia, *contra legem*, a defesa prévia às demais espécies de denunciados?

Por outro lado, a análise de uma possível rejeição da peça acusatória, a nosso ver, poderá ser feita mesmo após a denúncia ou queixa já ter sido recebida.

Ainda, em relação à defesa, que é tratada nos arts. 396 e 396-A do CPP, resta claro, da observação literal dos dispositivos e mesmo do inteiro teor da Lei nº 11.719, a inexistência sequer do termo *prévia* ou *preliminar*, como acontece, por exemplo, com o parágrafo único, do art. 514 do CPP (“resposta preliminar”) — que, inclusive, entendemos restar derogado pela redação do atual art. 394, §4º, do CPP, como explicaremos adiante.

Em verdade, a análise é bastante simples e peremptória: esta defesa, que muitos vêm afirmando ser prévia — como se houvesse uma outra oportunidade obrigatória de oferecimento de defesa — pode ser a única defesa escrita a ser apresentada pelo acusado. Isto é confirmado pela leitura do art. 396-A, §2º, do CPP, que impõe a obrigatoriedade do oferecimento da defesa, podendo o juiz, inclusive, impor a multa do art. 265 do CPP, caso não tenha sido oferecida tal defesa escrita.

Além disso, após o recebimento da peça acusatória do art. 396 do CPP, a citação e o oferecimento de defesa escrita, designar-se-á a “superaudiência” do art. 399 do CPP (da qual o réu será intimado, e não citado), que será única e em que serão todas as provas produzidas (art. 400, §1º, do CPP), havendo, ao final, a prolação da sentença por parte do juiz (art. 403, *caput*, CPP). Apenas excepcionalmente, o juiz poderá permitir alegações finais por escrito no prazo de cinco dias (art. 403, §3º, do CPP), pois a regra, determinada no *caput* do art. 403 do CPP, será a apresentação de alegações finais orais.

Por fim, todas as observações feitas em relação ao recebimento e à rejeição da peça acusatória não se aplicam apenas aos procedimentos ordinário e sumário, como pode parecer à primeira leitura do *caput* do art. 396 do CPP. Todos esses comentários se referem também aos procedimentos especiais (como aqueles descritos nos arts. 513 a 530-I, do CPP), ainda que contidos em leis esparsas, alheias ao Código de Processo Penal, como no caso da Lei Antidrogas (Lei nº 11.343/2006)⁵.

É que, segundo o art. 394, §4º, do CPP, inserido pela novel lei, “As disposições dos arts. 395 a 398 deste Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código”. Ou seja, o tratamento dado, nos procedimentos ordinário e sumário, à rejeição da peça acusatória (art. 395), ao recebimento da peça acusatória (art. 396), à defesa escrita (art. 396-A) e à possibilidade de absolvição sumária após a defesa escrita (art. 397), passa a se aplicar a todo e qualquer tipo de procedimento criminal de primeiro grau, derogando quaisquer dispositivos anteriores em sentido contrário, como veremos. Apenas as novidades trazidas no art. 399 e ss. do CPP é que não se aplicam aos procedimentos especiais, não sendo possível, nestes casos, utilizar-se a “superaudiência única”.

1. QUESTÃO LEGISLATIVA CENTRAL

Anteriormente às modificações legislativas produzidas no Código de Processo Penal, pela Lei nº 11.719/2008, após o recebimento da denúncia ou queixa, o juiz designava audiência para o interrogatório do acusado, iniciando-se o prazo de três dias para a defesa prévia facultativa, peça que, em geral, apenas servia para indicação de testemunhas, malgrado proporcionasse preliminares processuais ou mesmo alegações de mérito (estas comumente postergadas para as alegações finais em face das técnicas de defesa).

Voltando nossas atenções ao rito ordinário do nosso Código de Processo Penal atualmente em vigor, é nele que observamos a principal inconsistência das modificações realizadas pela Lei nº 11.719/2008. Trata-se do art. 399 do CPP, *in verbis*:

*Art. 399. **Recebida a denúncia ou queixa**, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).*

§ 1º O acusado preso será requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o poder público providenciar sua apresentação. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008.)

§ 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008.) (grifo nosso)

Tal dispositivo deve ser cotejado com o art. 396, que segue abaixo:

*Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, **recebê-la-á** e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008.)*

Parágrafo único. No caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008.) (grifo nosso)

Pela leitura dos dois dispositivos acima, nos ritos ordinário e sumário haveria dois momentos de recebimento da peça acusatória, como vem afirmando o professor Antonio Scarance Fernandes⁶? O juiz continuará a praxe forense de receber a peça acusatória tão logo ela seja oferecida, como aparentemente determina o art. 396, *caput*, do CPP? Ou ao juiz somente é permitido receber a peça acusatória após o oferecimento da defesa, como aparentemente determina o art. 399, *caput*, do CPP? Esse dilema processual é que pretendemos solucionar com o presente artigo.

2. O ATO PROCESSUAL DA CITAÇÃO E A REFORMA

A relação processual inicia sua formação com o recebimento da denúncia (ou da queixa) pelo magistrado, caracterizando-se, neste primeiro momento, a existência de um processo contra o acusado; isto é, para aferir-se a simples existência de um processo criminal, ainda não se faz necessária a citação do acusado. Em outras palavras, há *processo* tão-

somente com o oferecimento da peça acusatória perante o órgão investido da jurisdição, embora ali apenas tenha se iniciado a relação processual, que será completada mais adiante, com a prática de outros atos processuais.

Concorde conosco, a doutrina do professor Eugênio Pacelli:

Assim, pressuposto de existência do processo é, a nosso juízo, tão-somente o órgão investido de jurisdição, podendo-se até admitir a inclusão da exigência de demanda (ato de pedir em juízo, e não o próprio pedido), já que se nos afigura remotíssima a possibilidade, na prática, após o texto constitucional de 1988, do desenvolvimento de atividade jurisdicional iniciada sem o aviamento de qualquer pretensão, ou mesmo, ex officio, pelo juiz.⁷ (grifos nossos)

Iniciada a formação do processo com o oferecimento da demanda pelo órgão acusador, na decisão de recebimento da denúncia ou queixa, o juiz deverá ordenar a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de dez dias (art. 396, CPP). Se houver citação por edital, o prazo da defesa somente se iniciará a partir do comparecimento pessoal do acusado ou de seu defensor constituído (art. 396, parágrafo único, CPP).

A citação do acusado, a nosso ver, é o ponto nodal que soluciona esta aparente antinomia entre os arts. 396 e 399 do CPP, servindo, inclusive, para uniformizar os demais procedimentos, distintos ao procedimento ordinário ditado pelo Código de Processo Penal, como veremos ao final.

Assim determina o art. 363 do Código de Ritos:

Art. 363. O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado.

§ 1º Não sendo encontrado o acusado, será procedida a citação por edital.

Desse modo, o processo *stricto sensu* já existe com a manifestação judicial de recebimento da peça acusatória. De outro lado, a relação processual, cuja formação se iniciara com o oferecimento da denúncia ou queixa ao órgão jurisdicional, estará completa, desenvolvendo-se validamente, apenas com a citação do denunciado, que pode se dar pessoalmente por mandado, por precatória, por hora certa, por edital e por carta de ordem ou carta rogatória. A citação do acusado é o ato processual cujo fito é chamar o denunciado ao processo, para fins de conhecimento da demanda contra ele instaurada pelo órgão acusador, bem como para oportunizar-lhe o exercício de seu direito à ampla defesa e dos demais direitos individuais a ele garantidos.

Inegável é que as modificações introduzidas no sistema processual penal brasileiro visam à garantia do direito constitucional à razoável duração do processo, permitindo-se ao acusado demonstrar sumariamente sua inocência, requerendo a rejeição da peça acusatória ou sua absolvição sumária⁸, com a apresentação de sua defesa escrita, tendo em vista a importante justificativa consistente em que o desfavorável *strepitus fori* já se iniciou com a citação e a formação da relação processual.

Por conta disso, concluída a citação, à luz do art. 396-A⁹ do Código de Processo Penal, inserido pela Lei nº 11.719/2008, na defesa escrita deve estar contida toda a matéria de defesa, tais como preliminares (vícios processuais a serem sanados), justificações (excludentes de ilicitude, em particular), oferecimento de novos documentos, propositura de provas a serem realizadas e apresentação do rol de testemunhas, observado o número máximo. Eventuais exceções (incompetência, suspeição, impedimento, litispendência, coisa julgada ou ilegitimidade) devem ser apresentadas seguindo-se o disposto nos arts. 95 a 112 do CPP, que não foram modificados pelas recentes reformas processuais penais.

Essa defesa escrita, como será observado, é peça imprescindível, tanto que, uma vez o réu citado, se este deixar de apresentá-la, considerar-se-á o réu indefeso, devendo o juiz nomear defensor dativo ou indicar defensor público para elaborar tal peça, concedendo-lhe vista dos autos pelo prazo de dez dias. Frise-se que é possível, inclusive, que o juiz aplique pena de multa ao defensor que deixou de oferecer tal defesa escrita, tendo em vista que, com isso, estará configurado o abandono do processo, punível com pena de multa de dez a cem salários mínimos, como determinado pelo *caput* do art. 265¹⁰ do Código de Processo Penal, também modificado pela Lei nº 11.719/2008.

Na seqüência, não tendo ocorrido a absolvição sumária e já tendo sido recebida a peça acusatória na oportunidade descrita no art. 396, o magistrado determinará a designação de dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, providenciando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.

É nesse momento, inclusive, que o juiz deverá intimar o acusado para, na audiência do art. 399, além das finalidades ali delineadas, discutir a suspensão condicional do processo, se for cabível e tiver sido oferecida pelo MP. Este é mais um argumento que demonstra que o recebimento da peça acusatória e a citação são anteriores à manifestação defensiva, analisando-se o art. 89, §1º, da Lei nº 9.099/95.

Retornando, esse é um dos principais pontos, que nos conduz à seguinte conclusão: em nossa opinião, só há um único momento para o recebimento da peça acusatória. É aquele trazido no art. 396 do Código de Processo Penal, que se perfaz após o oferecimento da

denúncia ou queixa, caso o juiz entenda que o fato denunciado não se subsume a alguma das hipóteses de rejeição liminar da peça acusatória. Não há, portanto, como vem afirmando parte da doutrina, dois momentos para o recebimento da peça acusatória. Destarte, em relação ao disposto no art. 399 do CPP, entendemos que a expressão “*recebida a denúncia ou queixa*” significa “*não rejeitada a denúncia ou queixa nem absolvido sumariamente o denunciado*”.

Caso contrário, como poderia se entender que o momento trazido no art. 399 é de recebimento da denúncia ou queixa se, na leitura estrita do dispositivo, observa-se que o juiz, “recebida a denúncia”, designará data para a audiência de instrução, ordenando a intimação do acusado? Ora, se tal ato fosse, de fato, recebimento da denúncia ou queixa, o juiz determinaria a citação do acusado, pois é com o ato citatório que se completa a formação do processo (art. 363, CPP), e não com a simples intimação do acusado — ato detentor de formalidades legais bastante distintas, podendo ser realizado, *v.g.*, por simples publicação pela imprensa oficial, nos termos legais (arts. 370-372 do CPP).

