

Nº 5



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ESCOLA SUPERIOR

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

1º semestre 2012
Brasília DF

Nº 5



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ESCOLA SUPERIOR

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

1º semestre 2012
Brasília, DF

ISSN 1984-0322

R. Defensoria Públ. União	Brasília, DF	n. 5	p. 1-212	out. 2012
---------------------------	--------------	------	----------	-----------

© 2012 Defensoria Pública da União.

Todos os direitos reservados. É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte e que não seja para venda ou qualquer fim comercial.

Coordenação, distribuição e informações:

ESCOLA SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Setor Comercial Sul, Quadra 02, Bloco C, nº 256

Edifício Touffic – 6º andar

CEP: 70.302-000, Brasília – DF

Tel.: (61) 3105-7316

Homepage: www.dpu.gov.br

E-mail: revista.esdpu@dpu.gov.br

Diretor-Geral:

João Paulo Gondim Picanço

Vice-Diretor da ESDPU

Alexandre Mendes Lima de Oliveira

Coordenação de Gestão do Conhecimento

Bernardina Maria de Sousa Leal

Conselho Editorial:

Érica de Oliveira Hartmann (Presidente)

João Paulo de Campos Dorini

João Freitas de Castro Chaves

Estêvão Ferreira Couto

Capa e Diagramação:

Elder Galvão

Assessoramento Editorial:

Raul Colvara Rosinha, Ph.D

Normalização das pré-textuais:

Vanessa Kelly Leitão Ferreira

Márcia Cristina Tomaz de Aquino

Revista da Defensoria Pública da União / Defensoria Pública da União. – N. 5
(out. 2012)- . – Brasília : DPU, 2012- .
v. ; 21 cm.

Semestral.

ISSN 1984-0322

1. Defensoria pública. 2. Assistência judiciária. I. Brasil. Defensoria Pública da União. II. Título.

CDDir 341.46218

SUMÁRIO

Apresentação <i>João Paulo Gondim Picanço</i>	5
Editorial <i>Érica de Oliveira Hartmann</i>	7
O procedimento de identificação, reconhecimento, demarcação e titulação dos territórios das comunidades negras tradicionais no Brasil e na Colômbia: a legitimidade para atuação da Defensoria Pública <i>Eduardo Cesar Paredes de Carvalho</i>	9
A nova moldura da prescrição penal: impactos da Lei nº 12.234/2010 no sistema jurídico brasileiro <i>Marcelo Lopes Barroso</i>	36
A incapacidade para o trabalho e sua interpretação na concessão dos benefícios previdenciários <i>Flavio Luiz Marques Penna Marinho</i>	58
Inovações do Programa Minha Casa, Minha Vida nas questões habitacionais: avanços e retrocessos introduzidos pela Lei nº 11.977/2009 <i>Felipe Caldas Menezes</i>	86
Reflexões acerca da eficiência na visão da análise econômica do Direito: aspectos conceituais e sua criticidade <i>Kelery Dinarte Páscoa Freitas</i>	117
Assistência jurídica e judiciária no Brasil: legitimação, eficácia e desafios do modelo brasileiro <i>Daniel Mourgues Cogoy</i>	140
A legitimidade da Defensoria Pública para o mandado de segurança coletivo <i>Felipe Dezorzi Borges</i>	165

APRESENTAÇÃO

É inegável o fato de que a Defensoria Pública da União, apesar de todas as imensas dificuldades, atravessa momento de grandes transformações. Aumento significativo do número de cargos de Defensores e profissionalização da administração superior constituem apenas uma pequena parte desse notável crescimento.

Acompanhando esta progressão institucional, a ESDPU apresenta a 5ª edição da Revista da Defensoria Pública da União completamente remodelada, de forma a atender os mais altos padrões técnicos de exigências para publicações, inclusive com a implementação da sistemática do *double blind review*, que garante isenção e autonomia na escolha e correção dos trabalhos.

Ademais, demos início a amplo contato com a CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – de forma a inserir esta revista em seu quadro de periódicos avaliados dentro de rígidas regras de qualidade.

Criamos um Conselho Editorial endógeno totalmente escolhido por critérios objetivos, composto por 3 doutores e 1 mestre, os quais tiveram atuação decisiva para o sucesso desta edição. Não poderia deixar de expressar, nominalmente, meus agradecimentos a estas colegas, Dra. Érica Hartmann, Dr. João Paulo Dorini, Dr. Estêvão Couto e Dr. João Chaves.

Por fim, a ESDPU se orgulha de poder apresentar um expressivo conjunto de textos escritos a partir de uma cuidadosa busca pela excelência no tratamento das questões abordadas. A abrangência temática dos artigos desdobra-se, naturalmente, da amplitude própria às atribuições da Defensoria Pública da União e dimensiona seu inestimável alcance. Aprofundamentos teóricos de questões pertinentes às práticas defensoriais inserem as escritas no âmbito das discussões acadêmicas, além de contribuir para o aprimoramento do exercício profissional no trato cotidiano com as comunidades assistidas.

João Paulo Gondim Picanço

Diretor-Geral da Escola Superior da Defensoria Pública da União

EDITORIAL

Dando continuidade ao trabalho valioso da Escola Superior da Defensoria Pública da União de promoção e propagação dos trabalhos acadêmicos dos Defensores Públicos, chega-se ao quinto número da Revista da Defensoria Pública da União.

Já com três anos de existência, desde o lançamento do primeiro número, referente ao primeiro semestre de 2009, muita luta e trabalho foram dispensados para o fortalecimento da Revista, que é, sem sombra de dúvidas, um importante veículo de divulgação do trabalho dos Defensores Públicos Federais e fonte de pesquisas e discussões sobre temas relevantes e pertinentes à prática diária da assistência jurídica integral e gratuita.

A Revista passa neste momento por uma fase de transição importante: a fim de consagrar a sua qualidade, já se iniciaram os trabalhos para implementação de modificações para sua adequação às exigências dos critérios Qualis, criados pela CAPES, para elevar os periódicos científicos brasileiros aos padrões dos indexadores internacionais. Neste número, no entanto, apenas algumas modificações foram adotadas, sobretudo para respeitar a seleção então corrente segundo as antigas regras constantes da chamada de trabalhos anterior.

De qualquer sorte, no número ora lançado, mais uma vez graças à valiosa colaboração de Defensores Públicos Federais dos mais diversos lugares do país, discussões muito interessantes chegarão ao conhecimento dos leitores, tais como a legitimidade da Defensoria Pública para o Mandado de Segurança Coletivo, a legitimidade da Defensoria Pública para atuação nos procedimentos de identificação, reconhecimento, demarcação e titulação dos territórios quilombolas, discussões sobre a assistência jurídica no Brasil, sobre a análise econômica do Direito, dentre outros temas.

Fica aqui o agradecimento a todos os Defensores Públicos Federais que enviaram trabalhos para a seleção e o desejo de uma boa leitura a todos!

Érica de Oliveira Hartmann
Defensora Pública Federal

O PROCEDIMENTO DE IDENTIFICAÇÃO, RECONHECIMENTO, DEMARCAÇÃO E TITULAÇÃO DOS TERRITÓRIOS DAS COMUNIDADES NEGRAS TRADICIONAIS NO BRASIL E NA COLÔMBIA: A LEGITIMIDADE PARA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA

*Eduardo Cesar Paredes de Carvalho*¹

RESUMO

Os negros trazidos da África para trabalhar como escravos nas colônias ibéricas da América, durante os séculos XVI e XIX, tentavam reproduzir o modo de vida africano no além-mar e, ao mesmo tempo, buscaram alternativas para sobreviver à opressão e tentativas de eliminação por parte da grande sociedade branca e européia que aqui, começava a ser construída, para isso os negros criaram redutos de fuga e resistência – os quilombos ou *palenques*. No final do século XX, após vários anos de esquecimento, é que o direito de propriedade sobre as terras que as comunidades negras tradicionais ocupam de forma ancestral foi consagrado pelas constituições latino-americanas, com destaque para o Brasil e a Colômbia. Assim, o presente artigo tem por objetivo estudar, de forma comparativa, o procedimento de titulação das comunidades negras tradicionais no Brasil e na Colômbia, bem como a legitimidade de atuação da Defensoria Pública neste procedimento, a fim de verificar os pontos de semelhança e de diferença entre os modelos.

Palavras-chave: Quilombo. Quilombola. Defensoria Pública. Procedimento de titulação.

1. INTRODUÇÃO

Uma haste de madeira comprida em uma base quadrada em que se gira-

¹ Defensor Público Federal. O presente artigo é uma adaptação do trabalho de conclusão de curso da especialização em Direitos Humanos e Filosofia do Direito pela PUC-Minas.

va antes de entrar na nau que saía de uma praia da África para o Novo Mundo. Esse era o procedimento usado pelos traficantes negreiros para determinar que os escravos esquecessem do seu passado, da sua língua e da sua cultura. Nos dias de hoje, no antigo reino do Daomé, atual Benin, os Iarubás, ex-escravos negros vindos do Brasil, fizeram o caminho inverso, e lá constroem mesquitas com aparência de igrejas católicas, arquitetura típica do estilo colonial brasileiro, artifício aprendido na lida escrava no Brasil

O espaço temporal da saída da praia africana até o seu retorno, quando houve, foi preenchido por um passado de suor e sangue para aqueles que cruzaram o Atlântico. A tentativa de se estabelecer um modelo escravista consubstanciado no material humano resultado dos espólios de guerra de tribos e reinos africanos deu certo. O que não deu foi a tentativa do esquecimento.

Os africanos que atravessaram o Atlântico, assim como os indígenas, se expressavam em línguas tão distintas quanto o russo e o português, bem como religião, cultura, vestes e formas de ver o mundo. Jês, Bantos, Nagôs, dentre outros, formavam esta “vala comum” africana.

As diferenças só ocorriam neste campo. A resistência negra se consubstanciou em uma luta contra o modelo econômico escravista e a sociedade estabelecida, resultando em uma forma própria de emancipação ao Estado: o quilombo. Os quilombos se formaram não pela intenção, mas pela opressão. A cabana na mata era, em um primeiro momento, o resultado improvisado da fuga e a fumaça que saía da chaminé não era um meio de comunicação, mas a intenção de viver em liberdade e de se estabelecer em uma nova terra.

Contudo, os redutos de fuga se ampliava na proporção do tráfico de escravos, transformando-se em um segundo momento em redutos de resistência e por fim, em alguns casos, em de cidades, que tinham objetivos sólidos de emancipação e contraposição ao Estado. Assim, o quilombo que ia se formando possuía um conteúdo típico, o quilombola, morador do quilombo, mas criminoso ao olho do Estado.

Com o fim da escravidão, a criminalidade se foi e o “interesse” pelos quilombos se esvaiu por 100 anos, até o surgimento dos movimentos negros e a consagração em instrumentos de Direitos Humanos do direito à terra aos quilombos e outros povos tradicionais – Convenção nº. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT (BRASIL, 2004), vinculada à Organização das Nações Unidas – ONU.

Na América do Sul, o Brasil e a Colômbia possuem os maiores contingentes de negros frutos da escravidão, como salienta Ribeiro (2007), ambos protegeram os direitos das comunidades negras tradicionais em institutos jurídicos similares, além de possuírem realidades sociais quase idênticas.

Além disso, os dois países são membros da OIT e destacam-se pela consagração constitucional dos institutos de proteção das comunidades negras tradicionais, com destaque para o procedimento de titulação das suas terras e a legitimidade da Defensoria Pública como instrumento de efetividade de tais direitos.

Antes da consagração de direitos, o quilombo e o seu quilombola já tinha percorrido dois caminhos. Ou foram incorporados aos núcleos urbanos, formando as “favelas”, mantidos como sociedade informal, sem a presença do Poder Público, ou se mantiveram intactos nos seus modos próprios de produção.

Para estabelecer a quem pertence o direito das comunidades quilombolas, precisamos tentar estabelecer o que é quilombo neste contexto. São características para definição destas comunidades: (i) a auto-atribuição; (ii) trajetória histórica própria; (iii) relações territoriais específicas; (iv) presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência histórica sofrida, necessárias ao entendimento.

Quanto à *auto-atribuição*, é o próprio quilombola que diz se ele é ou não pertencente a uma comunidade remanescente de quilombo. Trata-se de um conceito antropológico (RIBEIRO, 2006c), que também permeia a identificação da matriz-étnica indígena e de outras comunidades tradicionais.

O significado de *trajetória histórica própria* é o ponto de particularidade de determinada comunidade quilombola, ou seja, a idéia de *contrastividade* (ARRUTI,

2006); que expressa o enlace histórico específico, se diferenciando, inclusive, de outras comunidades quilombolas, ou seja, é quase que uma declaração de independência/resistência do quilombo em face da sociedade nacional. O quilombo se destaca da sociedade nacional, se revelando como reduto de luta e resistência negra à escravidão e a opressão que dela vieram e que por anos se seguiu.

No entanto, existem pontos convergentes entre as comunidades quilombolas, por mais que apresentem singularidade, ou por melhor dizer: *etnicidade* (ARRUTI, 2006). E a questão principal é a da terra. A terra quilombola ou remanescente de quilombo é para o quilombola a matriz da qual deriva todos os direitos, servindo como forma de definição do “quilombo contemporâneo” (ARRUTI, 2006), portanto, especificamente uma questão agrária.

No que tange ao direito dos quilombolas e das comunidades negras tradicionais, no plano internacional, encontra-se previsto na Convenção nº. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT (BRASIL, 2004), vinculada à Organização das Nações Unidas – ONU, da qual o Brasil e a Colômbia são membros. A convenção consagra como Direitos Humanos o direito às “terras” que estas comunidades ocupam tradicionalmente.

Assim, este artigo tem por escopo visualizar o modelo brasileiro e colombiano de proteção jurídica conferido às comunidades negras tradicionais por meio da Defensoria Pública e a sua legitimação para atuar no procedimento de titulação da propriedade, através de um estudo comparativo das simetrias e assimetrias dos dois sistemas, possibilitando a troca e o aproveitamento das experiências comuns.

2. O PROCEDIMENTO DE IDENTIFICAÇÃO, RECONHECIMENTO, DEMARCAÇÃO E TITULAÇÃO DAS TERRAS QUILOMBOLAS NO BRASIL E A LEGITIMIDADE PARA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA

2.1. A legitimidade da Defensoria Pública na defesa das Comunidades

Quilombolas

A Defensoria Pública no Brasil está construída normativamente na Constituição de 1988 pelos arts. 1º, II², III³ e IV⁴, 3º, I⁵, II⁶, III⁷ e IV⁸, 5º, LXXIV, e disciplinada no art. 134 e ss. (BRASIL, 1988), bem como regulamentada pela Lei Complementar n. 80/1994 (BRASIL, 1994), a chamada Lei Orgânica da Defensoria Pública.

A Constituição de 1988 abriu o diálogo democrático com as comunidades tradicionais por meio do reconhecimento dos seus direitos, fruto do pluralismo jurídico. Assim, acompanhou a evolução do modelo de Estado Nacional para o Estado Plural e *Multi-Étnico*, seguindo as ideologias que permeiam a pós-modernidade, que é oriundo do processo histórico e mundial de efetivação dos direitos das chamadas comunidades tradicionais.

Neste espaço, inseriu-se a Defensoria Pública, que, por se tratar de instituição pública e oficial de defesa do povo brasileiro, tem por vocação a proteção das camadas marginalizadas e estigmatizadas da sociedade brasileira, tendo como missão constitucional e institucional a defesa e efetivação dos direitos das comunidades tradicionais, desta forma, devendo tornar visíveis os invisíveis aos olhos da sociedade.

Neste sentido, dispõe o art. 4º, XI, da Lei Orgânica da Defensoria Pública:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública,

2 Cidadania.

3 Dignidade da pessoa humana.

4 Valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

5 Construir uma sociedade livre, justa e igualitária.

6 Garantir o desenvolvimento nacional.

7 Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

8 Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

dentre outras:

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado (BRASIL, 1994, grifo nosso)

Portanto, cabe a Defensoria Pública a defesa dos interesses individuais e coletivos dos grupos vulneráveis que merecem a proteção especial do Estado, no caso, as comunidades quilombolas. Além disso, a participação direta no procedimento de titulação da Defensoria Pública está prevista expressamente no art. 16, parágrafo único, do Decreto n. 4.887/2008, qual seja:

Parágrafo único. A Fundação Cultural Palmares prestará assessoramento aos órgãos da Defensoria Pública quando estes órgãos representarem em juízo os interesses dos remanescentes das comunidades dos quilombos, nos termos do art. 134 da Constituição. (BRASIL, 2008, grifo nosso).

Destaca-se que a norma prevê a hipótese de substituição processual para a Defensoria Pública ir a juízo na defesa dos interesses quilombolas, em nome próprio e em defesa de interesse individual. No que tange a defesa do interesse coletivo, a legitimidade está previsto no art. 5º, II, da Lei n. 7.347/1985 (BRASIL, 1985), Lei das Ações Cíveis Públicas. No entanto, nos concentraremos na atuação extrajudicial e perante o procedimento de titulação, objeto deste trabalho.

Desta maneira, a Defensoria Pública é instituição legítima na defesa dos interesses das comunidades quilombolas, seja individualmente, seja coletiva-

mente, e em especial, quanto à participação no procedimento de titulação de terras das comunidades quilombolas no Brasil.

1.2 O Procedimento de Identificação, Reconhecimento, Demarcação e Titulação dos Territórios Quilombolas no Brasil

Uma vez verificada a legitimidade da Defensoria Pública na defesa dos interesses das comunidades quilombolas e no procedimento administrativo de titulação da propriedade, passaremos a tentar estabelecer o conceito de comunidade quilombola, ou comunidade negra tradicional, e após, analisaremos o modelo de procedimento de titulação da propriedade no Brasil, a fim de compará-lo com o modelo adotado na Colômbia.

O termo quilombo é usado desde que os negros foram trazidos da África para servirem de mão-de-obra escrava no Brasil, ganhando significado como forma da resistência negra ao senhorio local e ao próprio Estado, especialmente através da fuga e, em algumas vezes, através da aquisição da própria liberdade, *negro forro*, buscando, nestes casos, a comunidade como forma de reencontrar sua identidade africana e se proteger da discriminação sofrida pela “sociedade formal”.

Assim, em um primeiro momento a expressão semântica quilombola, que tem a palavra *cimarrones* como sinônimo nos países latino-hispânicos, foi utilizada para definir os “moradores” dos espaços de fuga e isolamento, que eram ocupados pelos negros na tentativa de resistência à escravidão e ao *domínio branco*, fenômeno social explicado por Arruti (2008). Ou seja, quilombola é o morador do quilombo.

A abolição formal da escravatura não pôs fim ao quilombo, que continuou existindo como forma de resistência às opressões da *grande sociedade branca e formal*, que via no negro e, em especial, no quilombola, uma forma de produto marginal e criminoso, tentando excluí-lo da construção da sociedade brasileira, como explica Campos (2010), seja por medida de incentivos à imigração eu-

ropéia, na tentativa de *braquização* do povo brasileiro, como acentua Ribeiro (2006a), seja pela não inclusão dos quilombos na construção da “cidade-formal” (CAMPOS, 2010, p. 83) e, em um âmbito maior, da *sociedade-formal*.

Os contingentes negros excluídos e marginalizados da propriedade, buscavam nos antigos quilombos o local de morada, identidade e reconhecimento, mas em um segundo momento, os quilombos passaram também a receber contingentes de pessoas que não eram absorvidas pela “cidade formal” e na forma oficial de *distribuição* da propriedade, como ex. os deficientes, desempregados, nordestinos, fenômeno também explicado por Campos (2010). Desta forma, a expansão das cidades fez com que os quilombos se transformassem nas favelas de hoje, fenômeno descrito por Campos (2010).

Em outro plano, as “comunidades negras rurais” (ARRUTI, 2005, p. 86) – aqueles situados fora das áreas urbanas – mantiveram-se distantes das cidades, porém, próximos às outras formas de expansão – agrícola, pastoril e extrativista – e assim como o indígena, foram alvos de diversos embates com estas frentes de expansão, resultando em guerras, dizimação e deslocamento para lugares afastados e remotos da civilização, que aqui ia se construindo, na explicação de Ribeiro (2006c).

Muito embora a questão quilombola tenha surgido desde o início do tráfico negreiro, nosso ordenamento jurídico sempre a considerou como política criminal, assim, tipificou como crime o quilombo, explica Arruti (2005), definindo que bastava para sua caracterização a reunião de cinco ou três escravos fugidos, respectivamente, na legislação colonial e imperial. Note-se a semelhança com o crime de bando ou quadrilha, previsto no art. 288 do Código Penal (BRASIL, 1940) em vigor.

Após a abolição da escravatura e a proclamação da República, o quilombo foi esquecido, ficou a margem da legislação e das políticas públicas, bem como, deixou de ser considerada uma atividade criminosa, mas, tal omissão não reverteu a sua marginalização e discriminação pela sociedade. Arruti (2005) salienta que foi no movimento negro dos anos 1970 e 1980 que o termo quilombo foi

reapropriado, como símbolo da resistência e da história negra.

Nesta época, o Estado também passou a se preocupar com os quilombos como patrimônio histórico e cultural brasileiro, como salienta Arruti (2005), entretanto, o *giro copérnico* no tratamento jurídico da questão quilombola somente ocorreu com a Constituição de 1988, quando as comunidades negras tradicionais receberam proteção constitucional do Estado ao invés de recriminação e punição.

Deve ser ressaltado, que mesmo antes da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), durante sua assembléia constituinte, foi criada a Fundação Cultural Palmares – FCP, fundação pública vinculada ao Ministério da Cultura, com a finalidade de promover a preservação dos valores culturais, sociais e econômicos decorrentes da influência negra na formação da sociedade brasileira, que depois se tornou um dos instrumentos mais importantes do Estado brasileiro na questão quilombola.

Assim, a Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) consagrou os direitos das comunidades quilombolas, que até então não tinham sido ventiladas em nenhuma outra. No entanto, em um único artigo e no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o que deixa a desejar para uma constituição definida como analítica. De qualquer forma, o art. 68 do ADCT, estabelece que aos “remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos” (BRASIL, 1988).

Além do art. 68 do ADCT, o art. 215 e ss. (BRASIL, 1988), ao tratar dos direitos culturais, consagrou, ainda que textualmente de forma indireta, os direitos dos quilombolas, como patrimônio histórico e cultural brasileiro. De qualquer forma, a preocupação do presente artigo é o direito à propriedade das comunidades quilombolas e o seu procedimento de titulação.

Assim, a Constituição estabelece que os “remanescentes das comunidades dos quilombos”, que no momento da promulgação da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) – 5/10/1988 – ocupavam terras ancestrais, têm seu direito de

propriedade garantido mediante expedição de título dominial coletivo, emitido pelo Estado, por meio de procedimento administrativo.

Antes de adentrarmos ao procedimento de titulação, é importante analisarmos o termo *remanescente das comunidades dos quilombos*, que tem significado de “quilombo contemporâneo”; são as comunidades que estejam ocupando terras e se organizando politicamente para reivindicar tal nomeação pelo Estado e tem como consequência o reconhecimento oficial da propriedade de suas terras, entretanto, não como forma de resistência escrava e do “mundo africano entre nós” (ARRUTI, 2006, p. 82), mas como um esforço coletivo de proteção aos conflitos agrários que estão envolvidas ou para fazer parte de programas sociais específicos para os grupos que formam, como o Programa Brasil Quilombola - PBQ⁹.

Portanto, a *questão quilombola* pode ser resumida em dois aspectos. O primeiro tange-se à *questão agrária*, envolvendo a titulação das terras quilombolas, que é o objeto do presente artigo. Quanto ao segundo aspecto, refere-se às questões envolvendo *políticas públicas*, que buscam fornecer, através de programas de governo e de instituições do Estado, como a Defensoria Pública, a implementação das condições necessárias à existência e a adoção de medidas tendentes à satisfação da dignidade da pessoa humana.

Na trajetória constitucional, o Governo Federal editou o Decreto n. 4.887/2003 (BRASIL, 2003), criando um procedimento administrativo de identificação, reconhecimento, demarcação e titulação das terras quilombolas, podendo ocorrer no âmbito federal, estadual, municipal e distrital, com competência concorrente. Entretanto, neste artigo nos concentraremos no procedimento federal de titulação, mas ressaltamos que nos outros entes o procedimento é simétrico ao modelo federal, ocorrendo apenas algumas peculiaridades ou a mu-

⁹ Programa do Governo Federal que visa à implementação de políticas públicas junto às comunidades quilombolas, como por ex. ações de saúde da família, fomento às práticas cooperativistas, etc.

dança do nome de órgãos de atribuição, como no caso da Defensoria Pública do Estado, ao invés Defensoria Pública da União.

Deve ser destacado que o Partido da Frente Liberal – PFL¹⁰ propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3239-D (2004) contra o Decreto n. 4.887/2003 (BRASIL, 2003), que normatiza o procedimento administrativo de titulação da propriedade quilombola, sob o argumento de violação ao art. 84, IV, da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), pois nosso ordenamento jurídico somente admite decretos ou regulamentos autônomos nos casos de organização e funcionamento da Administração Pública, assim, devendo haver lei formal para regulamentar o procedimento.

Muito embora não seja o objetivo deste trabalho, é importante destacar que existem diversos argumentos em defesa da constitucionalidade do Decreto, dentre os quais merece destaque o de que “os direitos fundamentais não precisam de concretização legislativa para surtirem os seus efeitos” (SARMENTO, 2006, p. 7), na medida em que é auto-aplicável a norma do art. 68 do ADCT. Neste caso, o Decreto tem a função de estabelecer as regras do procedimento demarcatório no âmbito da Administração Pública.

Depois de verificado o conceito de comunidade quilombola, passamos a analisar o procedimento administrativo de titulação da propriedade quilombola, especificadamente no plano federal, onde ele é realizado no âmbito do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA.

No que concernem as fases do procedimento, a auto-definição é considerada a sua fase prévia e inicia-se por requerimento da comunidade quilombola junto a Fundação Cultural Palmares - FCP, usualmente, depois da comunidade constituir-se em associação, a fim de facilitar a representatividade dos direitos de grupo, o que muitas vezes ocorre com a orientação jurídica da Defensoria Pública da União¹¹.

Após, a comunidade quilombola é inscrita no Cadastro Geral de Comu-

¹⁰ Atual Democratas – DEM.

¹¹ Experiência verificada na DPU/RS, DPU/MG, DPU/BA e DPU/CE.

nidades Quilombolas – CGCQ, junto à Fundação Cultural Palmares - FCP, e é expedida a respectiva certidão. Com a certidão de inscrição no cadastro, a própria comunidade quilombola, ou por intermédio da Defensoria Pública da União, formula requerimento administrativo junto ao Instituto Nacional da Colonização e Reforma Agrária – INCRA, que também pode iniciar o procedimento *ex officio*; trata-se da *fase de requerimento*.

Além da Defensoria Pública da União, o Ministério da Cultura e a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial – SEPIR assistem e acompanham todo o procedimento, respectivamente, a fim de garantir os direitos étnicos e territoriais, bem como a preservação da identidade cultural das comunidades quilombolas.

A segunda fase do procedimento é a *fase técnica*, compreendendo os estudos técnicos e multidisciplinares que vão aferir os elementos caracterizadores da comunidade quilombola e a delimitação da área objeto de titulação, com a participação e contribuição através de peças técnicas de diversos órgãos do Governo, da própria comunidade e da Defensoria Pública da União, quando esta instituição atuar em defesa dos interesses da comunidade.

Deve ser ressaltado que o Estado promoverá a desapropriação nas hipóteses em que a terra quilombola se circunscrever a uma propriedade particular, neste caso, observando ao proprietário a garantia da indenização justa e prévia em dinheiro, conforme determina o art. 5º, XXIV, da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988).

Com a conclusão da fase técnica, inicia-se a *fase de impugnações*, abrindo-se prazo para os interessados impugnarem os estudos técnicos e apresentarem documentos probatórios. Caso não haja impugnações ou se rejeitadas, o Instituto Nacional da Colonização e Reforma Agrária – INCRA concluirá o procedimento, com a expedição de título de reconhecimento da propriedade – *fase de titulação*, promovendo o registro cadastral no Cartório do Registro de Imóveis na qual está inscrito o imóvel – *fase de registro*.

O título de propriedade quilombola é coletivo, pro-indiviso e é expedido em nome da comunidade¹², tem cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade, além disso, consagra o direito de propriedade das terras quilombolas às suas respectivas comunidades, atendendo ao disposto no art. 68 do ADCT (BRASIL, 1988) e em observância à Convenção n.º. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT (BRASIL, 2004).

3. O PROCEDIMENTO IDENTIFICAÇÃO, RECONHECIMENTO, DEMARCAÇÃO E TITULAÇÃO DOS TERRITÓRIOS NEGROS TRADICIONAIS NA COLÔMBIA E A LEGITIMIDADE PARA ATUAÇÃO DA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

3.1 A legitimidade da *Defensoría del Pueblo* colombiana na defesa das Comunidades Negras Tradicionais

Uma vez verificado o modelo brasileiro de proteção das comunidades quilombolas e a legitimidade da Defensoria Pública para atuar no procedimento de titulação das terras tradicionais, nos resta analisar o modelo colombiano e o seu procedimento, que apesar dos dois países terem realidades e sistemas parecidos, existem algumas diferenças que precisam ser analisadas para conclusão do presente artigo.

A Defensoria Pública, instituição pública e oficial de defesa do povo, funciona como garantia de implementação dos direitos sociais e da justiça distributiva, além disso é uma criação dos países latino-americanos. Nos países de língua espanhola, a Defensoria Pública é denominada de *Defensoría Del Pueblo*, de qualquer forma, em cada país o modelo é particularizado, não podendo assim, ser considerado como um único e idêntico sistema de proteção; em que pese haver um projeto embrionário

12 Motivo pelo qual é importante a constituição de uma associação.

de Defensoria Pública no Mercado Comum do Cone Sul – MERCOSUL através da Reunião Especializada dos Defensores Públicos Oficiais - REDPO¹³.

Na Colômbia, a Constituição de 1991 (COLÔMBIA, 1991) consagra a instituição *Defensoría del Pueblo* como integrante da estrutura administrativa do Ministério Público, exercendo o *Defensor del Pueblo* – cargo similar ao Defensor Público-Geral – suas funções sob a supervisão do *Procurador General de La Nación*, o que seria no Brasil o cargo de Procurador-Geral da República¹⁴. Diferentemente, no Brasil, a Defensoria Pública é instituição independente e não integra a estrutura do Ministério Público, além disso, por sermos um estado federal, temos a Defensoria Pública da União e a Defensoria Pública de cada Estado.

Assim como no Brasil, a Constituição conferiu à Lei Orgânica da *Defensoría* – Lei n.º. 24/1992 (COLÔMBIA, 1992) – a regulamentação das funções institucionais, que são praticamente as mesmas da nossa Defensoria Pública, com exceção de algumas peculiaridades nacionais. Além disso, a lei orgânica, no art. 9º, estabelece que além “das atribuições assinaladas na Constituição, O Defensor Público terá as seguintes: 20. Zelar pelos direitos das minorias étnicas e dos consumidores.¹⁵” (COLÔMBIA, 1992, tradução nossa, grifo nosso).

Da mesma forma que no Brasil, é função institucional da *Defensoría Del Pueblo* colombiana a defesa dos direitos das comunidades negras tradicionais,

¹³ Maiores informações no sítio da Defensoria Pública da União < <http://www.dpu.gov.br>>, no link REDPO.

¹⁴ Constituição colombiana de 1991: “art. 281. El Defensor del Pueblo formará parte del Ministerio Público y ejercerá sus funciones bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación. Será elegido por la Cámara de Representantes en el primer mes de sus sesiones, de terna integrada por candidatos de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros, para un período institucional de cuatro años y no podrá ser reelegido para el período siguiente.”

¹⁵ *Art. 9º. Además de las atribuciones señaladas en la Constitución, El Defensor del Pueblo tendrá las siguientes: 20. Velar por los derechos de las minorías étnicas y de los consumidores.*

desta maneira, legitimada para participar do processo de demarcação das terras e, também, na defesa judicial dos direitos que envolvam estas populações.

3.2 O Procedimento de Identificação, Reconhecimento, Demarcação e Titulação dos Territórios Negros Tradicionais na Colômbia e Uma Comparação ao Nosso Sistema

Ultrapassada a análise da legitimidade da *Defensoría del Pueblo* colombiana na defesa dos direitos das comunidades negras tradicionais, em especial no procedimento de titulação das suas terras, devemos observar como é tratada a *questão quilombola* na Colômbia, o procedimento de titulação da propriedade e a participação da *Defensoría del Pueblo*.

Na Colômbia, o termo “*cimarrone*” (RODRÍGUEZ, 2006, p.2) ou “afro-colombianos¹⁶” e “*palenque*” (RODRÍGUEZ, 2006, p.3) são usados, respectivamente, para denominar a *população quilombola* e o *quilombo*, equivalentes semânticos que servem para denominar o fenômeno ocorrido por todo o Novo Mundo, como consequência do regime de mão-de-obra escravista utilizado no pacto colonial.

Assim, o *palenque* colombiano é a mesma coisa que o quilombo brasileiro, inclusive há uma versão colombiana do *Quilombo dos Palmares*¹⁷, chama-se “Chocó”, verdadeira prova de que os fenômenos de resistência negra ocorridos foram semelhantes nos dois países. Portanto, tudo o que foi abordado sobre as comunidades negras tradicionais no Brasil, no segundo capítulo, em especial o que foi abordado sobre o “quilombo contemporâneo” e a *questão quilombola* se aplica à realidade colombiana.

¹⁶ O texto utiliza a palavra em inglês *afro-colombians*.

¹⁷ Conhecido quilombo-cidade brasileiro, também conhecido pela mítica figura de Zumbi, seu líder.

Da mesma forma que nossa Constituição, a colombiana foi pioneira na tradição constitucional colombiana na consagração dos direitos fundamentais das comunidades negras tradicionais, em especial no procedimento de titulação da propriedade, pois não havia previsão anterior no ordenamento jurídico colombiano¹⁸. Assim como no Brasil, a Constituição colombiana disciplinou a titulação da propriedade das comunidades negras tradicionais em um único artigo e nas disposições transitórias, trata-se do art. 55, que estabelece:

***ARTIGO TRANSITÓRIO 55.** Dentro dos dois anos seguintes da entrada em vigor da presente Constituição, o Congresso expedirá, estudo prévio através de uma comissão especial que o Governo criará para tal efeito, uma lei que reconheça às comunidades negras que estejam ocupando terras baldias¹⁹ nas zonas rurais ribeirinhas dos rios da Bacia do Pacífico, de acordo com as suas práticas tradicionais de produção, o direito à propriedade coletiva sobre as áreas que serão demarcadas na mesma lei.*

(...)

***PARÁGRAFO 1º.** O disposto no presente artigo aplicar-se-á outras zonas do país que apresentem condições similares, pelo mesmo procedimento e estudos prévios e decisão favorável da comissão especial aqui*

¹⁸ Ressalvado o chamado *Código Negro Carolíneo*, que não chegou a entrar em vigor, e a rigor não protegia tais comunidades, apenas regulava a situação do *negro* ou do escravo nas colônias hispânicas na América.

¹⁹ Também pode ser chamada de “terras da Nação”, a expressão foi usada entre aspas no artigo CUNIN, Elizabeth. *Identificação Territorial, Identificação Étnica em Cartagena, Colômbia*. In: Revista de Estudos Afro-Asiáticos, 2003, p. 123-143. Seria o equivalente a nossas terras devolutas.

*prevista.*²⁰(COLÔMBIA, 1991, tradução nossa, grifo nosso)

O art. 55 exigiu a sua regulamentação por lei (Lei nº. 70/1993) para produzir efeitos, portanto, trata-se de norma de *eficácia contida*, na definição de Afonso da Silva (2005), entretanto, a norma constitucional brasileira – *art. 68* – prevê o reconhecimento das terras quilombolas independente de lei, assim, de *eficácia plena*.

Desta maneira, as comunidades negras que ocupam as *terras baldias*²¹ das zonas rurais ribeirinhas nos rios da Bacia do Pacífico ou em outras áreas, com práticas tradicionais de produção, são garantidas o direito à propriedade coletiva por meio de procedimento administrativo de titulação. Às comunidades que ocupem outras áreas, também é garantido o direito de propriedade, mas desde que cumpram os mesmo requisitos que as da Bacia do Pacífico.

