

Revista da
ALEJURN

Ano VI • N° 7 • Julho de 2022

CAPA: Dr. João Chaves

Um resgate histórico, promovido pelo jurista Walter Nunes, traz o mérito de realçar, em justa homenagem, a memória do potiguar Dr. João Chaves, graduado na Faculdade de Direito de Recife, em 1894, na mesma turma de Eloy de Souza.

Político, exerceu mandatos de Deputado Federal, e estadual, representando o Estado do Pará, sem descurar de sua vocação para o magistério superior.

Em sua curta existência (1875/1924), esse filho da Cidade de Macaíba destacou-se no estudo do Direito Criminal, dedicando-se à criminologia e ao penitenciariismo, sendo autor de uma obra clássica – *Sciênciia Penitenciária* – editada em Lisboa no ano de 1912.

Um feliz *insight* mobilizou o Juiz Federal Walter Nunes a percorrer os caminhos do homenageado, tornando possível esse resgate, mesmo tardio.





REVISTA DA ACADEMIA
DE LETRAS JURÍDICAS
DO RIO GRANDE DO NORTE

Offset
Editora

Natal/RN - 2022



Esta Revista é uma publicação da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte - ALEJURN

Idealizador da ALEJURN
Jurandyr Navarro

Patrono da ALEJURN
Amaro Cavalcanti

Quadro de Honra

Tomás Xavier Garcia de Almeida
Luiz Gonzaga de Brito Guerra
Luiz José de Sampaio
João Batista de V. Chaves
João Manuel de Carvalho Santos
Miguel Seabra Fagundes

Ficha Técnica

Organizador: **Francisco de Assis Câmara**
Revisão: **Libny Freire**
Design editorial e capa: **Wadelino Duarte**

Tiragem: 300 exemplares
Gráfica: Offset Gráfica

Catalogação na Fonte: Biblioteca Estadual Câmara Cascudo

R454 Revista da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte - ano VI, nº 07. - Natal (RN): Offset Editora, 2022.

263 p.:il.

ISBN: 978-65-89731-86-3

1. Rio Grande do Norte - História - Periódico.

2022/07

CDD 981.3205
CDU 981 (813.2)-050

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS.....	7
APRESENTAÇÃO	9

Primeira Parte

O PENITENCIARISTA DOUTOR JOÃO CHAVES Walter Nunes da Silva Júnior	15
JUSTA CAUSA NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA Francisco Barros Dias	81
O TRABALHADOR: DISCRIMINAÇÃO E DOENÇAS Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro	103
JUÍZES PRAGMÁTICOS? UMA NECESSÁRIA EXPLICAÇÃO SOBRE O REAL SIGNIFICADO DO PRAGMATISMO JURÍDICO EM DECISÕES JUDICIAIS Ricardo Tinoco de Goes	129
ADVOCACIA E O EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO Anísio Marinho Neto	157
UMA NOVA ERA DO DIREITO Diógenes da Cunha Lima	193
JEAN BODIN: PAI DA SOBERANIA, AVÔ DO POSITIVISMO Marcelo Alves Dias de Souza	199

Segunda Parte

UMA VIDA A SERVIÇO DA JUSTIÇA E DO DIREITO Edilson Pereira Nobre Júnior	219
RAIMUNDO NONATO: MESTRE DO DIREITO E PARADIGMA DE DIGNIDADE (À GUISA DE PREFÁCIO DO LIVRO HOMÔNIMO) Adalberto Targino	231
O JÚRI POPULAR NO RIO GRANDE DO NORTE Homenagem ao advogado Odúlio Botelho Jurandyr Navarro	241

Terceira Parte

DISCURSO DE POSSE DO ACADÊMICO MARCO BRUNO MIRANDA CLEMENTINO NA CADEIRA Nº 18 DA ALEJURN	249
SAUDAÇÃO AO NOVO ACADÊMICO MARCO BRUNO MIRANDA CLEMENTINO Carlos Roberto de Miranda Gomes	259

AGRADECIMENTOS

A Presidência da ALEJURN sente-se no justo dever de agradecer a todos quantos participaram desta Revista, de modo especial aos acadêmicos que a enriqueceram com suas produções jurídicas.

Esse dever de gratidão estende-se aos que deram corpo à revista:

- Jornalista Libny Freire, pela dedicada revisão e harmonização gráfica de todos os trabalhos.
- Waldelino Duarte, qualificado designer editorial, pelo seu ordenamento gráfico e artístico.
- Ivan Cardoso de Carvalho Jr., pela qualidade dos serviços gráficos e pela atenção dispensada à ALEJURN.

APRESENTAÇÃO

É com satisfação e alegria que apresentamos aos confrades e confreiras e, sobretudo aos leitores, uma nova edição da Revista da ALEJURN.

Tal desiderato materializa a vitalidade da nossa confraria, que promove discussão de matéria jurídica, literária e cultural na rede social, palestras, debates e encontros acadêmicos – o “Café com Letras.”

Mais uma vez optamos por não editar uma revista temática, propiciando aos confrades e confreiras a escolha de temas livres, os quais enriquecem os conteúdos expressos na Revista que ora apresentamos.

Destacam-se, entre os temas jurídicos, o trabalho de pesquisa do confrade Walter Nunes sobre o Dr. João Chaves, norte-rio-grandense que nos ofertou, como legado, uma obra de escol: “*Ciência Penitenciária*,” referência na doutrina penal, publicada no início do século passado e pouco familiar aos operadores do Direito Penal.

Temas diversos, desenvolvidos por quem vive a *práxis* do Direito, enriquecem a Revista. Francisco Barros Dias aborda a “*Justa causa na improbidade administrativa*.”

Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro, com sua autorizada *expertise* no Direito do Trabalho oferece à reflexão um tema recorrente e sempre atual: “*O trabalhador: discriminação e doenças*.”

O confrade Ricardo Tinoco de Goes faz sua estreia na Revista dissertando sobre o “*Real significado do pragmatismo jurídico em decisões jurídicas.*”

Nesse conjunto de temas doutrinários, o saber do acadêmico Anísio Marinho Neto: “*Advocacia e o exercício da ampla defesa e do contraditório.*”

Diogenes da Cunha Lima navega sobre cibernéticas águas da ciência e da tecnologia e não somente vislumbra, mas constata “*Uma nova era do Direito.*”

Em um segundo bloco, algumas homenagens:

O ilustre confrade Edilson Nobre Pereira Júnior realça, em primoroso texto, a importância do Ministro José Delgado, nosso saudoso confrade, no seu *munus jurídico*.

Adalberto Targino, a quem se reconhece o laurel de primeiro presidente da ALEJURN, e seu cofundador, nos representa, a todos, ao fazer a apologia do Dr. Raimundo Nonato Fernandes, “*mestre do direito e paradigma de dignidade.*”

O tema “*O júri popular do Rio Grande do Norte*” fez brotar em Jurandyr Navarro um sentimento que se traduz em reconhecimento aos grandes tribunos por ele nominados, com especial destaque ao confrade Odúlio Botelho Medeiros.

Por fim, um terceiro bloco documenta especiais momentos acadêmicos, como os referenciados abaixo:

– Discurso de posse do Acadêmico Marco Bruno Miranda Clementino na Cadeira nº 18 da ALEJURN, que tem como patrono o advogado Francisco Ivo Cavalcanti.

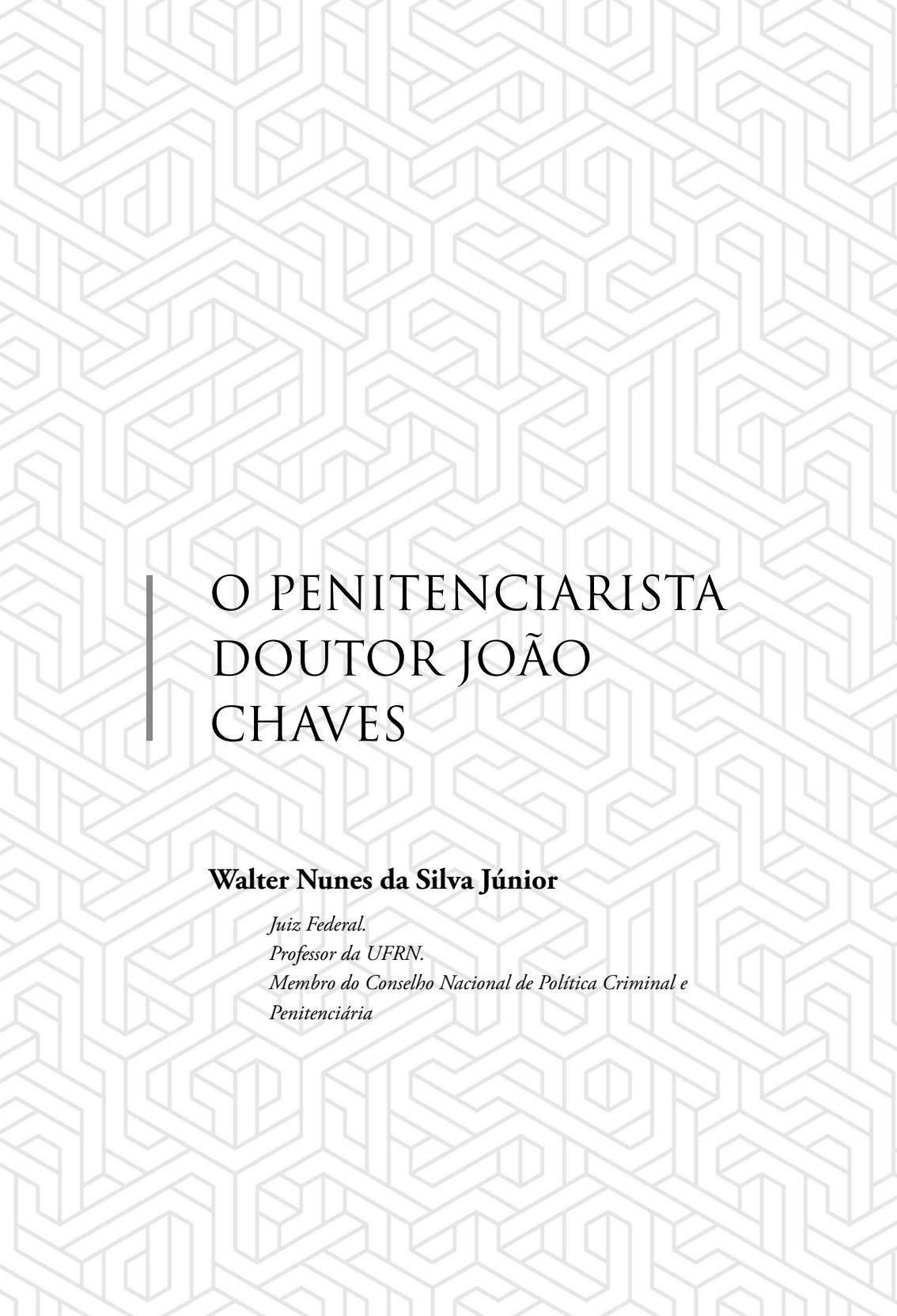
– Saudação ao Jurista Marco Bruno Miranda Clementino, novo integrante da ALEJURN, pelo confrade Carlos Roberto de Miranda Gomes.

Resta-nos agradecer aos confrades e às confreiras que viabilizaram a publicação desta edição com os excelentes textos que imprimem qualidade à Revista.

Pedimos licença para citar Sigmund Freud: “*Nós poderíamos ser muito melhores se não quiséssemos ser tão bons*”.

Boa leitura para todos.
Natal, julho de 2022.
Presidente da ALEJURN

PRIMEIRA PARTE



O PENITENCIARISTA DOUTOR JOÃO CHAVES

Walter Nunes da Silva Júnior

Juiz Federal.

Professor da UFRN.

*Membro do Conselho Nacional de Política Criminal e
Penitenciária*

1 - PRIMEIRAS PALAVRAS

A Penitenciária Doutor João Chaves é conhecida pelo norte-rio-grandense em geral, notadamente para quem tinha algum conhecimento dos episódios paroquianos nos idos dos anos 1970, 1980 e início dos anos 1990. Tratava-se, então, do maior estabelecimento penal no Estado, destinado, precípuamente, para acolher os presos mais perigosos.

A Penitenciária Doutor João Chaves foi construída em 1968, no bairro Potengi, na Zona Norte da Cidade do Natal/RN, transformando-se, posteriormente, no *Complexo Penal Doutor João Chaves*, cujo funcionamento se estendeu até março de 2006.

Conheci o estabelecimento em 1984, em visita orientada pelo então Professor da UFRN, José Ribamar de Aguiar, saudoso confrade da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte.

A impressão real, ao vivo e a cores, foi a pior possível, indo muito além da imagem criada em minha mente pelo quadro dantesco então pintado pela imprensa falada e escrita da época. Naquele tempo, não tínhamos imagens do interior dos presídios veiculadas na televisão ou mesmo nos jornais. As redes sociais, feliz ou infelizmente, não existiam na época.

Ambiente carcerário tenebroso, escuro, sujo e com forte odor de mofo, em tudo incompatível com as diretrizes gerais ditas pela Lei de Execução Penal, notadamente quando à exigência de a unidade celular obedecer aos requisitos de [...] salubridade

do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação, condicionamento térmico adequado à existência humana” e “área mínima (individual) de 6,00m²” (art. 88, parágrafo único, alíneas *a* e *b*).

Até hoje, não me sai da mente a visita à chamada cafua, que mais parecia uma caverna medieval, e me trouxe à lembrança o cárcere na Ilha do Diabo, na Guiana Francesa, no qual Henri Charrière, o *papillon*, ficou confinado¹.

Desculpem a franqueza, mas era como se estivéssemos visitando um zoológico, procurando, na passagem pelas celas, identificar os presos mais afamados ou mais temidos. Prometi a mim mesmo que nunca mais me prestaria a tal. Só entraria novamente em um presídio para trabalhar no sentido de aperfeiçoar o sistema penitenciário e fazer alguma coisa para a humanização do tratamento carcerário.

Anos depois, mais precisamente em 1996, voltei a frequentar a Penitenciária Doutor João Chaves, agora na qualidade de professor da UFRN, a fim de desenvolver um projeto de extensão universitária, que durou três anos e meio. Apesar dos pesares, percalços os mais avariados, foi prestado um trabalho do qual tenho muito orgulho.

As condições do complexo persistiam com os graves problemas de outrora, com uma superlotação acomodada – melhor dizendo, *depositada* – em instalações precaríssimas, alimentação escassa e ruim, sem mencionar a ausência de prestação das assistências e carência de qualificação do corpo funcional para a gestão carcerária com algum grau de eficiência. A guarda era feita pela polícia militar. Não existia agente penitenciário ou os hoje policiais penais.

A situação que era ruim nos anos 1980 só piorou com o passar do tempo. As barbaridades praticadas no interior do refe-

rido estabelecimento penal eram reportadas em várias matérias sobre mortes brutais e crueis, perpetradas por internos conhecidos e temidos pelos requintes de perversidade como executavam os seus algozes.

Esse cenário de brutalidade e ambiente com regras próprias e descompassadas com os direitos essenciais à condição humana foram o pano de fundo para a Penitenciária Doutor João Chaves passar a ser denominada *Caldeirão do Diabo*.

A Penitenciária Doutor João Chaves perdeu o seu *status* de maior unidade prisional e de centro do caos do sistema carcerário em solo potiguar com a construção do presídio Dr. Francisco Nogueira Fernandes, mais conhecido como Penitenciária Estadual de Alcaçuz, situada no Município de Nísia Floresta/RN, inaugurada em 27 de março de 1998.

Os presos então encarcerados na Penitenciária Doutor João Chaves foram recambiados para o presídio de Alcaçuz. No lugar, passou a funcionar o Complexo Cultural da Universidade Estadual do Rio Grande do Norte (CCUERN), inaugurado em 2010. O CCUERN é uma Diretoria da Pró-Reitoria de Extensão (PROEX), espaço no qual funciona, ainda, o Núcleo de Prática Jurídica da UERN².

Parte do local continua servindo de estabelecimento penal, funcionando a Penitenciária Feminina de Natal e o Presídio Raimundo Nonato³, aqui sendo prestada homenagem a outro saudoso confrade desta Academia, reconhecidamente um dos maiores juristas do nosso Estado.

Não tardou para Alcaçuz também ser identificada como uma *casa de horrores*, realidade escancarada para todo o país com a batalha de estilo medieval ocorrida em seu interior no ano de 2017. Mas essa é outra história.

O foco deste escrito, por provocação dos Confrades-amigos Diógenes da Cunha Lima e Assis Câmara, é o *penitenciarista* Doutor João Chaves, não a *penitenciária* homônima ou o presídio de Alcaçuz.

Em um país que pouco se lê, a história de grandes homens, invariavelmente, é esquecida, principalmente quando se trata de personalidades locais. O Estado do Rio Grande do Norte tem o mau vezo de não incluir no ensino fundamental o estudo biográfico de potiguares que denominam prédios e logradouros públicos.

Doutor João Chaves é um ilustre desconhecido, até mesmo dentro das comunidades jurídicas, acadêmica e profissional. Quando ele é mencionado, a memória das pessoas é associada à penitenciária que recebeu o seu nome e, infelizmente, a ele não fez jus, por ter se celebrizado como um estabelecimento descompromissado dos direitos essenciais à condição humana.

Que ironia! Doutor João Chaves, para além de jurista, era um *humanista incorrigível*. Decididamente, Doutor João Chaves não merecia tal desfeita.

O Rio Grande do Norte tem uma enorme dívida com esse extraordinário homem, que estava à frente de seu tempo e deixou decisiva e peculiar contribuição a respeito do penitenciarismo, tema que, embora tratado pelo autor com profundidade no início dos anos 1900, só agora, em verdade, começa a despertar a atenção dos agentes políticos sérios.

Não se olvida mais quanto à necessidade de preceituar uma eficiente política de estado na área de segurança, na qualidade de *dever de proteção* estatal exalado da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a partir de um olhar humanístico para a causa carcerária, tendo em mira a prevenção sob a regência da bandeira

da paz. O tratamento cruel e desumano se pauta pela política do medo.

Aquilo que era difícil de se enxergar no passado, em razão de estudos pioneiros como o de Doutor João Chaves, hoje, no século XXI, se manifesta com clareza de arder os olhos. O que assombra é que muito das patologias e atrocidades praticadas pelo Estado na execução da pena e desnudadas no livro persistem em nosso meio, a ponto de o Supremo Tribunal Federal reconhecer, no julgamento da liminar agitada na ADPF 347/DF, ocorrido em 9 de setembro de 2015, que

Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

O autor, ainda em 1911, havia denunciado esse Estado *cruel e vingador*, forte na crença de que a punição é mais um *dever* do que um *poder*, tendo como subsídio os direitos fundamentais, de modo que a aplicação da pena precisa ser pautada pelo futuro, como quer, hodiernamente, as *Regras de Mandela*, não com o olhar no retrovisor, voltado para o passado.

Como se verá ao longo dessa resenha crítica sobre a obra do autor, as suas lições serviram de guia e escudo para a elaboração da legislação criminal, primacialmente da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que teve o condão de criar o Sistema Penitenciário Nacional, elaborada mais de 72 anos depois. As ideias são tão atuais que o leitor atento da obra identificará o *DNA* do autor até mesmo na recente Lei nº 13.964, de 2019, denominada *Pacote Anticrime*.

Aqui uma digressão se faz necessária. Não se pode esquecer que o autor foi eleito Deputado Federal em 1913. Mesmo que no momento da feitura de leis posteriores ao exercício do mandato ele não estivesse mais no parlamento, é demasiado evidente que as suas ideias constam dos *anais* da Câmara dos Deputados, nos mais diversos pronunciamentos feitos oralmente na tribuna ou apresentados por escrito. Isso sem falar que deve ter sido convocado para dar contribuições sobre a temática, mesmo quando já afastado da política.

Essa observação encontra eco nas entrelinhas da obra do autor, pois ele deixa transparecer essa sua atuação ativa no processo legislativo em alguns passagens, como quando faz críticas a Mello Franco⁴ ao defender a aplicação do *sursis* apenas nos processos afetos à competência da então capital federal, e apresenta as suas emendas ao projeto, as quais foram, quase na integralidade, sufragadas pelo legislador.

Mas não é só. O que espanta mesmo é saber que o Brasil acatou a Resolução da Organização das Nações Unidas (ONU) nº 2.858, de 20 de dezembro de 1971, que editou as *Regras Mínimas para Tratamento dos Presos*, em razão da deliberação tomada no IV Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente, realizado em Kioto (Japão). Da análise da Resolução em foco, observa-se que as regras ali previstas foram incorporadas à nossa legislação infraconstitucional, como aliás se deu em relação aos demais países que ratificaram a recomendação da ONU⁵.

Isso revela que as próprias *Regras Mínimas para Tratamento dos Presos*, normatizadas em instrumento *soft law* pela ONU, estavam em consonância com as ideias expendidas por Doutor João Chaves há mais de 60 anos. Como se observa, malgrado hoje esquecido e desconhecido, o autor não teve as suas lições conhecidas e reconhecidas normativamente apenas no ambiente

nacional ou *tupiniquim*, pois influenciou a definição dos parâmetros internacionais que até hoje pautam as diretrizes preceituadas pelas chamadas *Regras de Mandela*.

E mais um detalhe. A circunstância de a Lei nº 7.210, de 1984, a nossa Lei de Execução Penal, ter aderido às diretrivas internacionais e se apresentar sobremaneira avançada em relação à situação caótica dos estabelecimentos, portanto em aparente falta de sintonia com a nossa realidade, gerou uma série de críticas dos mais diversos setores da sociedade.

O editorial do Jornal do Brasil, edição de 21 de janeiro de 1985, sob o título *Ficção penal*, assacou azedas críticas à Lei nº 7.210, de 1984, sob a pecha de que era adequada para países com pequena população carcerária e com serviços penitenciários eficientes, não para um país “Em um clima de criminalidade exacerbada, como o que se registra hoje no Brasil [...]”⁶. No final, ao concluir o editorial perguntou para os seus leitores: “Não seria mais prudente considerar prematura a entrada em vigor das novas leis penais e esperar que haja um mínimo de condições materiais para a sua correta aplicação?”

O leitor desta revista pode ter a certeza. O autor já tinha apresentado a resposta a essa indagação, lá atrás, em 1911. A lei então questionada não foi inspirada em pensamento alienígena: reverberou as ideias de um grande doutrinador brasileiro, mestre dos mestres na área do penitenciarismo.

Como se vê, estamos aqui lidando com um visionário, um homem de valor ímpar, sem favor nenhum, um dos juristas mais importantes não apenas para o Rio Grande do Norte como para os cenários nacional e, por que não, internacional.

Não há, como se verificará mais adiante, nenhum exagero nessa afirmativa.

2 - QUEM FOI DOUTOR JOÃO CHAVES

Tenho de confessar. Na época de estudante de Direito, pensava que Doutor João Chaves, o nome homenageado com a denominação da penitenciária construída em 1968, tinha sido médico.

Isso foi fomentado pela nomenclatura da referida instituição prisional. Percebiam. Ninguém chama *Penitenciária João Chaves*. Todos conhecem como Penitenciária *Doutor João Chaves*. E mais. Antes de os tempos da rede mundial de computadores e mídias sociais reinventarem a escrita, quando se escrevia o nome do estabelecimento, não se grafava *Dr.*, mas, sim, *Doutor*.

Mereço perdão, portanto, pelo equívoco da minha impressão inicial. Quem primeiro me esclareceu a respeito foi meu pai, Walter Nunes: – *Filho, João Chaves foi um jurista, com sólida formação acadêmica embasada na doutrina estrangeira, sendo autor de uma obra fundamental a respeito do Direito Penitenciário.*

Conheço apenas um escrito do Doutor João Chaves, intitulado *Ciência penitenciária*. É nessa obra que consta uma breve biografia, lavrada por Wandyr Villar. Trata-se, infelizmente, de um brevíssimo relato sobre a vida de João Baptista de Vasconcellos Chaves, nascido em 04 de outubro de 1875, na cidade de Macaíba/RN – à época chamava-se São Gonçalo –, mais precisamente no Engenho do Ferreiro Torto. Filho de Francisco Clementino de Vasconcellos Chaves e de Isabel Cândida de Vasconcellos Chaves.

Segundo Wandyr Villar, o avô materno do biografado era o Coronel Estevão José Barbosa de Moura, que fora juiz de direito em Jardim do Seridó, chefe de polícia, deputado provincial por três legislaturas. Como 1º vice-presidente, o Coronel Estevão José chegou a administrar a província do Rio Grande do Norte.

João Chaves faleceu no dia 28 de abril de 1924, ou seja, quando contava com apenas 49 anos de idade. Morreu, como se vê, muito jovem, quando muitos estão iniciando ou intensificando a sua produção intelectual. Todavia, embora curta, a sua vida foi intensa.

Sem notícia sobre a sua juventude, sequer a respeito de onde ele fez o ensino fundamental e o médio, o que se conta é que ele foi aluno da renomada Faculdade de Direito do Recife, integrante da turma em que se formou o também potiguar Eloy de Souza. Isso em 1894.

Com 19 anos de idade, formado em Direito, pouco depois, foi residir no Pará, com um tio, que era um conceituado magistrado⁷, e lá, inicialmente, exerceu a advocacia, no escritório do então Senador Arthur Lemos. Ocupou o cargo de promotor público nas comarcas de Baião, Soure, Cametá, Cachoeira e Belém.

Sem demora, em 1896, com 21 anos, contraiu núpcias com Maria da Glória de Vasconcellos Chaves, com quem, segundo informações, teve filhos. Não se sabe se Maria da Glória seria a filha do tio em cuja casa ele fora morar, no Pará. Seja como for, ao que parece, a sua mudança para o Norte do país pode ter sido menos pelo tio do que pela prima.

Logo que chegou no Norte do país, principiou a sua jornada como político, tendo sido eleito Deputado Estadual em 1897, ou seja, três anos após a formatura, quando tinha 22 anos de idade. Foi Deputado Estadual até 1912, permanecendo, assim, ininterruptamente, no parlamento estadual, pelo lapso temporal de 15 anos.

Eleito Deputado Federal em 1913, não há mais notícia de exercício de mandato eletivo. Porém, durante essa trajetória na seara política não se afastou do Direito. A leitura do livro permite a inferência de que, no período em que exerceu a legislatura, o

autor focou as suas preocupações em relação às questões afetas ao sistema penitenciário, contribuindo decisivamente na elaboração de leis nessa área.

Ademais, conquanto tenha iniciado a carreira de parlamentar em 1897, no ano de 1905, ingressou como professor na faculdade de Direito do Pará, lecionando a cadeira de Direito Penal, lá permanecendo até o ano de 1911, exercendo, portanto, essa atividade paralela à de parlamentar, salvo quando passou a ocupar uma cadeira na Câmara dos Deputados.

No sintético prefácio que fez na abertura do livro, João Chaves revela, em linguagem subliminar, os motivos pelos quais a sua passagem na cátedra foi tão efêmero, ao asseverar que, no início do ano de 1911, “[...] por motivos que não vêm ao caso contar aqui, pedimos demissão do respectivo cargo e, a despeito da resolução unânime da Congregação de Maio negando-a, consideramo-nos como demissionário”⁸.

Essa passagem descortina o seu temperamento, a firmeza de seus posicionamentos e, claro, que ele se tratava de um homem arraigado a princípios dos quais não se apartava, ainda que isso o levasse a tomar decisões contrárias à sua satisfação pessoal.

Todavia, como sempre acontece com os grandes homens, esse infortúnio que o levou a deixar a Universidade do Pará fomentou a realização de outra missão de magnitude, aquela que veio, por mais paradoxal que seja, a coroar a sua atividade acadêmica.

De fato, desvinculado da entidade de ensino, segundo Wandyr Villar, entre os anos de 1911 e 1912, Doutor João Chaves empreendeu *tour* acadêmico pela Europa, oportunidade em que visitou os mais diversos estabelecimentos prisionais, coletando substratos empíricos para os seus estudos sobre o penitencialismo, ao tempo em que teve acesso aos livros estrangeiros mais

importantes então escritos sobre o tema ao redor do mundo, conhecimentos, empíricos e dogmáticos, habilmente manipulados na construção de suas muitas e inovadoras ideias, consignadas no livro *Ciência penitenciária*.

No prefácio em referência, o autor diz que, desde a graduação, despertou o “[...] pendor pelos estudos jurídico-penais [...]”, interesse que foi aguçado e adquiriu densidade “[...] diretamente do nosso tirocínio como lente catedrático de Direito Criminal na Faculdade Livre de Direito do Pará [...]”.

Aliás, nas primeiras palavras do prefácio do livro, o autor faz questão de expor que o pensamento levado ao conhecimento do público por meio de sua escrita era *desajudado de qualquer recomendação estranha*, pois “Assim nos impôs o nosso temperamento, avesso às solicitações que podem infligir possível constrangimento à pessoa eleita para uma tal missão”⁹.

De outra banda, as andanças pela Europa explicam o porquê de a bibliografia citada em sua obra ser basicamente constituída de livros europeus, com a menção na língua nativa dos doutrinadores, especialmente americanos, ingleses, franceses e italianos.

Vicente Serejo¹⁰, com suporte em texto de Luís da Câmara Cascudo, diz que Doutor João Chaves era um homem taciturno, “de pele branca, grave e triste”. Comenta ainda que Cascudo só viu o penitenciarista uma única vez, quando aquele conversava com o seu pai, Francisco Justino Cascudo, em uma tarde do ano de 1917.

Malgrado a comunicação com o autor tenha se resumido à devolução ao aceno de um distante e tímido adeus, Cascudo reteve na memória a figura daquele homem vestido de preto, com óculos a la *pince-nez* – expressão de Serejo –, e calçando luvas para esconder a hanseníase.

Tempos depois daquele encontro fortuito, mais precisamente em 1935, ao se encontrar com o jurista Evaristo de Moraes (1871-1939), Cascudo foi indagado a respeito de Doutor João Chaves. Importa lembrar que Evaristo de Moraes foi criminalista que se notabilizou pela atuação em júris famosos, como o referente ao julgamento do homicídio de Euclides da Cunha, tendo sido membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e presidente da Sociedade Brasileira de Criminologia.

Parece evidente que Evaristo de Moraes não podia deixar de conhecer o livro *Ciência penitenciária* ou pelo menos a fama de Doutor João Chaves como penitenciarista, pois era um estudioso do assunto, além de professor universitário, com vasta produção acadêmica, tendo escrito, dentre outras, a obra *Prisões e instituições penitenciárias no Brazil*, em 1923. Acrescente-se, ainda, que, tal qual o homenageado, Evaristo de Moraes também foi laureado com a atribuição de seu nome para uma penitenciária no Rio de Janeiro.

3 - A OBRA

Sciencia penticenciaria. Lisboa: Livraria Clássica Editora de A. M. Teixeira & C.TA, 20, Praça dos Restaurados, 20, 1912. Essa é a ficha catalográfica da obra aqui resenhada. Para a elaboração deste texto, consultei a sua edição brasileira: *Ciência penitenciária*. Natal: Azymuth, 2015, 288 p.

Para se ter uma ideia da primazia do livro escrito por Doutor João Chaves, a prisão só veio a ser concebida como pena a partir da sedimentação das ideias de Beccaria, expendidas no livro *Dos delitos e das penas*, escrito na segunda metade do século XVIII¹¹. Muito embora o autor alerte que a Igreja usava a prisão nas células monásticas como forma de punição, preceituando a necessidade do desenvolvimento de iniciativas assistenciais quan-

to à oportunidade de trabalho e à instrução moral e religiosa, o que, em suas palavras, apresenta-se como um *magnífico sistema penitenciário*, o certo é que os primeiros sistemas penitenciários propriamente ditos surgiram nos Estados Unidos, apenas no século XIX¹².

É a partir daí que surgem os esboços daquilo que mais tarde vai constituir outro ramo do Direito, mais precisamente, o denominado *Direito Penitenciário*.

No Brasil, a pesquisa identifica que, embora remonte ao ano de 1822 a existência do Serviço de Inspeção das Prisões, ligado à Secretaria do Estado dos Negócios da Justiça, embrião do atual Ministério da Justiça e Segurança Pública, os Estados possuíam ampla autonomia na *gestão* prisional, de modo que não havia, em nosso meio, um sistema penitenciário nacional¹³.

O germe da criação do sistema penitenciário nacional se deu com o Decreto nº 24.797, de 1934, cuja edição se verificou em cumprimento à Constituição de 1934 (art. 5º, XIX, “a”), que conferiu à União o poder de legislar sobre *normas fundamentais* sobre o *regime penitenciário*¹⁴. Esse comportamento normativo seguiu as diretrizes fixadas em 1929, pela Comissão Internacional Penal de Penitenciária que, revistas em 1933, findaram aprovadas pela Liga das Nações Unidas, em 1934.

Não se tinha ainda a concepção em nosso meio quanto à existência de um *direito penitenciário*, muito menos de uma *ciência penitenciária*, tal qual o autor preconizara em 1911, muito embora no X Congresso da Comissão Internacional Penal e Penitenciária¹⁵, realizado em Praga, no ano de 1930, tenha sido concebida a existência propriamente de um Direito Penitenciário, providenciado-se o enunciado do seu conceito no III Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, realizado na cidade de Palermo, na Itália, em 1933¹⁶.

Para piorar, a Constituição de 1937, com o seu caráter ditatorial, não deu trela às diretrizes internacionais, pelo que deixou de fazer referência à *questão penitenciária*, o que só veio a ser remediado com a Constituição de 1946.

Essa nova Carta Política, embalada pelo movimento democrático e humanístico do pós-Segunda Guerra Mundial, restabeleceu a competência da União para legislar sobre *normas gerais de regime penitenciário* (art. 5º, XV, letra “b”). Na esteira dessa previsão constitucional, o legislador trouxe a lume a Lei nº 3.274, de 2 de outubro de 1957, preceituando normas gerais do regime penitenciário, considerada muito avançada para a época, contemplando um vasto catálogo de direitos mínimos dos presos, quanto ainda muito incipiente em relação ao diploma legal que lhe sucedeu, a Lei nº 7.210, de 1984.

Como foi dito e se constatará nas linhas traçadas a seguir, é perceptível o dedo ou o *DNA* de Doutor João Chaves na feitura da legislação em foco, ele que foi um dos precursores no Brasil da discussão sobre as questões que permeiam as vicissitudes carcerárias, um dos arautos daquilo que se convencionou chamar *os penitenciaristas*.

Talvez em razão desse tratamento normativo, desconhecendo a existência do Direito Penitenciário como ramo específico do Direito, explique a apatia dogmática a seu respeito. Esse equívoco histórico nacional somente foi resolvido com a Constituição de 1988, que fez referência, expressa, ao *Direito Penitenciário* (art. 24, I), como queria o autor, já em 1911.

Nota-se, assim, que o constituinte tardou, mas, enfim, reconheceu a procedência da reclamação do autor, ao preceituar a existência, em nosso sistema jurídico, do Direito Penitenciário.

Todavia, ainda assim, são raros os livros específicos sobre o Direito Penitenciário e há uma incompreensão, identificada até

mesmo em julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, quanto à circunstância de a Lei de Execução Penal se apresentar como um plexo de normas de direito penitenciário e processual, e que a função típica dos policiais penais e servidores em geral que atuam na gestão prisional diz respeito à prática de atos penitenciários – ou melhor, atos de execução penal, e não administrativos em si.

O que ainda hoje, a despeito da previsão constitucional, não é evidente, não escapou da genialidade de Doutor João Chaves, no início dos anos 1900. Isso revela como o seu livro há de ser considerado de vanguarda. De outra banda, em que pese a sólida pesquisa doutrinária e empírica encartada no escrito, nas entrelinhas do prefácio, ele entrevê que o conteúdo do livro ad-vém de suas próprias impressões, pelo que, “Também por isso, a crítica pode-se fazer inteiramente livre, se não tem de homenagear o prefaciador ou de arreceiar-se de sua autoridade”¹⁷.

O autor tinha a plena consciência de que o seu livro gozava da primazia de preencher uma *lacuna na nossa literatura penal*, até porque a doutrina que conferiu suporte aos seus argumentos foi substancialmente estrangeira, com pouca citação de livros nacionais e, ainda assim, nenhum desses tratando da ciência ou do direito penitenciário.

E aqui uma curiosidade desperta. O livro foi editado em Portugal. Wandyr Villar disse que isso ocorreu porque a publicação se deu naquele giro que Doutor João Chaves dera pela Europa, entre 1911 e 1912. Mas não é o que parece.

No prefácio do livro, escrito sob a pena do próprio João Chaves, consta que ele finalizou o livro na cidade de Belém/PA, no dia 15 de dezembro de 1911. Ou seja, o autor não ficou pela Europa entre os anos de 1911 e 1912, pois na data acima referenciada, já se encontrava no Brasil. E há, ainda, uma particularida-

de no prefácio, a corroborar que a feitura do livro ou pelo menos a sua conclusão ou o momento em que foi escrito o prefácio, se verificou em solo brasileiro. No último parágrafo do prefácio, ele declarou “o esforço titânico por (nós) despendido sob este céu abrasador do extremo Norte [...]”¹⁸.

Então, por que o livro não foi editado no Brasil? Não houve editora interessada por causa do tema? João Chaves preferiu publicar no exterior? Independentemente do motivo, o fato é que essa circunstância contribuiu para a pouca difusão de sua fenomenal obra entre os doutrinadores brasileiros. Pesquisei em vários livros nacionais alguma referência ao seu livro, sem lograr êxito¹⁹.

Por isso mesmo, merece aplauso a iniciativa da editora Azymuth, sediada aqui mesmo em Natal, de reeditar a obra. Os estudantes de Direito da UFRN, por exemplo, agora podem ler o livro, que está disponível na biblioteca da universidade.

O livro que celebrou Doutor João Chaves descortina um pesquisador meticuloso e epistemológico. O livro foi estruturado de forma dogmática, com prefácio e introdução. No primeiro capítulo, ele tratou da origem e evolução da ciência penitenciária, assim como do seu conceito, compreensão, objeto e método. Em verdade, trata-se de uma espécie de preâmbulo ou pré-compreensão no escopo de situar o leitor em relação ao seu lugar de fala, no qual tratou de esmiuçar o escorço histórico sobre a evolução da ciência penitenciária, para, assim, formular a sua definição quanto ao objeto desse ramo do Direito.

Aproveitando esse vácuo, enuncia que, na sua concepção, a ciência penitenciária comprehende a *prevenção e a repressão*, e no que pertine ao método a ser adotado em seu estudo, afirmou que, em seu pensar, só se admite o *naturalismo crítico*, consistente na reflexão *positiva* subordinada aos processos de *observação, experimentação e crítica*.

No capítulo seguinte, ainda como uma forma de introdução, se ocupou da pena, seus fins e caracteres. Precatando-se quanto a eventual crítica a ser lançada sob o argumento de mostrar-se ocioso consagrar um capítulo sobre o estudo da pena, cuidou de discorrer sobre os seus fins e caracteres, tendo como pressuposto que “[...] esse fato social primitivo, embora transformado pela evolução, tem sido sempre considerado necessário, tanto hoje como ao tempo dos primeiros agrupamentos humanos”²⁰.

Para o autor, no que tinha carradas de razão, se é certo que um livro *prático*, como o que escrevera, não deve perder tempo com intermináveis questões de *pura teoria filosófica*, isso não se aplica aos fundamentos da pena, uma vez que a justificativa ou explicação do direito de punir se constitui na base de todo o sistema criminal.

Após discorrer sobre esses aspectos fundamentais, mencionando que no livro o estudo iria se circunscrever a um dos objetos da ciência penitenciária, a saber, a *repressão* – pois a *prevenção* seria tratada em outra obra, específica sobre o assunto – o autor seguindo essa ideia, dividiu o capítulo III em três partes, denominadas (a) *sistema educativo*; (b) *sistema de reforma*; e (c) *sistema de eliminação*.

Para desconstruir um mal-entendido que a semântica da última parte do livro sugere, advirta-se, sem demora, que em nenhum momento Doutor João Chaves se descura de sua formação humanística, de modo que ele vai se posicionar frontalmente contrário à pena de morte.

A abordagem sobre a monumental obra do autor será feita a seguir, em compasso com essa diretriz metodológica adotada pelo autor no livro *Ciência penitenciária* para o desenvolvimento do seu pensamento jurídico-filosófico.

3.1 - CIÊNCIA PENITENCIÁRIA: NO PENSAMENTO DE DOUTOR JOÃO CHAVES

Inserida a prisão na qualidade de pena dentro do movimento humanitário de construção do Direito Criminal, sob a escrita de Beccaria, exsurge no início do século XIX a preocupação com a arquitetura prisional, fomentando o desenvolvimento do que se denominou *Ciência das Prisões*.

Não tardou, todavia, a conquistar espaço a denominada *Escola Penitenciária*, sendo comum atribuir-se a John Howard, na Inglaterra, a defesa da aplicação das ideias liberais de defesa dos direitos do homem também na execução da pena²¹.

Doutor João Chaves estava embalado nesse movimento de verniz internacional. Por isso mesmo, teve a preocupação de principiar o desenvolvimento de seu pensamento com a premissa de que se afigura um erro enxergar em cada estabelecimento isolado os *princípios constitutivos da ciência penitenciária*, ou atribuir essa primazia seja aos célebres professores Tolosano, Bonavita, Bona-costa, seja a Mabillon ou John Howard, este último a quem atribuído o epíteto de fundador da referida ciência.

O autor vai buscar as origens humanitárias da aplicação da pena, que é o debate central da ciência penitenciária, nos discursos de Sócrates e Plantão. Mais adiante, atribui à igreja a precedência na criação das *primeiras instituições penitenciárias*, seguindo, em certa medida, a filosofia de Platão.

Todavia, o autor admite que John Howard, considerado, em suas palavras, o *profundo filantropo do século XVIII*, “[...] foi o supremo orientador dos estudos penitenciários contemporâneos”²², ainda que tenha tido discípulos de escol, a exemplo de Bentham, autor do *Tratado das Penas e Recompensas* e idealizador

do *panóptico*. Sobreleva que, desde o século XIX até o momento de seu escrito, toda a temática penitenciária era uma continuação da *obra gigantesca* de Howard.

E aqui tem uma passagem interessante. Doutor João Chaves diz que John Howard despertou para a problemática do cárcere em razão de ter vivenciado, em viagem a Lisboa, a situação degradante de uma presa em um navio, pelo que, para incrementar o estudo sobre o assunto, resolveu realizar viagens pela Europa para conhecer os estabelecimentos penais.

Provavelmente o autor se inspirou na iniciativa de Howard, daí por que, para solidificar os seus conhecimentos e escrever a sua monumental obra, resolveu também ele mesmo, conforme dito por Wandyr Villar, anos mais tarde, realizar excursão à Europa para conhecer a realidade carcerária ao redor do velho mundo.

Doutor João Chaves tinha uma visão e compreensão toda peculiar a respeito do objeto daquilo que se convencionou denominar ciência penitenciária, nomenclatura que findou preponderando em relação à *penologia*, diante da influência dos Congressos Penitenciários, cujo primeiro ocorreu na cidade de Londres, ainda em 1872.

De duas, uma: ou o autor frequentava esses congressos internacionais ou ele lia tudo a respeito, pois, ao longo de seu escrito, faz sempre referência sobre os mais diversos eventos internacionais na seara criminal e do penitenciarismo.

Admitindo que, caso considerada no seu sentido próprio, a expressão ciência penitenciária é ainda mais restrita do que penologia, o autor advertia que o seu objeto de estudo comprehende um complexo e variado conjunto de fenômenos sociais da mais alta importância, de modo que se aproxima de uma *criminologia aplicada*, “[...] tendente a modificar nas sociedades humanas o crime e o criminoso”²³.

Ele busca socorro no pensamento de Puglia para arrematar que “[...] graves seriam os inconvenientes de uma separação das ciências que se ocupam daquelas duas funções sociais (prevenção e repressão), se todavia uma separação fosse possível”. Conquanto critique Ferri, um dos fundadores da *Escola Positiva*, por alegar que todas as questões afetas à prevenção e à repressão estão reunidas em uma única ciência – a *sociologia criminal* – ele concorda com o criminologista, quando aquele descreve que “[...] prevenção e repressão não são mais do que dois momentos duma mesma função, exercida pelo mesmo aparelho social para um mesmo fim”²⁴, ainda que com a adoção de *critérios e regras* diversos.

Esclarecendo que a sua *alargada* concepção a respeito do objeto da ciência penitenciária tinha como precursor Howard Wines, então um dos penitenciaristas mais destacados dos Estados Unidos, ele gizou que “A Ciência penitenciária, como nós a definimos, comprehende o estudo da repressão e da prevenção do crime, entrando nesta última todos os meios que puderem ser organizados praticamente pelos seus processos”²⁵.

Aliás, em verdade, no pequeno prefácio que cuidou de fazer ao livro aqui em estudo, ele disse que se tratava do primeiro de uma trilogia, de modo que o segundo seria *Ciência penitenciária: prevenção*, enquanto o terceiro, *Ciência penitenciária: estudo de penologia militar*²⁶. Por isso mesmo, a despeito de sua definição quanto ao objeto da Ciência penitenciária, grifou que no livro *Ciência penitenciária* iria tratar apenas da *repressão*.

Conquanto pareça estranho primeiro ele ter cuidado da *repressão* para, depois, em continuidade, se ocupar da *prevenção*, essa revelação nos leva a duas constatações. A primeira, é lamentar a circunstância de o autor não ter completado a sua obra a respeito da ciência penitenciária, o que findou nos privando de conhecer as suas ideias sobre tema fundamental, qual seja, a *prevenção*.

Mas, será que ele deixou algum esboço do livro que pretendia escrever abordando a prevenção? Certamente, sim. Cabe lembrar que ele finalizou a escrita da obra *Ciência penitenciária* em dezembro de 1911, já sinalizando que iria publicar um livro específico sobre a prevenção, em continuidade ao seu pensamento a respeito da temática. Como faleceu em 1924, mais de dez anos após, com certeza, ele deixou alguma coisa escrita sobre o assunto. Possivelmente os seus familiares podem dizer algo quanto a essa questão. Desvendar esse mistério se apresenta como uma boa missão para os historiadores, estudiosos ou interessados na temática.

A segunda constatação, essa mais interessante, é ter em conta a relevância emprestada por Doutor João Chaves ao tema da prevenção, a ponto de ter tido a compreensão de inserir essa matéria como objeto da ciência penitenciária e, indo além, a ideia de tratá-la em um livro específico, diante da abrangência e peculiaridade dessa área. É como ele advertiu: os critérios e regras para o tratamento da prevenção e da repressão são diferentes, mas isso não passa de uma *distinção*, não representando uma *separação*. Os assuntos estão umbilicalmente conectados.

Tudo indica que, nesse passo, o autor estava forte no pensamento de Platão, pois este vira na prevenção a principal função da pena, na medida em que essa é a única forma de efetivamente defender a sociedade²⁷, tese referendada, igualmente, por Adolphe Prins²⁸.

Hodiernamente, existe certo consenso entre os especialistas quanto ao foco das políticas de segurança pública e criminal serem direcionados às ações para o cumprimento com algum grau de eficiência do dever de proteção, sendo a prevenção o instrumento para uma vida em consonância com a cultura da paz, o que comprehende a governança da questão penitenciária, pautada na desmistificação da *cultura da prisão*, mediante diretrizes e es-

tratégias voltadas ao desencarceramento e ao aprimoramento do sistema prisional.

Com esteio nessa bússola, a Lei nº 13.675, de 11 de junho de 2018, ao criar a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS), estabeleceu, dentre os princípios do Sistema Único de Segurança Pública – Susp, a eficiência na *prevenção* e na *repressão*.

Na mesma passada, o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (PNPCP), elaborado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), com vigência para o quadriênio 2020-2023, previu, pela primeira vez no país, como linhas mestras para uma política de Estado referente à segurança pública, diretrizes, estratégias e ações desde a prevenção até o tratamento penitenciário.

Em cumprimento ao mandamento normativo, o Estado do Rio Grande do Norte, inaugurando uma nova visão sobre a questão penitenciária, editou a Lei Complementar Estadual nº 711, de 13 de junho de 2022, que concebeu a Política Estadual de Segurança Pública e Defesa Social (PESPDS) e instituiu o seu Sistema de Segurança Pública (SISPRN), incluindo entre os objetivos específicos “profissionalizar a gestão do sistema penitenciário através do fortalecimento da polícia penal, garantindo a sua estrutura organizacional” (art. 5º, VI) e equacionar o problema da superlotação carcerária, no afã de garantir “[...] o respeito aos direitos das pessoas em privação de liberdade e seu familiares, bem como a todos os envolvidos no sistema prisional e de segurança, promovendo a implementação de programas de reinserção social dos egressos” (art. 5º, VII).

Nota-se, portanto, que a política de segurança pública nacional e, por consectário, a do Rio Grande do Norte, está calcada nas admoestações feitas pelo autor, em 1911.

3.2 - A PENA, SEUS FINS E CARACTERES: NA ÓTICA DE DOUTOR JOÃO CHAVES

A raiz da doutrina professada por Doutor João Chaves tem como *background* a premissa de que a pena, à parte as *ideias exageradas*, sempre teve um caráter social, mesmo quando usada sob a forma e a justificativa da *vingança privada*. Alerta que, ainda no chamado *período primitivo*, a pena, aplicada pela vítima ou sua família, não se continha na satisfação do instinto individual de defesa, exprimindo, igualmente, o sentimento de um dever social.