Eis a opinião de dois ilustres doutrinadores, a referendar esta conclusão:

Determina o caput do art. 399 que, recebida a denúncia ou queixa, “o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente”. (Fosse a denúncia, efetivamente, recebida nesse momento processual e, decerto, a lei exigiria a citação do réu, e não sua mera intimação.)¹¹ (grifo nosso)

Ainda, de acordo com o art. 396, parágrafo único, do CPP, o prazo para a defesa escrita, no caso de citação por edital, se inicia com o comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído. Este dispositivo deve ser lido sob a ótica do art. 366¹² do CPP. Ou seja, caso tenha sido feita a citação por edital, a praxe forense, a doutrina e a jurisprudência são uníssonas no respeito ao art. 366 do CPP, devendo ser determinada a suspensão do processo e do prazo prescricional. Ora, isso nos leva à conclusão irrefragável de que esse processo e esse prazo prescricional já se iniciaram em algum momento processual anterior, pois só se suspende aquilo que já se iniciara. E que momentos são esses?

Primeiramente, em relação ao processo, temos que a resposta já fora dada pelo professor Eugênio Pacelli, no trecho supratranscrito, em que se afirma que a existência do processo se afere tão-só com a postulação acusatória realizada no órgão investido de jurisdição, completando-se a formação do processo com o recebimento da denúncia ou queixa (art. 396 do CPP) e a conclusão da citação, à luz do já citado art. 363 do CPP.

De outro lado, o início do prazo prescricional é minudenciado pelo art. 111¹³ do Código Penal. Ou seja, o termo inicial da prescrição, em regra, será a consumação do crime. Esse prazo prescricional, por sua vez, tem suas causas modificadoras, que podem ser suspensivas (art. 116¹⁴ do Código Penal, art. 53, §5º, da CF, art. 89, §6º, da Lei nº 9.099/95 e arts. 366 e 368 do CPP) ou interruptivas (rol taxativo do art. 117¹⁵ do Código Penal). A diferença entre essas causas é que, nas suspensivas, que são automáticas e dispensam despacho judicial, o prazo prescricional é apenas “congelado”, recomeçando do momento em que parou, tão logo a causa suspensiva termine; enquanto que, ocorrida uma causa interruptiva, o prazo prescricional recomeça integralmente.

Evoluindo, observa-se no art. 117, I, do CP, que o recebimento da denúncia ou da queixa é causa interruptiva do prazo prescricional. Portanto, temos o início da prescrição, em regra, determinado pela consumação do delito.

Em seguida, temos a interrupção desse prazo com o recebimento da denúncia ou queixa (não é o simples oferecimento), que é anterior à citação por edital. Não comparecendo o réu citado por edital, suspender-se-á, por determinação do art. 366 do CPP, o processo já iniciado e o prazo prescricional que fora interrompido com o recebimento da peça acusatória. Ou seja, quando o réu tiver sido citado por edital — o que pressupõe o anterior recebimento da peça acusatória como causa interruptiva da prescrição — como poderemos entender que o recebimento da peça acusatória se dará somente após a defesa escrita, nos moldes do art. 399 do CPP?

Nesses casos, em verdade, haverá o recebimento da peça acusatória nos moldes do art. 396 do CPP, com a citação normal, que, frustrada, será feita por edital, suspendendo-se, então, o processo e o prazo prescricional, reiniciado com o recebimento da peça acusatória.

Ora, é extremamente impensável, portanto, que a interrupção da prescrição, com o recebimento da peça acusatória, somente ocorra após a defesa escrita, que, por sua vez, é formulada após a citação. Se essa for feita por edital, pela errônea ótica de que o recebimento se faz após a defesa escrita, nos moldes do art. 399 do CPP, nunca haverá interrupção do prazo prescricional, e, por conseguinte, também nunca poderá haver suspensão do processo, o que é inaceitável, pois que se desrespeitará o art. 366 do CPP, levando-se à indefinição das causas em que o réu revel for citado por edital, hipóteses que a práxis demonstra serem bastante numerosas!

E, se assim ocorre quando a citação é feita por edital, pela aplicação da regra da igualdade, aos citados nos demais modos existentes, deve ser dada a mesma solução.

Concluindo, eis o entendimento de Guilherme de Souza Nucci, insigne magistrado paulista, a ratificar nossas observações acerca da Reforma:

A redação do art. 399 do CPP é defeituosa e merece reparo. Onde se lê “recebida a denúncia ou queixa”, leia-se “tendo sido recebida a denúncia ou queixa”. Logo, não há dois recebimentos da peça acusatória, o que configuraria nítido e autêntico contra-senso. A denúncia ou queixa já foi recebida, tanto que se determinou a citação do réu para responder aos termos da demanda, oferecendo defesa prévia, por escrito, em dez dias. Após, não sendo o caso de absolvição sumária, inicia-se a instrução.

Inexiste, no processo penal, como regra, o recebimento provisório de denúncia ou queixa, a decretação provisória de prisão, a sentença provisória até que outra melhor sobrevenha, etc. Atos decisórios tomados pelo magistrado repercutem imediatamente na esfera da liberdade do réu. O recebimento da denúncia ou queixa é anotado em sua folha de antecedentes, servindo para interromper a prescrição, a decretação de sua prisão implica em imediata privação da liberdade, a sentença prolatada acarreta a soltura (absolvição) ou pode redundar em prisão cautelar (condenação), conforme o caso concreto¹⁶. (grifos nossos)

Por fim, deve ser salientado que o Projeto de Lei nº 2007/2001, do qual resultou a Lei nº 11.719/2008, pretendia delimitar a resposta escrita nos moldes de uma defesa preliminar, de uma manifestação que deveria anteceder o recebimento da peça acusatória. Todavia, na Câmara dos Deputados, o Projeto foi modificado, sob o argumento de que não teria cabimento mandar citar o réu sem o recebimento da acusação. Assim, quando o Projeto de Lei foi enviado ao Senado Federal, novamente buscou-se introduzir a defesa preliminar em momento anterior ao recebimento da peça acusatória. Mas, de volta à Câmara dos Deputados, a emenda do Senado foi acertadamente recusada. Eis, a seguir, o parecer do Deputado Régis Fernandes de Oliveira à mencionada emenda do Senado, quando o atual art. 396 era nominado como art. 395:

Emenda nº 8: Pretende alterar no caput do art. 395, do Código de Processo Penal, o termo “recebê-la-á”, sob a justificativa de que o ato de recebimento da denúncia está previsto no momento descrito no art. 399. O instrumento que é o processo não pode ser mais importante do que a própria relação material que se discute nos autos. Sendo inepta de plano a denúncia ou queixa, razão não há para se mandar citar o réu e, somente após a apresentação de defesa deste, extinguir o feito. Melhor se mostra que o Juiz ao analisar da denúncia ou queixa ofertada fulmine relação processual infrutífera. Rejeita-se a alteração proposta pelo Senado.

3. REJEIÇÃO DA PEÇA ACUSATÓRIA

De sua leitura, nota-se que a Lei nº 11.719/2008 corrigiu grave inconsistência que havia no revogado art. 43 do CPP, em que se misturavam, na análise de rejeição da peça acusatória, questões de mérito e questões de admissibilidade da ação penal, ao dispor de causas de extinção da punibilidade e de atipicidade (mérito) juntamente com as condições da ação (processuais).

Assim, segundo o atual art. 395 do CPP, a peça acusatória será rejeitada pelo magistrado quando for manifestamente inepta, quando faltar pressuposto processual ou condição da ação¹⁷ ou quando faltar justa causa (que, segundo afamada doutrina do professor Afrânio da Silva Jardim, é uma das condições da ação penal). Já as hipóteses dos revogados incisos I e II do art. 43 do CPP, atinentes ao mérito da ação, foram reconduzidas acertadamente para o tratamento da absolvição sumária, do art. 397 do CPP.

Ou seja, a rejeição da peça acusatória, a partir da Lei nº 11.719/2008, passou a tratar exclusivamente de questões de admissibilidade do processo.

E, como estas questões de admissibilidade do processo são notoriamente matérias de ordem pública, cognoscíveis *ex officio* pelo magistrado, a qualquer tempo ou grau de jurisdição, inclusive após o recebimento da própria peça acusatória, a conclusão a que chegamos é a de que, com a Reforma, a rejeição da peça acusatória deverá (não é apenas *poderá*) ser realizada a qualquer tempo, mesmo após o regular recebimento, respeitado, por óbvio, o direito ao contraditório (*due process of law*) atinente à acusação.

Nesse ponto, impende salientar a doutrina de Eugênio Pacelli de Oliveira, confirmando o acerto de nossa opinião:

Quanto à rejeição da denúncia por ilegitimidade de parte ou pela ausência de qualquer outra condição exigida pela lei (as chamadas condições de procedibilidade), impende ressaltar que, ainda que equivocadamente recebida a peça acusatória, poderá o juiz posteriormente extinguir o processo sem o julgamento do mérito, na forma do disposto no art. 267, IV, do CPC, perfeitamente aplicável à espécie, por analogia.

Mesmo que assim não seja, ou que assim não se admita, haveria ainda uma outra solução, válida, mas que implica a escolha de um caminho muito mais longo, do ponto de vista lógico, cuja consequência prática será a mesma: restaria ao juiz, valendo-se do disposto no art. 564, II, do CPP, anular todos os atos até então praticados, incluindo o ato judicial de recebimento de denúncia, para, feito isso, rejeitá-la por ilegitimidade de parte. E, mais. Poderia agir do mesmo modo em relação a quaisquer outras condições da ação e/ou pressuposto de existência do processo, valendo-se, para tanto, da aplicação analógica do art. 564, II e III, e, CPP¹⁸.

Nesse diapasão, um outro argumento que confirma a procedência de nossa opinião é o de que, no art. 396 do CPP, consta a expressão “[...] *oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação...*”. Ou seja, no momento em que o juiz se detiver sobre a análise do recebimento ou não da peça acusatória poderá rejeitá-la liminarmente. Porém, isso não impede a possibilidade de que ocorra a rejeição em modo que não seja liminar, posteriormente ao recebimento da peça acusatória, com o oferecimento de defesa por escrito que demonstre a manifesta ausência dos pressupostos processuais ou das condições da ação. Vale salientar que, segundo o art. 396-A do CPP, “*na resposta, o acusado poderá argüir preliminares...*”. Ora, se o acusado alega e comprova, na peça defensiva, a ausência de uma preliminar de admissibilidade, como, v.g., a total e manifesta ausência do interesse de agir, o juiz deverá absolvê-lo sumariamente ou rejeitar a peça acusatória? É claro que a resposta correta é pela rejeição da peça acusatória!

4. O RECEBIMENTO DA PEÇA ACUSATÓRIA NOS DEMAIS TIPOS DE PROCEDIMENTOS, ALHEIOS AO COMUM

O ordenamento processual penal contém, ainda, outras disposições acerca dessa fase de recebimento e rejeição da peça acusatória. Trata-se dos procedimentos especiais, distintos do procedimento comum (art. 394, *caput*, CPP).

O procedimento comum pode se dividir em procedimento ordinário (pena máxima privativa de liberdade igual ou superior a 4 anos), sumário (pena máxima privativa de liberdade igual ou superior a 2 anos e inferior a 4 anos) e sumaríssimo (infrações de menor potencial ofensivo — pena máxima privativa de liberdade inferior a 2 anos).

Por sua vez, dentre os procedimentos especiais, há aqueles que determinam, explícita ou tacitamente, que o regramento procedimental e o recebimento da peça acusatória serão feitos de acordo com as normas do Código de Processo Penal. Nesses casos, entender-se-á que o recebimento da peça acusatória é regido pela norma do art. 396 do CPP, passando a mudança determinada pela Lei nº 11.719/2008 a ser aplicada a esses determinados procedimentos especiais, à luz do art. 394, §§ 2º, 4º e 5º, do CPP.