Portanto, diferente do sistema brasileiro, em que não existem requisitos objetivos²² para titulação da propriedade quilombola, as comunidades negras tradicionais na Colômbia devem preencher os seguintes requisitos objetivos para que as áreas que ocupem sejam passíveis de adjudicação da propriedade: (i) ocu-

20 **ARTICULO TRANSITORIO 55.** *Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Congreso expedirá, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno creará para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley. (...) PARAGRAFO 1o. Lo dispuesto en el presente artículo podrá aplicarse a otras zonas del país que presenten similares condiciones, por el mismo procedimiento y previos estudio y concepto favorable de la comisión especial aquí prevista.*

21 *Tierras baldías.*

22 Ressalvada a exigência de estarem ocupando as terras antes da promulgação da Constituição de 1988, ou seja, 5 outubro de 1988.

par *terras baldias*, (ii) estas terras estejam circunscritas à zona rural, (iii) sejam comunidades ribeirinhas, ou seja, aquelas adjacentes aos rios²³; e (iv) local de prática de formas tradicionais de produção.

Desta maneira, o constituinte colombiano definiu com precisão as comunidades consideradas tradicionais que possuem o direito de terem suas propriedades tituladas. Neste quadrante, as comunidades negras tradicionais colombianas são comunidades rurais e ribeirinhas, que mantém o modelo tradicional de produção, assim como seus antepassados. Enquanto isso, no Brasil basta a comprovação da posse ancestral das terras que ocupam, mediante estudos técnicos, para configurar o direito à titulação.

Além destes requisitos objetivos, a legislação colombiana elenca uma série de bens que não podem ser adjudicadas²⁴, dentre as quais merece destaque

²³ Uma prova da caracterização das comunidades negras tradicionais colombianas como verdadeiras “comunidades fluviais” é a utilização como parâmetro demarcatório da região da Bacia do Pacífico.

²⁴ **ARTICULO 19. AREAS INADJUDICABLES.** *Las titulaciones de que trata el presente Decreto comprenden. 1. Los bienes de uso público. 2. Las áreas urbanas de los municipios. 3. Las tierras de resguardos indígenas. 4. El subsuelo. 5. Los predios de propiedad privada. 6. Las áreas reservadas para la seguridad y defensa nacional. 7. Las áreas del sistema de parques nacionales. 8. Los baldíos que hubieren sido destinados por entidades públicas para adelantar planes viales u otros de igual significación para el desarrollo económico y social del país o de la región, previo cumplimiento de la legislación ambiental vigente. 9. Los baldíos que constituyan reserva territorial del Estado (Decreto 2664 de 1995, art. 9o., literal d). 10. Los baldíos donde estén establecidas comunidades indígenas o que constituyan su hábitad (Ley 160 de 1994, art. 69, inciso final), y 11. Las reservas indígenas y los territorios tradicionales utilizados por pueblos indígenas nómadas y seminómadas o agricultores intinerantes para la caza, recolección u horticultura que se hallaren ubicados en zona de reserva forestal a La fecha de vigencia de la ley 160 de 1994 (Ley 160 de 1994, art. 85, parágrafos 5 y 6).*

as áreas urbanas municipais e a propriedade privada. Desta maneira, quando se tratar de terras *não adjudicáveis*²⁵, ainda que a comunidade negra tradicional cumpra aqueles requisitos objetivos, não terá direito à titulação da propriedade das terras que ocupam de forma ancestral.

No Brasil não há previsão de bens *não adjudicáveis*, no entanto, durante o procedimento de titulação há previsão de que a terra quilombola seja demarcada observando o laudo técnico, em especial o antropológico, e critérios de conciliação, quando sobreponha-se sobre bens públicos, porém a propriedade particular não possui nenhuma proteção²⁶, salvo o direito de sujeitar-se ao processo de desapropriação.

O procedimento de titulação da propriedade negra tradicional na Colômbia é regulado pela Lei n.º 70/1993 (COLÔMBIA, 1993) e pelo Decreto n. 1.745/1995 (COLÔMBIA, 1995), inicia-se por meio de *fase prévia*, quando é formado um *conselho comunitário* pela comunidade, com natureza de pessoa jurídica, que elegerá um representante, com diversas funções, inclusive podendo dirimir conflitos internos por meio da conciliação. Além disso, é o conselho que estabelecerá os limites da área a ser demarcada e realizará o requerimento administrativo, como será visto a seguir. No Brasil, a comunidade não está obrigada a constituir-se em pessoa jurídica²⁷, mas é usual fazê-lo para melhor condução dos direitos de grupo da comunidade. De qualquer forma, em ambos os países utiliza-se o critério da auto-atribuição para definição da comunidade negra tradicional.

A segunda fase do procedimento é a *fase de requerimento*, realizada pelo *conselho comunitário* através de requerimento administrativo²⁸, acompanhado

25 *Inajudicables.*

26 Ressalvada a garantia do pagamento de indenização.

27 No caso, em associação.

28 *Solicitud de titulación.*

de relatório e documentos probatórios, dirigidos ao Instituto Colombiano de Reforma Agrária – INCORA²⁹, da mesma forma que no Brasil, ocorrendo o trâmite do procedimento perante o órgão de reforma agrária³⁰.

Após, inicia-se a fase *técnica*, que se dá por meio de visitas da equipe técnica ao território objeto de demarcação. A equipe técnica será composta por funcionários do Ministério do Meio Ambiente, do próprio Instituto Colombiano de Reforma Agrária – INCORA e do Instituto Geográfico “Agustín Codazzi” – IGAC, que elaborarão o *informe técnico da visita*³¹, uma espécie de laudo técnico. Por outro lado, o nosso decreto prevê a participação de diversos órgãos na produção da fase técnica, variando a equipe técnica conforme o caso em análise, mas com a presença obrigatória de servidores do Instituto Nacional de Colonização e Reforma – INCRA.

Depois disso, é aberta a *fase de oposições*, quando pessoas interessadas poderão apresentar *oposições* às conclusões do informe técnico da visita, com a juntada de provas, ao pedido de titulação. A oposição é manejada por eventuais proprietários das terras que as comunidades tradicionais ocupam, pois na Colômbia a propriedade particular não pode ser adjudicada e nem desapropriada. O sistema brasileiro tem fase idêntica.

Julgadas improcedentes as oposições e verificada que a terra não compreende propriedade particular, tratando-se então de *terras baldias*, o procedimento será reenviado para comissão técnica que fará uma revisão *ex officio* do procedimento e, após as conclusões definitivas, será expedida a *resolução constitutiva*³², devidamente motivada, que poderá titular ou não às terras. Em caso de

29 *Instituto Colombiano de La Reforma Agrária – INCORA.*

30 No Brasil, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, uma autarquia federal.

31 *Informe técnico de la visita.*

32 *Resolución constitutiva.*

deferimento, o título de propriedade será levado ao registro no Cartório³³ competente, correspondendo tais fases, respectivamente, a *fase de conclusão* e a *fase de registro*. No Brasil também existem as duas fases, com diferenças, apenas, de nomenclatura de um sistema para o outro.

O título de propriedade da comunidade negra tradicional, emitido ao final do procedimento administrativo, segue o mesmo parâmetro adotado no Brasil, ou seja: coletivo³⁴, com cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e inembargabilidade, em atenção ao dispositivo constitucional do “artigo transitório 55” (COLÔMBIA, 1991), a Lei nº. 70/1993 (COLÔMBIA, 1993) e em observância à Convenção nº. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT (BRASIL, 2004).

Por fim, deve ser destacado que a Lei nº. 70/1993 (COLÔMBIA, 1993) e o seu decreto regulamentar (COLÔMBIA, 1995) não prevêm expressamente a participação da *Defensoría del Pueblo* no procedimento, como ocorre no sistema brasileiro. No entanto, isto não impede a legitimidade de participação da *Defensoría* no procedimento ou qualquer forma de atuação que vise à defesa dos direitos das comunidades negras tradicionais, na medida em que é a Constituição – vértice do ordenamento jurídico –, regulamentada pela Lei Orgânica da *Defensoría*, norma materialmente constitucional, que consagra a instituição como “legitimada para defender as minorias étnicas” (COLÔMBIA, 1993), no caso: as comunidades negras tradicionais.

4. CONCLUSÃO

Em primeiro lugar, a Defensoria Pública no Brasil e a *Defensoría del*

33 O termo correto é Oficina de Registros de Instrumentos Públicos.

34 No Brasil é considerado pro - indiviso, mas a própria aceção do termo coletivo o torna indivisível, em especial porque na Colômbia a comunidade deve constituir-se obrigatoriamente em pessoa jurídica.

Pueblo na Colômbia têm como missão constitucional, delineadas por sua lei orgânica, a defesa das comunidades negras tradicionais. Assim, é direito fundamental das comunidades negras tradicionais a atuação da Defensoria Pública nos procedimentos de titulação da propriedade.

O procedimento de identificação, reconhecimento, demarcação e titulação das comunidades negras tradicionais são similares nos dois países. O procedimento tramita perante o órgão de reforma agrária, com a participação de outros órgãos de governo, entretanto, na Colômbia a comissão técnica é fixa, enquanto no Brasil é variável, porém sempre com a presença de funcionários da autarquia de reforma agrária.

As fases do procedimento são as mesmas, compreendendo a fase de requerimento, fase técnica, fase de defesa – no Brasil – ou de oposição – na Colômbia, fase de conclusão e a fase de registro do título. O título é coletivo, inalienável, imprescritível e impenhorável, no Brasil, ou inembargável, na Colômbia, o que na prática significam a mesma coisa.

Nos dois países existe uma fase prévia ao procedimento administrativo e em ambas é utilizado o critério da auto-atribuição para definição da comunidade negra tradicional. Na Colômbia, a comunidade está obrigada a constituir-se em pessoa jurídica, denominada conselho comunitário, para formular o requerimento e produzir provas, não havendo a necessidade de certificação da comunidade.

Enquanto isso, no Brasil, não é exigido que a comunidade constitua-se em pessoa jurídica, muito embora seja usual que instituem uma associação, a fim de dar representatividade dos direitos do grupo. Além disso, no Brasil, a comunidade deve ser certificada como comunidade quilombola perante uma fundação pública dedicada à defesa dos interesses dos negros, que por simples requerimento a inclui em um cadastro nacional, onde após, poderá formular o requerimento administrativo com a juntada de provas para dar início ao procedimento de titulação.

A diferença substancial entre os dois sistemas é sobre os requisitos para

definição das comunidades negras tradicionais que têm direito à titulação da posse ancestral em propriedade. Na Colômbia, o sistema é taxativo, desta maneira, não são todas as comunidades negras tradicionais que têm direito ao procedimento administrativo de titulação da posse ancestral em propriedade. Assim, o sistema colombiano exige requisitos objetivos, quais sejam: a terra seja baldia, em zona rural, ribeirinha e mantenha o modelo de produção tradicional.

No Brasil, o sistema é flexível, reconhecendo-se o direito ao procedimento administrativo de titulação da posse ancestral em propriedade a qualquer comunidade quilombola. O sistema brasileiro é implementado por meio de critérios subjetivos – remanescentes de quilombos – verificados em laudo técnico, em especial o antropológico, durante o *iter* procedimental.

Outro ponto de divergência entre os dois sistemas refere-se às áreas que podem ser tituladas, ou na expressão do ordenamento colombiano: adjudicadas, com destaque para propriedade privada. Na Colômbia, não pode haver a titulação de terras das comunidades negras tradicionais em propriedades privadas, bem como, há um extenso rol de bens, todos públicos, de áreas que não podem ser adjudicadas, o que diminui em muito as terras passíveis de serem tituladas, além de não “romper com as amarras” das oligarquias locais e realizar um “resgate histórico” das comunidades negras tradicionais, assim, demonstra-se como um projeto tímido de solução para o “problema da terra”.

No Brasil, o bem público pode ser objeto de titulação da propriedade quilombola, contudo, como o sistema é muito flexível e desta forma, não há regras para superposição de terras, acaba que o procedimento de titulação sofre um impasse, uma vez que não existe solução para a maioria dos casos, nem mesmo com o laudo antropológico, então o que parece ser um direito de maior amplitude acaba revelando-se como inexecutável.

Um ponto relevante do sistema brasileiro é a possibilidade de titulação da terra quilombola na propriedade privada, servindo de instrumento importante de

reforma agrária e para correção do sistema da propriedade no Brasil, que está viciado desde o seu nascedouro, ou seja, desde o sistema das capitanias hereditárias, passando pelas sesmarias e a “lei de terras devolutas” – no Brasil Imperial, e por último com a “lei de terras”.

Destarte, podemos concluir que ambos os ordenamentos jurídicos são similares e apresentam pontos positivos no trato da questão das comunidades negras tradicionais, no entanto, estão longe de representarem a solução do “problema da terra” para tais comunidades, mas, de qualquer forma, é um bom começo para o fim destes quinhentos anos de esquecimento. Além disso, a Defensoria Pública no Brasil e a *Defensoría Del Pueblo* colombiana são as instituições com a missão de defesa e proteção das comunidades negras tradicionais, com vital importância para consecução dos objetivos e a ampliação do diálogo democrático entre estas comunidades, a sociedade e o Estado.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Rafael Sanzio Araújo. **Quilombolas**: tradições e culturas de resistência. São Paulo: Aori Comunicação, 2006.

ARRUTI, José Maurício Paiva Andion. **Mocambo**: antropologia e história do processo de formação quilombola. Bauru, SP: Edusc, 2006.

BARÓ, Dionísio et al. Desigualdade racial e construção institucional: a consolidação da temática racial no Governo Federal. In: A CONSTRUÇÃO de uma política de promoção da igualdade racial: uma análise dos últimos vinte anos. Brasília, DF: Governo Federal, 2008. p. 93-146.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 12 jul. 2011.

BRASIL. **Decreto nº. 4.887, de 20 de novembro de 2003**. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos

de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm>. Acesso em: 12 jul. 2011.

BRASIL. **Decreto nº. 5.051, de 19 de abril de 2004.** Promulga a Convenção nº. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 12 jul. 2011.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 12 jul. 2011.

BRASIL. **Lei Complementar nº. 80, de 12 de janeiro de 1994.** Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp80.htm>. Acesso em: 12 jul. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.239-DF. Inconstitucionalidade do Decreto nº. 4.887,** de 20 de novembro de 2003. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Requerente: Partido da Frente Liberal – PFL. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Cezar Peluso. Pendente de julgamento. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3239&processo=3239>>. Acesso em 12 jul. 2011.

CAMPOS, Andreino. **Do quilombo à favela: a produção do “espaço criminalizado”** no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil: O longo caminho.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CASTILLO, Américo Moreta. **Aspectos históricos y jurídicos del Código Negro Carolino.** Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/25029768/ASPECTOS-HISTORICOS-Y-JURIDICOS-DEL-CODIGO-NEGRO-CAROLINO-Ameri>>

co-Moreta-Castillo>. Acesso em: 12 jul. 2011.

COLÔMBIA. **Constituição (1991)**. Disponível em <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html>. Acesso em: 12 jul. 2011.

COLÔMBIA. **Decreto n.º 1.745, de 13 de outubro de 1995**. Por el cual se reglamenta el Capítulo III de la Ley 70 de 1993, se adopta el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las “Tierras de las Comunidades Negras” y se dictan otras disposiciones. Disponível em <http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/decretoslinea/1995/octubre/12/dec1745121995.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2011.

COLÔMBIA. **Lei n.º. 70, de 31 de agosto de 1993**. Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política. Disponível em <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley_0070_1993.html>. Acesso em: 12 jul. 2011.

CUNHA, José Ricardo; BORGES, Nadine. Direitos Humanos, (não) realização do estado de direito e o problema da exclusão. In: CUNHA, José Ricardo (Org.). **Direitos Humanos, Poder Judiciário e Sociedade**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011. p. 207-248.

CUNIN, Elizabeth. **Identificação territorial, identificação étnica em Cartagena, Colômbia**. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v25n1/a06v25n1.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2011.

RIBEIRO, Darcy. **As Américas e a civilização**. São Paulo: Cia. das Letras, 2007.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**. São Paulo: Cia. das Letras, 2006a.

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. São Paulo: Cia. das Letras, 2006b.

RODRIGUES, Raymundo Nina. **Os africanos no Brasil**. São Paulo: Madras, 2008.

RODRÍGUEZ, Pablo. A Efêmera utopia dos escravos de Nueva Granada: o caso do Palenque de Cartago. **Revista Topoi**, v. 6, p. 362-380, jul./dez. 2006.

MURILO, Luiz Gilberto. **The African heart of Colombia**. Disponível em

<<http://colhrnet.igc.org/newsletter/y2001/spring01art/africanheart101.htm>>. Acesso em: 12 jul. 2011.

SARMENTO, Daniel. **A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação**. Disponível em <http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/institucional/grupos-de-trabalho/quilombos-1/documentos/Dr_Daniel_Sarmento.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005. Ed maximi

A NOVA MOLDURA DA PRESCRIÇÃO PENAL: IMPACTOS DA LEI N.º 12.234/2010 NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

*Marcelo Lopes Barroso*¹

RESUMO

Aborda-se, no ensaio, as principais consequências da introdução, no ordenamento jurídico brasileiro, da Lei n.º 12.234/2010. Trata-se inicialmente do instituto do direito de punir do Estado e da existência de um prazo para o exercício do direito de punir. Analisa-se o instituto da prescrição, seu conceito, natureza, espécies e efeitos. Investiga-se as principais alterações empreendidas pela Lei n.º 12.234/2010, sobre uma possível extinção da prescrição retroativa e eventual inconstitucionalidade do diploma legislativo. Conclui-se que a norma que promoveu a extinção da prescrição retroativa, levando em conta o lapso temporal decorrido da data do fato à data de recebimento da denúncia, é inconstitucional, por agressão aos princípios da segurança jurídica, razoável duração do processo e eficiência da Administração Pública, além de não se configurar em instrumento hábil à diminuição da criminalidade.

Palavras-chave: Prescrição. Lei n.º 12.234/2010. Aspectos constitucionais.

1. INTRODUÇÃO

Tramitam no Congresso Nacional diversos projetos sobre matéria pe-

1 Defensor Público Federal em Fortaleza/CE
Professor da Universidade de Fortaleza (UNIFOR)
Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC)
E-mail: barrosomarcelo@uol.com.br

nal e processual penal. Recentemente, alterou-se o Código Penal (Lei n.º 12.015/2009) no Capítulo dedicado aos crimes contra a dignidade sexual. O arcaico tratamento legislativo conferido aos crimes contra os costumes recebeu nova roupagem, à luz da mudança do comportamento sexual das pessoas, seja do ponto de vista de sua prática, seja na perspectiva de educação familiar e crítica social. Em atenção às modificações sofridas ao longo dos tempos, veio a Lei n.º 11.983/2009 e deixou de considerar a mendicância infração penal (Revogação do art. 60 do Decreto-Lei n.º 3688/41). Agora, aqueles que se dedicam a pedir esmolas não vão encontrar mais obstáculos no Direito Penal. Em boa hora, percebeu o legislador após quase 60 (sessenta) anos que a reprovabilidade deve recair no comportamento das pessoas que construíram um quadro de miséria social e não sobre os seres humanos que padecem com esse mesmo quadro. Doravante, as pessoas incomodadas com pedintes deixam de receber tutela penal em razão dessas súplicas.

Não há dúvidas que a inflação legislativa no campo criminal ainda não foi debelada com o mesmo êxito que foi àquela na economia, desde a implantação do Plano Real, no ano de 1994. Tal avidez do Congresso Nacional em muitos casos não produz resultados efetivos, já que o trabalho do legislador não tem o condão de alterar o quadro de pobreza que assola o país. Pode-se questionar até mesmo sobre a existência desse vínculo entre pobreza e criminalidade. Ora, se nos últimos anos houve uma redução do número de indigentes, por qual razão os índices da criminalidade não foram reduzidos? O número de indigentes e o índice de mortalidade por desnutrição foi reduzido, mas a desigualdade social persiste, o conviver no mesmo espaço entre pessoas tão diferentes – ostentação e marginalização – constitui-se em fator de estímulo à prática de crimes.

A Lei n.º 12.234/2010 trata sobre a prescrição – causa de extinção da punibilidade. O tempo e o Direito em muitos momentos estão intimamente ligados. A posse mansa e pacífica sobre um determinado bem móvel ou imóvel pode

tornar o mero possuidor em proprietário, desde que decorra um certo lapso temporal. O direito do possuidor é, ao mesmo tempo – uma sanção ao proprietário que demonstrou desinteresse por parcela de seu patrimônio. No direito processual a observância aos prazos é uma questão de sobrevivência dos personagens processuais: a preclusão temporal confirma a assertiva, vez que a parte perde o direito de praticar o ato caso não o faça no prazo estabelecido em lei.

No campo penal, há alguns institutos que sofrem a influência do tempo. Nos crimes de ação penal privada o ofendido dispõe do prazo de 06 (seis) meses – a contar do dia em que tomou conhecimento da autoria do delito – para oferecer queixa-crime. Nos delitos sujeitos à ação penal pública condicionada, a vítima também dispõe do mesmo prazo de 06 (seis) meses para manifestar interesse no processamento e punição do autor do crime. Em ambos os casos mencionados, o transcurso desse prazo sem o ajuizamento da ação penal ou sem a representação produz idêntico efeito: a extinção do direito de punir do Estado por força da decadência.

Nesse verdadeiro emaranhado legislativo, surge a Lei n.º 12.234/2010, alterando os artigos 109 e 110 do Código Penal Brasileiro. Algumas questões surgem diante da modificação sofrida pelo Código Penal: Qual a natureza jurídica da norma? A novel legislação pode alcançar fatos anteriores à sua vigência? Acabou a prescrição retroativa? A lei foi benéfica para a efetividade das investigações criminais? A lei é compatível com a Constituição Federal? Reduzirá a novel legislação a faixa de impunidade? Cumpra a este ensaio buscar respostas a essas indagações, de modo a deixar transparecer as primeiras impressões sobre a lei objeto do estudo e seu relacionamento com os princípios constitucionais correlatos.

2. DA PRESCRIÇÃO

Feitas as considerações introdutórias sobre os objetivos do ensaio, cumpre agora estudar o instituto da prescrição em seus aspectos mais relevantes, para que se possa compreender seus fundamentos e as razões para a edição da Lei n.º 12.234/2010.

2.1 O Direito de Punir do Estado

Por natureza, o ser humano é egoísta, pensa de forma tão intensa em seus próprios interesses que busca o outro para satisfazer seus desejos, tornar sua vida mais agradável, compartilhar seus sofrimentos, esquecer problemas, diminuir remorsos, buscar o perdão pelos pecados cometidos. Até quando ajuda o semelhante não se deixa de imaginar em que aquele ato de bondade cristã poderá aliviar as culpas do indivíduo. Muitas dessas manifestações naturais do homem passam ao largo de qualquer disciplina normativa, ao passo que outras condutas, tal o seu envolvimento na esfera jurídica dos demais membros da sociedade, instalando-se um conflito, merecem a atenção do Direito. Nessa trilha, cabe ao Direito Penal cuidar apenas daqueles comportamentos que afetarem de modo substancial os interesses de maior envergadura para o corpo social, não havendo outro meio eficaz de proteção aos bens jurídicos.

Antes da interferência do Estado no campo punitivo, cumpria aos próprios interessados a resolução das pendências ligadas à prática de um crime. Ao ofendido cabia vingar-se do mal sofrido, resposta essa que deveria ser idêntica à agressão (*olho por olho, dente por dente*). Em tese, o modo primitivo de solução dos conflitos atendia ao critério da justiça equitativa, todavia, em termos práticos percebeu-se que o autor da infração muitas vezes apenas sofria o revide da vítima quando estivesse em uma situação de fragilidade em relação a esta. Diante do poderio econômico do agressor, não havia a aplicação de uma sanção por parte da vítima, o que tornava o mecanismo de autocomposição um meio débil e

demasiadamente seletivo. Chegou-se à conclusão de que havia a necessidade de atribuir-se a um terceiro – independente e sem envolvimento com os interessados na disputa – o poder de impor decisões aos litigantes.

Não admitindo o Estado a justiça privada, afastando a possibilidade de os cidadãos usarem as próprias mãos para revidar o comportamento desviado dos infratores, assume o dever de punir os indivíduos que venham a causar séria intranquilidade no meio social. O direito de punir do Estado, propaga-se em 03(três) momentos: a) quando da elaboração das normas penais incriminadoras, está a exercer o direito de punir no plano abstrato. Quando o sujeito pratica a conduta proibida pelo preceito incriminador, surge o direito de punir no plano concreto. Por fim, quando a sentença penal condenatória transita em julgado, inicia-se o *jus executionis*.

Com a prática do crime, surge para o Estado o direito de investigá-lo, de promover a ação penal caso disponha de base probatória mínima, de julgar o acusado, de condená-lo, caso surja a comprovação da existência do crime e de sua autoria, bem como de submeter o condenado compulsoriamente ao cumprimento da pena. Essa série de atos não pode ocorrer de forma indefinida. O exercício do direito de perseguir o criminoso pressupõe o dever estatal de fazê-lo em determinado espaço de tempo. Ao lado do direito de punir do Estado encontra-se o direito do acusado em manter seu estado de liberdade, de resistir à pretensão punitiva. De acordo com Damásio Evangelista de Jesus (2001, p. 4), “com a prática do crime surge a pretensão punitiva; transitando em julgado a sentença condenatória, a pretensão executória”.

Em respeito a esse *jus libertatis*, a atuação dos veículos persecutórios institucionalizados recebe diversos condicionamentos, inclusive no aspecto temporal.

2.2 Conceito

A prescrição é a perda do direito de punir do Estado em razão do descumprimento dos prazos estabelecidos em lei para a prática de determinados atos que envolvem a persecução penal. Trata-se de sanção à omissão estatal, por não terem seus agentes atuado de forma célere, ensejando à extinção da punibilidade da pessoa acusada ou condenada pela prática de uma infração penal. Com a prescrição há, sem sombra de dúvidas, um prejuízo à sociedade, pois o provável ofensor da norma penal não receberá punição pela prática de uma conduta reprovável. Diante da existência de uma possível impunidade, por qual razão manter o instituto da prescrição? O motivo reside na necessidade de exigir dos agentes públicos encarregados da persecução penal certa dose de celeridade, atuando com eficiência, de forma a não submeter o suspeito, o indiciado, o acusado ou condenado de forma indefinida à prática dos atos persecutórios, em prejuízo à sua liberdade e dignidade.

2.3 Espécies

Não se desconhece aqui a infinita possibilidade de classificações do instituto da prescrição, todavia, face aos objetivos propostos para o artigo, apresentar-se-á a divisão mais importante, que tem como parâmetro o momento em que é exercida a pretensão estatal. Assim, tem-se a prescrição da pretensão punitiva quando há perda do direito de aplicar uma sanção penal ao infrator em razão do decurso do tempo necessário para a prática de diversos atos que compõem a persecução penal. Na prescrição da pretensão punitiva, não se chega ao trânsito em julgado do decreto condenatório.

A pretensão punitiva tem início com a prática do delito e apresenta como termo final o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Caso não formado o título executório – sentença penal condenatória transitada em julgado – em determinado prazo, perde o Estado o direito de continuar a submeter o su-

posto autor da infração à persecução penal. O art. 117 do Código Penal elenca os marcos interruptivos da prescrição, de sorte que o advento de qualquer um deles faz com que o prazo prescricional seja retomado do início.

Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se:

I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

II - pela pronúncia;

III - pela decisão confirmatória da pronúncia;

IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;

V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena;

VI - pela reincidência.

Vê-se, pois que a observância de tais prazos atinge a atuação de diversas instituições e personagens. A Polícia Judiciária deve trabalhar de forma eficiente para que o Ministério Público possa oferecer a denúncia antes de expirado o prazo prescricional. O Poder Judiciário é quem possui maior responsabilidade no que toca aos prazos da prescrição, pois é exigida uma atuação do autoridade judiciária limitada no tempo. Eventuais delongas das autoridades jurisdicionais para receber a denúncia, para proferir sentença ou acórdão condenatório, ou para julgar os recursos interpostos pode ensejar o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

Os prazos prescricionais variam de acordo com cada delito. O art. 109 do Código Penal estabelece esses prazos, observando-se a proporcionalidade com a pena cominada ao crime. Infrações de maior gravidade sujeitam-se a períodos de tempo mais prolongados para que a pretensão punitiva seja exterminada, ao passo que os delitos mais leves prescrevem em espaço temporal mais reduzido. Trata-se de um critério razoável, na medida em que parte da premissa – correta-

de que os crimes mais graves demoram mais a serem esquecidos por parte da comunidade que sofre o abalo; ao passo que infrações de menor gravidade saem mais cedo da memória das pessoas.

Com as alterações empreendidas pela Lei n.º 12.234/2010, o menor prazo prescricional no Direito Brasileiro passa a ser aquele referente à pena de multa aplicada isoladamente, que prescreve em 02 (dois) anos, nos termos do art. 114, I, do Código Penal. Os crimes cujas penas máximas forem inferiores a 01 (um) ano passam a prescrever em 03(três) anos. (art. 109, VI, do CP).

Feitas essas considerações sobre a prescrição da prescrição punitiva, cumpre agora tratar da outra modalidade dessa causa de extinção da punibilidade. A prescrição da pretensão executória consiste na perda do direito de o Estado submeter o condenado ao cumprimento da sanção penal imposta em uma sentença condenatória transitada em julgado. Não é suficiente, pois, que o título executivo seja formado sem que ocorra a prescrição da pretensão punitiva, é preciso que o Estado satisfaça a pretensão executória em determinado período de tempo. Essa satisfação se dá com o cumprimento da pena por parte do condenado. A prescrição da pretensão executória tem por pressuposto uma sentença penal condenatória transitada em julgado, possuindo caráter residual, na medida em que somente é aplicada caso não tenha havido a prescrição da pretensão punitiva.

É importante salientar que, apesar de ter como pressuposto um decreto penal condenatório com trânsito em julgado, o marco inicial para a contagem do prazo da prescrição da pretensão executória é a data em que a sentença transitar em julgado para a acusação, pois, a partir desta data, a pena fixada para o réu não poderá ser aumentada por ocasião do julgamento dos recursos manejados pela defesa, em atenção ao princípio da vedação à *refomatio in pejus*.

Assim, se em face de uma sentença condenatória apenas a defesa recorreu, opera-se o trânsito em julgado para a acusação, mas o trânsito em julgado da sentença só se verifica após o julgamento de todos os recursos manejados pelo acu-

sado, de sorte que, mesmo com a formação tempestiva do título executório, caso o condenado não inicie o cumprimento da pena em determinado prazo, opera-se a prescrição da pretensão executória. Nessa modalidade de prescrição, não há o desaparecimento da sentença do mundo jurídico. Ainda que inicie o cumprimento da pena, o condenado poderá ser beneficiado com a prescrição da execução se empreender fuga. A saída não autorizada do condenado, ainda que interrompa a prescrição, caso se prolongue por determinado tempo, é circunstância hábil à extinção da pretensão executória. O prazo da prescrição, neste caso, será calculado tomando-se como parâmetro o que resta a cumprir da pena. (art. 113 do CP).

São distintos os efeitos do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva e da prescrição da pretensão executória. Com a prescrição da pretensão punitiva desaparecem todos os efeitos de uma eventual sentença condenatória, retornando o acusado ao *status* anterior ao processo. É como nunca tivesse existido a acusação. No dizer de Paulo José da Costa Júnior 92005, p. 416): “Com a prescrição da pretensão punitiva, extinguem-se todos os efeitos do delito praticado. É como se o agente jamais houvesse atentado contra o direito”.

Na mesma trilha arrematam Luiz Carlos Betanho e Marcos Zilli (*in* FRANCO, STOCO, 2007, p.; 560) :

O agente retoma, portanto, a situação jurídica anterior à formal acusação. O inquérito e o processo não poderão servir para caracterização de futuro antecedente criminal. [...] todos os registros devem ser apagados, não sendo admissível a expedição de certidões criminais com tais inclusões.

Por outro lado, com a prescrição da pretensão executória, some o efeito primário da condenação (cumprimento da pena), mas subsistem os efeitos secundários (v.g. reparação do dano, permanência do nome do réu no rol dos culpados,

caracterização de maus antecedentes e reincidência). Comparando-se as duas modalidades de prescrição – punitiva e executória – forçoso reconhecer que a primeira apresenta maiores vantagens ao acusado, que vê restaurada sua situação anterior ao processo.

2.4 Prescrição Retroativa

A prescrição retroativa é uma modalidade de prescrição da pretensão punitiva em que a pena concretizada na sentença é considerada para disciplinar marcos interruptivos da prescrição ocorridos anteriormente à publicação da sentença. Tem por premissa o trânsito em julgado para a acusação. Desde os idos de 1920 já havia discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade de a pena fixada na sentença servir de critério para regular o prazo da prescrição (JESUS, 2001), todavia, apenas em 1964 o Supremo Tribunal Federal tentou pacificar as controvérsias com a edição da Súmula n.º 146, *in verbis*: “A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”.

Para Luiz Régis Prado (2008, p. 663) essa espécie de prescrição “encontra justificativa na inércia da autoridade pública, que não obedece aos prazos legais expressamente previstos para o processo penal”.

Contrapõe-se à chamada prescrição superveniente (intercorrente), em que a pena estabelecida na sentença constitui fator regulatório de prazos prescricionais posteriores à publicação da decisão condenatória. Ao tratar desse instituto, discorre Paulo José da Costa Júnior (2005, p. 418):

[...] cuida da prescrição da pretensão punitiva de que somente o réu tenha recorrido, incidindo sobre o lapso temporal entre a sentença e a decisão de segunda instância. Ou então quando, mesmo havendo recurso do órgão acusatório,

tenha sido ele improvido. Ao revés, não haverá prescrição intercorrente se o recurso da acusação for provido, qualquer que seja o aumento da pena imposta pela instância superior.

A Lei n.º 12.234/2010 empreendeu mudança ao art. 110, § 1.º do Código Penal, estabelecendo que a pena individualizada na sentença condenatória não poderá regular prazo prescricional anterior ao recebimento da denúncia ou queixa. Nos termos legais:

Art.110. [...]

§ 1.º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

Não houve, dessa forma, o fim da prescrição retroativa, mas apenas uma redução de sua aplicação. Continua a haver possibilidade de a pena concretizada na sentença vir a disciplinar o marco temporal ocorrido entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória. Assim, se o indivíduo foi condenado à pena de 02 (dois) anos de reclusão, a prescrição opera-se em 04 (quatro) anos. Nessa situação, transcorridos 04 (quatro) anos entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória, houve a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, pois a pena concretizada na sentença – 02 (dois) anos – serviu de base para regular o prazo prescricional – 04 (quatro) anos – que teve por marcos anteriores à publicação da sentença – recebimento da denúncia e publicação da sentença.

2.5 Prescrição das medidas de segurança

O Direito não trata da mesma forma as pessoas que têm discernimento de seus atos daqueles que agem sem ter aptidão para distinguir o lícito do ilícito e de poder agir conforme esse entendimento. Há, em suma, quanto aos autores de crimes, três categorias: a) os imputáveis, que têm capacidade de compreender o caráter ilícito do fato e de se determinar de acordo com esse entendimento; b) os inimputáveis, portadores de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado que, no momento da ação ou da omissão, não apresentam aptidão de compreender o caráter do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (art. 26 do CP); c) os semi-imputáveis, também portadores de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, que em razão dessa patologia, não tem o conhecimento integral da ilicitude de seu comportamento ou não tem plenas condições de determinar-se de acordo com esse entendimento (art. 26, § único do CP). Os menores de 18 (dezoito) anos são considerados inimputáveis e não são praticam crimes, por opção legislativa (art. 27 do CP), sujeitando-se à medidas sócio-educativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90).

As medidas de segurança constituem-se em uma consequência jurídica imposta aos inimputáveis ou semi-imputáveis (art. 98 do CP) quando restar comprovada a prática de fatos típicos e ilícitos por parte destes. Trata-se, pois, de espécie do gênero sanção penal, condicionando-se a sua aplicação ao devido processo legal. O tempo de cumprimento das medidas de segurança ficará condicionado ao restabelecimento da saúde do inimputável ou do semi-imputável, de sorte que deverá haver exames anuais para fins de verificação do retorno do equilíbrio mental do indivíduo submetido a essa modalidade de sanção penal. (§§ 1.º e 2.º do art. 97 do CP).