Na sua visão, a vingança era uma reação social respaldada ou *legalizada* pelo costume, até então a fonte do direito nas sociedades primitivas, diante da ausência de uma autoridade central com legitimidade para exercer a punição. Ele invoca o testemunho de Platão a fim de chamar a atenção para o fato de a vingança não se tratar, propriamente, de um *dever moral* ou *de consciência*, pois era, em verdade, uma *determinação jurídica*.

Com desenganado acerto, o autor faz referência ao *talião* como a primeira lei editada com o viés protetivo, no afã de impor limites ao direito de punir. Inspirado em Prins, ensina ter sido a necessidade de restringir a violência da *vingança* e promover a *paz interna*, a par do crescimento de uma autoridade central, que deu margem ao surgimento da *Lei de Talião*²⁹.

Essa posição encontra eco, ainda, na voz de Ferri³⁰, reverberada em um passado longínquo, para quem essa disciplina “[...] que atualmente nos povos civilizados é símbolo de ferocidade bárbara, foi na humanidade primitiva um grande progresso moral e jurídico, justamente porque impôs um limite, uma medida à reação pela vindicta defensiva (olho por olho, dente por dente)”.

O autor procura respaldo nesse passado no desiderato de provar que “[...] se na sua forma ela (a pena) exprimia uma reação moral, se na sua execução privada traduzia emoções pessoais ou de um grupo, na sua essência, foi sempre uma função sociológica, derivada da natureza das coisas, mas sancionada pela coletividade como meio de assegurar a sua conservação”³¹.

A partir dessa concepção, tendo em consideração que os *sentimentos, inquietudes e emoções* são diversos, sejam em relação ao autor, sejam quanto à vítima e à sociedade, pois mesmo quando o crime é muito cruel e a *comoção social* é geral, a comiseração experimentada apresenta-se desigual ou diversa, ainda que em um ciclo limitado de indivíduos. No ponto, alinhado ao pensamento *utilitarista* de Bentham, alicerce filosófico no qual apoia as suas teses, explica que “[...] a pena só pode traduzir ou satisfazer reações de ordem utilitária”, razão pela qual, para Doutor João Chaves, apenas sob esse ponto de vista importa conhecer os seus fins.

Escorado nesse mourão, passa a discorrer sobre a controvérsia quanto ao fim da pena, querela encetada desde os tempos antigos, alguns defendendo ser a sua finalidade a *emenda e a exemplaridade* (Platão e Aristóteles)³², outros a intimidação (Ulpiano), a defesa natural da sociedade (Ferri) ou a eliminação. Classifica como visão *extremada* da prevenção, os que pretendiam justificar a aplicação da prisão, seja como pena ou medida de segurança, mesmo antes do cometimento do crime, providênciam destinada aos delinquentes identificados como *fronteiriços*, como queriam alguns *positivistas e neopositivistas*.

Ainda a respeito da pena, sublinha que a União Internacional de Direito Penal pinçou como escopos da pena a intimidação, a expiação, a reparação do dano e a emenda do infrator.

Onde estará a verdade? Fazendo essa indagação, o autor assume a tarefa de firmar a sua posição a respeito. De pronto, rechaça que a finalidade da pena seja simplesmente a conservação social ou jurídica. Para ele, claro que a conservação social pode ser o motivo para a punição, mas não se trata do efeito próximo e direto da pena, porquanto se apresenta fora de dúvida que a conservação social será “[...] tanto mais segura quanto puder ser alcançado o processo natural da emenda do criminoso”³³, de maneira que, se a pena, independentemente da proporção, tiver o condão de levar a esse resultado, isso é o que deve ser preferido e constituir, ademais, o seu *fim primeiro*, sendo irrelevante a crença ou percepção de que haja infratores inadaptables ou incorrigíveis.

Elucidando sua posição, tendo em consideração a complexidade dos fatores que impulsoram o comportamento humano, justifica que não há maneira absoluta para se definir de antemão quais são os infratores incorrigíveis, não infirmando essa assertiva o dado objetivo extraído da reincidência, pois sempre possível *um engano* e, portanto, deve haver sempre a esperança de uma correção.

Diante da crença de que o fim da pena, sempre e sempre, é a *correção do infrator*, com raciocínio lógico extremado, agrupa que, por isso mesmo, toda e qualquer sanção deve conter a possibilidade de revogação para a hipótese de esse fim supremo ser atingido no decorrer do cumprimento da pena, daí por que defende a polêmica *sentença indeterminada*, a qual, na sua visão, “[...] longe de ser criticável por determinar a incerteza dos julgados, deve ser encarada como a fórmula a incerteza dos julgados”.

O leitor pode pensar que, nesse aspecto, o autor defendeu algo inaceitável, na medida em que a sentença ou julgado, especialmente quando revestido do manto da coisa julgada, deve ser sempre certa, em virtude de sua própria razão de ser, que é definir

o direito no caso concreto ou anunciar a *norma decisão*, como leciona Friedrich Müller³⁴, em sua *teoria estruturante do direito*.

Ledo engano. O autor estava acompanhado da doutrina de Jeremy Bentham³⁵, expendida na sexta e última regra fundamental para a fixação da medida das penas, segundo a qual, para além da necessidade da *reserva legal*, o legislador precisa prever a possibilidade da graduação da pena, de modo a “[...] sempre deixar alguma coisa à prudência dos juízes”, pensamento que foi sufragado por Carrara³⁶, um dos arautos do classicismo, ao sentenciar que “[...] a medida das penas deve ser classificada apenas segundo o sistema aritmético, aquele que toma por critério de proporção a mera quantidade do delito”, como critério limitativo da punição, não sendo dado desconhecer a existência de causas indetermináveis pela lei, que devem ser sopesadas para diminui-la, contrapondo-se a Beccaria³⁷, para quem o juiz deveria ser a *boca da lei*.

No particular, há de se advertir que essa mesma concepção foi abraçada por Marc Ancel³⁸, ao fundamentar a *Escola da Nova Defesa Social*, logo após a Segunda Guerra Mundial, embalado pelo *movimento neoconstitucionalista*.

Com clarividência desconcertante, já àquela época, salientava que a mera *pena intimidante* não se sustentava, erro insistido, mas atestado pela história, não havendo *prevenção individual* fora dos processos conducentes à reforma, pois, caso contrário, “[...] a criminalidade teria baixado consideravelmente, ao em vez de subir, nos ominosos tempos da Idade Média, quando todas as torturas e crueldades imagináveis foram aplicadas”³⁹.

Essa verdade é constatada nos dias atuais, com a observação de que, nos Estados Unidos da América, a criminalidade violenta não é menor nos estados em que se adota a pena de morte.

Indo mais adiante para se ocupar da questão referente à escolha da pena e a forma como ela há de ser fixada, reconhece

que a individualização da sanção pressupõe a definição de classes delinquentes, em virtude da necessidade de regime diferenciado de tratamento, conforme a qualificação criminosa do agente.

Criticou, porém, o pensamento de Saleilles que, tomando como parâmetro a intensidade do agir criminoso, prescreveu a classificação em (a) *criminosos sem criminalidade própria*, aqueles de passado limpo (primários) e que não se mostram pervertidos, para os quais a pena deve ter o fim de pura *intimidação*; (b) *criminosos de criminalidade superficial*, os suscetíveis de reforma, para os quais as penas devem ser *educadoras*; e (c) *criminosos de criminalidade fundamental*, os identificados como incorrigíveis, para os quais a função da pena seria de *eliminação*.

Sem embargo do adendo feito por Paul Cuche, no sentido de fazer a diferenciação, na primeira classe, entre os agentes menores e os adultos, alvitmando as penas educadoras para aqueles e de intimidação para estes, ainda assim, o autor discordou da classificação, atribuindo-lhe o defeito de conceber a pena com função de *pura intimidação*.

Rechaçando essa vertente, Doutor João Chaves arquiteta a sua doutrina a respeito tendo como parâmetro outra classificação. Ele adota como axioma a categorização organizada por Adolphe Prins, que tem como pressuposto a distinção entre os agentes *normais* e os *anormais*, sugerindo, para os primeiros, o tratamento terapêutico. Já para os infratores sãos, advoga Prins o *regime educativo e filantrópico*, para os que perpetram o crime em razão de sua *juventude e do seu passado*, ao lado do *regime repressivo*, para os que atuam no mundo da criminalidade em virtude de sua *maturidade e natureza*, tendo o cuidado, no entanto, de ressaltar que todo sistema repressivo deve abranger a *educação*, a *repressão propriamente dita* e ainda a *preservação* da incolumidade do grupo social.

Tomando de empréstimo essa catalogação de Prins, o autor, tendo em mente o fim da pena, concebe o objeto da ciência penitenciária referente à repressão fazendo a sua divisão em três sistemas, (i) o *educativo*, (ii) o *de reforma*, e (iii) o *de eliminação*.

A bifurcação do fim da aplicação da pena em três linhas, assim como já destacado, levou Doutor João Chaves a separar o capítulo III do livro seguindo essa diretriz, dividindo-o exatamente em três partes, denominando-as, respectivamente, PRIMEIRA PARTE – Sistema educativo, SEGUNDA PARTE – Sistema de reforma e TERCEIRA PARTE – Sistema de eliminação.

O conteúdo de cada uma dessas partes será resenhado a seguir.

4 - SISTEMA EDUCATIVO: SEGUNDO DOUTOR JOÃO CHAVES

O autor principia o estudo do sistema educativo fazendo digressões no tocante à criminalidade juvenil, sobre o qual as duas correntes mais modernas e extremadas da época, a *antropológica* (que tinha como ideia central o impulso criminoso em função da hereditariedade e dos defeitos ou deformações orgânicas dos infratores) e a *sociológica* (fulcrada o valor do meio e da educação como fator criminógeno), convergiam quanto à conclusão de que deveria ser aplicado em relação aos menores responsabilizados pelo cometimento de ilícitos.

Resume o arranjo consensual entre os doutos na máxima abonada por Prins de “[...] que é sobretudo quando se trata de menores que a luta contra o crime é ainda eficaz pela possibilidade de, nessa idade, *serem reformadas as tendências criminosas*⁴⁰. Essa verdade científica, realça Doutor João Chaves, foi corroborada, até mesmo, por Lombroso, a quem imputou a pecha de

hereditarista exagerado, ao reconhecer a necessidade, nessa etapa da vida, de prover o indivíduo da chamada *nutrição moral*, quer pelo convívio familiar, quer por outros meios de reorganização interior, medidas eficazes para prevenir os crimes ocasionais e obter em certos casos a correção ou, pelo menos, a transformação da tendência criminosa.

Percebe, porém, que o *punctum dolens* da questão é quanto à definição da idade de início da responsabilidade criminal, dado que, em consonância com a *ideia da culpabilidade*, a maioridade penal tendo como parâmetro a condição humana pautada pela evolução fisiológica e psicológica não encontrava uniformidade no Direito Comparado.

Traz a conhecimento que a imputabilidade tendo como paradigma a faixa etária era de sete anos na Inglaterra, Austrália e Rússia; de oito, na Romênia; de nove no Brasil, na Espanha e na Itália; de dez na Dinamarca, Grécia, Áustria, Portugal, Holanda e alguns cantões da Suíça; de doze na Alemanha e Hungria; de quatorze, na Noruega; e de quinze, na Suécia.

Recorde-se que, conforme o art. 27, § 2º do Código Penal de 1890, em vigor quando da edição do livro do autor, não eram considerados *criminosos* “Os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento”. Portanto, para todos os efeitos, a partir dos nove anos de idade, desde que caracterizado o *discernimento* quanto da prática da conduta, a pessoa podia ser condenada criminalmente, pelo que é correta a afirmativa de que, até a edição do atual Código Penal, que estabeleceu a imputabilidade a partir dos 18 anos, em nosso ambiente normativo, a maioridade penal se dava a contar dos nove anos de idade.

Entretanto, influenciado pelo contexto da época, em que, diferentemente dos dias hodiernos, a integração entre os povos era limitada pela ausência de meios de comunicação e de loco-

moção rápidos, diversificados e acessíveis à maioria das pessoas, independentemente do local em que elas estejam ou da condição social, o autor reconhecia que não haveria de existir um critério comum para todos os países, certo de que “O desenvolvimento fisiológico e psicológico dos indivíduos varia com uma infinidade de condições que não são as mesmas em todas as regiões”⁴¹.

Com extremado raciocínio lógico, diz que, se há motivo para “[...] acreditar que aos vinte e um anos é que se abre ao homem o real descortino da vida, em sua complexidade transcendente [...]”⁴², resta aí justificada “[...] plenamente a assimilação da maioridade penal à civil”⁴³.

Convicto de tudo isso, com clarividência, defende que a maioridade penal deveria ser similar à civil. No particular, cabe lembrar que em nosso ordenamento jurídico, a despeito do coro teórico a essa assertiva de grande parte dos doutrinadores brasileiros, a unificação da maioridade penal e civil só ocorreu com o Código Civil ora em vigor.

Com efeito, sob a batuta da legislação civil da época, corroborada, em seguida, pelo Código Civil de 1916, as pessoas situadas na faixa etária entre 18 dezoito e 21 vinte e um anos de idade possuíam apenas capacidade relativa para a prática dos atos civis, pelo que necessitavam de representação de quem possuía qualidade para exercer o pátrio poder ou a tutela legal, de modo que, nos termos do art. 262 do Código de Processo Penal, ao acusado menor teria de ser nomeado *curador*.

Todavia, como se viu, esse ensinamento do autor somente foi assimilado pelo legislador brasileiro em 2002, com a edição do atual Código Civil. Ou seja, passaram-se mais de 90 anos para que a ideia científica abraçada pelo autor fosse incrustada na inteligência do legislador. Mais uma evidência a espancar qualquer réstia de dúvida de que ele era um homem muito à frente de seu

tempo, que enxergava, por meio dos estudos, o futuro, pavimentando com a sua escrita o caminho a ser percorrido para o aperfeiçoamento do sistema jurídico.

4.1 - TRIBUNAIS ESPECIAIS PARA A DELINQUÊNCIA JUVENIL

Mas ele enxergava muito mais longe. Assevera que o regime educativo, a ser destinado aos inimputáveis, não se apresentava como a única medida para o tratamento da chamada *delinquência juvenil*, pois, para além dessa *providência capital* e do que lhe seja correlato, destacou a necessidade da criação de *tribunais especiais*, constituídos de “[...] pessoal habilitado para lidar com os menores delinquentes ou a eles equiparados”⁴⁴.

Assentiu que essa não era uma ideia original, uma vez que coube a Tallack, ainda no ano de 1896, defender a criação de instituição similar na Inglaterra, tendo como exemplo experiências exitosas em Massachusetts, nos Estados Unidos, e na Austrália, posteriormente espalhadas para países como Suíça, Alemanha e Itália.

Com apoio em Prins, que denominava essa instituição para o tratamento das questões afetas à delinquência juvenil de *tribunais de tutela*, o autor frisa que “[...] tal instituição não deve ser necessariamente composta de juristas, mas de filantropos, homens notáveis, médicos, damas caridosas, etc.”

De modo incisivo, criticou o Código Penal de então, que estabelecia uma *fase de irresponsabilidade absoluta* até os nove anos completos, não admitindo que qualquer tipo de providência fosse adotada durante essa etapa da vida, ainda que de natureza cível, mas, em um giro abrupto, prescreveu outro, dos nove aos

quatorze anos, em que permitida a aplicação de pena privativa de liberdade a ser cumprida em *estabelecimentos industrias especiais*, “[...] pelo tempo que ao juiz parecer conveniente até o limite da idade de dezessete anos”⁴⁵.

Sim, é isso mesmo o que o leitor está conjecturando. O autor foi o precursor da criação do atual *Estatuto da Criança e do Adolescente* (Lei nº 8.069, de 1990) e da chamada *Justiça da Infância e da Juventude*, que tiveram como antecedentes o *Código de Menores* e o *Juiz de Menores*. De fato, essa parte do pensamento jurídico do autor não tardou a ser traduzido normativamente mediante a edição do Decreto nº 17.9343-A, de 12 de outubro de 1927, que teve o condão de consolidar as leis de assistência e proteção a menores, assim consideradas as pessoas com menos de dezoito anos, nominado como *Código dos Menores*. Coube ao art. 146 do código em menção, de forma imperativa, dizer que com a lei “É criado no Distrito Federal um Juízo de Menores, para assistência, proteção, defesa, processo e julgamento dos menores abandonados e delinquentes, que tenham menos de 18 annos”. Mais adiante, no art. 148, estava dito que, além do juiz e servidores, haverá no *juízo privativo de menores* 1 (um) curador, 1 (um) médico psiquiatra e 10 (dez) comissários de vigilância, sendo estes da *confiança* do magistrado, com as atribuições, ademais das determinações judiciais, (a) proceder a todas as investigações relativas aos menores, seus pais, tutores ou encarregados de sua guarda; (b) deter ou apreender os menores abandonados ou delinquentes; e (c) vigiar os menores que lhes forem indicados.

4.2 - REGIME DISCIPLINAR APLICÁVEL AO MENOR INFRATOR

Em crítica ao tratamento conferido ao menor infrator, reclamando que *hoje* só poucos, míopes às evidências científicas recalcitravam em aceitar, aumenta a voz para declarar, com a autoridade de quem sabe o que diz⁴⁶:

A aplicação do regime educativo aos menores criminosos – em vez de um puramente repressivo – explica-se pela possibilidade de nessa fase da vida humana poder-se obter por uma educação prolongada e tão completa quanto possível a modificação de suas tendências, dos seus sentimentos, enfim, do seu caráter, tornando-os ao mesmo tempo aptos para conquistar uma certa colocação social pelo exercício de uma das profissões.

Convicto de que a educação moral e religiosa, aliada ao trabalho, deveria ser a base do que ele convencionou chamar *sistema educativo*, com aplicação prevista para os menores infratores, anota que essa diretriz era seguida por países como Inglaterra, EUA, Alemanha, Suíça, Itália e França, a despeito de resistências quanto ao ensino religioso, com suporte nas lições de *adversários terríveis* como Sergi e Lombroso.

Contestando Lombroso em relação à assertiva de que “[...] instruir o criminoso é aperfeiçoá-lo para o mal e fornecer-lhe novas armas contra a sociedade”⁴⁷, não se furtou em dar um passo adiante, no afã de se interessar em examinar o regime de tratamento a ser ofertado aos menores, asseverando que, ao lado do trabalho, se apresentava indispensável a previsão de recreações por meio de programação musical, incentivo ao canto, prática da ginástica, realização de passeios e jogos e o desenvolvimento de *certas ocupações literárias*, instrumentos eficazes para o vigor físico

e a saúde, que “[...] há fatalmente de influir beneficamente sobre o caráter e as faculdades intelectivas”.

Dando continuidade, não se fez de rogado para enfrentar o ponto nervoso consubstanciado no *regime disciplinar* a ser adotado no tratamento conferido ao *menor em conflito com a lei*, rechaçando, com veemência, a aplicação das penas corporais, adotadas em países como Inglaterra e Noruega, e mesmo providências menos severas como o emprego da *célula*, na França.

Adverte que o *açoite* como pena disciplinar, sem embargo de *cruel e degradante*, manifestava-se como um *contrassenso*, lembrando, ainda, que o recolhimento do menor em célula, “[...] mesmo como medida disciplinar, lembra o aparelho penal, o aspecto penitenciário, o qual, com muita sabedoria, Adolphe Prins deseja ver desviado do regime educativo”⁴⁸.

Diz, sem rodeios, que as *recompensas e os meios de emulação* são as ferramentas mais eficazes na exploração da *energia juvenil e promoção* de sua *nutrição moral*, preconizando a instituição de *pecúlio* para os menores submetidos ao trabalho, constituído de “[...] uma parte do capital ganho pelo educando para lhe ser entregue por ocasião de sua saída definitiva do regime educativo, ou mesmo antes disso, em uma certa proporção”⁴⁹.

5 - SISTEMA DE REFORMA: DE ACORDO COM DOUTOR JOÃO CHAVES

A nomenclatura empregada para a definição do regime a ser empregado no tratamento penitenciário referente aos adultos pode levar o leitor a pensar que a educação não tinha espaço nessa parte. Ora, o autor já tinha dito, como visto acima, que não acreditava em pena de pura *intimidação*, reforçando essa compreen-

são com a sabedoria de Aristóteles, para quem a pena deve ser o *específico da alma*, enquanto a lei *a sabedoria sem paixão*, diante da crença de que não é o *espírito do temor* que previne o crime, mas, sim, o *espírito da ordem ou da disciplina*, inatingível por processos inconscientes, mercê do *medo, ameaças ou sofrimentos*.

Reafirma que a pena há de olhar para o futuro, tendo em mira impedir a reprodução do ilícito, nunca para vingar o mal gerado pelo comportamento criminoso. Invocando uma vez mais Saleilles, sustenta que, se antes se via apenas o crime praticado, “[...] quer-se ver hoje o resultado a obter”⁵⁰.

Por isso mesmo, recrimina os que persistem no equívoco de pensar que a privação do direito de liberdade em si tenha a propriedade de obter a *reforma* do infrator, até porque as penas identificadas pelo autor como *pecuniárias e morais* também se prestam para esse fim. No desiderato de conferir maior clareza a sua noção a respeito do tema, quanto a essa particularidade, separa o estudo em duas categorias, conforme a pena seja privativa de liberdade, ou não. Na primeira categoria, situa as *penas temporárias e perpétuas*⁵¹, ao passo que, na segunda, as sanções *patrimoniais, morais, privativas de direitos e corporais*.

5.1 - AS PENAS DE CURTA E DE LONGA DURAÇÃO E A SENTENÇA INDETERMINADA

Quanto às penas *carcerárias*, sem demora, atenta para a irrelevância em classificá-las em *prisão, reclusão, detenção etc*, por quanto destituídas de conteúdo científico.

Cabe lembrar que, na época e até passado recente, a legislação brasileira adotava como critério para considerar um crime mais ou menos grave a circunstância de a pena prevista ser de

reclusão ou de *detenção*, método que foi abandonado pelo legislador a partir dos anos 1990, com a preferência em se observar a quantidade da pena em si, para considerar como crime de menor potencial ofensivo os ilícitos com previsão de sanção de até 2 (dois) anos e as contravenções penais, de gravidade média, os em que a pena se situa entre 2 (dois) e 4 (quatro) anos, e graves, aquelas condutas punidas com prisão superior a 4 (quatro) anos⁵².

Ciente já àquela época dessa verdade, o autor observa que para o *domínio da ciência penal* tem sentido mesmo é fazer a distinção entre o que ele identifica como *prisão temporária* e a *perpétua*. Quanto às prisões temporárias, lança azedas críticas às penas de *curta duração, ligeiras ou breves*, identificando-as como exorbitantes da *tecnologia jurídica*.

Aquiescendo que é tarefa difícil precisar de maneira absoluta a variável de tempo para se considerar uma prisão curta ou longa, socorre-se de Cuche para qualificar a primeira como “[...] aquela cuja duração é incompatível com a ideia de emenda, mas compatível com a ideia de intimidação, de advertência”⁵³, pelo que, no conceito do autor, as penas curtas não se restringem às que são fixadas em dias ou poucos meses, por duvidar da eficácia reformadora da duração de uma pena abaixo de um ano.

Tendo como premissa a constatação científica de que a prisão curta não serve para atingir o *desideratum* da pena, questiona se se deve suprimi-la ou substituí-la por outro tipo de penalidade, a critério do juiz. No ponto, como se estivesse vendo o futuro, salienta que “Há diversas penalidades que, sem incidirem em privação de liberdade, poderiam-na substituir com vantagem [...]”⁵⁴, posicionando-se, assim, pela substituição das prisões curtas, assumindo o compromisso de discorrer mais à frente sobre as chamadas *penas privativas de direitos*, após concluir a abordagem a respeito das penas carcerárias.

Retoma o fôlego para discorrer sobre a importância da *sentença indeterminada*, sustentando que a sua necessidade é um corolário lógico do *princípio da individualização da pena*, no cumprimento de pena de longa duração. Evidencia que a sua concepção de sentença indeterminada não se atrita com o princípio da legalidade, advertindo que o arbítrio denunciado pelo movimento humanitário dos filósofos e enciclopedistas “[...] era o da incerteza das penas pela faculdade deixada ao juiz de suprir as lacunas da lei”⁵⁵.

A defesa da sentença indeterminada quanto à fixação da pena tinha como supedâneo no raciocínio lógico de que o juiz, quando do julgamento, conquanto fosse preciso no que tange ao *passado*, não tinha uma bola de cristal para inferir o *futuro* e muito menos o momento da recuperação ou reforma do infrator, de modo que, caso verificada a ressocialização, o interno deveria ser colocado em liberdade.

A manutenção do infrator na prisão quando ele se mostra recuperado, para o autor, que seguia a filosofia utilitarista, seria uma incongruência, o que, de fato, convenhamos, ninguém haverá de discordar.

Sem embargo de essa tese ter sido defendida, anos mais tarde, por Marc Ancel, na concepção teórica da Escola da Nova Defesa Social, e o autor tenha tido a preocupação de alertar que a sentença indeterminada exige a averiguação periódica da situação moral dos condenados, a fim de ser feita a checagem quanto à demonstração da recuperação, ou não, do infrator, seguramente essa parte de sua doutrina é a que merece reparos, embora possa ser tida como o embrião do sistema progressivo, tal como hoje regulamentado, consistente nos regimes fechado, semiaberto e aberto, incorporado ao nosso ordenamento pela Lei nº 7.209, de 1984.

A tese da sentença indeterminada quanto ao tempo da prisão, malgrado apresente sustentação lógica, e seja justificada para as prisões de longa duração em geral, padece do vício de ter como pano de fundo a validade da previsão da pena perpétua, que seria indispensável, na visão do autor, para os infratores *a priori* classificados como incorrigíveis.

Para os casos em que aplicada a prisão perpétua, ainda assim seria possível a liberdade condicional, dependendo de avaliação feita por uma comissão interdisciplinar, diretriz rechaçada pela maioria dos ordenamentos jurídicos, que veda a prisão perpétua, ou como o nosso, que torna a defesa a prisão de *caráter perpétuo*⁵⁶.

Porém, mesmo assim, essa tese encontra guarida em alguns países, a exemplo de diversos estados americanos que admitem a prisão perpétua, possibilitando, em muitos casos, a concessão da liberdade condicional, sendo sempre possível o retorno ao cárcere, desde que descumprida alguma das condições impostas pelo juiz na decisão autorizando o infrator a voltar ao convívio social.

Para o exame periódico – que seria, em certa medida, semelhante ao que ocorre em relação a quem está recolhido devido a imposição de medida de segurança ao inimputável –, alvítra que a equipe interdisciplinar seja integrada de um *delegado penitenciário*, do médico do estabelecimento, do Ministério Público e de magistrados, com *faculdade especial* de visitar os internos e acompanhá-los durante o cumprimento da pena, a fim de que seja desempenhado a contento “[...] o exercício dessa missão complicadíssima e que exige tanta ciência quanto critério e tato”⁵⁷.

5.2 - SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL

A seguir, como se estivesse falando para os dias de hoje, o autor desperta a atenção para o detalhe fundamental da criação de um efetivo sistema penitenciário com regras gerais a serem adotadas em todos os estabelecimentos penais.

Destaca que para se alcançar a finalidade da prisão é de mister o cumprimento de “[...] certas condições gerais de eficácia entre as quais devemos salientar as relativas à arquitetura, higiene, pessoal e efetivo”⁵⁸, seja em relação às prisões temporárias ou perpétuas.

No ponto, quanto à estrutura penitenciária, frisa que o estabelecimento penal deve atender (a) à segurança dos prisioneiros; (b) à facilitação da inspeção, vigilância e guarda do interno; (c) à separação dos presos; (d) à execução dos melhores métodos e processos de acompanhamento do comportamento carcerário; e (e) a sua conformidade com a higiene.

Esmiuçando a importância da higiene no cárcere, após advertir que é até *vicioso* falar dessa necessidade como condição de eficácia da pena de prisão, pois a ninguém era dado, já àquele época, desconhecer o seu *grande valor*, agraga que a fisiologia aplicada ou a *arte de conservar a saúde* descortina que a higiene e por consectário a saúde “[...] se ocupa de tudo o que cerca o homem e, quanto mais for apurada, maiores serão os resultados dos processos tendentes a fortificar e educar o caráter humano, em degenerescência e desvios, em muitos casos, em consequência de causas patológicas”⁵⁹.

No que pertine ao corpo funcional dos estabelecimento penais, referindo-se aos servidores encarregados da guarda dos presos, hoje nominados *policiais penais*, desnuda a constatação de que “O melhor dos sistemas penitenciários de nada valeria sem

uma escolha cuidadosa dos funcionários das prisões”⁶⁰, pois no contato direto e diurno com os prisioneiros a eles é cometida a *tríplice missão* de vigiá-los, assisti-los e melhorá-los, cuja quantidade deve ser estabelecida conforme *as necessidades do sistema*, devendo agir à semelhança do educador, a fim de conhecer a *natureza da alma humana*.

Afirmado que iria se furtar de repetir as suas razões manifestadas em uma monografia elaborada por ele sobre um projeto de organização penitenciária para o Brasil, o autor reclama da *absoluta falta* de governança do serviço penitenciário em nosso meio, diante da ausência de coordenação uniforme pelo Ministério da Justiça e Negócios Interiores, devido à autonomia de cada unidade da federação em relação à matéria e, pior, pelo fato de os juízes serem “[...] os verdadeiros executores das penalidades, embora sem ligarem a menor importância a essa execução”⁶¹.

Embora certificando a existência de uma *dualidade de competência* na execução da pena, cabendo ao juiz a condenação e à administração o seu cumprimento, forte em Cuche, reconhece a necessidade da *especialização* dos juízes no que pertine à fiscalização relacionada à aplicação da pena.

Ainda que à primeira vista essas assertivas, especialmente sobre a higiene, a estrutura e a qualificação dos agentes penitenciários pareçam exageradas, tal impressão não se manifesta em quem conhece minimamente as mazelas do sistema carcerário.

O potiguar em particular sabe das atrocidades praticadas no presídio de Alcaçuz, exibidos à sociedade no ano de 2017, na carnificina praticada em luta campal e com estilo medieval, entre facções criminosas rivais, tendo como resultado oficial a morte de 26 detentos. Quem entrar hoje no presídio de Alcaçuz ficará surpreso com a limpeza das instalações e a disciplina entre os detentos, apesar do problema crônico da superlotação carcerária.

Desperta a atenção também a qualificação dos policiais penais, treinados conforme os pilares do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), consubstanciados na doutrina esmiuçada para a intervenção penitenciária e nos procedimentos e protocolos de segurança previstos para o sistema carcerário.

Desde que resolvidos os problemas estruturais da referida unidade prisional, providenciada a higienização do ambiente e a qualificação dos agora policiais penais, não se teve mais conhecimento de rebeliões ou motins. O controle das unidades prisionais isolou as lideranças, retirando-lhes o comando de voz, com consequente sensível redução da criminalidade nas ruas. O Rio Grande do Norte deixou de ostentar o primeiro lugar no ranking nacional com referência à criminalidade violenta.

Acrescente-se que a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) de 1975, criada pela Câmara dos Deputados, no final dos trabalhos, identificou, para além de outras chagas da situação carcerária brasileira, o grave problema da desqualificação do pessoal que se ocupava do tratamento penitenciário dispensado aos presos, problema que havia sido detectado pelo autor em sua obra⁶².

É a realidade empírica comprovando a validade e eficácia das lições do autor. Não é por outro motivo que a Lei de Execução Penal, em obséquio a essas evidências, estatui, no art. 12, que “A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas”, devendo o estabelecimento dispor de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais (art. 13).

Pena que Doutor João Chaves não identificou o projeto sobre a organização penitenciária m relação ao qual ele fez referência. Mas o certo é que o embrião da concepção de um órgão gestor da política penitenciária nacional se deu propriamente com o Decreto nº 24.797, de 14 de julho de 1934, que criou a Inspe-

toria-Geral Penitenciária, com a tarefa, dentre outras, de exercer a administração geral penitenciária e representar o Brasil na Comissão Internacional Penal e Penitenciária, ademais de participar de congressos penais e penitenciários nacionais e estrangeiros⁶³.

Todavia, o sistema penitenciário nacional alvitrado pelo autor no livro, escrito em 1911, somente foi criado efetivamente com a Lei nº 7.210, de 1984, atribuindo ao Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), subordinado ao Ministério da Justiça, a execução da Política Penitenciária Nacional (art. 71), a missão institucional de acompanhar, inspecionar, fiscalizar e colaborar na aplicação das normas de execução penal em todo o território nacional.

A Lei de Execução Penal também cuidou da questão afeta à qualificação do quadro funcional dos estabelecimentos penais. Pinçou os requisitos para o ocupante do cargo de diretor de presídio, exigindo diploma de nível superior em curso de Direito, Psicologia, Ciências Sociais, Pedagogia ou Serviços Sociais, experiência administrativa na área e aptidão para o desempenho da função (art. 75, incisos I, II e III), ademais de enfatizar que o ingresso no quadro de pessoal penitenciário, assim como a progressão na carreira, passaria a depender de aprovação em cursos específicos, sem prejuízo da reciclagem periódica (art. 77, § 1º).

Por fim, a Lei de Execução Penal criou o Juízo de Execução Penal, inserindo-o entre os órgãos da execução penal, no afã de *jurisdiconalizar* o cumprimento da pena e, de permeio, conferir ao Judiciário participação ativa no acompanhamento do tratamento carcerário, outorgando ao magistrado a responsabilidade de “inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomado providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade” (art. 66, VII).

É inescondível que o legislador traduziu normativamente o pensamento do autor em relação às questões acima mencionadas.

5.3 - ASSISTÊNCIA EDUCACIONAL, REGIME DISCIPLINAR, TRABALHO E LIBERDADE CONDICIONAL

Prosseguindo, o autor passa a tecer considerações no tocante ao papel da educação em relação aos adultos, assim como dissera quanto aos menores. Sendo mais preciso, diz que “À semelhança do que se pratica com os menores pelo sistema educativo, em relação aos adultos, parece racional buscar a emenda pelos mesmos processos, com as diferenças, entretanto, que certas circunstâncias aconselham”⁶⁴.

Tendo essa compreensão, inicia o detalhamento do sistema educativo elencando os seus fatores, classificados como (a) a instrução; (b) a educação em si; (c) o regime disciplinar; (d) o trabalho; e (e) a liberdade condicional.

Doutrina que a instrução deve ser obrigatoria igualmente para os adultos, sem se descurar da importância da *instrução profissional*, fixando os seguintes princípios a serem observados, no propósito de que se alcance a *educação moral*, não um ensino *ex professo*. As diretrizes educativas, no seu sentir, deveriam ser as seguintes: (i) universalidade do dever e necessidade social do constrangimento; (ii) domínio da razão; (iii) programa primário reduzido aos elementos imediatamente utilizáveis (leitura, escrita e cálculo); (iv) emprego incessante da observação e do juízo; (v) ensino ora individual ora coletivo; (vi) *causeries* e leituras explicadas em comum, a título de recompensa.

Assim como fizera em relação aos menores infratores, Doutor João Chaves também sugere a educação religiosa, a despeito da separação entre a Igreja e o Estado, certo de que a *liberdade de consciência* implica no direito à atividade religiosa para quem dela haja interesse em participar.

Note-se que a Lei de Execução Penal preceituou a *obrigatoriedade* do ensino de primeiro grau e deixou expresso que a assistência educacional deve englobar tanto a *instrução escolar* quanto a *formação profissional* (arts. 17 e 18), ademais de assegurar a assistência religiosa, com liberdade de culto (art. 24, caput), assim como imaginara o autor.

No pertinente ao *regime disciplinar*, defende o autor que “As penas disciplinares, ainda que menos graves do que as penas criminais propriamente ditas, não pode pela mesma razão estar sujeitas ao arbítrio”⁶⁵, competindo ao diretor da prisão, ou a um conselho ou *tribunal* presidido por ele, impor as sanções, devendo, de qualquer sorte, “[...] respeitar a integridade física e moral do condenado e as recompensas devem se dirigir de preferência ao seu amor próprio”⁶⁶, pelo que brada pela exclusão das penas corporais e cruéis em si.

Seguindo rigorosamente essa orientação, o art. 45, caput, da Lei nº 7.210, de 1984, deixou expresso que “Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar”, sendo acrescentado, em seu § 1º, que “As sanções não poderão colocar em perigo a integridade física e moral do condenado”, podendo consistir, apenas, em advertência verbal, repreensão, suspensão ou restrição de direitos e isolamento na própria, atribuindo ao diretor do estabelecimento penal a atribuição para aplicá-las, exceto em relação à última espécie, da alçada de um Conselho Disciplinar, precisamente da forma como previra o autor.

Só mais tarde, com a inclusão do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) como sanção disciplinar máxima, a competência para fixá-la recaiu na pessoa do juiz (art. 54, caput, da LEP, com a redação da Lei nº 10.792, de 2003).

Com inquietante lucidez, expõe que o Estado tem legitimidade para impor ao prisioneiro o dever de trabalhar, na medida em que a obrigatoriedade do exercício de uma atividade laborativa é a base *natural e lógica da vida*, constituindo-se em um *magnífico* instrumento de disciplina e poderoso elemento de reforma moral.

Pelo que vem de ser dito, não se pense que o autor, ao abonar a obrigatoriedade do trabalho para o preso, estaria se referindo aos famigerados *trabalhos forçados*. Longe disso, além de dizer que o trabalho há de ser adaptado à *natureza do condenado, produtivo* e útil, alerta que se deve banir da penologia moderna o conceito do trabalho como *castigo*, de maneira que a atividade laborativa há de ser *remunerada*, até mesmo como um incentivo à assiduidade e à perfeição.

Esclarecendo a distinção entre trabalho produtivo e útil, diz que o labor carcerário não pode ser visto “[...] somente ao lado da produtividade presente, senão também em relação futuro, uma vez que o prisioneiro que atingir a sua liberdade sem aptidão para um trabalho lucrativo não estará reclassificado na sociedade”⁶⁷.

Detalhista, discorre sobre a inquietação ocasionada com a concorrência ao mercado livre, questão ainda hoje suscitada em oposição à definição de políticas públicas voltadas para o aproveitamento da mão de obra carcerária; passo adiante, aborda sobre o modo de exploração comercial e industrial do produto do trabalho do interno, alvitmando que isso se dê “[...] por conta e sob a administração do Estado, ou por intermédio de um particular ou de uma associação, à sua custa e sob boa direção⁶⁸”.

Essas diretrizes selecionadas pelo autor foram acolhidas pelo legislador, parecendo até que ele copiou literalmente as palavras do autor, ao decretar que o condenado “[...] está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade” (art. 31, caput, da LEP), devendo ser levada em consideração “[...] a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do preso, bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado” (art. 32, caput, da LEP).

Não dando margem a dúvida, na LEP consta, ainda, que o trabalho do interno será remunerado (art. 29, caput), podendo ser gerenciado pelo próprio Estado ou por fundação ou empresa pública cabendo-lhe “[...] promover e supervisionar a produção, com critérios e métodos empresariais, encarregar-se de sua comercialização, bem como suportar despesas, inclusive pagamento de remuneração adequada”.

Mas a sua preocupação foi além do que produzido pelo trabalho, a fim de se englobar o destino da renumeração percebida pelo interno. Assim, voltando os olhos para o que denominou *instituições assessórias*, o autor sublinha ser de mister, a par de assegurar a remuneração do trabalho do prisioneiro, disciplinar o *pecúlio*, ferramenta hábil para destinar pelo menos parte do dinheiro recebido como *gratificações mensais* para atender as necessidades primárias e à formação de reserva financeira que garanta ao interno experimentar os primeiros passos na vida livre com recursos próprios, manifestando-se como um potente escudo à reincidência.

Posicionando-se contra a prática de o produto do trabalho ficar com a administração penitenciária como resarcimento pelas despesas com a manutenção do interno, analisa as variadas formas de organização e administração desse pecúlio, a fim de concluir que o formato mais adequado é o que combina a utilização de parte dos recursos para satisfazer as necessidades básicas

do interno e de sua família com a afetação de sua maior porção a uma *Caixa Econômica*, até o momento da concessão do direito de liberdade, posto que não devem os valores ficar improdutivos, nas mãos do diretor da prisão.

Pois que se fique sabendo que foi dessa maneira a disciplina emprestada a essa questão pela LEP, ao anunciar, dentre os direitos do preso, a *constituição de pecúlio* (art. 41, IV), mediante depósito em “[...] Caderneta de Poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade” (art. 29, § 2º), referente à parte do produto do trabalho que sobejar da indenização dos danos causados, da assistência à família, das pequenas despesas pessoais e do resarcimento dos custos com a sua manutenção no cárcere.

A procedência desse rumo pretraçado pelo autor, com o passar do tempo, encontrou guarida igualmente na Constituição de 1988. O constituinte ressaltou a dimensão axiológica do trabalho e da educação, nas suas perspectivas individual e coletiva, de modo que se eles, por um lado, são acontecimentos importantes para o desenvolvimento social, de outro, constituem bens jurídicos inerentes à condição humana, que devem ser assegurados como forma não apenas de permitir a exteriorização da personalidade mediante a realização profissional, mas também como meio de cumprir a finalidade da pena, que é a ressocialização ou restauração.

Não se há de divergir que, sem educação não há capacitação para o trabalho e sem formação educacional adequada, ainda que o preso seja inserido no mercado, tem-se por comprometida a sua *restauração* ou (re) adaptação aos valores da vida em sociedade. Dessa maneira, se o interno tem o direito de trabalhar, bem assim de estudar e mesmo aprender um ofício, essa prerrogativa, a um só tempo, se apresenta como um *dever social*, por se tratar

de um dos meios dos quais se serve a administração carcerária no propósito de atingir os fins da pena.

Por fim, ainda como um dos fatores do sistema de reforma, o autor menciona a liberdade condicional, cujo surgimento se deu na intenção de permitir o retorno à vida livre de quem não deve mais persistir na prisão. Avisa que, no *domínio dos fatos*, a liberdade vigiada foi concebida na Inglaterra, em 1853, espalhando-se pelos demais países Portugal (1861), Ducado de Saxe (1862), Suíça (1868), Sérvia (1869), Alemanha (1871), Dinamarca (1873), Croácia (1875), Holanda (1881), França (1885), Bélgica (1888), Itália (1889), Suécia e Noruega e, ainda, os Estados Unidos da América, que adotou amplamente esse instituto.

Anuncia que o instituto foi enxertado em nosso meio pelo Código Penal de 1890, constituindo-se na terceira e última fase do regime progressivo de cumprimento da pena, argumentando sobre a sua utilidade notadamente para os casos em que *indeterminada* a privação da liberdade, advertindo que não se trata, como alguns supõem, em um benefício ou favor concedido ao preso. Antes, cuida-se de uma forma de cumprimento da pena de prisão, não deixando de ser em outro modo de restrição do direito de liberdade, pois quem está no gozo da liberdade condicionada fica sob vigilância da autoridade responsável pela fiscalização quanto às condições estabelecidas.

Após focar nos requisitos para a concessão da liberdade condicionada consistentes na exigência de boa conduta carcerária e no exercício de um ofício, se debruça sobre a polêmica tendência moderna em alçar o resarcimento do dano a outro tipo de pressuposto para o livramento condicional, proposição com a qual concordava, desde que *dependente da capacidade econômica* do interno.

Essa passagem aqui é importante porque, apenas com a Lei nº 13.964, de 2019, que editou o chamado *Pacote Anticrime*, a

reparação do dano causado pela infração entrou no rol das condições para a concessão do livramento condicional, salvo a efetiva impossibilidade de fazê-la (art. 83, IV, do CP), previsão normativa em tudo similar à sugestão apresentada pelo autor, pouco mais de 108 anos antes. É surpreendente como Doutor João Chaves, com sua genialidade, enxergava longe.

5.4 - PENA DE MULTA E RESTRITIVAS DE DIREITOS

Reprovando o dogma de que a pena de prisão seria a única a substituir as penas cruéis consistentes nos açoites, mutilações e execuções, direciona o seu olhar para as *penas pecuniárias*, merecendo menção o que o autor disse a respeito da multa, expondo as suas vantagens e pertinência. Lembra que as penas pecuniárias possuem origem bem antiga, mas foram, pouco a pouco, perdendo espaço para as penas corporais, permanecendo, somente o confisco, como pena subsidiária.

Sublinha que os esforços do movimento humanitário do direito penal, sob o ponto de vista dos *penologistas* modernos, em sua maioria, enaltece o papel da multa, ainda que renegue a *confiscação*, especialmente quando exorbita da pessoa do condenado.

No particular, proclama que a multa serve para “[...] enriquecer o Tesouro Público, a socorrer uma instituição de caridade ou mesmo a reparar o dano causado pelo delito [...]”⁶⁹, devendo seguir os princípios gerais sancionatórios, como o da *nulla poena sine lege*, sendo “[...] tão evidentes as vantagens da multa como pena que raros, muitos raros mesmo são hoje os espíritos opositos a sua adoção”⁷⁰, razão pela qual as legislações devem prevê-la, desde que *adaptada à capacidade econômica* do infrator. Admoesta

que o desvalor da multa se deu menos em razão da sua natureza e mais pelo arbítrio *exagerado* na sua escolha e taxação.

Defende, assim, com apoio na escrita esgrimida por Bentham há mais de um século, “[...] que a multa, pena pecuniária por excelência, seria desigual e iníqua se ricos e pobres não sofressem com ela a privação da mesma quantidade proporcional de seu patrimônio”⁷¹. Propõe, portanto, que o critério para a fixação seja o da proporção à *fortuna do condenado*, ou seja, da proporcionalidade da multa as *faculdades econômicas* do agente, condição imprescindível para o tratamento isonômico nesse aspecto.

O legislador, desde a redação primária do Código Penal de 1940, prestando obséquio a esse reverbério do autor, previu a pena de multa na forma autônoma e receitou que “Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu” (art. 43, caput)⁷², podendo aumentá-la até o triplo, no caso de considerar que, em virtude da situação concreta, ela é ineficaz, embora aplicada no máximo (art. 43, parágrafo único)⁷³.

Porém, o autor foi mais longe, bem mais longe, a fim de refutar a admissibilidade da transformação da multa em pena privativa da liberdade, até mesmo em relação ao infrator solvente, pois em resposta ao inadimplemento do valor estabelecido resta a *sanção lógica*, que é a cobrança do valor com o manejo de remédios processuais oportunos, tais como a hipoteca legal, a penhora e, até mesmo, em hipótese extrema, a retenção de “[...] uma parte do salário ou ordenado percebido pelo condenado, como propôs von Liszt no aludido Congresso de Christiania em 1891”⁷⁴.

Mais uma vez, levando em consideração esses ensinamentos, a LEP previu, no caso de ausência de pagamento da pena de multa, a constrição de bens móveis ou imóveis por meio da penhora (art. 164, § 1º), alvitmando, até mesmo, o desconto no vencimento ou salário do condenado (art. 168).

Porém, o mais interessante em relação à pena de multa é que o legislador da LEP, discordando de Doutor João Chaves, previu a possibilidade da conversão da multa em prisão, quando o condenado, solvente, deixar de pagá-la ou frustrar a sua execução (art. 182). Mais tarde, entretanto, remediou o erro, revogando essa possibilidade por meio da Lei nº 9.268, de 1996, tal como vaticinara o autor.

A atualidade do pensamento do autor sobre a pena de multa é estreme de dúvidas. Veja-se que Claus Roxin, em instigante capítulo do livro em que aborda questões fundamentais do direito penal, no primeiro capítulo, escrevendo nos dias de hoje o que ele acredita acontecerá em futuro próximo, ao fazer indagação de ordem filosófica sobre se *Tem futuro o direito penal?*, responde que, a par de investir na *prevenção*, enquanto não seja possível, mesmo com toda tecnologia disponível, evitar que se cometam crimes, sendo fatível, apenas, reduzi-los a níveis aceitáveis, sem maior comprometimento da qualidade de vida do grupo social, diz que, para além de o foco ter de se concentrar em *curar* no lugar de *punir*, ao invés da prisão, devem ser utilizadas outras formas mais inteligentes de punição, mediante a *diversificação ou pena de multa*, “[...] meios mais humanos, baratos e, na esfera inferior da criminalidade, mais propícios à ressocialização e não menos eficientes do ponto de vista preventivo que a privação de liberdade⁷⁵.

Verifique o leitor quão avançada era a visão de Doutor João Chaves: Claus Roxin, um dos maiores dogmáticos do direito penal contemporâneo, escrevendo nos dias de hoje, previu para o futuro verdades gizadas pelo autor em 1911.

Focando em outros instrumentos alternativos à prisão, o que na ótica de Claus Roxin é *diversificação*, o autor informa que as *penas privativas de direitos* – hoje chamadas *penas restritivas de direito* – são muito antigas, tendo origem remota no Direito

Romano, sendo amplamente aplicadas mesmo em crimes graves, privando os condenados das *dignidades civis ou militares*, do exercício da magistratura ou do direito de acusar ou de ser testemunha, entre outros. Lembra que, na Idade Média, essas penas privativas de direito e da honra continuaram sendo previstas, existindo, até mesmo, a inconcebível *morte civil*.

Aliás, cabe lembrar que o Código Penal de 1890 previa como efeito da sentença de quem condenado à *prisão celular*, a (a) suspensão de todos os direitos políticos; (b) perda de todo ofício eletivo, temporário ou vitalício, emprego público da nação, ou dos Estados e das respectivas vantagens e vencimentos; (c) perda de todas dignidades, condecorações e distinções honoríficas e (e) perda de todos os munus públicos.