Como exemplo, temos que o recebimento da peça acusatória nos crimes falimentares se rege pelo rito sumário e pelas disposições do CPP, como se colhe dos arts. 185 e 188 da Lei nº 11.101/2005. Situação análoga se encontra ao analisarmos o procedimento dos crimes de licitações (arts. 89 a 99 da Lei nº 8.666/93), à luz dos arts. 104 e 108 da Lei nº 8.666/93. Isso também ocorre nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional da Lei nº 7.492/86, nos

crimes contra as relações de consumo (Lei nº 8.078/90), nos crimes contra a ordem econômica (Lei nº 8.176/91), nos crimes contra a criança e o adolescente (art. 226 da Lei nº 8.069/90), nos crimes contra o meio ambiente (art. 79 da Lei nº 9.605/98), nos crimes de preconceito (Lei nº 7.716/89), nos crimes eleitorais (arts. 359 e 364 da Lei nº 4.737/65) e nos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (art. 2º, I, da Lei nº 9.613/98).

De outro lado, em referência ao recebimento e à rejeição da peça acusatória, podemos listar, dentre os procedimentos especiais, aqueles que continham regras próprias, distintas daquelas determinadas pelo antigo CPP e que não foram expressamente revogadas pela Lei nº 11.719/2008, mas que estão colidindo com as modificações feitas por este diploma. Entre eles:

- a) Admitia-se, por exemplo, nos crimes praticados por servidores públicos (CPP, arts. 513 a 518), que, estando a peça acusatória em forma, o magistrado mandasse autuá-la e notificar o acusado para “resposta preliminar” em quinze dias, por escrito, podendo instruí-la com documentos e justificações. Caso estivesse convencido da inexistência do fato ou da improcedência da ação, após a apresentação da resposta defensiva, o juiz poderia rejeitar a peça em decisão fundamentada; se não houvesse tal convencimento, receberia a peça acusatória, dando seqüência ao rito apropriado.
- b) À luz dos arts. 43 a 45 da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), o juiz, ao despachar a denúncia ou queixa, determinava a citação do réu para apresentar “defesa prévia”, escrita, no prazo de cinco dias, momento em que, comumente, era a oportunidade de se alegarem preliminares, requererem exceção da verdade e indicarem provas. Após o oferecimento dessa defesa escrita, o processo tomava seu curso normal, podendo o juiz rejeitar ou receber a peça acusatória.
- c) Na vigente Lei Antidrogas, também havia a possibilidade de defesa preliminar antes do recebimento da denúncia ou da queixa. Assim, observando-se os arts. 55 e 56 da Lei nº 11.343/2006, nota-se que o magistrado notificava o acusado para oferecer suas alegações e provas, em “defesa prévia” cujo prazo é de 10 (dez) dias (art. 55, *caput*), decidindo pelo recebimento ou pela rejeição da peça acusatória no prazo de cinco dias (§4º do art. 55), após o oferecimento da defesa prévia.
- d) No procedimento dos crimes de calúnia e injúria, o recebimento da denúncia ou queixa depende de anterior audiência de tentativa de reconciliação (art. 520 do CPP).
- e) Já o recebimento da peça acusatória nos crimes contra a propriedade imaterial (arts. 524 a 530-I do CPP) depende de uma prévia condição de procedibilidade: o “exame pericial dos objetos que constituem o corpo de delito” (arts. 525 e 526 do CPP).

- f) O recebimento da peça acusatória no procedimento das ações penais que tramitam nos tribunais, órgãos de segundo grau de jurisdição, dá-se consoante os arts. 4º a 7º, da Lei nº 8.038/90, requisitando a Lei manifestação colegiada de recebimento (art. 6º) posterior ao oferecimento de “resposta preliminar” por parte do “notificado”¹⁹.
- g) Por fim, o recebimento da peça acusatória no procedimento do júri se dá conforme os ditames dos arts. 406 e ss. do Código de Processo Penal, também modificados recentemente pela Lei nº 11.689, de 09 de junho de 2008.

Em relação a todos esses procedimentos, no que atine ao recebimento da peça acusatória, havemos de buscar um critério que identifique se deve ser utilizado o rito novo comum trazido pela Lei nº 11.719/2008, ou se deve o procedimento especial continuar sendo regido pelas normas especiais existentes até a vigência da Lei nº 11.719.

Como dito *supra*, todas as observações feitas em relação ao recebimento e à rejeição da peça acusatória não se aplicam apenas aos procedimentos ordinário e sumário, pois o art. 396 do CPP se refere também aos procedimentos especiais, ainda que contidos em leis esparsas, alheias ao Código de Processo Penal. É que, segundo o art. 394, §4º, do CPP, inserido pela novel lei, “*as disposições dos arts. 395 a 398 deste Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código*”.

Em outras palavras, o tratamento dado, nos procedimentos ordinário e sumário, à rejeição da peça acusatória (art. 395), ao recebimento da peça acusatória (art. 396), à defesa escrita (art. 396-A) e à possibilidade de absolvição sumária após a defesa escrita (art. 397), passa a se aplicar a todo e qualquer tipo de procedimento criminal de primeiro grau, derogando quaisquer dispositivos anteriores em sentido contrário, estejam no Código de Processo Penal ou em leis esparsas.

Essa disposição do art. 394, §4º, do CPP, inserida pela novel lei, a nosso entender, passa a ser a regra geral. Contudo, essa regra, inegavelmente, contém as exceções determinadas em lei. Primeiramente, o art. 394, §2º, do CPP, determina: “§ 2º *Aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008.)*”

Entre as disposições em contrário, trazidas no CPP ou em lei especial, admitidas como excepcionais ao procedimento comum, podemos afirmar que estão aquelas que contêm a exigência de aferição, anterior ao recebimento da peça acusatória, de algum requisito legal de desenvolvimento processual válido, como no caso do procedimento dos crimes de calúnia ou injúria (requisito: audiência de reconciliação – art. 520, CPP), ou no procedimento dos crimes

contra a propriedade imaterial (requisito: exame pericial – art. 525, CPP). Ou, então, a determinação legal expressa de não se aplicar o rito comum, como acontece com o rito do Tribunal do Júri, por imposição do art. 394, §3º, do CPP, ou, por fim, no caso do procedimento das ações penais que tramitam perante os tribunais (requisito: deliberação colegiada do órgão de segundo grau – art. 6º da Lei nº 8.038/90 c/c o art. 394, §4º, do CPP).

Nos demais casos, todos os procedimentos penais de primeiro grau (procedimento nos crimes de tóxicos da Lei nº 11.343/2006, nos crimes praticados por servidores públicos e nos crimes da Lei de Imprensa), ainda que não totalmente regulados pelo Código de Processo Penal, entendemos que “*as disposições dos arts. 395 a 398 do Código de Processo Penal*”, com a vigência da Lei nº 11.719/2008, passaram a ditar a rejeição da peça acusatória (art. 395), o recebimento da peça acusatória (art. 396), a defesa escrita (art. 396-A) e a possibilidade de absolvição sumária após a defesa escrita (art. 397)^{20 21}. Ou seja, a esses três tipos de procedimentos especiais, por não conterem nenhum tipo de requisito legal de desenvolvimento processual a ser aferido, se aplica o recebimento da peça acusatória conforme o art. 396 do CPP, inexigindo-se que o recebimento da denúncia ou da queixa tenha que aguardar qualquer tipo de defesa prévia ou resposta preliminar do acusado.

5. CONCLUSÃO

Em conclusão, entendemos que, com a vênia das opiniões doutrinárias em contrário, as mudanças proporcionadas pela Lei nº 11.719/2008, no que concerne ao recebimento e à rejeição da peça acusatória, vieram para concretizar o direito fundamental à razoável duração do processo criminal (art. 5º, LXXVIII, CF), permitindo-se, àquele que detiver provas cabais de que é inocente ou de que responde injustamente a um processo cuja peça acusatória deveria ter sido rejeitada, a absolvição sumária e a rejeição da peça acusatória no menor tempo possível, buscando-se a definição célere de sua situação processual, seja pela condenação ou pela absolvição, mormente quando este acusado estiver detido por qualquer dos tipos de prisão cautelar, decretada antes do trânsito em julgado da sentença.

Ainda, a Reforma priorizou a celeridade e a oralidade no processo (art. 403, *caput* do CPP), ao criar a “superaudiência única” do art. 400 do CPP, demonstrando, assim, que seu intuito único e principal é propiciar a aceleração dos feitos criminais, ao contrário do falacioso argumento de que viera para criar uma pseudodefesa prévia ao acusado.

Tudo isso só foi possível em vista da celeridade, uniformização e simplificação dadas à fase de recebimento da peça acusatória, que vem descrita no art. 396 do CPP, momento em

que o magistrado deve aferir tão-somente a possibilidade de sua rejeição liminar ou então receber a peça acusatória e citar o acusado, oportunidade em que este levará aos autos sua defesa, que poderá acarretar na absolvição sumária (art. 397 do CPP), na rejeição da peça acusatória, mesmo posterior ao recebimento (art. 395 do CPP), ou na intimação para a “superaudiência única” do art. 400 do CPP (art. 399 do CPP).

Por fim, entendemos que essas disposições se aplicam não só ao procedimento comum, mas também a alguns procedimentos especiais, como naqueles atinentes aos crimes praticados por servidores públicos, aos crimes da Lei de Imprensa e aos crimes da Lei de Tóxicos, bem como em todos aqueles que o procedimento se referir ao procedimento comum, adotado pelo CPP. Nestes, a nosso ver, está extinta a possibilidade de defesa prévia, com a Lei nº 11.719/2008. Apenas em relação aos procedimentos especiais que contenham requisitos de validade processual, cuja aferição seja anterior ao recebimento da peça acusatória, é que o procedimento continuará sendo regido pela norma especial (como nos ritos de ações penais dos tribunais, de crimes de calúnia e injúria, de crimes contra a propriedade imaterial e nos crimes do tribunal do júri).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CUNHA, Rogério Sanches & PINTO, Ronaldo Batista. *Processo Penal – Doutrina e Prática*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 146.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 678.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 106.

SILVA, Ivan Luís Marques. *Reforma Processual Penal de 2008*. São Paulo: RT, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Reforma Penal – o impasse na Interpretação do Artigo 396 do CPP*. Consultor Jurídico. São Paulo: disponível em: http://www.conjur.com.br/static/text/69984?display_mode=print. Acesso em 24/10/2008.

¹ Juiz Federal em Alagoas. Ex-Procurador Federal.

² O ilustre professor Lenio Luiz Streck, em artigo publicado na Internet, assevera, sem, *data venia*, analisar as modificações da Lei nº 11.719/2008 à luz do art. 5º, LXXVIII, da CF, que “os procedimentos que garantiam diretamente a possibilidade de prévia defesa sofreram um prejuízo, porque provocaram retrocesso em termos de garantias”. In: STRECK, Lenio Luiz. *Reforma Penal – o Impasse na Interpretação do Artigo 396 do CPP*. Consultor Jurídico. São Paulo: disponível em: http://www.conjur.com.br/static/text/69984?display_mode=print. Acesso em 24/10/2008.

³ “Art. 406. O juiz, ao receber a denúncia ou a queixa, ordenará a citação do acusado para responder a acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias. (*Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008.*) § 1º O prazo previsto no caput deste artigo será contado a partir do efetivo cumprimento do mandado ou do comparecimento, em juízo, do acusado ou de defensor constituído, no caso de citação inválida ou por edital. (*Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008.*) § 2º A acusação deverá arrolar testemunhas, até o máximo de 8 (oito), na denúncia ou

na queixa. § 3º Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo que interesse a sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, até o máximo de 8 (oito), qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008.)”