Problemática há muito debatida diz respeito à prescrição das medidas de segurança. Por não se configurarem propriamente em uma pena, discute-se a sua sujeição a prazos prescricionais. Nesse particular, a Lei n.º 12.234/2010 não

alterou qualquer regramento. Não se pode deixar de reconhecer que as medidas de segurança não se configuram em penas, até porque os inimputáveis não são aptos a alcançar os objetivos da prevenção e retribuição daquelas; todavia, por importarem em restrições ao direito de locomoção dos seus destinatários, é preciso também condicionar o cumprimento das medidas de segurança a prazos. Em caso de absolvição imprópria, como o juiz não chega a fixar um determinado *quantum* de pena, considera-se o prazo da prescrição da medida de segurança aquele referente à pena *in abstracto* do delito. Quando a medida de segurança for imposta ao semi-imputável, em substituição à pena privativa de liberdade, tem-se como paradigma a pena substituída. O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que as medidas de segurança estão sujeitas à prescrição, conforme acórdão cuja ementa segue transcrita:

HABEAS CORPUS. PENAL. USO DE ENTORPECENTES. SEMI-IMPUTÁVEL. CONDENAÇÃO SUBSTITUÍDA POR MEDIDA DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO EXECUTÓRIA CALCULADA COM BASE NA PENA EM CONCRETO. OCORRÊNCIA.

1. A medida de segurança uma espécie do gênero sanção penal, se sujeitando, pois, à regra contida no artigo 109 do Código Penal. Assim, “aos que tenham sido impostas medidas de segurança, podem se furtar a elas quando houver qualquer causa extintiva de punibilidade, como a prescrição com base na pena em abstrato no caso de absolvição por inimputabilidade, ou da pena em concreto quando se tratar de medida de segurança substitutiva no caso dos semi-imputáveis.” (in CÓDIGO PENAL Interpretado, MIRABETE, Terceira Edição, Ed. Atlas, p. 624).

2. Na hipótese em tela, o Paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 16, da Lei n.º 6.368/76, à pena de 06 (seis) meses de detenção, que restou substituída por medida de segurança de tratamento ambulatorial, em virtude de sua semi-imputabilidade, devendo, assim, para o cálculo da prescrição, ser levado em consideração a pena em concreto. A prescrição da pretensão executória ocorre, dessa forma, em 02 (dois) anos, a teor do disposto no art. 109, VI, c.c. o 110, caput, ambos do Código Penal [...]

5. Ordem concedida para declarar a extinção da punibilidade estatal quanto ao crime previsto no art. 16 da Lei n.º 6.368/76, substituído pelo art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, em face da ocorrência da prescrição executória, nos termos do art. 107, inciso IV, do Código Penal.

(HC 53.170/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJe 15/12/2008) (Grifou-se).

Em igual sentido, decisão do Supremo Tribunal Federal:

[...] **2. O instituto da prescrição não é incompatível com a natureza não-penal das medidas sócio-educativas. Jurisprudência pacífica no sentido da prescritibilidade das medidas de segurança, que também não têm natureza de pena, na estrita acepção do termo. 3. Os casos de imprescritibilidade devem ser, apenas, aqueles expressamente previstos em lei.** Se o Estatuto da Criança e do Adolescente não estabelece a imprescritibilidade das

medidas sócio-educativas, devem elas se submeter à regra geral, como determina o art. 12 do Código Penal. 4. O transcurso do tempo, para um adolescente que está formando sua personalidade, produz efeitos muito mais profundos do que para pessoa já biologicamente madura, o que milita em favor da aplicabilidade do instituto da prescrição. [...] (HC 88788, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 22/04/2008, DJe-117 DIVULG 26-06-2008 PUBLIC 27-06-2008 EMENT VOL-02325-02 PP-00372 LEXSTF v. 30, n. 359, 2008, p. 387-396).

No que toca à prescrição das medidas de segurança, a Lei n.º 12.234/2010 não alterou qualquer regramento, de sorte a manter-se o entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça.

3. ASPECTOS POLÊMICOS DA LEI N.º 12.234/2010

Tratar-se-á agora de enfrentar e discutir os aspectos mais controvertidos da lei em estudo.

3.1 Retroatividade da norma

Antes de verificar a possibilidade de a Lei n.º 12.234/2010 ser aplicada a fatos ocorridos anteriormente à sua vigência, cabe identificar a sua natureza. Norma penal é aquela que cria, amplia, diminui ou extingue o direito de punir do Estado. Doutra banda, a norma processual tem por conteúdo a disciplina sobre o modo de realização dos atos que compõem a cadeia procedimental, sem afetar diretamente o direito de punir do Estado. (CAPEZ, 2010). Tal diferenciação

mostra-se pertinente para fins de aplicação da lei no tempo.

A norma penal somente poderá ser aplicada em relação a fatos ocorridos antes de entrar em vigor se for favorável ao réu. Norma de conteúdo material que de qualquer modo prejudique o acusado é irretroativa, aplicando-se apenas a situações surgidas após a sua vigência. (CF, art. 5.º, XL).

No que diz respeito às normas processuais, aplica-se a norma em vigor no dia em que o ato processual seja praticado. A lei nova é aplicada imediatamente, ainda que mais gravosa ao réu (v.g redução de prazos, extinção de modalidades de recursos); preservando-se, todavia, todos os atos praticados sob a égide da lei revogada (*tempus regit actum*).

A Lei n.º 12.234/2010 aumentou de 02 (dois) para 03 (três) anos o prazo prescricional dos crimes cuja pena máxima é inferior a 01(um) ano. Nesse aspecto, tornou mais gravosa a situação do agente, ao elastecer o prazo da prescrição. Por outro lado, ao abolir a prescrição retroativa entre a data do fato delituoso e o recebimento da denúncia/queixa, a norma em estudo também prejudicou a situação do réu, por ampliar temporalmente o exercício do direito de punir.

Após essas considerações preparatórias, conclui-se, pois, que a Lei n.º 12.234/2010 possui natureza penal, posto que trata da prescrição, reduzindo a sua ocorrência. Assim, por restringir o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, o novo diploma legislativo somente pode ser aplicado aqueles crimes cometidos após 06.05.2010 (publicação da lei no DOU).

3.2 Redução dos casos de prescrição retroativa: sua compatibilidade com a Constituição Federal e a eficácia das investigações criminais

Discute-se, agora, a harmonização da norma que aboliu a possibilidade de a pena fixada na sentença condenatória servir de critério para o estabelecimento de prazo prescricional que tenha por marcos fatos anteriores ao recebimento da

denúncia.

a) Segurança Jurídica

Um dos fundamentos para a existência do instituto da prescrição é a necessidade de por termo aos conflitos postos à apreciação pelo Poder Judiciário em determinado espaço de tempo. Não pode o indivíduo aguardar eternamente a aplicação de uma eventual punição pelo Estado em razão da imputação da prática de um crime. A Constituição Federal prevê no art. 5.º, *caput*, a segurança como direito de qualquer cidadão, incluindo-se, nesse conceito, a estabilidade das relações jurídicas. Nessa perspectiva, a prescrição retroativa insere-se como mecanismo de controle do poder punitivo estatal, no que tange aos limites temporais, em observância aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, já que utiliza a pena concretamente definida para cálculo do prazo prescricional.

A extinção da prescrição retroativa – considerada entre a data do fato e a data do recebimento da denúncia – encontra óbice no princípio da segurança jurídica, uma vez que permite que um cidadão se submeta a um prazo demasiadamente longo para ver resolvida sua situação processual.

b) Duração razoável do processo

O direito a um processo sem dilações indevidas ganhou *status* constitucional com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 45 (Reforma do Judiciário), que ampliou o leque de direitos fundamentais previstos no art. 5.º, com a inserção do inciso LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Não há como negar que o processo – por si só – já representa uma série

de gravames à pessoa do acusado. A submissão do imputado a uma série de cerimônia degradantes, as despesas com advogados, o registro de seu nome em certidões judiciais e suas implicações ao exercícios dos *atos* da vida civil (v.g nomeação em cargos públicos), repercutm de forma deletéria na vida do acusado, de sorte que tais prejuízos são potencializados na medida em que a investigação criminal e o processo se prolongam no tempo. À luz dessa problemática, discorreu Samuel Miranda Arruda (2006, p. 371): “A exacerbada morosidade de tais processos pode trazer prejuízos inapagáveis à imagem dos acusados e por vezes dá fundamento ao prolongamento da imposição de medidas que lhes restringem direitos básicos como a liberdade e a livre disposição do patrimônio”.

Havendo a necessidade de que o inquérito policial (procedimento administrativo) e o processo criminal tramitem sem dilações indevidas, o instituto da prescrição retroativa configura-se em um meio que garante a celeridade dessa tramitação, na medida em que impõe uma sanção ao descumprimento de um prazo (proporcional à pena aplicada na sentença). A Lei n.º 12.234/2010, ao afastar a possibilidade de acolhimento da prescrição retroativa entre a data do fato delituoso e a data em que o juiz admite a acusação, extermina um dos poucos meios de controle da celeridade de tramitação dos processos, o que faz com que a novel lei esbarre no art. 5.º, LXXVIII da Carta Magna. Cabe ao legislador encontrar outros veículos para dar maior efetividade ao direito fundamental à razoável duração do processo e não abolir um dos poucos existentes.

c) Princípio da eficiência

Na tentativa de modernizar a Administração Pública, a Emenda Constitucional n.º 19 (Reforma Administrativa) inseriu no art. 37 da Constituição Federal o princípio da eficiência, segundo o qual a atuação do agente público em busca do atingimento de suas finalidades deve trazer resultados práticos com o menor

desperdício de tempo e recursos públicos. Na visão de Odete Medauar (2002, p. 157), “o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência”.

A Polícia Judiciária, instituição encarregada de cuidar do inquérito policial, não está excluída do dever constitucional de apresentar resultados concretos de seu papel, no menor espaço de tempo possível e com minimização dos custos. De igual modo o Ministério Público encontra-se imbuído de cumprir esse desiderato. Quando a lei estabelecia um prazo – proporcional à pena imposta na sentença – para que as investigações criminais sejam concluídas e para que o Ministério Público ofereça a denúncia, estipulava um mecanismo de controle da eficiência da atuação da Polícia Judiciária e do *Parquet*. Assim, a Lei n.º 12.234/2010, ao disciplinar que entre a data do fato e o recebimento da denúncia não há mais prescrição retroativa, está autorizando que a Polícia e o órgão ministerial atuem de forma mais demorada e, por consequência, mais custosa, em pleno atrito com o princípio da eficiência, que não tolera a lentidão e o descaso.

d) (Des)Vantagens para a Investigação Criminal

Resta a fornecer solução ao problema inicialmente formulado: o fim da prescrição com base na pena *in concreto* para regular o prazo prescricional entre a data do fato e a decisão de recebimento da denúncia trará vantagens à investigação criminal? A resposta é seguramente negativa.

Não se desconhece as inúmeras dificuldades que a Polícia Judiciária tem para investigar e que o Ministério Público – em menor grau - tem para formular a acusação penal. Falta de aparelhamento adequado, ausência de agentes, policiais e escrivães suficientes, inexistência ou completa ausência de treinamento, pouco intercâmbio com órgãos policiais de outros países e unidades federadas.

As dificuldades são muitas, todavia, a solução reside no enfrentamento direto do problema.

Elastecer demasiadamente o prazo para as investigações e para o oferecimento da denúncia implicará em uma demora ainda maior na conclusão do inquérito policial e na apresentação da acusação em juízo, atingindo a esfera jurídica do principal interessado com o destino da persecução penal: o acusado. Ele é que manterá seu nome por anos a fio nas certidões policiais como indiciado, sujeitando-se de forma prolongada aos atos investigatórios, tais como busca e apreensão, quebra do sigilo telefônico, quebra do sigilo bancário e prisão temporária. Por que então a mudança legislativa? É mais fácil e rápido elaborar uma lei ordinária que estruturar a Polícia. O simbolismo penal mostra sua força com a nova lei.

4. CONCLUSÃO

A atuação dos agentes estatais no desempenho da missão de investigar, processar e punir o autor de uma infração penal recebe várias limitações, inclusive quanto ao prazo para a realização dessa tarefa.

Com a edição da Lei n.º 12.234/2010, não houve o fim da prescrição retroativa, vez que esta poderá ser reconhecida levando-se em consideração o tempo transcorrido do recebimento da denúncia à publicação da sentença ou acórdão condenatórios.

As medidas de segurança configuram uma espécie de sanção penal, sujeitando-se aos prazos prescricionais, de acordo com a pena *in abstracto* cominada ao crime ou com base na pena fixada na sentença, caso sejam impostas em caráter substitutivo.

A Lei n.º 12.234/2010 é de natureza penal, agravando a situação do agente

ao ampliar a possibilidade de exercício do poder punitivo estatal, sendo aplicada apenas em relação a fatos ocorridos a partir de sua vigência.

O princípio constitucional da segurança jurídica não se compatibiliza com a extinção da prescrição retroativa – considerando-se o período transcorrido da data do fato à data de recebimento da denúncia – por autorizar que o réu permaneça tempo excessivo sem ter resolvida sua situação processual.

O instituto da prescrição retroativa constitui-se em mecanismo de controle temporal da atuação do Estado no campo punitivo, de sorte que a redução de sua aplicação empreendida pela Lei n.º 12.234/2010 conflita com o direito fundamental à razoável duração do processo.

Por força de disposição constitucional expressa, cumpre à Polícia Judiciária e ao Ministério Público atuar de forma célere na persecução penal, viabilizando que a autoridade judiciária instaure formalmente o processo dentro de um prazo proporcional à gravidade da infração praticada pelo agente.

Afastando a possibilidade de reconhecimento da prescrição retroativa pelo escoamento do prazo situado entre o fato delituoso e a data em que o juiz admite a acusação, a Lei n.º 12.234/2010 colide frontalmente com o princípio da eficiência.

Não se alcançará maior eficácia nas investigações criminais com o aumento do prazo para a realização do inquérito policial ou para o oferecimento da denúncia, mas sim com a melhoria da estrutura física e de pessoal da Polícia Judiciária.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo** Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 17.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Código Penal anotado**. São Paulo: Perfil, 2005.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Org.) **Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência**. 8.^a ed. São Paulo: RT, 2007.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Prescrição penal**. 14.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 6.^a ed. São Paulo: RT, 2002.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. 8.^a ed. São Paulo: RT, 2008. v.1.

A INCAPACIDADE PARA O TRABALHO E SUA INTERPRETAÇÃO NA CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

Flavio Luiz Marques Penna Marinho¹

RESUMO

A incapacidade para o trabalho e sua interpretação na concessão dos benefícios previdenciários revela a premente necessidade da análise dos exames médicos transcender a órbita eminentemente clínica para aferir a inaptidão do segurado também em cotejo com fatores multidimensionais, muitas vezes relegados pela perícia administrativa e judicial e prejudicados pela deficiência em programas de reabilitação ou malversação de recursos, circunstâncias que contribuem para a profusão de indeferimentos pela perícia do INSS, ações judiciais, perpetuação de benefícios temporários e concessões inadequadas à realidade do obreiro, situações que via de regra comprometem a dignidade da pessoa humana, haja vista a natureza alimentar dessas prestações previdenciárias.

Palavras-chave: incapacidade, trabalho, interpretação, concessão, benefícios.

1. INTRODUÇÃO

A incapacidade para o trabalho é um tema de extrema relevância social e científica como instrumento de fomento para o aperfeiçoamento das infundáveis perícias médicas realizadas administrativa e judicialmente, além de despertar a necessidade de melhor interpretação do conceito e estágio da inaptidão, notadamente em virtude da profusão de requerimentos e ações que deságuam dia-

¹ Defensor Público Federal

riamente no âmbito do INSS e do Poder Judiciário postulando um benefício de natureza eminentemente alimentar e atrelado à dignidade do segurado.

A conjugação dos fatores sumariamente expostos vem acarretando uma análise distorcida acerca da existência de incapacidade e o seu estágio no quadro clínico do segurado, conduzindo a indeferimentos injustificáveis de benefícios ou concessões inadequadas, quando na verdade deveria ser sopesada com critérios externos, como idade, grau de instrução e especialização do trabalhador.

Nesse contexto, o tema revela-se instigante para disseminar a ideia da análise da incapacidade social pelo Poder Judiciário, tese recorrente nas ações previdenciárias envolvendo benefícios incapacitantes propostas diariamente em favor de segurados hipossuficientes no âmbito da Defensoria Pública da União, por exemplo, porquanto a vinculação irrestrita dos órgãos judicantes aos pareceres dos peritos judiciais compromete a efetiva prestação jurisdicional e a justiça social.

Ademais, destina-se a provocar reflexões sobre a incapacidade e a mão de obra no mercado de trabalho, bem como a imperiosa mudança do modelo de reabilitação profissional desempenhado pelo INSS, cuja ausência de fiscalização e a precariedade de recursos inviabilizam a redução das inaptidões e o retorno dos segurados ao mercado ativo.

2. **DESENVOLVIMENTO**

A incapacidade laboral consubstancia-se em uma severa contingência social que diariamente vitima milhares de obreiros, ceifando-lhes sua fonte de renda originária proveniente do trabalho.

Sua eclosão deve ser acompanhada de uma intervenção estatal ágil e tempestiva a fim de manter inabalado o pilar da dignidade da pessoa humana, vetor estrutural da República Federativa do Brasil, (art.1º, III, da Constituição da República), cuja inspiração advém de outros diplomas internacionais de proteção de

direitos e garantias individuais, como a Carta das Nações Unidas, de 26.06.1945; no preâmbulo da Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948; no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 19.12.1966 e na Convenção que instituiu a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura Unesco, de 16.11.1945.

Densificando o princípio-fundamento, o modelo de Seguridade Social adotado na Carta Magna, capilarizado entre Saúde, Assistência e Previdência, tratou de prever mecanismos de cobertura estatal que viabilizassem a manutenção do mínimo existencial mesmo diante de infortúnios que retirassem em um primeiro momento a fonte de renda ou comprometessem a subsistência/ sobrevivência do trabalhador.

No âmbito da Previdência Social, foram previstos os benefícios incapacitantes de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, ambos de natureza remuneratória, além do auxílio-acidente, este destinado a compensar a redução parcial da força de trabalho em virtude de seqüelas e ou limitações impostas, visando a tutelar o indivíduo incapaz de acordo com o grau de inaptidão apresentado.

Lamentavelmente, nem todos os potenciais segurados que apresentam alguma deficiência ou inaptidão para o trabalho logram proteção satisfatória pelo manto da Previdência Social com os benefícios de índole remuneratória, notadamente quando recebem a prestação por lapso reduzido, a despeito de sua improvável recuperação, ou obtêm uma espécie de natureza incompatível com a sua realidade clínica, além de indeferimentos em virtude de uma valoração equivocada ou míope acerca da existência de incapacidade à luz dos requisitos legais do benefício.

A problemática envolvendo a concessão adequada dos benefícios incapacitantes transcende a mera distinção entre enfermidade e a incapacidade e o seu alcance em relação a cada segurado, como também perpassa pela insuficiência de recursos e peritos do INSS, a formação da mão de obra no Brasil, o inócuo e improdutivo

serviço de reabilitação profissional, a perícia judicial célere e literal, bem como a necessária interpretação da incapacidade à luz de conceitos multidimensionais.

Ocorre que para viabilizar a análise do conceito de incapacidade laboral em cotejo com o benefício mais adequado a cada segurado à luz de seu quadro clínico e a probabilidade de recuperação, surgem algumas questões que norteiam a pesquisa, como por exemplo, afinal, qualquer segurado enfermo tem direito à proteção mínima através do auxílio-doença? E da aposentadoria por invalidez? Como avaliá-los?

3. REFERENCIAL DE LITERATURA

Conquanto a expressão “auxílio-doença” utilizada pelo legislador para os benefícios de natureza transitória induza a crer que qualquer patologia, ainda que no estágio incipiente, viabiliza o deferimento da prestação, é de bom alvitre destacar que o art. 59 da Lei nº 8213/91 prevê a concessão dessa espécie ao segurado que ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos, sendo a inaptidão em caráter temporário, ou seja, quando se vislumbra a possibilidade de recuperação ou reabilitação profissional para outro ofício.

Por sua vez, o parágrafo único veda a concessão de auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral da Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

Da dicção da norma do § único do art. 59 da Lei nº 8213/91, denota-se que o legislador intencionalmente distinguiu no contexto médico as expressões “doença” e “incapacidade”, notadamente em virtude do último vocábulo presumir um quadro clínico que efetivamente comprometa a prática da função habitual do trabalhador.

A distinção dos estágios da patologia e a concessão condicionada apenas à incapacidade, cujos elucidativos ensinamentos são dignos de nota, a saber:

É de se observar que o preceito transcrito trabalha com três conceitos diferenciados: doença, lesão e incapacidade. Ocorre que os dois primeiros (doença e lesão) são pressupostos para o terceiro (incapacidade). São pressupostos para a incapacidade de forma direta, mas não são pressupostos diretos para o auxílio-doença. O pressuposto para o auxílio-doença é a incapacidade que eventualmente poderá ocorrer a partir da doença e da lesão.

Cabe aqui, então, perquirir qual o risco social protegido pelo auxílio-doença. Não é exatamente a lesão ou a doença, posto que elas podem acontecer sem acometer o segurado de incapacidade. O risco social que ora se pretende proteger é a perda da força de trabalho do segurado por acometimento de uma determinada incapacidade (transitória) para o seu trabalho.²

No mesmo toar, interpretando o conceito legal de pré-existência:

Note-se, portanto, que o que importa ao legislador não é propriamente ser a doença preexistente à filiação ao RGPS, mas sim a incapacidade para o exercício de atividade habitual, o que será analisado por perícia médica pelo INSS. Assim, uma pessoa que possua vírus HIV pode, perfeitamente, se filiar, trabalhar e contribuir mensalmente ao RGPS. E quando do agravamento da enfermidade, ou seja, quando da

² JORGE, Társis Nametala Sarlo. **Manual dos Benefícios Previdenciários**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 285.

incapacidade temporária para o trabalho, terá direito ao recebimento do benefício do auxílio-doença. No entanto, uma pessoa igualmente portadora do vírus HIV, mas que já se encontre incapacitada, e que venha a iniciar suas contribuições ao sistema previdenciário, não terá direito à percepção desse benefício, justamente por ser a incapacidade preexistente à filiação como segurado.³

Por sua vez, a aposentadoria por invalidez está prevista no art. 42 da Lei nº 8213/91, cuja redação condiciona o deferimento do benefício à contingência social que incapacite permanentemente o trabalhador para atividades que lhe garantam a subsistência.

Destarte, diferencia-se do auxílio-doença não só pela temporariedade desta última prestação, como também na improvável recuperação ou reabilitação profissional do segurado.

Ocorre que legislações especiais, como a Lei nº 8742/93, que organiza a Assistência Social, e o seu Regulamento (Decreto nº 6214/07), ao disciplinarem a concessão de benefícios cujo risco social protegido é a inaptidão laboral, utilizam-se de premissas mais abrangentes que suscitam dúvidas e incoerências nos intérpretes e peritos, ao responderem os quesitos administrativos e judiciais, em suas conclusões sobre a necessidade de afastamento do trabalhador ou concessão de determinada espécie de benefício.

À guisa do mencionado, o Decreto nº 6214/07 define incapacidade como um fenômeno multidimensional que abrange a limitação do desempenho da atividade e restrição da participação, com redução efetiva e acentuada da capacidade de inclusão social, em correspondência à interação entre a pessoa com

3 VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Previdência Social**: Custeio e benefícios: LTR, 2005, p. 614-615.

deficiência e seu ambiente físico e social.

Assim, a concessão do benefício ao deficiente ficará condicionada à avaliação da deficiência e do grau de incapacidade, com base nos princípios da Classificação Internacional das Funcionalidades, Incapacidade e Saúde - CIF, estabelecida pela Resolução da Organização Mundial da Saúde, sendo certo que a avaliação da deficiência e do grau de incapacidade decorrerá de análise clínica e social, esta baseada em fatores ambientais, sociais e pessoais (artigos 4º e 16 do aludido diploma).

Verifica-se que o legislador expressamente reconhece e determina a utilização de fatores multidimensionais para definição no caso concreto da incapacidade para fins de benefício assistencial, eminentemente mais restritivo e criterioso, haja vista não possuir natureza contraprestacional, ao passo que a legislação previdenciária cria tarefa mais tormentosa ao operador médico e jurista na análise da presença dos requisitos desses benefícios, fixando conceitos jurídicos indeterminados acerca da incapacidade.

A flexibilização da análise da incapacidade no benefício assistencial e a necessidade de adoção de outros parâmetros multidimensionais em muito se atribui à jurisprudência, que de forma maciça vem tornando letra morta a exigência cumulativa da incapacidade laboral e **para a vida independente** para percepção do benefício de prestação continuada, pois tal exegese não encontra guarida na Constituição da República, ex vi do RESP 360202/AL - Rel. Min. Gilson Dipp e da decisão proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 20073000000204-0, patrocinada pela Defensoria Pública da União em Rio Branco/AC.

Com efeito, deve-se entender incapacidade para a vida independente como aquela para a atividade laborativa, pois esta é o meio natural de onde o indivíduo extrai o seu sustento e de sua família, sendo erigida à alicerce da Ordem Social pelo Constituinte Originário.

Diante de tal contexto, exsurge a responsabilidade estatal quando tal me-

canismo encontra-se prejudicado pela deficiência ou idade.

Assim, a capacidade para as atividades da vida independente não induz por si só à descaracterização da situação que enseje o pagamento do amparo. O fato de vestir-se ou andar desacompanhado de outra pessoa não refletem a aptidão para o exercício de atividade profissional que lhe garanta proficuamente a sua subsistência, sob pena de condicionar o deferimento do benefício àqueles em “estado meramente vegetativo”.

Nesse gizo, o intuito do legislador reside na sensibilização quanto às situações em que se apresenta impossível, na realidade fática, a promoção pela própria pessoa de sua manutenção em virtude de moléstia física ou psíquica, quando também seu grupo familiar não disponha de meios para fazê-lo.

Impende frisar que é comum, nos casos de deficientes e idosos, o abandono por parte da família ou os maus-tratos, haja vista que essas pessoas a ela vinculadas não dispõem de recursos ou incompreendem a situação especial que enfrentam, sendo considerados como um fardo em suas vidas.

Nessa esteira, assim como a jurisprudência firmou entendimento pela flexibilização dos conceitos de incapacidade para a vida independente como requisito do benefício de prestação continuada assistencial, exsurge a necessidade de aplicação analógica dos parâmetros normativos previstos no Regulamento da Assistência Social para nortear também as concessões dos benefícios previdenciários, uniformizando os critérios definidores de incapacidade e deficiência à luz da legislação pátria, em cotejo com Organismos Internacionais.

Ao largo das distinções conceituais e terminológicas, o certo é que o volume considerável de afastamentos, requerimentos e indeferimentos de benefícios incapacitantes e a atuação do Poder Judiciário na salvaguarda de direito fundamental revela que a análise da incapacidade é feita de forma intransigente e vinculada pelo corpo de peritos da Autarquia Previdenciária, que, como agentes públicos, guardam irrestrita obediência ao princípio da legalidade (art. 5º,

inciso II da Constituição da República Federativa do Brasil), imolando-se à Lei nº 8213/91 em sua mais precária interpretação literal, como também ao Decreto 3048/99 e demais atos normativos.

Além da insuficiência do quadro médico do INSS para atender a profusão de requerimentos de benefícios incapacitantes, circunstância que torna o exame extrajudicial superficial e frágil, conquanto goze do atributo de presunção de legitimidade inerente ao ato administrativo, não são raros os casos de concessões de auxílio-doença quando o quadro clínico recomenda a aposentadoria por invalidez, como também, o usual indeferimento ou cancelamento injustificável da prestação.

Nessa esteira, a falta de peritos especializados contribui para que apenas uma patologia seja enfrentada pelos médicos do INSS a fim de averiguar a existência de incapacidade, malgrado o segurado sinalizasse com enfermidades de naturezas distintas que, conjugadas, ensejariam o benefício.

Com efeito, a prática previdenciária revela que as perícias administrativas são realizadas apenas em uma única especialidade, sendo que as Agências da Previdência Social -APS não possuem profissionais qualificados em todos os ramos da medicina, circunstância que enseja a inserção no Histórico Médico - HISMED do Sistema de Administração de Benefícios por Incapacidade - SABI de prováveis moléstias reputadas como secundárias, quando na verdade correspondem a no mínimo concausas da incapacidade.

Nesse compasso, ao segurado não é oportunizado o direito de contrapor a conclusão da perícia do INSS, como também acrescentar outras patologias, de modo que fica a mero talante da Previdência Social atribuir apenas uma causa (CID) para a concessão auxílio-doença, ainda que a conjugação das outras patologias importem até o direito à aposentadoria por invalidez.

Soma-se a isso a inexistência de peritos com formação em Medicina do Trabalho, que agregariam o conhecimento necessário para embasar a conclusão dos requerimentos de benefícios incapacitantes.

Malgrado o INSS tenha envidado todos os esforços para aperfeiçoar o seu corpo técnico e os procedimentos envolvendo a concessão de benefícios incapacitantes, como a introdução do sistema de agendamento pelo telefone 135 ou internet, que extinguiu as reprováveis filas de outrora; o fim da alta programada e a extinção dos famigerados médicos conveniados⁴, o certo é que a insuficiência de peritos especializados e a má valoração da incapacidade laboral desencadeiam conseqüências nefastas aos segurados.

A título de ilustração acerca da má valoração da incapacidade pelos peritos da Previdência Social destacam-se as injustificáveis cessações ilegais de benefícios, circunstância que enseja a suspensão da fonte de renda do trabalhador e o retorno compulsório às suas atividades, sendo certo que em muitos casos o empregador não aquiesce com a continuidade do labor, notadamente quando o exame ocupacional assinala a inaptidão do segurado.

Nesse cenário, exsurge um árduo dilema enfrentado por muitos obreiros entre sacrificar o seu estado físico/mental e retornar ao mercado de trabalho sob pena de serem penalizados com a cessação de sua fonte de renda e a despedida por justa causa em virtude da caracterização do abandono de emprego (artigo 482, “i”, da Consolidação das Leis Trabalhistas) ou realizar um tratamento médico às suas expensas.

De outro giro, a realidade dos procedimentos de perícia administrativa evidencia a escassa concessão de aposentadorias por invalidez de forma originária, ou seja, sem a necessidade de auxílio-doença precedente. Aqui cabe um parênteses:

Malgrado a legislação previdenciária não condicione a concessão da aposentadoria por invalidez ao prévio auxílio-doença, a prática do INSS consubstan-

4 ALMEIDA, Eduardo Henrique Rodrigues de. A perícia médica previdenciária para a concessão de benefícios por incapacidades. **I Jornada de Direito Previdenciário do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Escola de Magistratura Federal da 1ª Região. Coleção Jornada de Estudos, p. 99-104, junho, 2010.

cia-se em atestar via de regra a incapacidade temporária do segurado, ainda que seu quadro clínico inviabilize sua recuperação ou reabilitação profissional.

Corroborando o esposado a resposta enviada pela Gerência Executiva Norte da Previdência Social do Rio de Janeiro, a maior repartição do INSS no Estado, que categoricamente afirmou em pesquisa formulada através do ofício nº 060/2011, do 1º Ofício Previdenciário da Defensoria Pública da União no Rio de Janeiro, que não foi concedido nenhuma aposentadoria (espécie 32 ou 92) sem a concessão do benefício de auxílio-doença previdenciário ou acidentário (espécie 31 ou 91) no âmbito da Gerência entre os meses de janeiro a setembro de 2011.

Tal situação caminha na contramão do Enunciado 05 do Conselho de Recursos da Previdência Social, que preconiza o dever da Previdência Social em conceder o melhor benefício a que o segurado fizer jus, cabendo ao servidor orientá-lo nesse sentido, como também pereniza o auxílio-doença, benefício de índole eminentemente temporária, cuja renda mensal inicial é calculada com a aplicação de um coeficiente inferior (91%) ao da aposentadoria por invalidez (100%) no salário de benefício.

As distorções na análise da incapacidade e as ilegalidades praticadas pelo INSS envolvendo os benefícios repercutem na profusão de ações que diariamente inundam o Poder Judiciário dos mais diversos rincões do país.

Ocorre que lamentavelmente alguns juízos vêm utilizando subterfúgios ilegais ou desarrazoados, notadamente com a adoção de procedimentos que repressam e inviabilizam o próprio acesso à Justiça, prejudicando o segurado incapaz de obter uma prestação jurisdicional de mérito, efetiva e célere, seja ela para conceder ou negar o benefício.

Assim, invariavelmente com os despachos de “emenda à inicial”, a cada dia surgem novas “condições de prosseguibilidade” das ações judiciais envolvendo benefícios incapacitantes, criadas a mero talante do magistrado, como se fossem necessárias à prestação jurisdicional e à análise do direito.

A título de ilustração, a Justiça Federal do Estado do Rio de Janeiro vem se notabilizando nas inovações mencionadas, tais como: a exigência de requerimento administrativo de benefício incapacitante nos últimos 12 meses anteriores à data da propositura da ação judicial; exigência de prévio requerimento administrativo de conversão de auxílio-doença em aposentadoria por invalidez; limitação a uma perícia nos Juizados Especiais Federais, a despeito do segurado apresentar concausas de naturezas distintas e determinantes para a concessão do benefício incapacitante; observância à CID imposta pelo INSS no HISMED.

Sem maiores digressões, deve-se ressaltar que em homenagem ao princípio da inafastabilidade, a prestação da tutela jurisdicional não pode ser modulada temporalmente, existindo para tanto os institutos da decadência e prescrição que regulam o direito e a pretensão do segurado.

Ao revés, incumbe ao Judiciário a verificação de ilegalidades em eventuais negativas, omissões ou desidias administrativas que frustrem o direito do segurado, devendo atuar no sentido de afastar o impedimento imposto pela Administração, credenciando o direito ao demandante, caso comprovada a situação fática e jurídica pertinente.

Ademais, o segurado não pode peregrinar indeterminadamente pelas Agências do INSS requerendo auxílio-doença até ser “premiado” com a concessão do benefício.

Corroborando o esposado, a Turma Nacional de Uniformização recentemente sedimentou o entendimento já firmado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça acerca da prescindibilidade do requerimento administrativo, notadamente nos casos de restabelecimento do auxílio-doença, cuja cessação estimada implica a suposta recuperação do segurado, de modo que o INSS, de ofício, não reformaria a decisão técnica de alta programada, *ex vi* do pedido de uniformização de interpretação de lei federal – Pedilef – nº 2009.72.64002377-9.

Soma-se a isso o fato de que a análise dos requisitos ensejadores do be-

nefício é modulada pela data de início da incapacidade, cujo parâmetro é fixado pela perícia judicial.

Quando suplantadas todas as exigências impostas, o segurado depara-se com uma perícia judicial que, embora imparcial, encontra barreira intransponível na literatura médica, optando por se jungir à análise estritamente clínica, conclusão que conduz às concessões de auxílio-doença e aos inúmeros esclarecimentos no sentido de vislumbrar a possibilidade de recuperação do segurado ou sua reabilitação profissional para atividades que não demandem o uso contínuo da região afetada.

Talvez a tarefa do intérprete fosse abreviada caso o serviço de reabilitação profissional e social, de natureza compulsória para o segurado, previsto no art. 89 da Lei nº 8213/91, efetivamente funcionasse, capacitando-o para ofícios diversos, além de possuir o condão de impelir os empregadores e a própria Previdência Social a realocar a mão de obra ou manter o benefício por um prazo razoável após a conclusão do programa, garantindo uma transição tranqüila entre as novas atividades.

Nesse toar:

A Autarquia somente tem o dever de proporcionar os meios para a readaptação profissional e social do segurado. Na prática, o incapacitado é submetido a um curso de reabilitação e ao final recebe um certificado, com a indicação da função para qual foi capacitado profissionalmente. Não constitui obrigação do INSS a manutenção do segurado no mesmo emprego ou a sua inclusão em outro, para o qual foi reabilitado.⁵

⁵ MARTINS, Larissa. Aposentadoria por invalidez: entre a doença médica e a incapacidade social - posição jurisprudencial. In: FOLMANN, Melissa; FERRARI, Suzani Andrade. **Previdência**. Entre o direito social e a repercussão econômica no século XXI. Juruá, 2009, p. 181.