Se a ideia central das penas privativas foi concebida sob o pálio da aflição de desonra ao infrator, o autor avisa que o direito moderno redireciona a sua aplicação para outro norte, com o cercamento da *capacidade jurídica* quando isso se mostra necessário para a defesa social, citando como exemplo “[...] a interdição de uma profissão ou arte, toda vez que a infração cometida o tenha sido com abuso, manifesta imprudência ou imperícia de seu exercício, ou servindo-se deste para mais facilmente perpetrá-la”⁷⁶.

Reclama, ainda, que o nosso Código Penal da época previa a interdição de direitos apenas como pena assessória e complementar, erro que permaneceu com a edição do Código de 1940. Como o leitor observa, aqui o autor lançou as bases das chamadas penas alternativas, somente incorporadas ao nosso ordenamento jurídico com a reforma da parte geral do Código Penal, patrocinada pela Lei nº 7.209, de 1984. Naquele momento, foram previstas só duas espécies de penas restritivas, a prestação de serviços à comunidade e, exatamente, a *interdição temporária de direitos*, tal como alvitrara o autor.

Mas não é só. A lição de Doutor João Chaves no sentido da imprestabilidade da prisão de curta duração, razão pela qual deveria ser substituída por privativas de direitos, dentre as quais deu realce especial à interdição do exercício de profissão, arte, pátrio poder etc., também foi incorporada em sua inteireza, pois, consoante o art. 44 do Código Penal, com a redação emprestada pela Lei nº 7.209, de 1984, as penas restritivas de direitos passaram a ser autônomas, devendo substituir as privativas de liberdade, quando “aplicada pena privativa de liberdade inferior a um ano [...]”.

O legislador brasileiro, certamente, também sabia das ideias de Doutor João Chaves a respeito das penas de curta duração e da necessidade de sua substituição por *privativas de direitos* ou *restritiva de direitos*.

A certeza quanto ao que aqui vem de ser dito é complementado quando se compara a disciplina emprestada à suspensão condicional da pena pelas Leis nº 7.209 e 7.210, ambas de 1985, e as sugestões que o autor disse que fez certa feita a um projeto de lei que estava em discussão no parlamento. Lembre-se que o Sursis, antes das penas alternativas, era a ferramenta jurídica expedita para substituir a pena de curta duração.

Eis os apontamentos que ele aconselhou para a implantação do Sursis: (a) a utilização do *sursis* em relação às infrações cuja pena de prisão não seja superior a 2 (dois) anos; (b) prazo mínimo de prova, consistente em 3 (três) anos; (c) submissão dos beneficiários à vigilância, com proibição de mudar de residência, sem prévia autorização judicial, ocupação definida e reparação do dano; (d) revogação da suspensão mesmo em caso de descumprimento formal às regras de conduta; (e) observância dos antecedentes e da perversidade como requisito subjetivo para a concessão do benefício.

Com pequenas alterações, seja quanto ao prazo do período da prova ou à expressão *perversidade*, o legislador acolheu as propostas do autor quanto à suspensão da pena, que continuam ainda hoje vigentes no direito positivo.

6 - SISTEMA DE ELIMINAÇÃO: NA ÓTICA DE DOUTOR JOÃO CHAVES

Essa é a menor parte do livro. O autor, em compêndio, expõe a sua doutrina a respeito. Como se disse logo no início, à primeira vista, até parece que o autor defende a pena de morte, dentre as formas *humanitárias* de punição. Acontece que, a despeito da expressão *eliminação*, não é disso que se cuida.

Ciente dessa circunstância, ele principia admitindo que, diante do estágio experimentado com o progresso da ciência da época, não haveria mais espaço para se defender a eliminação de certa categoria de *delinquentes*, por se tratar de “[...] uma reminiscência da crueldade antiga das penas”⁷⁷.

Concorda que, seja como for, o ideal seria que a punição fosse imposta com o fim de *emenda* ou reforma. Contudo, contra-argumenta que “[...] a incorrigibilidade impõe, na prática, o processo da eliminação, restando discutir apenas as formas práticas de sua organização”⁷⁸.

E, para desenvolver o seu raciocínio, antes de rechaçar a pena de morte, critica o Código Penal de 1890, por ter proscreto a prisão perpétua, prevendo, apenas, as *prisões temporárias*, o que, no seu entender, tinha sido um erro, pois aquela deveria ter permanecido no sistema, a fim de ser aplicada aos infratores classificados como incorrigíveis.

Diz que, bem antes de Beccaria e Sonnenfels proclamarem a abolição da pena capital, Platão, sob a pecha de que o crime era uma *moléstia* e o criminoso um *doente*, ponderava que, ao se deparar com o infrator marcado pela *incurabilidade*, o remédio era bani-lo de Atenas ou, o que era mais seguro, tirar-lhe a vida.

Também expõe que a pena capital era defendida tendo como crível a máxima de que a eliminação física do criminoso, nesses casos, não se continha apenas na sua utilidade para a defesa social, senão para igualmente *libertá-lo* de uma vida pesada e errante. Seria uma estranha espécie de *libertação* do infrator por meio da morte.

Colocando que não iria rever os argumentos favoráveis e contrários à pena de morte, adota como premissa que ela é uma pena irreversível, de eliminação completa e absoluta, como solução para quem é identificado como incorrigível, classificação sempre passível de erro, pois realizada por “[...] processos e através de circunstâncias que só têm de certo a sua relatividade”⁷⁹.

De mais a mais, argumenta que, tratando-se de medida que se contrapõe ao estado de cultura e civilização da época, a pena de morte somente seria admissível na hipótese de não se ter outro meio *seguro* e *conveniente* de eliminação. E para ele, desenganaadamente, existe outra forma de eliminação, que é justamente o *internamento*, pelo que a pena capital se mostra excessiva, para não dizer desnecessária, e mesmo injusta.

Com fulcro em Ferri, desconsidera o efeito intimidante da pena de morte, pois quem comete o crime por impulso *não pensa em nada* ou age na esperança da impunidade, não pautando a sua conduta por meio de uma comparação hipotética entre a pena de morte ou de prisão.

Chega a aceitar que, de fato, a pena de morte tem a propriedade de atemorizar o criminoso. Isso seria fora de dúvida,

assume, mas argumenta que esse fenômeno se faz sentir após a perpetração do crime, não antes da ação criminosa.

Defendendo a prisão perpétua como a medida razoável para impor a *eliminação* dos incorrigíveis, mas refutando a concepção do *criminoso nato*, diz que a identificação do delinquente irrecuperável há de ser feita por meio da observação dessas características, não sendo suficiente, para tanto, ter em consideração a hediondez do ilícito, até porque, arremata, com inteiro acerto, que “Um homem pode cometer um grande crime sem ser por isto um criminoso incorrigível”⁸⁰.

Tomando fôlego com o que já havia dito como justificativa para a sentença indeterminada, embasado na doutrina utilitarista da pena, salienta que a internação perpétua não pode ser sinalizada pela *fixidez*, pois, ainda que rara, pode haver a recuperação do infrator, “[...] de modo que é mais correto dizer que a eliminação se deve fazer pela segregação indeterminada”⁸¹.

Assim, sob pena de se admitir que a pena mais lógica nesses casos seria a de morte, afirma que “[...] a prisão contra os incorrigíveis deve dirigir-se a uma possível e desejável modificação progressiva do seu caráter perigoso”⁸².

7 - ÚLTIMAS PALAVRAS

João Chaves era, antes de tudo, um *jurista-humanista*, na verdadeira essência da palavra. Em verdade, um *intellectual*. A intensidade e longevidade de sua carreira é inversamente proporcional ao seu tempo de vida, em razão do falecimento precoce, quando contava apenas com 49 anos de idade.

O livro *Ciência penitenciária*, concluído em 1911 e publicado, no ano seguinte, por uma editora portuguesa, à primeira

vista, é o seu grande legado. A escrita é elegante, densa e culta. Diz muito, escrevendo pouco.

De fato, Doutor João Chaves redigiu sua obra fundamental com base na melhor doutrina estrangeira da época, apresentando uma visão pioneira no que diz respeito à ciência penitenciária, com ideias próprias, construídas em uma sólida carreira como advogado, promotor público, professor universitário e parlamentar – estadual e federal.

A leitura do seu escrito revela que o autor era um homem à frente do seu tempo. As suas lições permearam a feitura da legislação criminal de ontem, de hoje e de sempre. E aqui, diga-se e repita-se, tal como expendido neste texto, não vai nem um exagero. Sem embargo da sua contribuição para a edição de várias leis, merece menção a identidade do seu pensamento com a Lei de Execução Penal. Até mesmo em leis mais recentes, como a Lei nº 13.964, de 2019, a denominada *Lei do Pacote Anticrime*, é sentido o *dedo* ou o *DNA* do autor. Tome-se, ainda, como exemplo, a recente Lei Complementar Estadual nº 711, de 2022, que disciplinou a Política Estadual de Segurança Pública e Defesa Social do Estado do Rio Grande do Norte, a qual seguiu as diretrizes gizadas pelo autor.

É perceptível que o autor, ao longo desse tempo, guiou os passos do legislador brasileiro. Até aí, nenhuma surpresa.

Todavia, não é só. O autor, em seu livro, faz a defesa da existência de uma ciência penitenciária, o que findou vindo a ser reconhecido pela Constituição de 1988, ao conferir à União, aos Estados e ao Distrito Federal a competência concorrente para legislar a respeito do *direito penitenciário*. O constituinte, desde a Constituição de 1934, veio ensaiando admitir a existência desse ramo do direito, mas só 71 anos depois, de fato e de direito, se rendeu ao que para o autor, desde priscas eras, já era mais do que evidente.

De mais a mais, o que surpreende mesmo é verificar que os ensinamentos do autor foram reverberados nas *Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento dos Presos*, editadas em 1971, e por conseguinte, nas atuais *Regras de Mandela*, oficializadas em maio de 2015. O leitor, no desiderato de esclarecer qualquer dúvida a respeito, pode fazer um simples exercício: com o documento contendo as *Regras de Mandela* à vista, faça a leitura do livro *Ciência criminal*, identificando o que ali está dito e com o que foi incorporado ao diploma internacional em foco.

A descoberta é perturbadora. Aliás, há muito tempo atrás, Cascudo, outro gênio, já havia alertado que, entre as várias facetas de intelectual e homem público, destaca-se em Doutor João Chaves “[...] o jurista, precursor da ciência penitenciária, com renome internacional. Pertence-lhe o direito de ter sido o primeiro sistematizador; a mão erudita que, por leitura e intuição admiráveis, dispôs o material ainda informe e disperso, em forma clara, disciplinada e com direção técnica”⁸³.

Então, uma pergunta que não quer calar? Por que Doutor João Chaves, jurista de nomeada, é um ilustre desconhecido, até mesmo entre os potiguares? Se for feita a indagação sobre quem foi Doutor João Chaves à comunidade jurídica em geral, certamente poucos, muito poucos, vão saber dizer alguma coisa.

As explicações para essa situação inquietante são muitas e múltiplas. Talvez, caso o livro do autor tivesse sido publicado em sua primeira edição por uma editora brasileira, ele tivesse sido referenciado pela doutrina nacional, que ainda hoje é muito incipiente a respeito da temática. Aliás, não conheço nenhum livro escrito por doutrinador brasileiro específico sobre a temática que tenha sido anterior à obra *Ciência penitenciária* de João Chaves.

Ainda assim, consultando as bibliografias dos livros escritos sobre a *questão penitenciária*, especialmente os que abordam a

execução penal, nenhum deles – repita-se com ênfase – nenhum deles menciona Doutor João Chaves.

O mesmo se diga com autores estrangeiros. Aqui a resposta para a invisibilidade segue aquela máxima: no cenário do Direito Comparado, livro publicado é aquele escrito em inglês ou espanhol.

Espero que esta revista, editada em homenagem a Doutor João Chaves, tenha o condão de contribuir, de alguma forma, para a alteração desse quadro. A 2^a edição do livro publicada pela Azymuth desempenhou um papel fundamental na difusão do pensamento do autor. Agora a obra está mais acessível e disponível aos estudiosos e tem um exemplar na biblioteca da UFRN. Essa circunstância pode fazer com que, amanhã, ao se realizar uma pesquisa na Biblioteca Digital de Monografias (BDM), repositório eletrônico institucional da UFRN, apareçam vários trabalhos versando sobre Doutor João Chaves ou com referência a sua doutrina.

Fiquei deveras triste e um tanto quanto acabrunhado ao pesquisar alguma referência a Doutor João Chaves na Biblioteca Digital de Monografias da UFRN. Não encontrei absolutamente nenhum registro. Ora, eu mesmo, professor com projeto de pesquisa na área, só fui conhecer a obra do autor em 2020, quando fui, gentilmente, presenteado com a edição brasileira por Guiomar Veras, dentre outros cargos exercidos e em exercício na área, Conselheira do Conselho Penitenciário do Rio Grande do Norte, uma batalhadora competente e incansável pela *causa penitenciária*, seguramente uma das pessoas que mais entende sobre o sistema penitenciário do Estado.

Assumo o compromisso de pelo menos fazer a minha parte. Nenhum trabalho acadêmico da graduação ou da pós-graduação orientado por mim, cuja pesquisa seja relacionada ao direito

penitenciário ou à execução penal, deixará de fazer referência ao pensamento de João Chaves.

A obra do autor também passa a integrar a bibliografia do projeto de pesquisa intitulado *Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no Estado do Rio Grande do Norte*, coordenado por mim, no âmbito da UFRN.

Nada obstante, essas iniciativas, diante da grandeza e da genialidade de Doutor João Chaves, representam pouco, aliás, muito pouco. É preciso fazer mais, muito mais.

Que este texto seja, apenas, o *take off* para a (re) descoberta de Doutor João Chaves, o penitenciarista.

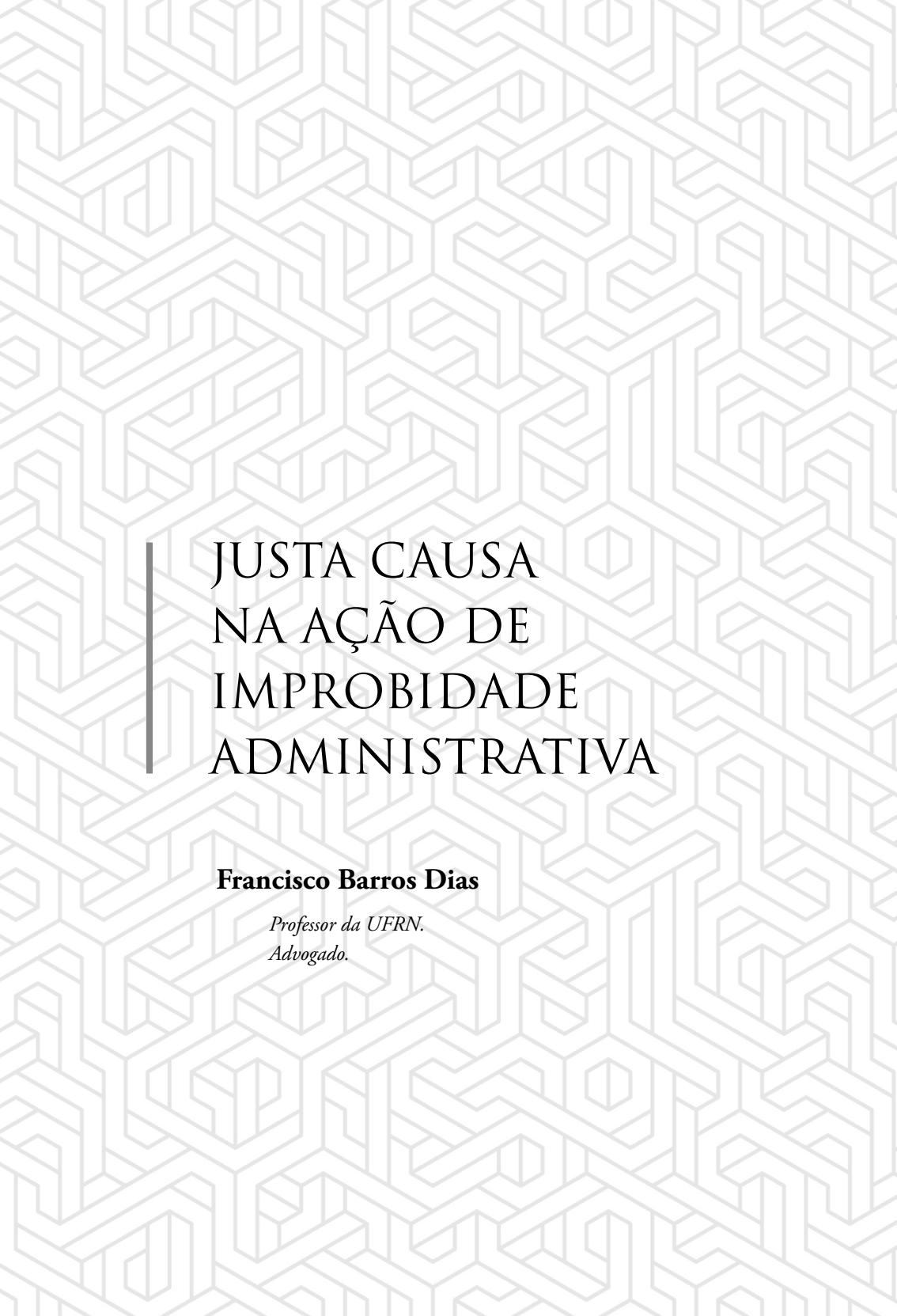
NOTAS

- 1 CHARIÈRE, Henri. *Papillon: o homem que fugiu do inferno*. Trad. Mário Valera Soares. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.
- 2 Disponível em: <https://proex.uern.br/default.asp?item=ccuern-inicio>. Acesso em: 20 mai. 2022.
- 3 Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Complexo_Penal_Dr._Jo%C3%A3o_Chaves#cite_note-3-5. Acesso em: 20 mai. 2022.
- 4 Não se sabe ao certo se ele está se referindo a Virgílio Alvim de Melo Franco (1987-1948) ou avô paterno deste, Virgílio Martins de Melo Franco (1839-1922).
- 5 SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal*. 3. ed. Natal: OWL, 2021, p. 264.
- 6 Ficção penal. *Jornal do Brasil*. Rio de Janeiro, 21 jan. 1985. 1º Caderno, p. 10.
- 7 Disponível em: http://adcon.rn.gov.br/ACERVO/secretaria_extraordinaria_de_cultura/DOC/DOC00000000108611.PDF. Acesso em: 21 jun. 2022.
- 8 CHAVES, João. *Ciência penitenciária*. Natal: Azymuth, 2015, p. 9.
- 9 CHAVES, 2015. p. 9.
- 10 Vicente Serejo, em sua prestigiada coluna *Cena Urbana*, na edição de *O Jornal de HOJE*, fez uma justa homenagem aos 100 (cem) anos do livro do autor. Cf. SEREJO, Vicente. Um livro faz cem anos. *O Jornal de Hoje*. Natal, 21 e 22 jul. 2012. Cena urbana, p. 13.
- 11 SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. Beccaria: o precursor do direito criminal. In *Revista da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte*. Ano V, n. 5. Natal: Offset Gráfica, 2021.
- 12 BITTENCOURT, Cesar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 57.
- 13 SILVA JÚNIOR. Walter Nunes da. *Execução penal no sistema penitenciário federal*. Natal: Owl, 2020, p. 45.
- 14 CASTILHO, Ela Vieco V. de. *Controle de legalidade na execução penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 39.
- 15 Doutor João Chaves científica que o primeiro Congresso Penitenciário Internacional ocorreu na cidade de, em julho de 1872. Seguiram-se os de Estocolmo, em 1878; o de Roma, em 1885; o de S. Petersburgo, em 1890; o

- de Paris, em 1895; o de Bruxelas, em 1900, o de Budapeste, em 1905; e o de Washington, em 1910 (*Ciência penitenciária*, p. 19, nota de rodapé 23).
- 16 MIOTTO, Armida, Bergamini. O direito penitenciário: importância e necessidade do seu estudo. In: *Revista do Conselho Penitenciário Federal*, v. 8, n. 26, jan./mar. 1971, p. 94.
- 17 CHAVES, 2015, p. 19.
- 18 Ibid., p. 20.
- 19 A obra consta da bibliografia do meu livro *Execução penal no sistema penitenciário federal*.
- 20 CHAVES, 2015, p. 26.
- 21 SILVA JÚNIOR, 2020, p. 49.
- 22 CHAVES, 2015, p. 19.
- 23 Ibid., p. 21.
- 24 Ibid., p. 22.
- 25 Ibid., p. 50.
- 26 Disponível em: http://adcon.rn.gov.br/ACERVO/secretaria_extraordinaria_de_cultura/DOC/DOC00000000108611.PDF. Acesso em: 21 jun. 2022.
- 27 SILVA JÚNIOR, 2021, p. 86.
- 28 *Ciência penal e direito positivo*. Trad. Henrique de Carvalho. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1915, p. 37.
- 29 Ibid., p. 17-18.
- 30 *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. 2. ed. Trad. Paulo Capitano. Campinas: Bookseller, 1999, p. 34
- 31 CHAVES, 2015, p. 29.
- 32 Nessa passagem, ele faz referência a um texto de Pedro Lessa, identificado sob o título *O determinismo e a imputabilidade e responsabilidade criminais*. Foi o primeiro brasileiro citado em seu livro.
- 33 Ibid., p. 33.
- 34 *Teoria estruturante do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- 35 *Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos*. Revisão Solene Cristiani dos Santos Oliveira. Leme: EDIJUR, 2000, p. 17
- 36 *Programa do curso de direito criminal*. v. II. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2002, p. 173-177.
- 37 *Dos delitos e das penas*. Trad. Marcílio Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 176.
- 38 *A nova defesa social: um movimento de política criminal humanista*. Trad. Osvaldo Melo. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- 39 CHAVES, 2015, p. 34.
- 40 Ibid., p. 53.

- 41 Ibid., p. 55-56.
- 42 Ibid., p. 59.
- 43 Ibid., p. 59.
- 44 Ibid., p. 63.
- 45 Ibid., p. 69.
- 46 Ibid., p. 81.
- 47 Ibid., p. 110.
- 48 Ibid., p. 113.
- 49 Ibid., p. 115.
- 50 Ibid., p. 121.
- 51 Lembrar que o Código Penal de 1890 dizia que as penas privativas de liberdade eram *temporárias*.
- 52 Veja-se que, na redação originária do Código de Processo Penal, o fato de o crime ser punido com reclusão ou detenção era levado em consideração para definir o procedimento processual entre o ordinário e o sumário, assim como para a concessão da fiança ou a decretação da prisão preventiva e mesmo a definição do regime de cumprimento da pena. Embora o art. 33, caput, do Código Penal, persista fazendo a distinção entre reclusão e detenção, a fixação do regime de cumprimento, fechado, semiaberto ou aberto, tem como orientação a quantidade da pena concreta dosada na sentença (art.33, § 2º, do CP).
- 53 Ibid., p. 126.
- 54 Ibid., p. 128.
- 55 Ibid., p. 133.
- 56 O art. 44 do Código Penal de 1890 deixava expresso que as penas restritivas da liberdade individual eram *temporárias* e não seriam superiores a 30 anos.
- 57 Ibid., p. 142.
- 58 Ibid., p. 150.
- 59 Ibid., p. 152.
- 60 Ibid., p. 152.
- 61 Ibid., p. 155.
- 62 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Criminalidade e violência*: relatório e conclusões da CPI sobre o sistema penitenciário. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 1980, p. 11.
- 63 CASTILHO, 1988, p. 39.
- 64 CHAVES, 2015, p. 158.
- 65 Ibid., p. 163.
- 66 Ibid., p. 164.
- 67 Ibid., p. 167.
- 68 Ibid., p. 172.

- 69 Ibid., p. 206
- 70 Ibid., p. 208.
- 71 Ibid., p. 212.
- 72 No Código Penal de 1890 a multa também foi prevista como pena autônoma, sendo regulada, na sua fixação, “pelo que o condenado puder ganhar em cada dia por seus bens, emprego, indústria ou trabalho”.
- 73 Após a reforma da parte geral de 1984, passou a ser art. 60, caput e § 1º).
- 74 Ibid., p. 220.
- 75 *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 20.
- 76 CHAVES, 2015, p. 239.
- 77 Ibid., p. 252.
- 78 Ibid., p. 252.
- 79 Ibid., p. 255.
- 80 Ibid., p. 262.
- 81 Ibid., p. 262.
- 82 Ibid., p. 263.
- 83 Disponível em: http://adcon.rn.gov.br/ACERVO/secretaria_extraordinaria_de_cultura/DOC/DOC000000000108611.PDF. Acesso em: 21 jun. 2022.



JUSTA CAUSA NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Francisco Barros Dias

*Professor da UFRN.
Advogado.*

INTRODUÇÃO

A linguagem jurídica nos surpreende com a diversidade de peculiaridade que ela apresenta. Em algumas situações a mesma palavra ou expressão é utilizada para definir institutos jurídicos diferentes, tendo consequentemente conceitos distintos. Em outras oportunidades utilizam-se palavras ou expressões distintas para definir o mesmo instituto jurídico.

Trazemos aqui o caso da expressão “causa de pedir”, utilizada no processo civil como indicativo do objeto de uma demanda quanto a sua pretensão, sempre traduzida como “os fatos e os fundamentos jurídicos” que justificam o pedido.

Já no processo penal e na ação de improbidade administrativa, conhecidos como processos sancionatórios, a exposição dos fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, denomina-se de “justa causa”.

Adite-se o fato de que nas espécies de processos sancionatórios a justa causa se subdivide em “justa causa formal” e “justa causa material”.

Eis aí um exemplo ou situação em que o mesmo instituto jurídico “fundamento de fato e de direito” em uma demanda, recebem denominação distinta, dependendo da espécie de processo que se esteja trabalhando.

O propósito aqui não é esgotar o assunto, mas trabalhar alguns aspectos que se tem como relevante, quanto a importância

do instituto da justa causa no processo sancionatório, especialmente na ação de improbidade administrativa.

Apesar da ação de improbidade administrativa ser de cunho civil, a sua natureza quanto aos efeitos é sancionatória. Isso sempre foi objeto de reconhecimento da doutrina e encontra respaldo pacífico da jurisprudência.

Os registros aqui consignados quanto ao instituto da justa causa na ação de improbidade administrativa, têm em vista chamar a atenção para se trabalhar esse instrumento relativamente novo em nossa ordem jurídica e, especialmente, pela relevância que o legislador sempre emprestou a esse instituto e que restou consideravelmente aperfeiçoado na recente reforma ocorrida através da Lei 14.230/21, na Lei 8.429/92.

Para alcançar o objetivo almejado serão trabalhados os conceitos de causa de pedir, justa causa formal e material, para em seguida se adentrar na análise da justa causa na ação de improbidade administrativa envolvendo os aspectos doutrinários e jurisprudenciais anteriores à reforma de 2021 e o texto atual com as suas diversas peculiaridades.

1 - CONCEITO DE CAUSA DE PEDIR, JUSTA CAUSA FORMAL E MATERIAL

A pretensão que se formula perante qualquer juízo ou tribunal deve revestir a formalidade quanto a sua justificativa, razões, motivos ou fundamentos, para ao final ser formulado um requerimento composto do pedido e suas especificações, restando assim configurado o que se denomina de objeto do processo.

O objeto do processo assim, será composto da causa de pedir e do pedido e está constando do art. 319 do Código de Processo Civil, em seus incisos III e IV, como “o fato e os fundamentos jurídicos do pedido e o pedido com as suas especificações”.¹

Enquanto no processo civil a causa de pedir constitui o primeiro elemento quanto a pretensão do objeto do processo, no processo sancionatório, como sói acontecer com a ação de improbidade administrativa, esse primeiro elemento do objeto do processo quanto a pretensão, denomina-se justa causa, como acontece no processo penal, de forma incontroversa.

Por isso é que Renato Brasileiro de Lima disserta com proficiência, em matéria de processo penal:

justa causa é o suporte probatório mínimo [...] que deve lastrear toda e qualquer acusação penal. Tendo em vista que a simples instauração de um processo penal já atinge o chamado status dignitatis do imputado, não se pode admitir a instauração de processos levianos, temerários, desprovidos de um lastro mínimo de elementos de informação, provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis, que dê arrimo à acusação. [...] Para que se possa dar início a um processo penal, então, há necessidade do denominado fumus comissi delicti, a ser entendido como a plausibilidade do direito de punir, ou seja, a plausibilidade de que se trate de um fato criminoso, constatada por meio de elementos de informação, provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, confirmando a presença de prova da materialidade e de indícios de autoria ou de participação em conduta típica, ilícita e culpável [...] Ausente o fumus comissi delicti, incumbe ao juiz rejeitar a peça acusatória. Não o fazendo, transforma-se em autoridade coatora para fins de impetração de habeas corpus [...] objetivando o trancamento do processo penal. (LIMA, 2017, p. 1299-1300)

O ensinamento é perfeitamente adequado ao processo da ação de improbidade administrativa, ressalvando-se apenas o remédio a ser utilizado quando não estiver presente esses requisitos, pois na ação da Lei 8.429/92, a impugnação deve ser feita por agravo de instrumento como se verá mais adiante.

A justa causa no processo sancionatório – como são exemplos a ação penal e a ação de improbidade administrativa –, se subdivide em justa causa formal e justa causa material.

Essa distinção se deve ao fato de que no processo civil não é obrigatória a prova de plano de sua causa de pedir. A fase de coordenação e instrução do processo é o momento apropriado para ser definida e apresentada a prova de tudo quanto foi alegado, logicamente facultado aquilo que é possível apresentar desde logo ou nas hipóteses de prova imprescindível para o recebimento da inicial, como são exemplos a ação petitória, de divórcio ou separação judicial.

Enquanto isso na ação de natureza sancionatória como é o caso da ação de improbidade administrativa, a causa de pedir que corresponde a justa causa nessa espécie de demanda, deve vir necessária e imprescindivelmente acompanhada de apuração prévia dos fatos e sua autoria, além de se encontrar munida de elementos probatórios que possam indicar a existência de uma prévia certeza desses fatos com indicação de indícios fortes de autoria, sem menosprezo a comprovação do dolo.

É importante fazer a distinção entre justa causa formal e justa causa material. A primeira, se consubstancia com a descrição, a exposição do fato ilícito com todas as suas circunstâncias, sua classificação e a conduta do demandado de forma que se possa compreender perfeitamente o que ocorreu, sem maiores dificuldades de compreensão completa do que se arrazoou.

A segunda – justa causa material –, se caracteriza pela necessária e imprescindível apuração dos fatos e autoria de forma prévia, indicando os elementos de provas colhidas, documentos, justificações e tudo mais que se fizer necessário a apontar quanto ao mínimo de certeza do fato ocorrido e quem o praticou.

A falta de justa causa formal leva a inépcia formal da inicial na ação de improbidade administrativa ou da ação penal e a inexistência de justa causa material, leva a inépcia material de qualquer uma dessas demandas.

Ausente esses elementos, encontra-se inepta a denúncia no âmbito da ação penal ou da ação de improbidade administrativa. Essa lição pode ser extraída da doutrina de Renato Brasileiro de Lima, com relação a ação penal, quando afirma:

a inépcia formal ocorre quando a peça acusatória não preenche os requisitos obrigatórios do art. 41 do CPP (v.g., denúncia com narrativa defeituosa do fato delitioso), dando ensejo à rejeição com base no art. 395, I, do CPP. Por outro lado, a inépcia material se dá quando não há justa causa para a ação penal, ou seja, quando a peça acusatória não está respaldada por aquele lastro probatório mínimo indispensável para a instauração de um processo penal, hipótese em que a rejeição da peça acusatória terá como fundamento o inciso III do art. 395. (LIMA, 2017, p. 1299-1300).

O ensinamento se presta a aplicar em sua inteireza a ação de improbidade administrativa. Para que haja justa causa suficiente para levar ao recebimento de uma inicial da ação de improbidade administrativa ou da denúncia na ação penal, é imprescindível que estejam presentes as duas subespécies de justa causa, sob pena de não ser recebida a exordial por inepta formal ou material, ou por ambas.

2 - NATUREZA DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O TRATAMENTO DADO A JUSTA CAUSA A ESSA AÇÃO NA REFORMA

Inicialmente, apesar de entender dispensável é sempre importante lembrar que a ação de improbidade tem como uma de suas peculiaridades o fato de ter natureza sancionatória, não só porque agora está expressamente prevista na Lei no § 4º, do art. 1º, como pelo fato da mesma ter essa especificidade de há muito reconhecida pela jurisprudência pátria.²

Como bem demonstrou Luciano Ferraz em excelente artigo na CONJUR, de 28 de outubro de 2021, citando o Ministro Teori Zavascki no REsp. 885.836-MG e mencionando outros julgados no mesmo sentido:

As ações de improbidade administrativa não são ações civis por excelência. Tratá-las como tal é um equívoco. São ações de conteúdo punitivo, participantes do microssistema do Direito Administrativo Sancionador. São ações ‘penaliformes’, subordinadas muito mais de perto à ‘principiologia’ — repito: à ‘principiologia’ — típica do Direito Penal e do Processo Penal. Nesse sentido, o STJ tem orientação firme de que ‘o objeto próprio da ação de improbidade é a aplicação de penalidades ao infrator, penalidades essas substancialmente semelhantes às das infrações penais. Ora, todos os sistemas punitivos estão sujeitos a princípios constitucionais semelhantes, e isso tem reflexos diretos no regime processual. É evidente, assim — a exemplo do que ocorre, no plano material, entre a Lei de Improbidade e o direito penal —, a atração, pela ação de improbidade, de princípios típicos do processo penal’” (REsp 885.836/MG (2006/0156018-0), relator minis-

tro Teori Zavascki, 1^a T, DJ de 02/08/2007, p. 398) [2]. REsp 1123876/DF, relator ministro Mauro Campbell Marques, 2^a Turma, julgado em 5/4/2011, DJe 13/4/2011. RMS 37.031/SP, relatora ministra Regina Helena Costa, 1^a Turma, julgado em 8/2/2018, DJe 20/2/2018. REsp 1153083/MT, relator ministro Sérgio Kukina, relatora placórdão ministra Regina Helena Costa, 1^a Turma, julgado em 6/11/2014, DJe 19/11/2014. AR 1.304/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Rel. P/ Acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 14/05/2008, DJe 26/08/2008. (FERRAZ, 2021).

A lição merece todos os encômios pelo seu caráter incontroverso. Dessa forma, estando-se diante de uma demanda de natureza sancionatória, a estrutura das normas, quanto a base principiológica, deverá ser tratada ou trabalhada de acordo com o direito penal, o qual de há muito, cuida de sua análise à luz dos elementos, dados e teorias aplicáveis a esse ramo do Direito, especialmente quanto aos seus efeitos.

E não poderia ser diferente porque normas que dizem respeito à perda de direitos e limites ou suspensão de direitos, como acontece na ação de improbidade administrativa, não podem ser trabalhadas como se enquadrando nos efeitos clássicos da sentença do processo civil, mas sim sancionatórias, mesmo que no âmbito civil.

A ação de improbidade administrativa de que cuida a Lei 8.429/92, veio a ser alterada pela Lei 14.230/21 e logo no art. 1º, § 1º, afirma que só considera como atos de improbidade aqueles que indicam condutas dolosas, conforme tipificação nos arts. 9º, 10 e 11, exigindo a comprovação do ato doloso, com o fim ilícito, como proclama o § 3º, do mesmo artigo 1º, reforçados pelo § 1º do art. 17-C, da mesma lei.³

Os elementos constitutivos do tipo sancionatório são objetivos e subjetivos. O primeiro composto pela descrição do tipo, tidos e havidos como elementares objetivas e o segundo pelos elementos subjetivos: dolo ou culpa.

As elementares objetivas na improbidade estão caracterizadas pela conduta descrita em uma das hipóteses dos arts. 9º, 10 ou 11, da lei de improbidade. Enquanto, o elemento subjetivo, o dolo (único agora exigido pela lei), deverão compor o tipo descrito de forma comprovada, sob pena de não se evidenciar hipótese de improbidade.

A leitura dos dispositivos aponta irremediavelmente para essa circunstância, qual seja: a descrição da conduta e a demonstração do dolo, mas de forma comprovada para que sejam atendidos os requisitos da justa causa formal e material.

2.1 - O TRATAMENTO DA DOUTRINA QUANTO A JUSTA CAUSA NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Mesmo antes da reforma da lei de improbidade administrativa, o ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Napoleão Nunes Maia Filho, em obra de sua autoria denominada *A justa causa e outros temas atuais da ação de improbidade*, faz relevantes considerações sobre o tema nas ações de natureza sancionatórias em geral, e, especialmente na ação de improbidade administrativa, como forma de preservação a dois caros princípios do sistema jurídico como a proteção processual das pessoas e a eficiência do sistema sancionador. Esses ensinamentos se adequam à perfeição ao que veio a ser levado em consideração pelo legislador reformador da ação de improbidade (MAIA FILHO, 2017, p.54).

Nas lições do Ministro, a exigência de justa causa resta revelada no art. 17, § 6º, da Lei 8.429/92, antes da atual redação da mesma lei, “seguindo a orientação que se aplica às proposições judiciais do domínio do Direito Sancionador, nas quais, como se sabe, exige-se a predefinição daquele quarto elemento do direito de ação” como condicionante da iniciativa processual.⁴

Ao demonstrar a questão relativa à premissa para que o juiz possa aceitar a petição inicial da ação de improbidade, disserta Napoleão Nunes Maia Filho:

Dessa forma não se pode dizer que uma ação sancionadora por ato de improbidade administrativa possa ser proposta e se desenvolver com a sua simples postulação, isto é, mesmo deslastrada de elementos definidos quanto a materialidade do ilícito e de indícios veementes (suficientes) quanto ao seu provável autor.⁵ A presença desses elementos é que denotará a materialidade ou a existência do ato ímpreto do plano empírico, ou seja, sem esses elementos, o ato em questão não existirá no nível histórico ou no nível da experiência. Se assim não o fosse, ou se assim não se entendesse, então se teria de admitir que a ação proposta com pretensão sancionadora do ato de improbidade poderia ser ajuizada sem suporte factual objetivado, isto é, sem materialidade, e igualmente contra quem não se tivesse apurado, previamente (antes do processo), uma coleção de indícios de autoria.⁶

Empresta o eminentíssimo doutrinador o máximo de efetividade aos ditames constantes do texto legal, como forma de evitar que venha o intérprete e aplicador do direito negligenciar na sua responsabilidade de fazer valer a efetividade do direito posto.

Nessa linha, adiciona que nessa demonstração da configuração da justa causa, está presente em qualquer ação sanciona-

dora, preocupando-se sempre com a prova prévia do fato e de indício de sua autoria, como se extrai do texto a seguir:

a promoção de qualquer ação sancionadora, civil ou penal, sem a prova prévia do fato que lhe serve de suporte empírico ou sem indícios seguros de quem seja o seu autor provável, será sempre um abominável alvitre acusatório, uma iniciativa que se inspira no desejo de punir ou em capricho do seu autor, porque calcada em imputação maliciosa, desfalcada de base factual. A suposição de acontecimentos sancionável, desprovida de elementos concretos de sua ocorrência ou de sinais veementes de sua autoria, não serve para a iniciativa sancionadora, que exige a demonstração da justa causa.⁷

Em resumo, inadmite-se que se possa instaurar a ação sancionadora do ato de improbidade sem a prévia demonstração, comprovada documentalmente, que esse ato realmente ocorreu, existiu ou existe no mundo real, e sem se indicar quem seja provavelmente – e não só e apenas possivelmente – o seu autor, ainda que essa indicação se faça de forma e ilicitude.⁸

O reforço de argumento indica a sujeição do intérprete e aplicador do direito ao dever de demonstração da justa causa formal e material, de maneira cabal, sob pena de assim não agindo, ser imputada de maliciosa e desfalcada de base factual a ausência de tão caros e relevantes pressupostos.

Dito isso, para a configuração de um ato como ímparo há necessidade de que os elementos objetivos traduzidos nas descrições dos artigos 9º, 10 e 11, da Lei 8.429/92 estejam presentes ao lado do elemento subjetivo, dolo.

Quando não presentes estes elementos, cabe o indeferimento da petição inicial com julgamento do mérito, pelo reco-

nhecimento de que os fatos narrados não se consubstanciam em improbidade administrativa. A respeito desse indeferimento da inicial, assim se pronunciou Calil Simão:

Indeferir a petição inicial com julgamento do mérito só pode representar uma coisa: uma vez analisada a pretensão do autor, foi ela repelida pelo Poder Judiciário. Reconhecê-la, como inexistente, nesse momento, significa negar liminarmente a pretensão do autor. A decisão pode reconhecer, por exemplo, que os fatos narrados pelo autor não configuram improbidade administrativa. (CALIL, 2017, p. 511).

Nesse mesmo caminho é o que se observa dos textos legais mais adiante apontados e a jurisprudência já pacificada sobre essa matéria.

2.2 - A JURISPRUDÊNCIA SOBRE A QUESTÃO DA JUSTA CAUSA NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, ANTES DA REFORMA

Com relação aos requisitos da improbidade administrativa, o Superior Tribunal de Justiça, a Corte com a função de definir, interpretar e formular precedentes sobre as normas infraconstitucionais, já se posicionou solidamente quanto aos requisitos necessários para caracterizar uma improbidade administrativa, quais sejam: (a) eventual dano ou prejuízo a ser reparado e a delimitação do respectivo montante; (b) efetiva lesão a princípios da Administração Pública; (c) elemento subjetivo apto a caracterizar o suposto ato ímparo.

Em respaldo a esse posicionamento é bastante conferir o REsp 1.192.758-MG, onde a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça deixou o tema bem claro ao analisar demanda em que se discutia justamente a rejeição sumária da ação de improbidade administrativa.⁹

Neste julgado, a rejeição preliminar foi negada justamente porque o Tribunal entendeu por bem continuar com a instrução processual a fim de melhor avaliar a caracterização dos três elementos: “(I) eventual dano ou prejuízo a ser reparado e a delimitação do respectivo montante; (II) efetiva lesão a princípios da Administração Pública; (III) elemento subjetivo apto a caracterizar o suposto ato ímparo”.

Além disso, outra importante explicação decorrente desse julgado é a possibilidade de ser possível rejeitar de plano a improbidade administrativa quando o fato estiver muito bem delineado, a partir das provas já constantes nos autos, para afastar desde logo a tese de ocorrência de ato ímparo. Esta hipótese está bem delineada na descrição do artigo 17, § 6º-B, da lei 8.429/92, com a inovação trazida pela Lei 14.230/21, quando autoriza o juiz a rejeitar de plano a demanda em face da não configuração de hipótese de improbidade administrativa.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é possível observar, de forma reiterada, como o fato de não estar demonstrado nem o dano efetivo ao erário, nem muito menos a demonstração do elemento subjetivo, implicam na descaracterização da improbidade, consoante se constata dos julgados aqui registrados.¹⁰

A leitura atenta dos julgados, pode-se observar o cuidado para não se fazer uma interpretação por demais ampliativa de modo a que meras irregularidades formais, facilmente corrigíveis de forma administrativa, sejam distinguidas dos verdadeiros atos

ímpobos, plenamente dotados de real má-fé e com toda a moralidade pública danificada.

O que vai se verificar no texto da lei reformada é o acolhimento, a aceitação e harmonização do sistema legal com o que já vinha decidindo o Tribunal encarregado de dar uma interpretação definitiva aos ditames infraconstitucionais.

2.3 - A JUSTA CAUSA NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA APÓS A REFORMA DE 2021

A Lei 8.429/92, alterada pela Lei 14.230/21, em seu art. 17, § 6º e 6º-B, disciplina de forma mais direta a questão da justa causa no processo de improbidade administrativa, compreendendo seu aspecto formal e material, como aqui está se demonstrando.

Todos esses requisitos deverão constar necessariamente da inicial, sob pena de não ser recebida a mesma. Assim, os requisitos da inicial deverão estar presentes tanto no que diz respeito ao art. 319, do Código de Processo Civil, como o que ditam os §§ 6º e 6º-B, da lei de improbidade administrativa alterada.¹¹

Da mesma forma que a doutrina reinante e a jurisprudência pacífica sobre os requisitos da ação de improbidade administrativa antes da reforma da Lei 8.429/92, o texto legal aqui apontado não deixa dúvida quanto as exigências de condições específicas que indicam exatamente para o reconhecimento da justa causa em sua completude.

Primeiro conforme se extrai da leitura do inciso I, do § 6º, do art. 17, a petição inicial “deverá individualizar a conduta do réu e apontar os elementos probatórios mínimos que demons-

trem a ocorrência das hipóteses dos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei e de sua autoria, salvo impossibilidade devidamente fundamentada”.

Segundo a mesma petição “será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas”, como se infere do inciso II, do mesmo parágrafo e artigo.

Como consequência pode ser rejeitada a inicial caso não estejam presentes tanto os requisitos do art. 319 do Código de Processo Civil, como as condições impostas no § 6º, do art. 17 da Lei 8.429/92, como dita o § 6º-B, do mesmo artigo, confirmando assim as peculiaridades dessa espécie de demanda no que tange aos pressupostos da justa causa formal e material.

Essa matéria quanto a justa causa deve ser arguida em preliminar quando da apresentação da defesa pelo Demandado, o que enseja a possibilidade de interposição do agravo de instrumento, caso seja rejeitada essa questão, como proclama o § 9º, do art. 17 da Lei 8.429/92, reforçado pelo § 21, do mesmo artigo ao repetir a possibilidade de agravo de instrumento no caso de rejeição de questões preliminares.¹²

Ainda foi trazido na reforma da Lei 8.429/92, os §§ 10-C e 10-D, do art. 17, a vedação por parte do magistrado de modificar o fato principal e a capitulação legal apresentada pelo autor, além da exigência de que para cada ato de improbidade administrativa, só deverá ser indicado apenas um tipo dentre aqueles previstos nos arts. 9º a 11.¹³

Não é difícil perceber que a leitura dos dispositivos legais aqui apontados constantes da Lei 8.429/92, alterada pela Lei 14.230/21, o instituto da justa causa na inicial da ação de improbidade não só restou bem sistematizado, como prestigiado e enriquecido em toda sua completude.

CONCLUSÃO

A justa causa nas ações sancionatórias, sejam elas de índole civil ou penal, corresponde aquilo que no processo civil se tem e conhece como causa de pedir ou *causa petendi*, subdividindo-se em justa causa formal e material.

Por ter a ação de improbidade administrativa natureza sancionatória, quanto ao seu resultado – reconhecido pela doutrina e jurisprudência pacificada, além de constar de disposição legal –, o seu tratamento quanto ao objeto se sujeita a alguns princípios do direito penal e seu processo, motivo pelo qual o reconhecimento da justa causa formal e material é perfeitamente possível de ser delineado em sua estrutura legal.

A ordem jurídica brasileira, a partir dos textos legais e encampada pela jurisprudência pacífica, empresta o maior prestígio possível ao instituto da justa causa, incumbindo ao intérprete e aplicador do direito o encargo de tornar realmente eficaz e efetivo o direito positivo vigente.

A falta de justa causa formal ou/e material, quer na ação de improbidade ou penal, leva a inepta de suas exordiais, por ser um vício que agride requisitos essenciais dessas ações, como a falta de causa de pedir leva ao mesmo resultado no processo civil.

A interpretação que se faz do art. 17, §§ 6º e 6º-B, da Lei 8.429/92, alterada pela Lei 14.320/21, não deixa dúvida quanto a configuração da justa causa formal e material e os efeitos do vício desse instituto quando não atendidos seus pressupostos.

Referências

- CALIL, Simão. *Improbidade administrativa: teoria e prática*, 3 ed. Imprenta: Leme, JH Mizuno, 2017, p. 511.
- FERRAZ, Luciano. *Revista Consultor Jurídico*, 28 out. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-28/interesse-publico-reforma-lei-improbidade-novatio-legis-in-mellius-implicita>. Acesso em: 16 abr. 2022.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2017.
- MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *A justa causa e outros temas atuais da ação de improbidade: Ensaio de crítica jurídica*. Fortaleza: Imprece, 2017.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa de petendi no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. (Coleção estudos de direito de processo Enrique Tullio Liebman).

NOTAS

- 1 Art. 319. A petição inicial indicará: [...] III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV - o pedido com as suas especificações [...].
- 2 § 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)
- 3 Art. 1º. § 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021). § 3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021). Art. 17-C § 1º A ilegalidade sem a presença de dolo que a qualifique não configura ato de improbidade. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021).
- 4 (Ibid., p. 75)

5 (Ibid., p. 77-78)

6 (Ibid., p. 83)

7 (Ibid., p. 75)

8 (Ibid., p. 80)

9 DIREITO ADMINISTRATIVO. REQUISITOS PARA A REJEIÇÃO

SUMÁRIA DE AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (ART. 17, § 8º, DA LEI 8.429/1992). Após o oferecimento de defesa prévia prevista no § 7º do art. 17 da Lei 8.429/1992 – que ocorre antes do recebimento da petição inicial –, somente é possível a pronta rejeição da pretensão deduzida na ação de improbidade administrativa se houver prova hábil a evidenciar, de plano, a inexistência de ato de improbidade, a improcedência da ação ou a inadequação da via eleita. Isso porque, nesse momento processual das ações de improbidade administrativa, prevalece o princípio *in dubio pro societate*. Esclareça-se que uma coisa é proclamar a ausência de provas ou indícios da materialização do ato ímparo; outra, bem diferente, é afirmar a presença de provas cabais e irretorquíveis, capazes de arredar, prontamente a tese da ocorrência do ato ímparo. Presente essa última hipótese, aí sim, deve a ação ser rejeitada de plano, como preceituou o referido § 8º da Lei 8.429/1992. Entretanto, se houver presente aquele primeiro contexto (ausência ou insuficiência de provas do ato ímparo), o encaminhamento judicial deverá operar em favor do prosseguimento da demanda, exatamente para se oportunizar a ampla produção de provas, tão necessárias ao pleno e efetivo convencimento do julgador. Com efeito, somente após a regular instrução processual é que se poderá concluir pela existência de: (I) eventual dano ou prejuízo a ser reparado e a delimitação do respectivo montante; (II) efetiva lesão a princípios da Administração Pública; (III) elemento subjetivo apto a caracterizar o suposto ato ímparo. STJ - REsp 1.192.758-MG, 1ª Turma, Rel. originário Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. para acórdão Min. Sérgio Kukina, julgado em 4/9/2014.