⁴ Confirmando a tese, eis a opinião de IVAN LUÍS MARQUES DA SILVA acerca deste aspecto da Lei nº 11.689/2008: “Abrindo mão da maturação probatória e do tempo para a defesa e a acusação trabalharem, colocou-se como prioridade o rápido encerramento do juízo de acusação. O interrogatório do réu deixa de ser o primeiro ato de prova. Foi levado para o final dos atos de instrução” (SILVA, Ivan Luís Marques. *Reforma Processual Penal de 2008*. São Paulo: RT, 2008, p. 88).

⁵ Excetua-se, é claro, apenas o procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais Criminais, dos crimes de menor potencial ofensivo, contido nas Leis nº 9.099/95 e nº 10.259/2001, pela leitura estrita do próprio art. 396, em que se afirma que as normas acerca do recebimento e da rejeição da peça acusatória se aplicam aos “procedimentos ordinário e sumário”.

⁶ “De outro lado, Antonio Scarance Fernandes critica a técnica legislativa, mas concorda com a finalidade prevista na nova Lei. Nesta linha, observa que, pela reforma do art. 396, em sua combinação com o artigo 399, há dois atos distintos, ambos com a finalidade de análise da possibilidade de ser aceita a acusação. Haveria, assim, para ele, um recebimento preliminar ou provisório, do qual decorreria a citação para apresentação de resposta (artigo 396) e um recebimento definitivo quando da análise efetiva da admissibilidade da acusação. Destaca, pois, a existência de dois juízos de admissibilidade” (Apud STRECK, Lenio Luiz. *Reforma Penal – o Impasse na Interpretação do Artigo 396 do CPP*. Consultor Jurídico. São Paulo: disponível em: http://www.conjur.com.br/static/text/69984?display_mode=print. Acesso em 24/10/2008).

⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 106.

⁸ Neste ponto, são hipóteses para a absolvição sumária: 1) a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; 2) existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo imputabilidade; 3) quando o fato narrado na denúncia evidentemente não constituir crime; 4) quando estiver extinta a punibilidade do agente (art. 397, CPP). Essa possibilidade equivale, no processo civil, à conhecida figura do julgamento antecipado da lide, em que o juiz, nas hipóteses legais, conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença antes de iniciar a instrução (art. 330, CPC). Em verdade, estará sendo permitido ao juiz que possa terminar a demanda absolvendo o acusado, mesmo já tendo recebido a denúncia ou queixa, mas tomando conhecimento das alegações do réu, acompanhadas de documento ou outras provas. É preciso salientar, diante da prática forense, que esta absolvição sumária não será uma situação comum, mas, sim, excepcional, pois o magistrado, antes de receber a denúncia ou queixa, já terá tomado contato com as provas pré-constituídas constantes do inquérito policial ou de outras peças investigativas. Assim, malgrado tal não seja impossível, a praxe indica que dificilmente conseguirá o réu demonstrar, em singela defesa preliminar, a desnecessidade da instrução.

⁹ “Art. 396-A – Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008.) § 1º A exceção será processada em apartado, nos termos dos arts. 95 a 112 deste Código. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008.) § 2º Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008.)”

¹⁰ “Art. 265 – O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente ao juiz, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008.)”

¹¹ CUNHA, Rogério Sanches & PINTO, Ronaldo Batista. *Processo Penal – Doutrina e Prática*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 146.

¹² “Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.”

¹³ “Art. 111 – A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: I - do dia em que o crime se consumou; II - no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa; III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência; IV - nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.”

¹⁴ “Art. 116-- Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre: I – enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime; II – enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro. Parágrafo único – Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo.”

¹⁵ “Art. 117 – O curso da prescrição interrompe-se: I – pelo recebimento da denúncia ou da queixa; II – pela pronúncia; III – pela decisão confirmatória da pronúncia; IV – pela sentença condenatória recorrível; V – pelo início ou continuação do cumprimento da pena; VI – pela reincidência. § 1º – Excetuados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos

crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles. § 2º - Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do inciso V deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção.”

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 678.

¹⁷ Denúncia inepta é aquela que, não satisfazendo os requisitos do art. 41 do CPP, cerceia o exercício do direito à ampla defesa. Por outro lado, são listadas como condições da ação penal: o interesse de agir, a legitimidade, a possibilidade jurídica do pedido, a justa causa, e, para algumas situações determinadas pelo ordenamento, as condições de procedibilidade, como a representação e a requisição do Ministro da Justiça. Por fim, os pressupostos processuais, que se referem à existência em si do processo, são distintos dos requisitos de sua validade, concernentes ao seu desenvolvimento regular. Desse modo, são pressupostos de existência do processo o órgão investido de jurisdição (juiz) e a demanda acusatória (ato de pedir). Os demais requisitos de validade (juiz competente, capacidade postulatória do advogado da parte, validade da citação, etc.) serão analisados no decorrer do processo, mas não importam em rejeição da denúncia, tenha ela sido recebida ou não.

¹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit. p. 159-160.

¹⁹ Lenio Luiz Streck, no mesmo artigo já citado, ao comentar o art. 396 do CPP, afirma que todos os procedimentos criminais teriam que seguir a lógica da defesa prévia contida na Lei nº 8.038/90, sob pena de ofensa à isonomia. Eis o trecho: “*Aliás, espera-se que esta tenha sido a voluntas legislatoris (sic) que informou o processo de formação da nova Lei, isto é, isonomizar os demais crimes com aqueles cometidos por autoridades, etc., que sempre tiveram a possibilidade, antes de serem chamados de acusados, de terem a seu favor o prévio contraditório. Portanto, já de há muito havia essa inconstitucionalidade por violação do princípio da igualdade, ou seja, já de há muito a denúncia só deveria ser recebida, para todos os tipos de crimes e pessoas, após o oferecimento da resposta, conforme a holding prevista no artigo 4º da Lei nº 8.038*”. Uma vez mais, com a devida vênia ao ilustre professor, seu pensamento é parcialmente procedente. A possível ofensa à igualdade, em verdade, ocorre com o dispositivo do art. 394, §4º, do CPP, ao se referir apenas aos procedimentos penais “*de primeiro grau*”. Não houvesse tal expressão, e a defesa prévia da Lei nº 8.038/90 corretamente não mais existiria, propiciando o direito constitucional à igualdade, o que pode vir a ser corrigido com a supressão legislativa desta expressão, ou com a adaptação da Lei nº 8.038/90 ao art. 396 do CPP. STRECK, Lenio Luiz. Op.cit.

²⁰ O professor mineiro Eugênio Pacelli manifesta-se no mesmo sentido: “*Há, aqui, uma modificação, trazida pela Lei nº 11.719/08. O recebimento da peça acusatória se faz, agora, antes do oferecimento da resposta escrita, aplicando-se o art. 396, CPP, e não o art. 55 e o art. 56 da Lei nº 11.343/06. Mas pode-se perguntar: esta última Lei nº 11.343/06 não é lei especial, não modificável por lei geral? Deve-se, então, responder: Sim, exceto quando houver previsão legal em sentido contrário, que é exatamente o caso. Ver, no ponto, o art. 394, §4º, do CPP, mandando aplicar as disposições do art. 395, do art. 396 e do art. 397, a todos os procedimentos da primeira instância, sejam de rito comum, sejam especiais. A justificativa, perfeitamente aceitável: unificação de procedimentos*” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Op. cit. p. 633-634).

²¹ Eugênio Pacelli, novamente, tem posicionamento idêntico: “*Bem. Para início de conversa, pensamos já revogada a disposição do art. 514 do CPP, particularmente no que diz respeito à distinção entre crimes afiançáveis e inafiançáveis, para fins de determinação de forma procedimental. E revogada também quanto ao seu conteúdo, na medida em que o art. 394, §4º, do CPP, aplicável a todos os procedimentos de primeira instância, seja comum ou especial, faz prevalecer a norma do art. 396, CPP, que prevê a citação (e não a notificação) para a apresentação de resposta escrita no prazo de 10 (dez) dias (e não mais de 15). Assim, a matéria foi inteiramente abarcada em lei superveniente (Lei nº 11.719/08), estando já, e por isso, revogada. [...] Também a anterior previsão de apresentação de defesa prévia (art. 514, CPP), inexistentes ainda para a maioria esmagadora dos demais acusados, cumpria a mesma missão, acrescida de outro fundamento: tratando-se de servidor público, a cautela com os efeitos imediatos de uma ação penal justificava-se e se justifica na preservação do serviço público, inevitavelmente atingido pelos fatos. Com a unificação de procedimentos, agora (Lei nº 11.719/08), não há razão alguma para se insistir no tema. O rito, como se vê, rigorosamente, é o ordinário. E as decisões judiciais anteriormente previstas no art. 516 devem ser redirecionadas para os arts. 395 e 397, CPP, não se aplicando mais a decisão de improcedência da ação, que nem se sabia exatamente o seu real significado, quanto à eficácia preclusiva de seus efeitos*” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit. p. 628-629).

DEFESA EFETIVA NO PROCESSO PENAL

Walter Nunes da Silva Júnior¹

RESUMO

Na concepção do Estado democrático de direito, consolidado na Constituição de 1988, os direitos fundamentais se apresentam como limitações ao direito de punir, constituindo-se a cláusula constitucional da ampla defesa como o núcleo do sistema processual penal, a qual, historicamente, nessa seara, somente é assegurada ao acusado. A ampla defesa no processo criminal contém diferença ontológica em relação à que é prevista para o processo civil, porquanto, em linhas gerais, representa o *due process of law*, no sentido da obrigatoriedade de que ela seja *efetiva*, ademais de *eficiente*, além de se traduzir no direito do acusado de *participação* (ser intimado dos atos processuais e estar presente à audiência), de *audiência* (ser ouvido pelo juiz responsável pelo seu julgamento) e de manter-se em *silêncio* (não ser obrigado a produzir prova contra si), características que foram observadas e sedimentadas com a recente reforma do Código de Processo penal, implementada pelas Leis nº 11.689, 11.690 e nº 11.719, de 2008.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático de Direito, Ampla Defesa, Devido Processo Penal.

1. APRESENTAÇÃO DO TEMA

A ampla defesa, na qualidade de princípio encartado entre os direitos fundamentais, ao contrário do que se dá em relação ao processo civil, que é estipulado para os litigantes, no processo penal, não está previsto para as duas partes. É da nossa história constitucional que o direito à ampla defesa é estabelecido, apenas, em relação ao acusado. Ademais disso, conquanto na visão individual a ampla defesa seja um direito de se contrapor à imputação criminosa, no sentido coletivo, a ampla defesa representa o direito *due process of law* ou ao *giusto processo*². É questão de ordem pública. Dessa forma, se para o processo civil a ampla defesa se mostra prestigiada apenas com a concessão de oportunidade para que ela seja manifestada, no ambiente criminal a defesa, além de substancial, ou seja, *efetiva*, tem de ser *eficiente*. A par de ter como elementos a *efetividade* e a *eficiência*, a ampla defesa criminal contempla, ainda, como característica, os direitos de *participação*, *audiência* e *silêncio*.

Na sistemática anterior, a defesa propriamente dita do acusado só era manifestada nas razões finais, uma vez que a defesa prévia era meramente facultativa, razão pela qual, de regra, era utilizada, apenas, para o arrolamento de testemunhas. Agora, após a citação, a defesa *efetiva* no início do processo é obrigatória.