Como também deveria o Poder Judiciário conceder ou restabelecer auxílio-doença, condicionando a sua cessação à comprovação da recuperação do segurado ou a sua reabilitação profissional, de modo que o INSS seria compelido a aperfeiçoar ou efetivamente implantar o serviço no âmbito administrativo, pois, apesar de previsto, escassas Agências realizam concretamente ou ao menos celebram convênios com outras entidades, como o SENAI e SENAC, para autorizar e custear cursos de capacitação aos segurados.

Tal condição judicial a ser imposta na sentença não implicaria julgamento extra ou ultrapetita, mas figuraria como um corolário natural da efetiva prestação jurisdicional em julgamentos procedentes de auxílio-doença, quando vislumbrada a possibilidade de reabilitação profissional do segurado, tratando-se assim de um pedido sucessivo que deveria ser enfrentado pelos judicantes em prol de uma melhor satisfação ao jurisdicionado e um serviço público eficiente.

De outro giro, a prova da incapacidade para o trabalho em alguns casos resta prejudicada pelo princípio da celeridade que norteia os Juizados Especiais Federais, notadamente quando a natureza da enfermidade demanda avaliações e conclusões eminentemente subjetivas.

Com efeito, é comum muitos peritos prematuramente atestarem a capacidade do segurado em se tratando de distúrbios de ordem psiquiátrica, quando tais conclusões se revelam de duvidosa sensibilidade, porquanto estão em voga patologias de ordem eminentemente subjetivas, cujas manifestações oscilam consideravelmente de acordo com elementos de toda sorte e medicamentos, de modo que se revelaria mais consentâneo realizar outros exames no segurado a fim de subsidiar a conclusão judicial definitiva.

Corroborando o esposado, a Justiça Federal do Rio Grande do Sul vem se notabilizando nas questões de ordem psiquiátrica ao estabelecer mais de uma perícia de análise dos segurados, até que o corpo médico judicial logre formar

o convencimento e diagnosticar com maior precisão a frequência dos sintomas manifestados, adequando a enfermidade em cotejo com a incapacidade laboral.

Por sua vez, é comum a incapacidade ser fixada pela perícia judicial apenas na data do exame, circunstância que reverbera para outras órbitas da relação jurídica, como as implicações pecuniárias da procedência do pedido, com os atrasados delimitados a partir dali, bem como a injustificável ausência do trabalhador ao emprego após a cessação do benefício, pois nesta data ele estaria apto ao labor, vez que a inaptidão surgiria apenas no curso do processo judicial, notadamente na produção da prova pericial.

Nessa esteira:

É importante afirmar que a demanda posta em juízo tem- ou deve ter- o condão de tutelar o direito do indivíduo que sofreu a lesão a bem ou direito desde o seu surgimento. Logo, se há evidências de que o quadro de incapacidade - atestado por médico - acompanha o segurado desde a petição inicial protocolada em juízo, entendemos que a tutela a seu direito individual somente se faz plena se houver retroação da data de início, no mínimo, à data do ajuizamento, quando não à data em que houve o indeferimento pelo órgão previdenciário, frisando-se novamente, desde que presentes nos autos evidências do quadro de incapacidade laboral desde lá, como é o entendimento da TNU em sua Súmula 22, quanto ao benefício assistencial (BPC).⁶

⁶ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista Lazzari. **Manual de Direito Previdenciário**. Conceito editorial. 12^a ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 675.

As decisões que retroagem o benefício até a data da perícia judicial causam ainda um outro efeito: se o segurado não tem o direito ao benefício antes da perícia em juízo, e possui vínculo empregatício, o não comparecimento à empresa para trabalhar constituiria, em tese, abandono de emprego, já que pela decisão judicial o trabalhador não tinha impedimento de voltar a trabalhar.

Felizmente, a jurisprudência vem corrigindo essas distorções ao determinar o restabelecimento dos benefícios a contar da cessação administrativa, em apreço ao princípio da boa-fé do jurisdicionado, já que ninguém ingressa em juízo são e se torna incapaz no curso do processo, como também para evitar os desdobramentos trabalhistas de uma caracterização do abandono de emprego, ex vi do entendimento da Turma Nacional de Uniformização (Proc. 2004.61850211317- Rel. Juiz Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho - DJ 13.05.2009)

Diante da intransigência e das limitações administrativas, bem como da literalidade da perícia judicial e da insensibilidade dos judicantes, o presente artigo destina-se a provocar maior reflexão acerca da interpretação do conceito de incapacidade para o trabalho, bem como alertar sobre a necessária desvinculação do magistrado ao laudo pericial (art. 436 do Código de Processo Civil), devendo sopesar a suposta possibilidade de reabilitação profissional em cotejo com a questão da formação da mão de obra no Brasil e sua “especialização às avessas”, onde a grande maioria dos segurados estão nas camadas mais baixas da população e acabam impelidos a aprimorar suas habilidades involuntariamente.

Com efeito, não se deve prestigiar a única e irrestrita prova emanada de um juízo de cognição técnico, cuja conclusão, por sua vez, em muitos casos não reconhece sequer o exercício de esforço físico intenso na atividade desempenhada pelo segurado, olvidando-se de acolmatar a enfermidade de acordo com as exigências do ofício.

Em uma análise eminentemente literal, muitos magistrados julgam impro-

cedentes pedidos de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, vinculando seu convencimento apenas na dicção do laudo pericial, prestigiando-se única e irrestrita prova emanada de um juízo de cognição técnico, cuja conclusão, por sua vez, não sopesa a atividade desempenhada pelos segurados com o esforço físico/mental demandado e prejudicado pelo quadro clínico.

Trilhar por esse entendimento conduz à conclusão que a atividade judicante nos casos de benefícios previdenciários incapacitantes estaria jungida à chancela de laudos periciais, erigindo assim o exame técnico à categoria de “rainha das provas”, em arrepio ao ordenamento pátrio e seus preceitos basilares.

Salles considera que malgrado as provas situem-se atualmente em um momento de transição paradigmática, onde a emergência de novos padrões de demonstração científica vem deslocando sua função - de elemento de simples persuasão e demonstração racional - para assumir um papel de veículo de um elevado grau de certeza científica, extraída das quase ilimitadas possibilidades abertas pela ciência e tecnologia contemporâneas, não se pode atribuir caráter absoluto a tal meio de comprovação.

Crescendo o papel da certeza científica, na qual se insere o progresso da medicina, na investigação judicial da verdade – para além da simples convicção do julgador –, resta saber se a mudança ressaltada exclui o papel do juiz? Seria possível substituir o juiz por modelos – matemáticos, computacionais, estatísticos, etc. – de demonstração científica, com elevado grau de precisão e certeza? Seria o magistrado um simples chancelador do resultado técnico?

A absorção pelo sistema judicial de conceitos de certeza científica não exclui o papel decisório do juiz, mas certamen-

te o modifica. Por certo, a avaliação de questões de fato deixa de ser o centro da atividade judicial. Mas não é essa a exclusiva função judicial. Esta está, da mesma maneira, na interpretação do direito e dos valores a ele subjacentes.

A reflexão proposta pelo prestigiado doutrinador ganha maior relevo na necessidade do magistrado em dimensionar adequadamente a incapacidade para fins de concessão de benefício previdenciário, notadamente quando a perícia judicial atesta a inaptidão parcial e permanente do segurado, o que via de regra autorizaria apenas a concessão do auxílio-doença, diante da possibilidade de reabilitação profissional do segurado para outras atividades.

Entretanto, analisando o artigo 42 da Lei nº 8213/91, conclui-se que da dicção da lei o evento gerador da aposentadoria por invalidez é a incapacidade total para qualquer atividade que garanta a subsistência, expressão que traduz conceito jurídico indeterminado, cuja aplicação ao caso concreto é tarefa das mais tormentosas aos operadores do direito, incumbindo ao magistrado acolmatá-la através de integração interpretativa. Para tanto, vale-se de parâmetros como a idade, o grau de instrução, a reinserção social, aptidões, bem como a diminuição do nível de renda que a nova profissão poderá acarretar, caso haja reabilitação.⁷

No mesmo sentido:

Nota-se que a incapacidade está ligada ao trabalho que garante a sobrevivência do beneficiário, portanto não é para qualquer trabalho apenas, porque se o incapaz consegue com esforço trabalhar, mas se mantém em estado de necessidade social, perpetua-se a contingência que desencadeou a

⁷ JORGE, Tárzis Nametala Sarlo. Op. cit., 2006.

percepção do benefício. Desse modo, a aferição da incapacidade deve ser para exercer uma atividade que lhe garanta a sobrevivência digna, buscando analisar se seria factível o reingresso do beneficiário ao mercado de trabalho, tendo-se em mira sua aptidão física e mental, atentando-se para o princípio da dignidade da pessoa humana.⁸

Tal acolmatação também se mostra válida através das máximas de experiência, e exercem as seguintes funções:

a) apuração dos fatos, a partir de indícios; b) valoração das provas, servindo para que o magistrado possa confrontar as provas já produzidas (dar mais valor a um testemunho do que a outro, por exemplo); c) aplicação dos enunciados normativos, auxiliando no preenchimento do conteúdo dos chamados conceitos jurídicos indeterminados (preço vil, por exemplo); d) limite ao livre convencimento motivado: o magistrado não pode decidir apreciar as provas em desconformidade com as regras de experiência.⁹

Em muitos casos, há segurados de idade avançada, com parco grau de instrução, com histórico laboral de auxiliar de serviços gerais, cujos problemas ortopédicos e as constantes dores e desvios na coluna e/ou joelhos o impedem de continuar exercendo o mister, que em regra estariam incapacitados apenas para suas funções habituais ou outras que demandem esforço físico incompatível, po-

⁸ COSTA, Valéria de Fátima Izar Domingues da. **Rev. Disc. Jur.** Campo Mourão, n. 1, v. 3, p. 143-185, jan/jul., 2007.

⁹ DIDIEL JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 4ª Ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2009, p. 54-55.

rém como realocá-los, por exemplo, em serviços burocráticos ou digitadores se não possuem condições mínimas de aprendizagem no novo ofício e não contam com um serviço de reabilitação profissional eficiente?

À evidência, a realidade social desses segurados não está estampada nas letras frias do laudo pericial, devendo ser interpretada à luz dos fatores multidimensionais mencionados.

De acordo com a melhor doutrina, pode-se catalogar o exemplo ilustrado na parcela de segurados que apresentam incapacidade social.

Importantíssimo critério a ser analisado pelos peritos e magistrados é a questão atual da incapacidade social. A incapacidade física e psicologia, já são fatores determinantes para a concessão do auxílio-doença, mas algumas vezes esta poderá surgir pelos seguintes fatores: idade – temos comprovado que o acesso ao mercado de trabalho em nosso país tem sido escasso para pessoas de mais idade; grau de escolaridade – pessoas que possuem grau de escolaridade baixo, muitas vezes corroborada a situação idade, não tem como retornar ao mercado de trabalho após a alta do auxílio-doença; acesso ao mercado de trabalho – o nível de desemprego em nosso país tem altos níveis, o que gera escassez de trabalho.

Entendemos que os juízes, na hora da concessão do auxílio-doença, e principalmente na concessão de aposentadoria por invalidez, deverão levar esse trinômio: idade, grau de escolaridade e acesso ao mercado de trabalho. Desta forma, estaríamos agindo em direção ao princípio da dignidade humana, pois o segurado pode ter condição parcial de retornar ao mercado de trabalho, mas a idade, o grau de escolaridade,

bem como a falta de emprego o impossibilitarão de conquistar um novo trabalho.¹⁰

Agregando outros fatores imprescindíveis na interpretação da incapacidade, cita-se o diagnóstico da doença, a natureza e grau de deficiência ou disfunção produzidas pela doença; o tipo de atividade ou profissão e suas exigências; a indicação ou necessidade de proteção do segurado doente, por exemplo, contra re-exposições ocupacionais a agentes patogênicos sensibilizantes ou de efeito cumulativo; eventual existência de hipersuscetibilidade do segurado ao agente patogênico relacionado com a etiologia da doença; dispositivos legais pertinentes; idade e escolaridade do segurado; suscetibilidade ou potencial do segurado a reabilitação profissional; mercado de trabalho e outros fatores exógenos.¹¹

Uma das justificativas para a desvinculação do juiz ao laudo pericial decorre da prova técnica invariavelmente ser realizada por um especialista sem formação em medicina do trabalho, profissional que poderia dar a palavra final acerca da incapacidade mediante a acolmatação da enfermidade e suas limitações com o desempenho da função habitual e as perspectivas de reabilitação.

Se cada perícia judicial fosse acompanhada por um profissional especializado em medicina do trabalho, talvez a tarefa do intérprete ficasse mais restrita, já que os magistrados sentir-se-iam mais confortáveis ao homologar os laudos periciais, não havendo uma enxurrada de recursos versando sobre a incapacidade social em decorrência de uma maior resignação dos segurados.

Prova da necessidade de interpretação da incapacidade para o trabalho em cada caso concreto ocorre com os segurados portadores do vírus HIV, doença que se em primeira vista não incapacita seu portador, possui elevado viés

¹⁰ RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. In: **Previdência nos 60 anos da Declaração de Direitos Humanos e nos 20 da Constituição Brasileira**. São Paulo: Ed. Juruá Editora, 2008, p. 189-190.

¹¹ HORVATH JUNIOR, Miguel Horvath. **Direito Previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

estigmatizante, excluindo do mercado de trabalho formal em virtude de seu teor extremamente segregacional.

Ademais, se fisicamente corrompe as células do organismo gradualmente, psicologicamente é capaz de inutilizar o trabalhador, na medida em que este passa a enfrentar a delicada tarefa de conviver diariamente com algo que sabe que é incurável, um inimigo invencível à luz da ciência.

Considerar tais indivíduos aptos ao trabalho é de duvidosa sensibilidade, na medida em que se faz necessário penetrar no universo particular que envolve esses cidadãos afetados de todas as formas pela moléstia.

Em se tratando de segurados com HIV assintomático, a prova pericial deve esclarecer sobre a presença ou não, de sinais exteriores da doença, que é uma situação fática que pode demonstrar a impossibilidade de reinserção no mercado de trabalho, e portanto, uma incapacidade social que pode ensejar auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez.

Não se pode olvidar que uma pessoa portadora do vírus HIV encontra severas restrições no mercado de trabalho competitivo, colocando-se em total desamparo diante da miserabilidade, que vai de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido na Carta Magna.

Ocorre que a concessão do auxílio-doença e a determinação de promoção do serviço de reabilitação profissional em muitos casos revelar-se-ia inócua, pois não afastaria o espectro da segregação e as chagas carregadas pelo segurado portador do HIV, pois a substituição de funções laborais em pessoas com parco grau de escolaridade manteria a dificuldade de reinserção no mercado de trabalho, mormente diante dos sinais exteriores da doença e os efeitos colaterais, de modo que o mais adequado seria a concessão da aposentadoria por invalidez.

Sufragando o esposado, a Turma Nacional de Uniformização assegurou o direito a benefício por incapacidade a portadores do vírus HIV, ainda que o laudo pericial ateste que a doença esteja em período assintomático, bastando somente

que o segurado seja portador dessa patologia, como se infere do voto prolatado em sede de Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal, processo nº 20078300505258-6, de relatoria da Juíza Federal Maria Divina Vitória, Seção Judiciária de Pernambuco:

EMENTA PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. AUXÍLIO-DOENÇA/APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PORTADOR DO VÍRUS HIV. PERÍCIA QUE ATESTA CAPACIDADE PARA O TRABALHO. SITUAÇÃO FÁTICA QUE PODE DEMONSTRAR IMPOSSIBILIDADE DE REINserÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. INCIDÊNCIA DO BROCARDO JUDEX PERITUS PERITORUM (JUIZ É O PERITO DOS PERITOS). INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA LEGISLAÇÃO. PERÍCIA INCOMPLETA. RECURSO CONHECIDO. PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A interpretação sistemática da legislação permite a concessão de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez se, diante do caso concreto, os fatores pessoais e sociais impossibilitarem a reinserção do segurado no mercado de trabalho, conforme livre convencimento do juiz que, conforme o brocardo *judex peritus peritorum*, é o perito dos peritos, ainda que não exista incapacidade total para o trabalho do ponto de vista médico.

1.1. Na concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, a incapacidade para o trabalho deve ser avaliada do

ponto de vista médico e social. Interpretação sistemática da legislação (Lei n. 7.670/88; Decreto 3.298/99; Decreto 6.214/07; Portaria Interministerial MPAS/MS Nº 2.998/01).

2. Além disso, o novel Decreto nº 6.214/07, aplicável analogicamente ao caso estabelece: “Art. 4º. Para os fins do reconhecimento do direito ao benefício, considera-se: III - incapacidade: fenômeno multidimensional que abrange limitação do desempenho de atividade e restrição da participação, com redução efetiva e acentuada da capacidade de inclusão social, em correspondência à interação entre a pessoa com deficiência e seu ambiente físico e social”; “Art. 16. A concessão do benefício à pessoa com deficiência ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de incapacidade, com base nos princípios da Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde - CIF, estabelecida pela Resolução da Organização Mundial da Saúde no 54.21, aprovada pela 54ª Assembléia Mundial da Saúde, em 22 de maio de 2001. § 1º. A avaliação da deficiência e do grau de incapacidade será composta de avaliação médica e social. § 2º. A avaliação médica da deficiência e do grau de incapacidade considerará as deficiências nas funções e nas estruturas do corpo, e a avaliação social considerará os fatores ambientais, sociais e pessoais, e ambas considerarão a limitação do desempenho de atividades e a restrição da participação social, segundo suas especificidades”; (Art. 16, §2, Decreto n. 6.214/2007).

3. A intolerância e o preconceito contra os portadores do HIV, que ainda persistem no seio da sociedade brasileira,

impossibilitam sua inclusão no mercado de trabalho e, em consequência, a obtenção dos meios para a sua subsistência.

4. O princípio da dignidade humana é fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF)

4.1. O Poder Judiciário tem coibido a discriminação contra o portador do HIV, nos casos concretos e específicos que lhe são submetidos. 4.1.1. Quando o preconceito se manifesta de forma difusa, velada, disfarçada, o Estado- Juiz deve intervir, reconhecendo as diferenças, sob pena de, na sua omissão, compactuar com a intolerância com os portadores dessas mesmas diferenças.

5. Prova pericial incompleta, que não informa se há sinais exteriores da doença, que possam levar a identificação do segurado como portador do vírus HIV. Necessidade de nova perícia. Sentença anulada. 6. Incidente de uniformização conhecido e parcialmente provido. (Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal; Processo nº 2007.83.00.505258-6; Relatora: Juíza Federal Maria Divina Vitória; Origem: Seção Judiciária de Pernambuco; DJU: 02/02/2009)

A relatora foi extremamente precisa ao diagnosticar as implicações decorrentes do vírus HIV e a dificuldade em manter o labor, mormente diante dos efeitos colaterais dos inúmeros medicamentos e coquetéis ministrados, dos exames e tratamentos externos que inviabilizam a continuidade da jornada, circunstâncias que não são aceitas pelos empregadores.

Nessa esteira, felizmente os órgãos judicantes em geral, e não só a Turma Nacional de Uniformização, vêm dando sinais da sutileza do tema,

reconhecendo o caráter estigmatizante da enfermidade que por si só revela a incapacidade necessária ao deferimento do benefício, como também a incapacidade social e a concessão da aposentadoria por invalidez nas demais moléstias, mesmo diante de incapacidades tidas como parciais pelos peritos, ex vi dos julgados: TRF1-2ªT-AC 2001.38.02.001443-7/MG - Rel. Des. Fed. Francisco de Assis Betti - DJF1 19.01.2009, p. 41; TRF3 - 9ª T.-AC 200.803.990.129.302 -DJF3 04.03.2009, p. 917).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A incapacidade para o trabalho deve ser aferida por critérios técnicos como a perícia clínica, conjugados com fatores multidimensionais, como a idade, grau de escolaridade, aptidões e a formação da mão de obra, de modo a viabilizar uma eficiente gestão da verba pública em cotejo com a real necessidade dos segurados, concedendo-lhes prestações adequadas e que salvaguardem a dignidade da pessoa humana, sem prejuízo de evitar lesões ou desperdícios ao Erário, caso após essa análise mais minuciosa e abrangente seja constatada a aptidão ou recuperação do segurado.

Tal tarefa somente será fielmente desempenhada caso haja um aparelhamento do corpo técnico administrativo do INSS, bem como das perícias judiciais, com a valorização de profissionais com formação na medicina do trabalho, cuja profícua contribuição na acolmatação das limitações laborais dos segurados em cotejo com a patologia apresentada prestigiaria uma melhor decisão judicial.

Soma-se a isso a necessidade de aperfeiçoar o programa de reabilitação profissional do INSS, permitindo que segurados efetivamente pudessem retornar à ativa diante de incapacidades parciais, desenvolvendo outras aptidões de acordo com as limitações clínicas apresentadas, circunstância que não só viabilizaria a melhor compreensão dos conceitos de incapacidade para o trabalho e

a concessão dos benefícios adequados, como também evitaria renovações sucessivas de auxílios-doença pela via judicial, perenizando um benefício de índole originariamente temporária.

De outro giro, não se pode ignorar o princípio da boa-fé, que deve nortear também as relações entre os segurados e a Previdência Social e os seus desdobramentos naturais para a seara judicial, presumindo-se que ninguém invoca a tutela jurisdicional sem ao menos estar enfermo, para não dizer incapaz, havendo fundado receio da inaptidão laboral, de modo que a perícia não pode se esquivar de analisar o ato administrativo que cancelou o benefício, devendo, nesses casos, adotar posicionamento firme no que tange à fixação da data de início da incapacidade e a sua permanência ou não após a suspensão da prestação.

Sob todos os ângulos resta configurada a necessidade de aperfeiçoamento da análise da incapacidade e dos mecanismos de combatê-la, reduzindo a concessão de benefícios sem prejudicar os segurados, já penalizados com a perda da força de trabalho, de modo a viabilizar a prestação adequada e garantir a subsistência do inapto enquanto persistir tal status.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Eduardo Henrique Rodrigues de. A perícia médica previdenciária para a concessão de benefícios por incapacidades. **I Jornada de Direito Previdenciário do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Escola de Magistratura Federal da 1ª Região. Coleção Jornada de Estudos, p.99-104, junho, 2010.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. Incapacidade nos benefícios previdenciários à luz da jurisprudência. In: FOLMANN, Melissa; FERRARI, Suzani Andrade. **Previdência: entre o direito social e a repercussão econômica no século XXI**. Juruá, 2009.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista Lazzari. **Manual de direito previdenciário: conceito editorial**. 12ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 675.

COSTA, Valéria de Fátima Izar Domingues da. **Rev. Disc. Jur.**, Campo Mourão, n. 1, v. 3, p. 143-185, jan./jul., 2007.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 4ª ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2009. p. 54-55. v. 2.

DRUMOND, Denise Dias Dutra. Decisões contrárias à perícia judicial e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e das Turmas Recursais. **I Jornada de Direito Previdenciário do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Escola de Magistratura Federal da 1ª Região. Coleção Jornada de Estudos, p.92-98, junho, 2010.

HORVATH JUNIOR, Miguel Horvath. **Direito previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

JORGE, Társis Nametala Sarlo. **Manual dos benefícios previdenciários**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MARTINS, Larissa. Aposentadoria por invalidez: entre a doença médica e a incapacidade social - posição jurisprudencial. In: FOLMANN, Melissa; FERRARI, Suzani Andrade. **Previdência: entre o direito social e a repercussão econômica no século XXI**. Juruá, 2009.

RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. In: **PREVIDÊNCIA nos 60 anos da Declaração de Direitos Humanos e nos 20 da Constituição Brasileira**. São Paulo: Ed. Juruá Editora, 2008. p. 189-190.

SALLES, Carlos Alberto de. Material da 1ª aula da Disciplina Prova, Sentença e Coisa Julgada, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual Civil-UNISUL-IBDP-REDE LFG.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Previdência social: custeio e benefícios**. LTR, 2005.

INOVAÇÕES DO PROGRAMA MINHA CASA, MINHA VIDA NAS QUESTÕES HABITACIONAIS: AVANÇOS E RETROCESSOS INTRODUZIDOS PELA LEI Nº 11.977/2009

Felipe Caldas Menezes^{1}*

RESUMO

O presente trabalho visa a analisar as alterações nas políticas habitacionais brasileiras pelo Programa Minha Casa, Minha Vida, inaugurado pela Lei nº 11.977/2009 e suas sucessivas alterações. O referido programa foi instituído sob a justificativa de facilitar o acesso à moradia própria para as famílias de menor renda, bem como superar a crise econômico-financeira global, iniciada em 2008. Para tanto, foram introduzidas regras relativas à utilização de sistemas de amortização nas operações de empréstimo ou financiamento realizadas por instituições integrantes do Sistema Financeiro da Habitação - SFH, à liberdade de escolha de seguradora pelo mutuário na aquisição do seguro habitacional, ao registro eletrônico de imóveis, à redução de custas cartorária e à regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas. Constatou-se, da análise da legislação pertinente e dos entendimentos dos Tribunais pátrios sobre o tema, que o referido programa governamental trouxe avanços, mas também alguns retrocessos nas inovações legislativas.

Palavras-Chave: Direito. Imobiliário. Habitação. Moradia. Programa. Casa. Vida.

1. INTRODUÇÃO

¹ * Defensor Público Federal de Primeira Categoria na Defensoria Pública da União no Rio de Janeiro e Membro do Conselho Superior da Defensoria Pública da União no biênio 2010/2012.

O acesso ao direito social de moradia no Brasil sempre foi um grande desafio, especialmente para as famílias de menor renda. Os contratos tradicionais de financiamento habitacional celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação – SFH, a partir de sua criação em 21 de agosto de 1964, mostraram-se ineficazes² para garantir de forma ampla o direito humano à habitação³.

Com o objetivo de combater o déficit habitacional, o Estado Brasileiro começou a criar alternativas ao Sistema Financeiro da Habitação-SFH, algumas delas especialmente voltadas à população de mais baixa renda, como o Programa de Arrendamento Residencial – PAR⁴.

Mesmo após essas alterações, ainda era necessário avançar e aprimorar a política habitacional no país, diante do evidente déficit de acesso à moradia e da crise financeira mundial eclodida em 2008.

Assim, com o objetivo de contornar tais problemas, o Brasil criou o Programa Minha Casa, Minha Vida.

O presente trabalho pretende analisar as alterações legislativas introduzidas na política habitacional brasileira pelo Programa Minha Casa, Minha Vida, assim como e apontar em que aspectos tais alterações representaram avanços e retrocessos.

Trata-se de tema ainda pouco enfrentado academicamente, especialmente diante da novidade das alterações legislativas introduzidas a partir de 2009, mas se procurou ilustrar os posicionamentos apresentados com o maior número possível de decisões judiciais pertinentes dos Tribunais pátrios.

2. OBJETO DO PROGRAMA E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

O Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV foi instituído pela Me-

² Aragão, José Maria. *Sistema Financeiro da Habitação*. Uma Análise Sóciojurídica da Gênese, Desenvolvimento e Crise do Sistema. Curitiba: Editora Juruá, 2009, pp. 588 e segs.

³ Art. XXV, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem - ONU - Paris/1948.

⁴ Lei nº 10.188/2001.

dida Provisória nº 459, de 25 de março de 2009, a qual foi convertida na Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009.

A medida provisória que instituiu o programa foi regulamentada pelo Decreto nº 6.819, de 13 de abril de 2009, e, após a conversão da medida provisória em lei, o referido decreto foi revogado, passando a matéria a ser regulamentada pelo Decreto nº 6.962, de 17 de setembro de 2009, sendo que, posteriormente, tal decreto também foi revogado, ocasião em que passou a matéria a ser regulamentada pelo Decreto nº 7.499, de 16 de junho de 2011.

O Programa, que já havia sofrido alterações pontuais por força da Lei nº 12.249/2010, passou por mais alterações com a edição da Medida Provisória nº 514, de 1º de dezembro de 2010, recentemente convertida, com algumas adaptações, na Lei nº 12.424/2011, bem como sofreu novas alterações com a edição da Medida Provisória nº 561, de 8 de março de 2012, convertida na Lei nº 12.693, de 24 de julho de 2012.

Pela disposição dos artigos 2º, inciso II⁵, 6º, inciso II, 6º-A, 18, 20, inciso I, 79, § 3º, e 79-A, todos da Lei nº 11.977/2009, o Programa Minha Casa, Minha Vida não foi criado para substituir aqueles sistemas e programas já existentes e que também visavam a garantir o direito constitucional de moradia (art. 6º da CRFB/88), como o Sistema Financeiro da Habitação - SFH⁶, o Sistema Financeiro Imobiliário - SFI⁷ e o Programa de Arrendamento Residencial - PAR.

Ao contrário, da leitura dos dispositivos acima mencionados percebe-se que este programa veio para estabelecer regras específicas dentro do Sistema Financeiro da Habitação de forma a incentivar a construção e a aquisição da casa própria pela população com renda mensal de até R\$ 4.650,00 (quatro mil,

⁵ O referido dispositivo teve sua redação alterada pela Lei nº 12.693/2012 para esclarecer que a participação da União no Fundo de Arrendamento Residencial – FAR se dá mediante integralização de cotas.

⁶ Instituído pela Lei nº 4.380/64.

⁷ Lei nº 9.514/97.

seiscentos e cinquenta reais)⁸, sendo que tal valor poderá ser objeto de atualização⁹, podendo também serem fixados subtetos¹⁰. Por seu turno, para aquisição de imóveis com a utilização de recursos do Fundo de Arrendamento Residencial – FAR e do Fundo de Desenvolvimento Social – FDS, por meio do Programa de Arrendamento Residencial – PAR, estabeleceu-se requisitos ainda mais rigorosos, exigindo-se renda familiar mensal dos beneficiários de até R\$ 1.395,00 (um mil, trezentos e noventa e cinco reais)¹¹.

Em relação aos contratos de arrendamento residencial celebrados no âmbito do Programa Minha, Casa Minha Vida, a renda familiar dos arrendatários poderá ser de até R\$ 2.790,00 (dois mil, setecentos e noventa reais), caso sejam preenchidos os requisitos do art. 6º-A, § 3º, da Lei nº 11.977/2009, conforme alterações introduzidas pela Lei nº 12.693/2012¹².

⁸ Art. 1º, *caput*, e art. 3º, inciso I, da Lei nº 11.977/2009. Tais dispositivos foram alterados quando da conversão da Medida Provisória nº 514/2010 na Lei nº 12.424/2011. Com a referida alteração, a renda mensal dos beneficiários do Programa foi reduzida de 10 (dez) salários mínimos para R\$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais).

⁹ O valor poderá ser atualizado pelo Poder Executivo (art. 3º, § 3º, da Lei nº 11.977/2009), desde que se observem os parâmetros fixados pelo § 6º do artigo 3º da Lei nº 11.977/2009, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.424/2011.

¹⁰ A possibilidade de fixação de subtetos está prevista no art. 81-A da Lei nº 12.424/2011.

¹¹ A referida alteração que estabeleceu limite de renda específica e mais rigoroso para utilização de recursos do FAR e do FDS foi introduzida recentemente pela Lei nº 12.693/2012.

¹² O requisito da renda familiar é flexibilizado de acordo com a previsão do art. 6º-A, § 4º, da Lei nº 11.977/2009, incluído Lei nº 12.693/2012, que remete à observância do disposto no § 3º do mesmo artigo, ou seja, serem as operações originadas de integralização das cotas do FAR, com dispensa de participação financeira do arrendatário na forma de prestações mensais e da cobertura de danos físicos sem contribuição do mesmo, desde que: I) vinculadas às programações orçamentárias do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC e demandem reassentamento, remanejamento ou substituição de unidades habitacionais, II) vinculadas a intervenções financiadas por operações de crédito ao setor público, conforme hipóteses definidas no regulamento, e demandem reassentamento, remanejamento ou substituição de unidades habitacionais; ou III) destinadas ao atendimento, nos casos de situação de emergência ou estado de calamidade pública reconhecidos pela União, a famílias desabrigadas que perderam seu único imóvel. A subvenção econômica com a utilização de recursos do FAR e do FDS nos contratos mencionados no do § 3º do art. 6º-A, somente será concedida ao beneficiário

Deve-se observar, também, que os requisitos a serem exigidos para ingresso no referido programa devem ser exclusivamente aqueles constantes da lei de regência, não podendo ser estabelecidos outros requisitos por atos normativos infralegais, sob pena de ser ultrapassado ilegalmente o poder regulamentar¹³.

O Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV compreende 2 (dois) outros subprogramas¹⁴, cada um com as suas regras próprias: o Programa Nacional de Habitação Urbana – PNHU¹⁵ e o Programa Nacional de Habitação Rural – PNHR¹⁶.

A gestão operacional dos recursos do PNHU e do PNHR cabe à Caixa Econômica Federal, sendo que a gestão dos programas em si e a sua regulamentação incumbe aos Ministérios da Fazenda e das Cidades, no âmbito de suas

que comprovar a titularidade e regularidade fundiária do imóvel do qual será removido, do imóvel que foi destruído ou do imóvel cujo uso foi impedido definitivamente, quando nele esteja ou estivesse habitando, na forma do regulamento, como exigido pelo § 7º do art. 6º-A, incluído pela Lei nº 12.693/2012.

¹³ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA. REQUISITO NÃO PREVISTO NA LEI Nº 11.977/09. PORTARIA INTERMINISTERIAL Nº 325/2009. PODER REGULAMENTAR. INOBSERVÂNCIA. 1. A quaestio juris objeto deste agravo reside na circunstância de se verificar sobre a possibilidade do autor, ora agravado, ser beneficiado pelo Programa Minha Casa Minha Vida, instituído pela lei nº 11.977/2009, ainda que tenha adquirido e, posteriormente, repassado outro imóvel no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação. 2. A lei disciplinadora do “Programa Minha Casa Minha vida” (lei nº 11.977/09) estabelece requisitos para o recebimento da subvenção econômica a que se refere, consistentes na exigência de que o mutuário deverá ter renda mensal familiar de até 6 (seis) salários mínimos, bem como na fixação de que será concedida apenas 1 (uma) única vez para cada beneficiário final e será cumulativa, até o limite a ser fixado em ato do Poder Executivo, com os descontos habitacionais concedidos com recursos do FGTS (parágrafo 1º do art. 6º). 3. O indeferimento da Caixa Econômica Federal, em relação ao financiamento regulamentado pela lei multicitada, ocorreu com base na vedação prevista no inciso I do parágrafo 3º do art. 2º da Portaria Interministerial nº 325/2009. 4. O instrumento normativo destacado está desbordando dos limites do poder regulamentar, dado que, a pretexto de fixar as diretrizes e condições gerais do PNHU, insere um novo requisito para a concessão do financiamento habitacional, dissonante daqueles previstos na lei de regência (lei nº 11.977/09). 5. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (AG 00040781220104050000, Desembargador Federal Edilson Nobre, TRF5 - Quarta Turma, 26/08/2010).

¹⁴ Art. 1º, incisos I e II, da Lei nº 11.977/2009.

¹⁵ Arts. 4º a 10 da Lei nº 11.977/2009.

¹⁶ Arts. 11 a 17 da Lei nº 11.977/2009.

respectivas competências¹⁷.

3. DO PROGRAMA NACIONAL DE HABITAÇÃO URBANA - PNHU

Um dos Programas que integram o PMCMV é o Programa Nacional de Habitação Urbana – PNHU, o qual objetiva subsidiar a produção e a aquisição de novos imóveis em áreas urbanas ou a requalificação de imóveis já existentes em áreas urbanas consolidadas, sendo que a subvenção por ele concedida pode ser cumulada com outros subsídios concedidos por programas habitacionais desenvolvidos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios.

Assim, além de se permitir expressamente a reforma do imóvel ou, nos termos legais, a sua *requalificação*, com recursos objeto de financiamento subsidiado (art. 6º, inciso I, da Lei nº 11.977/2009), uma outra novidade expressa na lei é a possibilidade de obtenção de financiamento subsidiado para *complementar o valor necessário a assegurar o equilíbrio econômico-financeiro das operações de financiamento realizadas pelas entidades integrantes do Sistema Financeiro da Habitação - SFH, compreendendo as despesas de contratação, de administração e cobrança e de custos de alocação, remuneração e perda de capital*¹⁸.