10 EMENTA: ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ARTS. 10 E 11 DA LEI N. 8.429/92. NÃO OCORRÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO). NÃO CARACTERIZAÇÃO DO ATO ÍMPROBO. PRECEDENTES. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE CONSIGNA NÃO OCORRÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO E AUSÊNCIA DE DOLO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.7/STJ. 1. À luz da atual jurisprudência do STJ, para a configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (atos de Improbidade Administrativa que causam prejuízo ao erário), exige-se a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa. Precedentes: REsp 1206741 / SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 24/04/2015; REsp 1228306/PB, Segunda Turma, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 18/10/2012. 2. No tocante ao enquadramento da conduta no art. 11, caput, da Lei 8.429/92, esta Corte Superior possui entendimento uníssono segundo o qual, para que seja reconhecida a tipificação da conduta como incursão nas

previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para o tipo previsto no art. 11 da aludida legislação. APELAÇÕES CÍVEIS Nº 0003234-74.2015.815.0000 7 Precedentes: AgRg no AREsp 630605 / MG, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 19/06/2015; REsp 1504791 / SP, Rel. Min. Marga Tessler (Juíza Federal Convocada do TRF 4ª Região), Primeira Turma, DJe 16/04/2015. 3. Na hipótese, foi com base no conjunto fático e probatório constante dos autos, que o Tribunal de Origem afastou a prática de ato de improbidade administrativa previsto no art. 10 e 11 da lei 8.429/92, diante da inexistência de dano ao erário público e ausência do elemento subjetivo (dolo). Assim, a reversão do entendimento exarado no acórdão exige o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. 4. Agravos regimentais não providos. STJ - AgRg no AREsp 370.133/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 07/10/2015).

INFORMATIVO 461/STJ - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

ELEMENTO SUBJETIVO. Cuida-se, na origem, de ação civil pública (ACP) por ato de improbidade administrativa ajuizada em desfavor de ex-prefeito (corrente) e empresa prestadora de serviços em razão da contratação da referida sociedade sem prévia licitação, para a prestação de serviços de consultoria financeira e orçamentária, com fundamento no art. 25, III, c/c art. 13, ambos da Lei n. 8.666/1993. O tribunal a quo, ao examinar as condutas supostamente ímpreas, manteve a condenação imposta pelo juízo singular, concluindo objetivamente pela prática de ato de improbidade administrativa (art. 10, VIII, da Lei n. 8.429/1992, Lei de Improbidade Administrativa – LIA). Nesse contexto, a Turma deu provimento ao recurso, reiterando que o elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, tendo em vista a natureza de sanção inerente à LIA. Ademais, o ato de improbidade exige, para sua configuração, necessariamente, o efetivo prejuízo ao erário (art. 10, caput, da LIA), diante da impossibilidade de condenação ao resarcimento de dano hipotético ou presumido. Na hipótese dos autos, diante da ausência de má-fé dos demandados (elemento subjetivo), bem como da inexistência de dano ao patrimônio público, uma vez que o pagamento da quantia de cerca de R\$ 50 mil ocorreu em função da prestação dos serviços pela empresa contratada em razão de notória especialização, revela-se error in judicando na análise do ilícito apenas sob o ângulo objetivo. Dessarte, visto que ausente no decisum a afirmação do elemento subjetivo, incabível a incidência de penalidades por improbidade administrativa. Precedentes citados: REsp 805.080-SP, DJe 6/8/2009; REsp 939.142- RJ, DJe 10/4/2008; REsp 678.115-RS, DJ 29/11/2007; REsp 285.305-DF, DJ 13/12/2007, e REsp 714.935-PR, DJ 8/5/2006. STJ - 1ª Turma - REsp 1.038.777-SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 3/2/2011.

INFORMATIVO 429/STJ - ACP. DANO. ERÁRIO. PRESCRIÇÃO.

É consabido que o caráter sancionador da Lei n. 8.429/1992 aplica-se aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade,

imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e, notadamente, importem em enriquecimento ilícito (art. 9º), causem prejuízo ao erário (art. 10) ou atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), compreendida no último tópico a lesão à moralidade administrativa. Contudo, ao considerar a gravidade das sanções e restrições a serem impostas ao agente público, a exegese do art. 11 da referida lei deve ser tomada com temperamentos, pois uma interpretação ampliativa poderia ter por ímporas condutas que são meramente irregulares, por isso susceptíveis de correção administrativa, visto que ausente a má-fé e preservada a moralidade pública, o que extrapolaria a real intenção do legislador. Assim, a má-fé torna-se premissa do ato ilegal e ímparo: a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica ferir os princípios constitucionais da Administração Pública e se somar à má intenção do administrador. Em essência, conforme a doutrina, a improbidade administrativa seria uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímparo ou a outrem. Todavia, falta esse elemento subjetivo na hipótese de contratação de servidores sem o devido concurso público, a determinar que, ausente o dano ao patrimônio e o enriquecimento ilícito dos demandados, conforme firmado pelas instâncias ordinárias (efetivamente o serviço foi prestado), a sanção imposta aos agentes é desproporcional (suspensão dos direitos políticos de todos por três anos e mais o pagamento de multa por um deles), procedendo com erro in judicando o tribunal a quo quando analisou o ilícito apenas pelo ângulo objetivo. Por último, a aplicação das sanções do art. 12 da citada lei e seus incisos submete-se ao prazo prescricional quinquenal, exceto quanto à reparação do dano ao erário, porque imprescritível a pretensão resarcitória (art. 37, § 5º, da CF/1988), entendimento aceito pela jurisprudência do STJ, mas ressalvado pelo Min. Relator. Precedentes citados: AgRg no REsp 1.038.103-SP, DJe 4/5/2009; REsp 1.067.561-AM, DJe 27/2/2009; REsp 801.846-AM, DJe 12/2/2009; REsp 902.166-SP, DJe 4/5/2009, e REsp 1.107.833-SP, DJe 18/9/2009. STJ - REsp 909.446-RN, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 6/4/2010.

11 Artigo 17

§ 6º A petição inicial observará o seguinte: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

I - deverá individualizar a conduta do réu e apontar os elementos probatórios mínimos que demonstrem a ocorrência das hipóteses dos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei e de sua autoria, salvo impossibilidade devidamente fundamentada; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

II - será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições constantes dos arts. 77 e 80 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

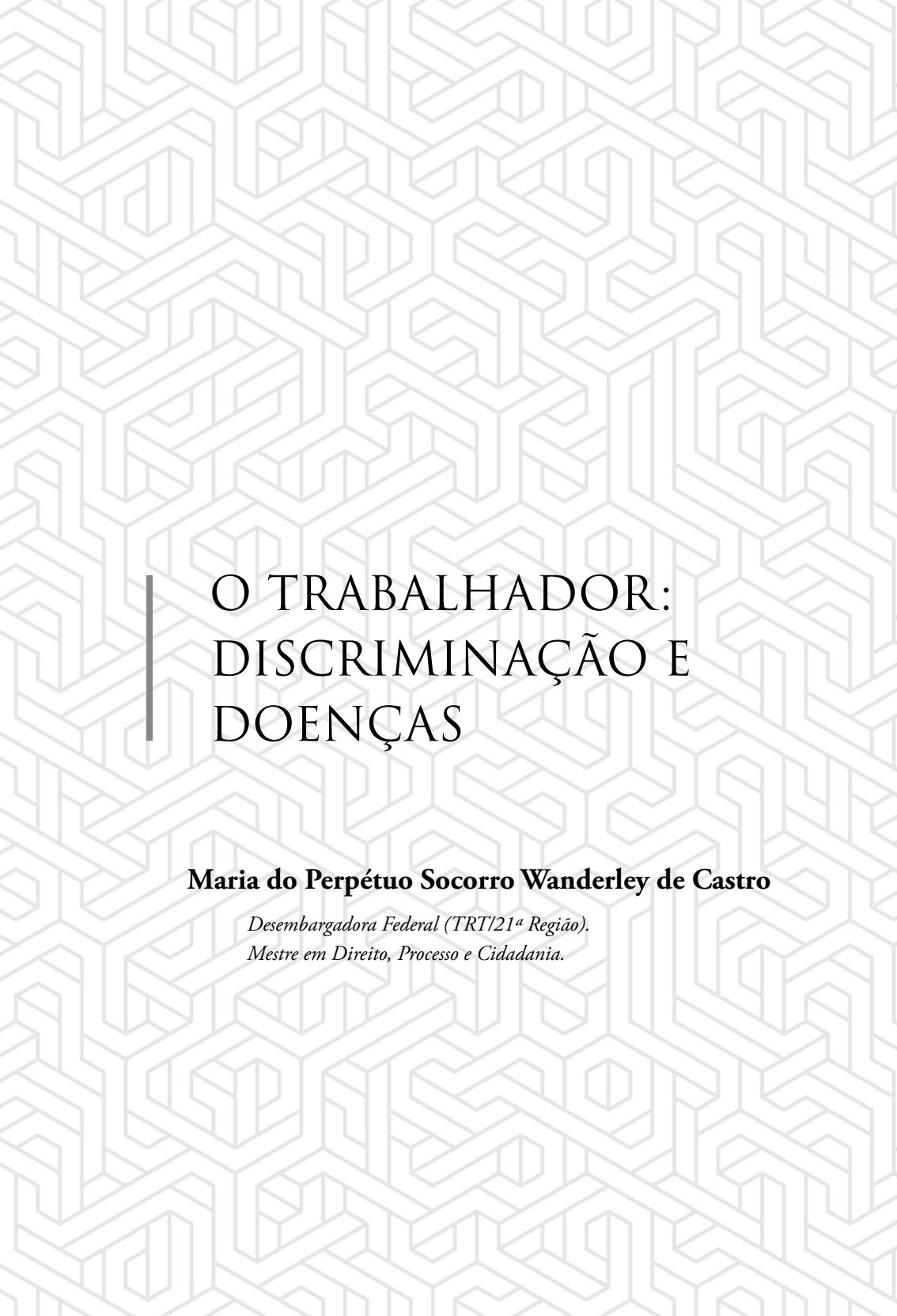
§ 6º-B A petição inicial será rejeitada nos casos do art. 330 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), bem como quando não preenchidos os requisitos a que se referem os incisos I e II do § 6º deste artigo,

ou ainda quando manifestamente inexistente o ato de improbidade imputado.
(Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021).

12 Art. 17

§ 9º-A Da decisão que rejeitar questões preliminares suscitadas pelo réu em sua contestação caberá agravo de instrumento. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)
§ 21. Das decisões interlocutórias caberá agravo de instrumento, inclusive da decisão que rejeitar questões preliminares suscitadas pelo réu em sua contestação.
(Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

13 § 10-C. Após a réplica do Ministério Públco, o juiz proferirá decisão na qual indicará com precisão a tipificação do ato de improbidade administrativa imputável ao réu, sendo-lhe vedado modificar o fato principal e a capitulação legal apresentada pelo autor. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)
§ 10-D. Para cada ato de improbidade administrativa, deverá necessariamente ser indicado apenas um tipo dentre aqueles previstos nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei.
(Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)



O TRABALHADOR: DISCRIMINAÇÃO E DOENÇAS

Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro

*Desembargadora Federal (TRT/21^a Região).
Mestre em Direito, Processo e Cidadania.*

RESUMO

Neste estudo, analisa-se a discriminação em vista da situação do trabalhador que adoece. A sociedade, a partir de estereótipos e preconceitos, constrói vieses quanto a algumas doenças, de modo que o trabalhador por elas afetado passa a ser visto como inapto para a empresa, ou inútil, do resultam obstáculos ou impedimento à sua reinserção no ambiente de trabalho.

Palavras-chave: Discriminação. Trabalho. Doença grave.

INTRODUÇÃO

Pudesse ser esse o destino de cada um, amadurecer assim o coração. De percussão a instrumento de sopro. Ensaiar uma melodia até ao fim. Ter uma melodia por identidade e deixá-la a alguém que a aprendesse. Quando não existíssemos, estaríamos suficientemente no som. Bastaria o som para impedir que a morte fosse tão exacerbada.

A desumanização (Valter Hugo Mãe).

A questão da saúde adquiriu maior relevância no quadro social e jurídico trazido com a Constituição da República, em 1988, que enuncia, por um lado, a saúde como direito de todos e dever do Estado e, de outro, entre os direitos sociais, assegura, nas

relações de trabalho, a observância de normas de saúde higiene e segurança. Assim, o cidadão e o trabalhador têm em seu favor, normas que visam à proteção de sua saúde.

Sob outro enfoque, a isonomia entre as pessoas é um valor relevante na construção da sociedade, sendo desautorizados os procedimentos que gerem ou impliquem discriminações.

Ambas as proteções se ligam haja vista, não apenas a dimensão cidadã do trabalhador, mas também, como advertia Norberto Bobbio os diferentes estatutos das pessoas segundo suas peculiares situações, a partir da distinção feita entre (no caso) saudáveis e enfermos, mas a incluir as variáveis do ser saudável, bem como a situação no mundo do trabalho, desde os empregados regulares até as novas condições surgidas como os trabalhadores por meio das plataformas digitais.

Outro elemento na análise da posição do trabalhador doente, ou adoecido, frente ao trabalho a ser sopesado, é a crescente exigência do capitalismo da intensificação dos lucros a demandar, por conseguinte, melhores e mais rápidos resultados, dos quais possa ser obtida a mais valia imprescindível ao crescimento do sistema.

Nesse quadro, o trabalhador(a) se depara, em muitas ocasiões, com a sua rejeição do ambiente de trabalho, a imotivada dispensa do emprego. Vêm se repetindo situações desse jaez. Recentemente¹ novo aspecto foi acrescentado ao debate da questão, quando o órgão julgador se deparou com uma justificativa para a dispensa de empregada em tratamento para evitar a recidiva de câncer, a avaliação de desempenho insatisfatória.

Assim, ao lado do adoecimento, a fragilização da saúde recebeu a mesma consideração para assegurar o amplo direito à saúde e firmar a restrição ao tratamento discriminatório do empregado doente. Ou em tratamento necessário à cura, controle,

ou recidiva. Ou ainda nas situações que afloram como distúrbio de ansiedade e outros, vinculados à enfermidade e às expectativas sobre o futuro que surgem para o empregado. As questões sobre a vida, o paralelo saúde e doença², se tornam cada vez mais aflitivas e a fragilidade da pessoa mina suas perspectivas e projetos.

Em destaque, como notícia, no site do Tribunal Superior do Trabalho foi informado o julgamento acerca da questão de consultora que foi acometida de distúrbio de ansiedade em razão da doença de que, então, sofria o que resultou em ser avaliada negativamente no seu trabalho, o que discrepava do seu histórico funcional em que era bem avaliada.

É um momento de refletir sobre a pessoa e as vicissitudes. A humanização, humanidade, do trabalhador na especificidade das situações da pessoa humana.

A DISCRIMINAÇÃO

A igualdade de tratamento é um valor essencial nas relações humanas e configura um direito fundamental, pois a norma constitucional inscrita no art. 5º, XLI garante a todas as pessoas proteção contra “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Essa norma reflete ainda a cláusula geral que enuncia a não discriminação como um dos objetivos fundamentais da República, art. 3º, IV, CR do qual decorre amplamente a 1 vedaçāo a “qualsquer outras formas de discriminação”.

Adiante, entre os direitos sociais, consta no art. 7º, XXX da Constituição da República, como direito de ordem pública e indisponibilidade absoluta, a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Esse rol não é exaustivo. Cabe lembrar que, conforme Maria Celina Bodin de Moraes³ os direitos da personalidade e da pessoa humana estão em constante evolução não havendo uma enumeração taxativa porque a partir do princípio geral da dignidade, há uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, de modo que “não pode ser fracionada em isoladas hipóteses”. Ademais, quando surgem qualificações ou requisitos são destacados, surge a contraposição para aqueles que não as têm. Surgem, assim, fatores de diferenciação. A discriminação ocorre quando há uma prática de que resulta uma situação de desvantagem e prejuízo para as pessoas atingidas pela falta do fator estabelecido como adequado, ou fator valorizado.

Rilva Muñoz e Lilian Miguel, ao discutirem o estigma, preconceito e discriminação sob o ângulo da atenção à saúde e necessidade de estratégias de saúde pública, trazem contribuições relevantes para o exame da questão do trabalhador doente e seu contrato de trabalho. Alertam que o estigma pode agravar processos de doenças, piorar fatores de risco e afetar a saúde das pessoas discriminadas, inclusive no tocante ao acesso aos cuidados da própria saúde⁴.

Ademais disso, a Convenção nº 111 da OIT da qual o Brasil é signatário⁵ trata do tema nos seguintes termos:

Art. 1- 1. Para os fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende:

a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

No Brasil, a Lei nº 9.029/1995⁶ trata sobre a discriminação e proteção do trabalhador contra os atos discriminatórios, estando expresso em suas disposições:

Art. 1º É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

[...]

Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre:

I - a reintegração com resarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros legais;

II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

A noção para relacionar doenças e discriminação teve a atenção despertada com o reconhecimento do HIV/Aids como questão relacionada com o local de trabalho como ocorria com o câncer. Sobre o Câncer, a Convenção OIT 139 dispõe sobre – Prevenção e Controle de riscos profissionais causados por substâncias ou agentes cancerígenos; aprovada na reunião realizada em 1974, entrou em vigor em 1976 e foi aprovada, no Brasil, em 1990 e promulgada por meio do Decreto nº 157, de 2/06/1991.

Em 1988, AIDS foi incluída para efeito de benefícios previdenciários, independentemente de prazo de carência⁷. A OIT em 2010 atualizou a Recomendação sobre HIV e Aids (Sida) adotada em 1985, tendo à ocasião rememorado o valor do “Repertório de recomendações práticas da OIT sobre VIH/SIDA e o mundo do trabalho”, 2001. No Brasil, em seguida, em 2014, foi editada Portaria⁸ estabelecendo orientações sobre o combate à discriminação relacionada ao HIV e Aids nos locais de trabalho e nesse documento estão enunciadas duas definições legais. A de estigmatização – como “associação de marca social a uma pessoa, geralmente provocando a marginalização ou constituindo um obstáculo ao pleno gozo da vida social da pessoa infectada ou afetada”. E a de discriminação – como “qualquer distinção, exclusão ou preferência tendo o efeito de anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego ou ocupação”. Também foi enunciado tratamento voltado para a manutenção da pessoa em seu trabalho, assim afirmando e concorrendo para sua inserção social⁹.

Há um arcabouço normativo que focaliza, no âmbito do mundo do trabalho, o adoecimento do trabalhador(a) e a discriminação decorrente dessa condição. Ele tem como elemento destacado, a estigmatização da pessoa doente, aqui considerado o âmbito da relação laboral.

Rilva Muñoz e Lilian Miguel explicam que o estigma ocorre quando as pessoas são reconhecidas, identificadas e rotuladas como diferentes em contraposição às normas e comportamentos comuns e, por isso, os diferentes se tornam alvo individual e coletivo de uma estereotipagem negativa que os leva a serem evitados por membros da sua comunidade e lhes causa, entre outros, perda de papel social. Enfatizam que os grupos estigmatizados sofrem iniquidades no emprego, na educação e nos serviços de saúde¹⁰.

Cabe mencionar a afirmação, em assento jurisprudencial, em vista da discriminação em razão de doença grave, de que “Estigma nada mais é do que marca, sinalização, diferenciação, que procura assinalar alguém em face do grupo social. Ressalta a condição de inferioridade do indivíduo, que tende a justificar uma ação excludente ou discriminatória¹¹.

A FRAGILIZAÇÃO DA SAÚDE

A saúde, como bem relevante da vida humana, é tratada comumente sob seu ângulo positivo, tendo em vista a pessoa saudável. Todavia, há o polo negativo, pois a pessoa humana, ao longo de sua existência, sofre abalos em sua integridade física, que vão desde o adoecimento parcial e temporário, até o adoecimento total e definitivo que lhe impedem de exercer suas atividades. Sobre o direito à saúde, como direito fundamental social, expresso no rol do art. 6º da Constituição da República¹² diz José Afonso da Silva, reportando-se a Gomes Canotilho e Vital Moreira que tem a vertente positiva que significa o direito às medidas e prescrições visando à prevenção das doenças e tratamento delas, e tem a vertente “de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer acto que prejudique a saúde”¹³.

Ressalta-se que esse arco, como é próprio das contingências humanas, está sujeito a amplas variáveis, como o adoecimento total mas temporário e o adoecimento parcial mas definitivo.

Tais contingências foram contempladas na legislação, tanto trabalhista¹⁴, como previdenciária¹⁵. Outrossim, algumas espécies de doença, mediante sua comprovação científica, foram relacionadas como de relevância destacada a interferir na relação de trabalho.

Assim, no tocante aos servidores públicos, consta na Lei nº 8.112/1990¹⁶, um rol como especificação legal de hipótese de invalidez permanente, a saber:

Art. 186. O servidor será aposentado:

I – por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei, e proporcionais nos demais casos;

§ 1º - Consideram-se doenças graves, contagiosas ou incuráveis, a que se refere o inciso I deste artigo, tuberculose ativa, alienação mensal, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira posterior ao ingresso no serviço público, hanseníase, cardiopatia grave, doença de Parkinson, paralisia irreversível e incapacitante, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados do mal de Paget (osteite deformante), Síndrome de Imunodeficiência Adquirida- AIDS, e outras que a lei indicar, com base na medicina especializada.

Na Lei de Previdência Social, recuando ao ano de 1960 (Lei nº 3.807/1960¹⁷), constava:

Art. 64. Os períodos de carência previstos neste capítulo serão contados a partir da data do ingresso do segurado no regime da previdência social.

§ 1º (...)

§ 4º- Independem de carência:

I – a concessão de aposentadoria por invalidez ao segurado que for acometido de tuberculose ativa, lepra, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira, paralisia ou cardiopatia grave, bem como a de pensão aos seus dependentes.

Com a reforma da lei em 1973, o rol foi ampliado e, assim, foi dispensada a carência, conforme art. 64, § 2º:

§ 2º- Independem de carência:

I – a concessão de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez ao segurado que, após ingressar no sistema de previdência social for acometido de tuberculose ativa, lepra¹⁸, alienação mensal, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave ou estados avançados do mal de Paget (osteite deformante), bem como a de pensão por morte aos seus dependentes¹⁹.

Na Lei de Benefícios da Previdência Social em vigor (Lei nº 8.213/1991²⁰), consta:

Art. 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no art. 26.

Art. 26. Independe de carência a concessão das seguintes prestações:

II – auxílio-doença e aposentadoria por invalidez nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho, bem como nos casos de segurado que, após filiar-se ao RGPS for acometido de alguma das doenças afecções especificadas em lista elaborada pelos Ministérios da Saúde e da Previdência Social, atualizada a cada 3 (três) anos, de acordo com os critérios de estigma, deformação, mutilação, deficiência ou outro fator que lhe confira especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado²¹;

Art. 151- Até que seja elaborada a lista de doenças mencionada no inciso II do art. 26, independe de carência a concessão de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez ao segurado que, após filiar-se ao RGPS, for acometido das seguintes doenças: tuberculose ativa, hanseníase, alienação mensal, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estado avançado da doença de Paget (osteite deformante), síndrome da deficiência imunológica adquirida (AIDS)²² ou contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada.

Constata-se assim a existência de um arcabouço jurídico em que há a especificação de certas enfermidades cuja gravidade é reconhecida há muitos anos. Percebe-se também que, ao longo do tempo, o rol foi acrescido; entre 1960 e 1973 houve a inclusão de esclerose múltipla, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave ou estados avançados do mal de Paget (osteite deformante), e posteriormente, ocorreu a inclusão

da síndrome da deficiência imunológica adquirida (AIDS) e da contaminação por radiação²³.

Da disposição atual na Lei de Previdência Social dois aspectos merecem destaque: a previsão de atualização trienal da lista e a indicação dos critérios para a inclusão nelas de outras doenças, em que sejam encontrados os critérios – estigma, deformação, mutilação, deficiência ou outro fator que lhe confira especificidade ou gravidade.

Outrossim, neste momento, ainda em curso a pandemia da COVID-19 que causou milhões de mortes e, no Brasil, conforme os relatos, apresenta um total de 657.102 mortes (19/03/2022)²⁴, surgem questionamentos, dúvidas e discussões científicas sobre suas sequelas. Pode, então, ser cogitada a revisão da lista das doenças para observar o critério do fator que confira, a ela, especificidade, sem, contudo, excluir outras hipóteses que surpreendem os próprios especialistas, estudiosos e a comunidade científica, o que ocorre no tocante à referida pandemia.

O trabalhador doente tem direito a se afastar do trabalho e de perceber benefício previdenciário, atendidos os requisitos correspondentes.

Todavia, em muitas situações, a pessoa, apesar de apresentar doenças, sintomas ou necessidade de cuidados específicos, não está submetida à exigência de afastamento do trabalho. Os vieses surgem então, quanto à sua capacidade de trabalho efetivo, e surge a discriminação como fundamento silencioso da dispensa, levada a efeito como mera dispensa imotivada. Daí, a necessidade de pesquisar a situação, vislumbrando a possibilidade da discriminação, como presunção relativa, *ad hominem*, exigindo por conseguinte à prova inversa do responsável pelo ato. Com efeito, nas presunções humanas destaca-se o elemento social, a construção social e os valores do grupo. De outra parte não pode ser olvi-

dado que o medo da discriminação, o peso dos valores do grupo dominante que podem ser mal reconhecidos ou naturalizados e até internalizados pela pessoa estigmatizada²⁵ influenciam muitas vezes o comportamento da própria vítima, procurando ocultar enfermidades. Também a considerar que a sociedade atual, que já foi chamada a *civilização do espetáculo*, também reclama alto tributo à beleza e aos atributos físicos, concorrendo assim para a construção de estigmas e rejeições.

O TRABALHADOR DOENTE E O CONTRATO DE TRABALHO

Os vieses surgem na manutenção do contrato de trabalho do empregado doente, ou quanto ao exercício de suas funções²⁶.

Com efeito, o trabalhador, ao retornar ao trabalho ou, quando sua enfermidade não acarreta o afastamento do trabalho, ao continuar a exercê-lo passa a ser tratado de forma diversa dos demais. É a discriminação que se instala, da qual a face mais visível e destacada ocorre na promoção da dispensa, sob a feição de dispensa sem justa causa e incutida como ato do empregador embasado no direito potestativo de dispensa, decorrente do seu poder de organização e direção. Como define Byung Chul Han, na sociedade do desempenho em que há sujeitos de desempenho e produção.

Em algumas doenças, a pessoa é portadora de doença mas lhe é possível manter sua atividade. Em outras situações, a pessoa apresenta sintomas ou necessita de cuidados periódicos que não afetam também sua capacidade de trabalho. Em outras ainda, a pessoa tem reduzida sua capacidade de trabalho, em razão de doenças. São situações diversas.

A doença que induz estigma e fundamenta a dispensa discriminatória não se confunde com a doença ocupacional que corre das condições de trabalho ou do ambiente. Todavia, em algumas situações, elas se confundem, como ocorre quando a doença é contraída em razão do trabalho e pela natureza dela gera estigma. É de se referir o caso em que o empregado, em razão do trabalho com hidrocarbonetos aromáticos, sem a devida proteção, vem a adquirir câncer, enfermidade que, nos repertórios de jurisprudência, sempre figura entre as decisões em que reconhecida a discriminação na dispensa.

Nos julgados iniciais à luz da igualdade e com o objetivo de afastar a discriminação, a jurisprudência trabalhista se deteve e reconheceu o tratamento discriminatório quanto aos adoecidos pelo HIV/AIDS; sob esse enfoque foi estabelecida a Súmula 443, TST, afirmando a presunção da natureza discriminatória do ato de dispensa²⁷.

Embora houvesse menção expressa ao portador do vírus HIV, outras situações poderiam ser objeto do mesmo tratamento. Observa-se que o câncer já consta do rol das doenças graves e, assim, também passou a ensejar o reconhecimento da discriminação quanto aos assim adoecidos.

Nesse primeiro enfoque já é vasta a casuística registrada na análise dos julgados da Corte Superior Trabalhista: neoplasia da próstata²⁸, câncer de tireoide²⁹, leucemia³⁰. Decorre das variações da doença, quanto aos que são afetados por ela, como no tocante aos seus efeitos. Uma situação especial, que alerta sobre a vária condição humana encontra-se na análise da situação referente à neoplasia benigna, em que houve agravamento de doença psíquica em virtude do uso de radioterapia de que a paciente necessitou³¹ sendo entendido pelo órgão julgador que havia uma situação de vulnerabilidade que dificultava a reinserção no mercado de trabalho. Essa mesma vulnerabilidade foi analisada e

afirmada como fundamento em situações em que o tratamento, como quimioterapia repetida por duas vezes (câncer de mama)³² em caso de leucemia, Hemato Linfoma Hodkgin/LLC³³ estava em andamento. Ou no retorno ao trabalho, após longo tratamento e procedimentos cirúrgicos, com rejeição do argumento de que entre o diagnóstico e a dispensa teriam decorridos dois anos, ante a realidade fática de que nesse período o empregado trabalhara efetivamente apenas três meses, após a alta previdenciária, sem haver, por conseguinte, longo período de prestação de serviços após a alta previdenciária³⁴.

Nessa esfera, a presunção de discriminação na dispensa foi afirmada tendo em vista as doenças reconhecidas como graves no rol constante das normas legais e as pessoas por elas acometidas.

Assim: a tuberculose está como o suporte fático no julgamento da egrégia Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, no recurso – E-ED-RR-65800-46.2009.5.02.0044³⁵ cujo voto condutor, do saudoso Ministro Walmir de Oliveira Costa, menciona a previsão legal, isto é, o rol de doenças graves e prossegue comentando a notoriedade do estigma social da tuberculose (refere até seu antigo nome de tísica que faz relembrar o ambiente humano dos doentes em A Montanha Mágica) e a impertinência de exigir para a configuração do ato de discriminação “a imediatide da dispensa, a redução da capacidade laboral, o afastamento para tratamento de saúde, a concessão de auxílio-doença, tampouco o eventual nexo causal entre a enfermidade e o trabalho realizado” para concluir que a declaração de invalidade do ato e autorização da reintegração serve a assegurar a manutenção das condições dignas de sobrevivência pessoal e familiar. Com efeito, a citação, no mesmo voto, do quadro social quanto à enfermidade, ainda em 2010, no Brasil, de trecho pesquisa sobre saúde coletiva ressalta a importância da medida. Esse trecho é de transcrição relevante; verbis:

Segundo autores, o estigma possui um substrato sociocultural cujos sujeitos, que não têm conhecimento sobre a TB, estão expostos a comportamentos negativos e a atitudes discriminatórias. Observa-se que doente e família convivem com o medo da exclusão social e, dessa forma, evitam revelar seu status e falar sobre a doença no trabalho e na comunidade. A substituição da palavra “tuberculose” por outros termos e expressões pode ser um meio de suavizar a sua condição e não revelar o diagnóstico para as pessoas do seu convívio. (TOUSO, POPOLIN, CRISPIM, et al. “Estigma social e as famílias de doentes com tuberculose: um estudo a partir das análises de agrupamento e de correspondência múltipla”. Ciência & Saúde Coletiva, 19(11):4577-4585, 2014).

Os 80 mil brasileiros que pegam tuberculose no Brasil a cada ano sofrem, além da doença, estigma e preconceito de parte da sociedade.

O resultado é de uma pesquisa nacional encomendada pelo projeto Fundo Global TB e realizada pelo instituto DataUFF, da Universidade Federal Fluminense.

O relatório completo será apresentado no 4º Encontro Nacional de Tuberculose, que começa hoje, no Rio.

Segundo o levantamento, as reações mais comuns das pessoas próximas a alguém que teve a doença foram separar talheres, pratos e objetos pessoais (34% das respostas) ou evitar falar, tocar e se aproximar dela (30%).

Apenas 27% disseram que nada mudou. A maioria (53%) acredita ainda ser necessário internar alguém com tuberculose.

A doença não é transmitida pelo uso dos mesmos pratos, talheres ou roupas. Quando diagnosticada precocemente, não há necessidade de internação e, após 15 a 30 dias de tratamento, não há risco de contágio.

“O preconceito ajuda a afastar o paciente do posto de saúde. Mas a tuberculose é uma doença normal. Se não houvesse tanto estigma e medo de se sentir isolada, a pessoa certamente cumpriria melhor o tratamento”, afirma a coordenadora do projeto, Cristina Boaretto.

Segundo ela, esse preconceito contribui para diminuir a taxa de cura da doença no Brasil. “Ainda temos um percentual de cerca de 70% de cura, quando o desejável é que essa taxa fosse de 95%.” (GOIS, Antônio. *Preconceito ainda prejudica tratamento de tuberculose*. Folha de São Paulo. São Paulo, quarta-feira, 26 de maio de 2010).

Em outra ocasião, em caso julgado pela 6^a Turma do Tribunal Superior do Trabalho³⁶ foi entendido que a dispensa de “empregado portador de doença cardíaca, condição conhecida pela reclamada desde o início do contrato de trabalho, além de ter sido a dispensa três dias após retorno de benefício previdenciário e um dia após o INSS considerá-lo incapaz para o labor” era discriminatória, haja vista que o empregado se encontrava em momento de extrema vulnerabilidade.

Apontando o enquadramento da doença como grave e causadora de estigma ou preconceito, foi considerada discriminatória a dispensa da empregada portadora de esclerose múltipla.

De outra feita, a presunção do caráter discriminatório da dispensa foi apontada nessa ocorrência quanto à empregada “portadora de doença degenerativa da coluna cervical e síndrome do túnel do carpo bilateral³⁷” cujo fato era de conhecimento da empresa que promoveu a rescisão sem qualquer motivo justificador.

Observa-se, na Convenção nº 111/OIT, a amplitude do critério para a identificação da existência de discriminação tanto pela referência a “toda distinção, exclusão ou preferência” como do uso subsequente do termo “qualquer outra distinção, exclusão

ou preferência”. Dessa forma, em sintonia com essa afirmação ampla de garantia da igualdade, na sua aplicação, como disposição integrante do ordenamento jurídico brasileiro, foram alargadas as situações e superada a aplicação restritiva, presa ao rol constante da lei. Com efeito, em questão de saúde como direito fundamental e como efeito dos termos da norma convencional, o rol de enfermidades é considerado como de natureza exemplificativa. Tanto mais forte porque se trata de reconhecimento de garantia à pessoa humana. Observa-se que, nessa ampliação, foram surgindo outros situações, algumas até ligadas à atividade desenvolvida pela empregadora e, como tal, podendo ser tratada como doença ocupacional. Como dispensa discriminatória, foi analisada situação correspondente à doença grave de empregado com pneumoconiose (pulmão negro)³⁸, ali descrita como doenças típicas dos que trabalham em minas de subsolo e na exploração de minerais sujeitos à exposição de poeira e apontada como estigmatizante porque muitos trabalhadores são atingidos e seus efeitos são conhecidos, pela população local, criando uma situação de vulnerabilidade.

Destacando a feição de estigma ou preconceito, foi apontada em julgado proferido pela egrégia Sexta Turma a enfermidade designada como granuloma anelar, que é doença de pele e mencionado como aspecto da discriminação “que a transferência para o setor de higienização se deu não só porque havia recomendação médica de não trabalhar mais na lavanderia, mas também porque o novo local de trabalho possuía menor visibilidade”³⁹.

Cabe mencionar ainda, nessa casuística que já se alonga, a situação relativa ao adoecimento por Hepatite B em relação à qual também foi entendido que “em razão das características de sua forma de transmissão” pelo sangue, outros líquidos e secreções corporais contaminadas é equiparada ao HIV, e além da gravidade da doença, ela é crônica e tem um tratamento prolongado,

causando muita dor e angústia ao trabalhador⁴⁰. Na mesma linha, foi entendido quanto à Hepatite C, sendo apontado se tratar de uma doença viral grave cuja forma aguda tem como sintomas pele amarelada, dores musculares, perda de peso e muito cansaço⁴¹.

Dando prosseguimento a esta notícia de julgados, em que várias doenças foram sendo submetidas à discussão, também foi considerada discriminatória a dispensa de empregado portador de sífilis sendo apontado que o paciente apresenta manchas pelo corpo, o que constitui estigma, e no caso a empresa realizou a dispensa logo em seguida a diversos afastamentos para tratamento demonstrando que pretendia excluir o trabalhador que provavelmente voltaria a se afastar de suas atividades em razão da enfermidade⁴². Linha semelhante se encontra quanto ao empregado portador de lúpus⁴³ cuja dispensa se afigurou discriminatória em face de circunstancial debilidade física que o acomete, tratando-se de doença grave, incurável e que demanda tratamentos contínuos o que acarreta afastamentos com frequência para idas a médico, realizações de procedimentos e até mesmo internações hospitalares, o que gera atos de preconceitos pelas ausências da atividade laboral. Ainda, enriquecendo o exemplário, menciona-se a dispensa discriminatória da empregador portador de “doença desmielinizante de provável etiologia autoimune”⁴⁴ e de “esclerose múltipla”⁴⁵. E ainda a caracterização de dispensa discriminatória, quanto à empregada, com a saúde muito debilitada com diagnóstico de várias patologias (tumor benigno do encéfalo com perda lateral da audição, fibromialgia, sinovite e tenossinovite) quadro conhecido da empresa assim como a probabilidade de novos afastamentos em razão dessas doenças, que foi dispensada no dia imediatamente posterior ao retorno de afastamento⁴⁶.

O variado rol de enfermidades que vem sendo analisado nos julgados da Corte Superior Trabalhista e fundamenta a adoção da presunção de dispensa discriminatória reflete, não apenas

a diretriz legal de que a lista de doenças elaborada pelos Ministérios da Saúde e da Previdência Social deve considerar os critérios de estigma que tem caráter social, de deformação e mutilação, que têm caráter físico como, ainda, a especificidade e gravidade de doenças, as quais exigem para o seu portador o correspondente tratamento particularizado. A reflexão adquire relevância, no momento em que, ainda em curso a pandemia da Covid-19, não estão assentados pela comunidade científica seus efeitos e eventuais sequelas daqueles que contraíram a doença. Assim, a existência de uma noção ampliada, em que o elemento primordial corresponde à natureza grave da doença que acomete o trabalhador, uma vez estabelecido seu conhecimento pelo empregador, permite que sejam adotados procedimentos e formuladas soluções adequadas às novas situações eventualmente surgidas.

O primado da igualdade, que recusa validade à discriminação, deve ser aplicado, de forma ampla, o que, na situação do trabalhador doente, implica que esse reconhecimento se dê para além do rol de enfermidades constante de normas legais, passando a ter como parâmetro a gravidade da doença, não ocupacional, suscetível portanto de atingir qualquer pessoa em sua humanidade. Ao mesmo tempo, nele se reflete o objetivo constitucional da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o princípio da solidariedade é alcançado nas relações privadas, tendo plena e relevante aplicação.

CONCLUSÃO

1. As relações sociais têm como valor a igualdade sendo desautorizados procedimentos de natureza discriminatória e, assim, a saúde, sendo direito fundamental e direito de todos, não pode,

na sua ausência, com o adoecimento da pessoa. Ser motivadora de distinções no tratamento das relações existentes.

2. O novo capitalismo impôs a intensificação do ritmo de trabalho e da exigência de plenitude das condições do empregado para executar seu trabalho para assim atender à sociedade do desempenho.

3. O adoecimento, em doenças de caráter geral e sem natureza ocupacional, trazendo a debilidade da condição física do empregado, cria uma situação particular na relação de emprego, o que leva, por vezes, à desconsideração e ao ocultamento de enfermidades e, frequentemente, enseja a dispensa sob a modalidade da dispensa imotivada.

4. A vedação da discriminação do trabalhador, em toda situação que afete a manutenção do contrato de trabalho e qualquer quer seja essa situação, erige obstáculo à dispensa do trabalhador com doença grave ou em tratamento de doença grave, e, em sua ocorrência, determina sua reintegração, e configura dano moral resarcível, pois afeta a dignidade da pessoa humana, ao ser excluído da comunidade a que pertence e ser desconsiderado em sua humanidade, na ocasião em que está fragilizado.

Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito*. Introdução e Teoria Geral. 2005. Coimbra: Almedina, 2005.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Portaria nº 1.927 de 10 de dezembro de 2014*. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/servlet/INPDFViewer?jornal=1&pagina=82&data=11/12/2014&captchafield=firstAccess>. Acesso em: 12 fev. 2022.

_____. RR-510-86.2010.5.05.0005, 8^a Turma.

NOTAS

- 1 Notícias do TST – *TST reafirma presunção de dispensa discriminatória em caso de câncer.* 24/02/2022-E-RR- 10953-57.2018.5.03.0107.
- 2 É oportuno lembrar, do pensamento de Norberto Bobbio sobre a evolução dos direitos do homem e a positivação, a generalização e a internacionalização, que o sujeito específico surge com relação ao gênero, às várias fases da vida, à diferença entre estado normal e estados excepcionais fazendo valer “a exigência de reconhecer direitos especiais aos doentes, aos deficientes, aos doentes mentais (*A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 62-63).
- 3 BODIN DE MORAES. Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 120.
- 4 MUÑOZ, Rilva Lopes de Sousa; MIGUEL, Lilian Débora Paschoalin. *Estigma e discriminação sociais como fardo oculto no processo saúde-doença.* Editora UFPB. 2020. p.14 (E-book)
- 5 Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968. Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão.
- 6 Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995.
- 7 Lei n 7.670, de 9 de setembro de 1988 – estende aos portadores da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – SIDA/AIDS os benefícios que especifica e dá outras providências. No art. 1º, menciona a licença para tratamento de saúde e inclui AIDS para auxílio-doença e aposentadoria, e pensão, sem carência, pela Previdência Social; e ainda assegura levantamento dos valores correspondentes ao FGTS, independentemente de rescisão do contrato de trabalho, ou levantamento de qualquer outro tipo de pecúlio a que o paciente tenha direito.
- 8 Portaria MTE nº 1.927 de 10 de dezembro de 2014.
- 9 Portaria MTE nº 1.927, de 10 de dezembro de 2014, MTE. Art. 11. Às pessoas com doenças relacionadas ao HIV não deve ser negada a possibilidade de continuar a realizar seu trabalho enquanto são clinicamente aptas a fazê-lo, mediante acomodações razoáveis sempre que necessário. Parágrafo Único. Devem ser estimuladas medidas para realocar essas pessoas em atividades razoavelmente adaptadas às suas capacidades, apoiada sua requalificação profissional para o caso de procurarem outro trabalho ou facilitar o seu retorno ao trabalho.”
- 10 (MUÑOZ; MIGUEL, 2020. p. 14-18).

- 11 E-ED-RR-68-29.2014.5.09.0245, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais.
- 12 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.
- 13 SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 186.
- 14 Art. 476, CLT. Em caso de seguro-doença ou auxílio-enfermidade, o empregado é considerado em licença não remunerada, durante o prazo desse benefício.
- 15 Lei 8.213/1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.
- 16 Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990 – Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.
- 17 Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960 – dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social.
- 18 A menção à lepra foi atualizada pela designação de hanseníase.
- 19 Lei 5.890, de 8 de junho de 1973 – altera a legislação de previdência social e dá outras providências.
- 20 Lei 8.213, de 24 de julho de 1991 – dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social.
- 21 Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015.
- 22 Conforme disposto na seção Da aposentadoria por invalidez, art. 43, § 5º- A pessoa com HIV/AIDS é dispensada da avaliação referida no § 4º deste artigo, conforme a redação dada pela Lei nº 13.487 de 2019)
- 23 Decorrência do acidente em Goiânia, em 1987 foi a previsão específica de pensão vitalícia, personalíssima, a título de indenização especial para as vítimas com incapacidade funcional laborativa parcial ou total permanente, pacientes irradiados ou contaminados e descendentes de pessoas irradiadas ou contaminadas que nascerem com alguma anomalia em decorrência da exposição comprovada dos genitores ao Césio 137 (.Lei nº 9.245, de 24 de dezembro de 1996- dispõe sobre a concessão de pensão especial às vítimas do acidente nuclear ocorrido em Goiânia, Goiás).
- 24 Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2022>. Acesso em: 28 mar. 2022.
- 25 BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.
- 26 É frequente a situação que se tornou conhecida como limbo previdenciário, em que o trabalhador é dado como apto para o trabalho pela Previdência Social, mas o empregador, ou respectivo sistema privado de saúde (exame de retorno ao trabalho) afirma a inaptidão para o trabalho, e se estabelece o choque entre

as duas situações. A situação enseja apenas esse registro, uma vez que é questão paralela ao tema ora em análise.

- 27 Súmula nº 443 - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.
- 28 E-ED-RR-68-29.2014.5.09.0245; AIRR-1762-36.2017.5.09.0016.
- 29 Ag-ED-RR-1771-57.2015.5.10.0010.
- 30 RRAg-617-48.2019.5.12.0029.
- 31 ARR-1001391-81.2017.5.02.0717.
- 32 ARR-1001196-48.2016.5.02.0033
- 33 Ag-AIRR-1001200-65.2018.5.02.0017.
- 34 Ag-AIRR - 752-40.2019.5.09.0095.
- 35 1. A eg. Sétima Turma não conheceu do recurso de revista, quanto à reintegração no emprego com base em dispensa discriminatória, sob o fundamento de não ser aplicável a presunção prevista na Súmula nº 443 do TST, dado que a tuberculose não impediu a manutenção do vínculo de emprego por mais de seis anos após a empresa ter ciência da doença; não houve afastamento do trabalho para tratamento de saúde nem a percepção de benefício previdenciário; não havia incapacidade de ordem psiquiátrica ao tempo da dispensa; tampouco foi provado nexo causal com as condições laborais. 2. Todavia, tratando-se de controvérsia envolvendo empregado acometido por doença grave, ou que cause estigma ou preconceito, nos termos da Súmula nº 443 desta Corte, o exercício do direito potestativo de dispensa, sem justa causa, conduz à presunção de conduta discriminatória, e arbitrária, não elidida por nenhuma das premissas fáticas fixadas na origem e, portanto, suficiente a invalidar o ato de dispensa e a assegurar o retorno ao emprego. Recurso de embargos conhecido e provido” (E-ED-RR-65800-46.2009.5.02.0044, Ac. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Walmir Oliveira da Costa, *in* DEJT 5.5.2017).
- 36 Ag-AIRR-342900-41.2005.5.01.0342.
- 37 AIRR-732-67.2014.5.15.0027.
- 38 RR-3111-03.2015.5.12.0003.
- 39 Ag-AIRR-1605-29.2014.5.10.0020.
- 40 AIRR-11222-94.2017.5.15.0108.
- 41 Ag-AIRR-10855-56.2017.5.15.0145.
- 42 Ag-AIRR-775-19.2019.5.17.0012 (aguardo julgamento de Embargos)
- 43 AIRR-1005-47.2019.5.22.0004.

- 44 AIRR-11545-35.2014.5.18.0007. Consta desse julgado que a presunção de ilegalidade do ato de dispensa do empregado portador de doença grave não é absoluta, sendo possível a dispensa por justa causa e a denúncia vazia do contrato de trabalho seja considerada legal e para que seja reputada discriminatória é imprescindível o conhecimento do empregador acerca da moléstia, no caso evidenciado porque o médico de clínica terceirizada da Reclamada reputara o Reclamante inapto para a dispensa e poucos dias depois, o mesmo profissional atestara a aptidão do Obreiro para a dispensa, por ter sido pressionado pela Reclamada para assim proceder.
- 45 RR-1882-80.2010.5.02.0061, Ac. 7^a Turma
- 46 RR-1577-30.2019.5.10.0103.

JUÍZES PRAGMÁTICOS? UMA NECESSÁRIA EXPLICAÇÃO SOBRE O REAL SIGNIFICADO DO PRAGMATISMO JURÍDICO EM DECISÕES JUDICIAIS

Ricardo Tinoco de Goes

Juiz de Direito.

Doutor em Filosofia do Direito.

Professor dos cursos de graduação e mestrado da UFRN.

I – BREVÍSSIMO INTROITO

Assunto recorrente em sede da Teoria Geral do Direito é o que se desenvolve a partir da afirmação de que na atualidade muitos são os juízes pragmáticos, cujas decisões são marcadas pela simplificação das formas processuais e pela objetividade dos conteúdos que delas se extraem.