De outra banda, o interrogatório, com o novo procedimento, deixa de ser o primeiro ato da instrução do processo e passa a ser considerado, propriamente, como exercício do direito de defesa, ou melhor, o *direito de audiência* do acusado com o juiz responsável pelo seu julgamento. Sendo assegurados e ressaltados o *direito ao silêncio*, o de ter *advogado presente* na audiência em que se dá o interrogatório, o de *se entrevistar com o defensor* antes de prestar o depoimento e, ainda mais, o de falar, apenas, após a produção de toda a prova, cria-se o ambiente necessário para que a defesa tenha mais efetividade. Para complementar essa garantia, com as mudanças, determinou-se, expressamente, a aplicação, na seara do processo criminal, do princípio da *identidade física do juiz* (art. 399, § 1º, do CPP, introduzido pela Lei nº 11.719, de 2008), com isso querendo dizer que o magistrado vinculado ao processo é aquele perante o qual o acusado exercitou o direito de audiência (interrogatório).

A defesa efetiva na seara criminal é preocupação central da reforma do Código de Processo Penal, introduzida pelas Leis nº 11.689, 11.690 e 11.719, de 2008, assunto que está a merecer estudos que revelem o alcance das modificações operadas.

A exposição começa com análise do alcance do princípio da ampla defesa no sistema criminal, para, em seguida, passar a tratar, concretamente, da defesa efetiva, tal como ela ficou especificada para o procedimento ordinário, que é aplicável, nessa parte, por força do art. 394, § 5º, do Código de Processo Penal, a todas as espécies de procedimento, não apenas aos especiais tratados no próprio Código, como àqueles que estão disciplinados em leis extravagantes. Em visão crítica quanto ao disciplinamento da matéria, fazem-se considerações sobre o prazo para a resposta, a sua obrigatoriedade, sob pena de nulidade, e, ainda, do novo tratamento a respeito das conseqüências decorrentes do abandono da causa pelo advogado.

2. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

Na tradição do constitucionalismo brasileiro, o princípio da ampla defesa, além de ser estabelecido com *status* de direito fundamental apenas para o ambiente criminal, é previsto tão-somente para o acusado³. A Constituição de 1988 inovou, a esse respeito, para estabelecer esse postulado, igualmente, para a seara do processo civil, tendo como destinatários tanto o autor quanto o réu. Porém, em relação ao campo criminal, a cláusula da ampla defesa permaneceu

restrita ao acusado, a revelar que, conquanto o processo penal se baseie no modelo acusatório, a defesa deve ser mesmo privilegiada em relação à persecução criminal. Por conseguinte, se à defesa é conferida atenção especial mercê da incidência do princípio da presunção de não-culpabilidade, notadamente quanto à valoração da prova, a compreensão do verdadeiro alcance do princípio da ampla defesa na área criminal mostra que essa cláusula é a pedra de toque de um sistema elaborado sob a batuta dos direitos fundamentais⁴.

O *due process of law*, de criação americana a partir da inclusão, por meio das primeiras emendas, da declaração dos direitos fundamentais na Constituição, ou o *giusto processo*, é o regramento do exercício do *dever-poder de punir* do Estado, normas de proteção que, em essência, se traduzem em regras que circundam o exercício da defesa em si, que é o seu núcleo⁵.

Não é sem razão que a inteligência da jurisprudência estabelecida pela Corte Constitucional espanhola a respeito da inadmissibilidade das provas produzidas por meios ilícitos, preceitua que, em relação à prova derivada, a orientação deve ser no sentido de sua contaminação, quando, no caso concreto, ela comprometer o exercício da ampla defesa.

Há, em verdade, uma distinção ontológica entre a ampla defesa no processo criminal e no civil. Como se disse, além de no primeiro ele estar expresso apenas em relação ao acusado, em sede criminal esse postulado não se basta no oferecimento da oportunidade para a apresentação da defesa, precisa ser *efetiva* e *eficiente*. Por isso mesmo, a revelia, no processo civil, importa em perda da oportunidade para a manifestação da defesa e, como regra, torna incontroversos os fatos alegados na exordial, enquanto no processo penal a revelia importa, apenas, na perda do direito de o acusado ser intimado de todos os atos do processo⁶.

A defesa efetiva quer dizer que ela tem de ser produzida, independentemente da vontade do acusado. Por mais que o acusado se ache culpado e queira, por meio da confissão, que a pena lhe seja aplicada, ainda assim, terá de haver o processo e a efetiva defesa, com assistência jurídica desenvolvida por advogado constituído, oferecida pelo Estado, por meio da Defensoria Pública, ou por pessoa nomeada pelo juiz, que tem de ser bacharel em direito. O brocardo jurídico *nulla poena sine iudicio* é, em certa medida, a sedimentação da ampla defesa, na dimensão de sua efetividade.

A ampla defesa importa não apenas na necessidade de que a defesa seja efetiva e eficiente no sentido técnico, isto é, exercida por meio de advogado habilitado, como igualmente que o acusado seja intimado pessoalmente para participar e tomar ciência dos atos processuais, sob pena de nulidade, aceitando-se, ainda, que, em alguns casos, ele *fale* nos autos. Isso quer dizer que o acusado, além da assistência jurídica, detém o direito de participar dos atos processuais e, em alguns casos, de ele próprio fazer a sua autodefesa⁷. O direito à autodefesa é de três ordens: (1)

direito de *ser cientificado* dos atos processuais, (2) de *estar presente* às audiências e, por fim, (3) de *falar nos autos*⁸.

Além do direito de ser citado, que é a forma com que lhe é dado conhecimento da existência de uma demanda judicial contra si, o acusado, ao contrário do que sucede no processo civil, detém o direito de ser intimado pessoalmente da data da realização das audiências, das decisões interlocutórias e, ainda, da sentença⁹. É a forma de assegurar-lhe a participação direta no processo criminal, não só para acompanhar o desenrolar da relação processual, dando auxílio ao seu advogado, mas também para que ele possa verificar se o seu direito de liberdade está sendo eficientemente tutelado por meio do desempenho de seu advogado ou defensor constituído.

Sem embargo do direito de ser intimado dos atos processuais, o acusado tem o direito de estar presente às audiências (*The right to be present*) e delas participar ao lado de seu advogado¹⁰. O direito de presença não está expresso na Constituição de 1988, mas foi objeto de reconhecimento normativo logo com a edição da Sexta Emenda à Constituição americana, na medida em que ali ficou assegurado ao acusado o direito de ser acareado com as testemunhas arroladas contra ele (*"The accused shall enjoy the right to... be confronted with the witness against him"*).

Essa garantia é para fins de permitir que o acusado preste auxílio na sua defesa feita em audiência, muitas vezes materializada com esclarecimentos fáticos importantes ao seu advogado ou defensor constituído, diante de afirmações feitas pelo ofendido, em suas declarações, ou pelas testemunhas, nas suas oitivas. Por isso mesmo, o direito de participar da audiência implica, em verdade, no direito de sentar ao lado de seu advogado e com ele conversar. Embora, na maioria das vezes, essa garantia seja preservada, especialmente quando se trata de julgamento pelo tribunal do júri, ainda há a prática inadequada de colocar o acusado sentado à frente da mesa do juiz, ladeado por dois policiais. Essa prática é condenável porque coloca o acusado em situação vexatória perante todos e sugestiona a sua culpabilidade para o corpo de jurados, além de afrontar, igualmente, o direito à ampla defesa, que, em sua extensão, compreende, também, o direito de o acusado conversar com o seu advogado ou defensor nomeado, auxiliando-o na linha de argumentação e/ou nas perguntas que devem ser feitas em prol da defesa¹¹.

Conquanto tenha o direito de estar presente à audiência, a ausência do acusado, apesar de regularmente intimado, é irrelevante, não sendo causa de adiamento, ainda que justificada a impossibilidade de comparecer¹². Pode ser determinada, porém, a sua retirada do recinto, quando o seu mau comportamento o recomendar ou na hipótese em que a sua presença venha a inibir o depoimento da vítima ou da testemunha, mas o art. 217 do CPP foi modificado pela Lei nº 11.719, de 2008, para alargar, ainda mais, o direito de estar presente, a ponto de estabelecer que,

sendo possível, em vez de determinar a saída do acusado do recinto, deverá ser feita a inquirição da testemunha pelo sistema de videoconferência.

A terceira dimensão do direito à ampla defesa na seara criminal é o reconhecimento de que o acusado, nada obstante tenha o direito de ter uma representação técnica no processo, exercida por advogado constituído ou defensor nomeado, ainda detém o direito de ele próprio, em muitas hipóteses, falar por si nos autos do processo¹³. É a autodefesa.

Antes da reforma operada em relação aos procedimentos ordinário e sumário, objeto da Lei nº 11.719, de 2008, essa capacidade postulatória do acusado verificava-se já no início do processo, a partir da defesa prévia, pois o art. 395 do Código de Processo Penal, em sua redação anterior, dispunha que “O réu ou seu defensor poderá, logo após o interrogatório ou no prazo de três dias, oferecer alegações escritas e arrolar testemunhas.” Em razão disso, se o denunciado quisesse, no seu próprio interrogatório, ele poderia indicar as testemunhas que tivesse a pretensão de que fossem ouvidas. Por outro lado, ele próprio podia, querendo, em substituição ao seu advogado, apresentar a defesa prévia, que se tratava de peça facultativa e, normalmente, era utilizada apenas para arrolar testemunhas e, de soslaio, afirmar, sem adiantamento da tese e dos aspectos a serem explorados na defesa, que, no final do processo, seria comprovada a inculpabilidade do inculpatado.

Com a simplificação dos procedimentos ordinário e sumário, o interrogatório do acusado, corretamente, deixou de ser o primeiro ato de instrução do processo para ser o último (art. 400, *caput*, do CPP), ao passo que a defesa prévia foi eliminada¹⁴. Porém, assegurou-se ao acusado, no final da audiência de instrução, a possibilidade de requerer, independentemente da manifestação de seu advogado, “[...] diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução” (art. 402 do CPP).

Registre-se, por fim, que o inciso LXXIV do art. 5º dispõe que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, tendo o cuidado de antes assinalar que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (art. 5º, inciso LXIII). Na medida em que se entende que a expressão *preso*, utilizada pelo constituinte, em verdade, quer dizer toda e qualquer pessoa a quem se imputa a prática de algum tipo de crime, tem-se que o direito de *assistência de advogado*, catalogado como direito fundamental no dispositivo em foco, é assegurado, igualmente, não apenas ao preso, mas ao acusado em geral. A assistência jurídica por parte do Estado ao acusado é garantia prevista não apenas para quem não possui recursos suficientes para patrocinar a sua defesa, mas a toda e qualquer pessoa, como está

dito no inciso LXIII do art. 5º da Constituição. A estruturação da Defensoria Pública, por conseguinte, é dever constitucional decorrente de garantia com *status* de direito fundamental.

3. DEFESA EFETIVA DO ACUSADO

Uma das preocupações com a reforma do Código de Processo Penal foi redefinir a defesa na seara criminal, dentro do contexto do sistema acusatório e do princípio da ampla defesa no arcabouço de um sistema democrático.

Nos ritos previstos na concepção originária do Código de Processo Penal, salvo nos processos de competência originária dos tribunais (Lei nº 8.038/90) e em alguns poucos procedimentos especiais, com esteio em um sistema misto, o acusado era citado para ser interrogado. O interrogatório, dentro de uma visão *acusatória/inquisitória*, era, até então, considerado, a um só tempo, como meio de defesa e de prova. Mais de prova, é verdade, pois, conquanto fosse assegurada a possibilidade de o acusado ficar em silêncio, essa faculdade era menos um direito do que um ônus processual, com repercussão direta na valoração da prova, uma vez que o juiz podia interpretá-lo em prejuízo da defesa. Ou melhor, o silêncio podia valer como prova para refutar os argumentos da defesa.