Isto é, a lei permite que, uma vez quebrada a base objetiva do contrato de mútuo obtido no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação-SFH, especialmente o equilíbrio da equação prestação-renda do mutuário (inerente aos contratos de mútuo celebrados no referido sistema¹⁹), possa o consumidor optar:

a) pela revisão do contrato com fundamento no art. 6º, inciso V, da Lei nº

¹⁷ Arts. 9º, 10, 16 e 17 da Lei nº 11.977/2009.

¹⁸ Art. 6º, inciso II, da Lei nº 11.977/2009.

¹⁹ STJ, SEGUNDA TURMA, REsp 180.916/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, julg. em 15/02/2005, DJ 25/04/2005, p. 256. STJ, QUARTA TURMA, REsp 114.576/BA, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, julg. em 15/08/2000, DJ 25/09/2000, p. 101. STJ, PRIMEIRA TURMA, REsp 76.223/RS, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, julgado em 15/12/1995, DJ 01/04/1996 p. 9882.

8.078/90 (CDC), o que, segundo entendimento pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, por meio de julgamento de recurso repetitivo no âmbito de sua Segunda Seção²⁰, é viável, inclusive com a possibilidade de suspensão liminar de eventual procedimento de execução extrajudicial deflagrado com fundamento no Decreto-lei nº 70/66²¹, independentemente de depósito da quantia a ser controvertida, nos termos do art. 50 da Lei nº 10.931/2004²², o qual contém norma de duvidosa constitucionalidade, em razão de estabelecer em desfavor do consumidor exigência que, em vez de facilitar-lhe²³, acaba por não permitir seu acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, incisos XXXII e XXXV, da CRFB/88); ou

b) por obter um novo financiamento subsidiado de forma a restaurar o equilíbrio econômico-financeiro.

4. DO PROGRAMA NACIONAL DE HABITAÇÃO RURAL - PNHR

O outro Programa que integra o PMCMV é o denominado Programa Nacio-

²⁰ STJ. REsp 1067237/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/06/2009, DJe 23/09/2009.

²¹ Conforme jurisprudência mais tradicional do Supremo Tribunal Federal inaugurada com o RE 223075 (Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 23/06/1998, DJ 06-11-1998 PP-00022 EMENT VOL-01930-08 PP-01682 RTJ VOL-00175/02 PP-00800), o procedimento de execução extrajudicial do Decreto-lei nº 70/66 era compatível com a Constituição Federal, pelo fato de se facultar ao executado a possibilidade de defesa em controle judicial posterior, seja por meio de ação própria (anulatória da execução cumulada ou não com revisional), seja por meio de defesa deduzida em sede de ação de imissão na posse. Porém, mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal está enfrentando novamente a matéria por meio do julgamento do RE 556.520 (relator Min. Marco Aurélio), e vem rediscutindo-se, inclusive com repercussão geral, a constitucionalidade do Decreto-lei nº 70/66, sendo que a tendência, até o momento (4 votos a 2), é pelo reconhecimento da inconstitucionalidade da norma.

²² A exigência do referido depósito para que se possa propor ação revisional dos contratos de financiamento imobiliário, além de ser de duvidosa constitucionalidade, no caso dos assistidos da Defensoria Pública (que gozam do benefício da gratuidade de justiça fundamentada na Lei nº 1.060/50), conflita com a nova previsão do art. 3º, inciso VII, da Lei nº 1.060/50, com a redação dada pela Lei Complementar nº 132/2009, no sentido de que para aqueles não se pode exigir qualquer depósito para que possam acessar ao Poder Judiciário.

²³ Art. 6º, incisos VII e VIII, da Lei nº 8.078/90 (CDC).

nal de Habitação Rural – PNHR, que tem por finalidade subsidiar a produção ou a reforma de moradia para os agricultores familiares e trabalhadores rurais.

A Lei nº 12.424/2011, além de estender ao PNHR a possibilidade de utilização de recursos para a reforma dos imóveis rurais, permitiu também a utilização de recursos para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de financiamento imobiliário ou outras espécies contratuais diversas do financiamento (art. 13, incisos III e IV, da Lei nº 11.977/2009).

A definição de agricultor familiar (destinatário dos imóveis construídos no âmbito de tal programa) encontra previsão nos artigos 3º e 4º da Lei nº 11.326/2006²⁴, de acordo com o art. 1º, incisos V e VI, da Lei nº 11.977/2009.

Outra possibilidade também prevista para o PNHR é a cumulação da subvenção oriunda deste com a de outros programas habitacionais dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

5. ALTERAÇÕES DAS NORMAS RELATIVAS AO PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL - PAR

²⁴ Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se agricultor familiar e empreendedor familiar rural aquele que pratica atividades no meio rural, atendendo, simultaneamente, aos seguintes requisitos: I - não detenha, a qualquer título, área maior do que 4 (quatro) módulos fiscais; II - utilize predominantemente mão-de-obra da própria família nas atividades econômicas do seu estabelecimento ou empreendimento; III - tenha renda familiar predominantemente originada de atividades econômicas vinculadas ao próprio estabelecimento ou empreendimento; IV - dirija seu estabelecimento ou empreendimento com sua família. § 1º O disposto no inciso I do caput deste artigo não se aplica quando se tratar de condomínio rural ou outras formas coletivas de propriedade, desde que a fração ideal por proprietário não ultrapasse 4 (quatro) módulos fiscais. § 2º São também beneficiários desta Lei: I - silvicultores que atendam simultaneamente a todos os requisitos de que trata o caput deste artigo, cultivem florestas nativas ou exóticas e que promovam o manejo sustentável daqueles ambientes; II - aquicultores que atendam simultaneamente a todos os requisitos de que trata o caput deste artigo e explorem reservatórios hídricos com superfície total de até 2ha (dois hectares) ou ocupem até 500m³ (quinhentos metros cúbicos) de água, quando a exploração se efetivar em tanques-rede; III - extrativistas que atendam simultaneamente aos requisitos previstos nos incisos II, III e IV do caput deste artigo e exerçam essa atividade artesanalmente no meio rural, excluídos os garimpeiros e faiscaidores; IV - pescadores que atendam simultaneamente aos requisitos previstos nos incisos I, II, III e IV do caput deste artigo e exerçam a atividade pesqueira artesanalmente.

Como já mencionado, o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV não extingue outros programas e sistemas habitacionais.

Relativamente ao Programa de Arrendamento Residencial – PAR, financiado com recursos do Fundo de Arrendamento Residencial – FAR, a obrigatoriedade de que, em caso de morte ou invalidez do arrendatário o contrato fosse quitado independentemente do pagamento de qualquer valor a título de contraprestação, ou, ainda, em caso de surgirem danos físicos ao imóvel que estes fossem reparados também sem qualquer ônus para o arrendatário, foi expressamente revogada pela Lei nº 12.424/2011²⁵.

Em relação à contratação do seguro habitacional nos contratos do Programa de Arrendamento Residencial, o arrendante pode não incluir no contrato a cobertura securitária convencional, mediante pagamento de prêmio pelo arrendatário, se os riscos de morte e invalidez deste e de dano físico ao imóvel estiverem cobertos pelo Fundo de Arrendamento Residencial – FAR (art. 79, § 3º, da Lei nº 11.977/2009).

Ainda relativamente ao Programa de Arrendamento Residencial – PAR, cabe ressaltar que foram inseridas pela Lei nº 12.424/2011, com modificações recentes introduzidas pela Lei nº 12.693/2012, regras específicas relativas à concessão de subvenção econômica com recursos oriundos do FAR e do FDS, pelo prazo de 120 (cento e vinte) meses, às famílias com renda mensal de até R\$ 1.395,00 (um mil, trezentos e noventa e cinco reais)²⁶.

Nestes casos de subvenção, a quitação do financiamento antes de findo o seu prazo, importará em necessário ressarcimento aos cofres públicos do valor subvencionado, exigindo-se do mutuário o pagamento da totalidade da dívida

²⁵ Pela antiga redação do art. 18, § 1º, da Lei nº 10.188/2001, revogado expressamente pela Lei nº 12.424/2009 (art. 13, inciso I), sequer parcelas adicionais relativas a pacto adjecto de seguro poderiam ser cobradas do arrendatário, caso celebrasse contrato de arrendamento residencial com recursos do PMCMV.

²⁶ Art. 6º-A, §§ 5º a 8º, da Lei nº 10.977/2009, redação da Lei nº 12.693/2012.

contratual da operação.²⁷

Em qualquer caso, a ausência de ressarcimento do valor subvencionado impede a transferência do imóvel a terceiros, considerando-se nulo qualquer contrato que venha a ser celebrado pelo arrendatário ou ex-arrendatário tendente a transferir a propriedade do bem.²⁸

Porém, o impedimento de alienação e a sanção de nulidade são de duvidosa constitucionalidade, pois interferem no direito de propriedade garantido constitucionalmente (art. 5º, inciso XXII, da CRFB/88), o qual tem como uma das faculdades inerentes a possibilidade de disposição (art. 1.228 do CC/2002). Assim, adquirida a propriedade pelo arrendatário com o pagamento da totalidade das prestações, o máximo que se poderia fazer para garantir o direito de crédito da União seria exigir-se alguma garantia, que poderia até mesmo ser de natureza real, como a hipoteca (art. 1.473, inciso I, do CC/2002), mas nunca se poderia retirar do proprietário pleno a faculdade de disposição.

Ainda em relação às subvenções com recursos do FAR e do FDS, a Lei nº 12.693/2012 trouxe vedação de que sejam beneficiadas por estas as pessoas que, embora preencham os demais requisitos, tenham anteriormente recebido benefício de natureza habitacional oriundo de recursos orçamentários da União, do FAR, do FDS ou de descontos habitacionais concedidos com recursos do FGTS, excetuadas as subvenções ou descontos destinados à aquisição de material de construção e aquelas previstas no atendimento a famílias nas operações estabelecidas no § 3º, do art. 6º-A da Lei nº 11.977/2009, na forma do regulamento.²⁹

27 Art. 6º-A, § 5º, inciso II, da Lei nº 10.977/2009, redação da Lei nº 12.693/2012.

28 Art. 6º-A, §§ 5º, inciso III, e 6º, da Lei nº 10.977/2009, redação da Lei nº 12.693/2012

29 Esta vedação introduzida no art. 6º-A, § 8º, da Lei nº 11.977/2009 pela Lei nº 12.693/2012 também foi estendida às subvenções econômicas concedidas por meio da oferta pública de recursos nos municípios com até 50 mil habitantes, previstas art. 2º, inciso III, da Lei nº 11.977/2009, por meio do art. 6-B, § 4º, da Lei nº 11.977/2009, com a redação dada pela Lei nº 12.693/2012. O § 4º do art. 6-B da Lei nº 11.977/2009 foi um pouco mais restritivo, pois, excluiu das exceções da

6. FUNDO GARANTIDOR DA HABITAÇÃO POPULAR - FGHAB

Um importante aspecto positivo do Programa Minha Casa, Minha Vida foi o de recriar um fundo similar ao antigo Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS³⁰.

O FCVS garantia, no âmbito do SFH, ao final do prazo contratual, mediante contribuição do mutuário e, em caso de adimplemento de todas as prestações, a quitação do saldo devedor do financiamento habitacional. Além disso, prestava-se, também em relação ao contrato de mútuo habitacional, a liquidações antecipadas de percentual considerável do saldo devedor, no caso de contratos de cessão do financiamento de um mutuário para outro, desde que autorizada a cessão pela Caixa Econômica Federal, além de permitir as novações que passassem a excluir a cobertura do referido fundo.

Por fim, tinha como finalidade, também em relação às partes contratantes do mútuo, a cobertura total ou parcial nos casos de morte e invalidez do mutuário, assim como cobrir as despesas decorrentes de recuperação ou indenização por danos físicos no imóvel ou, ainda, por vícios de construção.

Reputa-se importante a criação do novo fundo como forma de voltar a garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, os quais, por preverem longos prazos de financiamento (muitos de mais de uma década), estão sujeitos a impreviões, tais como desemprego involuntário do mutuário, dificuldade tem-

vedação de concessão de novas subvenções, as famílias que estão na situação do § 3º do art. 6º-A da Lei nº 11.977/2009.

³⁰ O Fundo de Compensação de Variações Salariais –FCVS - foi criado pela Resolução nº 25, de 16/06/1967, do Conselho de Administração do extinto Banco Nacional da Habitação – BNH. Por força do disposto no art. 29 da Lei nº 8.692/93, o FCVS passou a não mais figurar nos novos contratos do Sistema Financeiro da Habitação – SFH celebrados a partir de então. Importante citar, ainda, como última providência legislativa tendente a regulamentar os contratos celebrados com previsão de contribuição e cobertura para o FCVS, que foi editada a Medida Provisória nº 1.520/96, posteriormente convertida na Lei nº 10.150/2000.

porária de pagamento³¹, morte, incapacidade, crises econômicas, dentre outros fatores de desequilíbrio das equações prestação/renda do mutuário e saldo devedor/capacidade econômica do mutuário.

Assim, o art. 20 prevê que o novo Fundo Garantidor da Habitação Popular – FGHab tem por finalidades: **a)** garantir o pagamento aos agentes financeiros de *prestação mensal de financiamento habitacional*, no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, devida por *mutuário final*, em caso de *desemprego e redução temporária da capacidade de pagamento*, para famílias com *renda mensal de até R\$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais)*; e **b)** *assumir o saldo devedor do financiamento imobiliário*, em caso de *morte e invalidez permanente*, e as *despesas de recuperação relativas a danos físicos ao imóvel para mutuários com renda familiar mensal de até R\$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais)*.

Como se pode extrair do acima exposto, o novo fundo tem por semelhança com o FCVS o fato de também destinar-se a assumir o saldo devedor nos casos de morte e invalidez permanente, bem como o fato de ter por finalidade cobrir as despesas de recuperação de danos físicos ao imóvel.

Contudo, mesmo neste particular, é possível prever uma diferenciação, pois o FCVS incidia, de acordo com as normas infralegais e regulamentares do Sistema Financeiro da Habitação, em imóveis financiados de até um determinado valor, enquanto que no novo fundo, além de se perquirir acerca do valor a ser financiado (art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 11.977/2009), também deverá haver a análise do perfil do mutuário, uma vez que as coberturas do FGHab se destinam àquelas pessoas com renda familiar de até R\$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais).

31 São causas comuns de incapacidade temporária de pagamento por parte dos mutuários, além do desemprego, enfermidades de pessoa da família, que impõe gastos com o tratamento de saúde, o divórcio do casal que, com o afastamento de um dos cônjuges, causa diminuição abrupta da renda, dentre outras.

Quanto à outra finalidade do fundo (garantir o pagamento das prestações em caso de desequilíbrio contratual), esta também não é nova, mas a leitura isolada do inciso I do art. 20 deixa dúvidas se a garantia: **a)** cobrirá as prestações do período em que o mutuário encontrar-se em situação de desemprego ou de redução temporária de pagamento ou **b)** quitará o saldo devedor (como fazia o FCVS), na medida em que se utiliza da expressão “*mutuário final*”.

Por tratar-se de situação a princípio temporária, a intenção do legislador foi de cobertura apenas das prestações, mesmo porque o não pagamento destas gerará a sua incorporação ao saldo devedor, inclusive com os respectivos acessórios, o que gera amortização negativa e capitalização mensal dos juros³² e contribui para o aumento do desequilíbrio contratual, tanto das prestações vincendas, quanto do saldo devedor, situação que justamente se busca evitar com a criação do instituto.

Cabe ressaltar o aspecto da eficiência que rege a aplicação de recursos pú-

32 Como será visto adiante, no item 6.4 do presente artigo, no entendimento do Superior Tribunal de Justiça a capitalização com periodicidade inferior à anual é vedada com fundamento no art. 4º do Decreto 22.626/33 (Súmula nº 121 do STF) para os contratos anteriores do SFH (celebrados antes da criação do PMCMV), sendo certo que, para evitar tal capitalização em caso de inadimplemento, o STJ acatou a tese da criação de conta em separado dos juros não pagos mensalmente, impedindo que retornem ao saldo devedor e sejam objeto da incidência de novos juros no próximo cálculo da prestação (anatocismo). No sentido de admitir a criação de conta em separado que seria apenas atualizada monetariamente com os juros não pagos, cabe ressaltar os seguintes precedentes do STJ: AgRg no REsp 957.591/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 08/06/2010; AgRg no REsp 933.928/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 04/03/2010; REsp 943.825/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 17/11/2009; AgRg no REsp 1069407/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 11/02/2009; REsp 1090398/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 11/02/2009. Neste particular destaca-se especialmente o REsp 1095852/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/03/2012, DJe 19/03/2012.

blicos que ajudam a manter o fundo (art. 37, *caput*, da CRFB/88 c/c art. 20, §§ 3º e 5º, inciso I, da Lei nº 11.977/2009), pois o ônus financeiro da cobertura de saldos devedores volumosos, em razão dos desdobramentos narrados no parágrafo anterior, é muito maior que o do custeio provisório das prestações enquanto perdurar a situação de desemprego e de redução temporária da capacidade de pagamento.

Além destas considerações, a leitura do inciso I do artigo 20 de forma combinada com o disposto no art. 27, incisos I e III, ambos da Lei nº 11.977/2009, retira qualquer dúvida interpretativa, pois nele há menção expressa da necessidade de previsão contratual do número de prestações que estariam garantidas pelo FGHab e as formas pelas quais o mutuário irá ressarcir o fundo pela utilização da cobertura.

O ressarcimento ao FGHab para o caso de cobertura das prestações nas hipóteses de desemprego ou de redução temporária da renda, nos termos do inciso III do art. 27 da Lei nº 11.977/2009, ocorrerá conforme a previsão contratual, logo após o término do período de utilização da garantia e ainda dentro do prazo do financiamento ou, ao final, mediante prorrogação do prazo de financiamento.

Nos casos em que haja contratação com previsão do FGHab, a cobrança das respectivas contribuições para o fundo não pode ultrapassar o percentual de 10% (dez por cento) do valor da prestação, já incluída no cálculo do referido percentual qualquer cobrança de natureza securitária, conforme previsão do art. 24, § 2º, inciso II, da Lei nº 11.977/2009.

Deve-se observar, ainda, que a dispensa de cobertura securitária por meio de seguro habitacional para os casos de morte, invalidez permanente e danos físicos ao imóvel, por razões óbvias, é dispensada quando a garantia do FGHab abranger tais riscos (art. 20, inciso II, c/c art. 28 da Lei nº 11.977/2009).

Apesar de o FGHab, de acordo com a previsão legal do art. 30 da Lei nº 11.977/2007, limitar-se aos novos financiamentos ou à requalificação de imóveis pelo PNHU, é possível, em tese, uma vez que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato por ele resguardado é inerente ao Sistema Financeiro da Habitação,

sustentar-se a sua incidência aos contratos em curso regidos por este sistema, não havendo que se falar em violação ao ato jurídico perfeito. Isto porque, em se tratando de matéria de ordem pública (*art. 6º, inciso V, da Lei nº 8.078/90 c/c art. 5º da Lei nº 4.380/64, art. 1º, § 1º, do Decreto-lei nº 19/66 e art. 11 da Lei nº 8.692/93*), as normas da Lei nº 11.977/2009, neste ponto, por protegerem o consumidor, possuem incidência imediata a partir da sua vigência, não podendo ser afastadas por cláusulas contratuais em sentido contrário.³³

³³ O Tribunal Regional Federal da 3ª Região reconheceu a incidência imediata da Lei nº 11.977/2009 aos contratos que preenchem os requisitos do Programa Minha Casa, Minha Vida, mesmo não tendo as cláusulas contratuais observado os novos institutos introduzidos pela norma. Impôs, assim, a revisão do contrato para adequá-lo ao novo diploma legal desde a sua entrada em vigor. Embora, no caso concreto, o contrato tenha sido assinado quando já vigente a norma, mas antes da divulgação do novo modelo contratual às agências da instituição financeira, trata-se de importante indicativo de que se trata de norma de ordem pública, especialmente em razão da incidência das disposições cogentes da Lei nº 8.078/90, que não pode ser afastada pela vontade das partes, permitindo interpretação mais ampla para aplicação de seus institutos, a partir de sua entrada em vigor, mesmo para os contratos celebrados antes de sua vigência. Cabe destacar a seguinte decisão: AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. CPC, ART. 557. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - SFH. PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA. LEGITIMIDADE DA CEF. CONVERSÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA 459 DE 25/03/2009 NA LEI Nº 11.977/09. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONTRATOS FIRMADOS EM 09/04/2009. REVISÃO CONTRATUAL. ADEQUAÇÃO PARA INCLUIR OS BENEFÍCIOS DA LEI. REDUÇÃO DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. - Para o julgamento monocrático nos termos do art. 557, § 1º, do CPC, não há necessidade de a jurisprudência dos Tribunais ser unânime ou de existir súmula dos Tribunais Superiores a respeito. - A Caixa Econômica Federal - CEF é parte legítima para figurar no pólo passivo das ações que versam sobre os contratos firmados sob as regras do Sistema Financeiro da Habitação. - O Código de Defesa do Consumidor garante ao consumidor a interpretação das cláusulas contratuais da forma que lhe for mais benéfica e ainda, que o prestador do serviço deve informar previamente todas as condições do negócio, preços, acréscimos, juros, e valor total a ser pago, independente do parcelamento.- Os contratos dos autores foram firmados em 09/04/2009. A CEF junta aos autos reprodução de mensagem enviada em 08/04/2009 para as Superintendências Regionais sobre o Programa Minha Casa Minha Vida, orientando as agências sobre a disseminação das características do programa e informando a data futura da sua operacionalização (fls. 241/242).- O agente financeiro não observou os regramentos

No entanto, como se trata de fundo com caráter contributivo, assim como o FCVS, para se exigir sua incidência, nos termos do parágrafo anterior, deve-se pleitear a revisão contratual neste sentido cumulada com ação de consignação em pagamento das contribuições devidas ao FGHab³⁴.

7. DEMAIS INOVAÇÕES IMPORTANTES DO PROGRAMA

O Programa Minha Casa, Minha Vida, além das alterações importantes

do CDC, porquanto detendo todas as informações relativas aos financiamentos e suas minúcias, tinha a obrigação, como prestador do serviço, de informar aos mutuários acerca da vigência da Medida Provisória que já sinalizava condição mais benéfica que de fato veio a se concretizar e que na data de assinatura do contrato as agências haviam recebido o comunicado.- Conquanto tenha sido conferido aos autores o direito de ver os seus contratos de mútuo revisados e recalculados de acordo com a Lei nº 11.977/09, a revisão contratual deverá observar o preenchimento dos requisitos legais à época da sua entrada em vigor.- Fixados os honorários advocatícios em 15% sobre o valor da causa, que foi retificado de R\$ 1.000,00 para o montante de R\$ 195.643,00(cento e noventa e cinco mil seiscientos e quarenta e três reais), deve ser reduzido o percentual para 10%, mantendo-se a base de cálculo.- Se a decisão agravada apreciou e decidiu a questão de conformidade com a lei processual, nada autoriza a sua reforma.- Agravo legal desprovido.(AC 00121171620094036102, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/06/2012)

³⁴ Seria interessante neste particular pleitear-se judicialmente a adequação do contrato à nova legislação, inclusive com o pagamento das respectivas contribuições para o FGHab, o que pode ser feito mediante consignação destes valores em juízo após autorização liminar (cognição sumária) ou por decisão com força de definitiva (cognição exauriente). Mesmo com o aumento das prestações daí decorrente, tal hipótese seria interessante para o mutuário, pois o mesmo teria garantia da preservação, até o final do financiamento, do equilíbrio econômico-financeiro com a respectiva quitação ao final do saldo devedor. Ainda neste particular, é importante mencionar a existência de posicionamento do Tribunal Regional Federal da 5ª Região no sentido de considerar que, adimplidas todas as prestações do contrato de financiamento imobiliário do SFH em dia, deve ser concedida a quitação independentemente de apuração de saldo devedor residual pela instituição financeira. Neste sentido: AC 20098000002856, Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, TRF5 - Primeira Turma, 25/03/2010 e AC 200705000397188, Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, TRF5 - Primeira Turma, 15/04/2010.

acima mencionadas, trouxe outras esparsas em seu texto, sendo algumas positivas, que representam avanços na política habitacional, e outras negativas, que representam verdadeiro retrocesso em desfavor do mutuário, dificultando o acesso ao direito de moradia (art. 6º da CRFB/88).

7.1 **Mulher: Prioridade de Atendimento e Contratos e Registros Efetuados Preferencialmente em Nome desta**

As medidas positivadas no art. 3º, inciso IV, no art. 35, no art. 35-A e no art. 73-A, todos da Lei nº 11.977/2009, poderiam gerar polêmica.³⁵

O art. 3º, inciso IV, da Lei nº 11.977/2009 estabelece prioridade de atendimento pelo Programa Minha Casa, Minha Vida às famílias com mulheres responsáveis pela unidade familiar.³⁶

Por seu turno, o art. 35 da Lei nº 11.977/2009 estabelece a preferência para a celebração de contratos e de realização de registro em nome da mulher.

Mais recentemente, seguindo esta linha, foram introduzidos os artigos 35-A e 73-A pela Lei nº 12.693/2012, que, ressalvadas as hipóteses em que houve utilização de recursos do FGTS do ex-marido ou ex-companheiro, prevêem respectivamente que o título de propriedade do imóvel adquirido no âmbito do PMCMV, na constância do casamento ou da união estável, com subvenções oriundas de recursos do Orçamento-Geral da União, do FAR e do FDS, será registrado em nome da mulher ou a ela transferido, independentemente do regime de bens aplicável, bem como que os contratos em que o beneficiário final seja mulher chefe de família,

³⁵ Os artigos 35-A e 73-A foram introduzidos na Lei nº 11.977/2009 pela Lei nº 12.693/2012.

³⁶ A mesma prioridade que foi conferida às famílias com mulheres responsáveis, também foi conferida àquelas famílias que tenham pessoa portadora de deficiência como um de seus membros (art. 3º, inciso V, inserido na Lei nº 11.977/2009 pela Lei nº 12.424/2011), também constituindo tal fato ação afirmativa.

no âmbito do PMCMV ou em programas de regularização fundiária de interesse social promovidos pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, poderão ser firmados independentemente da outorga do outro cônjuge, afastada a aplicação do disposto nos arts. 1.647 a 1.649 do Código Civil de 2002.

Embora alguns possam enxergar neste tratamento violação ao princípio constitucional da igualdade de gênero (art. 5º, inciso I, da CRFB/88), a medida vem, na realidade, reconhecer uma situação de fato que as regras de experiência prática demonstram ser muito comum e, assim, facilitar eventuais medidas a serem tomadas pelo mutuário que efetivamente irá ocupar o imóvel, ali fixando moradia com a sua família, assegurando-lhe proteção.

Explica-se: na experiência profissional, pode-se verificar que uma das causas mais comuns de inadimplemento involuntário do contrato de financiamento habitacional é a diminuição abrupta da renda gerada pelo divórcio ou pelo fim da relação de companheirismo, conforme seja família formada pelo casamento (art. 226, §§ 1º, 2º e 6º³⁷, da CRFB/88) ou pela união estável (art. 226, § 3º, da CRFB/88).

Com a ruptura do vínculo, é mais comum que a ex-esposa ou ex-companheira permaneça na posse direta do imóvel, exercendo ali seu direito de moradia juntamente com eventuais filhos advindos do casamento ou da união estável, os quais, muitas vezes, são menores de idade, e, como tais, mercedores de especial proteção do Estado (art. 227 da CRFB/88), ao passo que o ex-marido ou ex-companheiro geralmente opta por residir em outro local, por vezes com a constituição de nova família.

Rendendo homenagem a tal regra de ordem prática, buscou-se com a norma beneficiar quem costumeiramente passa a suportar os ônus da inadimplência

³⁷ O § 6º do art. 226 da CRFB/88 foi alterado pela Emenda Constitucional nº 66/2010, tendo sido suprimido o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos para que se possa obter o divórcio.

nestes casos, ou seja, a ex-esposa ou a ex-companheira.

A norma jurídica passa, então, a facilitar, por exemplo, o exercício de eventual direito de ação revisional pela quebra da base objetiva do contrato de mútuo (art. 6º, inciso V, da Lei nº 8.078/90), já que a ex-esposa ou a ex-companheira, sendo a única ou uma das partes contratantes, não terá que buscar eventual consentimento do outro mutuário (ex-cônjuge ou ex-companheiro), tendo, quando muito, que requerer no bojo da petição inicial a sua intimação, como sugere parte da doutrina processualista³⁸.

Assim, apesar das críticas acerca da inconstitucionalidade do dispositivo que eventualmente possam surgir, deve-se considerar o referido dispositivo um avanço, por reconhecer em sede legislativa o que rotineiramente ocorre na sociedade, e por se tratar de ação afirmativa dos direitos da mulher.

Com o objetivo de abrandar eventuais críticas no sentido de tratamento desigual de gênero e demonstrando que o objetivo da norma, em verdade, é o de privilegiar as famílias monoparentais (art. 226, § 4º, da CRFB/88) que se formam com a dissolução do casamento e da união estável, recentemente foi introduzida pela Lei nº 12.693/2012 a previsão do parágrafo único do artigo 35-A

³⁸ Haveria, em tese, hipótese de “litisconsórcio ativo necessário”, pois o contrato não pode ser revisado para um dos contratantes e não para outros (art. 47 do CPC). Fredie Didier Jr., em seu “Curso de Direito Processual Civil” (Volume 1, Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento, 12ª Edição, 2010, *Podivum*, Bahia, pp. 331-337) refuta, como boa parte da doutrina processualista, a existência de litisconsórcio ativo necessário, pois, na sua visão, a exigência de que a outra parte necessariamente figurasse no pólo ativo poderia violar, em caso de sua discordância, a garantia constitucional de acesso à Justiça (art. 5º, inciso XXXV, da CRFB/88). Sugere o referido processualista como solução, com a qual se concorda, que deve ser requerida ao Juízo no bojo da petição inicial a intimação do “litisconsorte”, o qual poderia: a) assumir a posição de litisconsorte ativo ulterior unitário; b) se calar, prosseguindo o processo somente com o autor originário na qualidade de substituto processual (legitimado extraordinário); ou c) aderir à contestação do réu, resistindo à pretensão e assumindo posição de assistente litisconsorcial passivo (litisconsorte unitário ulterior passivo), também na qualidade de legitimado extraordinário.

na Lei nº 11.977/2009, no sentido de que o título de propriedade será registrado em nome do ex-marido ou do ex-companheiro ou a ele transferido nos casos em que haja filhos do casal e a guarda seja atribuída exclusivamente a este.

Por fim, a referida preferência para o registro em nome da mulher também foi prevista para os casos de regularização fundiária (art. 48, inciso V, da Lei nº 11.977/2009).

7.2 Registro Eletrônico e Redução das Custas e Emolumentos

A criação de registro eletrônico é uma inovação inegavelmente positiva, uma vez que, em médio prazo, importará em evidente economia de recursos materiais e humanos na prestação dos serviços de registros públicos regulamentados pela Lei nº 6.015/73.

A economia de recursos será de tal ordem que permitirá a redução de custas e emolumentos relativos aos atos de registro de imóveis, especialmente para a população de baixa renda, como se pode extrair dos arts. 42 e 43 da Lei nº 11.977/2009.³⁹

Ressalta-se, ainda, a fixação de prazos exíguos no art. 43-A da Lei nº 11.977/2009, inseridos pela Lei nº 12.424/2011, os quais, se não forem cumpridos, podem importar em sanções aos notários e oficiais de registro, inclusive com a imposição de multa.

7.3 Regularização Fundiária de Assentamentos Urbanos e Legitimação de Posse

Outra evidente preocupação do Programa Minha Casa, Minha Vida foi a de trazer dispositivos relativos à regularização fundiária de assentamentos urbanos. Nos dizeres do próprio art. 46 da Lei nº 11.977/2009: “*A regularização*

³⁹ Antes era prevista até mesmo a isenção de custas e emolumentos em determinadas hipóteses, mas com a Lei nº 12.424/2011, além de se diminuir os percentuais de redução das custas, excluiu-se a possibilidade de isenção total de seu pagamento.

fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

Dividiu-se a regularização fundiária de assentamentos urbanos em duas subespécies: **a)** a regularização fundiária de interesse social; e **b)** a regularização fundiária de interesse específico.

A regularização fundiária de interesse social, regida pelos arts. 47, incisos VI e VII, c/c arts. 56 a 60 da Lei nº 11.977/2009, dirige-se à regularização de assentamentos em área urbana, pública ou privada, ocupados predominantemente por população de baixa renda, com a finalidade de moradia, nos casos: **a)** em que a área esteja ocupada de forma mansa e pacífica há pelo menos 5 (cinco) anos; **b)** de imóveis situados em Zona Especial de Interesse Social – ZEIS (art. 47, inciso V, da Lei nº 11.977/2009); ou **c)** de áreas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios declaradas de interesse para implantação de projetos de regularização fundiária de interesse social.

Quando não restar configurada a hipótese de regularização fundiária de interesse social, esta será caracterizada como regularização fundiária de interesse específico (art. 47, inciso VIII, c/c arts. 61 e 62 da Lei nº 11.977/2009).

Um dos instrumentos mais importantes trazidos pela nova legislação para efetivação da regularização fundiária é o instituto da legitimação de posse, conceituado no art. 47, inciso IV, da Lei nº 11.977/2009 como: *“ato do poder público destinado a conferir título de reconhecimento de posse de imóvel objeto de demarcação urbanística, com a identificação do ocupante e do tempo e natureza da posse”.*

O art. 59 da Lei nº 11.977/2009 prevê que a legitimação consiste em direito em favor do possuidor direto para fins de moradia e que será objeto de *registro* no Registro de Imóveis (art. 167, nº 41, da Lei nº 6.015/73). Estabelece, ainda, o

parágrafo único do referido dispositivo legal, que esta legitimação da posse será concedida a moradores cadastrados pelo Poder Público que comprovem: **a)** não serem concessionários, foreiros ou proprietários de outro imóvel urbano ou rural; e **b)** não serem beneficiários de legitimação de posse concedida anteriormente⁴⁰.

De acordo com o § 2º do art. 59 da Lei nº 11.977/2009, inserido pela Lei nº 12.424/2011, também pode ser beneficiário da legitimação de posse o *coproprietário da gleba, titular de cotas ou frações ideais, devidamente cadastrado pelo poder público, desde que exerça seu direito de propriedade em um lote individualizado e identificado no parcelamento registrado*.

Há previsão, ainda, no art. 47, § 1º, c/c o art. 60 da Lei nº 11.977/2009, no sentido de que a legitimação da posse, apesar de não alterar num primeiro momento a titularidade do domínio do imóvel, poderá ser convertida em título de propriedade após 5 (cinco) anos de registro, por força da usucapião especial urbana, a ser requerida perante o oficial de registro de imóveis.

Trata-se, pois, de requerimento de usucapião em sede administrativa, nos mesmos moldes do que hoje ocorre com o divórcio e o inventário consensuais (arts. 982, 2ª parte, e 1.124-A do CPC, com as redações dadas pela Lei nº 11.441/2007).

Obviamente que o referido dispositivo somente será aplicável se se estiver diante de terreno de propriedade de particular, uma vez que a propriedade dos bens públicos não se sujeita à prescrição aquisitiva, de acordo com previsão constitucional (art. 183, § 3º, da CRFB/88)⁴¹.

⁴⁰ Antes da Lei nº 12.424/2011, também era exigido como requisito para a legitimação de posse que os lotes ou fração ideal não fossem superiores a 250m².

⁴¹ No entanto, se o bem imóvel for foreiro (por exemplo, alguns terrenos de marinha), deve-se atentar que a usucapião do domínio útil é possível, mesmo em se tratando de bem público, como admitido pela jurisprudência. Vide: STJ. REsp 575.572/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/09/2005, DJ 06/02/2006, p. 276; REsp 507.798/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 16/03/2004, DJ 03/05/2004, p. 171; REsp 154.123/PE, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA,

Para se requerer a conversão da legitimação de posse em direito de propriedade, após 5 (cinco) anos, será necessária a instrução do pedido formulado ao oficial de registro de imóveis, nos termos do § 1º do art. 60 da Lei nº 11.977/2009, com: **a)** certidões do cartório distribuidor demonstrando a inexistência de ações em andamento que versem sobre a posse ou a propriedade do imóvel, considerando-se a totalidade da área objeto da legitimação de posse, as quais serão fornecidas pelo Poder Público, nos termos do § 2º do art. 60 da Lei nº 11.977/2009; **b)** declaração de que não possui outro imóvel urbano ou rural; **c)** declaração de que o imóvel é utilizado para sua moradia ou de sua família; e **d)** declaração de que não teve reconhecido anteriormente o direito à usucapião de imóveis em áreas urbanas.