A partir dessa percepção, não raramente, também, retirada do senso comum, busca esse escrito desconstruir o modo superficial de compreender o que consiste o pragmatismo jurídico, revelando com isso suas características essenciais e, assim, demarcando de modo mais preciso qual o verdadeiro endereçamento das decisões judiciais que, por seus conteúdos, se afirmam pragmáticas, bem assim o seu elo teórico com uma das vertentes mais importantes do denominado pós-positivismo jurídico.

A direção esclarecedora preside esse intento e o apoio teórico, advindo de fontes dogmáticas, jurisprudenciais e filosóficas assegura-nos o percorrer de um terreno mais firme, sem o compromisso prévio com adesões ou preferências, mas, por especial, o desejo de contribuir no oferecimento de explicações necessárias à adequada compreensão do tema proposto.

II – PRAGMATISMO JURÍDICO: CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS. RESGATE HISTÓRICO. VINCULAÇÃO AO REALISMO JURÍDICO, AOS CONTEXTOS E ÀS CONSEQUÊNCIAS - RELAÇÃO COM O PRAGMATISMO DA LINGUAGEM E COM O MODELO DIALÓGICO, DISCURSIVO E DEMOCRÁTICO DE CONSTRUÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Com a enunciação dos aportes que serão realizados nesse rápido estudo, impõe-se desmistificar, de logo, a ideia rasa de que o pragmatismo jurídico guarda relação intrínseca com a simplificação e a objetividade dos atos proferidos pelos sujeitos do processo e, em específico, por Juízes e Tribunais. No âmbito de uma Teoria da Decisão Judicial dizer-se de um ato decisório que se notabiliza por sua informação pragmática é antes comprometê-lo com o resultado concreto e efetivo para o qual o seu conteúdo se destina e isso não representa, necessariamente, a defesa de um provimento, cuja essência, além de ser simples em forma e conteúdo, seja também avessa a qualquer informação teórica, pelo menos na medida em que esta sirva para oferecer racionalidade a esse modo de conceber a decisão judicial.¹

Bem ao contrário, há casos submetidos ao crivo jurisdicional do Estado, cujas decisões sobre eles prolatadas afiguram-se de grande complexidade e que, ainda assim, podem ser compreendidas pelo viés do pragmatismo jurídico. É que se o alvo da decisão, isto é, o objeto de sua tutela, for alcançado por um provimento que, inobstante esboce certo grau de densidade, possa desde sem-

pre identificar-se com providências que atinjam de modo mais direto e assimilável a finalidade para a qual se destina, sua natureza pragmática estará evidenciada.

Em verdade, cinco são as características fundamentais do pragmatismo jurídico, as quais se ajuntam para conferir tanto à interpretação como à argumentação jurídica, esse cunho de efetividade a tanto propugnado contemporaneamente.

São as seguintes as características do pragmatismo jurídico: a) compromisso com a finalidade da decisão judicial, isto é, obter a melhor decisão ao alcance do objeto jurídico disposto à sua tutela, no presente e para o futuro²; b) absorção do experimentalismo enquanto método para a realização de uma adequada interpretação sobre os fatos e as normas a aplicar³; c) abertura à interdisciplinaridade, no sentido de promover o diálogo entre os mais diversos domínios do conhecimento humano com o Direito⁴; d) compreensão das fontes do Direito como necessárias bases de informação, delas afastando a exclusividade e a centralidade para a construção do ato decisório⁵; e) inversão da ordem lógica entre as premissas da decisão, no sentido de partir-se da realidade fenomenológica para, daí em diante, construir-se a resposta jurídica adequada ao caso⁶.

Para fins didáticos, procurarei esmiuçar um pouco cada uma dessas características, optando por assentar, primeiramente, como não devem ser compreendidas, para, em seguida, situá-las no segmento teórico que bem expressa essa vertente do pensamento jurídico, seu compromisso histórico com outra linha que o antecedeu e, por fim, oferecer, em arremate, o que eu chamaria de *prognose* para o estabelecimento de uma visão pragmática em torno da interpretação e da argumentação que servem às decisões judiciais e, assim dentro desse quadrante, ao papel reservado a juízes e tribunais.

Sobre a primeira característica, que serve ao que nomino de compromisso com a efetividade e a eficácia, parece-me relevante, então, situar a distinção entre esses dois qualificativos e, logo em seguida, apontar como é possível identificá-los nas decisões ditas pragmáticas. Se a eficácia denota a percepção do resultado pretendido, a efetividade qualifica-o para assegurar que o mesmo se concretizou com tônus de permanência e dentro das circunstâncias em que foi proferida a decisão. Com isso, dizer-se que uma decisão é eficaz e efetiva é sustentar que ela foi capaz de atingir o seu resultado de forma plena, mediante assim a confirmação, pelos seus efeitos, do resultado antes alcançado.

Pois bem, essa é característica mais marcante da visão pragmática que permeia a interpretação judicial sobre o caso a decidir. Não há nesse contexto nenhuma associação à ideia de que o atingimento desses resultados, com a dimensão para a qual os mesmos se propõem, dê-se de modo mais simplificado ou menos complexo. O ponto de maior realce é que a decisão seja estruturada de modo a que toda a sua fundamentação já denote, desde o começo, o compromisso com o alvo a ser alcançado.

Assim, as afirmações sobre as questões a serem deslindadas precisam apoiar-se em fundamentos que excluam providências que dificultem o acesso a essa finalidade e, de outro modo, adotem outras tantas que abreviem e objetivem com mais clareza e imediatidate esse mesmo desiderato. Isso não significa dizer que tudo o que for realmente determinado pelo magistrado se realize de modo mais simples e direto. É possível até que providências de fundo burocrático tragam um prejuízo temporal maior, mas que materialmente se afirmem como mais apropriadas à proteção do bem jurídico sujeito à tutela judicial. Em verdade, é o apego ao resultado efetivo com todos os efeitos que originariamente lhe foram concebidos, que deve pautar a interpretação judicial de índole pragmática.

Passemos à segunda característica antes elencada. Sobre a relação entre o pragmatismo jurídico e o experimentalismo, sendo este tomado como a própria identificação de um método adequado à interpretação do caso a julgar, diga-se que se trata de uma característica bem precisa dessa vertente da Teoria do Direito. Por cautela, revela-se necessário sustentar que não é possível afastar a decisão judicial de sua origem normativa e, portanto, do compromisso com a segurança para transformá-la num ato, cujo objeto, esteja aberto às vicissitudes da experimentação comum, desprovida de qualquer justificativa de ordem prática.

Com outro sentido, fala-se de experimentalismo como um método baseado em evidências extraídas de dados precisamente identificados, seja pela via das estatísticas, seja pela via da observação prática concebida cientificamente. Com isso, afasta-se toda e qualquer possibilidade de relacionar-se o pragmatismo com a vagueza das experiências aleatórias, subjetivas e descomprometidas com a demonstração prática de resultados sistematicamente ordenados.

Ao revés, quando se fala de experimentalismo e a ele se adiciona o componente pragmático da interpretação jurídica, está-se a dizer que, com base em dados incontestáveis, é possível identificar meios de tutela jurídica que, inobstante não sejam usuais ou convencionais, garantem um maior nível de eficácia e de efetividade para a decisão, comprometendo o conteúdo dessa última, por exemplo, com os imperativos constitucionais de um acesso à justiça marcado também pela adequação e pela correção do julgamento.

Assim, a vertente pragmática não avalia o uso de experiências desconectadas desses critérios, usadas aleatoriamente apenas como expressão de um querer subjetivo do juiz.⁷ Falar desse recurso é, enfim, tratar da adoção de bases e dados objetivos que sirvam para a estruturação de decisões judiciais reveladoras de

realidades que, por igual, sejam objetivamente contestáveis, já que assentadas em um saber testificado rigorosamente.

É claro que o exercício das escolhas, também justificadas, a indicar um passo à discricionariedade pode vir a se chegar ao propósito pragmatista, mas sempre no âmbito do corolário do devido processo legal e do arcabouço constitucional que garnece essa ampliação do agir judicial que, para tanto, exige a escuta e a participação dos outros sujeitos do processo. Nesse plano, é a justificativa de que o alvo a atingir pela decisão muito melhor se aproxima se a postura adotada for pragmática, que bem evidenciará a legitimidade desse percurso.

Sobre a terceira característica, vejamos, tendo em mira agora o seu potencial interdisciplinar. O pragmatismo jurídico bem se afirma como uma vertente aberta a conteúdos diversos, considerados segundo pontos de associação que se tangenciam, que se tocam e que, por isso mesmo, servem à complexidade dos casos postos ao exame e ao julgamento da Jurisdição.

A interdisciplinaridade não minimiza a primazia do jurídico em relação ao conteúdo da decisão judicial, apenas a concebe sob outra tônica. Ela, diferentemente, informa a miríade de razões e fontes onde a decisão se abeberá e, com isso, mais se identifica com a realidade que, como se sabe, não possui uma só base de informação. Nessa ordem, é natural que o julgamento sobre questões ambientais, por exemplo, exija que conclusões jurídicas espelhem a realidade ostentada pelas ciências da natureza. É o que se pode dizer da provisão de tutelas de urgência informadas por estudos de impacto ambiental que revelam a presença de danos já causados ou na iminência de acontecerem, a partir do uso de produtos químicos, fertilizantes ou afins em área de preservação, tais como matas e florestas com fauna e flora diversificadas. A decisão será jurídica, porque refletirá uma interpretação à luz do Direito, mas partida de constatações científicas claras, nascidas da

análise conjuntural sobre os elementos constitutivos da área protegida, num manifesto diálogo entre esses domínios da Ciência com o Direito.

Trata-se assim de uma abertura cognitiva permitida ao conhecimento jurídico, que não se compraz com espaços de debate sediados sobre fontes estritamente formais do Direito posto, tais como a doutrina e a jurisprudência classicamente compreendidas. Cuida-se mesmo de uma extensão do saber jurídico, fruto da intersecção sobre o objeto desse conhecimento com o que resulta da absorção epistemológica partida de outros saberes, no que se apresentem reciprocamente constitutivos.

Já com referência às fontes clássicas do Direito, necessário que se diga que o Pragmatismo não as desconsidera, posto que se assim não fosse não se prestaria a informar uma Teoria da Decisão Judicial. Ou seja: jamais o Pragmatismo Jurídico iria se dispor a afastar-se das fontes do Direito para aleatoriamente estabelecer parâmetros à decisão judicial, isso porque essa decisão deixaria, em tal caso, de ser jurídica e em nada contribuiria para atender aos sentidos coercitivo e sancionador que integram, indubidousamente, o conteúdo das decisões judiciais. Então, como relacionar tais fontes com a abertura que caracteriza as decisões judiciais de índole pragmática?

Como antecipado, uma Jurisdição Pragmática bem se vale de tais fontes, mas as toma como bases informativas que serão postas em diálogo com a pluralidade e a complexidade da realidade que viceja, tomada em seu sentido empírico, metodologicamente situado e sediado na interdisciplinaridade que igualmente a informa.

Isso significa dizer que os textos normativos, a Jurisprudência e, agora, os precedentes judiciais são todos colocados face a face com os estudos e evidências extraídos da realidade. O des-

velamento do sentido do texto (quando “o texto nos fala”, como diz Heidegger)⁸ toma tais elementos como que inseridos dentro do horizonte de sentido no qual cada um deles pertence, dentro de sua respectiva tradição. Então, é dizer: no horizonte de sentido que cada fonte jurídica clássica assume há, claramente, a inserção de seu contexto histórico, político, sociológico e, ainda, se a matéria a julgar depender de informações técnicas empiricamente situadas, dependerá igualmente de toda essa base informativa prévia, de cunho extra ou metajurídico.

Por último, certamente outra característica marcante do Pragmatismo, uma vez que denotativa do antagonismo que mantém com a tradição juspositivista haurida das técnicas de interpretação e de aplicação do Direito. Trato aqui da inversão entre as chamadas premissas da decisão, meio pelo qual são os fatos que passam a anteceder qualquer incursão em torno das fontes normativas que servem ao sistema jurídico.

Essa inversão muito desmerece o modelo de subsunção que informa até hoje o modo comum de pensar a aplicação do Direito aos casos concretos. De nítido compromisso com o que Norberto Bobbio chama de “interpretação mecanicista”,⁹ o positivismo jurídico ofereceu e oferece aos intérpretes e aplicadores do Direito um modelo a partir do qual, por concertação silogística, são as normas que ocupam o espaço reservado à premissa maior, com base na qual os fatos a regular são juridicamente postos à reflexão para, depois, receberem a correspondente incidência normativa. O Pragmatismo inverte essa ordem. Põe os fatos no plano do antecedente e os livra de um norteamento normativo único, pautado pela origem formal que o Direito possui. Considera, como salientado antes, o valor dessas fontes formais, mas como as enxerga em momento subsequente, as tem sempre na conjunção com outros elementos estruturantes, de origem materialmente jurídica, mas não necessariamente formal.

Torna-se, então, necessário esclarecer como se dá a fundamentação dessas decisões mediante a inversão constatada. Vejamos.

A hermenêutica jurídica é a chave para a compreensão sobre a fundamentação das decisões. Ela nos revela que o sentido do que compreendemos radica na pré-compreensão sobre tais objetos e esta, de sua vez, situada está no tempo e no espaço, numa certa historicidade, segundo uma dada tradição. Pois bem. Quando dizemos que pelo Pragmatismo Jurídico os fatos antecedem as fontes normativas e que estas resultam de uma compreensão que se desvela sobre as normas do Direito, no contexto do qual elas ressaem, tem-se que o fundamento normativo da decisão judicial tomará as fontes formais do Direito no sentido que se desvela de todo esse contexto. Quer dizer: não há mais um texto normativo isolado, isto é, uma proposição normativa, como nos informa Kelsen, que se converte em regra jurídica do caso, também isoladamente.¹⁰ Há um todo compartido. Há um encontro entre esse texto e o universo contextual que o socorre na historicidade e mediante a fusão de horizontes que eclode em cada *instante* interpretativo.

Assim a norma jurídica a aplicar, como sempre disseram os juspositivistas, continuará a aparecer e agora, como digo, a *desvelar-se* mas não como um dado isolado, uma fonte exclusiva, senão como uma referência pertencente a um conjunto outro, com outras tantas informações igualmente essenciais, nascidas e partidas da realidade que nutre todos os fenômenos, inclusive o próprio fenômeno jurídico. Esse desvelamento se dá no ponto de encontro entre todos os horizontes de sentido dos que fazem a interpretação e, assim, por consequência, constroem a decisão judicial. Aliás, essa perspectiva da construção plurissubjetiva da decisão, sem que se abstraia o elemento formal de sua nascente situada na figura do juiz, é mais um elemento a explorar a partir da

compreensão inovadora que o Pragmatismo Jurídico igualmente sugere.

Na decisão, o juiz continuará a mencionar a regra jurídica que se mostra compatível com o caso, mas o fará com desapego ao modo exclusivista que o Positivismo difundiu. Procederá de modo a enaltecer, na mesma medida, os aspectos metajurídicos que dialogam com essa regra, com uma liberdade argumentativa partida da realidade e balizada por ela.

Assim, ao dizer que há, por exemplo, uma conduta ímpresa imputada a um gestor público, no âmbito de ações que tratam de supostas improbidades administrativas, assim o fará considerando os dispositivos da Lei específica, mas situando-os num plano de realidade em que a conduta é extraída do contexto histórico, cultural, além de informada, também, por elementos de base técnica que se agregam ao debate, como os percentuais de verba pública desviada, sua destinação primeva, sua dimensão contábil, seu impacto na não consecução de políticas públicas, dentre outras. É um universo de fundamentação que encontra na argumentação, a base para a justificabilidade pública da decisão. É a reunião dos potenciais pragmáticos concebidos na essência de um realismo jurídico autêntico com os imperativos cogentes que garantem a regra jurídica a aplicar.

Em suma: a referência à norma, no âmbito da fundamentação, encontra guarida nos dados e elementos empíricos que trazem a essa mesma norma um grau de confiabilidade e de adequação que passa a justificar, nesse plano, a sua adoção. Não é mais, por fim, uma simples *subsumção* do fato à norma. Não há mais a chance de reduzir um universo de tanta complexidade a um só sentido atribuído, pela consciência do intérprete, ao caso. O fato a merecer regulação normativa não é reduzido a uma impressão consciential nascida das entradas do intérprete, como expressão de um imperativo da razão, enquanto regra, como em Kant.¹¹ Ele

é o reflexo dessa plêiade de elementos cognitivos que emergem da realidade, que se misturam e se agregam à norma, dando a esta uma feição diferenciada em cada caso a decidir.

Essa conjunção de características direcionadas à especificação do que é, conceitualmente, o Pragmatismo Jurídico e de como ele pode se situar na base de uma Teoria da Decisão Judicial apresenta sempre como ponto em comum a ideia de realidade. Quer dizer: a realidade é sempre vista como a fonte da qual dimanam esses elementos estruturais das características atribuídas ao Pragmatismo Jurídico. Assim o é porque foi no Realismo Jurídico que o Pragmatismo encontrou sua primeira fonte de inspiração. Esse escrito merece então uma rápida alusão às fontes históricas nas quais se situa a escola jurídica aqui tratada.

Nascido inicialmente da interpretação realizada sobre casos ditos difíceis, no âmbito de atuação da Suprema Corte Americana, o Realismo Jurídico firmou-se, em princípio, na atuação de seu maior expoente, Oliver Wendell Holmes Jr., então Juiz Chefe daquela Corte de Justiça. Em sua perspectiva, a compreensão realista do Direito estende a percepção sobre o fenômeno jurídico ao que, de fato, assume relevância para a tarefa de decidir o caso. Há no Realismo uma manifesta exclusão das elucubrações teóricas que mais dificultam do que propiciam o acesso ao que se presta à decisão. O recurso à informação teórica torna-se simples referência para uma confirmação prática do que se está a afirmar, tanto em nível de fundamentação, como em nível de argumentação judicial.

Com essa compreensão, o Realismo Jurídico, tomado como linha de atuação da Suprema Corte Americana estabeleceu balizas claras para a identificação do real sentido do “problema a deslindar”, assim como na Tópica Jurídica, em Viehweg¹², proporcionando a eliminação de incursões estranhas à lide e, sobretudo, à pretensão titularizada pelos legítimos interessados em obter a decisão judicial.

Com esse endereçamento, muitas foram as decisões que nascidas dessa mesma raiz, notabilizaram-se como exemplos ilustrativos de uma interpretação realista para o Direito. Citemos algumas clássicas, primeiramente as extraídas de casos enfrentados em Cortes e Tribunais estadunidenses, a demonstrar o quanto aquele país contribuiu para a formação e compreensão do Pragmatismo enquanto expressão do ofício jurisdicional, tendo o realismo como sua fonte imediata e inspiradora.

Veja-se o que se deu nos julgamentos dos casos *Norton vs. Mathews*, 427, US. 524, 532 (1976) e *Isby vs Bayh*, 75 F.3d 1191, 1196 (7th Cir. 1996)¹³ cuja postura interpretativa de base pragmática defendeu que empreender profundo debate em torno da definição da competência pertencente ao órgão jurisdicional, sendo essa matéria representativa de imensa complexidade, deve ceder lugar a um pronunciamento indeferitório da pretensão de fundo, quando essa conclusão, de sua vez, mostrar-se patente.

Perceba-se, então, que os juízes pragmáticos que assim se alinharam não estavam abdicando de interpretar e argumentar sobre o Direito, simplificando de modo desarrazoadamente a fundamentação do ato decisório. Na espécie, o que há é a percepção de que o fim a ser contemplado pela decisão, caso o mérito se mostre de fácil resolutividade e a conclusão pela improcedência do pedido se afigurar evidente, pode ser muito mais claramente alcançado com uma decisão que já se pronuncie sobre seu núcleo do que se o exame se pautar sobre a definição da competência, cujos contornos para o seu estabelecimento mostrem-se muito complexos, indicativos de inúmeros argumentos de conteúdo contraposto, tornando inviável, do ponto de vista finalístico, o pronunciamento jurisdicional.

É evidente que uma postura hermenêutica aprisionada ao modelo positivista defenderia que nenhum órgão de jurisdição, cuja competência fosse duvidosa, poderia proferir decisões sobre

o mérito da questão, mas aí é o ponto no qual o Pragmatismo se apoia e se afirma como uma fonte alternativa para o atingimento da finalidade a que se propõe a decisão. Se é sabido que em qualquer via de interpretação e de argumentação sobre o mérito, o pleito defendido em sede judicial não lograria êxito, porque não logo o indeferir? E mais: por que não o rejeitar, se o juízo que se soubesse, desde sempre, competente, invariavelmente também procederia da mesma maneira?

Essa é a visão que permeia o pensamento pragmático para o fim de subsidiar uma Teoria da Decisão Judicial, isto é, uma vertente que inobstante se valha das fontes jurídicas, toma-as de modo a divisar a finalidade maior do ato processual a ser praticado e as percebe num contexto de realidade do qual o Direito não pode se desprender. Nos casos citados, que servem para que a teoria nomine essas situações específicas de “casos de competência hipotética”, ainda que a Suprema Corte Americana tenha depois rejeitado essa possibilidade, sendo capitaneada pelo Juiz Scalia,¹⁴ viu-se que há sim, naquele colegiado e nessas situações citadas, posições informadas por esse mesmo ideal.

Outro caso de expressão para uma compreensão pragmática da decisão judicial é o que decorre dos contratos que nos Estados Unidos dão ensejo à grande discussão, sobretudo sob a perspectiva da eticidade dos costumes, da tradição e do componente religioso, este último a desafiar os padrões hermenêuticos gestados a partir da secularização do Direito.

Refiro-me aos conhecidos contratos denominados de “bariga de aluguel” cujo objeto de proteção jurídica põe em debate aspectos de natureza axiológica ou valorativa que não alçam facilmente as condições para a fixação de acordos razoáveis, pois representam dissensos presos à Tradição. Pois bem, segundo o pragmatismo jurídico, questionamentos que ingressem pelo conceitualismo, como fizera a Corte de Nova Jersey no conhecido

caso *Baby M*, 537 A 2d 1227 (N.J. 1988)¹⁵ somente acentuam esse campo de embate, que maximiza um ou outro ponto extremo da interpretação e da argumentação que servem à decisão. Aos juízes pragmáticos, ao contrário, interessam outras questões que estão atadas ao centro da discussão e ao propósito finalístico do caso a julgar.

Para os pragmáticos interessa saber se, de fato, as mulheres que concordam em alugar seus úteros frequentemente sofrem dor emocional intensa quando é chegado o momento de entregar os filhos que geraram aos que as contrataram, bem como importa identificar se nesses contratos predomina o interesse unilateral dos pais contratantes, a expressar claro sentido de exploração do estado de pobreza e de necessidade da mãe de aluguel, em detrimento da livre manifestação de vontade desta última. É que para os juízes pragmáticos são essas as condições básicas para viabilizar o ato jurídico e não a incursão no conjunto de valores antagônicos que se lançam sobre a *consciência* do julgador, tornando-o responsável por justificar o que, para ele, é *certo*, sem jamais estar dotado de condições reais para o convencimento dos destinatários da decisão ou do *auditório* a que se dirige, como bem professa prodigiosa corrente da Teoria da Argumentação, capitaneada por C. Perelman.¹⁶

Nesses casos, dirá a corrente pragmática que o exame sobre a proteção à vontade da contratante e o seu estado de convicção em torno do futuro desligamento que se dará em relação ao filho que gerou atende ao que, pragmaticamente, torna possível justificar esse ato negocial. Fora disso, a decisão judicial se torna palco para a construção do discurso acadêmico, adornado por um alto grau de subjetivismo que nada contribui para a ratificação do seu papel no cenário da atividade endereçada a Juízes e Tribunais, que é o cumprimento do *thelos* estatal destinado à pacificação dos interesses em conflito.

No Brasil, muitos são os casos em que se revela uma postura pragmática sediada na interpretação e na argumentação judiciais. Não é incomum, especialmente em sede de Direito Processual Civil, a adoção de técnicas de sumarização procedural que, justificadas teórica e praticamente, autorizam a supressão de alguma fase do procedimento, sem contudo comprometer garantias constitucionais, como a ampla defesa e o contraditório. Essa supressão visa, muitas vezes, assegurar um provimento judicial útil, no sentido de prover com maior grau de eficácia e efetividade o resultado para o qual a decisão propriamente se destina.

Exemplo disso é a técnica de julgamento antecipado da parte incontroversa da pretensão e a adoção de providências executivas que assegurem o resultado prático almejado, no campo da tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e dar coisa certa. Ora, ainda que não requeridas expressamente essas últimas providências, se o juiz, a fim de garantir a satisfação da pretensão de direito material, vier a adotá-las, justificadas se encontram, pragmaticamente, suas adoções.

Em linha com essa hipótese, veja-se o exemplo do pedido de busca e apreensão de um veículo que se encontra sob a detenção de um terceiro, a título precário. Ora, se *ad cautelam* o juiz determinar a remoção preventiva desse veículo, a fim de oportunizar a execução da medida de busca e apreensão, cuja liminar foi indeferida, mas que pode ser concedida por ocasião do julgamento final, após a prova produzida na instrução, não estará exorbitando, pois a finalidade da medida de remoção é justificada pela necessidade de resguardar o resultado final do processo, conferindo-lhe efetividade. Afinal, qual o excesso ou o prejuízo de retirar-se um veículo da detenção de alguém que não possui título algum que a justifique? E mais: se não há prejuízo e, do contrário, há possibilidade real desse bem ser alvo de uma medida de busca e apreensão decorrente de sentença, não é melhor, mais prático e

mais útil, que ele já esteja disponível para sofrer a incidência do ato de força (busca e apreensão)?

A inclinação por uma postura pragmática na esfera da atuação jurisdicional do Estado não se situa unicamente no plano da infraconstitucionalidade. De observar que o Supremo Tribunal Federal, ao longo do tempo, vem se alinhando a esse segmento do pensamento jurídico em muitas hipóteses. Citemos como um bom exemplo, dentro dos contornos desse escrito, a ADI 3.489, que versava sobre a alegada inconstitucionalidade da Lei 12.294/02, do Estado de Santa Catarina. O cerne do debate estabelecido na Corte centrado estava na alegada impossibilidade de ocorrer o desmembramento de município em afronta ao comando constitucional do art. 18, § 4º da Constituição Federal, posto que aquele ato tinha como pressuposto a observância do prazo a ser estipulado em Lei Federal e após consulta à população local.

Ocorre que, existindo a Lei Federal, necessária a conferir eficácia ao dispositivo constitucional, entendeu o STF que inobstante a Lei Estadual violasse o dispositivo do texto maior, o reconhecimento dessa violação não deveria alcançar situações já consolidadas, como se dera no caso que ensejou o aforamento da dita ADI.

No voto do Ministro Eros Grau restaram consignadas as expressões “força normativa dos fatos” para justificar que a não edição da Lei Federal em prazo razoável é que violaria de modo absoluto a vontade constituinte, já que impossibilitava a realização dos desmembramentos de territórios municipais, cabendo à Jurisdição Constitucional a realização da função integradora que a hipótese ensejava.

Ainda que a decisão da Suprema Corte tenha terminado por reconhecer a inconstitucionalidade, ressalvando os efeitos concretos dessa decisão à situação já consolidada dos municípios

diretamente envolvidos na causa de pedir da ADI citada, valendo-se, a partir do voto do Min. Gilmar Mendes, da aplicação da técnica de modulação dos efeitos da declaração de constitucionalidade, vê-se que a fundamentação que apoiou a ressalva fixada externou nítida feição pragmática, na medida em que pôs a realidade fenomenológica, no contexto em que a ADI foi promovida, como premissa maior a conduzir a interpretação. Não foi a simples tentativa de subsumir os fatos ao que, normativamente, em termos abstratos, literalmente previa o texto constitucional, que presidiu o exercício hermenêutico para o objetivo de prover-se a decisão. Restou a conclusão de que a força normativa da Constituição restaria respeitada em sua máxima dimensão se a Corte capaz fosse de salvaguardar o que, substancialmente, o texto maior assegurava, ao menos nos casos em que, faticamente, a situação concreta já havia estabelecido.¹⁷

Para os fins deste escrito, importa denotar que essa linha interpretativa bem se enceta no que o pós-positivismo jurídico elegeu, a fim de definir o sentido e o significado da decisão jurídica e, dentro desse gênero, a decisão judicial propriamente dita. Ademais, o afastamento racional do preciosismo teórico com ênfase na finalidade do ato, mais uma vez se sobressai como o ponto alto da vertente em abordagem. Essa característica esboçaremos melhor, a partir desse ponto, relacionando-a com a obra de Richard Rorty, teórico e precursor do Pragmatismo Filosófico.

Sobre esse ponto, as bases filosóficas do Pragmatismo remontam às obras de Wittgenstein, na Alemanha e as de John Dewey nos Estados Unidos, mas certamente foi em Richard Rorty e, depois, mais especificamente, no Direito, com Richard Posner, que essa via pôde ser bem percorrida, servindo de calço à formação de um pensamento próprio e alternativo à decisão jurídica.

Pois bem. Sobre o realce à finalidade do ato decisório, a reflexão filosófica de Rorty é sobremodo relevante, isso porque

frisa o compromisso com o que, metaforicamente, significa a construção de um “futuro melhor” atribuído aos atos de poder como algo a ser perseguido, inclusive pelo Direito. É claramente um voto a favor de uma leitura prospectiva do contexto em que se inserem os fatos em reflexão, comprometendo-a com o que pode ser realizado para assegurar um maior grau de satisfatibilidade às pretensões que sejam legitimamente constituídas. Como bem ressalta o autor em referência:

Para o pragmatismo, por outro lado, o mais importante é a observação do modo como a decisão vai repercutir no mundo social e contribuirá para a construção de um futuro melhor. O pragmatismo jurídico, na mesma linha, não está preocupado com a busca da norma aplicável ao caso concreto. Sua preocupação é com a definição da melhor decisão sob o ponto de vista das necessidades humanas e sociais.¹⁸

Alia-se a essa visão prospectiva, resguardadora de um futuro a ser proporcionado pela via da hermenêutica e da argumentação, um sentido adicional que essa escola igualmente contempla. Fala-se aqui da percepção sobre a contextualidade. Quer dizer: não há interpretação possível, por essa linha, que não esteja em sintonia com o contexto vivenciado caso a caso.

Ao se falar de contexto, mesmo que se considere o liame histórico existente entre o Pragmatismo e o Realismo Jurídicos, não se está dizendo o mesmo que o sentido atribuído à realidade extraída do senso comum. A ideia de contexto exorbita da só percepção sensorial do que é real. Trata-se mesmo das circunstâncias, contingências e repercussões, como são bem captadas pelo domínio das ciências sociais, sendo de reconhecer-se a necessidade de que a interpretação não se prenda à visão de integridade construída pelo passado, mas se situe na dinâmica presente na sucessão de fatos e na diversidade de vivências sobre eles experimentadas.

Ao jurista pragmático muito se considera possível afastar o que os precedentes estabeleceram frente ao caso a decidir, se os contextos em que se insere o caso na atualidade tornarem completamente desarrazoada, para a justiça do caso, a tentativa de reconstruir esse passado das decisões, como em sentido contrário é defendido por Ronald Dworkin. Daí ser muito conhecido o debate estabelecido entre esse autor e Richard Posner em torno do enfrentamento dos postulados que informam o Direito como Integridade, fruto da elaboração acadêmica do primeiro, com os que dão suporte à corrente pragmatista, capitaneada pelo segundo.¹⁹

Nessa toada, não há sistema jurídico que se mostre digno de ser preservado, ainda que com base numa interpretação que se reconstrói caso a caso, como se dá, comparativamente na literatura, pela metáfora do romance em cadeia,²⁰ se a contingência em que se encontre inserida a realidade do caso a decidir apontar que a consequência de uma decisão tomada sob o crivo do Pragmatismo for melhor contemplada e os efeitos da decisão mostrarem-se mais palpáveis ao olhar e à vida dos seus destinatários.

É, assim, clara a relação do Pragmatismo com o que se denomina de Consequencialismo, a se ter como certa a relação entre o que se busca alcançar, como efeito do ato decisório e sua finalidade precípua. Particularmente – e aqui assumo autenticamente o ponto de vista que, para muitos não se mostraria tão claro – embora reconheça essa nítida articulação entre o Pragmatismo e o Consequencialismo Jurídicos, não a tenho como o que seria, a grosso modo, uma “porta aberta” às escâncaras para o que alguns segmentos da chamada Análise Econômica do Direito defendem, no sentido de que o Direito é poroso e submisso aos imperativos econômicos que moldam as consequências das decisões jurídicas, ostentando a ideia de que o conteúdo destas sempre adstrito está, unicamente, ao universo da Economia.

Ora, não se pode olvidar que o contexto que impera na interpretação do jurista e do juízo pragmáticos não se desgarra, também, da ideia de pluralidade a indicar que não só a Economia, mas também a Política e a Cultura se somam para a sua definição, quando da prolação do ato decisório. Dizendo de outro modo: o contexto em que se encontra inserido o caso a julgar não é só o econômico, mas também o político e o cultural, quer dizer, um plexo de forças extraído da tensão entre o mundo da vida²¹ e os sistemas²² que absorve o intérprete, arrebatando-o na missão de julgar.

O juízo pragmático, monocrático ou colegiado, movido pelo afã de assegurar a proteção prática do bem jurídico a tutelar, desprendendo-se do rigor teórico e do absolutismo das fontes jurídicas, inverte a ordem de compreensão, colocando os fatos extraídos desse contexto diversificado no plano da premissa maior e sobre eles constrói o conteúdo da decisão que favorecerá, finalisticamente, a tutela do direito subjetivo a proteger. Esse é o ponto que aqui merece destaque: a relação entre as consequências e o contexto em que se situa o caso a decidir, é sempre representativa de um amálgama necessário para a justiça da decisão. Portanto, as consequências são relacionadas à postura pragmática, mas sempre segundo os contextos, não só econômicos, que servem de base à interpretação e à argumentação realizadas pelos órgãos de Jurisdição.

Toda essa informação proveniente da matriz pragmática não seria bem entendida se não guardasse relação importante com a linguagem que serve ao Pragmatismo. A Filosofia, após a conhecida reviravolta linguístico-pragmática ocorrida na segunda metade do século passado, fez descortinar a obra de Charles Sanders Pearce, precursor do Pragmatismo da Linguagem. Por este, definia Pearce, os conceitos são resultantes das consequências práticas que se seguiriam à sua verdade.²³

Ao Direito e, certamente, à atividade cometida aos Juízes e aos Tribunais, essa relação estabelecida entre verdade e consequência põe em evidência o quanto a linguagem pragmática também se conforta a esse paradigma consequencialista. Decisões que se valem de uma linguagem extraída do que a percepção consequencial exprime, presente no universo intersubjetivo dos jurisdicionados, são decisões pragmáticas em forma e conteúdo. O modo próprio com que elas se apresentam, inserido-se no universo dialógico do processo judicial, agora bem favorecido pela ideia de cooperação, assegura-nos que os objetivos colimados pela decisão do juiz ou pela decisão colegiada do Tribunal estão em sintonia com a ideia de que a decisão possui uma função prática na vida de seus destinatários e que, desde a linguagem, até a concretização de seus efeitos, é esse o norte a informá-la integralmente.

Afina-se a normatividade jurídica, percebida no contexto dos casos concretos e segundo as consequências alvitradadas, com a linguagem pragmática para, juntas, bem guarnecerem o agir judicial na sua singular missão pacificadora dos conflitos sociais.

III – CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

O percurso até aqui transcorrido partiu das características essenciais à definição do Pragmatismo Jurídico, estendeu-se para relacioná-lo à fonte teórica que, historicamente, serviu-lhe de berço, o realismo jurídico; valeu-se de exemplificação com base em casos clássicos da jurisprudência norte-americana, que foi e é sede do desenvolvimento teórico sobre o tema e escoou para um plano mais extenso, filosoficamente situado, a compreender a reflexão que muito se faz sobre a natureza consequencialista nele presente e sua forte inclinação, ainda que criticável, à exclusiva absorção de postulados econômicos, em prejuízo de sua autêntica relação

com outros contextos sociais. Para além disso, afirmou a vinculação do Pragmatismo Jurídico com o denominado Pragmatismo da Linguagem, tão necessário para uma boa compreensão desse fenômeno em sua totalidade.

Com esse registro e em síntese, decorre certa a crítica que foi anotada logo em seu início e que relaciona o agir judicial pragmático com a ideia rasa de uma atuação marcada pela simplificação do ato decisório. E, nesse âmbito de abordagem, penso que restou ao menos indicada a impossibilidade de cogitar-se que o Pragmatismo Jurídico e, sobretudo, o Judicial represente o reflexo desse espelho de atuação simplista.

Nosso enfoque se traduz no anseio de promover o necessário esclarecimento de que há uma justificação de ordem substantiva a delinear essa linha de pensamento, posto que, do contrário, como muitos estão a associar indevidamente, facilmente se faria a relação entre o Pragmatismo Jurídico com uma deliberada atuação ativista de Juízes e Tribunais.

Em outras palavras: o que pretendemos deliberadamente afiançar é a ideia de que assumir uma postura pragmática frente ao Direito e adotá-la como base interpretativa para a prolação de decisões judiciais não é avalizar o Ativismo Judicial, admitindo-se a simplificação de atos, procedimentos e fundamentações ao arrepio do que normativa e substancialmente os casos concretos reclamam e o ideário democrático exige, inclusive da Jurisdição.

Ademais, a compreensão do verdadeiro significado do Pragmatismo Jurídico também não escapa, em nosso reconhecimento, da sua insuficiência, inclusive para a maioria dos casos a decidir, isso se sua adoção estribada estiver na expressão do que seria, em metáfora, a “vontade soberana” do órgão de Jurisdição. Cremos, nesse ponto, que uma postura pragmática resultante unicamente de uma escolha subjetiva do órgão jurisdicional,

materializada em discursos monológicos, representa grave risco à segurança do sistema jurídico,²⁴ pois essa unilateralidade produz maus tratos ao princípio básico da igualdade, a servir de ensejo para uma participação cooperativa de todos os atores do processo, sobretudo pela via dialógica, da mediação e da construção democrática de consensos.

O que, de fato, consideramos essencial é apontar o Pragmatismo Jurídico e sua aplicação ao espaço reservado à Teoria da Decisão Judicial, como mais um modo de conceber o Direito, após a virada pós-positivista, marcada pela abertura hermenêutica, pelo resgate argumentativo-discursivo e pela superação do paradigma reducionista, que o colocava à margem de qualquer abordagem inter e transdisciplinar.

Além disso, se internalizado ao Pragmatismo Jurídico o sentido dialógico que conduz à construção legítima e democrática das decisões judiciais, possível será assegurar a essas mesmas decisões uma aproximação maior das expectativas sociais que sobre elas se apresentam. É a percepção de que a origem cultural do Direito, como defendido por Miguel Reale²⁵, o torna parte de um universo compartilhado de experiências e vivências, as quais, inevitavelmente, podem e devem ser captadas pela interpretação firmada sobre casos concretos a decidir.

O Pragmatismo não é a solução ou a panaceia para a proposta de que seria um modelo ótimo para as decisões judiciais. Não é uma regra isolada a ser seguida, nem se coloca como objeto de um discurso apologético em favor da proteção de finalidades, mas é uma alternativa, justificada, para situações em que a não relativização do apego excessivo ao universo conceitual, teórico e abstrato da ciência jurídica pode gerar como efeito deletério da decisão judicial o afastamento do sentido legítimo de protetividade, esperado pelo titular do direito subjetivo violado ou ameaçado de violação.

Como meio de prover e de assimilar discursivamente a realidade fenomenológica de cada caso concreto, pode o Pragmatismo, repise-se, enquanto experiência compartilhada entre todos os atores do processo, favorecer a decisão justa, no sentido do que se mostrar concretamente possível para bem tutelar o direito material posto ao conhecimento e ao julgamento do Poder Judiciário. É o que ora se afirma, consoante as características apontadas nesse simples escrito e na conformidade com os contextos e consequências gerais que cada caso possa expressar, em sua realidade inter-subjetiva, social, política, jurídica e economicamente situada.

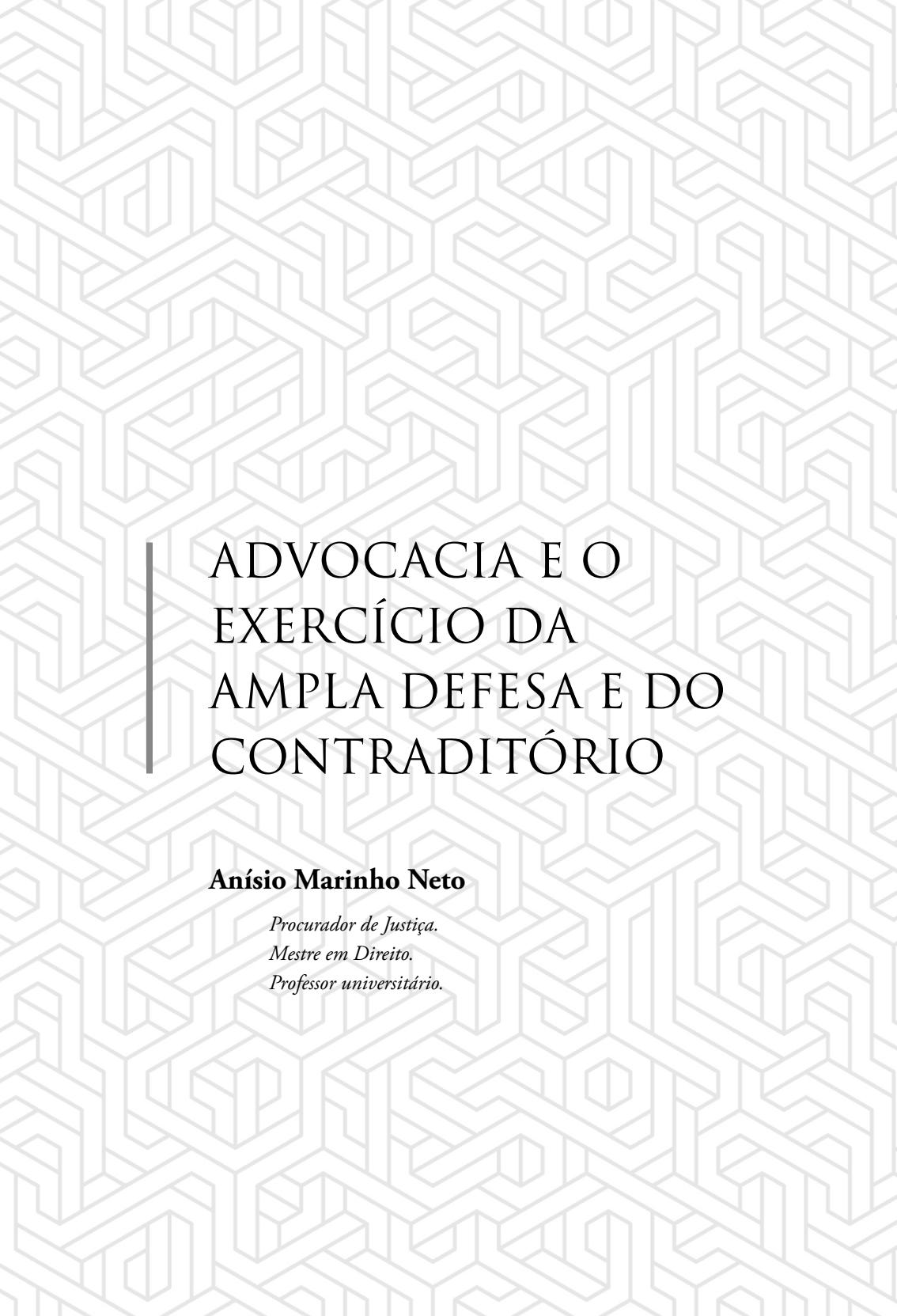
Referências

- CÁRCOVA, Carlos María. *As teorias jurídicas pós-positivistas*. Trad. Henrique Júdice Magalhães. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2016.
- GOES, Ricardo Tinoco de. *Democracia deliberativa e jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas*. Curitiba: Juruá, 2013.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 2006.
- POSNER, Richard. A. *Para além do Direito*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NOTAS

- 1 SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Interpretação Constitucional Contemporânea – entre o construtivismo e o pragmatismo. In. MAIA, Antônio Cavalcanti; MELO, Gisele Cittadino; POGREBINSCHI, Thamy (Orgs.) *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 491-492.
- 2 POSNER, Richard. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Martins Fontes, p. 381.
- 3 POSNER, op. cit., p. 392.
- 4 POSNER, op. cit., p. 389.
- 5 POSNER, op. cit., p. 382.
- 6 POSNER, op. cit., p. 391.
- 7 POSNER, op. cit., p. 402.
- 8 STRECK. Lênio. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 168-169.
- 9 BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995, p. 133.
- 10 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987, pp. 5-10.
- 11 KANT, Immanuel. *Doutrina do Direito*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone, 2013, p. 39.
- 12 SOUZA NETO, op. cit., p. 491. Como bem aponta o autor: “O que importa para o pragmatismo é fornecer a solução que possa resolver o problema de modo mais adequado no contexto. Para o pragmatismo, a norma será útil na medida em que puder contribuir para a construção de uma decisão melhor no caso concreto.”
- 13 POSNER, op. cit., p. 383.
- 14 POSNER, op. cit., p. 384.
- 15 POSNER, op. cit., p. 390.
- 16 CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 211-221.
- 17 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 20.
- 18 SOUZA NETO, op. cit., p. 492.

- 19 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 185-212.
- 20 Dworkin compara a interpretação histórica realizada pelos juízes e tribunais a um romance em cadeia, no qual vários escritores acrescentam seus capítulos a uma obra inacabada, com firme propósito de escrever o melhor romance; cada um escrevendo sua parte como se fosse a obra toda e mediante uma avaliação geral do que já foi escrito, segundo um só ponto de vista que vai, ao longo do tempo, se formando pouco a pouco. Cf. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 275-276.
- 21 HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, *Tempo Brasileiro*, 1990, p. 87
- 22 FREITAG, Bárbara. *Dialogando com Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: *Tempo Brasileiro*, 2005, p. 165.
- 23 HEINEMANN, F. *A Filosofia no século XX*. Trad. Alexandre Morujão, Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1963, p. 257.
- 24 LEAL, Rosemíro Pereira. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, p. 336.
- 25 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 220.



ADVOCACIA E O EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

Anísio Marinho Neto

Procurador de Justiça.

Mestre em Direito.

Professor universitário.

Sempre que qualquer país é varrido por um vendaval de violência sem precedentes, volta o debate sobre a instituição da pena de morte, e no Brasil, não seria diferente. Para alguns, a pena de morte, seria uma forma eficaz de tentativa de controle dos índices de impunidade. É verdade que o tema pena de morte não é novo e já foi abordado no final da década 1980 no nosso país, com a elaboração da nossa Constituição Federal de 1988. Naquele momento causou muita controvérsia e ficou proibida, apenas um pequeno alento de que, por ocasião da revisão constitucional, haveria um plebiscito nacional para o povo brasileiro optar ou não pela instituição da pena de morte.

É bem verdade que nos dias de hoje, a grande maioria da população brasileira votaria em prol da aplicação desta pena, pois nos últimos tempos, a violência tem assumido proporções alarmantes e os governos não encontram mecanismos que ofereçam segurança à população, e, com isso, cresce a revolta da sociedade, que paga seus impostos, diante da crescente impunidade dos culpados. Não podemos olvidar, por outro lado, que somos um país predominantemente de cristãos, onde quase a totalidade dos cidadãos são católicos ou protestantes e, também, não podemos firmar tradição neste tipo de pena, que revoltaria com certeza, uma parcela considerável da população. É verdade que em países desenvolvidos, notadamente países europeus nórdicos, como a Dinamarca, Suíça, Suécia etc., não existe a pena de morte. Sendo certo que ninguém deve roubar, nem matar por motivo fútil.

Sabemos que esses países possuem níveis dignos de educação, saúde, lazer, moradia, segurança etc. O bem mais caro que temos é a vida. Sendo assim, ninguém tem o direito de tirá-la

por pior que seja o crime que a pessoa possa ter cometido. Além de ser um bem inalienável, existe o problema de que a prova de que esta arma contra a marginalidade não funciona, visto que ela não diminui a prática de crimes nos países que a adotam. Assim, alguns consideram a pena de morte, como sendo a maior e mais desprezível de todas as violências. Alegam que não se pode, em nenhuma hipótese, sob pretexto de combater-se a violência, querer-se aplicar como antídoto a maior de todas elas – a pena de morte.

Alguns destacam exemplos históricos em abono a sua tese. É que os Estados Unidos da América, considerado por muitos como o país mais democrático do mundo, adota a pena de morte, em vários dos seus Estados. Porém, as estatísticas dão conta de que a criminalidade só aumentou e, além disso, sofisticaram-se as mais variadas espécies de crimes. E que na prática, a pena de morte é a reprodução da violência. Finalmente deduzem que a pena de morte, sendo, como é aplicada pelos homens é um instrumento falível e, como tal, sujeito a erros judiciários, como os que já têm ocorrido. Afirmam igualmente que a estrutura do Poder Judiciário, no Brasil, é ainda precária, e, por isso mesmo, deficiente e falha. Logo, corre-se o grande risco de serem condenadas pessoas que poderiam merecer penas menores e mais leves, e até mesmo serem inocentados.