Assim, o acusado não era chamado para se defender, mas para ser inquirido sobre a imputação delituosa narrada na ação penal. O acusado raramente se apresentava para o interrogatório acompanhado de advogado, ademais de não ser obrigatória a presença do Ministério Público, que, de praxe, não se fazia presente. O interrogatório era, em rigor, o primeiro ato de instrução do processo, feito pelo juiz sozinho, sem a presença do Ministério Público e do advogado. A prova obtida por meio do interrogatório era produzida pelo juiz, e só ele é que tinha contato direto com ela, pois, comumente, o conhecimento e contato do Ministério Público e da defesa só se faziam mediante a leitura do termo de interrogatório.

Como se isso não bastasse, depois do interrogatório, conferia-se a oportunidade de o acusado, apresentar a sua defesa prévia, que era, porém, facultativa. Isto é, o acusado, só após a convocação para o interrogatório, tinha assegurado o direito à defesa técnica¹⁵. Nessa ordem, o interrogatório era uma espécie de direito/dever, pois a falta de sua realização, quando o acusado comparecia a juízo, era causa de nulidade (art. 564, III, alínea “e”, do CPP)¹⁶, ao passo que, não comparecendo, o juiz podia determinar a sua condução coercitiva (art. 260 do CPP).

O nome *defesa prévia* revelava que esse não era o momento para a *defesa efetiva*, sendo oportunidade apenas para a suscitação de preliminares e o arrolamento das testemunhas indicadas pela defesa. A defesa técnica efetiva do acusado, nos termos do rito anterior, estava reservada para

o momento das razões finais, que, feitas, ou não, em audiência, tinham de ser reduzidas a escrito e, ademais, eficientes, sob pena de nulidade diante da ofensa ao princípio da ampla defesa.

Por isso mesmo, a defesa após o interrogatório, prevista na sistemática anterior, era chamada *prévia* porque, além de não ser obrigatória, quando utilizada, não enfrentava o mérito em si da questão, reservando-se a discussão a esse respeito para o momento das razões finais. Muitos justificavam essa disciplina, com o argumento de que a concepção da defesa prévia com essa roupagem se tratava de estratégia, pois, não sendo exposta, desde o início, a linha de argumentação com a qual a assistência jurídica tentaria obter a absolvição do acusado, o Ministério Público não poderia, nas razões finais, refutá-la. De fato, deixando-se para revelar os fundamentos da defesa apenas no momento das razões finais, o Ministério Público pode ser surpreendido quanto à tese com fulcro na qual se pede a improcedência da pretensão acusatória. Nesse caso, o Ministério Público, concretamente, somente poderia se reportar aos argumentos de mérito da defesa com a eventual interposição do recurso.

Sobre não ser necessária a efetiva defesa nesse primeiro momento, ela era, em rigor, de todo desnecessária e sem utilidade, até porque grassava o entendimento de que não havia possibilidade, na seara do processo penal, de o juiz, depois de receber a ação penal, reapreciar questão referente a esse juízo de admissibilidade ou absolver sumariamente o acusado, senão no momento próprio para a sentença. Ou seja, uma vez recebida a ação penal, o julgamento antecipado da lide era vedado.

O legislador da Lei nº 11.719, de 2008, acertadamente, desconstruiu a lógica anterior. Agora, o acusado é citado para se defender tecnicamente, ou seja, por meio de advogado¹⁷. O interrogatório, decorrente da amplitude do princípio da ampla defesa, meio de autodefesa, ficou reservado para ser exercido após a realização, em rigor, do último ato de instrução, momento em que ele terá condições de saber de todas as provas existentes nos autos.

Dessa forma, em atenção à citação, o acusado, por intermédio de advogado constituído ou nomeado, deverá apresentar resposta em peça escrita, na qual deverá conter a *alegação de tudo o que interesse à sua defesa*¹⁸, notadamente quanto à argüição de *preliminares*, apresentação de *documentos*, requerimento de *justificações*, especificação de todas as *provas pretendidas* e *arrolamento das testemunhas*, com o *requerimento de intimação, quando necessário*.

Primeiro, note-se que, aqui, com apuro técnico, o legislador, seguindo a terminologia adotada pelo Código de Processo Civil (art. 285), deixou expresso que a citação é para o acusado apresentar resposta. Isso quer dizer que ele deve apresentar não apenas a *defesa direta*, que é impugnar/contestar os fatos e a argumentação jurídica exposta na ação penal, mas também as *exceções*, a chamada *defesa indireta*, com a qual o acusado se opõe à pretensão punitiva, sem

indagação do mérito da questão, com o objetivo de extinguir o processo (*exceção peremptória*: litispendência, ilegitimidade de parte e coisa julgada) ou provocar o afastamento do juiz ou do júízo (*exceção dilatória*: suspeição e incompetência).

Nesse momento, o acusado pode, naturalmente, argüir, como matéria preliminar, a rejeição da denúncia, em razão da ausência de pressuposto processual ou de condição da ação, o que abrange a invocação da inépcia da inicial e a falta de justa causa. Essa é a forma de submeter essa matéria ao contraditório e, ademais, de exigir que sobre o assunto haja uma decisão fundamentada¹⁹.

Se a defesa pretende que, antes da sentença, o juiz se pronuncie sobre a inadmissibilidade de provas, a seu júízo, obtidas por meios ilícitos, a matéria, naturalmente, há de ser agitada na resposta. É o momento oportuno para fundamentar e pedir a absolvição sumária com base na (1) *existência manifesta* de causa excludente da ilicitude do fato, (2) *existência manifesta* de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade, (3) circunstância de o fato narrado *evidentemente não constituir crime*, (4) extinção da punibilidade do agente.

As causas excludentes de criminalidade estão catalogadas no art. 23 do Código Penal, que são legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito. Quanto à excludente de culpabilidade do agente, o legislador ressalvou, como hipótese de absolvição sumária, a inimputabilidade, ou seja, quando o acusado, ao tempo da prática do crime, não tem o completo discernimento quanto ao caráter ilícito de sua conduta. A excludente de culpabilidade a ser argüida com a resposta, portanto, deve ser aquela decorrente de *erro sobre a ilicitude do fato* ou *erro de proibição* ou de *inexigibilidade de conduta diversa*.

O pedido de absolvição sumária pode ser justificado, também, na demonstração de que o crime evidentemente não é crime, hipótese que não é fácil de estar caracterizada quando não houver a apuração dos fatos por meio da instrução processual. Embora seja uma situação difícil de se verificar, ela não é impossível e, embora sem muita freqüência, a previsão normativa de que é causa de absolvição sumária vai dar ensejo não apenas a pedido nesse sentido, como, em alguns casos, ao seu acolhimento.

Por fim, pode, ainda, ser objeto de pedido de absolvição sumária na resposta apresentada pelo acusado a ocorrência de extinção da punibilidade. As causas de extinção da punibilidade estão elencadas no art. 107 do Código Penal²⁰, mas há outros fatos que detêm a mesma natureza jurídica, como são os casos dos crimes tributários, em que o pagamento do valor do tributo devido, em qualquer fase do processo, enseja a extinção da punibilidade. A argüição de extinção de punibilidade mais freqüente é, sem dúvida, a prescrição, mas, em se tratando dos crimes tributários, o mais freqüente é a extinção da punibilidade pelo cumprimento da obrigação fiscal

mediante o pagamento da quantia devida. Note-se que o Código de Processo Penal já fazia previsão a respeito, ao estabelecer, no art. 61, que, “em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-la de ofício”

4. PRAZO PARA O OFERECIMENTO DA RESPOSTA

Como regra geral, o legislador estabeleceu o prazo de dez dias para a apresentação da resposta (art. 396, *caput*, última parte), dispositivo que, por expressa determinação legal, aplica-se a todos os procedimentos, mesmo aqueles regulados por lei extravagante.

Pelo fato de no Código de Processo Penal não haver nenhum dispositivo similar ao do Código de Processo Civil que elege como critério, para o termo de início da contagem do prazo, a data da juntada do mandado aos autos, no ambiente criminal o prazo inicia a sua fluência a partir mesmo da diligência²¹. Ou seja, da data consignada na certidão pelo oficial de justiça no próprio mandado de citação ou intimação. Diante de divergências surgidas a esse respeito quanto à aplicação subsidiária, ou não, do que prescreve o Código de Processo Civil, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 710, vazada nos seguintes termos: “No processo penal, contam-se os prazos da data da intimação, e não da juntada aos autos do mandado ou da carta precatória ou de ordem”.

A Comissão de Reforma tentou modificar a regra, sugerindo que a contagem dos prazos passasse a se dar, assim como no processo civil, a partir da juntada do mandado cumprido nos autos. Mas essa sugestão não foi acolhida, o que foi de boa ordem, até porque não se tem registrado inconveniente devido à regra tradicionalmente estabelecida para a seara criminal²².

Houve, porém, a incongruência de determinar-se que, em se tratando de citação feita por edital, o prazo tenha início a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído à secretaria do juízo. Ora, como já foi aqui salientado mais de uma vez, o acusado não é citado mais para ser interrogado, o que justificava a exigência contida no art. 365, VI, do Código de Processo Penal, como requisito necessário do edital expedido para esse tipo de comunicação processual, a indicação do “juízo e o dia, a hora e o lugar em que o réu deverá comparecer”.

Se a citação era para o acusado ser interrogado, obviamente que o edital deveria conter o local e a hora para o comparecimento. Agora, como se sabe, não. A citação é para a resposta. A contagem do prazo para a resposta, no caso de citação por edital, deveria, é verdade, até ser maior do que aquele estipulado pela lei para o caso em que esse chamamento é pessoal. Poder-se-ia estipular um prazo de trinta ou sessenta dias após a publicação do edital, por exemplo.

Pode-se dizer que não houve, propriamente, um lapso do legislador, pois o que ele quis, realmente, foi estabelecer que a perfectibilização da citação por edital, quanto ao início da contagem do prazo, só se dará a partir do comparecimento do acusado em juízo, pelo fato de essa ser a oportunidade em que ele irá receber a cópia da ação penal. A esse respeito, releva acrescentar que o Supremo Tribunal Federal tem a Súmula 366, segundo a qual “Não é nula a citação por edital que indica o dispositivo da lei penal, embora não transcreva a denúncia ou queixa ou não resuma os fatos em que se baseia”.

Não se há de negar que, conquanto esse pensamento sumular do Supremo Tribunal Federal fosse coerente com o pensamento dogmático da época anterior à mudança de paradigma do ordenamento jurídico experimentada com a edição da Constituição de 1988, ele não se mostra afinado com a nova concepção da ampla defesa, em que se privilegia a defesa efetiva.

Se a preocupação do legislador foi obviar o início da contagem do prazo para a resposta sem que o acusado tenha conhecimento dos termos da ação penal, seria suficiente inserir, dentre os requisitos do edital de citação, o resumo da narrativa fática da ação penal, sob pena de nulidade do ato. Aliado a isso, poderia, ainda, como se disse, ser estabelecido um prazo mais alargado.

O mais provável é que houve, efetivamente, um lapso. Isso tanto parece ser o mais fatível, que o legislador sequer teve o cuidado de modificar o inciso VI, do art. 352 do Código de Processo Penal, que, também coerente com a sistemática anterior, dentre os requisitos do mandado de citação, exige que dele conste exatamente a mesma coisa, ou seja, “o juízo e o lugar, o dia e a hora em que o réu deverá comparecer”. Por óbvio que o mandado de citação expedido em consonância com o novo rito não deve constar o dia e a hora para o comparecimento em juízo, mas sim que o acusado tem o prazo de dez dias para apresentar a sua resposta.