Observe-se que o prazo de 5 (cinco) anos é exclusivo para as áreas de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), e, em sendo a área superior, o prazo para requerimento da conversão do título de legitimação de posse em propriedade será o estabelecido na legislação pertinente sobre usucapião, nos termos do art. 60, § 3º, da Lei nº 11.977/2009, inserido pela Lei nº 12.424/2011.

O título de legitimação de posse poderá ser extinto pelo Poder Público emitente quando constatado que o beneficiário não está na posse do imóvel e não tiver havido registro da cessão de direitos no registro de imóveis.

Assim, após o devido processo administrativo para a extinção do título de legitimação de posse, o qual, como qualquer processo administrativo, deverá garantir ao interessado o contraditório e a amplitude de defesa (art. 5º, incisos LIV e LV, da CRFB/88 c/c arts. 2º e 3º da Lei nº 9.784/99), o Poder Público solicitará ao oficial de registro o cancelamento, nos termos do art. 60-A da Lei nº 11.977/2009 c/c art. 250, inciso III, da Lei nº 6.015/73.

Nesta seara da regularização fundiária, deve-se mencionar, ainda, a previ-

julgado em 04/05/1999, DJ 23/08/1999, p. 129; REsp 10.986/RS, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/02/1992, DJ 09/03/1992, p. 2573.

são, inserida pela Lei nº 12.424/2011, acerca da possibilidade de o Poder Público, sob a fundamentação de necessidade de obras de regularização que venham a beneficiar a população de baixa renda, extinguir unilateralmente concessões de uso especial para fins de moradia e concessão de direito real de uso, relativamente a títulos firmados anteriormente à intervenção naquela área (art. 71-A da Lei nº 11.977/2009), com a garantia ao beneficiário de ter assegurado o seu direito à moradia preferencialmente na mesma área objeto de intervenção, por meio de contrato que lhe assegure direitos reais sobre outra unidade habitacional (art. 71-A, § 2º, da Lei nº 11.977/2009).

7.4 Possibilidade de Capitalização de Juros para os Novos Contratos

Uma alteração bastante negativa, em termos de custos para que a população de baixa renda tenha acesso ao direito constitucional de moradia, foi a inserção do art. 15-A na Lei nº 4.380/64, efetuada no art. 75 da Lei nº 11.977/2009, que permitiu a capitalização de juros em periodicidade mensal.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça, pacificado pela Segunda Seção, inclusive pela sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC) era, antes da alteração legislativa, no sentido de não se permitir a capitalização de juros em qualquer periodicidade nos contratos celebrados no Sistema Financeiro da Habitação – SFH, por ausência de permissão legal expressa, incidindo a vedação do art. 4º do Decreto 22.626/33⁴².

A nova previsão não altera a aplicabilidade do entendimento do Superior

⁴² STJ. REsp 1070297/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/09/2009, DJe 18/09/2009. Sobre o tratamento a ser conferido aos juros de prestações não pagas para evitar que retornem ao saldo devedor e sejam objeto da incidência de novos juros, gerando anatocismo, vide nota de rodapé nº 25 e REsp 1095852/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/03/2012, DJe 19/03/2012.

Tribunal de Justiça em relação aos contratos antigos.

O novel diploma legal, sob pena de violar o disposto no art. 5º, inciso XXXVI, da CRFB/88, não pode ser aplicado neste particular aos contratos celebrados anteriormente à sua vigência, mesmo que ainda em execução, por configurarem estes atos jurídicos perfeitos. A impossibilidade de capitalização para os contratos celebrados antes da entrada em vigor da Lei nº 11.977/2009 foi objeto de pronunciamento recente da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.095.852/PR.⁴³

7.5 Necessidade de Apresentação de Mais de Uma Opção de Sistema de Amortização pela Instituição Financeira

O sistema de amortização consiste em modelo matemático pela qual o pagamento de prestações periódicas abaterá a dívida, incluindo os juros e o saldo devedor, chegando-se, em situação ideal (dificilmente encontrada na prática, especialmente em financiamentos de prazo longo como os do Sistema Financeiro da Habitação), à quitação da dívida ao final do contrato.

Alguns sistemas de amortização, como a Tabela *Price*, derivada do Sistema Francês de Amortização, geram um maior número de questionamentos, inclusive no âmbito judicial.

É comum imputar-se ao Sistema de Amortização *Price* a ocorrência de amortização negativa, em razão de não se conseguir abater a totalidade dos valores devidos mensalmente (juros, prêmio de seguro, taxa de administração etc.). Em decorrência, os valores excedentes são incorporados ao saldo devedor, havendo a incidência de novos juros no pagamento da próxima prestação, ocasionando a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual, antes vedada no ordenamento jurídico.

⁴³ STJ. REsp 1095852/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/03/2012, DJe 19/03/2012.

Grande parte dos problemas surgidos deve-se à utilização de índices e periodicidade diversos para atualização das prestações e do saldo devedor⁴⁴.

Esta sistemática de utilização de índices e periodicidades diversos para atualizar as prestações e o saldo devedor era muito usual, especialmente nos contratos que adotavam como sistema de atualização das prestações o Plano de Equivalência Salarial – PES, no qual as prestações são atualizadas no mês subsequente à ocorrência dos reajustes salariais do mutuário ou, no caso do PES/CP⁴⁵, de sua Categoria Profissional ou, não estando o mutuário vinculado a determinada categoria, quando houvesse variação do salário mínimo, enquanto que, geralmente, para atualização mensal do saldo devedor era utilizada a Taxa Referencial – TR⁴⁶.

A distorção acima referida agrava-se ainda mais em cenários de inflação alta, como aquela experimentada no país especialmente até o Plano Real em 1994.

O sistema de amortização que, na prática, gera um menor número de problemas, apesar de não estar imune a distorções, principalmente aquelas explicitadas no parágrafo anterior, é o Sistema de Amortização Crescente – SACRE, pois apresenta prestações iniciais mais altas e constantes, permitindo maior e crescente amortização do valor emprestado, reduzindo-se, em consequência, ao mesmo tempo, os juros e o saldo devedor.

Independentemente da discussão acerca do sistema de amortização ideal, o Programa Minha Casa, Minha Vida trouxe um importante avanço no que diz res-

44 Pires, Roberto Carlos Martins. *Temas Controvertidos no Sistema Financeiro da Habitação*. Uma Análise Jurídica do Problema Matemático. Rio de Janeiro: Editora e Livraria Jurídica do Rio de Janeiro, 2004, p. 27.

45 Art. 9º, §§ 2º e 4º, do Decreto-lei nº 2.164/84.

46 A utilização da TR como critério de correção monetária nos contratos do Sistema Financeiro da Habitação é objeto da Súmula nº 454 do STJ e do recurso repetitivo REsp 969129/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 15/12/2009.

peito aos direitos do consumidor, como por exemplo, o de obter informação especificada dos serviços que lhe são prestados (art. 6º, inciso III, da Lei nº 8.078/90), que é a imposição ao agente financeiro, fornecedor de serviços, do dever de colocar à disposição do consumidor mais de uma opção de sistema de amortização, sendo uma delas, obrigatoriamente, o Sistema de Amortização Constante – SAC e, dentre as outras, devendo constar o Sistema de Amortização Crescente – SACRE e o Sistema Francês de Amortização (Tabela *Price*), nos termos do art. 75 da Lei nº 11.977/2009, que introduziu o Art. 15-B, § 3º, na Lei nº 4.380/64.

Desta forma, tem o fornecedor, na oportunidade da celebração do contrato de adesão, o dever de explicar ao consumidor as diferenças entre os diversos tipos de sistema de amortização, inclusive com as respectivas simulações demonstrativas da evolução das prestações e do saldo devedor, fazendo com que este opte conscientemente por aquele que mais se adequa à sua situação econômico-financeira.

7.6 Necessidade de Apresentação de Mais de Uma Opção de Apólice de Seguro Habitacional

Em relação ao seguro habitacional obrigatório, sempre foram alvo de discussão os valores que eram cobrados dos mutuários, especialmente porque, na grande maioria das vezes, restava configurada a venda casada deste contrato com o de financiamento habitacional, impondo-se ao consumidor a contratação do seguro com seguradora do mesmo grupo econômico do agente financeiro, o que é vedado pelo art. 39, inciso I, da Lei nº 8.078/90, como reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recurso repetitivo⁴⁷.

Os arts. 79 e 80 da Lei nº 11.977/2009 nada mais fizeram do que reconhecer a impropriedade do procedimento anteriormente adotado em relação à

⁴⁷ REsp 969.129/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 15/12/2009

contratação do seguro habitacional, prevendo que, após a regulamentação do Conselho Monetário Nacional, os agentes financeiros devem passar a colocar à disposição do consumidor, para sua escolha, mais de uma apólice de seguro habitacional, emitidas por seguradores diversos, bem como o consumidor poderá obter em outra instituição financeira apólice mais favorável, desde que observadas as normas do Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP para os seguros desta espécie e abrangidos os riscos mínimos (morte e invalidez permanente do mutuário e de danos físicos ao imóvel).

7.7 **Formação de Cadastro Nacional de Beneficiários de Programas Habitacionais**

Com a edição da Lei nº 12.424/2011, ficou instituído, em seu art. 11, o cadastro nacional de beneficiários de programas habitacionais urbanos ou rurais e de regularização fundiária em áreas urbanas, promovidos pelo Poder Público, nos quais tenham sido concedidos, com recursos públicos, materiais ou financeiros, incentivos de qualquer natureza, que possam ser considerados como subsídio.

Tal cadastro deve reunir informações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e será implantado progressivamente, sendo que a adesão dos entes federados ao referido cadastro é condição para o repasse de recursos da União ou por ela geridos direcionados a programas habitacionais ou de regularização fundiária em áreas urbanas.

7.8 **Alteração do Código Civil para Criar Nova Modalidade de Usucapião Especial Urbana Pro Habitatio em Prazo Reduzido (2 anos)**

A Lei nº 12.424/2011, inseriu, ainda, no Código Civil de 2002, o art. 1.240-A, que estabelece nova modalidade de usucapião especial urbana *pro habitatio* (ou *pro moradia* ou *pro morare*) beneficiando aquele que exercer, por 2

(dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

O prazo da usucapião especial urbana tradicional foi diminuído de 5 (cinco) para 2 (dois) anos no referido dispositivo, em razão da reconhecida situação de vulnerabilidade social do ex-cônjuge ou ex-companheiro que permanece residindo no imóvel após o divórcio ou o fim da união estável.

Assim como no caso da usucapião especial urbana tradicional, o direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez, conforme previsão do art. 1.240-A, § 1º, que reproduz os termos do art. 1.240, ambos do CC/2002.

CONCLUSÃO

O Programa Minha Casa, Minha Vida não foi instituído para substituir os outros programas e sistemas existentes no ordenamento jurídico pátrio, mas sim para melhorar e trazer algumas inovações aos mecanismos oficiais já existentes de acesso ao direito social à moradia (art. 6º da CRFB/88), especialmente à população de mais baixa renda.

O novo programa governamental trouxe mais avanços do que retrocessos na área habitacional.

Podem ser citados como principais avanços: **a)** o registro eletrônico e a redução de custas e emolumentos para os economicamente necessitados; **b)** a criação e a normatização de uma política nacional de regularização de assentamentos urbanos; **c)** a criação de um direito real de legitimação de posse; **d)** a imposição aos agentes financeiros do dever de apresentar ao consumidor mais de uma possibilidade de sistema de amortização quando da contratação do financia-

mento; **e**) o direito do consumidor do crédito habitacional de escolher com quem contratar livremente o seguro habitacional obrigatório, dentro das regras básicas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Seguros Privados-CNSP e da cobertura legal mínima; **f**) a criação de um cadastro nacional de beneficiários de programas habitacionais; e **g**) a criação de nova modalidade de usucapião especial urbana *pro habitatio* com prazo reduzido para ex-cônjuge e ex-companheiro que permanece residindo no imóvel ao fim do casamento ou da união estável.

Os retrocessos a serem lamentados são: **a**) a possibilidade de capitalização dos juros com periodicidade inferior à anual para os novos contratos de financiamento imobiliário, contrariamente à jurisprudência atualmente tranquila do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema em relação aos contratos antigos, que, como visto, é no sentido de se afastar a capitalização em periodicidade inferior à anual, rendendo observância ao art. 4º do Decreto nº 22.626/33; **b**) a extinção da possibilidade de isenção total das custas e emolumentos cartorários para os mais necessitados, com a edição da Lei nº 12.424/2011; **c**) a possibilidade, a partir da Lei nº 12.424/2011, de alteração do limite de renda e fixação de subtelos por parte do Poder Executivo, desrespeitando o critério legal, a partir da mera edição de atos normativos secundários (infralegais, como os Decretos), o que pode, com a mera vontade do Poder Executivo, limitar o exercício do direito constitucional de moradia, com o impedimento de acesso a programa oficial criado com esta finalidade pelo legislador (Poder Legislativo) e **d**) a revogação do art. 18, § 1º, da Lei nº 11.977/2009, pela Lei nº 12.424/2011, excluindo do Programa de Arrendamento Residencial – PAR a obrigatoriedade de que, em caso de morte ou invalidez do arrendatário, o contrato fosse quitado independentemente do pagamento de qualquer valor a título de contraprestação ou, ainda, em caso de surgirem danos físicos no imóvel, que estes fossem reparados também sem qualquer ônus para o arrendatário.

Conclui-se, pois, que, com a nova legislação, apesar dos retrocessos mais

recentes, prevaleceram os avanços, razão pela qual se espera que, neste período de desenvolvimento econômico do Brasil, seja possível, por meio de políticas públicas, as quais devem ser executadas com a maior eficiência (art. 37, *caput*, da CRFB/88), garantir ao maior número de pessoas, especialmente àquelas mais necessitadas, o acesso ao direito social de moradia (art. 6º da CRFB/88) e à vida digna (art. 1º, inciso III, c/c art. 5º da CRFB/88).

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, José Maria. **Sistema Financeiro da Habitação**: uma análise sociojurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema. Curitiba: Editora Juruá, 2009.

CASADO, Márcio Mello. **Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro**. São Paulo: RT, 2000. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 15).

EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2000. (Biblioteca de Direito do Consumidor v. 12).

GRINOVER, Ada Pellegrini, BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, FINK, Daniel Roberto, FILOMENO, José Geraldo de Brito, WATANABE, Kazuo, JÚNIOR, Nelson Nery, DENARI, Zelmo. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 1).

PIRES, Roberto Carlos Martins. **Temas controvertidos no sistema financeiro da habitação**: uma análise jurídica do problema matemático. Rio de Janeiro: Editora e Livraria Jurídica do Rio de Janeiro, 2004.

REFLEXÕES ACERCA DA EFICIÊNCIA NA VISÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: ASPECTOS CONCEITUAIS E SUA CRITICIDADE

Kelery Dinarte Páscoa Freitas¹

RESUMO

A pesquisa faz uma análise acerca das principais características que marcam a Análise Econômica do Direito, traçando uma linha que prima pelo estudo de seus principais conceitos e métodos. Aborda-se, especificamente, como o estudo do Direito e Economia trabalho com um dos baluartes de seu método: a eficiência econômica. O conceito de eficiência e as diversas correntes que tratam do tema, são apontados no estudo, em especial a tese de Vilfredo Pareto, Kaldor-Hicks, Richard Posner e a Teoria dos Jogos de John Nash. Como contraponto da adoção dos critérios econômicos no estudo do Direito, se trouxe uma abordagem crítica sob a aplicação desses institutos, em especial com as idéias lançadas pela Teoria Crítica e de Ronald Dworkin. O método utilizado é o analítico, com referências bibliográficas no campo histórico, filosófico, econômico e sociológico dos institutos em estudo.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito; eficiência; maximização de riquezas; Crítica

1. INTRODUÇÃO

A chamada Análise Econômica do Direito deita suas raízes de modo primordial na busca de inserir elementos próprios da ciência econômica no estudo das ciências jurídicas, trazendo aspectos da teoria econômica ao estudo do Direi-

¹ Defensor Público Federal

to e utilizando-se de instrumentos teóricos da teoria micro-econômica em geral e um de seus ramos, a Economia do Bem-Estar, em particular, na explicação e avaliação das instituições e realidades jurídicas. Tem como foco principal um estudo interdisciplinar do Direito.

Neste diapasão, toma importância ao tema e ao método em estudo, a utilização de critérios e medidas que abordem preferencialmente uma linha de eficiência e razoabilidade econômica na avaliação das decisões judiciais e aplicabilidade de normas jurídicas, traduzindo-se na busca de um conceito econômico de eficiência na efetivação em espécie das relações jurídico-sociais.

A economia tida como uma ciência de observação passa a intervir diretamente nas relações sociais mensurando o alcance das regras adotáveis no direito sob um prisma pragmático de eficiência, seja na formulação dos julgados ou na elaboração de normas.

A pesquisa busca trazer reflexões sobre a possível aplicabilidade dessas regras econômicas no estudo do Direito, principalmente no que tange ao critério de eficiência adotado pela Economia. Questiona-se: Como é feita a abordagem da Análise Econômica do Direito? Qual o sentido de eficiência na Análise Econômica do Direito? O conceito dado pelas ciências econômicas de eficiência pode ser aplicado em sua integralidade no estudo das ciências jurídicas?

Os objetivos do estudo consistem em analisar o método da Análise Econômica do Direito, conceituando eficiência econômica a par das correntes que abordam o tema, bem como fazer uma leitura de algumas teorias que criticam a aplicação deste método no estudo das ciências jurídicas.

O primeiro capítulo traz algumas considerações sobre as idéias centrais sobre a Análise Econômica do Direito, discorrendo sobre o perfil histórico da Escola de Chicago, precursora do método em estudo e as principais correntes que defendem sua adoção.

O segundo tópico do texto abordará uma contextualização da idéia de

eficiência econômica, traçando neste estudo as principais teses e correntes na Economia que explicam e desenvolvem uma leitura sobre o tema. Como ponto importante do estudo, traremos na pesquisa a corrente de Vilfredo Pareto, de Kaldor-Hicks, de Posner e a Teoria dos Jogos de John Nash.

No terceiro e último capítulo, o ponto central da discussão consistirá na abordagem crítica que é feita sobre a aplicabilidade da Economia e de seus conceitos no estudo do Direito, em específico da idéia de eficiência econômica que lhe é dada. Aspectos relacionados a paradigmas utilizados, valores abordados e métodos empregados será objeto deste capítulo.

2. O QUE É ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO? INÍCIO DO MOVIMENTO E ABORDAGENS SOBRE O MÉTODO

Cumpra antes de adentrar efetivamente no histórico preambular do movimento, tecermos alguns comentários acerca do conceito que se é dado à Análise Econômica do Direito. Consistiria a Análise Econômica do Direito na utilização de conceitos dados as ciências econômicas na utilização decorrente das relações sociais que permeiam as ciências jurídicas. Caracteriza-se pela aplicação das teorias econômicas nas explicações das decisões e normas do Direito.²

Como menciona Pacheco (1994, p. 27):

Lo común, y definitório, del AED es la aplicación de la teoría económica en la explicación del derecho. Más em concreto, es la aplicación de las categorías e instrumentos teóricos de la teoría microeconómica neoclásica em general y de una de sus ramas desarrolladas em este siglo, La Economía del Bienestar; en particular, en La explicación y evaluación de

² Nesse sentido ver Alexandro Bugallo Alvarez (2006, p.52).

*las intituciones y realidades jurídicas.*³

A Análise Econômica do Direito adotaria como metodologia de estudo uma aplicação interdisciplinar das ciências jurídicas com a ciência econômica. O Direito estabelece como objeto de estudo o ponto de vista econômico, derivando desta visão que a interpretação e evolução das normas possam atender e realizar os pressupostos da teoria econômica, bem como, que se dote as decisões e normas jurídicas de um conjunto de racionalidades próprias do modelo econômico.⁴

Na obra “Encyclopedia of Law and Economics: The History and Methodology of Law and Economics”, em artigo publicado por Ejan Mackaay, intitulado “History of Law and Economics” (1999, p. 65), define-se a Análise Econômica do Direito: “The economic analysis of law, or law and economics, may be defined as ‘the application of economic theory and econometric methods to examine the formation, structure, processes and impact of law and legal institutions’”⁵

Cuida ademais, de uma análise comportamental das partes nas relações jurídicas e os efeitos que as leis terão sobre aqueles comportamentos numa visão da economia. A Economia influenciaria sensivelmente o comportamento humano, assumindo o homem um modelo próprio do *homo economicus*.⁶ A atividade

3 Tradução Livre: “Originariamente e de modo concreto, busca a aplicação das categorias e instrumentos teóricos da teoria micro-econômica em geral e um de seus ramos, a Economia do Bem-Estar, em particular, na explicação e avaliação das instituições e realidades jurídicas.”

4 Pacheco (1994, p. 34)

5 Tradução livre: “ A Análise Econômica do Direito, ou Direito e Economia, pode ser definida com a aplicação da teoria econômica e do método econométrico de exame da formação, estrutura, processo e impacto da lei e das instituições legais.”

6 Tradução livre: “ O que há que concretizar seguidamente é, em primeiro lugar, qual é a teoria da ação que serve de base a AED, e em segundo lugar, que conseqüências tem sua adoção na transformação da concepção e função do direito. A essas questões a AED dá completa resposta mediante a adoção da teoria da ação racional econômica baseada no modelo do *Homo economicus*, que reduz a função do direito a prover os estímulos necessários para que o objetivo eficiente se obtenha sem obstáculos; o direito se converte em um sistema de incentivos e empecilhos, em instrumento ou meio para a consecução da eficiência econômica como norma básica do sistema. Passemos a concretizar estas respostas. A AED toma como unidade básica da análise o indivíduo. Todos os fenômenos sociais, incluindo o direito, podem e devem retroceder aos fundamentos do comportamento individual; todo fenômeno, social pode ser reduzido a escolhas operadas pelo

e o comportamento humano estariam umbilicalmente ligados a tentativa do homem de alcançar e maximizar individualmente e racionalmente seu bem-estar, numa atividade própria do homem econômico (homo economicus) tendo como norma de conduta seu interesse privado.⁷

Para Pacheco (1994, p. 40)

Lo que hay de concretar seguidamente es, em primer lugar, cuál ES La teoría de la acción que sirve de base al AED, y em segundo lugar, qué consecuencias tiene su adopción em la transformación de la concepción y función del derecho. Á essas cuestiones el AED da cumplida respuesta mediante La adopción de La teoría de La acción racional económica basado en El modelo del homo oeconomicus, que reduce La función del derecho a proveer de los estímulos necesarios para que Le objetivo eficiente se logre sin obstáculos; El derecho se convierte en un sistema de incentivos y rémoras, en instrumento o medio para La consecucion de La eficiencia económica como norma básica del sistema. Pasemos a concretar estas respuestas. El AED toma como unidad básica del análisis al individuo. Todos los fenómenos sociales, incluyendo El derecho, pueden y deben retrotraerse a los fundamentos del comportamiento individual; todo fenómeno social puede ser reducido a elecciones operadas por El individuo.

Cooter e Ulen abordam o tema sobre o mesmo ponto de vista(2000, p. 3)

indivíduo. Assumindo esta perspectiva individualista (individualismo metodológico), o objeto de estudo, neste caso a realidade jurídica, se reduz à lógica interna da ação individual para prever suas decisões e eleições ante situações determinadas.

⁷ Nesse sentido, Pacheco (1994, p. 40).

*Economics provided a scientific theory to predict the effects of legal sanctions on behavior. To economists, sanctions look like prices, and presumably, people respond to these sanctions much as they respond to prices. People respond to higher prices by consuming less of the more expensive good, so presumably people respond to heavier legal sanctions by doing less of the sanctioned activity. Economics has mathematically precise theories (price theory and game theory) and empirically sound methods (statistics and econometrics) of analyzing the effects of prices on behavior.*⁸

Sobre essa nova visão, a ótica da economia sobre o Direito ganha força, utilizando-se de preceitos que eram próprios de uma ciência de observação, como é o caso da Economia, na utilização prática de uma ciência de transformação social, como se afigura o Direito. Busca-se com o incremento dessa nova visão responder alguns questionamentos que envolviam as relações jurídicas e que se encontravam apresentados de forma apartada do próprio estudo do Direito e sua relação com a economia.

Tal movimento teve como mola inicial a publicação em Outubro de 1960, do artigo intitulado “*The problem of Social Cost*”, publicado no 3º. volume do “*Journal of Law and Economics*” cujo autor, Ronald H. Coase, faz um estudo

⁸ Tradução livre: “A Economia apresentou uma teoria científica de prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, sanções apresentam-se nos preços e, presumivelmente, as pessoas reagem a essas sanções tanto como eles reagem aos preços. As pessoas respondem a preços mais elevados, consumindo menos da coisa mais cara e boa, então, presumivelmente, as pessoas respondem a pesadas sanções legais, fazendo menos da atividade sancionada. A economia tem matematicamente precisas teorias (teoria dos preços ea teoria dos jogos) e métodos confiáveis empiricamente (estatística e econometria) para analisar os efeitos dos preços sobre o comportamento.”

sobre o problema do custo social produzido pela atividade econômica, assumindo abertamente críticas a Economia de Bem Estar e o intervencionismo praticado pelo Estado nas relações privadas, para ao final, encontrar as premissas fundamentais de aproximação da Economia com o Direito na aferição da análise do custo-benefício sobre as decisões judiciais.⁹

É bem verdade que toda essa gama de menções econômicas, ainda que indiferentes prefacialmente a uma aplicação no ramo das ciências jurídicas e distante da definição em concreto da Análise Econômica do Direito teve origem nas lições de Adam Smith em sua investigação sobre a Riqueza das Nações e algumas diretrizes filosóficas de David Hume, podendo ser encarado como a pedra de torque dos estudos que se seguiriam.

Na mesma época o autor italiano Guido Calabresi ao publicar em 1961 o artigo “Some Thoughts on Risk Distribution and Law of Torts” adota os perfis definidores da Economia no exame do alcance que podem ter os distintos significados implícitos na noção de distribuição do risco e os critérios de imputação de responsabilidade que pauta o estudo do “direito dos danos”. O artigo de Calabresi ressalta a aplicação da teoria econômica na busca de definir os fins que seriam desejados pelo direito da responsabilidade.¹⁰

Esses autores deram o pontapé inicial no estudo que seria desenvolvido anos mais tarde, especificamente em 1973, com a publicação de Richard Posner do ensaio “*Economic Analysis of Law*” trazendo a idéia primordialmente lançada por Ronald Coase e Calabresi e encontrando grande aceitação na comunidade

⁹ Ronald H. Coase (1960, p.01): “The economic analysis of such a situation has usually proceeded in terms of a divergence between the private and a social of the factory, in which economists have largely followed the treatment of Pigou in *The Economics of Welfare*.” Tradução livre: “A Análise Econômica de uma determinada situação geralmente tem sido procedido em termos de uma divergência entre o privado e social da fábrica, em que os economistas têm seguido em sua maior parte ao tratamento de Pigou na Economia do Bem-Estar”.

¹⁰ Pacheco (1994, p. 28/ 29)

jurídica americana.

No estudo de Posner inova-se com a idéia antes concebida e ocorre um estudo sistemático dos diversos ramos das ciências jurídicas tendo como base a idéia adotada pela Economia, consolidando, a partir daí, o movimento e trazendo como principais linhas de aplicação a possibilidade de adoção do método econômico em todas as correntes e sub-ramos do Direito.

Mackaay (1999, p. 66) faz uma abordagem dos aspectos iniciais do movimento:

*The current incarnation of law and economics originated in the United States in the late 1950s and found acceptance amongst the legal community from the 1970s onwards, as a result, in particular, of the writings of Richard A. Posner. It has been presented at times as an altogether novel introduction of concepts and methods of a neighbouring science into law, in that it addresses questions across the entire range of legal subject matter, including much non-market behaviour.*¹¹

A partir deste momento, várias correntes passam a estudar o método científico da economia no Direito. Posner mostra-se neste instante como introdutor de uma linha considerada teoria positiva e que teria como local principal dos estudos à cidade de Chicago. Essa corrente concebe a Análise Econômica do Direito sob um enfoque descritivo e normativo no estudo. Aborda como a sociedade pode aplicar a análise econômica para alcançar níveis ótimos adotando normas

¹¹ Tradução livre: “A atual forma de Direito e Economia originado nos Estados Unidos Estados em 1950 e que encontrou a aceitação entre a comunidade jurídica a partir dos anos 1970, tem como resultado, em especial, os escritos de Richard A. Posner. Foi apresentado, às vezes como uma introdução totalmente inovadora de conceitos e métodos de uma ciência vizinhos próxima à lei, na medida em que aborda perguntas de toda a gama de assuntos jurídicos, incluindo comportamentos não-mercantis”.

institucionais baseadas em critérios econômicos. A teoria de Posner se desdobraria assim em duas: a teoria econômica do impacto legal, onde se analisam os efeitos da norma sob o ponto de vista econômico (análise de custos de determinada norma ou econometria) e como medida inovadora a análise econômica não centra suas atenções apenas no sentido da econometria (custo da norma), mas avança no sentido da eficiência de determinada norma e, portanto no princípio da maximização.¹²

O que se viu desenvolver a partir deste momento foi uma proliferação de autores a abordarem o estudo da Análise Econômica do Direito, seja com o objetivo de defender suas principais diretrizes, seja para lançarem críticas sobre o método e forma de pensar as ciências jurídicas. E um dos principais pontos que mereceriam a devida atenção reflete-se no estudo da eficiência econômica, tópico do próximo capítulo.

3. O QUE É EFICIÊNCIA PARA A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO? CONCEITO DE EFICIÊNCIA ECONÔMICA E APLICAÇÃO NO DIREITO

Como derivado dos conceitos econômicos peculiares a própria Economia, a Análise Econômica do Direito sustenta a maior parte de seus estudos numa busca constante de garantir ao Direito um resultado eficiente em suas decisões. Pauta-se daí uma dita eficiência econômica, seja na elaboração de uma norma, seja na tomada de uma medida judicial em concreto. Restaria saber, especificamente: Que eficiência econômica seria essa? Como alcançaríamos essa eficiência econômica?

Tendo por diretriz uma teoria racional, os comportamentos humanos decorrerão com a finalidade de perseguir em sua ação uma dita eficiência econômica, com a função de incentivar os estímulos para que tal finalidade racional possa ser alcançada.

¹² Alvarez (2006, p. 58)

Caberia como função principal do Direito a alteração desses estímulos na vã tentativa de alcançar o equilíbrio pretendido, à procura de se maximizar as utilidades e assim se concluir pelo alcance de uma finalidade social que lhe seria peculiar.

Para a resposta dos questionamentos acima apontados e tendo por diretriz essa teoria racional, iniciaremos com a abordagem ou critério mais usual para se definir a eficiente circulação de riqueza a se alcançar um equilíbrio econômico, a proposta de Vilfredo Pareto, conhecida como eficiência de Pareto ou ótimo de Pareto. Para o autor, o equilíbrio econômico resultaria da oposição que existe entre os gostos dos homens e os obstáculos para satisfazê-los, analisando a eficiência pretendida sob uma visão de alocação de riquezas.

Para Pareto (1996, p. 127)

Se todas as quantidades de bens, dos quais dispõe um indivíduo, aumentam (ou diminuem), veremos em breve que, à exceção de um caso do qual falaremos mais adiante, a nova posição será mais vantajosa (ou menos vantajosa) do que a antiga para o indivíduo considerado; de tal maneira que, nesse caso, não existe nenhum problema a resolver. Mas, se pelo contrário, certas quantidades aumentam enquanto outras diminuem, é o caso de pesquisar se a nova combinação é, ou não, vantajosa ao indivíduo. É essa categoria que pertencem os problemas econômicos.

Na concepção de Pareto, considerar-se-ia que uma mudança seria eficiente numa sociedade, quando alguém fica melhor do que anteriormente estava com a mudança de alguma atribuição de bens anterior, sem que ninguém fique pior.¹³

Importante frisar que na visão traçada por Pareto o comportamento huma-

13

Sztajn (2005, p. 76)

no permanecerá presente em todas as decisões que forem tomadas. A concepção econômica de utilidade e de comportamento econômico gerou a chamada Teoria da Decisão componente nuclear da Microeconomia contemporânea e que se desenvolveu seguindo os principais fundamentos cavados por Pareto. Na atualidade os textos de Economia se baseiam na análise de comportamento econômico (consumo, trocas, produção bem-estar social etc.) no conceito de ordenação de preferências desenvolvido originariamente por Pareto. Passou-se a analisar o comportamento econômico sob um viés de escolhas e restrições, buscando-se alcançar sob um certo ponto o equilíbrio econômico, e tal equilíbrio tenderia a buscar uma pretensa felicidade ou bem-estar coletivo.¹⁴

Um grave problema da aplicação das idéias de Pareto seria a dependência de alocação inicial da riqueza.¹⁵ Em sua pesquisa, Pareto não menciona qual seria a origem inicial da alocação de recursos, entrando diretamente num tema que abordaria os gastos e aplicação eficiente, sem descer a detalhes da concepção de tais recursos. Há de se considerar ainda a extrema dificuldade no cumprimento

¹⁴ Pareto (1996, p. 68) “Ocupemo-nos do primeiro desses problemas. O raciocínio, habitualmente, tende a levar o homem a fazer certa coisa a que não lhe é agradável ou que não o é suficientemente para que o homem seja levado a fazê-la. Além disso, em geral, A compreende não só a ação mas também a abstenção. Entre os numerosos raciocínios que se fazem sobre o primeiro problema, é preciso considerar aqueles que se dividem nas seguintes classes: (I) Demonstra-se que A é, em última análise, vantajoso ao homem: (I□) porque um ser sobrenatural, ou mesmo simplesmente uma lei natural ou sobrenatural (budismo), recompensa aqueles que fazem A, pune aqueles que não fazem A, seja (I□1) nesta vida, seja (I□2) na outra; ou então (I□) porque, por si mesmo, A acaba por ser vantajoso: (I□1) ao indivíduo, ou (I□2) à espécie. (II) Demonstra-se que A é a consequência de certo princípio, comumente metafísico, de certo preceito admitido *a priori*, de qualquer outro sentimento moral. Por exemplo: (II□) A coincide com o que a *natureza* deseja, ou ainda, para certos autores modernos, com a evolução, com a teoria da “solidariedade” etc.; (II□) A é a consequência do preceito que *devemos* trabalhar para aproximarmos da perfeição; que devemos “perseguir a felicidade do gênero humano, ou melhor, de todos os seres sensíveis”; ou, ainda, que devemos fazer tudo que possa melhorar e glorificar a *humanidade*; ou que “devemos agir de tal maneira que a regra do nosso querer possa tomar a forma de um princípio de legislação universal” (Kant) etc.”

¹⁵ Stajin (2005, p. 76)

prático do “ótimo paretiano”, pela impossibilidade de se coordenar as ações e decisões humanas, ou a implementação de transações “custo zero” ou externalidades nulas.¹⁶

Aprofundando o estudo produzido por Pareto acerca do equilíbrio ou eficiência econômica, apresenta-se a pesquisa produzida por Kaldor e Hicks, conhecida por “Princípio da Compensação de Kaldor e Hicks”, onde, em linhas gerais, aborda-se a idéia de que se os beneficiados por novas situações compensarem os prejuízos advindos da mudança se justificariam socialmente o interesse na mudança. Sugere-se que as normas devam ser desenhadas para gerar o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas.

Com base no estudo desenvolvido inicialmente acerca da Teoria da Utilidade Marginal, que teve como precursores Jevons, Menger e Walras e que consistiria num problema de maximização da função-utilidade sujeita à restrição orçamentária da família, onde a partir daí, se escolherá o melhor critério para as escolhas no que diz respeito à distribuição dos benefícios, dando mais a quem tem maior utilidade marginal e comungando idéias de equilíbrio desenvolvido por Pareto, Kaldor e Hicks tratam da questão da compensação nas alterações que as variáveis podem gerar. Para Stjan (2005, p. 76), “A racionalidade dos agentes leva a procura da maximização de utilidades, e a eficiência alocativa, seguem uma linha de solidariedade e bem-estar coletivo.”