E o que é ainda pior, no país do “jeitinho”, como é considerado o Brasil, para alguns, o instrumento de pena de morte poderia ser usado como meio de perseguição a pessoas pobres, negras ou atingidas por qualquer outro tipo de preconceito, ou seja, este tipo de punição poderia levar à morte um número sem conta de inocentes. E finalmente inferem que a ninguém é dado o direito de tirar a vida do outro. A pena de morte é um mal irreparável, porquanto não há quem consiga ressuscitar alguém. Não se pode, nem se deve armar o braço do Estado para a prática de tal absur-

do. Seria o povo, através dos impostos que paga, a contratar um servidor, cujo cargo ou função seria o de carrasco para executar o semelhante. É o maior de todos os contrassenso. Por outro lado, há os que a defendem, afirmando que a pena de morte, não é vingança, pois esta é exercida pela vítima, parentes e amigos.

Deve ela resultar de longo julgamento, com direito a recursos e possibilidade de clemência do Estado. Defende ela em caráter excepcional, como premente defesa social. Entendem que as penas para os criminosos no Brasil deveriam ser mais severas, e os presos perigosos, deveriam realmente cumprir suas penas, separados dos demais, como manda a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984). A grande verdade é que no Brasil deveríamos criar possibilidades para melhorar as condições de vida das pessoas, de modo que tivéssemos menos meninos de rua, mais centros de saúde, mais escolas, mais hospitais em condições de atendimento, melhores salários e condições dignas de trabalho, sem corrupção e impunidade, e aí certamente seríamos um país desenvolvido, e com isso, não precisaríamos discutir a pena de morte como forma eficaz de combater a impunidade, como defendem alguns.

Para combater a impunidade que se alastrá pelo Brasil afora, precisamos também de uma Polícia mais técnica e independente, de um Ministério Público mais estruturado, de Leis mais eficazes e de um Poder Judiciário mais operoso. Tudo isto dentro de um Estado Democrático de Direito que se subordina à lei. Tal concepção, entretanto, para muitos é equivocada porque insuficiente. Equivocada, na medida em que se adéqua à maioria dos Estados modernos, os quais sempre atuam de acordo com a lei. Constitui um equívoco em se supor que, por haver uma lei designada Constituição, *ipso facto* já se estaria diante de um Estado Constitucional. A verdade é que se faz necessário que um Estado adote padrões do constitucionalismo, para ser qualificado como Estado Constitucional, no sentido rigoroso da palavra.

Assim também, para que se repute um Estado como Democrático de Direito, é preciso que nele se reúna à característica de subordinação à lei, a da submissão à jurisdição. Para que seja possível reconhecer um Estado Democrático de Direito, será necessário que este Estado se submeta à jurisdição, aplicando a lei preexistente, sendo exercida por uma magistratura imparcial e independente e cercado de todas as garantias e deveres, sendo que este mesmo Estado a ela se submeta como qualquer parte, chamada a juízo em igualdade de condições com a outra parte.

É por isto que a Constituição Federal Brasileira de 1988, previu que os juízes brasileiros gozam das seguintes garantias: *vitaliciedade*, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; *inamovibilidade*, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII, da Constituição Federal:

VIII - o ato de remoção ou de disponibilidade do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019);

Irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos artigos 37, X e XI, CF:

X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

(XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003);

Art. 39, § 4º, CF:

§ 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Art. 150, II, CF:

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

Art. 153, III, CF:

III - renda e proventos de qualquer natureza.

Art. 153, § 2º, I, CF:

§ 2º O imposto previsto no inciso III: I - será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei.

E também estabeleceu que aos juízes é vedado: exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; dedicar-se à atividade político-partidária; receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

Não podemos descurar que não é de hoje que o Brasil está ferido por uma violência desenfreada e sem precedentes, quase que dominado pela corrupção em todos os níveis, constantemente ameaçado e ultrajado pelo narcotráfico e até pelo terrorismo que se avizinha. É certo que o país vive um confronto armado nas suas cidades e na zona rural, que em nada é insuficiente a uma guerra civil. Indubitavelmente o fundamento deste conflito repousa na desigualdade social e as poderosas tensões sociais, associadas à incompetência e ao descaso de muitas autoridades. Temos então que o momento histórico vivido pelo país nos re-

vela, cada vez mais, preocupação com a garantia de se buscar resguardar um maior interesse social.

Certamente que hoje temos uma maior necessidade de segurança social para todos, diferentemente do ontem, onde precipuamente queríamos até de forma extremada, a segurança individual. Evidentemente que a Ciência Jurídica deve se preocupar e cuidar disso. É verdade que já temos em nosso ordenamento jurídico pátrio um instrumento de liberdade individual que é o *habeas corpus*, com sede constitucional e previsão legal no Código de Processo Penal.

Tal instituto foi previsto desde a Constituição Republicana do Brasil de 1891, e a atual, de 1988, o prevê no art. 5º, inciso LXVIII, dispondo que:

LXVIII - conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçada de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

E está previsto no art. 647, do Código de Processo Penal:

Art. 647. Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

Por isto, a ameaça de violência ou coação por parte do Estado perpetrada contra a liberdade individual de locomoção encontra no habeas corpus o remédio jurídico-constitucional eficaz e célere, capaz de coibir ilegalidade ou abuso de poder.

Diametralmente o oposto, não podemos dizer quando está em jogo um interesse da sociedade como um todo que venha a ser, no âmbito penal, ameaçado ou violentado, como por exemplo, ao relaxar a prisão de um acusado que deveria ficar preso ou

mantê-lo solto quando sua custódia era uma necessidade social, nas hipóteses de prisão preventiva. Neste mesmo diapasão temos ainda as hipóteses de retardamento injustificado do processo criminal que pode levar à decretação da prescrição, em desobediência ao princípio constitucional da razoável duração do processo.

Também desta forma tal situação jurídica ocorre em desfavor da sociedade como um todo que não consegue conviver com a insegurança e com a impunidade, devendo ser buscada nova fórmula legislativa, nesta seara, que defende o interesse social. Neste diapasão uma excelente contribuição seria instituir no Brasil o instituto do *habeas societas* para restabelecer prisão preventiva revogada ou indeferida, porém, poder-se-ia objetar sua não aplicação, em face de que para tal mister, já existe o recurso em sentido estrito (art. 581, V, do Código de Processo Penal):

V - que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante; (Redação dada pela Lei nº 7.780, de 22.6.1989).

Porém, o procedimento de subida do recurso em sentido estrito muitas vezes é extremamente moroso, oferecimento de razões e contrarrazões, parecer do Ministério Público em segunda instância e posterior manifestação judicial de retratação ou não do despacho guerreado, operando-se assim por demais inadequado para tutelar caso de urgência e relevância em favor do interesse da sociedade como um todo.

Assim teríamos que, com a inserção do *habeas societas* em nosso ordenamento jurídico, impetrado pelo representante do Ministério Público, dentro do princípio do promotor natural, e sendo ele o titular da ação penal pública com exclusividade, com o mesmo rito procedural do *habeas corpus*, além de, como

este, ter sede em nível constitucional, através de Emenda ao Capítulo dos Direitos Individuais e Coletivos, bem como sua previsão, no futuro Código de Processo Penal, no Capítulo das Ações Impugnativas e Constitucionais ou até mesmo no Capítulo dos Recursos.

Nós, operadores do Direito, não podemos a tudo assistir de braços cruzados e não pensarmos em hipóteses que, se não resolvem, pelo menos minoram os dramas e as tragédias pelas quais passam diuturnamente a sociedade brasileira. Temos que debater e expor nossas ideias para fomentar uma elite intelectual que possa ensejar num médio espaço de tempo mudanças substanciais neste atual e lamentável estado de coisas. Desta forma, penso que a introdução do *habeas societas*, como remédio jurídico-constitucional e legal de defesa do interesse público em matéria penal, concedido para as hipóteses de assegurar a custódia de indiciado ou réu, nos crimes de ação penal pública, quando presentes os requisitos da prisão preventiva e para impedir o retardamento injustificado do processo criminal, que posa levar à decretação da prescrição, seria de boa cepa para garantir a paz social que tanto queremos.

Ainda nesta postulação para empreender a defesa do cidadão, temos os princípios e garantias asseguradas na Constituição Federal do Brasil de 1988, que ninguém será privado da liberdade de seus bens sem o devido processo legal. É que a partir da Carta de João Sem Terra, em 1215, na Inglaterra, origina-se o *due process of law* ou devido processo legal, no Brasil consagrado nas disposições constitucionais contidas no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Portanto, assegurando ao litigante em processo judicial ou administrativo o direito ao contraditório e a ampla defesa, dilação probatória, acompanhamento de provas e apresentação de documentos, e recurso administrativo e judicial. E em sede de processo penal, devemos observar que tudo será investigado de forma clara e explícita para que se efetive a prevalência do devido processo legal, como uma das garantias fundamentais sobre que se sustenta o Estado Democrático de Direito.

Com efeito, o art. 5º, da Carta Magna, após proclamar que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (II), assegurou o direito à tutela jurisdicional, nos seguintes enunciados: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (XXXV); “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (LIV); “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (LV).

Cabendo ressaltar que os princípios do contraditório e da ampla defesa do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, traduzido essencialmente na oportunidade necessária de assegurar-se e dar-se conhecimento a parte contrária da ação que contra si lhe é movida e de todos os atos do processo, e vice-versa com relação ao autor, bem assim oportunizar-se ao mesmo a ampla defesa, são corolários do princípio do devido processo legal. Por outro lado, também há que se oportunizarem as partes de que não se resignarem aos atos que lhe sejam desfavoráveis, com todos os recursos aos princípios inerentes.

A manifestação do contraditório no processo penal se dá de uma forma diferente do processo civil, tendo em vista que no primeiro, o mesmo deve ser substancial, efetivo e real, não bastando somente à simples insinuação de defesa, e que no interrogatório do acusado este terá que obrigatoriamente comparecer acompa-

nhado de advogado, além de ter o direito a requerer a produção de provas no prazo da resposta à acusação, enquanto no segundo, é dada oportunidade aos litigantes para serem ouvidos na pendência judicial, de maneira recíproca, havendo necessariamente uma paridade de tratamento e mais ainda uma liberdade ampla de poder discutir com urbanidade a lide.

Sendo ressalvada, neste último, a previsão legal do novo Código de Processo Civil, quando da nomeação pelo Juiz do curador especial, que deverá este agir na persecução de uma defesa real, efetiva e substancial, e não somente limitar-se a uma defesa técnica simplista. Quanto à manifestação do contraditório no processo administrativo, salientamos que deve estar presente também, haja vista a imposição constitucional, de que a todos os acusados em geral deverá ser assegurado o princípio com sua fiel observância, e como exemplo disso, destacamos o processo administrativo para apuração de ato infracional, previsto nos artigos 103 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90, de 13.07.1990, publicada no DOU (Diário Oficial da União de 16.07.1990).

Neste processo, o adolescente tem o princípio da ampla defesa assegurado, quando terá necessariamente de estar em juízo acompanhado de advogado. E caso o adolescente infrator esteja em lugar incerto e não sabido, embora iniciado o processo ele não continue a sua revelia, em face do princípio da proteção integral que informa a Lei (art. 184, §3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente). É bem de ver que o princípio do contraditório, não se aplica nos processos ou procedimentos inquisitórios. Exemplo disso se dá no Inquérito Policial ou em procedimentos de apuração de atos típicos e antijurídicos, e no Inquérito Civil, visto que eles não se destinam à aplicação de uma sanção, mas meramente de procedimentos de inquisitivos no âmbito não jurisdicional.

O princípio do contraditório, no entanto, se manifesta plenamente nos processos de conhecimento e cautelar. E no processo executório vem se manifestar, quando da oportunidade do oferecimento dos embargos pelo devedor. Apesar do devedor, antes mesmo de opor os embargos, pode se valer da denominada objeção de pré-executividade. Resta, portanto, acrescentar que o princípio do contraditório no devido processo legal tem sede constitucional e se implementa com a citação, sendo garantia de ampla defesa e inerente ao Estado Democrático de Direito, cabendo ao Estado-Juiz assegurá-lo sob pena de eventual declaração futura de nulidade dos atos processuais que foram realizados com ferimento ao princípio.

De onde se conclui que sem a observância estreita do princípio do contraditório no devido processo legal, não há que se falar em Estado Democrático de Direito, pois ao meu sentir lhe faltaria o sustentáculo da Justiça, valor sublime a ser sempre alcançado por nós operadores e cultores da Ciência do Direito. Então devemos assegurar aos acusados em geral o contraditório, a ampla defesa, bem como a assistência jurídica integral e gratuita, aos que comprovarem insuficiência de recursos (econômicos), custeada pelo Estado ou Poder Público. Sendo que tal assistência jurídica será prestada pelo advogado, que é indispensável à administração da Justiça e profissional do Direito incumbido da orientação e defesa jurídica das pessoas necessitadas em todos os graus, devendo integrar a Defensoria Pública, através do provimento dos cargos públicos de defensores mediante concurso de provas e títulos.

Quanto a Defensoria Pública, sabemos que é uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal:

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

A Defensoria Pública será organizada por lei complementar respectiva, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurado a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. Sendo que às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e suibordinação ao disposto no art. 99, §2º, da Constituição Federal.

E ainda tivemos a vigência da Lei nº 12.313, de 19/08/2010, que alterou a Lei nº 7.210, de 11/07/1984 – Lei de Execuções Penal, para prever a assistência jurídica ao preso dentro do presídio e atribuir competência para tal fim à Defensoria Pública estabelecendo que as Unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais. As Unidades da Federação deverão prestar auxílio estrutural, pessoal e material à Defensoria Pública, no exercício de suas funções, dentro e fora dos estabelecimentos penais. Em todos os estabelecimentos penais, haverá local apropriado destinado ao atendimento pelo Defensor Público. Fora dos estabelecimentos penais, serão implementados Núcleos Especializados da Defensoria Pública para a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos réus, sentenciados em liberdade, egressos e seus familiares, sem recursos financeiros para constituir advogado.

Haverá, em cada comarca, um Conselho da Comunidade composto, no mínimo, por 1 (um) representante de associação comercial ou industrial, 1 (um) advogado indicado pela Seção da Ordem dos Advogados do Brasil, 1 (um) Defensor Público indicado pelo Defensor Público Geral e 1 (um) assistente social escolhido pela Delegacia Seccional do Conselho Nacional de Assistentes Sociais. A Defensoria Pública velará pela regular

execução da pena e da medida de segurança, oficiando, no processo executivo e nos incidentes da execução, para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias, de forma individual e coletiva. Incumbe, ainda, à Defensoria Pública requerer: todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo; a aplicação aos casos julgados de lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado; a declaração de extinção da punibilidade; a unificação de penas; a detração e remição da pena; a instauração dos incidentes de excesso ou desvio de execução; a aplicação de medida de segurança e sua revogação, bem como a substituição da pena por medida de segurança; a conversão de penas, a progressão nos regimes, a suspensão condicional da pena, o livramento condicional, a comutação de pena e o indulto; a autorização de saídas temporárias; a internação, a desinternação e o restabelecimento da situação anterior; o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca e a remoção do condenado.

E ainda cabe à Defensoria Pública requerer: a emissão anual do atestado de pena a cumprir; interpor recursos de decisões proferidas pela autoridade judiciária ou administrativa durante a execução; representar ao Juiz da execução ou à autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento administrativo em caso de violação das normas referentes à execução penal; visitar os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento, e requerer, quando for o caso, a apuração de responsabilidade; requerer à autoridade competente a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal.

O órgão da Defensoria Pública visitará periodicamente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio. Em todos os presídios haverá sala para instalação destinada à Defensoria Pública. A autoridade administrativa encaminhará, mensalmente, ao Juízo da execução, ao Ministério Público e à

Defensoria Pública cópia do registro de todos os condenados que estejam trabalhando e dos dias de trabalho de cada um deles. O Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou mediante representação do Conselho Penitenciário, e ouvido o liberado, poderá modificar as condições especificadas na sentença, devendo o respectivo ato decisório ser lido ao liberado por uma das autoridades ou funcionários.

Não é por menos que os mais festejados doutrinadores já demonstram quão pouco são os Estados contemporâneos que podem receber a qualificação de Estado Democrático de Direito. Tal concepção corresponde ao princípio *rule of Law* – governo da lei e não dos homens – que inspirou o Direito Constitucional anglo-saxão, na longa e árdua luta pela Supremacia do Direito e superação do arbítrio, como forma de governo. Podemos dizer então que, só se reconhecem afirmados os padrões de constitucionalismo onde os ideários das revoluções francesa e norte-americana se traduziu em preceito constitucional, em torno da teoria da tripartição do poder, fórmula empírica – resultante da experiência histórica – que assegura a independência do Judiciário e idoneidade aos meios e modos de exercício da jurisdição.

Onde prevaleçam os princípios informadores desse esquema, haverá garantia do supremo bem individual e social, a liberdade. Como fórmula de proteção deste valor fundamental – justificador de todas as teorias políticas democráticas e inspirador de todas as fórmulas estruturais de Estado, propostas nos últimos três séculos – surgiu a muito, no Direito Público Inglês, a cláusula *due process of Law*. A jurisdição – em seus princípios básicos e fórmulas mais gerais – é matéria constitucional. Não só porque justificou e esteve na essência do primeiro documento constitucional moderno – a Carta Magna de 1215 – mas também porque é essencial a convivência humana na solução dos conflitos

sociais, notadamente, por exemplo, nos que envolvem os valores fundamentais para o homem: a liberdade e o patrimônio.

Estes bens jurídicos são precipuamente protegidos pelas Constituições modernas; são mesmo a sua razão de ser. Nem se diga que são valorações burguesas, cuja validade se limita a um tipo de Democracia, circunscrita a uma época histórica ou a uma parte só dos países. Numa dimensão mais ampla, esses valores são universais no tempo e no espaço, por ser condição de afirmação da personalidade do homem, em qualquer lugar, em toda época. Evidente que se não pode entender aqui o conceito de patrimônio no sentido estrito de bens materiais, mas sim uma compreensão mais ampla, abrangente de todo um acervo – com suporte material, sim – entendido como projeção da personalidade do homem e de seus familiares e condição de sua afirmação. Tal concepção transcende de muito a visão burguesa e materialista de propriedade, para alcançar a dimensão de um conceito vasto e abrangente, profundamente cristão e humanitário.

E com a introdução do sistema acusatório no nosso ordenamento jurídico pátrio, por força das garantias constitucionais, a relação processual penal passou a ter seus três atores profissionais da área jurídica de forma individualizada, independente e harmônica, a saber: o representante do Ministério Público, o Advogado e o Juiz. Cada profissional oficiará nas ações penais, quer sejam públicas ou privadas, de modo separado integrando todos os sujeitos da relação jurídico-processual.

Quando estamos diante de um delito de natureza pública incondicionada, teremos o representante do Ministério Público como detentor exclusivo da atribuição constitucional de promoção da persecução penal, através da ação penal pública incondicionada, de igual forma na hipótese de delito de natureza pública condicionada à representação da vítima ou de seu representante legal, e na ausência de ambos, do cônjuge, companheiro, ascen-

dente, descendente ou irmão do primeiro, para que o representante do Ministério Público possa propor a ação penal pública condicionada à representação, cabendo salientar que nestas duas hipóteses o órgão do Ministério Público atuará na condição de órgão legitimado promovente ao mesmo tempo de custos legis, ou seja, fiscal da lei, e que é somente através da oferta da denúncia que terá início à busca do direito de punir estatal.

É bem de ver que o representante do Ministério Público deverá denunciar nos casos de maior poder ofensivo quando presentes à materialidade do crime e os indícios de quem seja o seu autor, pois faltando um desses requisitos, o órgão ministerial poderá diligenciar em busca dos mesmos e não os encontrando, deverá promover o arquivamento das investigações, que somente poderá ser desarquivado na presença de novas provas. Se, porém, o órgão do Ministério Público não promover os atos que lhes competia no prazo assinalado pela lei, em regra geral, de 05(cinco) dias estando o acusado preso e de 15(quinze) dias, se solto, a vítima ou seu representante legal, e na ausência de ambos, o cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão do primeiro, poderá ingressar em juízo através de advogado com uma queixa-crime dando início à persecução penal através da ação penal privada subsidiária da pública.

Já na hipótese de o delito ser de natureza privada temos a queixa-crime ofertada por advogado com poderes especiais do ofendido ou do seu representante legal, e na ausência de ambos, do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão do primeiro, e neste caso o representante do Ministério Público oficiará na condição de custos legis, ou seja, fiscal da lei. Em qualquer tipo de ação penal ofertada pelo representante do Ministério Público ou por advogado inscrito regularmente nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, obrigatoriamente funcionará na defesa do acusado um advogado nomeado pelo Juiz ou consti-

tuído às suas expensas, em cumprimento aos postulados constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e do contraditório.

Cabe ressaltar que na presença de acusado necessitado ele deverá ser defendido por Defensor Público se existente, ou dativo designado pelo Juiz. Finalmente a ornamentar o tripé que se edifica e sustenta a Justiça, temos o Juiz, órgão jurisdicional e administrativo imparcial, que desempenha a função estatal exclusiva do direito de punir, para tanto lhe sendo asseguradas garantias constitucionais e legais, de modo que toda atividade processual penal do representante do Ministério Público e do advogado de defesa será a ele submetida e devidamente controlada, garantindo-se assim o princípio da igualdade entre as partes e os poderes inerentes na busca da verdade real, para ao final o magistrado decidir pela aplicação de uma punição ao acusado ou absolvê-lo.

Porém, diuturnamente um sem-número de cidadãos economicamente pobres são levados pelos representantes do Ministério Público Estadual diante dos órgãos do Poder Judiciário, sem se falar de outros que são acusados do cometimento de crimes de ordem privada, e daqueles que são acionados civilmente, e que precisam de um profissional qualificado para contestar aquilo que contra si está produzido. E inapelavelmente estes cidadãos não possuem ainda no Estado do Rio Grande do Norte uma Defensoria Pública aparelhada e estruturada para dar vazão à grande quantidade de demandas que lhe são ofertadas. O prejuízo para o contingente dessas pessoas é imensurável, muitas vezes levando completo infortúnio a muitos lares potiguares.

Não podemos continuar com um tripé de Justiça onde o Ministério Público e o Poder Judiciário fazem seus concursos públicos e recrutam valores para seus quadros, sem que o Executivo também faça cumprir o que determina a Constituição Federal e a Lei Estadual que instituiu a Defensoria Pública. Portanto onde está o Executivo Estadual que ainda não se moveu no sentido de

dar o primeiro passo para estruturar e prover mediante concurso público os cargos dos Defensores Públícos em número suficiente para atender a demanda? Diante desta situação preocupante que ainda perdura no Estado do Rio Grande do Norte atingindo com graves consequências os hipossuficientes economicamente, que se veem privados de mais esta garantia constitucional, é necessário que o Poder Executivo Estadual autorize o quanto antes a realização do certame seletivo público para o recrutamento dos defensores públicos, para que estes investidos no cargo possam oferecer ao conjunto de excluídos da sociedade a possibilidade de discutir juridicamente suas mazelas sociais perante o Poder Judiciário. O contrário disso é deixar de cumprir a Constituição e a Lei e, por conseguinte, condenar os economicamente hipossuficientes à perda liminar de seus direitos básicos de cidadania, pois a estes já basta a ausência de educação, saúde, segurança, emprego e salário justo.

E quando a nossa liberdade está em risco, o meio hábil para combater possível constrangimento ilegal é o Habeas Corpus, conforme se depreende do artigo 5º, LXVIII, Constituição Federal: Conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Em decorrência, o Mandado de Segurança não se presta a combater suposta ilegalidade que ameaça à liberdade de locomoção de qualquer cidadão, visto que o manejo do mandado de segurança é residual, ou seja, somente será cabível quando não for o caso de habeas corpus ou habeas data, nos exatos termos do artigo 5º, LXIX, Constituição Federal: Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Sendo incabível o mandado de segurança na hipótese ventilada acima, por absoluta inadequação do meio, já que tal pedido envolvendo hipótese de direito de locomoção, deve desde logo, se for o caso, pela autoridade judiciária competente, ser a inicial indeferida, sendo, portanto, uma eventual decisão concessiva da liminar evidentemente ilegal. E principalmente quando tal decisão concessiva da liminar venha a se basear em pressupostos inteiramente dissociados da lei, quais sejam, por exemplo: a necessidade de representação para a investigação e eventual ação penal por crime de abuso de autoridade; e a desnecessidade de inquérito policial por se tratar de crime de menor potencial ofensivo em face da utilização do rito estabelecido na Lei nº 10.259/01. É que para a possível apuração do crime de abuso de autoridade, supostamente praticado pelo impetrante do Mandado de Segurança, não se faz necessária à representação da vítima. A falta de representação do ofendido, nos casos de abusos previstos na lei não obsta a iniciativa ou o curso de ação pública.

Como se depreende, tratando-se de pretenso crime de abuso de autoridade imputado a um investigado é prescindível a representação (formal) ou a inequívoca manifestação de interesse da vítima (informal) para a instauração do inquérito e da ação penal, pois referido delito é perseguido por ação penal pública incondicionada, cuja legitimidade pertence ao Ministério Público. Tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada não há, igualmente, que se falar em decadência, instituto apenas aplicável à ação penal privada e à ação penal pública condicionada à representação, nos exatos termos do artigo 38 do Código de Processo Penal, que não permite a sua invocação em face do Ministério Público. Portanto, uma eventual decisão liminar concessiva da suspensão do curso de um inquérito, constituiu evidente ilegalidade por ter sido originada em ação mandamental inadequada e por não atentar a possível instauração do referido procedimento investigatório contra qualquer norma processual,

vez que a apuração do crime de abuso de autoridade prescinde de representação da vítima, sendo de ação penal pública incondicionada.

Um outro exemplo bastante eficaz de atuação do advogado ou do defensor público é na Revisão Criminal. Que para alguns doutrinadores e operadores do Direito pátrio, a Revisão Criminal constitui uma ação autônoma impugnativa e para outros se trata de recurso de sentença transitada em julgado, com o objetivo de reparar injustiças ou erros judiciários, protegendo o *status libertatis e o dignitatis do réu*, sendo dirigida ao tribunal competente conforme o art. 624 do Código de Processo Penal:

Art. 624. As revisões criminais serão processadas e julgadas: (Redação dada pelo Decreto-lei nº 504, de 18.3.1969)

I - pelo Supremo Tribunal Federal, quanto às condenações por ele proferidas; (Redação dada pelo Decreto-lei nº 504, de 18.3.1969)

II - pelo Tribunal Federal de Recursos, Tribunais de Justiça ou de Alçada, nos demais casos. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 504, de 18.3.1969)

§1º No Supremo Tribunal Federal e no Tribunal Federal de Recursos o processo e julgamento obedecerão ao que for estabelecido no respectivo regimento interno. (Incluído pelo Decreto-lei nº 504, de 18.3.1969)

§2º Nos Tribunais de Justiça ou de Alçada, o julgamento será efetuado pelas câmaras ou turmas criminais, reunidas em sessão conjunta, quando houver mais de uma, e, no caso contrário, pelo tribunal pleno. (Incluído pelo Decreto-lei nº 504, de 18.3.1969)

§3º Nos tribunais onde houver quatro ou mais câmaras ou turmas criminais, poderão ser constituídos dois ou mais grupos de câmaras ou turmas para o julgamento de revisão, obedecido o que for estabelecido no respectivo regimento interno. (Incluído pelo Decreto-lei nº 504, de 18.3.1969)

E art. 102, I, j, CF:

*Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, preci-
puamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*

I - processar e julgar, originariamente:

j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados.

Art. 105, I, e, CF:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

*e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus jul-
gados.*

Art. 108, I, b, CF:

Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I - processar e julgar, originariamente:

*b) as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados
seus ou dos juízes federais da região.*

E art. 71, I, h, da Constituição Estadual do Rio Grande do Norte:

Art. 71. O Tribunal de Justiça tem sede na Capital e jurisdição em todo o território estadual, competindo-lhe, precípuamente, a guarda desta Constituição, com observância da Constituição Federal, e:

I – processar e julgar, originariamente:

h) as revisões criminais e ações rescisórias de julgados seus e dos Juízos que lhe são vinculados.

Poderá ser intentada a qualquer tempo, mesmo após o cumprimento da pena, porém não se admite a reiteração do pedido, salvo se fundado em novas provas (art. 622, do Código de Processo Penal), sendo de natureza de Juízo resacente ou revidente (nova relação processual, visando a desconstituir a sentença); Juízo rescisório ou revisório (substitui a decisão por outra). Quanto à legitimidade para ingresso da mesma em juízo, o art. 623, do Código de Processo Penal, admite pelo próprio réu, segundo os artigos 36 e 631, do Código de Processo Penal (substituição processual que dispensa a iniciativa dos familiares do réu), e a Súmula 393 (*Para requerer revisão criminal, o condenado não é obrigado a recolher-se à prisão*) do Colendo Supremo Tribunal Federal, e ainda quem defendia o ingresso pelo representante do Ministério Público.

Já no que diz respeito ao seu cabimento, temos pelo art. 621, do Código de Processo Penal que pode ser: a) quando a sentença condenatória (ou absolutória imprópria) for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos. Não cabe revisão: de sentença estrangeira homologada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal; para aplicar lei nova mais benigna, que tenha entrado em vigor após o trânsito em julgado da decisão (Lei de Execução Penal); de questão controvertida que se tenha adotado corrente doutrinária ou jurisprudencial não predominante ou sob o fundamento de que houve mudança de orientação jurisprudencial em questão controvertida; da

decisão de pronúncia; para reconhecer-se a invalidade do trânsito em julgado da sentença condenatória (habeas corpus); quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos.

Prova pré-constituída (justificação criminal - ação penal cautelar preparatória). A prova falsa deve ter sido a razão de decidir da sentença; e ainda quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena. A prova nova deve ser produzida judicialmente (1º grau), obedecendo-se ao princípio do contraditório e a participação do representante do Ministério Público. No que diz respeito ao seu processamento, os artigos 624 e 625, do Código de Processo Penal; além da Lei nº 8.038/90 e do Regimento Interno dos Tribunais (art. 628, do Código de Processo Penal). Se procedente a revisão (artigos 626, caput e 627, do Código de Processo Penal): alterar a classificação da infração, absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo. Desclassificação. Empate (decisão mais favorável ao réu). Efeito extensivo (art. 580, do Código de Processo Penal), desde que não tenha havido recurso improvido do corréu pleiteando o mesmo benefício. Se improcedente a revisão (art. 626, parágrafo único, do Código de Processo Penal).

Decisão condenatória do Tribunal do Júri (soberania dos veredictos X direito à ampla defesa): absolvição, alteração da classificação do delito, modificação da pena aplicada ou anulação do julgamento (juízo descendente e rescisório). Indenização por erro judiciário previsto pelo art. 630, do Código de Processo Penal, deve ser pedida expressamente. Art. 5º, LXXV e 37, § 6º da Constituição Federal. Não caberá indenização: art. 630, § 2º (art. 630, § 2º, b - controvérsia quanto à restrição). A decisão será liquidada e executada no juízo cível. Fazenda Pública (não será citada). A sentença revisional pode conter: um único pedido

visando à nulidade da sentença ou do processo: sentença que o acolher será desconstitutiva, limitando-se ao juízo rescendente.

Com a cassação da sentença, ou a anulação do processo, este retornará à origem para retomar seu curso; cumulação de pedidos visando o primeiro à desconstituição e o segundo à absolvição: sentença que acolher será objetivamente complexa: desconstitutiva, no juízo rescendente e declaratória no juízo rescisório (absolvição), ficando ambos a cargo do Tribunal; cumulação de pedidos visando à alteração da classificação e/ou à modificação da pena: sentença que acolher será objetivamente complexa: constitutiva, no juízo rescendente, e declaratória no rescisório, limitando-se a alterar a classificação e modificar a pena; e finalmente a cumulação de pedido civil aos pedidos penais, visando à justa indenização pelos prejuízos sofridos: sentença será desconstitutiva (*rescinde a res judicata*) e condenatória (impõe indenização no cível).

Quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança. Acontece que no Estado do Rio Grande do Norte, como de resto em muitas outras unidades da Federação, ainda não existem defensores públicos lotados nas diversas varas cíveis e criminais, verificando-se que milhares de cidadãos têm direito a demandar contra o Estado e não podem fazê-lo devido à inércia do Executivo Estadual, ao não proceder concurso público para recrutamento e seleção dos advogados, em número suficiente para atender a demanda.

Ressalto ainda que o Advogado será imprescindível para o ingresso dos recursos processuais das decisões judiciais desfavoráveis aos seus constituintes. A ideia de recurso vem de (*recorrer*), correr de novo, ou seja, colocar o processo em marcha novamente.

te. E tem como definição possibilitar o reexame das decisões, para que se possa ter o conhecimento (prelibação) e o provimento (deliberação). Constituindo assim o meio processual com previsão legal, usado para que se reexamine determinada matéria já apreendida em instância inferior, onde o recorrente demonstra o seu inconformismo, com o fito de reformá-la, parcial ou totalmente. A natureza jurídica do recurso se traduz no desdobramento do direito de ação que vinha sendo exercido até a decisão proferida; na ação nova dentro do mesmo processo e constitui qualquer meio destinado a obter a “reforma” da decisão, uma vez que o recurso tem como fundamento o inconformismo, albergado pelo princípio constitucional do duplo grau de jurisdição (Constituição Federal, arts. 92, 93, III e 125, § 3º).

Os recursos de modo geral apresentam-se de inevitável importância, tendo em vista permitir a correção de erros e abusos nas diversas decisões judiciais, além de sua finalística instrumental, não somente para possibilitar a irresignação de quem se viu prejudicado por uma determinada decisão, mas fundamentadamente a serviço do cidadão e da Justiça na aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição, como reexame da causa (inconformismo e falibilidade humana), com a competência originária dos Tribunais que se encontra inserido na concepção revisional das decisões judiciais.

E em decorrência ainda dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, em face da bilateralidade dos atos processuais, e sobretudo a utilização dos meios e recursos admissíveis pelo Direito (Constituição Federal, art. 5º, LV - *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;*). Também como corolário do princípio do estado de inocência, que se traduz na presunção de inocência (princípio da não-culpabilidade), o que leva a prisão como medi-

da cautelar e caber o ônus da prova ao acusador. Importa também na certeza para a condenação (Constituição Federal, art. 5º, LVII - *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;*) e do consagrado direito ao silêncio (Constituição Federal, art. 5º, LXIII - *o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;*).

E finalmente pelo princípio do devido processo legal, pois devemos obediência às normas constitucionais e processuais (Constituição Federal, art. 5º, LIV - *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;* art. 5º, LXX-VIII - *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação;*).

Os seus pressupostos (juízo de admissibilidade ou prelibação, em regra, realizado em dois graus), para o conhecimento do recurso. Os de natureza objetiva: Previsão legal ou cabimento - Previsão legal é aquela prevista em Lei, ou seja, que para cada decisão, a Lei contenha o recurso cabível. Cabe também a aplicação do princípio da fungibilidade, pelo qual o julgador deve receber um recurso errado como se o correto tivesse sido interposto, porém há que se obedecer ao prazo legal do recurso correto. Sendo que nas hipóteses de recurso especial e extraordinário não se aplica o princípio da fungibilidade, em decorrência de que o objeto de cada um desses recursos é diferente do outro; Adequação, pela qual cumpre ao recorrente utilizar o recurso adequado, ou seja, recurso adequado à decisão que se quer impugnar; Forma prescrita em Lei ou regularidade procedural, ou seja, a observância das formalidades da Lei, como prazo e forma de interposição (por petição ou termo nos autos). Interposição (Código de Processo Penal, art.578): Termo nos autos (verbal) ou por petição (apelação e recurso em sentido estrito); só por

petição (recurso extraordinário, especial, embargos infringentes e declaratórios, correição parcial, carta testemunhável e apelação no Juizado Especial Criminal). Explanação dos motivos do recurso (razões do recurso). Forma prescrita pela Lei vigente ao tempo em que a decisão recorrida foi proferida. O recurso será interposto por petição ou por termo nos autos, assinado pelo recorrente ou por seu representante. Não sabendo ou não podendo o réu assinar o nome, o termo será assinado por alguém, a seu rogo, na presença de duas testemunhas.

A petição de interposição de recurso, com o despacho do juiz, será, até o dia seguinte ao último do prazo, entregue ao escrivão, que certificará no termo da juntada a data da entrega. Interposto pôr termo o recurso, o escrivão, sob pena de suspensão por dez a trinta dias, farão conclusos os autos ao juiz, até o dia seguinte ao último do prazo. A tempestividade, ou seja, o prazo previsto em Lei (Código de Processo Penal, art.798 e 575); termo *a quo* (Supremo Tribunal Federal, Súmulas 310 (*Quando a intimação tiver lugar na sexta-feira, ou a publicação com efeito de intimação for feita nesse dia, o prazo judicial terá início na segunda-feira imediata, salvo se não houver expediente, caso em que começará no primeiro dia útil que se seguir*); e 710 (*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*); Código de Processo Penal, art.370, §2º); defensores públicos (pessoal e prazo em dobro – Lei nº 7.871/89); intimações em dias diferentes do réu e seu defensor; intimação via precatória (Supremo Tribunal Federal, Súmula 710); Lei 9.800/99 (interposição via fac-símile ou outro similar). Para cada recurso existe previsão legal do prazo para sua interposição. Estes são fatais, contínuos e peremptórios. Somente o recurso interposto dentro do prazo legal poderá ser conhecido e julgado. Na contagem de prazo no direito processual penal, exclui-se o primeiro dia e inclui-se o último dia.

Ausência de fatos impeditivos ou extintivos do direito de recorrer – Impeditivos (impedem a interposição ou o recebimento do recurso). Inexistência de fato impeditivo (surge antes do recurso ser interposto). Extintivos (supervenientes à interposição do recurso). Inexistência de fato extintivo (surge após a interposição do recurso). Renúncia: preclusão lógica, prática de ato incompatível com a vontade de recorrer (caráter irrevogável). Divergência entre a vontade do réu e do seu defensor? Súmulas 705 (*A renúncia do réu ao direito de apelação, manifestada sem a assistência do defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta*); e 708 (*É nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro*) do Supremo Tribunal Federal. Não recolhimento à prisão nos casos em que a Lei exige – Supremo Tribunal Federal, Súmula 393 (*Para requerer revisão criminal, o condenado não é obrigado a recolher-se à prisão*). Desistência: expressa manifestação de vontade de não prosseguir com o recurso interposto (caráter irrevogável). Ministério Público (Código de Processo Penal, art. 576). Defensor (poderes especiais). Divergência entre o réu e seu defensor? Deserção: abandono do recurso (falta de preparo ou fuga do réu? Logo após a interposição do recurso – Código de Processo Penal, art. 595, Súmula 347, Superior Tribunal de Justiça).

Quanto aos pressupostos subjetivos dos recursos temos o interesse processual - (Código de Processo Penal, art. 577, § único). Legitimidade para recorrer: Código de Processo Penal, art. 577 (não taxativo). Ministério Público e ação privada exclusiva. Ministério Público pode recorrer de sentença condenatória em favor do réu? Pode o réu recorrer da sentença absolutória, a fim de mudar o fundamento da absolvição? O defensor dativo é obrigado a recorrer da sentença condenatória? O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto. O recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante,

ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor; Sucumbência, que é a necessidade de que a decisão que se pretende recorrer tenha provocado algum prejuízo ao recorrente, não atendendo, portanto, as suas expectativas. Não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão.

Uma vez interposto o recurso, caberá ao órgão jurisdicional *a quo* (contra quem se recorre) examinar sua admissibilidade (análise de todos os pressupostos, objetivos e subjetivos, do recurso). Se positivo determinará o seguimento do recurso à instância superior. Se negativo, negará o seguimento, importando em nova sucumbência, possibilitando à parte sucumbente utilizar-se de outro recurso contra a negativa. Também caberá ao órgão jurisdicional *ad quem* (para quem se recorre) uma nova análise de todos os pressupostos recursais sem qualquer vínculo com a análise feita pelo órgão a quo. Caso não satisfeitos os pressupostos, o recurso não será conhecido.

Constituem princípios informadores dos Recursos: a taxatividade – Expressa previsão legal do recurso. Interpretação extensiva e analógica de certas regras (Código de Processo Penal, art. 3º); ações autônomas de impugnação; a fungibilidade – Para que não haja prejuízo para a parte que se equivocou no meio pelo qual deve ser efetuado o reexame da decisão. (Código de Processo Penal, art. 579) Conhecimento do recurso erroneamente interposto, desde que não haja má-fé (exemplo, o erro grosseiro), não se trate de recurso com fundamentação vinculada e esteja dentro do prazo do recurso adequado. Não serão prejudicados os recursos que, por erro, falta ou omissão dos funcionários, não tiverem seguimento ou não forem apresentados dentro do prazo. Salvo a hipótese de má-fé, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro. Se o juiz, desde logo, reconhecer a impropriedade do recurso interposto pela parte, mandará processá-lo de acordo com o rito do recurso cabível.

A variabilidade – A parte poderá desistir de um recurso e interpor um novo, desde que dentro do prazo legal; a unirrecorribilidade das decisões – Como regra, a Lei prevê apenas um recurso adequado para combater determinada decisão. Para cada decisão há um recurso cabível (exceções: recurso extraordinário e especial; habeas corpus e apelação); a complementariedade – O recorrente poderá complementar a fundamentação de seu recurso, se houver integração ou complementação da decisão, em virtude do acolhimento dos embargos de declaração; a dialeticidade – (Código de Processo Penal, art. 600 e 601) Indicação dos motivos em razão do qual pleiteia o reexame (contraditório). Razões em 2^a instância (Código de Processo Penal, art. 600, § 4º); a disponibilidade – Discordância entre defensor e réu (Código de Processo Penal, art. 577). Menor de 21 anos? (desistência desde que assistido pelo Curador). Ministério Público (Código de Processo Penal, art. 576). Súmula 705 (*A renúncia do réu ao direito de apelação, manifestada sem a assistência do defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta*), do Supremo Tribunal Federal.

A irrecorribilidade das interlocutórias – Exceções: art. 581 do Código de Processo Penal, outras previstas em Leis especiais, habeas corpus, mandado de segurança, correição parcial ou reclamação; a personalidade – O recurso só pode beneficiar à parte que o interpôs (exceção: Código de Processo Penal, art. 580 – princípio do benefício comum); e quem recorreu não pode ter sua situação agravada (*reformatio in pejus*), se não houver recurso da parte contrária (Código de Processo Penal, art. 617 e Supremo Tribunal Federal, Súmula 160). Recurso exclusivo da acusação (*reformatio in melius* para o réu ou *reformatio in pejus* para o órgão da acusação? Princípio da igualdade X princípios da economia processual e favor rei) *Reformatio in pejus* indireta. *Reformatio in pejus* indireta e anulação de sentença proferida pelo Tribunal do

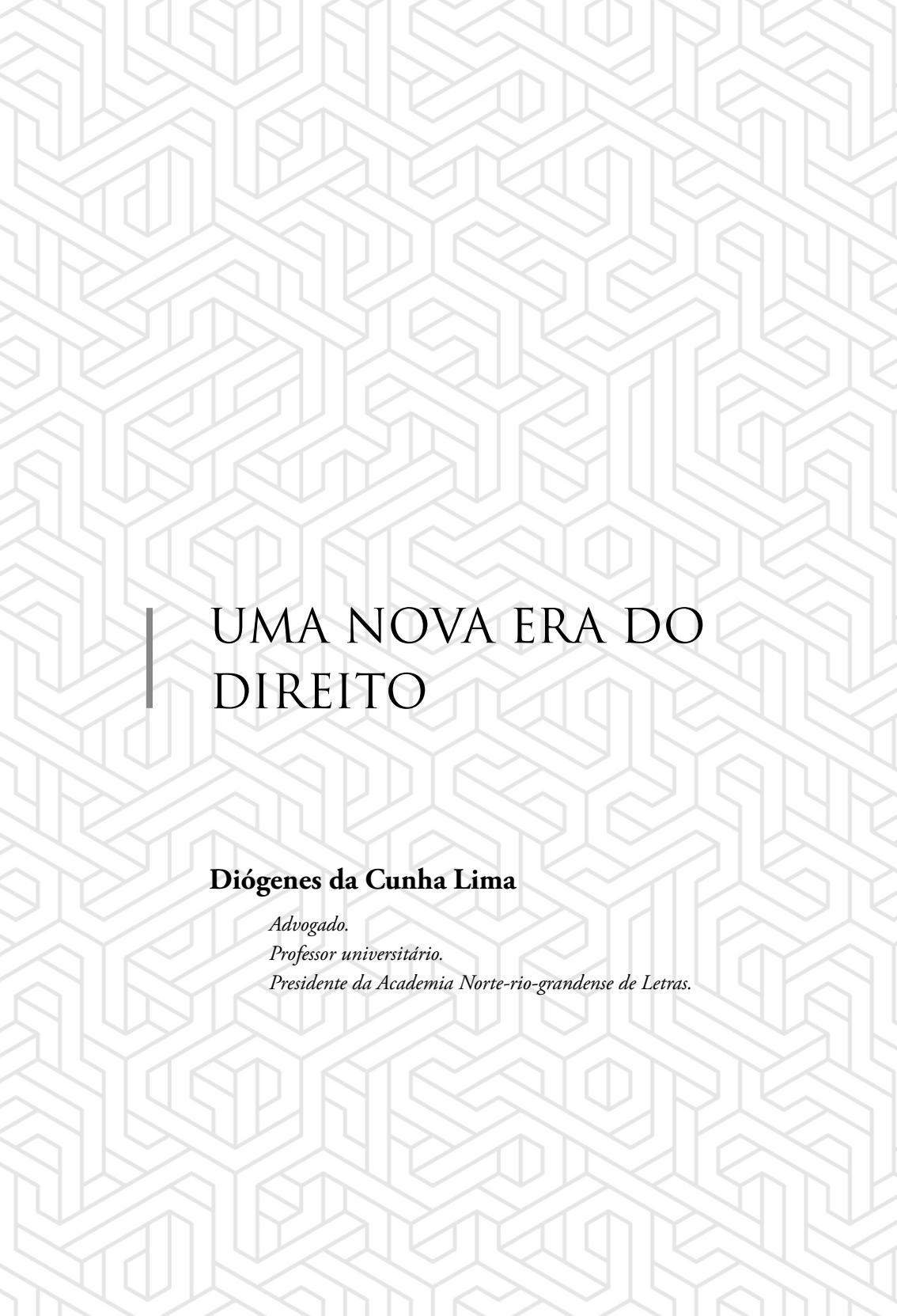
Júri. Anulação do processo pelo reconhecimento de incompetência absoluta.

Admitido o recurso, este produzirá seus efeitos, a depender de sua natureza ou disposição legal. São eles: Devolutivo – Comum a todos os recursos, por meio do qual se transfere para a instância superior – e excepcionalmente à mesma instância, como ocorre com os embargos declaratórios – o conhecimento de determinada questão. Reexame da matéria pela instância superior; Suspensivo – A regra é de quando a Lei prevê expressamente. Porém há reiterados julgados que admitem este efeito mesmo quando não há previsão legal para tal. Produz a suspensão da eficácia da decisão, ou seja, a mesma não pode ser executada até que ocorra o seu julgamento. Recurso extraordinário e especial (não há efeito suspensivo - art. 27, § 2º da Lei 8.038/90 versus princípio da presunção de inocência); Extensivo – Na hipótese de concurso de agentes, onde a decisão do recurso interposto por um recorrente, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos demais. (Art. 580, Código de Processo Penal). No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 29), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros; Regressivo – Constitui exceção no direito processual penal. É o juízo de retratação, pelo qual abre a possibilidade do próprio juiz prolator da decisão retratar-se. (Ex. Recurso em sentido estrito).

As principais características dos recursos são a Voluntariedade – Em regra, constitui uma faculdade às partes para recorrerem das decisões. Tal princípio é mitigado quando se tratar de recurso de ofício pelo juiz, que constitui uma condição de eficácia da sentença; não trânsito em julgado da decisão – Necessita que não se tenha consumado o trânsito da decisão a ser impugnada pela via do reexame; não instituírem nova relação processual – Se

julga o recurso no bojo do próprio processo em que a decisão guerreada foi lavrada, não se formando assim uma nova relação jurídica processual.

Quanto a classificação dos recursos temos quanto ao critério de iniciativa – Os recursos serão voluntários (depende do interesse da parte), excetuando-se os seguintes casos, em que deverão ser interpostos, de ofício pelo juiz: da sentença que conceder habeas corpus (remessa necessária – Código de Processo Penal, art. 574, I; Supremo Tribunal Federal, Súmulas 160 (*É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício*); 344 (*Sentença de primeira instância concessiva de habeas corpus, em caso de crime praticado em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, está sujeita a recurso ex officio*); e 423 (*Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso ex officio, que se considera interposto ex lege*)). Quanto ao critério das fontes informativas: constitucional (Constituição Federal), legal (Código de Processo Penal e em leis especiais) e regimental (regimentos dos Tribunais). Quanto ao critério do julgamento: Iterativos: quando o reexame da matéria é devolvido ao próprio órgão recorrido; reiterativos: só devolvem a questão para o órgão jurisdicional *ad quem*; mistos: reexame pelo próprio órgão recorrido e pelo órgão de instância superior.



UMA NOVA ERA DO DIREITO

Diógenes da Cunha Lima

Advogado.

Professor universitário.

Presidente da Academia Norte-rio-grandense de Letras.

Vivemos numa época de profundas mudanças na interação humana. A internet integrou-se em nosso cotidiano, alterando hábitos e costumes, criando uma nova maneira de pensar e de agir. Cada vez mais, a inteligência artificial nos aponta diferentes caminhos.