Aliás, nessa parte da citação o legislador se superou em falta de análise de conjunto do Código de Processo Penal. Outro claro lapso do legislador da Lei nº 11.719, de 2008, sobre a matéria se identifica na medida em que, com a nova redação determinada para o art. 363²³, revogaram-se os incisos I e II então nele existentes, mas, por descuido, não se alterou, também, o dispositivo seguinte, ou seja, o art. 364, que, textualmente, diz: “No caso do artigo anterior, I, o prazo será fixado pelo juiz entre 15 (quinze) e 90 (noventa) dias, de acordo com as circunstâncias e, no caso de II, o prazo será de 30 (trinta) dias”. Pois bem, o artigo anterior (art. 363 do CPP) não tem mais os incisos I e II. Deveria, assim, ter sido revogado o art. 364 do CPP.

Mas o descuido ainda se revela pelo fato de o art. 363, em seu § 1º, com a redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008, dizer que “Não sendo encontrado o acusado, será procedida a citação por edital”, quando o art. 361, da redação originária do Código de Processo Penal, diz que “Se o réu não for encontrado, será citado por edital, com o prazo de 15 (quinze) dias”. Como se observa,

por falta da devida atenção, há dois dispositivos tratando de um mesmo assunto, sendo que um fala da existência de um prazo, enquanto o outro, que foi o inserido com a reforma, silencia a respeito. Até porque o prazo para a defesa foi tratado pela Lei nº 11.719, de 2008, no art. 396 do Código de Processo, que é de dez dias. Uma interpretação literal dos textos contidos nos artigos mencionados levaria à perplexidade, diante da existência de dois prazos distintos para quando a citação for feita por edital: dez dias, do art. 396, e quinze dias, do art. 361.

De qualquer forma, esse prazo de quinze dias, previsto no art. 361 do CPP, era estabelecido com a intenção de fixar um prazo mínimo entre a ciência do chamamento judicial e a data da realização do interrogatório. Era para que o acusado tivesse um tempo para poder se preparar para o depoimento e, até mesmo, de procurar um advogado para orientá-lo sobre o assunto e mesmo para que ele, ou o seu advogado, pudesse, antes da realização do ato judicial, ir à secretaria do juízo, ter vista dos autos, saber, enfim, não apenas o conteúdo da denúncia, que não constava, sequer em resumo, do edital, assim como das provas existentes nos autos em prol da imputação criminosa.

Diante dessas considerações, tem-se que, na citação por mandado, assim como na realizada por meio de edital, não deve constar o local, o dia e a hora para o comparecimento do acusado, como determina o Código de Processo Penal, respectivamente, nos arts. 352, VI e 365, IV, mas, sim, a advertência de que deve ser apresentada a resposta no prazo de dez dias.

Em verdade, a regra de que a contagem do prazo, no caso de citação por edital, tem início com o comparecimento pessoal na secretaria do órgão jurisdicional do acusado ou de seu defensor constituído, só é válida para os casos em que, diante da revelia, o processo estiver suspenso.

5. OBRIGATORIEDADE DA RESPOSTA DO ACUSADO, POR MEIO DE ADVOGADO

Citado o acusado, a resposta é obrigatória, não sendo possível passar-se à fase seguinte, sem que ela tenha sido manifestada. A fim de ressaltar que assim como no final do processo, em relação às alegações finais, a defesa técnica nesse momento é indispensável, a Lei nº 11.719, de 2008, na redação dada ao art. 396-A, § 2º, disse que “Não apresentada a resposta no prazo legal ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias”.

Como se vê, mesmo que haja defensor constituído, se a resposta não fora apresentada no prazo legal, não é o caso de preclusão do direito de responder, mas de nomeação de defensor para fazê-la.

Isso pode gerar alguma complicação. Pode ser que o advogado constituído se sinta incomodado com a nomeação do defensor pelo juiz, especialmente com o teor da resposta por ele preparada, ao fundamento de que restou comprometida a estratégia de defesa, com a revelação da tese com a qual se tinha a intenção de buscar a absolvição do acusado.

Portanto, para evitar que algo dessa natureza ocorra, o advogado do acusado sempre terá de se manifestar. Não vale, aqui, alinhar o chavão forense de que o acusado é inocente, mas que se reserva para fazer essa demonstração nas razões finais. É preciso habilidade e retórica. Se há algum ponto fundamental — e geralmente há, reconheça-se — que a defesa, por questão de estratégia, reputa necessário ocultar os argumentos a respeito, essa parte deve ser omitida, sem, entretanto, eximir o advogado do dever de fazer, nesse momento, uma defesa efetiva, não apenas simbólica.

Essa ausência de defesa efetiva, ainda que nessa fase inicial do processo seja matéria de ordem pública, portanto, gera nulidade absoluta, sendo de inteira aplicação a Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal: “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”. Assim, se a resposta não for apresentada, o juiz, necessariamente, sob pena de nulidade, terá de nomear defensor para esse fim. Todavia, se apresentada a resposta, ainda que ela seja deficiente, ou seja, não se mostre efetiva, isso, por si só, não acarreta nulidade, sendo necessária a demonstração de prejuízo daí decorrente para o acusado.

6. ABANDONO DA CAUSA PELO ADVOGADO

A preocupação em assegurar a efetividade da defesa no processo penal fez com que o legislador da Lei nº 11.719, de 2008, disciplinasse, com melhor técnica, o art. 265, que trata do abandono da causa pelo advogado, prática que, infelizmente, é bastante comum. Em muitos casos, após receber parte ou toda a verba honorária ajustada com o cliente, o advogado, no curso do processo, sem maiores explicações, deixa de patrocinar a causa. Esse comportamento não apenas compromete a defesa efetiva do acusado, como, igualmente, o andamento normal do processo, prejudicando a sua duração razoável. Na sua redação originária, o art. 265 dizia que “o defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, a critério do juiz, sob pena de multa de cem a quinhentos mil-réis”. Agora, o dispositivo está assim redigido: “O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente ao juiz, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis”.

Como se vê, com melhor técnica, ficou estabelecido que não basta o advogado possuir *motivo imperioso* para desistir de patrocinar a causa. Ele tem, previamente, de fazer essa comunicação ao juiz. Por conseguinte, mesmo que ele tenha *motivo imperioso*, caso abandone a causa sem a prévia comunicação, a imposição da multa é devida. Essa prévia comunicação tem o condão de evitar que, por algum espaço temporal, o acusado fique indefeso no processo, sem que se tenha conhecimento de que o advogado deixou de defendê-lo. É dever do advogado fazer essa comunicação. Havendo a comunicação antes do abandono, o juiz irá intimar o acusado para constituir novo advogado, assinando prazo para essa finalidade, ao final do qual, se for o caso, intimar a Defensoria Pública ou nomear defensor.

Ademais, essa providência serve, igualmente, para que não sejam adiados atos do processo, especialmente, a audiência una. Se não for feita a prévia comunicação do abandono da causa, só se saberá desse fato no dia da audiência ou, quando intimado para algum fim, se e quando o advogado disser que não mais defende o acusado.

Nada obstante essa nova regra, muitos advogados, assim como faziam antes, não têm prestado atenção a esse ônus processual que lhe é imposta pela norma. É de fundamental importância que, nesses casos, os juízes não deixem de aplicar a multa. O valor foi atualizado pelo legislador exatamente para inibir o argumento de que ele era irrisório. Agora não se tem mais essa justificativa²⁴. Uma pena de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, que, na sua fixação, deverá ser levada em conta a capacidade financeira do advogado ou do escritório de advocacia, é bastante expressiva, ainda que aplicada no seu mínimo legal. Cabe aos juízes modificar a sua postura, não deixando que um fato grave como o abandono da causa do advogado, deixando o acusado indefeso, não fique sem a devida censura, principalmente na fase da execução da pena. Isso, infelizmente, ocorre com bastante frequência, ficando o acusado, em razão de esgotada a sua capacidade financeira, sem a devida assistência.

7. CONCLUSÃO

Como se observa, a defesa do acusado no processo penal, com a nova disciplina dada com a reforma, especialmente pela Lei nº 11.719, de 2008, ficou bem mais substancial, tratamento que se adequa ao princípio da ampla defesa, tal como ele está, historicamente, previsto para o ambiente criminal, o qual, ao contrário da seara cível, não se contenta com o oferecimento de oportunidade para a sua manifestação, mas que ela seja efetivamente exercida.

Citado para responder, ou melhor, para se defender, e não para ser interrogado, como era antes, o tratamento dispensado ao acusado passa a ser mais confortável, a par de alinhado ao perfil do modelo acusatório.

¹ Juiz Federal da 2ª Vara do Rio Grande do Norte e ex-presidente da Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe).

² Cf. ASSOCIAZIONE FRA GLI STUDIOSI DEL PROCESSO PENALE. *Il Giusto Processo*. Milano Giuffré Editore, 1998.

³ No Direito Comparado também se observa que o direito de defesa surgiu como uma garantia processual pertinente ao ambiente criminal, mais especificamente a quem é réu, tal como se percebe da leitura das Constituições dos Estados Unidos, da Espanha e de Portugal. Nas Constituições alemã e italiana, porém, o direito de defesa está assegurado de forma genérica, com incidência tanto na seara criminal quanto na cível.

⁴ No livro *Curso de Processo Penal: Teoria (Constitucional) do Processo Penal*, elege-se o princípio da ampla defesa como uma das seis categorias lógicas, decorrentes da compreensão dos direitos fundamentais, que forma, ao lado dos princípios do *devido processo legal* (em sentido estrito), *da presunção de não-culpabilidade, do direito à intimidade em geral e da liberdade, a espinha dorsal* do sistema processual penal. Nessa análise, a ampla defesa abrange o direito ao silêncio e a garantia da inviolabilidade da advocacia. O direito ao silêncio, por sua vez, ao ser alçado a nível constitucional, como consequência, tornou o interrogatório com genuína natureza jurídica de defesa, não mais de prova, na qualidade de direito de ser *ouvido (audiência)* pelo responsável pelo seu julgamento (*direito à identidade física do juiz*) e o direito de recorrer (SILVA JÚNIOR, p. 694-793).

⁵ Antes da processualização do direito de punir, o acusado não era chamado para o processo a fim de se defender, mas para ser objeto de prova. Estabelecendo uma nova fase, a Sexta Emenda à Constituição americana afirmou como direito fundamental do acusado o direito de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação, de ser acareado com as testemunhas, de obter o comparecimento compulsório de testemunhas de defesa e contar com a assistência de um advogado para a sua defesa.

⁶ Salvo o caso de suspensão do processo.

⁷ ANTONIO SCARANCE FERNANDES sustenta que “Quando, nas Constituições, se assegura a ampla defesa, entende-se que, para observância desse comando, deve a proteção derivada da cláusula constitucional abranger o direito à defesa técnica durante todo o processo e o direito de autodefesa” (*Processo Penal Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 258).

⁸ Na compreensão do direito de falar nos autos, está o direito ao interrogatório, denominado, no Direito português, de *direito de audiência*. Pela especificidade e relevância do assunto, esse direito, como uma das espécies de autodefesa decorrente do direito à ampla defesa, será estudado no momento do interrogatório.

⁹ A falta de intimação ao acusado da audiência, ainda que feita ao seu defensor, é causa de nulidade, se bem que relativa, o que exige, por conseguinte, a demonstração de prejuízo.