Cooter e Ulen (2000, p.11)

Choosing the best alternative that the constraints allow can be described mathematically as maximizing. To see why, consider that the real numbers can be ranked from small to large, just as

¹⁶ Rosa e Linhares (2009, p.70): “A questão, antecipe-se, é que o “ótimo paretiano” é uma metáfora ideal de impossível cumprimento prático já que não se pode coordenar todas as ações, obter-se todas as informações, implementar-se transações de “custo zero” ou com “externalidades nulas” como regra, bem assim, controlar as decisões dos empresários.”

the rational consumer ranks alternatives according to the extent that they give her what she wants. Consequently, better alternatives can be associated with larger numbers. Economists call this association a “utility function”¹⁷

A utilização desses critérios de eficiência doravante relatados diverge em alguns pontos cruciais, não apenas no que toca à alocação inicial das riquezas, mas além, no sentido que se tem no estudo da economia sobre as Teorias da Utilidade e do Equilíbrio Geral, pautando-se o segundo (Equilíbrio Geral) num aspecto que se aproxima do conceito de decisão do agente e não apenas na análise de preço e bem-estar geral. Aparenta que enquanto para Pareto a idéia seria alcançar uma eficiência, para Kaldor e Hicks se buscaria uma certa “equidade” de situações.¹⁸

Com bastante proximidade a idéia defendida por Kaldor e Hicks, Richard Posner trata a regra de eficiência sob uma concepção puramente de maximização de riquezas, onde se busca explorar os recursos econômicos de tal maneira que os mesmo possam ser maximizados. Diferente da teoria utilitarista, ele tenta justificar tais escolhas num conceito de teoria moral, sendo o progresso econômico o único valor social almejado. Neste ponto em especial, toda a discussão inerente a justiça das decisões, que pautava finalisticamente o Direito, perde importância, sendo relevante apenas uma regra que contemple uma maximização dos recursos a serem empregados.¹⁹

A grande crítica a ser feita a tese abordada por Posner e a dita corrente con-

17 Tradução livre: Escolhendo a melhor alternativa que as restrições permitem, pode-se descrever matematicamente como maximizar. Para ver porque, considere-se que os números reais podem ser classificados de pequenos a grandes, assim como o consumo racional em fileiras alternativas de acordo com a medida que lhe dão e o que ela quer. Por conseguinte, melhores alternativas podem ser associados com números maiores. Os economistas chamam essa associação de uma “função utilidade”.

18 Rosa e Linhares (2009, p. 70)

19 Pacheco (1995, p.55)

servadora, empregada principalmente nas vozes de Calabresi, Cooter e Coleman é que na Análise Econômica do Direito outros valores podem integrar o conceito de justiça, que não exclusivamente a concepção econômica, adotando outros critérios que sejam estabelecidos como premissas de estudo na análise econômica do Direito no estabelecimento de elementos para aferir uma eficiência social.

Por fim, cumpre ressaltar a adoção do critério de aferição da regra de eficiência que se convencionou chamar de Teoria dos Jogos (Game Theory). Como base nessa teoria, caberia a pessoa escolher a melhor estratégia ou plano de ação para alcançar os melhores resultados com os menores dispêndios de recursos econômicos.

No Direito encontramos com bastante frequência situações em que as decisões deverão se pautar nas melhores escolhas ou estratégias para se alcançar objetivos ótimos. Neste teorema, teríamos três elementos essenciais: os jogadores, a estratégia de cada jogador e o resultado final esperado. Cumpriria na determinação das melhores medidas, se analisar qual estratégia seria adequado ao melhor resultado pretendido com o menor custo.²⁰

4. CRÍTICAS À EFICIÊNCIA NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Como fora abordado no item anterior, a introdução da visão economicista no Direito trouxe não apenas curiosos e estudiosos que utilizaram de suas principais noções na aplicação das regras jurídicas, mas além, trouxe a crítica de diversos juristas que passaram, de forma justificada, a questionar os métodos da

²⁰ Importante frisar neste ponto a crítica produzida por Alexandre Morais da Rosa e José Manuel Aroso Linhares na obra “Diálogos com a Law and Economics” (2009, p. 101): “Este estofo subjetivo proporcionado pela psicanálise rompe com as pretensões ultra-rationais dos comportamentos acolhidos pelo discurso da Law and Economics, motivo pelo qual o movimento promove um encurtamento subjetivo aderindo a uma compreensão da “psicologia comportamental”. Isso possui um preço, aliás, já ocorrido no caso de Habermas, pois há uma redução da subjetividade. Circunscreve a ação num sentido “behaviorista”, de impossível aceitação. Assim, é que se pode, com êxito, duvidar desta “simplificação” da “escolha racional” apontada, justamente pela impossibilidade de qualificar o critério das opções estratégicas singulares movidas por condicionantes que escapam do sujeito “comportamentalista” diante da convocação do inconsciente.”

AED, em específico dos conceitos dados pela eficiência econômica.

Para Ronald Dworkin, na obra “Uma questão de princípios”, lança-se dúvidas acerca dos critérios que pretendem ser utilizados na abordagem da eficiência e que existiriam falhas descritivas na abordagem do tema, vez que se emprega uma regra de maximização de riqueza distinta da eficiência pretendida por Pareto. O autor menciona em diversos pontos que a abordagem pretendida pelo economista para analisar uma situação como eficiente é bem distinta da pretendida pelo jurista. A adoção da praticidade empreendida pela regra de maximização de riqueza é dissociada do conceito de equilíbrio adotado pelo economista, mesmo que num aspecto utilitarista (tradicional ou marginal).

Para Dworkin (2001, p. 355/356),

A análise econômica do Direito que torna central o conceito de maximização de riqueza, deve, portanto, ser distinguida da Análise do Direito dos economistas, isto é, da aplicação a contextos jurídicos da noção de eficiência dos economistas, que é a eficiência de Pareto. Quando o economista pergunta se uma norma de direito é eficiente, geralmente quer saber se a norma de Direito é eficiente segundo Pareto, não se ela promove a maximização de riqueza.

Na visão de Dworkin, existiria grave conflito conceitual na utilização da palavra eficiência.

As críticas de Dworkin não se restringiriam apenas a divergências conceituais. Iriam mas além. Aprofundaria o cerne do problema da maximização de riqueza em seu sentido dado por Richard Posner. O autor questiona profundamente a idéia lançada pela Escola de Chicago de que a maximização de riqueza seria um objetivo digno. Levanta robustos argumentos de que na abordagem trabalhada pelos

autores da AED, não se justifica as razões de se ponderar porque alguém com mais recursos estaria em melhor situação de alguém que tivesse menos recursos?

Refuta ademais, que a maximização de riqueza pretendida não seria um elemento valorizativo (valor). Desta forma não compreende aquele autor que este elemento haveria de ser o único almejado pelos tribunais. Para justificar suas razões, levanta organicamente a tese que não bastaria para uma sociedade enquadrar-se num contexto melhor, que essa possua mais recursos econômicos ou maximize suas riquezas, sendo estas um conceito valorativo, deveria sob um prisma de filosofia moral ter um aumento dos valores mensuráveis, daí porque, se não ocorrerem tais aumentos não poderia ser considerado, a maximização de riquezas, um valor a ser perseguido.²¹ Menciona que, para se submeter integralmente aos preceitos da Análise Econômica do Direito no que tange a pretendida eficiência, haveria de existir uma troca de justiça por riqueza.

Adotando o mesmo critério já utilizado por Dworkin, os autores Rosa e Linhares, textuam (2009, p. 118):

As regras do jogo democrático, àquelas que irão fundamentar a legitimidade do provimento judicial, não podem ter como único critério a maximização de riqueza, como aponta a AED, sob pena de submeter o campo do direito a uma racionalidade que desconhece os “Direitos Fundamentais”.

Outro ponto de grande crítica, seja a própria AED, seja aos critérios de maximização de riqueza, se encontram dentro da corrente conhecida como “Cri-

21 Dworkin (2000): É importante observar que a história de Derek e Amartya demonstra o insucesso não apenas da versão imodesta, mas também da versão modesta da teoria de que a riqueza social é um componente de valor. Pois a história demonstra não apenas que um ganho de riqueza pode ser contrabalançado por perdas de utilidade, de justiça ou de alguma outra coisa. Demonstra que um ganho de riqueza social, considerado por si só e separadamente de seus custos ou de outras conseqüências, boas ou más, não é absolutamente um ganho.”

tical Legal Studies”, ou Teoria Crítica do Direito. Horkheimer (2003, pág. 45):

Uma teoria que quisiera afirmar que La ciência moderna solo puede llevar em este sentido a previsions y no a predictions- y asi se podría entender facilmente El artículo citado- cometeria de hecho um error. A lo que em última instância aspiran lãs ciências de La natureza, como toda ciência em general, ES justamente a lograr predictions. Los tipos abstractos, em El sentido de la prevision, son leyes y como tales tienen siempre, de acuerdo com su sentido, uma forma condicional. Dicen que siempre que se den em la realidad determinadas condiciones, deben sobrevenir determinados eventos.²²

Sobre essa linha, a Teoria aborda uma idéia de que o alcance principal do Direito encontra-se na transformação social e não exclusivamente na obtenção de riquezas. Para a efetivação dessas transformações o homem pode buscar a alteração de seu status quo. Assim, o sentido, ou atendimento da lei deverá ter por base e fundamento um sentido social, esse sim, verdadeiro valor a ser alcançado.

Noutro ponto, a crítica se permeia no que tange a impossibilidade de decisões racionais diante do complexo sistema social que vivemos. A grande teia de implicações originadas das decisões humanas e a inter-relação permanente dificultam que possamos atender como regra absoluta um conceito exclusivamente econômico ou de maximização de riquezas.

²² Tradução livre: “Uma teoria que dizia que a ciência moderna só pode levar as previsões em dessa maneira e não as predicações, e, portanto, poderia facilmente entender o artigo citado- cometeria um erro de fato. O que almeja as Ciências da Natureza, como todas as ciências em geral, é precisamente tentar atingir as previsões. Tipos abstratos, no sentido da visão, são as leis e, como tal, são fornecidos, de acordo com seu significado condicionalmente. Dizem que sempre que ocorrer na realidade determinadas condições, deverem ocorrer determinados eventos.”

Importante frisar essa passagem de Claus-Wilhelm Canaris (1989, p. 21):

O primeiro óbice que se opõe ao formalismo reside na natureza histórico-cultural do direito. Numa conquista de escala histórica contra o jusracionalismo precedente, sabe-se que o direito pertence a uma categoria de realidades dadas por paulatina evolução das sociedades. A sua configuração apresenta-se, pelo menos ao actual estágio dos conhecimentos humanos, como o produto de uma inabarcável complexidade casual que impossibilita, por completo, explicações integralmente lógicas ou racionais. Assim sendo, o Direito deve ser conhecido de modo directo, tal como se apresenta; uma sua apreensão apriorística resulta impossível.

O segundo obstáculo reside na incapacidade do formalismo perante a riqueza dos casos concretos. Na verdade, todas as construções formais assentam num discurso de grande abstracção e, como tal, marcada pela extrema redução das suas proposições. Quando invocadas para resolver casos concretos, tais proposições mostram-se insuficientes, elas não comportam os elementos que lhe facultam acompanhar a diversidade de ocorrências, e daí, de soluções diferenciadas.

Ainda sobre o tema Luhman (1983, pág. 225):

A diferenciação funcional cria sistemas sociais parciais para resolução de problemas sociais específicos. As colocações de problemas relevantes modificam-se e são apuradas ao longo do desenvolvimento social, possibilitando diferencia-

ções crescentemente abstratas, condicionante e arriscadas em termos estruturais, como por exemplo sistemas não só de obtenção, mas também de distribuição de recursos econômicos não apenas para objetivos obrigatórios como criar filhos e defesa, mas também para objetivos optados como a pesquisa e até a pesquisa da pesquisa; não só para a educação mas também para a pedagogia, não só para o estabelecimento de decisões vinculativas, mas também para sua preparação política, não só para a justiça, mas também para a legislatura.

Importante registrar por oportuno, a crítica passível de colocação, acerca da tentativa da AED de utilizar como único método possível, o método econômico. Ao tentar adotar tal linha de modo exclusivo, peca o estudo, pois traz consigo o desmembramento de uma outra imensa gama de paradigmas que poderiam perfeitamente ser utilizados no âmbito das ciências jurídicas. Limita o estudioso da AED, a uma única forma de ver o Direito, o modo econômico. Como mencionaria Rosa e Linhares (2009, p. 88), transformar-se-ia o Direito em grandes “Shoppings Humanos”.

Sob esse ponto, torna-se importante frisar o pensamento de Kuhn acerca dos paradigmas (1962, p. 80):

La determinación de los paradigmas compartidos no es, sin embargo, la determinación de reglas compartidas. Esto exige una segunda etapa, de un tipo algo diferente. Al emprenderla, El historiador deberá comparar los paradigmas de la comunidad unos con otros y con sus informes corrientes de investigación. Al hacerlo así, su objetivo es descubrir qué elementos aislables, explícitos o implícitos, pueden haber abstraído los

*miembros de esa comunidad de sus paradigmas más globales, y empleado como reglas en sus investigaciones.*²³

Cumpre trazer ainda os comentários do ganhador do Prêmio Nobel de Economia Amartya Sen, onde na obra “Desenvolvimento com Liberdade” desenvolve uma profícua e esclarecedora discussão acerca da possibilidade ou não da adoção das idéias utilitaristas nos fundamentos de justiça adotados em abordagens sobre a análise econômica do direito.

Importante ressaltar que a eficiência pretendida por Kaldor-Hicks se pauta numa visão de que as normas devem gerar o máximo de bem-estar coletivo para o máximo de pessoas, adotando-se ainda um critério de escolha que atenda a uma utilidade marginal. Na crítica a abordagem utilitarista, Amartya Sen informa que este cálculo tende a não levar em consideração desigualdades na distribuição da felicidade e que a abordagem utilitarista não atribui importância intrínseca a reivindicação de direitos e liberdades. Para Sen (2000, p.81): “É sensato levar em consideração a felicidade, mas não necessariamente desejamos escravos felizes ou vassalos delirantes.”

Para o autor, fatores econômicos e sociais como educação básica, serviços elementares de saúde e emprego seguro são importantes não apenas por si mesmos, como pelo papel que podem desempenhar ao dar às pessoas a oportunidade de enfrentar o mundo com coragem e liberdade.

Complementa a abordagem, mencionando que mesmo numa comparação de utilidades baseadas num comportamento de escolha, seriam insuscetíveis de se fazer quando temos por base funções de demandas diversas, inviabilizando

²³ Tradução Livre: “A determinação dos paradigmas compartilhados não é, ao contrário, a determinação das regras compartilhadas. Isto exige uma segunda etapa, se um tipo diferente. Ao empreendê-la, o historiador deverá comparar os paradigmas da comunidade uns com os outros e com seus informes constantes de investigação. Ao fazê-lo assim, seu objetivo é descobrir que elementos aceitáveis, explícitos ou implícitos, podem ter abstraído dos membros dessa comunidade de seus paradigmas mais globais e empregado como regras em suas investigações.”

a visão de equilíbrio adotado por Pareto.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fruto do aprofundamento e de uma nova idéia de visão das ciências jurídicas, a Análise Econômica do Direito prega a aplicação em todas as suas vertentes do contexto econômico nas decisões, métodos e normas do Direito, pautando tal contexto numa pretensa racionalidade econômica e tendo como pano de fundo a tentativa de se adotar no contexto das relações jurídico-sociais uma pretensa eficiência ou maximização de riquezas.

A abordagem das diversas correntes que tratam sobre o tema, seja sob o viés utilitarista ou condão próprio do equilíbrio, pauta o método empregado na idéia de que o homem deverá agir como um ser essencialmente econômico “*homo economicus*” e suas decisões serão pautadas numa racionalidade que tenderá a levar a obtenção de uma eficiência social e econômica, chamado de maximização de riquezas. A maximização de riquezas seria o valor único do aplicador do Direito e suas decisões teriam como norteamento a tentativa de alcançar tais premissas.

Todavia, o Direito encontra-se envolto de uma teia imensa de situações e complexidades que em grande parte das situações tenderá a desconsiderar o sentido de eficiência meramente econômica, para pautar sua adoção em sentido desvirtuado de tal contexto ou se utilizando de outros valores que estariam postos a nossa disposição ou se encontrariam presentes naturalmente como “Direitos Fundamentais”, escapando da idéia de preservação exclusivamente econômica.

A crítica que se faz a adoção dos critérios de eficiência econômica postos pela Análise Econômica do Direito encontraria sua linha principal nessa impossibilidade de se adotar na sua integralidade a racionalidade econômica pretendida pela AED, seja pelo reconhecimento de valores outros que não os exclusivamente econômicos, seja pelo reconhecimento de que o Direito pode não apenas

se utilizar das regras econômicas, mas também de outros critérios que poderão perfeitamente se fazer presente nas abordagens das ciências jurídicas.

REFERÊNCIAS

ALVARÉZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, 2006.

BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. The history and methodology of law and economics. **Encyclopedia of Law and Economics**, v. 1.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

COASE, R. H. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, 1960.

COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. **Law and economics**. Berkeley: Addison Wesley Longman Inc., 2000.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HORKHEIMER, Max. **Teoria crítica**. Buenos Aires: Editora Amorrortu, 2003.

HUME, David. **Tratado da natureza humana**. 2. ed. São Paulo: Editora Vunesp, 2009.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **El derecho de la sociedad**. Versão eletrônica, 2003.

MACKAAY, Ejan, **Economics of information and law**. Dordrecht: Kluwer, 1982.

MISES, Ludwig Von. **Intervencionismo: uma análise econômica**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1999.

PACHECO, Pedro Mercado. **El análisis económico del derecho**: uma reconstrucción teórica. Madrid: Cento de Estudios Constitucionales, 1994.

PARETO, Vilfredo. **Manual de economia política**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

POSNER, Richard. **El análisis económico del derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

ROSA, Alexandre Moraes da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2009.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras. 2000.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: investigação sobre sua natureza e sua causa. São Paulo: Nova Cultural, 1996. v. 1.

SPECTOR, Horacio. **Elementos de análisis econômico del derecho**. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ASSISTÊNCIA JURÍDICA E JUDICIÁRIA NO BRASIL: LEGITIMAÇÃO, EFICÁCIA E DESAFIOS DO MODELO BRASILEIRO

Daniel Mourgues Cogoy

RESUMO

O presente trabalho visa analisar os modelos de assistência judiciária gratuita adotados pelo Direito Brasileiro, quais sejam os prestados por meio de defensores públicos e advogados dativos, contextualizando-os com o paradigma de Estado Democrático de Direito. Objetiva-se ainda analisar-se a prestação de tais serviços sob a ótica dos modelos burocrático e gerencial de prestação de serviço público, a fim que compreender qual o sistema que melhor pode se adequar aos ideais de eficiência e participação democrática colimados pelo Direito Administrativo contemporâneo. Ao final, pretende-se atribuir especial ênfase à Defensoria Pública, enquanto principal instrumento de acesso à justiça dos hipossuficientes, propondo alternativas para modernização do modelo atualmente adotado em nosso país.

Palavras-chave: Assistência Judiciária Gratuita; Defensoria Pública; Acesso à Justiça; Reforma administrativa.

1. INTRODUÇÃO

Visa o trabalho em tela o aprofundamento do debate jurídico acerca da assistência jurídica e judiciária gratuita prestada em nosso país, à luz do princípio constitucional da eficiência dos serviços públicos. O estudo terá por base a legislação vigente e os modelos ora em uso, à luz dos conceitos de modelo burocrático (weberiano) e gerencial de Administração Pública.

O estudo monográfico em tela pretende contextualizar tais modelos em face da Constituição Federal de 1988 e das mudanças introduzidas pela Emenda Constitucional 19/1998, que introduziu, na Administração Pública brasileira, o sistema “*gerencial*” ou de “*governança*”.

Em especial, visa-se debater o status atual da Defensoria Pública, principal fonte de acesso à justiça, em nosso país, para os economicamente hipossuficientes, e claramente calcada no modelo burocrático weberiano.

A seguir, com ênfase no modelo *staff model* – Defensoria Pública –, este será contextualizado perante os modelos burocrático e gerencial. Ao final, o trabalho busca oferecer sugestões para melhor adequação da Defensoria Pública aos princípios da eficiência e participação popular, em consonância com as exigências do paradigma constitucional vigente.

2. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA NO BRASIL. FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Para que se possa falar sobre Assistência Judiciária Gratuita, primeiramente é necessário tecer considerações acerca de sua fundamentação constitucional. De fato, tem-se que o direito constitucional, ao longo de sua evolução, adotou diferentes paradigmas, sendo que, de acordo com o modelo adotado, também a concepção de assistência jurídica foi sendo modificada.

O primeiro paradigma constitucional é o de “Estado de Direito” ou “Estado Liberal”, adotado a partir das Constituições americana e francesa do século XVIII. Nesta concepção, cabe ao Estado o mínimo de intervenção na vida privada, garantindo-se aos cidadãos, dentre outros, os direitos de liberdade e propriedade. Neste momento, a idéia de assistência judiciária aos pobres não possuía assento constitucional. O trabalho, quando realizado, se dava de forma voluntária, eventual e gratuita, e sempre sem intervenção estatal.

Em sequência a esta concepção, vem a ser adotado o paradigma de “Estado Social” ou “Estado de Bem-estar Social”. Neste modelo, não mais cabe ao Estado a garantia apenas formal dos direitos, mas também a sua efetiva prestação. Desta forma, passa a ser responsabilidade do Poder Público assegurar aos seus cidadãos o acesso à saúde, educação e segurança, além de outros direitos tidos como fundamentais.

Neste contexto, começa-se a pensar a questão da assistência judiciária aos pobres, naquilo que CAPPELLETTI (1988) denominou de “Primeira Onda do Acesso à Justiça”. Logo, passa a ser exigido do Estado que garanta não apenas o direito formal de acesso à justiça, mas também que o garanta materialmente.

Surgem, então, os primeiros modelos de Assistência Judiciária Gratuita, os quais, porém, não foram uniformemente adotados no Direito comparado. Desta forma, ora se fala apenas em gratuidade de justiça, cabendo ao Estado custear o processo aos que comprovarem insuficiência de recursos; ora em realização de convênios junto a advogados, para que estes, mediante remuneração, prestem assistência aos necessitados; por fim, alguns países optaram por criar instituições estatais cuja finalidade é a de garantir acesso aos economicamente hipossuficientes, denominadas, na América Latina, de Defensorias Públicas.

O conceito de Assistência Judiciária Gratuita, porém, sofreu as consequências de uma nova mudança de paradigma constitucional, com o advento do modelo de “Estado Democrático Social”, no qual há que se conceber o Estado dentro de uma realidade de solidariedade social, necessidade de proteção aos interesses difusos e coletivos, e respeito à complexidade de uma sociedade multifacetária.

É corolário deste novo paradigma que se identifique que o atual fundamento constitucional da Assistência Judiciária Gratuita esteja radicado no art. 3.º da Constituição Federal de 1988, o qual assim prevê:

“Art. 3.º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.”

Portanto, se de um lado o Estado trouxe para si o monopólio da jurisdição, podendo exercer poder de império que justifica inclusive a restrição de direitos individuais como os de liberdade e propriedade, de outro lhe cabe o dever de agir em prol da erradicação da pobreza, da marginalização e da redução de desigualdades sociais e regionais. Incumbe ao mesmo Estado acusador e expropriatório o dever de garantir, a todo cidadão, independentemente de sua classe social e poder aquisitivo, condições de obter orientação acerca de seus direitos (assistência jurídica) e meios de defendê-los em juízo (assistência judiciária).

É de se notar que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, o próprio conceito de pobreza evoluiu em relação ao adotado pelos modelos anteriores. Assim, se em um primeiro momento concebia-se como pobre aquele que é desprovido de recursos econômicos, no paradigma atual paulatinamente os termos “pobre e pobreza” vêm sendo substituídos pelos conceitos de exclusão e vulnerabilidade social.

De fato, se bem observarmos, não há um consenso, entre os operadores do Direito, sobre o conceito de “pobre” ou “economicamente hipossuficiente”. Mesmo entre as Defensorias Públicas Estaduais e Federal não há uma uniformidade na conceituação de pobreza¹, ora assim sendo definidos os que se enquadram nos critérios de isenção de imposto de renda, ora os que recebem até dois ou três salários mínimos nacionais.

ROCHA (2009), com acerto, define que pobre não é apenas o destituído de recursos financeiros, mas aquele que tem desrespeitados seus direitos fundamentais, como o acesso à saúde, educação e moradia. É pobre, e merece especial proteção do Estado, aquele desprovido de meios de fazer valer, efetivamente, o acesso aos mais básicos e elementares direitos².

1 Ver o III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil.

2 Interessante ainda que ressaltar que há hipóteses em que a Defensoria Pública pode

A se adotar este entendimento, pode-se afirmar que a Constituição Federal, em seu artigo 3º, ao mencionar a erradicação da pobreza, elege, como meio de assegurar a dignidade humana, a erradicação da violação dos direitos fundamentais. Logo, não é outro o fundamento do dever do Estado de garantir acesso à justiça aos cidadãos em situação de vulnerabilidade social, seja por meio da gratuidade de justiça, da atuação de advogados dativos, ou mesmo por intermédio das Defensorias Públicas.

Finalmente, há que se concluir que, dentro do modelo Estado Democrático de Direito, a idéia de Assistência Judiciária há de ser compreendida em sentido mais amplo que a mera defesa em juízo, no que CAPPELLETTI (1988) denominou de “*segunda e terceira onda do acesso à justiça*”, na qual, para além da tutela de direitos meramente individuais, há que se buscar a tutela de direitos difusos e coletivos, bem como a efetividade da prestação jurisdicional.

De fato, se bem observarmos o conteúdo dos art. 5º, LV, e 134, a Constituição Federal trata de assistência jurídica e judiciária, integral e gratuita. Ora, por assistência jurídica se compreende a orientação, ao interessado, acerca de seus direitos, e, mesmo, a educação para o exercício de direitos. Além disso, a assistência integral é aquela que abrange não apenas os direitos individuais, mas também os difusos e coletivos. E mais, deve-se conceber os socialmente vulneráveis não apenas individualmente, mas também como categoria social, de maneira a melhor garantir a defesa de seus direitos.

Além disso, é também fundamental que o acesso à justiça seja garantido de forma efetiva. Tal assertiva engloba idéias como o princípio da razoável duração do processo, mas também, que o serviço de assistência judiciária gratuita seja prestado com qualidade e de forma eficiente. Também se exige dos órgãos

atuar a despeito da condição econômica do assistido, como ocorre nas hipóteses de defesa na esfera criminal e curadoria especial. Nota-se, portanto, que o conceito de “necessitado” é bem mais abrangente que o de “desprovido de recursos econômicos”.

públicos, e neles incluídos os responsáveis pela garantia do acesso à justiça, que prezem sua legitimidade perante a sociedade civil. Logo, tais instituições, mesmo quando organizadas de forma autônoma, devem possuir canais de interação com a população civil organizada, a fim de tornar possível não apenas o controle de sua atuação, mas também a delimitação, conjunta, de suas finalidades e objetivos.

3. MODELOS DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA: ADVOCACIA DATIVA. DEFENSORIA PÚBLICA. ADVOCACIA VOLUNTÁRIA

O acesso à justiça aos necessitados é garantido, nos sistemas judiciários ocidentais, de diferentes maneiras, de acordo com a conveniência do poder constituído. Costuma-se agrupar os diferentes modelos em três grupos: o sistema *judicare*, o *staff model* e o misto.

O sistema *judicare* é bastante comum, sendo adotado em diversos países europeus, tais como França, Inglaterra, Holanda e Áustria. Neste sistema o patrocínio da defesa dos necessitados é garantido por meio de advogados remunerados pelo Estado, mas sem vínculo empregatício com o Poder Público. Entende-se que, em razão de caber aos advogados o monopólio da representação em juízo dos particulares, não cabe à Administração Pública se imiscuir em tal seara. Outrossim, por se tratar de atividade privada, impõe-se ao Estado a devida contrapartida financeira aos prestadores deste serviço.

Finalmente, há países que adotam sistemas combinados, mesclando tanto o modelo *judicare* quanto o *staff model*.

No Brasil, a assistência judiciária aos pobres é garantida desde a Constituição Federal de 1934. Esta previa, em seu artigo 113, que cabia ao Estado prestar assistência judiciária aos necessitados. Apenas na Carta Magna de 1988, porém, em seu art. 134, foi criada a Defensoria Pública como instituição – no

âmbito estadual e federal – com a finalidade de garantir a assistência jurídica integral e gratuita a todos os necessitados. Tem-se, porém, que o Brasil adota um sistema de acesso à justiça misto, com a Defensoria Pública exercendo o papel de principal meio de acesso, utilizando-se, subsidiariamente, do sistema *judicare*, denominado advocacia dativa em nosso país.

No Brasil, preferencialmente, a Assistência Jurídica é prestada pelas Defensorias Públicas, nos termos do artigo 134 da Constituição Federal. A Defensoria Pública se encontra organizada em duas instituições: A Defensoria Pública da União (DPU) e as Defensorias Públicas dos Estados, Territórios e Distrito Federal (DPEs). A primeira tem atribuição para atuar nas Justiças Federal, Eleitoral, Militar e do Trabalho; a competência das DPEs é residual. Desse modo, as pessoas consideradas hipossuficientes, assim definidas aquelas que não possuem condições financeiras de arcar com os custos de contratação de advogado sem prejuízo do sustento, seu e de sua família, podem se socorrer de tais serviços.

Embora as Defensorias Públicas, enquanto instituições essenciais à administração da justiça, tenham adquirido tal status apenas a partir da Constituição Federal de 1988, o fato é que, a despeito de previsão constitucional, elas vêm sendo organizadas em nosso país há pelo menos cinquenta anos. Como já antes asseverado, surgem como conseqüência da adoção do paradigma do Estado Social, que ocorreu em nosso país, por ocasião da edição da Constituição Federal de 1934, ao lado de diversos outros direitos, como acesso ao trabalho, saúde e educação.

Dessa forma, as Defensorias Públicas são criadas com a finalidade de garantir acesso à justiça aos cidadãos necessitados. Primeiramente, na esfera criminal, visando garantir o direito de defesa e contraditório aos acusados em geral, especialmente aos pobres. E, mais recentemente, ampliando sua esfera de atuação, a fim de atingir também a esfera cível, com ênfase na tutela de direitos de família e direitos possessórios, para, há pouco tempo, abranger outras áreas, como a defesa do consumidor e mesmo a tutela de direitos difusos e coletivos.

4. ACESSO À JUSTIÇA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. MODELOS BUROCRÁTICO E GERENCIAL

Conforme já asseverado linhas acima, a necessidade de prestação, por parte do Estado, de serviços que garantam o acesso à justiça aos hipossuficientes apenas surge no momento histórico em que se vivenciava, na sociedade ocidental, o paradigma constitucional do Estado Social. Logo, não é de se estranhar que boa parte dos países ocidentais tenha adotado o modelo de *staff model*, o qual se ajusta, com precisão, ao modelo burocrático, conforme descrito por Max Weber.

WEBER (2000)³ indicava como forma de dominação da sociedade o caráter racional, assim definido como “baseado na crença da na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação (dominação legal)”. Segundo o referido autor, esta dominação legal se baseia nas seguintes idéias: a) todo direito pode ser estatuído de forma racional; b) todo direito é abstrato; c) as ordens do superior obedecem à ordem impessoal que orienta suas disposições; d) quem obedece o faz ao direito, e não ao seu superior; e) em razão disso, os membros da associação apenas estão obrigados a obedecer as ordens que se enquadrem dentro de sua competência objetiva; f) a existência de uma hierarquia oficial, isto é, a existência de instâncias fixas de revisão e supervisão; g) separação absoluta entre os quadros administrativos e os meios de administração e produção; h) inexistência de apropriação do cargo pelo detentor; i) aplica-se o princípio da documentação dos processos administrativos.

Ainda de acordo com WEBER (2009), seria próprio do quadro administrativo burocrático o fato de serem os servidores pessoalmente livres, nomeados

3 WEBER, Max. Economia e Sociedade, volume I. Brasília: Editora UnB. 2000.

com competência funcional fixa, salário determinado, que exercem seu cargo como atividade principal, com perspectiva de progressão funcional, trabalhando em separação absoluta dos meios de produção e estando submetidos a um sistema rigoroso de disciplina e controle do serviço. Segundo Weber, a dominação burocrática significa dominar por meio do conhecimento.

Seriam conseqüências da dominação burocrática o nivelamento, a plutocratização e a impessoalidade. Além disso, tal sistema faria com que os servidores executassem sua função por meio de formalismos, exercendo seus cargos de forma materialmente utilitarista.

Como forma de reação a este modelo – o burocrático – surge o modelo de governança ou gerencial. Nas palavras de MEDAUAR (2009)⁴:

A importância da Administração se revela pelo tratamento amplo que hoje recebe nas Constituições, inclusive a brasileira. Revela-se, ainda, pela preocupação, quase universal, em modernizá-la, para que tenha eficiência, atue sem corrupção, não desperdice recursos públicos e respeite o indivíduo, tratando-o como cidadão, portador de direitos, não como súdito que recebe favor. A tentativa de modernizar a Administração muitas vezes se expressa em propostas de reforma administrativa, que em geral, permanecem na condição de promessa de campanha ou se limitam a extinguir órgãos, com dispensa de servidores. O tema da reforma administrativa, então, vem sendo reiterado também no Brasil, o que se mostra necessário até que medidas efetivas propiciem melhoria contínua e crescente no funcionamento da Administração.

⁴ MEDAUAR, Odete. Pag 32. Direito Administrativo Moderno, 13.a edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009.

Algumas idéias de fundo devem nortear a reforma administrativa: Administração do serviço público; Administração eficiente, ágil rápida para atender adequadamente às necessidades da população, o que facilitará o combate à corrupção; economicidade e Administração de resultados; predomínio da publicidade sobre o segredo.

Um dos pontos fundamentais do sistema gerencial é a idéia de eficiência dos serviços públicos. No Brasil, tal medida foi introduzida por meio da EC 19/98, a qual incluiu a eficiência entre os princípios da Administração Pública, elencados no art. 37 da CF. Por meio de tal comando, exige-se do Estado que aja de forma rápida e com rendimento, alcançando os objetivos traçados pela sociedade. Além disso, o modelo gerencial ou de governança também implica em que o Estado delegue a particulares o exercício de funções públicas, mantendo para si, porém, a atividade de regulação e fiscalização do prestação das mesmas.

Tendo em vista o acima exposto, tem-se por necessário o aprofundamento do debate jurídico acerca da assistência jurídica e judiciária gratuita prestada em nosso país, à luz do princípio constitucional da eficiência dos serviços públicos. Tal estudo deve ter por base a legislação vigente e os modelos ora em uso, à luz dos conceitos de modelo burocrático (weberiano) e gerencial de Administração Pública. À primeira vista, os modelos de advocacia dativa e *pro bono*, nos moldes ora vigentes, têm enquadramento no modelo gerencial, enquanto que a Defensoria Pública pode ser classificada dentro do sistema weberiano.

Entretanto, resta perquirir se, de fato, os modelos adotados para prestação de assistência jurídica e judiciária em vigência no nosso país obedecem a critérios mínimos de economicidade, eficiência e transparência, possibilitando, inclusive, a participação da sociedade e do terceiro setor.

Ora, outra não é a realidade das Defensorias Públicas, notadamente no

sistema brasileiro, que não sua adequação ao modelo burocrático. Os defensores públicos são necessariamente bacharéis em Direito, ingressando na carreira por meio de concurso público. Aos mesmos são garantidas inamovibilidade e independência funcional, havendo, ainda, hipóteses de progressão na carreira por antiguidade e merecimento.

Ocorre que, dentro de tal modelo, como bem asseverado por Weber, verifica-se uma situação de dominação, ou seja, o cidadão que busca tais serviços o faz na condição de cliente, de dominado, de subserviente.

Além disso, como já asseverado, os defensores públicos estão expostos aos efeitos negativos do modelo burocrático, em especial o formalismo e a execução meramente utilitarista. Tal se revela uma contradição em si mesma, haja vista que, justo por parte da Defensoria Pública, se espera um papel importante na emancipação dos marginalizados. Quando a Defensoria, entretanto, se revela instrumento de dominação racional, compromete-se toda a sua função constitucional.