A normatização jurídica deve acompanhar o desenvolvimento social e tecnológico. Mais do que isto: os operadores do Direito devem fazer permanentemente um exercício de futurologia. Prever e preparar-se para “O Admirável Mundo Novo”.

A maioria dos seres humanos, nos dias de hoje, não pode viver sem internet. Mas esta rede logo será coisa do passado. Há cerca de 20 anos, os cientistas pensam em criar a *internet quântica*, já estudada em vários países. A China é apontada como precursora. A Universidade de Harvard, aliada ao MIT (Massachusetts Institute of Technology), também apresenta resultados concretos. Da mesma maneira, com diferentes métodos, é pesquisada na Universidade de Cambridge. No Brasil, há um projeto pioneiro sendo executado pela UFPE (Universidade Federal de Pernambuco).

Quando surge um problema, empresas, cientistas ou governos buscam a solução. Os hackers invadem e prejudicam instituições públicas e privadas. A internet quântica trará segurança aos sistemas e comunicações. O “quantum” na net certamente modificará o Direito, sua doutrina e jurisprudência.

Já adotamos os processos judiciais eletrônicos. Os tribunais do trabalho utilizam costumeiramente as mensagens de *WhatsApp* nas intimações e conciliações. Outros tribunais também o

utilizam quando não encontram endereço postal. O *WhatsApp* faz prova da comunicação. Nós, advogados, usamos assinatura digital, e grande parte da comunicação com os clientes através dos home offices. As nossas bibliotecas estão mais quietas do que nunca, a preferência é a pesquisa cibernética.

Quem não está utilizando, com frequência, as redes sociais, network, é considerado uma pária, um excluído digital. É possível notar que a nova tecnologia favorece à economia, de tempo e de espaço, estimulando o empreendedorismo. Estamos cada vez mais distanciados da advocacia artesanal ganhando em produtividade. A criação dos juizados especiais e dos bancos de jurisprudência atestam estas afirmações.

Já se disse que há uma robotização da advocacia. Nada dispensa ou dispensará o trabalho e a condução do advogado.

É facilitado a interação entre escritórios de advocacias, inclusive para a utilização comum de bancos de dados. Discute-se a internet como direito fundamental, a ONU a recomenda como um dos direitos humanos. Os crimes cibernéticos estão sendo punidos, entre eles o *revenge porn*, que é uma exposição dos amantes como forma de vingança, e o *cyberbullying*, que atinge sobretudo crianças e adolescentes.

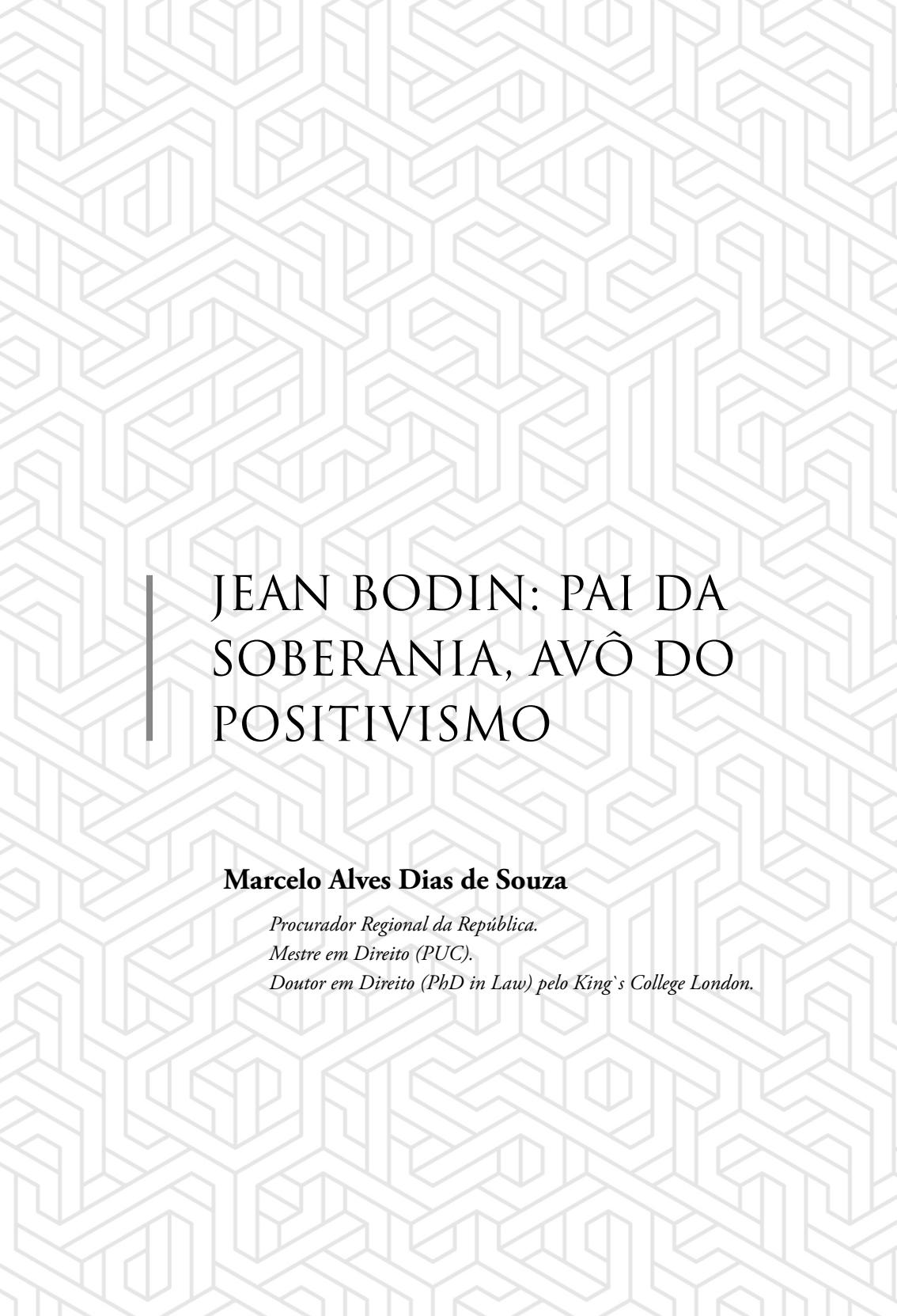
As licitações podem ser feitas por pregão digital. A propaganda digital supera o prestígio da televisão e do rádio. O Título de Eleitor, como outros meios de identificação pessoal, são também hoje digitalizados. Os juízes estão trabalhando para identificar as *fake news*.

O direito processual é praticado por meios digitais. Contratos civis são assim celebrados. A fé pública digital é permitida pelo direito imobiliário. A tornozeleira manda informações substanciais sobre o apenado. O direito bancário, buscando eficiência e economia, estabelece transações digitais. O *e-commerce* cresce

de importância e eficiência e como tal é regulado pelo direito do consumidor.

As empresas diminuem a estocagem por necessidade quantitativa, em face de os consumidores receberem os objetos solicitados em domicílio.

Quem sabe se a ciência jurídica terá um direito quântico? Nesta era digital, em que a transformação das informações é seu diferencial, abrem-se importantes e inovadores caminhos para o Direito.



JEAN BODIN: PAI DA SOBERANIA, AVÔ DO POSITIVISMO

Marcelo Alves Dias de Souza

Procurador Regional da República.

Mestre em Direito (PUC).

Doutor em Direito (PhD in Law) pelo King's College London.

1 - BODIN: VIDA E OBRAS

Se a Itália – mais precisamente a República Florentina de então – nos deu Nicolau Maquiavel (1469-1527), a França nos presenteou com outro grande pensador, também considerado como um dos pais da Ciência Política. O nome dele é Jean Bodin (1530-1596).

Para quem não sabe, Jean Bodin nasceu em Angers, na França, no seio de uma família burguesa de classe média. Estudou no mosteiro carmelita da sua cidade natal. Chegou ao noviciado. Não adaptado à ortodoxia católica (havendo até suspeita de envolvimento com algumas “heresias”), foi dispensado dos votos. Embora tenha restado formalmente católico pelo resto da vida, namorou o protestantismo. Estudou no que viria a ser o College de France (Filosofia) e na Universidade de Toulouse (Direito). Economista, historiador, filósofo, teólogo, jurista e cientista político, Bodin foi, como homem público, entre outras coisas, professor de Direito (em Toulouse), advogado (em Paris), conselheiro de príncipes e reis e membro do outrora poderoso Parlamento de Paris (uma instituição do Antigo Regime que, embora com o nome de Parlamento, compunha a mais alta hierarquia do aparelho judicial francês de então).

Em francês da época, depois vertidos para o latim, Jean Bodin escreveu inúmeros livros (sobre História, Economia, Direito, Ciência Política, Filosofia, Teologia e por aí vai), alguns deles, flertando o autor com o calvinismo huguenote, “interditados” por ofender a ortodoxia católica. Dentre as obras de Bodin, des-

tacam-se: *Método fácil para a compreensão da história* (*Methodus ad facilem historiarum cognitionem*, de 1566); *Os seis livros da República* (*Les six livres de la République*, de 1576); a nova versão deste, agora em latim, como *Da República* (*De Republica*), que é de 1586; e o manuscrito “Colóquio entre sete sábios de diferentes sentimentos acerca dos segredos das coisas sublimes” (*Colloquium heptapleres: des secrets cachez des choses sublimes entre sept sçavans qui sont de differens sentimens*, 1593).

2 - A TRINDADE DO ABSOLUTISMO

Maquiavel, Bodin e, mais tarde, o inglês Thomas Hobbes (1588-1679), com seus textos, formam a conhecida “trindade do Absolutismo”.

Aliás, a comparação de Bodin com Maquiavel é inevitável. Lembremos, primeiramente, que Bodin nasceu apenas dois anos depois da morte de Maquiavel, que se deu em 1527. Entretanto, segundo Kurt Schilling, em sua *História das ideias sociais*, Bodin era um jurista e humanista que, “consolidado na tradição política do grande Estado formado por sua pátria”, estava “longe de ter um raciocínio tão penetrante quanto o de Maquiavel”. Para Schilling, “o que Maquiavel tentara fazer como diplomata e como político (procurar para o novo Estado seu lugar no mundo em sua qualidade de *potência*), Bodin realiza *juridicamente* na tradição nacional e política de seu país. As categorias do pensamento são aqui completamente diferentes, bem menos profundas no plano humano, mas o objetivo não é uma simples quimera, estando já presente na realidade: o novo Estado absolutista e seu direito. Em seu objetivo e apesar de sua realidade nessa época, ele é muito mais superficial do que a ideia social de Maquiavel de um povo que ainda não existia” (SCHILLING, 1974, p. 195).

Não resta dúvida que a obra de Bodin não teve o mesmo sucesso histórico alcançado por *O Príncipe* (*Il Principe*, de 1513). Na Ciência Política, a importância e a influência de Maquiavel, mesmo sendo ele quase sempre incompreendido e alvo de vilipêndios, ainda não foram superadas. Mas será mesmo essa comparação com Maquiavel tão desfavorável a Bodin? Até por estar muito mais integrado à sua época e ao seu Estado (em processo de consolidação do Absolutismo), que ele ajudou realmente a formar (diferentemente de Maquiavel, que terminou a vida no ostracismo), eu sinceramente penso que não.

Bodin, para mim, também foi um gigante. E isso eu vou tentar demonstrar, ao tratarmos das principais ideias desse jurista francês, ao longo deste artigo.

3 - BODIN: CONTEXTO HISTÓRICO

Como já dito, Jean Bodin forma, ao lado de Nicolau Maquiavel e de Thomas Hobbes, a denominada “trindade do Absolutismo”. Mas quais foram as principais ideias desse francês, que é considerado um dos fundadores – e, portanto, um dos seus gigantes – da Ciência Política?

Antes de mais nada, é preciso ser justo com Bodin, enxergando ele dentro do seu contexto histórico. Ele viveu numa França em plena consolidação inexorável da monarquia absoluta, que ele comprehende, aceita e justifica. De fato, como anota Paulo Jorge Lima no seu *Dicionário de filosofia do direito* sobre Bodin, “ideólogo do absolutismo monárquico do século XVI na França, suas conclusões relativas à soberania, por ele conceituada como um poder indivisível e absoluto, voltavam-se contra o fractionamento feudal, no momento em que se consolidava o Estado

francês centralizado” (LIMA, 1968, p. 36). Nesse ponto, ele se assemelha a Maquiavel (também fruto do seu tempo e da sua Itália em ebulação), usando seu poder de observação e um método indutivo para demonstrar suas teses, tão políticas quanto jurídicas, visando atingir os objetivos práticos da administração do Estado de então.

Ele também viveu numa época de transição do antigo feudalismo, do poder disperso nas mãos de vários “senhores”, para a era dos estados centralizados. Ele presenciou a consolidação de direitos, tais como o da propriedade privada, hoje tão caros para nós. Ele sofreu com a anarquia espiritual causada pelas guerras religiosas na França a partir da segunda metade do século XVI. Ele sobretudo viveu numa França em plena afirmação inexorável – e certamente independente da sua vontade – da monarquia absoluta, que ele compreendeu, aceitou e, mais do que isso, justificou. Assim, como fiel súdito do rei da França e pensando na unidade e no sucesso do seu Estado, ele, ao mesmo tempo, retrata e formata as ideias absolutistas de então. Bodin, portanto, assim como Maquiavel (e com mais sucesso do que este, sob o ponto vista da sobrevivência política no regime vigente), é também fruto do seu tempo.

Na verdade, Bodin acreditava haver três formas para o exercício do poder estatal: a monarquia, a aristocracia e a democracia. Bodin, com inteira razão, abominava a desordem e o desgoverno. E, para combater esses males, ele faz uma opção clara pela monarquia, fundamentando seu pensamento na história dos povos, na autoridade de grandes pensadores e na crença de que é impossível governar dando ou recebendo ordens de iguais. Para ele, apenas na monarquia absoluta, a soberania – conceito importantíssimo para Bodin, do qual trataremos mais tarde – poderia ser exercida na sua completude e perfeição.

Bodin faz uso, em prol do Estado absolutista francês (que, séculos depois, com a Revolução Francesa, restará também co-

nhecido como o *ancien régime*), da antiga doutrina da origem ou do direito “divino” dos reis. Como explicam os autores de *O livro da política*, para Bodin “a fonte da legitimidade do soberano era a lei natural e o direito divino dos reis – o código moral da sociedade e o direito do monarca de governar, ambos vindos direto de Deus. Nisso, Bodin se opunha ao conceito de que a legitimidade soberana viria de um contrato social entre o governante e seus súditos, uma ideia mais tarde desenvolvida pelos pensadores iluministas como o filósofo francês Jean-Jacques Rousseau.” (KELLY, 2013, p. 89).

4 - ABSOLUTISMO, PORÉM LIMITADO

Entretanto – e aqui vai um ponto marcadamente favorável ao pensador francês, se comparado a Maquiavel –, para Bodin existiam algumas limitações ao poder do monarca absoluto, impostas pelo que ele chama de leis naturais e leis divinas, anteriores ao próprio soberano, uma vez já existentes na natureza ou criadas por Deus (no caso, o Deus cristão). Se o monarca é o primeiro servo de Deus, “todos os príncipes estão obrigados pelas leis divinas, não podendo contrariá-las, sob pena de incorrer em crime de lesa majestade e mesmo em guerra contra seu Deus”, diz Bodin, mais ou menos com essas palavras, em notório trecho de *Da República* (*De Republica*)¹. Apesar de Bodin não apreciar a ideia de democracia (como regime político ou como forma de governo), ele discordava da concepção maquiavélica de que o soberano podia tudo, governando sem limites. Para Bodin, os monarcas, para governar, precisavam ter o poder absoluto, mas teriam, entretanto, de prestar contas a Deus e à natureza das coisas. E a obediência ou não a essas leis naturais e divinas é que faz a diferença entre um justo poder monárquico e a tirania.

Assim, como afirma Kurt Schilling em *História das ideias sociais*:

Bodin não mais fez príncipes absolutos, isentos de tutela, puros despotas e tiranos. Onde em Maquiavel o novo pensamento político de uma regeneração da vida do povo se verifica por meio de grandes objetivos em política externa e interna e onde o caminho se acha aberto para o Estado nacional, em Bodin somente se encontra uma reminiscência cristã-humanista bastante débil do direito natural. Recusou expressamente o maquiavelismo, isto é, a doutrina segundo a qual o monarca a serviço do Estado deve poder até cometer injustiças. Entendia ele que o poder legislativo e o poder autoritário absolutos dos príncipes deviam estar subordinados à razão e ao direito natural. Mas, para tanto, baseou-se simplesmente na religião; na religião, é verdade, enquanto assunto pessoal, que ocupa um lugar diminuto na doutrina da soberania de direito divino dos Estados temporais isentos de toda tutela” (SCHILLING, 1974, p. 198).

Ponto para Bodin, definitivamente.

5 - O PAI DA SOBERANIA

No mais, em sua obra, Jean Bodin dedicou grande atenção à ideia de soberania, que seria “o cimento das relações sociais”, relacionando-a ao absolutismo e à perpetuidade do poder, sendo por isso considerado o idealizador dessa categoria jurídico-política. E a noção, hoje por todos defendida, de que os Estados são – ou, pelo menos, deveriam ser – soberanos em seu próprio território deve ser creditada, em grandíssima proporção, na conta de Jean Bodin e dos seus *Os seis livros da República* (*Les six livres de*

la République, 1576) e sua posterior versão em latim, com o título *Da República* (*De Republica*, 1586).

A ideia de soberania foi realmente uma grande sacada do pensador francês, sobretudo se levarmos em conta o contexto histórico de então. Vivia-se já o declínio do Sacro Império Romano-Germânico após a Reforma Protestante. Guerras religiosas pipocavam pela Europa (na França, durante toda a segunda metade do século XVI, entre católicos e protestantes huguenotes, em particular). A Guerra dos Trinta Anos (1618-1648) estava por vir. As lutas entre a Igreja Católica, os protestantes, os nobres e os monarcas, uns contra os outros, com os muitos súditos no meio, levavam, com frequência, a desordens e à guerra civil. E, como lembra Kurt Schilling, em sua *História das ideias sociais* (1974), “já não havia mais instância eficaz que pudesse, como o papa anteriormente, limitar realmente a soberania do Estado e de seu representante. A religião não podia mais, no Direito Público, ter precedência sobre os Estados; nessa época de reivindicações papais feitas ao poder temporal, isso teria significado a ingerência de uma potência estrangeira e destruído a soberania dos Estados”.

A separação entre a Igreja e os Estados, de forma a evitar muitos desses conflitos, já havia sido defendida pelo reformista alemão Martinho Lutero (1483-1546), entre outros. Pensadores posteriores, como o filósofo inglês John Locke (1632-1704), os badalados iluministas franceses e o *found father* americano Thomas Jefferson (1743-1826) laboraram no mesmo sentido. Mas Bodin, sobretudo, achava que um poder monárquico soberano – centralizado, forte, absoluto, perpétuo – era precisamente a solução para assegurar a prosperidade e a paz entre os países, interna e externamente.

A ideia de soberania precede a Jean Bodin, claro. Mas ele foi o primeiro a cuidar do tema de forma sistemática. Para Bodin, consoante afirmado em seus “livros da República” (de 1576

e, em latim, de 1586), a “soberania é o poder que acima de si, afora Deus, não admite outro e que, por natureza, é em si mesmo ilimitado e permanente”. E aqui confesso haver feito uso, mais uma vez, para expor a definição de Bodin, da excelente tradução de Cabral de Moncada, constante de sua *Filosofia do Direito e do Estado* (MONCADA, 1955, p. 120).

A concepção de soberania de Bodin está relacionada à sua crença de se concentrar totalmente o poder, para o bem do Estado, nas mãos do seu governante. O povo ou o órgão legislativo representativo é assim despojado de suas potestades em prol do monarca absoluto, que a esse poder faz jus por direito divino (e não porque foi investido por outrem). Internamente e temporalmente, a soberania é, por princípio, um poder ilimitado e perpétuo. Mas Bodin, homem de vastíssima leitura e conhecimento universal, rendeu suas homenagens ao direito natural e a um ideal próprio de justiça: sua soberania encontra (apenas) limitações na lei divina e na própria natureza das coisas, devendo o soberano, para o bem do Estado, agir livremente, embora observando os limites estabelecidos por essas leis (a de Deus e as da natureza).

6 - O AVÔ DO POSITIVISMO

Doutra banda, curiosamente, a concepção da soberania por Bodin parece estar também à frente do seu tempo levando em consideração as posteriores ideias positivistas de gente como John Austin (1790-1859), com o seu “comando do soberano”, e Hans Kelsen (1881-1973), com a sua “norma fundamental”.

Sem dúvida, Bodin foi muito pragmático – e feliz, pode-se dizer – levando em consideração as necessidades de seu tempo. Em seus tratados (*Os seis livros da República* e a versão em la-

tim *Da República*), ele reiteradamente defendeu que a soberania, para ser eficaz, necessariamente deveria ser absoluta e perpétua. Somente assim se teria, como nos tempos modernos, uma autoridade central efetivamente forte sobre o território do país, limitando a independência de seus grandes vassalos, das cidades e das muitas corporações medievais. Esse Estado centralizado far-se-ia forte também no plano externo, enfrentando a Igreja e o Sacro Império Romano-Germânico. Deu certo. E foi precisamente essa insistência de Bodin na necessidade de soberania absoluta que formou o pilar intelectual essencial para a ascensão e consolidação das monarquias absolutistas por quase toda a Europa.

Mas, para além disso, como registra o já citado Kurt Schilling:

O princípio jurídico fundamental do novo Estado, no qual se baseia sua pretensão à força e ao direito, é a soberania. Bodin coloca-o no centro dos seis livros de sua República. O império medieval foi no plano jurídico um entrelaçado de direitos e de privilégios criados por um contrato vitalício mantido indissoluvelmente pelos vínculos de vassalagem. Se se entendesse isso como uma construção de Estado puramente temporal, os direitos e os privilégios dos membros independentes da comunidade, fixados de uma vez por todas, freariam naturalmente o Estado em seu florescimento, na solução de seus problemas internos e externos. A noção de soberania inverte portanto a interpretação geral do direito dos Estados. A soberania, na sua qualidade de característica essencial do Estado, coloca desde o começo e a cada momento de sua existência a preponderância do próprio Estado em face de todas as leis e de todos os direitos. Por isso o direito torna-se uma lei promulgada e abrogada por uma instância política superior à lei e livre em face dela. Em Bodin essa instância política é naturalmente o princípio. (SCHILLING, 1974, p. 195-196).

Essa presença em Bodin de rudimentos de positivismo é, no mínimo, invulgar. Ela antecipa a ideia da “legislação positiva” nos Estados modernos, no sentido de que há uma fonte positiva às leis (seja o “comando do soberano” ou a “norma fundamental”), preexistente às próprias leis, promulgando-as e, consequentemente, independente e acima delas, sendo o direito concebido como uma ordenação positivamente dada.

7 - O TEÓLOGO, HUMANISTA E CIENTISTA

Para além de mestre do Direito e da política, Jean Bodin foi também teólogo, humanista e cientista.

É verdade, e eu não nego, que a sua *Demonomania dos feiticeiros* (*De la demonomanie des sorciers*, de 1580), nos mostra um homem impregnado de concepções místicas. Suas menções a demônios, bruxas e procedimentos para os julgamentos destas, deram a Bodin uma fama de homem impiedoso. Mas esse misticismo misturado a um certo fervor religioso é uma característica da época, presente, aliás, em quase todos os grandes espíritos do seu tempo. E, por outro lado, o seu manuscrito “Colóquio entre sete sábios de diferentes sentimentos acerca dos segredos das coisas sublimes” (*Colloquium heptaplomeres: des secrets cachez des choses sublimes entre sept sçavans qui sont de differens sentimens*, de 1593), que narra diálogos/discussões entre um filósofo naturalista, um católico, um luterano, um calvinista, um judeu, um muçulmano e um cético, é frequentemente tido como um dos precursores da tolerância religiosa no mundo ocidental.

Há ainda outros aspectos da vida e dos escritos de Jean Bodin, pouco explorados, que refletem sua empatia para com o ser humano. Bodin, em seus *Les six livres de la République* (1576), por

exemplo, se contrapõe à equivocada tese de Aristóteles de que o caráter universal e permanente do instituto da escravidão seria prova de que existiriam povos e homens naturalmente a ela vocacionados. Bodin argumenta, com razão, que a existência de certo fenômeno, mesmo que perene, não é prova de que ele se dá por vontade de Deus; caso contrário, toda e qualquer impiedade, desde que permanente, poderia ser atribuída à vontade Dele. Para Bodin, nem mesmo um suposto direito de guerra justificaria a escravidão. Prisioneiros não são animais. A partir de exemplos do passado (da Antiguidade Clássica e mais recentes), de crueldades e revoltas, Bodin se opunha à escravidão e, mais ainda, depois de abolida (na Europa, por volta do século XIII), à sua reintrodução no mundo de então. Ele critica especialmente a expansão colonial portuguesa (mas não somente ela), que espalhou o tráfico de africanos pelo Novo Mundo, a partir da ambição de mercadores, de traficantes e de outros interessados. Para ele, somente um poder monárquico forte, absoluto, poderia dar um fim a essa indesejável empreitada. Sem dúvida, com esse Bodin, eu simpatizo deveras.

E mesmo em relação à soberania e ao Absolutismo, Bodin não foi tão “despótico” assim. Lembremos, como o faz Paulo Jorge Lima em seu *Dicionário de filosofia do direito*, que ele admitia que certos direitos dos cidadãos “fossem invioláveis mesmo ante o poder do rei, porque situados no âmbito do direito natural” (LIMA, 1968, p. 36). O monarca que os viola “transforma-se em tirano, a quem não é mais devida obediência” (LIMA, 1968, p. 36-37). Aqui Bodin também me representa.

Outrossim, é preciso também reconhecer, apesar das limitações de sua época, o espírito marcadamente científico de Bodin, que supera em muito o de Maquiavel (1469-1527) e daqueles que buscaram nos evangelhos a explicação e a solução para os problemas políticos de então. É preciso reconhecer a vasta cultura de Bodin em quase todos os ramos do saber. Como aponta Ca-

bral de Moncada em sua *Filosofia do Direito e do Estado*, enquanto Maquiavel – realmente é impossível não sucumbir à tentação de comparar os dois – era um pensador “avesso a especulações teóricas, Bodin, pelo contrário, devido a sua educação humanista, jurídica e teológica, representava o tipo oposto do ‘pensador abstrato’ e era, antes de tudo, um teórico” (MONCADA, 1955, p. 119). Maquiavel partia das “necessidades práticas da vida” para construir suas ideias; Bodin, sem perder de vista essas necessidades, partia do direito, de viés naturalista, para formatar sua visão do Estado. De fato, Bodin teve uma carreira no serviço público que, embora não excepcional, lhe deu um bom conhecimento da política francesa. Entretanto, sem dúvida, como anota Jean Touchard em sua *Historia de las ideas políticas*, ele deve bem mais o seu saber

às suas vastíssimas leituras, à sua curiosidade universal. Bodin, que lê o hebraico e as línguas clássicas, se interessa por todos os fenômenos sociais. É jurista, historiador, economista (a famosa Réponse au paradoxe de M. de Malestroict é de 1568) e também filósofo. Não chegou a publicar seu pouco ortodoxo Heptaplomeres colloquium [uma utopia social e religiosa, antes de qualquer coisa], no qual se percebe já o seu esprit fort, Sua Demonomanie des sorciers (1580) nos mostra um homem impregnado de concepções mágicas, à semelhança dos grandes espíritos de seu tempo. A cultura de Bodin tem as dimensões e a ambição enciclopédica do humanismo do Renascimento. Sua ambição intelectual, quando compõe os Les six livres de la République (1576), está à altura de sua erudição; trata de fundar a Ciência Política e traçar, ao mesmo tempo, as vias para o endireitamento da França. (TOUCHARD, 2013, p. 227).

8 - BODIN: UM BALANÇO FINAL

Bom, mas passados tantos anos (alguns séculos, na verdade) desde sua época, qual balanço que se pode fazer hoje de Jean Bodin, o homem e o pensador? Minha análise sobre ele é deveras positiva.

Bodin (1530-1596) – humanista, historiador, jurista, filósofo e teólogo, entre outras coisas – formatou, no interesse da unidade e da grandeza do seu Estado francês, uma política absolutista que, antes de mais nada, mostrou ser a real e urgente necessidade daquele momento histórico (segunda metade do século XVI e chegada do século XVII). E talvez esteja aí, na coincidência da política certa para o momento certo, a razão da enorme influência, à época, das suas ideias.

Mas a sua doutrina absolutista da soberania (a “soberania é o poder que acima de si, afora Deus, não admite outro e que, por natureza, é em si mesmo ilimitado e permanente”, em suas próprias palavras vertidas para o nosso português) foi também e sobretudo (posso agora dizer) um salto para o futuro, na Ciência Política e no Direito.

Ao derredor do Estado forte e centralizado dos reis franceses, para o mínimo sucesso deste, giravam algumas questões de ordem prática – a necessidade de um exército nacional permanente, a atenção aos impostos, a atenção ao patrimônio público, o estudo da administração financeira do tesouro, a importância dada aos pesos e às medidas, entre outras medidas tendentes a conferir ao Estado maior coesão e autoridade –, defendidas por Jean Bodin, que nitidamente demonstram a “modernidade” deste pensador francês.

Mas eu vou aqui me ater, com mais detalhes, a três pontos que revelam a contribuição inestimável de Bodin para a Ciência Política e para a ciência do Direito.

Primeiramente, como lembram os autores de *O livro da política*:

a paz de Westfália, uma série de tratados entre potências europeias em 1648, baseou-se na visão de Bodin sobre a supremacia da soberania em cada território e moveu a Europa de seu sistema político medieval de hierarquia local para um sistema de Estado moderno. O sistema de Westfália foi o arcabouço organizacional para as relações internacionais a partir de então, baseado nos princípios da autodeterminação política dos territórios soberanos, seu mútuo reconhecimento e na não interferência nos assuntos domésticos de outros Estados. (KELLY, 2013, p. 89).

A doutrina de Bodin, portanto, contribuiu decisivamente para o futuro do direito internacional.

Em segundo lugar, embora não tenha conseguido fechar as portas do Estado ao maquiavelismo, nem ao desenvolvimento da doutrina da “razão de Estado” como critério decisivo da ética política, Bodin abriu um novo caminho na evolução da política. Curiosamente, como registra Cabral de Moncada em sua *Filosofia do Direito e do Estado*, se Bodin pode ser considerado um precursor da verdadeira monarquia absoluta que emergiria no século XVII:

o seu conceito de soberania, tão finamente elaborado, não deixaria também de servir a Revolução [francesa], logo que, na mudança de cenário ideológico, depois de Rousseau, o povo substituisse aos reis como detentor dessa soberania inalienável, indivisível e não susceptível

de limitação jurídica intrínseca. E neste aspecto, mas só neste aspecto, Bodin pode ser também considerado um precursor da democracia moderna. (MONCADA, 1955, p. 127).

Por derradeiro, como até já dito aqui, Bodin de certa forma antecipa as futuras doutrinas positivistas de gente como John Austin (1790-1859) e Hans Kelsen (1881-1973). Consoante anota Kurt Schilling, em *História das ideias sociais*:

a origem de toda a legislação positiva no Estado dos tempos modernos está no fato de que uma fonte das leis deve existir antes das leis, promulgando-as e, consequentemente, independente em face delas, se o direito é concebido como uma ordenação positivamente dada. A soberania é assim o ‘jus majestatis’ e, segundo a fórmula do direito ditatorial romano: ‘legibus solutus’, independente das leis, mantendo-se acima das leis. Donde o termo ‘absolutismo’ (SCHILLING, 1974, p. 196).

Gostemos ou não das suas ideias, Jean Bodin foi um gigante para a Ciência Política e para o Direito. Não é por outra razão que historiadores do Direito de hoje, como Jean-Marie Carbasse, colocam a obra de Jean Bodin, especialmente os seus *Os seis livros da república* (de 1576) e a posterior versão deste, em latim, *Da República* (de 1586), entre *Les 100 dates du droit* (título de um excelente livrinho publicado pela PUF, em 2015) (CARBASSE, 2015, p. 57). E com isso eu concordo, inteiramente.

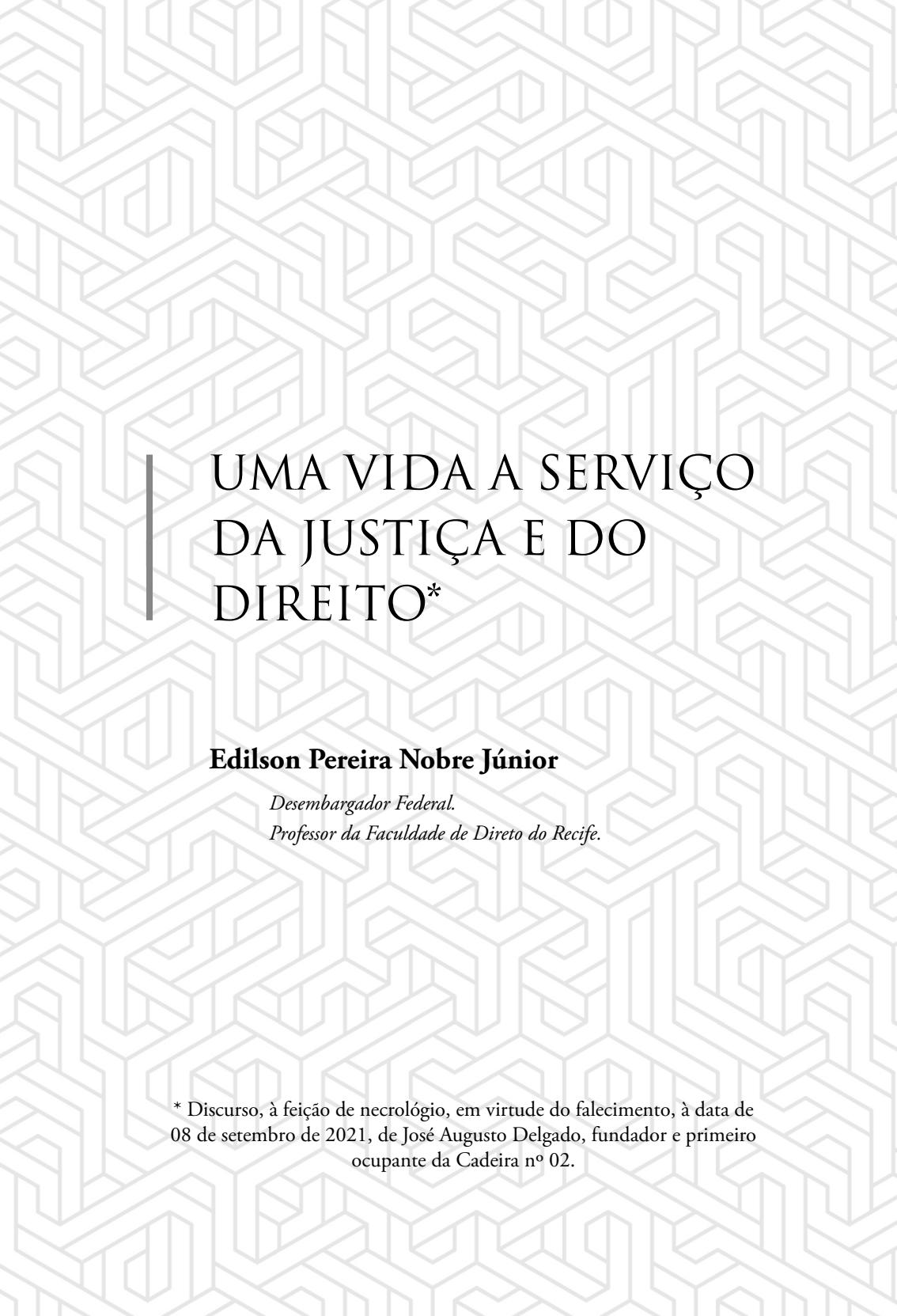
Referências

- CARBASSE, Jean-Marie. *Les 100 dates du droit*. 2 ed. Paris: Presses Universitaires de Paris, 2015.
- KELLY, Paul (et. al.). *O livro da política*. São Paulo: Globo, 2013.
- LIMA, Paulo Jorge de. *Dicionário de filosofia do direito*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968.
- MONCADA, Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado*. 2 ed., v. 1. Coimbra: Arménio Amado Editor Sucessor, 1955.
- SCHILLING, Kurt. *História das ideias sociais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974.
- TOUCHARD, Jean. *Historia de las ideas políticas*. 6 ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2013.

NOTAS

1 Consoante edição *De Republica*, I, 8, p. 133, referida/traduzida por: MONCADA, 1955, p. 122.

SEGUNDA PARTE



UMA VIDA A SERVIÇO DA JUSTIÇA E DO DIREITO*

Edilson Pereira Nobre Júnior

Desembargador Federal.

Professor da Faculdade de Direito do Recife.

* Discurso, à feição de necrológio, em virtude do falecimento, à data de 08 de setembro de 2021, de José Augusto Delgado, fundador e primeiro ocupante da Cadeira nº 02.

Excelentíssimo Senhor Acadêmico Josaniel Fonseca da Silva, que preside esta sessão solene.

Caríssimas confreiras e caríssimos confrades.

Minhas senhoras e meus senhores.

Viver o presente, construir o futuro, à sombra do passado, porque deste recordamos os equívocos e suas causas e haurimos uma energia criadora formidável. Assim foi José Augusto Delgado, exemplo de juiz e professor.

Essa trajetória tem o seu início no Colégio Santo Antônio – Marista, passando pelo Atheneu norte-rio-grandense, até tornar-se bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande. A sua personalidade foi reforçada, a partir das lições escolares e acadêmicas, com os valores recebidos de seus pais, João Batista Delgado e Neuza Barbosa Delgado.

Após curta passagem na advocacia, na qual atuou em sociedade com o professor Diógenes da Cunha Lima, ingressa na magistratura no ano de 1965, aprovado em concurso público, com o propósito maior de servir ao jurisdicionado. Atuou nas Comarcas de São Paulo do Potengi, Areia Branca, Mossoró e Natal, integrando no ano de 1974, a despeito de sua curta carreira, lista tríplice para Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte.

O afínco com o qual se dedicava à tarefa de distribuir justiça foi digno de nota e teve, num dos seus instantes, o seu reconhecimento até mesmo quando atuara, por força de delegação constitucional, na jurisdição trabalhista, à época na qual foi Juiz

de Direito na Comarca de Areia Branca. A esse respeito, ofício do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região expressou elogio da mais elevada distinção na missão de julgar.

A inquietação por novos desafios fez com que, no ano de 1976, aprovado em primeiro lugar em concurso ao nível nacional, assumisse o cargo de Juiz Federal Substituto, exercendo-o perante a Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. Além de haver imprimido uma celeridade notável aos feitos sob sua responsabilidade, marca que já o acompanhava desde a Justiça do Estado, notabilizou-se por relevantíssimas decisões, tanto que, numa seleta de sentenças, publicada pela Editora Forense, era o magistrado com mais julgados publicados, num total de sete. Dentre elas, destacam-se sentenças sobre indenização em desapropriação e relativa à estabilidade especial dos docentes das universidades federais. Uma de suas decisões, sobre o conceito de primeiro provimento, para fins de percepção de quintos, serviu de base à formulação de súmula do Tribunal Federal de Recursos.

Em 1989 é promovido para integrar a composição originária do Tribunal Regional Federal da Quinta Região, sediado no Recife, tendo sido Vice-Presidente, Corregedor e Presidente, bem assim havendo integrado, nesta condição, a composição do Conselho da Justiça Federal. Ali pôde se defrontar, nos seus julgamentos, com os paradigmas do novo cenário jurídico que, com a redemocratização, moldara a Constituição de 1988, destacando-se as impugnações da constitucionalidade do Plano Color e dos aumentos do Finsocial e do PIS.

Fazendo a sua caminhada, pelo critério do bom exemplo, assume em dezembro de 1995, uma vez nomeado pelo Presidente da República, o cargo de Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Neste, no intervalo de quase treze anos, integrou a Primeira Turma e a Primeira Seção, ocupando as respectivas presidências. Integrou ainda a Corte Especial, o Tribunal Superior Eleitoral,

sendo Diretor da Revista e Presidente da Comissão de Regimento Interno, além de Vice-Diretor da Escola Nacional de Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM.

Na Corte Superior, contribuiu decisivamente para que fosse assentada a melhor interpretação da lei federal, notadamente no plano do direito tributário e do direito administrativo. Destacaria, dentre muitos e infundáveis julgados, os relativos à afirmação do direito do proprietário à indenização em caso de tombamento e a formulação da teoria da coisa julgada constitucional.

A despeito da sua admirável carreira de magistrado, José Augusto Delgado foi sobretudo doutrinador. Assim, harmonizava o estudo percuciente das controvérsias existentes nos processos que lhes eram submetidos com a docência, tendo sido responsável por ensinar várias gerações de estudantes, o que sucedeu não somente na Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, mas igualmente na Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP e no Centro Universitário de Brasília – UNICEUB.

Nesse campo, a sua marca foi a da insatisfação com a imutabilidade dos conceitos repetidos como verdades absolutas. Na qualidade de observador atento da sociedade, não lhe passara despercebido que os fatos vão além dos textos legais. Assim, à medida que o tempo avança, aquela se modifica e, portanto, o intérprete e aplicador do Direito não pode ficar indiferente. Com o Direito, para José Augusto Delgado, acontecia o mesmo, de modo que as ideias nascem como uma reação pessoal aos fatos.

A sua obra é numerosa. São mais de duzentos trabalhos publicados. Por isso, resolvi destacar alguns textos, não exclusiva, mas principalmente, na área do direito público. Quanto à sua cronologia, destacam-se textos anteriores ao Estado constitucional instituído pela Constituição de 1988. Um deles – e que, in-

discutivelmente –, representa uma contribuição com fortes laivos de originalidade e das mais relevantes para o nosso Direito foi o artigo “Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional”¹.

Procurando descortinar uma satisfatória compreensão da teoria da culpa administrativa (*faute du service*), visualizou a demora excessiva em decidir como uma prestação jurisdicional imperfeita e, por isso, capaz de ensejar a possibilidade de que o Estado (melhor, a coletividade) viesse, conforme o caso concreto, a responder por isso.

Quebrantando um paradigma assente de forma pacífica entre nós, afirmou:

*O direito não deve ser um mero esquema de organização social, conforme defendeu Kelsen e seus adeptos. Ele deve atingir os anseios do homem que estão tutelados por seus princípios, disciplinando o agir humano no âmbito da sociedade e resolvendo todas as questões conflitantes que envolvem problemas legais. Assim, no caso da demora na prestação jurisdicional, configura-se, pois, de maneira insofismável, a necessidade de criação jurisprudencial do direito, assegurando ao particular prejudicado a indenização cabível a ser paga pelo Estado*².

A lição, se incomodou nestas plagas, veio a repercutir no estrangeiro, de maneira que, no sistema jurídico lusitano, a Lei nº 67/2007, a pretexto de traçar o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado, previu, por injunção da jurisprudência comunitária, um artigo 12º, dispondo:

Salvo o disposto nos artigos seguintes, é aplicável aos danos ilicitamente causados pela administração da justiça, designadamente por violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável, o regime da responsabilidade

por factos ilícitos cometidos no exercício da função administrativa³.

Ainda durante a constituição pretérita, imersa numa conjuntura não propícia para o Estado democrático de Direito, José Augusto Delgado destacou, em “Aplicação da norma constitucional” (*Vox Legis*, ano XIII, agosto de 1981)⁴, a importância de uma metodologia própria para a interpretação da constituição fixando diretrizes e, assim, antecipando-se ao caudal doutrinário que encontrou ambiente propício com a Lei Fundamental de 1988. Na ocasião, ressaltou que o método jurídico não deveria ser o único aplicável para estudar a norma constitucional, a qual, por sua complexidade, não prescindiria de ser examinada sob outros prismas, tais como o filosófico, o histórico, o político, o social etc.⁵

Em muitos textos é percebida a preocupação de José Augusto Delgado com a formulação de um Poder Judiciário do futuro. Daí mencionar, à época, em “Acesso à justiça: informatização do Poder Judiciário”⁶, a necessidade do uso da informática para o aperfeiçoamento da atuação judicial, elevando a sua eficiência, o que vem se transformando em realidade.

Noutro escrito, renova⁷, com uma abordagem mais ampla, a importância da acessibilidade do cidadão a uma tutela jurisdicional efetiva. Para tanto, não propõe soluções mirabolantes, se não o óbvio esquecido. Tanto é assim que propõe ao juiz, antes de uma reforma legislativa, várias posturas na condução do processo que se caracterizem pela simplificação e, de consequente, maior efetividade, afirmando: “Uma das vias a ser explorada para facilitar o acesso do cidadão à justiça é o de fazer com que o direito simplifique a sua forma de se apresentar”⁸.

Um pouco à frente, agrega:

A defesa da simplificação do direito não se restringe, apenas, à forma do mesmo ser apresentado em termos de le-

gislação. Envolve, também, a atuação do juiz no elaborar a decisão e a do advogado ao apresentar a petição inicial, a contestação e as razões recursais⁹.

O modelo de justiça proposto não dispensou uma visão para os problemas econômicos e sociais derivados do fenômeno globalizante. Por isso, o enfoque em favor da arbitragem¹⁰, cuja afirmação em nosso ordenamento visa atender o cidadão de uma maneira rápida, eficaz e econômica, para a solução dos seus conflitos, representando um instrumento de abertura de uma nova fase do direito processual, ou mesmo um direito de quarta geração, mediante o qual se tem a própria sociedade, de modo organizado, aplicando as normas jurídicas adequadas à composição do litígio.

Isso não impediu um olhar para questões antecedentes, ínsitas à natureza da função judicial. É o caso da deontologia do juiz¹¹, explicitando, a esse respeito, num total de nove, regras de experiência balizadoras da conduta do magistrado na sua vida profissional quanto privada, a fim de que possa zelar pelo seu bom nome, pelo da instituição à qual pertence, e, em especial, pelo cidadão que nele confia.

Com redobrada insistência, José Augusto Delgado procurou desvendar – e, principalmente, enfatizar – que as regras de direito são informadas por um componente valorativo imprescindível para que se aproximem de um conteúdo de justiça e das convicções dominantes na sociedade. Fê-lo, pionieramente, quanto ao direito administrativo renascido com a Constituição de 1988, acentuando a necessidade de obediência ao princípio da moralidade¹², de sorte a acarretar para o agente público a imposição de que as suas decisões se revistam das características inerentes à boa-fé, veracidade, dignidade, sinceridade, respeito, ausência de emulação, de fraude ou de dolo.

Retomou o tratamento do tema por ocasião do Código Civil de 2002, apontando para o que denominou de princípio da eticidade, o qual, no seu modo de entender, haure sua expressão e substância pela consagração da boa-fé¹³.

Dessas reflexões ao que parece adveio o desenvolvimento da concepção, de emprego excepcional, em torno da coisa julgada inconstitucional, por contrária à moralidade, à realidade dos fatos e a princípios sobranceiros¹⁴.

Noutras oportunidades, é de fácil percepção que José Augusto Delgado realçou as novas fronteiras pelas quais vem se espraiando o campo jurígeno. Primeiramente, realça o devido papel da dimensão dos direitos difusos, especialmente quanto à tutela do meio ambiente, indissociável da dignidade da pessoa humana e dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil¹⁵.

Em seguida, abordou as inquietações que gravitam em torno do direito nesta centúria, destacando o modelo jurídico comunitário e a necessidade de adaptação da disciplina processual para os novos desafios que se apresentam inelutáveis e que diferem do modelo individualista ainda dominante¹⁶.

Ainda quanto a esse aspecto, outros dos escritos, de uma atualidade incontestável, diz respeito ao surgimento de um conjunto de normas que disciplinem o uso da informática, fazendo-o mediante a positivação de princípios e regras específicas¹⁷.

Os artigos a que fiz referência permitem inferir que, tal qual Aejandro Nieto¹⁸, José Augusto Delgado não cultivou o Direito fictício, ignorante do passado e indiferente ao futuro. Antes, vivenciou, de modo permanente, o sonho de uma ordem jurídica que se aproximasse cada vez mais da realidade, na qual o ideal de justiça viesse a ocupar uma posição de centralidade.

Isso é perceptível pela transcrição de passagem de um dos escritos mencionados:

Sei que, em muitas ocasiões, o jurista vive em estado de utopia. Ele, em quase todas as posições assumidas, envolve-se com os pensamentos de Thomas Morus, escritor inglês (1480-1535), e cria um país, embora imaginário, onde um governo, organizado da melhor maneira, proporciona ótimas condições de vida a um povo equilibrado e feliz, por nele vigorarem normas e/ou instituições políticas altamente aperfeiçoadas¹⁹.

Eis, portanto, como atuou José Augusto Delgado, cuja obra permanece a inspirar as gerações futuras de juristas.

Senhor Presidente, convicto do cumprimento da missão que me foi confiada, rogo-lhe que declare vaga a Cadeira nº 02, cujo patrono é Amaro Cavalcanti, em face do falecimento do seu primeiro ocupante e fundador, José Augusto Delgado.

Muito obrigado.