¹⁰ No Código de Processo Penal português, o acusado tem o direito de “Estar presente aos atos processuais que directamente lhe disserem respeito” (art. 61º, 1, a), que se traduz em *direito de presença* (PIMENTA, José da Costa. *Código de Processo Penal Anotado*. 2. ed. Lisboa: Rei dos Livros, [19??], p. 204).

¹¹ Quem é advogado, especialmente quem possui militância na área criminal, sente a necessidade de se fazer acompanhar na audiência de seu cliente, pois há explicações imprescindíveis que precisam ser feitas, em razão de algumas afirmações feitas em depoimentos do ofendido e das testemunhas.

¹² No caso de expedição de carta precatória, não está assegurado ao acusado o direito de estar presente na audiência realizada perante o Juízo deprecado. (Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal: “Recurso ordinário em *habeas corpus*. 2. Oitiva de testemunhas por precatória. 3. Prescindibilidade da requisição do réu preso, sendo bastante a intimação do defensor da expedição da carta precatória. 4. Desnecessidade de intimação do advogado da data da inquirição da testemunha. 5. Precedentes. 6. Recurso desprovido” (Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro CELSO DE MELLO, Classe: RHC - Processo: 81322, UF: SP, SEGUNDA TURMA, m.v. Data da decisão: 12/03/2004. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 22 mar. 2005)). Este é o entendimento da Súmula 273 do STF: “Intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado”.

¹³ ADA PELEGRINI, ANTONIO SCARANCE e GOMES FILHO¹³ advertem que “[...] com relação especificamente aos recursos penais, deve-se observar que o art. 577 do CPP outorga ao réu legitimação concorrente e autônoma aos recursos, investindo-o igualmente de capacidade postulatória”, sendo possível, assim, que o acusado, independentemente de seu advogado, interponha o recurso (op. cit., p. 94). Isso somente é razoável em relação aos recursos em sentido estrito e de apelação, os quais, diferentemente das demais espécies

recursais, possuem um procedimento com duas fases: a da interposição e a das razões. O que se reconhece ao acusado é o direito de interpor o recurso, pois aqui é suficiente a manifestação de vontade de impugnar a decisão ou sentença, sendo o seu defensor intimado para apresentar as suas razões, pois aquele não possui qualificação técnica para fazê-las. Na proposta de alteração do Código de Processo Penal enviada à Câmara dos Deputados pelo Governo Federal, que está em tramitação naquela casa legislativa, continua a previsão, nos arts. 577, *caput*, e 578, § 1º. O *jus postulandi* no processo de execução penal é amplo, pois a capacidade postulatória é reconhecida não só a quem o represente, incluindo-se aí o advogado, como a ele próprio e mesmo ao seu cônjuge, parente ou descendente. Isso ocorre porque a experiência mostra que o momento mais crítico para a defesa da pessoa é justamente no processo de execução criminal, pois, nessa fase, geralmente ela perde a sua capacidade econômica para custear advogado, enquanto a defensoria pública, quando existe, não tem quadro suficiente para prestar a devida atenção a todos os condenados. Todavia, os arts. 15 e 16 da Lei nº 7.210, de 1984, em materialização ao preceito da ampla defesa na execução penal, asseguram a assistência jurídica aos presos e internados sem recursos financeiros. Em algumas ações autônomas, também está assegurado o *jus postulandi*. O *habeas corpus* é o maior exemplo de que a capacidade postulatória no processo criminal é assegurada como forma de conferir o mais amplo acesso ao Judiciário na defesa do direito de liberdade. Quanto à revisão criminal, está assegurado o seu ajuizamento pelo *próprio réu ou por procurador legalmente habilitado*, permitindo-se, ainda, no caso de falecimento, que a ação seja ajuizada pelo *cônjuge, ascendente, descendente ou irmão* (art. 623 do CPP).

¹⁴ O legislador, seguindo a mesma idéia que norteou a concepção do sistema do juizado especial e tendo em conta que o direito ao silêncio, elevado à categoria de direito fundamental, fez sobressair a natureza jurídica de direito de defesa do interrogatório, deixou esse importante ato do processo para ser realizado na própria audiência de instrução, após as declarações do ofendido, a inquirição das testemunhas, os esclarecimentos dos peritos, as acareações e o reconhecimento de pessoas e coisas (art. 531 do CPP).

¹⁵ Se o acusado não comparecesse ao interrogatório, o juiz, por despacho, deveria declará-lo revel e, *incontinenti*, nomear defensor dativo para o oferecimento da defesa prévia.

¹⁶ A jurisprudência era no sentido de que, sendo possível, o interrogatório haveria de ser feito, sob pena de nulidade (STF, RTJ 73/758).

¹⁷ A inviolabilidade da advocacia, princípio inserto no art. 133 da Constituição, é uma decorrência lógica da cláusula da ampla defesa. Daí exsurge a *imunidade judiciária* e a *inviolabilidade do escritório de advocacia*. Para assegurar a defesa efetiva, não caracteriza o crime de *injúria ou difamação* “a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador” (art. 142, I, do CP), circunstância que não abrange o crime de calúnia. A Lei nº 8.906, de 1994 — Estatuto da Advocacia —, no art. 2º, § 3º, estabelece que “no exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei” e, mais adiante, no art. 7º, § 2º, esclarece que não constitui “[...] injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele”. A extensão da imunidade ao crime de desacato, porém, foi suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal, adotada no julgamento da ADI 1.127-8. Ressalte-se que a imunidade criminal, relativa apenas aos crimes de injúria e de difamação, circunscreve-se às ofensas feitas na discussão da causa (art. 142, I, do CP) e nos limites desta lei (art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/94). A inviolabilidade do escritório de advocacia, dos arquivos e dados, da correspondência e das comunicações, incluídas as telefônicas ou afins, com a alteração da Lei nº 11.767, de 2008, estabelece a imunidade do escritório de advocacia em relação a busca e apreensão, salvo se “Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado [...]” (art. 7º, § 6º, da Lei nº 8.906/94). Em síntese, a busca e a apreensão em escritório de advocacia devem ser admissíveis nas seguintes hipóteses em que o advogado: (1) tiver participado do crime; (2) não estiver funcionando como defensor no processo em que for determinada a busca; (3) não possuir os papéis em razão de sua função; (4) mesmo no exercício da profissão, em relação a coisas, instrumentos, objetos, armas e munições relativos ao crime em apuração em poder do advogado¹⁷; e (5) em se tratando de documento, ainda que o tenha recebido devido ao exercício da advocacia, se ele se constituir elemento do corpo de delito. Ocorre que a Lei nº 11.767, de 7 de agosto de 2008, incrementou a inviolabilidade do exercício da advocacia, de modo que, doravante, independentemente da situação, a busca e a apreensão só podem ser determinadas em escritório de advocacia quando “Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado [...]” (§ 6º art. 7º da Lei nº 8.906, de 1994). Seja como for, no caso de mandado de busca e apreensão em residência ou escritório de advogado, expedido de conformidade com decisão judicial, a sua execução deverá ser acompanhada de representante da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 7º, § 6º, da Lei nº 8.906, de 1994).

¹⁸ O CPP, no art. 571, II, estabelece que o momento para argüir nulidades, no procedimento ordinário e nos processos especiais, é no prazo das razões finais. As razões finais, agora, são, de regra, na audiência de instrução e julgamento. Para argüição de nulidade, nos processos de rito sumário, o art. 571, III, do CPP, estabelecia a defesa prévia, sendo, agora, o momento da resposta. Porém, as ocorridas depois deverão ser argüidas quando aberta a audiência e apregoadas as partes. Se em audiência, logo depois que ocorrerem. Em se tratando do

procedimento do tribunal do júri, de regra, nas alegações finais da primeira fase. As ocorridas depois, logo após a abertura da sessão de julgamento. As que surgirem em plenário, logo depois de ocorridas.

¹⁹ Para não repetir o que já foi dito, cf. item 5.1.3.1, *supra*.

²⁰ “Art. 107. Extingue-se a punibilidade: I – pela morte do ofendido; II – pela anistia, graça ou indulto; III – pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; IV – pela prescrição, decadência ou preempção; V – pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada; VI – pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite; VII – pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II, e III do Título VI da Parte Especial deste Código; VIII – pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração; IX – pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.”

²¹ Essa é a correta interpretação do art. 798, § 5º, alínea “a”, do CPP.

²² A bem da verdade, o mais razoável era que se modificasse a regra do Código de Processo Civil para ajustá-la à do Código de Processo Penal. A interpretação anacrônica daquela regra do CPC faz com que a pessoa citada ou intimada por mandado, no pressuposto de que ocorreu a juntada do mandado cumprido sem maior demora, vá à secretaria do juízo pegar os autos, mas recebe a informação de que não pode fazê-lo, uma vez que o prazo ainda não teve início. Esse estado de coisas perdura, não raro, por um bom lapso temporal. Isso faz com que o advogado, dia sim, dia não, fique no controle quanto à juntada do mandado nos autos, muitas vezes pedindo certidão sobre a situação. Se o advogado se descuidar quanto ao controle sobre a juntada, finda sendo surpreendido com início da contagem. O melhor, portanto, para todos os efeitos, é que a contagem se inicie a partir da diligência, o que, além de ser menos burocrático, simplifica a comunicação processual e imprime celeridade maior ao processo e, o que é importante, dá a certeza do termo inicial do prazo.

²³ Tinham sido aprovados pelo Congresso Nacional, quatro parágrafos. Porém, os §§ 2º e 3º foram vetados pelo presidente da República. Eis as razões do veto, que se mostram de todo coerentes, exceto quanto à sua última parte: “A despeito de todo o caráter benéfico das inovações promovidas pelo Projeto de Lei, se revela imperiosa a indicação do veto do § 2º do art. 363, eis que em seu inciso I há a previsão de suspensão do prazo prescricional quando o acusado citado não comparecer nem constituir defensor. Entretanto, não há, concomitantemente, a previsão de suspensão do curso do processo, que existe na atual redação do art. 366 do Código de Processo Penal. Permitir a situação na qual ocorra a suspensão do prazo prescricional, mas não a suspensão do andamento do processo, levaria à tramitação do processo à revelia do acusado, contrariando os ensinamentos da melhor doutrina e jurisprudência processual penal brasileira e atacando frontalmente os princípios constitucionais da proporcionalidade, da ampla defesa e do contraditório. Em virtude da redação do § 3º do referido dispositivo remeter ao texto do § 2º, há também que se indicar o veto daquele. Cumpre observar, outrossim, que se impõe ainda, por interesse público, o veto à redação pretendida para o art. 366, a fim de se assegurar vigência ao comando legal atual, qual seja a suspensão do processo e do prazo prescricional na hipótese do réu citado por edital que não comparecer e tampouco indicar defensor. Ademais, a nova redação do art. 366 não inovaria substancialmente no ordenamento jurídico pátrio, pois a proposta de citação por edital, quando inacessível, por motivo de força maior, o lugar em que estiver o réu, reproduz o procedimento já previsto no Código de Processo Civil e já extensamente aplicado, por analogia, no Processo Penal pelas cortes nacionais”.

²⁴ Pena que o legislador não aproveitou a oportunidade para, em nome da coerência sistêmica do ordenamento processual, providenciar a alteração, igualmente, do artigo anterior, qual seja, do art. 264, a fim de atualizar, igualmente, o valor da multa a ser aplicada pelo juiz, quando o advogado, nomeado pelo juiz para defender o acusado, sem a existência de motivo relevante, recusar o *munus*. No caso, a multa prevista é do mesmo valor que constava do art. 265, alterado pela Lei nº 11.719, de 2008, isto é, de cem a quinhentos mil-réis.