NOTAS

- 1 *Revista de Direito Administrativo*, v. 153, p. 259-270, julho/setembro de 1983.
- 2 Ibid., p. 269.
- 3 Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2073&tabela=leis. Acesso em: 12 fev. 2022. Grifo nosso.
- 4 A elaboração do texto serviu de base a palestra proferida em seminário sobre Direito Constitucional promovido pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte.
- 5 Ibid., p. 18.
- 6 Tratou-se de trabalho apresentado na XV Conferência Nacional da OAB, realizada em Foz do Iguaçu no ano de 1994. A ideia, portanto, precedeu a implantação do PJE pela Lei nº 11.419/2006. *BDjur*, p. 10-11. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br>. Acesso em: 10 maio 2022.
- 7 “Acesso à justiça – um direito da cidadania”. A elaboração do escrito se originou de conferência pronunciada no II Encontro dos Advogados da Paraíba, promovido pela Seccional paraibana da OAB. *BDjur*, p. 1-27. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br>. Acesso em: 10 maio 2022.
- 8 Ibid., p. 19.
- 9 Ibid., p. 19.
- 10 *A arbitragem: direito processual da cidadania*. p. 376 e 380. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br>. Acesso em: 20 fev. 2022.
- 11 O culto da deontologia pelo Juiz, *Revista AJUFE*, n. 47, p. 19-20, novembro/dezembro de 1995.
- 12 Princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 1, p. 217, 1993. De ressaltar que se cuidou de uma edição inteiramente dedicada à homenagem a outro potiguar, Miguel Seabra Fagundes, o qual muito inspirou José Augusto Delgado, conforme se pode ver por artigo específico deste (O pensamento jurídico de Seabra Fagundes, *Revista de Direito Público*, n. 89, p. 129-142, janeiro/março de 1989).
- 13 A ética no novo Código Civil, *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, ano 6, n. 11, p. 148, janeiro/junho de 2003.

- 14 Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ELALI, André (Orgs.) *Coisa julgada tributária*. São Paulo: MP Editora, 2005 p. 250-263.
- 15 O meio ambiente na Constituição Federal, *BDJur*, p. 6-8. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br>. Acesso em: 25 fev. 2022.
- 16 Perspectivas do Direito para o terceiro milênio, p. 23-36. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2022.
- 17 O direito informático, p. 4. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br>. Acesso em: 18 fev. 2022.
- 18 *Testemonios de un jurista (1930-2017)*. Servilha: Global Law Press - Editorial Derecho Clobal, 2017, p. 18.
- 19 *A arbitragem: direito processual da cidadania*, p. 374. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br>. Acesso em: 20 fev. 2022

RAIMUNDO NONATO: MESTRE DO DIREITO E PARADIGMA DE DIGNIDADE

(À GUIA DE PREFÁCIO DO LIVRO
HOMÔNIMO)

Adalberto Targino

*Procurador do Estado.
Cofundador da ALEJURN.*

Sei, como Goethe, quão inúteis são os prefácios, posto que, quanto mais se tenta explicar os nossos propósitos, mais distantes ficamos do nosso objetivo, mercê, principalmente, daquele sentimento já anteriormente capturado por Manoel Bandeira: “a maioria dos leitores não faz caso dos prefácios”.

Tenho, apesar disso, o dever funcional e o sentimento interior de admiração que me impõem a obrigação de dizer por que e como surgiu a ideia da composição deste livro, como edição especial da Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Norte, numa justa homenagem ao Procurador do Estado RAIMUNDO NONATO FERNANDES, cuja história de homem público é a síntese de uma geração de grandes e de festejados professores que se notabilizaram pelo trinômio: ética, competência e erudição.

Devo explicar, de pronto, por que escolhi o título “Mestre do Direito e Paradigma da Dignidade”. Mestre, pelas lições que, ao longo dos anos, ilustraram e robusteceram a formação profissional de incontáveis operadores do Direito. Paradigma, como marco, pelo exemplo que o faz singular como critério de verdade, de qualificação, de ética e de dedicação a ser cultuado no labor jurídico.

Originária do grego *parádeigma*, com o sentido de verdade incontestável, a definição bem se ajusta à percepção coletiva do homenageado RAIMUNDO NONATO FERNANDES, quer como advogado público irretocável, quer como mestre dedicado, quer como cidadão exemplar.

Nessa linha de pensar, faço minha a assertiva do escritor Antônio Cândido, ao afirmar que “o povo brasileiro necessita da preservação do passado épico, legendário, exemplar”. Por essa trilha caminhou a pesquisa realizada sobre a vida e obra do homenageado. Direta, sem ser rasa. Técnica, sem a chatice do tecnicismo. Sensível, sem pieguice.

O Professor Raimundo Nonato Fernandes, como todo mestre preocupado com os seus discípulos, evolui com o tempo e com o contato cotidiano com os jovens, firmando, pelo convencimento, na consciência dos seus incontáveis alunos o germe da ética e da decência, num chamamento permanente para o diálogo e para uma nova caminhada.

O Dr. Raimundo Nonato é, para gáudio nosso, um operador do Direito acima de qualquer suspeita. Íntegro, honesto, de sólida formação acadêmica, e com inestimáveis e relevantes serviços prestados ao Estado. Por seu talento e saber jurídico desfruta da admiração da Ordem dos Advogados do Brasil, Procuradoria Geral do Estado, Consultoria Geral do Estado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Academia Norte-rio-grandense de Letras, Instituto Histórico e Geográfico do RN, Academia de Letras Jurídicas do RN e em incontáveis instituições públicas e privadas, quer jurídicas, educacionais ou culturais.

No seu *munus publicum* de advogado sempre pugnou pela sua essencialidade à Justiça e ao próprio regime democrático, não sendo jamais mero espectador dos fatos, mas um ativo protagonista na administração da Justiça.

Contemporaneamente, o advogado se encontra inserido, *ex vi legis*, em igual patamar hierárquico da magistratura e do Ministério Público. A Constituição Cidadã assim o quis e assim o colocou (art. 133). Antes, porém, juristas como o Dr. Nonato é que norteavam o tratamento respeitoso e equânime entre os

personagens do tripé da Justiça. E graças a causídicos como ele é que galgamos o grau de respeitabilidade e dignidade profissional atualmente inseridos na *Lex Mater* e na Lei reguladora da categoria (Lei nº 8906/94).

Ademais, a luta pelo direito, para usar o título da obra clássica de Ihering, é um dever do cidadão e mais ainda do cidadão-advogado, pois só ele, atuando com destemor e arrimado na lei, permite uma ordem sem medo e uma sociedade realmente democrática e plural.

Com a sua retilínea trajetória de cidadão-jurista-mestre encurtou as distâncias existentes entre a beca e a toga, numa época em que o arcabouço jurídico supervalorizava uma e diminuía a outra. E mais grave ainda, porque não contava com legislação disciplinadora no nível da atual, inclusive com assento constitucional, com reais delineamentos de atribuições, garantias e imunidades personalíssimas.

Ao mestre Nonato, em suma, aplica-se o que diz Guimarães Rosa: “A sabedoria é a arte de provar e degustar a alegria, quando ela vem. Mas só dominam essa arte aqueles que têm a graça da simplicidade. Porque a alegria só mora nas coisas simples”.

O homenageado, mesmo antes do advento da CF/88 com os princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência, já empregava, com firmeza, a dignidade nos seus atos, a meritocracia no lugar da fulanização das suas escolhas e a produtividade eficiente e econômica na máquina administrativa.

Não precisou de leis de improbidade, do colarinho branco e antinepotismo para agir com amor à coisa pública e respeito à dignidade democrática das pessoas.

Raimundo Nonato Fernandes foi, desde cedo, um facho de luz como advogado público do Estado. Fez parte dos primeiros Procuradores a comporem o Departamento Jurídico, embrião da

atual Procuradoria Geral do Estado. Antes, não havia um órgão que integrasse a classe jurídica, operadora dos negócios administrativos do Estado. Havia advogados a serviço oficial, na Agricultura, na Fazenda Pública, nas Municipalidades. O governo Aluízio Alves foi o criador do Departamento Jurídico do Estado, que funcionou no Palácio do Governo – à época Palácio da Esperança – e depois Palácio Potengi, como era a sua denominação anteriormente. Nesse órgão jurídico, Raimundo Nonato Fernandes prestou relevantes serviços, mercê a sua competência comprovada em diversas áreas do Direito, mormente na esfera administrativa, área dessa ciência social aplicada, na qual foi docente universitário. Foi Chefe da Procuradoria Administrativa do então e mencionado acima Departamento Jurídico. Nesse, ele também atuou, na Procuradoria Judicial. Deixou de prestar outros serviços ao Departamento Jurídico, vez que se ausentou por duas vezes – Governo Aluízio Alves e início da gestão Walfredo Gurgel, para servir, no cargo de Consultor Geral do Estado. Ao tempo da Procuradoria Geral do Estado, ele nela permaneceu durante o Governo Cortez Pereira, já que Múcio Vilar Ribeiro Dantas o substituiu na Consultoria Geral. Depois retornou àquela Comissão, nos governos da chamada Era Maia: Tarcísio, Lavoisier e José Agripino. Em todos deixou a sua marca indelével de idoneidade, zelo e competência jurídica.

Sem dúvida, Raimundo Nonato Fernandes honrou com a sua presença valiosa e indispensável, na época, tanto o Departamento Jurídico quanto a Procuradoria Geral do Estado e a Consultoria Geral.

A profícua vida do Mestre, protagoniza uma trajetória existencial, sob todos os aspectos, vivamente paradigmática e exemplar.

A sua obra é vasta, porém esparsa em revistas especializadas, jornais, Diários Oficiais (pareceres), em atas e arquivos de entidades culturais, em processos administrativos e em outras fontes.

O Mestre insere-se no rol dos maiores e mais respeitados juristas brasileiros e que prestou imensuráveis serviços à Administração Pública estadual e ao ensino universitário. Em tudo, uma plenitude incontestável.

Entre os especialistas potiguares em Direito Administrativo – vivos – é, sem dúvida, o número um, o mais profundo, com aptidão natural, segurança e serenidade inigualáveis.

Conquanto não tenha sistematizado em livro o seu imenso cabedal jurídico-doutrinário, nada tem a dever a administrativistas nacionais do nível e do quilate de um Diogo Figueiredo, Celso Bastos, Sérgio Ferraz e outros. Sobressai-se pela sua densidade jurídica, conhecimento vernacular, equilíbrio exegético, cultura geral, riqueza vocabular e emprego de frases e palavras fortes e convincentes. Uma performance inimitável!

Segundo as diferentes visões do Mestre Nonato, na ótica de eminentes jusfilósofos, pensadores e políticos potiguares, transcrevo a seguir trechos de alguns depoimentos:

Raimundo Nonato Fernandes: exemplo de integridade, de professor, de advogado, de chefe de família e de servidor público. Sempre foi e é exemplo de dignidade para as gerações formadas no território norte-rio-grandense durante quase todo o século XX e a primeira década deste século XXI. (Ministro aposentado do STJ e jurisconsulto José Augusto Delgado).

O Estado Potiguar teve sempre nele um guardião vigilante, em defesa do seu Direito e do seu Patrimônio como Procurador do Estado. Sempre prezou a ética no exercício da profissão. E a moral ilibada quando ocupou cargos públicos. (Procurador do Estado, escritor e imortal de muitas Academias Jurandyr Navarro).

Foi Procurador do Estado e Consultor-Geral, cargos que sempre desempenhou como forma de servir ao seu Estado, com o seu mérito, feito de cultura jurídica e dedicação. (Acadêmica e Desembargadora Federal Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro).

O Doutor Raimundo Nonato Fernandes foi o filtro da legalidade dos dois governos que eu fiz no Rio Grande do Norte. (Senador José Agripino).

Esse gigante da ética e do trabalho sistemático é, também, um devorador de livros, desde os primórdios de sua vida. Na hora da leitura habitual, que permeou a sua infância e fase juvenil, ele se debruçava sobre livros de cunho moral, história, romances, filosofia e poesia.

A presença obrigatória de clássicos escritores brasileiros e estrangeiros foram marcantes na sua sólida formação. Uma base fundamental aos seus voos de hermeneuta e de jurisconsulto, tornando verdade o que dizia Tobias Barreto: “quem só de Direito sabe, direito não sabe”.

Para não perder o sadio hábito da leitura e do trabalho – ambos uma constante em sua missão terrena – reserva, ainda hoje, meio expediente ao seu escritório de advocacia para ler ou reler livros e processos, atualizar fichas e anotações.

A história de vida e a obra do professor Raimundo Nonato Fernandes devem ser apreciadas através da abordagem de cinco vertentes indissociáveis: o homem, o advogado, o professor, o guardião da ética no serviço público e o intelectual. Nesta obra aborda-se as cinco, porém com pitadas implícitas ou explícitas de cada uma.

O seu idealismo e a sua abnegada dedicação ao trabalho parece seguir o *modus operandi* de São Tomás de Aquino, com seu

lema de apóstolo incansável e firme: “trabalhar sem descanso, na senda de uma nobre causa”.

O mestre, tem estilo próprio e trajeto profissional excepcional. Não é uma personalidade convencional.

Sabe-se, comumente, que alguns causídicos podem se tornar conhecidos apenas pela capacidade técnica. Outros pela capacidade estratégica. Entretanto, todos precisam de talento para alcançar notoriedade. Ultimamente muitos advogados têm obtido sucesso no exercício de cargos públicos, por defenderem bandeiras populares relevantes. O patrocínio de causas rumorosas por criminalistas, desde que eloquentes tribunos, rendem publicidade e fama.

O Dr. Raimundo Nonato Fernandes, diferentemente desses lugares comuns, desfruta, há décadas, de projeção, respeito e prestígio entre os operadores do Direito e da Justiça, sem precisar valer-se de artifícios convencionais para tal.

Suas ideias serenas, seu itinerário profissional ilibado e sua vida privada retilínea oferecem um paradigma, um norte, aos mais jovens advogados e aos gestores públicos que pretendam agir com ética e aprumo, sem perder as suas convicções pessoais.

De fato, numa época em que a verdade é obscurecida pelo embuste, a liberdade pela traição, a retidão pela falsidade, a coragem pela covardia e a decisão pela tibia, é preciso termos referenciais como Raimundo Nonato Fernandes que até parece seguir *ipsis litteris* o que prelecionava o inefável filósofo francês René Descartes: “é gratificante se lutar para ser o tipo de homem de têmpera de aço, que sem aspirar a glória, seja capaz de conquistá-la pelo labor honesto e pela coerência de atitudes; pelo elevado amor à causa pública, nobreza das ações e retidão de caráter”.

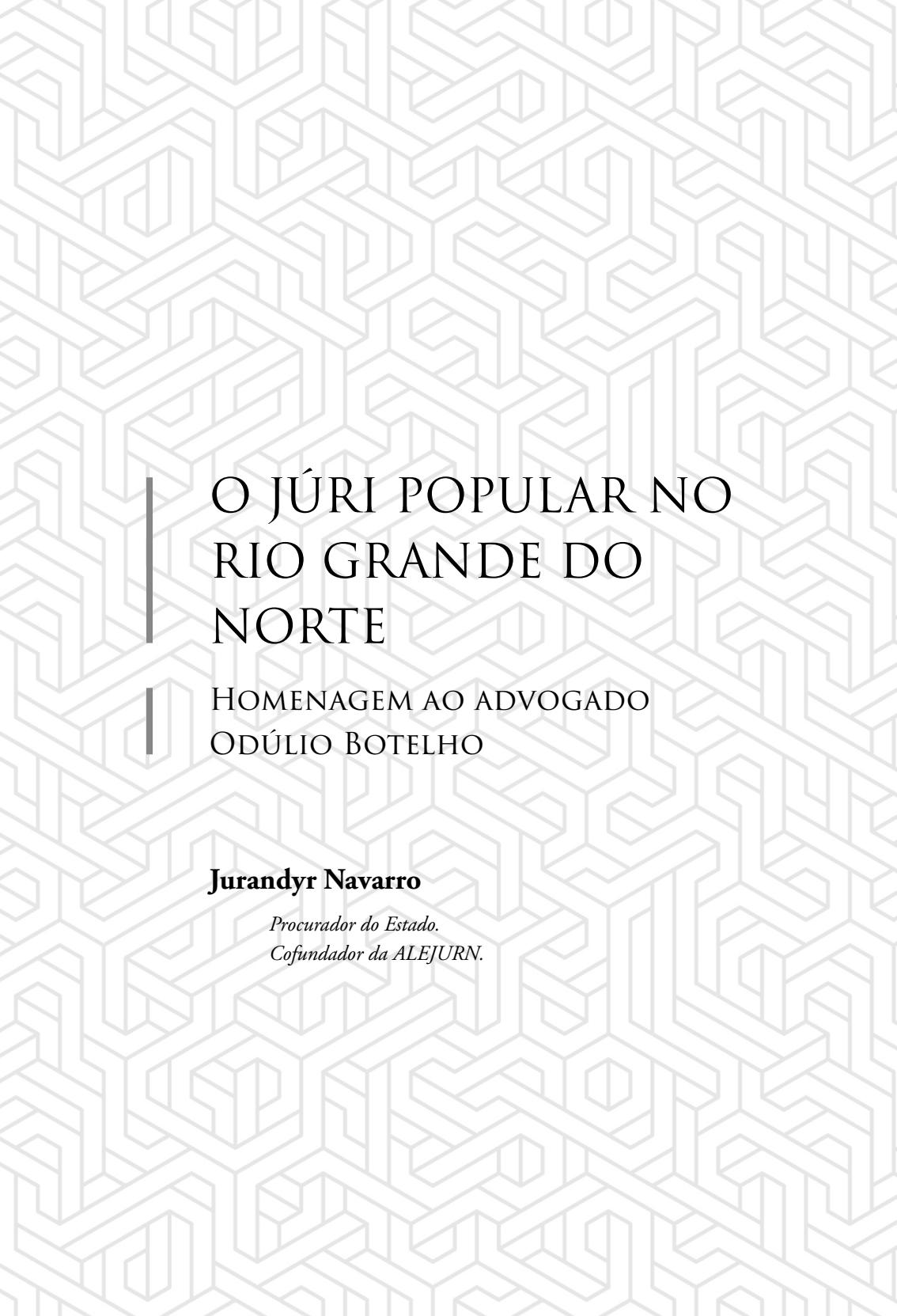
Personagem ímpar do magistério superior e da advocacia pública e privada. Tudo que faz é por amor, sem jamais fugir aos seus princípios éticos e regras morais.

O jurista incorruptível é, também, o pai de família generoso, terno e amigo.

Portanto, é complexo, senão impossível, traçar um perfil fidedigno da polifacetada obra do causídico, mestre e cidadão em referência, notadamente na abordagem de sua produção intelectual como articulista, ensaísta, jurisconsulto e pensador.

Ninguém poderá escrever obra alguma sobre a administração estadual, a advocacia pública, o ensino jurídico ou relativo à advocacia privada sem mencionar, como um dos luminares dessas searas, o mestre nominado.

A sua obra é variada e densa, abraçando, com igual magnitude, a historiografia e a reflexão literária, com textos analíticos e orientadores. É, com certeza, o eterno mestre do Direito; cidadão e referência; o causídico retilíneo e o gestor probó; o advogado exemplar e o jurista de vanguarda. Enfim, o “Mestre do Direito e Paradigma de Dignidade”.



O JÚRI POPULAR NO RIO GRANDE DO NORTE

HOMENAGEM AO ADVOGADO
ODÚLIO BOTELHO

Jurandyr Navarro

*Procurador do Estado.
Cofundador da ALEJURN.*

O espírito humano tem a capacidade de receber o ensinamento dos bons hábitos sociais e o dever de transmiti-los às gerações subsequentes. A cada pessoa é-lhe atribuída uma parcela desse caráter civilizatório. Ele não se exibe tal uma bolha, que se desfaz, e sim, como uma proposta de vida. Urge, portanto, conduzir esse facho iluminativo que não se apaga diante do vendaval da existência, havendo, naturalmente, coerência de atitudes marcantes.

Na ótica agostiniana, segundo Bertrand Russel, há de se considerar a passagem do tempo em três fases distintas ou, simplesmente, três tempos: um presente das coisas passadas, que é a memória; um outro, presente das coisas presentes, que é a vista, e um presente das coisas futuras, ou seja, a espera.

Cultura humanística! Minha vivência como homem público, advogado e Procurador do Estado me fez compreender que o aprendizado da cultura humanística, científica ou profissional obedece a esse padrão evolutivo temporal.

Elegi a Advocacia como exemplo. Nesse delta de possibilidades e escolhas, a instituição do Júri Popular surge como a mais expressiva manifestação do direito criminal. É quando o advogado mais se revela, seja no conhecimento do direito positivo, seja no domínio das ciências humanas, com realce para a psicologia e suas derivações, espelhos da alma humana.

Na tribuna do júri, do conteúdo processual documentando – as palavras escritas – nascem os argumentos dialéticos, reverberados pela eloquência dos advogados, defensores e acusadores. O júri torna-se o crucial momento de definição de destinos. Atuar

no tribunal do júri exige, sim, formação humanística, aptidão, reconhecida eloquência e indispensável poder de convencimento.

Em nosso universo provinciano não são poucos os advogados que se destacaram nessa nobre missão. O tempo não apaga a lembrança de expressivos nomes, juristas e advogados que marcaram presença no Tribunal do Júri. Do passado ao presente, a memória nos traz os nomes de Vicente de Souza, João Medeiros Filho, Enock Garcia, Cortez Pereira, Wilson Dantas, Túlio Fernandes, Varela Barca, Ítalo Pinheiro, Claudionor de Andrade, Geraldo Pereira de Paula, Caio Graco, Hercílio Sobral Chrispim, Arnaldo França, Hérbat Spencer, dentre outros. O púlpito do Tribunal do Júri, através da magia da palavra, tem encantado e seduzido, ao longo do tempo, exigentes e qualificados auditórios.

Nesse contexto de recordações, elegi o grande amigo, advogado, jurista e criminalista Odúlio Botelho Medeiros como um dos expoentes da oratória criminal em múltiplos *fóruns* de nosso Estado. Firmou seu nome no fórum criminal.

Não há negar, o púlpito judiciário, com a magia da palavra, tem encantado e seduzido, ao longo do tempo, as mais exigentes plateias e curiosos auditórios. Daí constatar-se a importância dos juristas vocacionados à palavra argumentativa, fundamentada e convincente nos debates, por vezes acalorados, que enriquecem a tribuna do júri popular. O advogado Odúlio Botelho surge como exemplo dessa memória histórica.

O advogado de causas criminais difere do postulante na esfera cível. A esfera criminal, como acima exposto, exige o poder de convencimento no debate das ideias, onde o fator psicológico pode exercer uma força preponderante.

Durante a sua lida forense, no Tribunal do Júri, Odúlio Botelho assumia os papéis de advogado e patrono, permeados com seus dons de retórica. Seu verbo eloquente, em inumeráveis

réplicas e tréplicas, foi determinante na obtenção de apreciável número de vitórias no popular tribunal do júri.

Remontando ao passado, aos primórdios do Direito, quando Cícero e Múcio Céculo pontificavam como famosos tribunos de lides forenses, patronos eram os advogados oradores, os verdadeiros tribunos. Cabia aos simples advogados deslindar controvérsias jurídicas. A “Oração da Coroa”, proferida por Demóstenes em defesa de Ctesifonte, no debate com o tribuno Ésquines é reconhecida como exemplo do poder da eloquência nos embates jurídicos.

Não por ocaso surgiu, na tradição mítica da Grécia, o primeiro tribunal do júri popular, presidido por Atena (Minerva, entre os romanos). Orestes, filho de Agamemnon, herói da guerra de Troia, seria julgado por “matricídio”. O local, o areópago, próximo à Acrópole. Em uma composição ímpar, caberia à Minerva o voto de desempate. E ela decidiu, absolvendo Orestes. Ésquito retratou o instante nas “Oréstias,” excepcionais criações de sua dramaturgia.

A lei, para o espírito grego, encarnava não apenas o dever, mas uma sacralidade que se manifestou, entre muitas outras referências, na forma como Sócrates enfrentou seu tribunal de condenação. Em outro olhar, coletivo, tornou-se famosa a mensagem, gravada em pedra, no desfiladeiro das Termópilas: “Viandante, vai dizer a Esparta que aqui morremos em obediência às suas leis.”

Nos grandes dias da realeza romana, a lei era a “rainha dos reis;” nos dias da república, fora a “rainha do povo.” Princípios, leis, sacralidades... também o Direito recebeu os eflúvios de uma evolução que se acentuou através de sua codificação e do tratamento que mereceu no império romano do Oriente, onde o imperador Justiniano, através de um selecionado grupo de dez juristas pode editar o “Corpus Juris Civilis.”

Essa volta ao passado nos impele a seguir o fio condutor de algumas construções, da teoria à prática, no imensurável mundo do Direito. O júri popular é parte inerente desse processo, civilizatório, quando a justiça é posta diante do destino do ser humano, do direito à vida e à liberdade. Eis-nos, novamente, diante do júri e de seus apaixonados advogados.

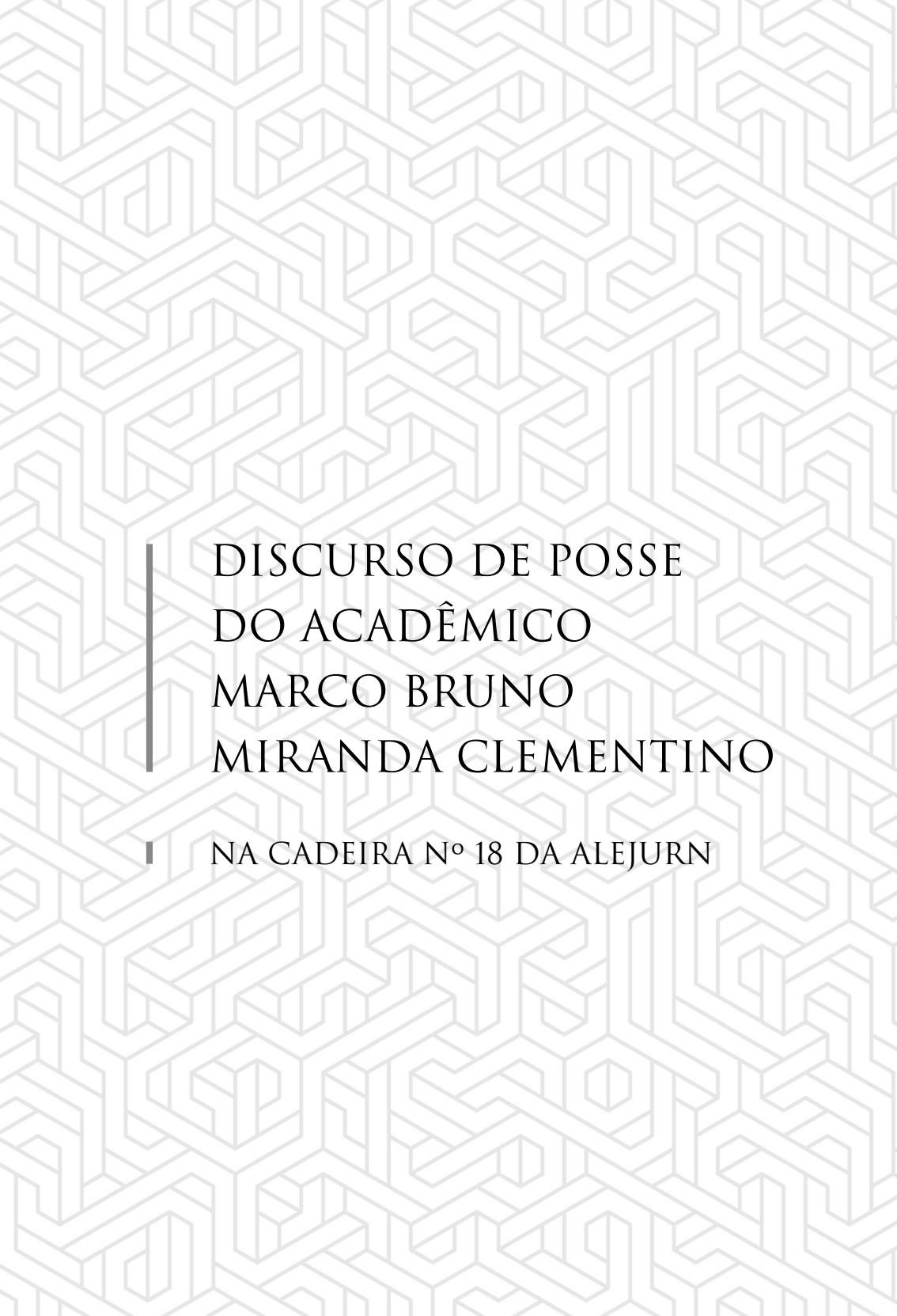
Em parágrafos anteriores rememorei alguns dos melhores expoentes que brilharam em nossa tribuna popular, nosso “areópago.” Referência especial dediquei ao jurista e amigo Odúlio Botelho, cujos méritos, nesse honroso mister, são enriquecidos por sua vida pública. Presidente da OAB/RN, levantou a bandeira dos direitos humanos, individuais, em sintonia com iniciativas semelhantes, erigidas no plano nacional.

À sua competência, ao seu tirocínio, muito deve o Estado, a quem ele serviu nas três esferas de poder. Atuou na administração pública estadual, em várias oportunidades, ocupando cargos de direção. Da mesma forma, nas administrações municipal e federal, quando ocupou uma das diretorias do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região.

Qualificando a conquistada ociosidade de seu tempo de aposentadoria, o nosso homenageado ingressou no Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Norte, onde ocupa uma de suas diretorias.

Por fim, na companhia de outros ilustrados amigos, participou da fundação da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte – ALEJURN, onde ocupa a cadeira de número 22, cujo patrono – em feliz e deliberada “coincidência”, é o Doutor João Medeiros Filho.

TERCEIRA PARTE



DISCURSO DE POSSE
DO ACADÊMICO
MARCO BRUNO
MIRANDA CLEMENTINO

NA CADEIRA N° 18 DA ALEJURN

Excelentíssimo Senhor Presidente da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte, Professor Lúcio Teixeira dos Santos,

Cumprimento as autoridades:

Acadêmicas e acadêmicos, agora confreiras e confrades da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte,

Magistradas e magistrados,

Integrantes do Ministério Público, com carinho especialíssimo à Promotora de Justiça Danielle Ribeiro Dantas de Carvalho Clementino,

Integrantes da Advocacia Pública e da Defensoria Pública,

Advogados e advogadas,

Professoras e professores,

Servidoras e servidores do Poder Judiciário, em particular os companheiros de jornada na 6ª Vara Federal potiguar,

Queridos familiares, amigos e amigas,

Senhoras e senhores,

Minha vida é uma história sonhada em letras. Ainda na tenra infância, a fascinante combinação de quatro delas já me produzia sensações muito mais complexas do que a mera contemplação de um adorno sintático. Se Jorge Luis Borges definia a literatura como “sonho dirigido”, o letreiro da UFRN, mesmo quando as letras ainda me eram formas indecifráveis e semanti-

camente vazias, desde sempre me significou o brilhante farol que guiou o sonho em direção ao futuro: com humildade, desvelo e destemor, servir ao nosso tão sofrido povo, cunhando em letras jurídicas a dignidade que lhe é inalienável.

Queridos colegas professores aqui presentes, muitos dos quais agora vivo o sonho de chamar de confrades e confreiras,

Tenho a honra de ser, genuinamente, um filho da academia. Mais do que professor, tenho a honra de ser filho de professores e de ter, em meus pais, os professores dos meus sonhos. Minha esposa é filha e neta de professores. Minhas filhas são bisnetas, netas e filhas de professores, todos eles com seus próprios sonhos dedicados à UFRN, às mesmas quatro letras que hoje me proporcionam a indescritível emoção pelo reconhecimento que me presta a Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte.

Essas quatro letras estarão gravadas indelevelmente na Cadeira 18, na qual tomo assento no dia de hoje. Seu patrono, o advogado Francisco Ivo Cavalcanti, o Mestre Ivo, é professor emérito da UFRN e chegou a ser nomeado professor da antecessora Faculdade de Direito de Natal, não chegando a nela lecionar em função de aposentadoria compulsória. O último e único ocupante, o advogado Eider Furtado de Mendonça e Menezes, também agraciado com o título de professor emérito, foi integrante do Departamento de Direito Privado da UFRN, o mesmo no qual tenho a fortuna, há 13 anos, de exercer a virtude da curiosidade imortal em busca do conhecimento.

Estimado Presidente Aldo Medeiros,

Assumo o compromisso de não esmorecer diante do superlativo peso desta Cadeira, protagonizada por dois dos mais emi-

nentes ex-presidentes da representação potiguar da mais aguerrida trincheira de defesa da nossa democracia: a Ordem dos Advogados do Brasil. O advogado Francisco Ivo Cavalcanti foi o ilustre primeiro presidente desta Casa. Um dos mestres de Câmara Cascudo, era por ele descrito como “espírito inquieto, curioso, moderno” e “enamorado da vida”. Quanto ao advogado Eider Furtado de Mendonça e Menezes, o seu legado, que ainda ecoava vivamente na época em que, como aluno, eu frequentava os bancos acadêmicos no Curso de Direito da UFRN, era inspiração dos então futuros juristas para uma trajetória profissional pautada na ética.

A Cadeira 18 agora é ocupada por um magistrado, porém com a mesma firmeza de propósitos, intransigência e coragem em defesa da ética e da democracia, da Constituição e da ordem jurídica. Um magistrado que exerce o seu ofício forte na máxima do Apóstolo Paulo: “Quem ama o próximo cumpre a lei”. Um magistrado para o qual as letras jurídicas são o escudo do poeta ansiado pelo Papa Francisco, que “contempla, pensa, comprehende a música da realidade e a molda com palavras”:

Vocês juízes, em cada decisão, em cada sentença, estão diante da feliz oportunidade de fazer poesia: uma poesia que cure as feridas dos pobres, que integre o planeta, que proteja a Mãe Terra e todos os seus descendentes. Uma poesia que repara, redime e nutre.

Senhoras e senhores,

A Academia de Platão está associada à lenda envolvendo o sequestro da bela Helena de Troia por Teseu, cujo cativeiro foi revelado por Akademos, herói ateniense, permitindo que seus irmãos gêmeos a libertassem. Em gratidão, Akademos recebeu de presente uma mansão situada nos arredores, transformada em jardim público após sua morte. Ali Platão se instalou e poste-

riormente nomeou o local de *Akadémeia*, fundando então uma escola, uma academia.

Caríssimos confrades e confreiras,

No grego, a palavra “academia” é composta pelos radicais *hexas*, que significa “distante”, e *demos*, que se traduz por “povo”. Todavia, por mais que a escola de Platão estivesse distante do centro de Atenas, o amor pelas letras jurídicas – e pelo que elas representam – impõe a nós, acadêmicos e acadêmicas, a inquebrantável missão de alimentar corações com sentimentos de justiça e segurança. Temos a difícil responsabilidade de traduzir em emoções formulações teóricas complexas e, para isso, é preciso reconhecer que, no Direito, a verdadeira sofisticação está na profundidade de raciocínio e não na erudição estéril.

No exercício da Magistratura Federal, tenho sido um ferrenho defensor da inovação judicial, cujos princípios nos guiam à simplificação da linguagem jurídica e à concepção de serviços judiciais mais empáticos, de modo a oferecer ao jurisdicionado uma experiência mais humana e solidária, que lhe propicie um exercício mais efetivo da ampla defesa e uma garantia mais efetiva do devido processo legal. Justiça e segurança não podem se resumir a um adereço de letras, são valores cujos sentidos precisam ser assimilados a fim de que efetivamente produzam a metáfora da saúde da alma idealizada pelo Platão da primeira academia.

Senhoras e senhores,

A história sonhada em letras jurídicas me proporcionou a feliz oportunidade de fazer poesia num tesouro encravado em solo potiguar, que oferece ao nosso povo o mais delicioso sabor de justiça oferecido no país: a Justiça Federal do Rio Grande do

Norte. Verdadeiras pedras preciosas, seus juízes, servidores e colaboradores transformaram nosso sotaque numa centelha de muitas das maiores inovações no Direito e no Poder Judiciário.

Nesta Academia, represento e advogo os valores dessa fascinante instituição, os quais tive a honrosa oportunidade de descrever metaforicamente, no discurso que proferi no respectivo aniversário de 50 anos:

A justiça do povo precisa ter mesmo um sabor agrioce. Doce, porém levemente salgada, a nossa instituição oferece aos potiguares há alguns anos uma justiça com o genuíno sabor da mais refinada rapadura. Um sabor forte, inigualável, uma iguaria que ostenta com orgulho as suas origens, a sua “nordestinidade”, e que encanta os paladares pela combinação explosiva de sabores, como uma rocha bruta cuja rigidez é temperada com açúcar.

Senhor Presidente,

A gratidão é um sentimento imortal, eternizado também na Cadeira 18. É algo que transborda o coração de alegria e produz um exponencial contágio em torno de valores positivos. Peço a compreensão para brevemente exercer o sublime prazer de agradecer a algumas pessoas que comigo compartilham esta história sonhada em letras.

A cada acadêmico e acadêmica da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte, que me concedeu a generosidade de ser o primeiro jurista formado neste século em nosso Estado com a trajetória imortalizada.

Ao admirável Professor Carlos Roberto de Miranda Gomes, com quem a Academia recentemente me proporcionou descobrir um parentesco, pela carinhosa saudação e acolhida.

Ao querido amigo e acadêmico Marcelo Alves Dias de Souza, de quem só recebi entusiasmo e apoio, após revelar meu interesse em concorrer à eleição para a Academia.

Aos queridos amigos, colegas, de Magistratura e docência, e agora confrades Ivan Lira de Carvalho e Walter Nunes da Silva Júnior, pela confiança na qualidade da minha atuação profissional e acadêmica, quando me estimularam a candidatura à Cadeira 18.

Nossos sonhos são nossas oportunidades. Nossas oportunidades são as pessoas que acreditam nos nossos sonhos. Esta Academia antes imortalizara, com justiça, algumas das pessoas mais importantes da minha vida profissional: os acadêmicos Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, Edilson Pereira Nobre Júnior e Diógenes da Cunha Lima.

A gratidão a esses confrades, dentre muitos que tenho a ventura de considerar amigos entre os integrantes desta Academia, remete-me à lúdica e não menos precisa afirmação da folclorista americana Zora Neale Hurston: “Viver sem amigos é como tentar tirar leite de um urso para o café da manhã. Dá muito trabalho e não vale a pena”.

Senhoras e senhores,

Eu não acredito em sucesso sem parceria. A imortalidade de hoje é fruto de combinação genética entre o tesouro da Justiça Federal e as quatro letras da UFRN. Por isso, não hesito em prestar um agradecimento especial aos servidores da 6ª Vara Federal potiguar, na pessoa da Diretora Ana Helena Raposo de Melo, e aos colegas do Departamento de Direito Privado, em nome do respectivo Chefe, Professor Doutor Thiago Oliveira Moreira.

Queridos pais e irmãos,

Lembro que Aristóteles definiu a esperança como “o sonho do homem acordado”. Somos uma família sem privilégios. Vencemos a luta, sem descurar da trilha da retidão, cumprindo as regras do jogo, porque acreditamos que as letras seriam o nosso horizonte de esperança.

Quando tomei posse no Tribunal Regional Eleitoral, lembro de ter homenageado meus pais, os professores dos meus sonhos, pelos valores que herdei de trabalho e de esforço. Lembro ainda de ter celebrado a beleza da frase de Cícero como alegoria para honrar o audacioso esforço de meu pai ao deixar a vida no roçado, em Santana do Matos, aos 12 anos, em busca de esperança a partir das letras: “O camponês esforçado semeia árvores cujos frutos ele jamais verá”.

A trajetória da minha mãe não foi diferente. Ainda criança, também foi morar sozinha em Ceará-Mirim, deixando a família em Taipu, guiada pelo mesmo propósito de meu pai. O destino não lhes seria infiel e essa união de letras semearia uma árvore cujos frutos eles jamais veriam.

Uma dessas árvores foi hoje imortalizada. Eternizados, eles jamais verão a influência dos respectivos frutos.

Querida Danielle,

Esta semana comemoramos 25 anos que eu degustava o inesquecível sabor do seu beijo, imortalizado no sonho que uniu nossos corações. Quis o destino que esta semana nos fosse duplamente especial. Aquele beijo de 25 anos atrás foi a raiz da qual brotou o mais genuíno sentido de felicidade, que gerou sementes para árvores cujos frutos nós também jamais veremos.

Você também escolheu uma desafiadora vida inspirada nas letras, por vezes em rincões distantes, também forte no propósito de distribuir justiça, pautada pela relevante função que exerce. Neste momento de exercer gratidão, não nos esqueçamos dos dois anjos que você mesma nos brindou, seus pais, sem cuja solidariedade e carinho jamais teríamos superado os desafios de uma época de nossas vidas.

Amadas filhas Laura, Isabel e Clara,

A esta altura, tomado pela emoção, não conseguirei expressar muito verbalmente. Estejam certas, no entanto, que meu coração está dizendo muito e, conectado aos corações de vocês, está transmitindo em mensagem tudo o que vocês significam para o papai. Estejam certas de que vocês são a motivação dos meus dias e noites, sobretudo nas minhas ausências. Afinal, somente quando vocês vieram ao mundo eu pude assimilar a missão que me cabe no ciclo vital com que fui brindado por Deus.

Senhor Presidente,

Sem medo de errar, ser pai é função que melhor desempenho. Por isso, permita-me concluir com um recado especificamente direcionado às minhas filhas, expresso numa frase de alguém que elas tanto admiraram, a jovem paquistanesa e ganhadora do Prêmio Nobel da Paz, Malala Yousafzai, brutalmente agredida por talibãs pela intransigência em exercer seu direito à educação: “Uma criança, um professor, uma caneta e um livro podem mudar o mundo”.

O infinito, minhas princesas, é o destino de seus sonhos, quando vocês acreditam no poder de uma história de letras.

Muito obrigado, Senhor Presidente.



SAUDAÇÃO AO NOVO ACADÊMICO MARCO BRUNO MIRANDA CLEMENTINO

Carlos Roberto de Miranda Gomes

*Procurador do Ministério Público de Contas.
Professor Emérito da UFRN.*

Faz parte do rito das academias a saudação de seus novos membros, concedendo-se ao empossando o direito de escolha do orador.

Convidado para tal mister, cumpro a minha obrigação estatutária com singular satisfação e alegria, pois saúdo um jovem e já consagrado jurista que atua nas terras potiguares.

Marco Bruno Miranda Clementino é natalense, nascido no dia 06 de novembro de 1977, quase um menino ainda, filho de Francisco das Chagas Ferreira Clementino e Maria do Livramento Miranda Clementino, descendentes dos nossos primitivos habitantes Cariris e Tarairiú, onde existem sítios arqueológicos e dos aldeões de Itapiatá-Taipu. Aqui, vale um parêntese: pais formidáveis que lhe proporcionaram a solidez de um alicerce cultural e profissional, que somente as pessoas com visão futurista têm a capacidade de adotar. Parabéns.

Casado com Danielle Ribeiro Dantas de Carvalho Clementino – descendente da primeira linha de constitucionalistas norte-rio-grandenses, a destacar Dr. Múcio e Marcelo e da notável família Navarro, aliada à união perfeita com o pai, oriundo dos Carvalho, madeira de lei, amante da literatura internacional, que lhe presenteou com três tesouros: Laura e as gêmeas Isabel e Clara. A primogênita quando tinha 32 anos. Perdeu para mim que, ao entrar na Faculdade de Direito aos 23 anos, já era pai de Rosa, que foi minha madrinha na diplomação em 1968.

Trajetória escolar – Iniciada na Escola Salesiana São José, em Campinas/SP no período de 1985 e 1986 e, em seguida, nessa terra potiguar no tradicional Colégio Nossa Senhora das Neves (ensino fundamental, 1º grau, período 1986 a 1992 e 2º grau na

mesma Escola – período 1993 a 1995), ao mesmo tempo em que dava voo de condor para aperfeiçoar essa fase escolar no Collége Mauvert – França, período 1990 a 1991, depois o seu 2º grau na Sheridan High Scholl, nos Estados Unidos (1994).

Formação Acadêmica – Bacharelado em Direito pela nossa Universidade Federal do Rio Grande do Norte no período 1996 a 2000, sendo bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. Poliglota.

Daí em diante, o céu foi o seu limite, pois logo enveredou nos cursos de Especialização: em Direito Tributário no IBET (2001 e 2002), Mestre em Direito na UFRN apresentando dissertação intitulada “A integração regional e a Constituição Federal de 1988: o desafio da harmonização tributária”, concluído em 2007, tendo por orientador o nosso confrade Edilson Pereira Nobre Júnior; *Doutor* pela Universidade Federal de Pernambuco, aprovado com a tese: “A cooperação jurídica internacional como instrumento de represão à criminalidade organizada transnacional: globalização e novos espaços de juridicidade”, obtendo aprovação em 2013 e tendo por orientadora a conhecida professora Margarida de Oliveira Cantarelli.

Prêmios e títulos – É outra vertente de sucesso, que se espalha nos campos da liderança exponencial, práticas de gestão, homenagens múltiplas na docência da UFRN (patrônio, paraninfo, nome de turma e outras homenagens); medalhas de mérito Fernando de Miranda Gomes, Djalma Marinho, Policial Luiz Gonzaga, Comenda Educador Anísio Marinho, entre outras distinções, inclusive na condição de Vice-Presidente de Honra da Divine Académie Française des Arts, Lettres et Culture.

Carreira Jurídica – Juiz Federal concursado desde 2003, ministério que vem exercendo, com denodada competência, exercendo inúmeras funções que, de tão numerosas, seria enfadonha sua repetição numa solenidade como esta, pois demandaria

um tempo desmedido, surruiando tempo para suas outras várias e importantes habilidades, bastando informar que, atualmente, exerce a função de Juiz Auxiliar da Presidência do TRF 5^a Região.

Formação complementar – Enveredou por expressivo número de cursos no campo de aperfeiçoamento, capacitação e formação jurídica no espaço de toda a sua trajetória, desde os tempos de adolescência até a maturidade dos dias presentes, do que resultou uma vasta *produção literária e científica*, aqui resumida:

- a. Inúmeras monografias; estudos e artigos; b) Livros: Código Tributário Nacional Comentado – Revista dos Tribunais (SP), Cooperação Jurídica Internacional Penal-Tributária e Transnacionalidade – Quartie Latin (SP), Harmonização Tributária. Integração Regional e Constituição - Fabris (RS); c) Capítulos de Livros; d) Organizador de Livros; e) Publicações em Anais e outros Eventos; f) Palestras.

Este é um perfil sumário desse jovem jurista, que apresento à comunidade estudiosa do Direito do nosso Estado, e aos que aqui vieram abrillantar a sua posse, o que faço com uma rapidez não desejada, mas movido, não apenas pela determinação regimental do art. 39, mas principalmente mercê da impaciência de ter a alegria de ouvir a sua fala, certamente, também ansiada por todos os presentes.

Em nome da ACADEMIA DE LETRAS JURÍDICAS DO RIO GRANDE DO NORTE, apresento as boas-vindas ao novo acadêmico, desejando-lhe integral sucesso na novel missão, que vem ao encontro do enriquecimento da nossa ALEJURN, nunca perdendo de vista o objetivo final da carreira de criatura tão erudita, como ficou no legado de Bobbio: “O problema da justiça é o da correspondência ou não da norma aos *valores* últimos que inspiram determinado ordenamento jurídico”.

Este livro foi composto em
Adobe Garamond Pro
e impresso em cartão
Duo Design 250g./m². (capa)
e Chambril Avena 80g./m². (miolo)
pela Offset Gráfica, Natal/RN,
em julho de 2022.

www.offsetgrafica.com.br

MEMBROS DA ALEJURN

Cadeira nº

- 01** - Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
02 - Vaga
03 - Isabel Helena Meira e Silva Cavalcanti Marinho
04 - Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro
05 - Armando Roberto Holanda Leite
06 - Paulo Lopo Saraiva
07 - José Adalberto Targino Araújo
08 - Luiz Alberto Gurgel de Faria
09 - Francisco de Assis Câmara
10 - Jurandyr Navarro da Costa
11 - Diógenes da Cunha Lima
12 - Zélia Madruga
13 - Adilson Gurgel de Castro
14 - Carlos Roberto de Miranda Gomes
15 - Erick Pereira
16 - Edilson Pereira Nobre Júnior
17 - Ivan Lira de Carvalho
18 - Marco Bruno Miranda Clementino
19 - João Batista Rodrigues Rebouças
20 - Valério Djalma Marinho
21 - Anísio Marinho Neto
22 - Odílio Botelho Medeiros
23 - Ivan Maciel de Andrade
24 - Francisco Barros Dias
25 - José Daniel Diniz
26 - Artur Cortez Bonifácio
27 - Maria Lúcia Cavalcanti Jales Soares
28 - Marcelo Alves Dias de Souza
29 - Walter Nunes da Silva Júnior
30 - Francisco de Sales Matos
31 - Josoniel Fonsêca da Silva
32 - Joailson de Paula Régo
33 - Roberto Brandão Furtado
34 - Luiz Antônio da Silva
35 - Antenor Pereira Madruga Filho
36 - Estefânia Ferreira de Souza de Viveiros
37 - Ricardo Tinoco de Goes
38 - Francisco de Souza Nunes
39 - Lúcio Teixeira dos Santos
40 - Arthúnio da Silva Maux



ALEJURN

Academia de Letras Jurídicas
do Rio Grande do Norte

ISBN 978-65-89731-66-3



9 786589 731663

Offset
Editora