Necessário dar destaque, em tal debate, ao papel institucional da Defensoria Pública, haja vista ser ela, ainda hoje, a principal prestadora de assistência jurídica e judiciária, e em razão de se encontrar em franca fase de expansão, consolidação e ampliação de suas funções. Tais assertivas restam evidentes, ante as recentes alterações legislativas que concederam autonomia orçamentária e financeira às Defensorias Públicas dos estados, bem como garantiu, aos defensores públicos, legitimidade para a proposição de ações coletivas. Além disso, o Congresso Nacional recentemente aprovou projeto de alteração da Lei Complementar n.º 80/94, o qual ampliou, em muito, não apenas as prerrogativas dos defensores públicos, mas também sua área de atuação.

Enfim, cabe lançar luz sobre algumas questões, tais como: a) Qual o modelo ideal, para nosso país, de assistência jurídica e judiciária gratuita? b) Os modelos existentes atendem às necessidades do paradigma de Estado Democrático de Direito, possibilitando a participação da sociedade na definição de suas

prioridades? c) Os modelos existentes são eficientes, econômicos e transparentes? Caso a resposta aos questionamentos propostos seja negativa, como melhorar tal atuação, ou, ainda, que instrumentos vêm sendo utilizados, no âmbito da Administração Pública, para promover a melhoria na prestação de tais serviços?

Nesse diapasão, um dos objetivos do presente trabalho é determinar como pode a Defensoria Pública, enquanto instituição essencial à administração da justiça, e alicerçada no modelo burocrático, superar estas limitações e modernizar-se, de modo a se adequar aos paradigmas constitucionais contemporâneos, enquanto instituição pautada pela idéia de eficiência e aberta à participação popular. Ou se, de outro lado, resta mais adequado ao modelo gerencial que a Administração Pública delegue tais atividades a particulares, cabendo-lhe tão somente a fiscalização e cobrança de resultados.

5. A DEFENSORIA PÚBLICA E O MODELO GERENCIAL DE ADMINISTRAÇÃO. LEGITIMAÇÃO, EFICÁCIA E DESAFIOS DO MODELO BRASILEIRO

Primeiramente, é preciso argüir se, de fato, o sistema *judicare* seria o mais adequado à realidade brasileira, levando-se em conta o paradigma de Estado Democrático Social e o modelo gerencial.

As principais vantagens deste sistema seriam o baixo custo para os cofres públicos, além da capilaridade, haja vista ser possível, desta maneira, garantir-se acesso ao Judiciário inclusive em pequenas localidades, já que não há comarca onde não existam advogados. Por outro lado, tem-se que, em seu desfavor, estaria a circunstância de que as causas acabam por ser tratadas sempre de forma individual. Desta forma, não são levadas ao Judiciário as demandas que representem interesses de classe, bem como não há que se falar em defesa de interesses difusos e coletivos comuns aos necessitados. Como a prestação do serviço, nestes sistemas, não se dá de forma orgânica, também se peca por uma ênfase,

principalmente à atuação na área judiciária/processual, omitindo-se a importante tarefa de serem trabalhadas questões referentes à prevenção à violação de direitos, educação e orientação jurídica.

Quer parecer, pois, que tais limitações são insuperáveis, ainda que o Estado buscase, para si, a gestão de tal sistema.

O modelo mais adequado ao contexto brasileiro parece ser mesmo o *staff model*, consubstanciado, em nosso país, na figura das defensorias públicas. Na hipótese, a defesa dos hipossuficientes ocorre por meio de advogados remunerados pelo Estado, e a este vinculados como seus servidores. CAPPELLETTI (1988) afirma que não são poucas as vantagens de tal sistema:

As vantagens dessa sistemática sobre o *judicare* são óbvias. Ela ataca outras barreiras ao acesso individual, além dos custos, particularmente os problemas derivados da desinformação jurídica pessoal dos pobres. Ademais, ela pode apoiar os interesses difusos ou de classe dos pobres. Esses escritórios, que reúnem advogados numa equipe, podem assegurar-se as vantagens dos litigantes organizacionais, adquirindo conhecimento e experiência dos problemas típicos dos pobres. Advogados particulares, encarregados apenas de atender indivíduos, geralmente não são capazes de assegurar estas vantagens. Em suma: além de apenas encaminhar as demandas individuais dos pobres que são trazidas aos advogados, tal como no sistema *judicare*, esse modelo norte-americano: 1) Vai em direção aos pobres para auxiliá-los a reivindicar seus direitos e 2) cria uma categoria de advogados eficientes para atuar pelos pobres, enquanto classe.

Por outro lado, tal modelo também apresenta desvantagens. Em primeiro lugar, não raro, é comum dar-se prioridade às causas de interesse preponderantemente coletivo em detrimento das demandas individuais. Em verdade, raramente os beneficiários deste sistema têm, de fato, um atendimento personalizado. Aponta-se ainda como vício de tal sistema a excessiva dependência estatal. Tal circunstância ora inibe as demandas dos escritórios em face dos órgãos estatais, ora é obstáculo a que se realizem os necessários investimentos para implementação e adequação dos escritórios às necessidades para atendimento à demanda. Além disso, o *staff model* é apontado como mais dispendioso para o Estado, embora tal assertiva nem sempre seja comprovada na prática. Finalmente, em uma sociedade pós-moderna, onde a cada momento surgem novos direitos a exigirem a tutela do Poder Judiciário, a demanda por advogados públicos é sempre crescente. Logo, é bastante difícil se garantir, apenas por meio do Estado, o acesso amplo e irrestrito à assistência jurídica integral e gratuita a todos quanto dela necessitem. Tal medida demanda não apenas contínuos investimentos, mas também o constante acréscimo nos quadros responsáveis por tal atividade.

Outro ponto negativo decorre da circunstância de que as Defensorias Públicas foram concebidas de acordo com o modelo burocrático ou weberiano, nos termos acima descritos. Os defensores públicos são empossados a partir de aprovação em concurso de provas e títulos; detêm conhecimento específico (jurídico); possuem prerrogativas como inamovibilidade, estabilidade e independência funcional; e desempenham sua atividade fim dentro dos estritos limites da legalidade. Isto significa que a atividade deles, tal qual concebida, não está adstrita a nenhum critério de eficiência e adequação aos anseios da população. Ao defensor basta exercer seu mister, de forma livre, não lhe sendo cobrada a obtenção de resultados. Basta atender às pessoas que preenchem os requisitos de hipossuficiência – e a eles garanta a devida assistência – para que se considere que exerceu bem sua função pública. Não se lhe é perquirido se agiu ou não de

forma eficiente, se a defesa apresentada foi ou não de boa qualidade e se o atendimento prestado foi ou não ágil e eficaz.

A função exercida pelas Defensorias Públicas, hoje, porém, já não é mais livre de críticas. Em parte, a limitação dos serviços oferecidos não pode ser imputada aos defensores públicos, haja vista ser patente a insuficiência de seus quadros ante a crescente demanda por atendimentos. Tal circunstância tem feito aflorar o debate acerca de qual o melhor meio a ser utilizado para prestação de assistência jurídica e judiciária aos necessitados, fazendo reabrir o debate sobre a utilização do sistema *judicare* em nosso país.

De fato, o próprio Conselho Nacional de Justiça, por meio de projetos que envolvem a chamada “advocacia voluntária”, vem buscando suprir as deficiências de atendimento da Defensoria Pública. Além disso, há estados da Federação que resistem em adotar e fornecer meios de atuação às DPs, sob o argumento de que tais serviços seriam ineficientes.

Em realidade, não é difícil constatar que o modelo burocrático, por si só, se mostra inadequado à prestação de assistência judiciária gratuita. Ora, como restou afirmado no início deste trabalho, tem-se que o papel das instituições responsáveis por garantir o acesso à justiça é de contribuir para a erradicação da pobreza e diminuição das desigualdades sociais. Outrossim, ao se adotar o sistema weberiano, a instituição que deveria ser responsável em emancipar os excluídos acaba por se converter em opressora. Ora, trata-se de hipótese de dominação racional, o que se agrava em se tratando do público alvo. Quando se fala em Defensoria Pública, tem-se, de um lado, um corpo de funcionários extremamente qualificado e detentor de um conhecimento específico – o conhecimento jurídico. E, de outro, um público a ser atendido, carente não apenas de recursos materiais, mas principalmente de instrução. O assistido – aquele que depende do serviço das DPs e de outras formas de assistência jurídica – possui sempre um perfil não apenas de pobre, mas notadamente de pouca instrução. Logo, qualquer

que seja o serviço que lhe seja prestado, não saberá aferir sua qualidade, em razão do total desconhecimento quanto a seus direitos. Sua relação com quem lhe presta assistência será então, tal qual bem qualificado por Weber, de submissão.

Este quadro, por certo, não atende às finalidades sociais e funções constitucionalmente atribuídas aos órgãos de assistência jurídica, notadamente as Defensorias Públicas. Logo, cabe aos órgãos de assistência judiciária se adequarem à realidade de reforma administrativa e paradigma de Estado Democrático de Direito, buscando abrir espaço à aplicação do princípio da eficiência e participação da sociedade civil na determinação dos objetivos institucionais a serem perseguidos. É necessário, pois, atualizar a idéia de acesso à justiça. E tal atualização, de acordo com este estudo, perpassa pelos seguintes pontos:

a) Educação para os direitos;

Quando se fala em “Educação para os Direitos”, deve-se ter em mente, primeiramente, que o comando constitucional previsto no art. 5.º, LXXV, da CF, determina que a assistência aos hipossuficientes implica em assistência jurídica e judiciária. Tradicionalmente se compreende a primeira como orientação a respeito de direitos, enquanto que a segunda significa o auxílio a ser prestado em todas as fases do processo judicial.

Logo, é função institucional das Defensorias Públicas orientar as pessoas a respeito de seus direitos. Ora, segundo Weber, um dos principais aspectos da dominação racional é justamente a circunstância de que o possuidor do conhecimento se impõe sobre aquele que não o detém. Logo, é possível que se atenuie a submissão dos “assistidos” aos seus defensores se estes puderem partilhar seu conhecimento técnico junto aos seus destinatários, e não apenas lhes impor sua superioridade. É de se notar que, quanto mais esclarecido o destinatário do serviço, menor será sua condição de submissão em relação ao prestador da função pública.

É papel da Defensoria Pública⁵ orientar os usuários de seus serviços com relação aos direitos que possuem não apenas em face de terceiros e do Estado, mas também – e fundamentalmente – perante a própria Defensoria. Se assim não for, a prestação de assistência judiciária poderá a ser interpretada como apenas mais um “favor” estatal, e não como um dever do Estado e uma função pública que deve ser exercida em conformidade não apenas com o princípio da legalidade, mas também com eficiência, publicidade e economicidade.

Neste diapasão, é impossível deixar de se citar as recentes inovações trazidas pela Lei Complementar n.º 132/2009, que alterou a LC n.º 80/94. Por meio da mesma, resta evidente a necessidade de se divulgar e promover, junto aos hipossuficientes, o conhecimento de seus direitos e garantias. Leia-se:

Art. 3º-A. São objetivos da Defensoria Pública: (Incluído pela Lei Complementar n.º 132, de 2009).

I – a primazia da dignidade da pessoa humana e **a redução das desigualdades sociais**; (Incluído pela Lei Complementar n.º 132, de 2009).

II – **a afirmação do Estado Democrático de Direito**; (Incluído pela Lei Complementar n.º 132, de 2009).

III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e (Incluído pela Lei Complementar n.º 132, de 2009).

IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. (Incluído pela Lei Complementar n.º

⁵ A Defensoria Pública da União, a título de exemplo, mantém interessantes projetos com a finalidade de Educação para os direitos, dentre os quais o DPU Itinerante, DPU nas Escolas e DPU na comunidade. Entretanto, tais políticas dependem ainda, em muito de iniciativas, não raro isoladas, de membros da instituição, não se revelando ainda como uma prática tida como indispensável ao cumprimento de suas funções institucionais.

132, de 2009).

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

I – **prestar orientação jurídica** e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

III – **promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico**; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009). (sem grifo no original).

b) Estabelecimento de critérios de eficiência na atuação das Defensorias Públicas;

Como já anteriormente afirmado, uma das principais inovações no Direito Administrativo moderno é a inserção do princípio da eficiência dentre os fundamentos da Administração Pública. Não se trata de substituir-se a legalidade pela eficiência, mas sim de conjugar ambas as idéias. Portanto, ao servidor não mais basta apenas agir em conformidade com a lei, mas sim prestar um serviço de qualidade, com a agilidade que dele se espera.

Não é esta, em muitos casos, a realidade dos serviços prestados pelas Defensorias Públicas. Em geral há demora na prestação do serviço, longas filas e mesmo a limitação do atendimento mediante a distribuição de fichas. O serviço prestado, não raro, é massificado, não sendo dada a devida atenção às peculiaridades dos casos apresentados. Carecem ainda os órgãos de prestação de assistência judiciária de pesquisas que apontem critérios seguros de aferição da qualidade dos serviços prestados pelos defensores públicos. Os padrões até o momento utilizados se atêm tão somente a critérios quantitativos (quantidade de atendimentos realizados), sem que haja um debate acerca da eficiência e quali-

dade das medidas judiciais – e mesmo preventivas e conciliatórias – adotadas.

As recentes inovações trazidas pela Lei Complementar n.º 132/2009, que alterou a LC n.º 80/94, deixam bem evidente a necessidade de divulgação de conhecimento jurídico aos hipossuficientes. Leia-se:

Art. 4º-A. São direitos dos assistidos da Defensoria Pública, além daqueles previstos na legislação estadual ou em atos normativos internos: (Incluído pela Lei Complementar n.º 132, de 2009).

I – a informação sobre: (Incluído pela Lei Complementar n.º 132, de 2009).

a) localização e horário de funcionamento dos órgãos da Defensoria Pública; (Incluído pela Lei Complementar n.º 132, de 2009).

b) a tramitação dos processos e os procedimentos para a realização de exames, perícias e outras providências necessárias à defesa de seus interesses; (Incluído pela Lei Complementar n.º 132, de 2009).

II – a qualidade e a eficiência do atendimento; (Incluído pela Lei Complementar n.º 132, de 2009).

III – o direito de ter sua pretensão revista no caso de recusa de atuação pelo Defensor Público; (Incluído pela Lei Complementar n.º 132, de 2009).

IV – o patrocínio de seus direitos e interesses pelo defensor natural; (Incluído pela Lei Complementar n.º 132, de 2009).

V – a atuação de Defensores Públicos distintos, quando verificada a existência de interesses antagônicos ou colidentes entre destinatários de suas funções. (Incluído pela Lei Com-

plementar nº 132, de 2009).

Necessário, pois, sejam fortalecidos os órgãos de controle interno – *in casu*, as Corregedorias – e mesmo, ante a recente autonomia orçamentária/administrativa atribuída às DPEs, a necessidade de criação de órgãos de controle externo, nos moldes dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público.

c) Fortalecimento dos meios de interação entre as Defensorias Públicas e a sociedade civil organizada.

Argemiro Martins, citando Claus Offe, narra que, no Direito Administrativo moderno, seriam três os critérios para aferição da legitimidade dos serviços prestados: o critério racional/legal, o de eficiência e o de consenso político. O primeiro, alicerçado no modelo burocrático, como já anteriormente analisado, tem-se revelado, historicamente, insuficiente. O segundo, baseado na idéia de eficiência, tem seu alicerce no modelo gerencial e de governança. Ocorre que ambos podem se revelar falhos, na medida em que os resultados a serem almeçados pelo serviço público reflita, ou não, os verdadeiros anseios da coletividade. Por esta razão, tem se defendido, crescentemente, o incremento da participação popular na definição das prioridades da Administração Pública. Desta feita, a sociedade participaria da Administração não apenas no momento do voto, mas também de todo o processo de execução das atividades públicas, e, fundamentalmente, na definição dos resultados a serem obtidos, bem como nos critérios de eficiência a serem estabelecidos.

Tal medida vem ao encontro das necessidades de modernização da Assistência Judiciária prestada em nosso país, haja vista que os responsáveis pela prestação de tais serviços sequer são eleitos, mas sim egressos de aprovação em concurso público. Logo, os fins a serem perseguidos e alcançados por meio do exercício de tal atividade pública não podem ser fruto, apenas, da vontade dos

defensores públicos, devendo ser estabelecidos, se não pela sociedade – o que se revela inviável –, ao menos com a participação desta.

Neste sentido o ensinamento de MEDAUAR (2009):

Como resultado do processo que se acentua na segunda metade do século XX, o Estado mostra hoje configuração diversa da acima descrita. O estado passou a ter atuação de profundas conseqüências nos setores econômicos e sociais da coletividade. A atuação no âmbito econômico deixou de ser algo externo e estranho e passou a integrar o rol de funções do Estado, mesmo mantendo-se o princípio da iniciativa privada. Ampliaram-se também as funções sociais e assistenciais. Com isso a máquina administrativa cresceu em quantidade e complexidade. Floresceram inúmeras entidades e associações privadas, que exercem contínua pressão sobre os poderes estatais na busca de realização dos interesses que defendem. Tais transformações no modo de atuar do Estado e na estrutura da sociedade acarretam a atenuação da distância entre Estado e sociedade, agora vinculados e condicionados por número crescente de inter-relações. Em decorrência, a Administração vê-se obrigada a olhar para fora de si mesma, relacionando-se de modo mais intenso com o entorno social.

Esta tendência já se revela presente na recente Lei Complementar n.º 132 de 2009, a qual instituiu, como meios de interação entre a sociedade e as Defensorias Públicas, os instrumentos das audiências públicas⁶ e, ainda a Ouvidoria.

⁶ Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras XXII – convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais. (Incluído

Infelizmente, no que tange a este último instrumento, restou criado apenas com relação às Defensorias Estaduais.

Outra iniciativa digna de nota, no âmbito da Defensoria Pública da União, foi a criação das Câmaras de Coordenação, nas áreas previdenciária, cível, penal e de tutela coletiva e direitos humanos. Inicialmente tal órgão tinha a função apenas de revisar o atendimento prestado pelos defensores públicos, a fim de elidir hipóteses de arquivamento indevido. Outrossim, recentemente, tal órgão teve suas funções ampliadas a fim de aproximar a DPU da sociedade civil organizada, criando canais de interação.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como bem se observa a partir do estudo ora proposto, o Estado brasileiro adotou, no que tange à prestação de assistência jurídica e judiciária gratuita aos economicamente hipossuficientes, um modelo misto, combinando os sistemas *judicare* (advocacia dativa) e *staff model* (Defensoria Pública).

Tem-se, porém, que o melhor sistema, dentre os apresentados, é o de Defensoria Pública, haja vista a melhor qualificação e amplitude dos serviços prestados, com ênfase na possibilidade de atuação, deste órgão na orientação jurídica, visando a prevenção de conflitos, o que não é possível por meio da advocacia dativa.

Outrossim, a Defensoria Pública, no Brasil, ainda precisa superar as limitações do modelo burocrático, nos termos descritos por Max Weber, e buscar uma maior modernização, adequando-se, desta forma, ao paradigma de Estado Democrático de Direito.

Logo, é necessário que a Defensoria Pública busque se adequar aos ideais de eficiência e interação democrática, tão caros ao Direito Administrativo mo-

pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

dermo. Para tanto, cabe à instituição investir na educação para os direitos, adotar critérios de eficiência na prestação de seus serviços e, ainda, reforçar os canais de interação com a sociedade civil organizada.

Não se pode mais compreender-se a Assistência Judiciária em nosso país sob o estrito critério da legalidade, em que a Defensoria Pública cumpre seu papel apenas por prestar orientação jurídica e judiciária aos economicamente pobres, sem que a sociedade participe de qualquer das etapas da prestação deste serviço.

A Defensoria Pública deve ser vista como um instrumento de emancipação dos socialmente vulneráveis, exercendo papel fundamental no acesso desta população aos seus direitos fundamentais. Para tanto, faz-se necessário que exerça suas atividades sobre critérios de eficiência e qualidade na prestação de seus serviços, não mais sendo admitidas a demora injustificada no atendimento, as longas filas, a distribuição de fichas e mesmo a restrição de atuação em áreas nas quais sua atuação se faz premente.

Também se espera das Defensorias Públicas que abram espaço à fiscalização e participação da sociedade no exercício de sua atividade. As DPs devem se pautar pela transparência na execução de seus serviços e de seu planejamento. É fundamental, ainda, que seja buscada uma maior aproximação com a sociedade civil organizada (associações de moradores, entidades de classe, mutuários e ONGs) seja pelo diálogo, seja por meio de audiências públicas, a fim de ampliar a participação democrática dentro da instituição, definindo-se, em conjunto com a população, quais as metas a serem atingidas pelas Defensorias Públicas.

Apenas desta forma, estarão as Defensorias Públicas efetivamente cumprindo seu papel social de tutela dos direitos humanos e de erradicação da pobreza e das desigualdades sociais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Jean Menezes de. Considerações acerca do defensor público como

agente político do Estado: a vez de todos. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, v. 10, p. 173-180.

ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. **Acesso à justiça: em preto e branco: retratos institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e a validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. **A noção de administração pública e os critérios de sua atuação**. Disponível em: <www.cead.unb.br/agu>. Acesso em: 30 abr. 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENEZES, Felipe Caldas. **Defensoria Pública da União: princípios institucionais, garantias e prerrogativas dos membros e um breve retrato da instituição**. Disponível em: <www.dpu.gov.br>. Acesso em: 28 ago. 2009.

MORAES, Humberto Peña de. A Assistência Judiciária Pública e os mecanismos de acesso à Justiça, no Estado Democrático. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, v. 2, p. 70-89.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, v. 5, p. 123-137.

NETO, Diogo Figueiredo Moreira. A Defensoria Pública na construção do Estado de Justiça. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, v. 7, p. 15-39.

OFFE, Claus. Critérios de racionalidade e problemas funcionais da ação político-administrativa. In: _____. **Problemas estruturais do estado capitalista**. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 216-233.

PIMENTA, Marília Gonçalves; ALVES, Cleber Francisco. **Acesso à justiça**: em preto e branco: retratos institucionais da Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ROCHA, Amélia Soares. Defensoria Pública Brasileira: realidades e perspectivas. In: ORDACGY, André da Silva; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Org.) **Advocacia de Estado e Defensoria Pública**: funções públicas essenciais à justiça. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

SILVA, José Fontenelle Teixeira da. Advocacia privada e advocacia estatutária: uma nova proposta de classificação das atividades privativas da advocacia. **Revista de Direito da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro**, v. 2, p. 173-187.

SOARES, Fábio Costa. **Acesso do hipossuficiente à justiça**: a Defensoria e a tutela dos interesses coletivos *lato sensu* dos necessitados: **acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 69-107.

SOUZA, Francisco Bastos Viana de. O defensor público como agente político do estado. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, v. 11, p. 49-52.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília, DF: Editora UnB, 2000. v. 1.

A LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Felipe Dezorzi Borges^{1}*

RESUMO

O presente estudo visa à análise da legitimidade constitucional dada à Defensoria Pública, seja Federal ou Estadual, para a propositura de Mandado de Segurança Coletivo ante as premissas democrático-constitucionais albergadas no art. 134 e sua remissão ao inciso LXXIV do art.5º., da Constituição Federal de 1988, a prescindir de autorização infralegal expressa para atuar na defesa de direito líquido e certo de todas as categorias de hipossuficientes, a abranger o cidadão hipossuficiente, o grupo vulnerável, a coletividade de pessoas cuja desorganização social, cultural ou econômica não consiga, por seus próprios meios, transpor obstáculos e limitações ao pleno acesso à justiça.

Palavras-chave: Defensoria Pública – Acesso à Justiça – Legitimidade – Necessitado – Mandado de Segurança Coletivo.

1. INTRODUÇÃO

Os paradigmas clássicos do direito nacional têm passado por mudanças sensíveis em virtude de um movimento proativo e silencioso de centenas de cidadãos brasileiros que procuram concretizar seus direitos outorgados pelo Estado Democrático.

Essa modificação de postura vem sendo sentida por todas as Defensorias

¹ * Defensor Público Federal de 1ª. Categoria, Pós-graduado em Processo Civil pelo IDP-Instituto Brasiliense de Direito Público.

Públicas do país, tanto no âmbito Estadual quanto Federal, quando da prestação da assistência jurídica integral para conduzir as pretensões individuais e coletivas dessa parcela significativa da população nacional à realização do acesso à justiça.

Por sua vez, a efetivação desse acesso à justiça está diretamente relacionada à renovação de um sistema pelo qual a Defensoria Pública realmente possa reivindicar os direitos e dar vazão a esse movimento ativo amparado no ideal de concretização de direitos.

Isso ocorre porque a prestação da assistência jurídica integral pela Defensoria Pública enfrenta, desde o seu nascedouro, entraves políticos e jurídicos embasados na ausência de previsão infralegal a (des)autorizar a legitimidade da Defensoria Pública à adoção de medidas jurisdicionais tendentes a conduzir problemas e gerir reivindicações daqueles interesses individuais e coletivos, não apenas dos pobres, mas do indivíduo ou grupos de pessoas vulneráveis, contra litigantes organizados.

A despeito da postura equivocada adotada por alguns segmentos políticos e instituições jurídicas contrárias à ampliação da legitimidade da Defensoria Pública para a defesa natural do seu objeto institucional, as linhas que se seguirão têm por fim demonstrar que o constituinte deferiu à Defensoria Pública uma legitimidade ativa ampla e irrestrita, então amparada em premissas democrático-constitucionais albergadas no art. 134 e sua remissão ao inciso LXXIV do art. 5º. da Constituição Federal de 1988, hodiernamente corroboradas pelos incisos VII, VIII, IX, X e XI do art. 4º. da Lei Complementar 80, de 1994 (com alteração dada pela Lei Complementar 132, de 2009), a autorizar a defesa e orientação dos interesses e direitos de todas as categorias de hipossuficientes, o que inclui o cidadão hipossuficiente, o grupo vulnerável, a coletividade de pessoas cuja desorganização social, cultural ou econômica não consiga, por seus próprios meios, transpor obstáculos e limitações ao pleno acesso à justiça.

Aludida justificativa, que visa a assentar a legitimidade da Defensoria Pú-

blica para a propositura do Mandado de Segurança Coletivo em defesa do grupo vulnerável de pessoas e da coletividade, perpassa pelos fundamentos do Estado Democrático, além dos contornos históricos e legais da assistência jurídica integral e da Defensoria Pública, a formatar a base da prestação do serviço jurídico assistencial deferido pelo Estado à população mais vulnerável do segmento social por uma instituição pública criada justamente com essa finalidade.

Não se descarta, outrossim, para a necessidade de uma análise interpretativa da norma jacente no art. 5º., LXX, da Constituição Federal e do art. 21 da Lei 12.016, de 2009, à luz daqueles postulados constitucionais e a finalidade de assentar as premissas institucionais de atuação da Defensoria Pública em favor de todas as categorias de hipossuficientes. Igualmente, propõe-se a releitura da rubrica *necessitado* no jargão jurídico-nacional diante da evolução do direito e do surgimento de interesses transindividuais dos cidadãos hipossuficientes, o que redundará, por si só, na premência de dotar a Defensoria Pública de instrumentos jurisdicionais aptos a sustentar a tutela coletiva daqueles interesses.

Para tanto, discute-se o uso desse instrumento processual coletivo e o propósito da inclusão da Defensoria Pública como legitimado ativo para o Mandado de Segurança Coletivo consoante Proposta de Emenda à Constituição número 74, de 2007, em trâmite no Senado Federal.

Essas considerações, além de perpassarem pelo tecido jurídico-constitucional, também representam a evolução por que tem cruzado o direito, o qual procura dotar os cidadãos vulneráveis de novos mecanismos de representatividade. E, como se verá ao final, essa questão traz à baila a quebra de toda uma cultura jurídica até então amparada na aplicação mecânica das regras jurídicas que sempre descurou para a possibilidade de uma postura ativa da sociedade, através de órgão próprio, notadamente a Defensoria Pública, na busca dos seus direitos constitucionalmente assegurados e do efetivo acesso à justiça.

De nada adiantaria a mera titularidade de direitos se ao cidadão vulnerável

e coletivamente considerado não fosse garantida representatividade adequada quando da reivindicação dessas pretensões. De nada adiantaria, tampouco, deferir à Defensoria Pública a representatividade para a defesa e orientação dos necessitados, se não armá-la de mecanismos aptos à reivindicação processual de direitos individuais e transindividuais de todas as categorias de hipossuficientes.

2. ACESSO À JUSTIÇA E A CIDADANIA ATIVA

Voltada à modificação de uma cultura política e jurídica nacional, até então liberal e positivista, a Constituição Federal de 1988 impôs o *ativismo social e jurídico*, de modo que não deve surpreender a mobilização da sociedade pela concretização de direitos individuais ou coletivos e, por conseguinte, realizar a premissa do Estado Democrático e de Direito.

O cidadão está exigindo direitos em números cada vez maiores, não apenas para causas rotineiras, mas também para reivindicar direitos novos, não tradicionais, seja como autor ou como réu.²

Vive-se, hoje, a alteração de paradigmas. A movimentação proativa de uma sociedade em amadurecimento, quanto aos seus *direitos*, tem demandado respostas imediatas do Estado, a desestabilizar o antigo *estado* jurídico-cultural. Radicalismos desse movimento devem ser entendidos como produto de transformação de uma nova ordem jurídica.

Na conclusão de Gisele Cittadino:

Uma cidadania ativa não pode, portanto, supor a ausência de uma vinculação normativa entre o Estado de Direito e democracia. Ao contrário, quando os cidadãos veem a si

² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 47.

próprios não apenas como os destinatários, mas também como os autores do seu direito, eles se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica.³

Por conseguinte, a realização dos direitos corresponde ao incremento democrático-social dado pela Constituição Federal e está diretamente relacionada à transformação do *acesso à justiça*, ou seja, à renovação de um sistema pelo qual as pessoas efetivamente reivindicam seus direitos ou resolvem seus litígios.

Acesso à Justiça é requisito básico, portanto, de todo um sistema jurídico moderno que garanta direitos e proclame a sua efetividade. Logo, esse movimento, cujo foco está em concretizar a Constituição através da valoração de seus compromissos sociais, não deve encontrar barreiras na forma de reivindicação desses direitos, notadamente a falta de mecanismos de assistência jurídica ou a carência de representação adequada, sob pena de minar a evolução do processo democrático e o exercício de cidadania.

A ilação decorre da lição de Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁴, os quais assentam as *três ondas renovatórias* para a resolução do problema de acesso à justiça, assim sintetizadas:

- a) primeira onda renovatória: Assistência Judiciária para os pobres;
- b) segunda onda: representação jurídica para os interesses difusos e;
- c) terceira onda: relacionada ao enfoque de acesso à justiça ou modo de ser do processo.

³ CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia. Revista da Faculdade de Direito de Campos, 2004, p. 110.

⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. Cit., p.31.

Dos mesmos autores anota-se que:

Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do welfare state têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente, reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação.⁵

A história, por sua vez, revela uma sucessão de sistemas de assistência jurídica gratuita para garantir a efetividade dos direitos, dentre os quais cito:

- *sistema judicare*: a assistência é estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei e é prestada por advogado pago pelo Estado. Esse sistema confia aos assistidos a tarefa de reconhecer as causas e procurar auxílio; não encoraja, nem permite que o profissional o auxilie a compreender seus direitos e identificar as áreas em que se podem valer de remédios jurídicos. Auxilia apenas a identificação de problemas familiares aos assistidos;⁶

- *representação por advogado particular indicado e remunerados pelo Estado*: a assistência é outorgada a advogados particulares remunerados pelo Estado, que prestam um serviço tipicamente público, em prol de parcela hipossuficiente da população. Esse sistema compromete a assistência prestada, já que

5 Idem, Ibidem, p.11.

6 Idem, Ibidem, p.38.

vincula o patrono à causa com viés paternalista. É bem possível que os indivíduos sejam ignorados ou recebam ajuda de segunda classe;⁷

- *representação por Defensor Público*: a assistência judiciária é estabelecida como um direito e é custeado pelo Estado em sua integralidade. Trata-se de um misto do *sistema judicare*, mas prestado por servidores especialistas do próprio Estado. O indivíduo é tratado como objeto da prestação jurisdicional e é criada uma categoria de profissionais hábeis para atuar por aqueles que não suportam os encargos judiciários. Não privilegia apenas disputas individuais, pois identifica os interesses e problemas da comunidade, inclusive aportando soluções transindividuais. Esse sistema é comprometido com o aporte público, de modo que a restrição de recursos e o número reduzido de representantes prejudica a prestação da assistência buscada pelo cidadão, então sujeito a instabilidades da política pública.

Esse último sistema de assistência é bastante simétrico àquele proposto por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, quando assentam que a instituição do *advogado público* melhor representaria os interesses que, até agora, têm sido descuidados. Isso por que:

Há um desequilíbrio na advocacia, que em muitos casos só pode ser corrigido por advogados pagos pelo governo, para defender os interesses não representados dos consumidores, do meio ambiente, dos idosos e de outros interesses não organizados. É preciso que um advogado público fale por esses interesses se pretendermos que eles sejam ouvidos.⁸

Essa mesma proposta unifica uma solução quando da *representação judiciária dos interesses coletivos*, para dar azo à segunda onda renovatória do

7 Idem, *Ibidem*, p.41.

8 Idem, *ibidem*, p.54.

Acesso à Justiça.

Sem embargo da possibilidade de impulso individual, a resolução de questões coletivas apresenta-se, na atualidade, como melhor resposta aos direitos de massa, via tutela difusa ou coletiva, o que, de certo modo, diante de sua força transindividual, traveste o caráter regulatório da medida judicial buscada.

Essa tutela difusa ou coletiva – então representada processualmente pela *Lei da Ação Popular* (Lei 4.717, de 1965), pela *Lei da Ação Civil Pública* (Lei 7.347, de 1985), pelo *Código de Defesa do Consumidor* (Lei 8.078, de 1990), pelo *Mandado de Segurança* (Lei 12.016, de 07 de agosto de 2009, e inciso LXX do art. 5º da Constituição Federal de 1988), - a despeito de não vincular diretamente um grupo específico da sociedade, edita um padrão de conduta para guiar um comportamento futuro.⁹

Questões de política judiciária, então aliada à possibilidade de explosão da litigiosidade, favorecem o encaminhamento dos conflitos via tutela coletiva de direitos. Do mesmo modo, como adverte Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, essas ações coletivas implicam:

(a) ampliação do acesso à justiça, de modo que os interesses da coletividade, como meio ambiente, não fiquem relegados ao esquecimento; ou que causas de valor individual menos significantes, mas que reunidas representam vultosas quantias, como os direitos dos consumidores, possam ser apreciadas pelo Judiciário; (...) (d) que as ações coletivas possam ser instrumento efetivo para o equilíbrio das partes no processo, atenuando as desigualdades e combatendo as

⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *Novas Funções Judiciais No Estado Moderno*. Revista dos Tribunais, v. 614, n. 1, p. 14-22, 1986.

injustiças em todos os nossos países ibero-americanos.¹⁰

Nesse ínterim, as tutelas coletivas, especialmente representadas no cenário nacional pela utilização, em escala, das Ações Cíveis Públicas, trazem insito ao instrumento processual a ampliação do acesso à justiça; logo, expressão da cidadania ativa.

Essa questão, até então sem espaço na concepção tradicional de processo civil, segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth, está se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação poderá assegurar a realização dos “direitos públicos” relativos a interesses difusos. E concluem ainda que, *entre outras coisas, nós aprendemos, agora, que esses novos direitos frequentemente exigem novos mecanismos procedimentais que os tornem exequíveis*.¹¹

Em face disso, as tutelas coletivas surgem como propostas hábeis a dar vazão a esse movimento ativo amparado no ideal de efetivação dos *novos direitos*, agora à disposição das pessoas que antes os desconheciam e, assim, não os reclamavam diante de empecilhos das demandas individuais.

Mesmo assim, direitos que envolvem grupos de pessoas vulneráveis demandam uma *representatividade adequada*¹² para agir no benefício da coletividade, a exigir uma ação governamental positiva através de instituições que melhor representem aqueles interesses.

A institucionalização específica do serviço público de assistência judiciária, a cargo de órgão público, notadamente a Defensoria Pública, especializado em conduzir problemas e gerir reivindicações de interesses individuais e coletivos,

¹⁰ LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: vinte anos da Lei da Ação Cível Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos. Quinze anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 46-47.

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. Cit., p.49-51, 69.

¹² Idem, *Ibidem*, p.50.

não apenas dos pobres, mas do indivíduo ou grupos de pessoas vulneráveis, contra litigantes organizados, ratifica, sob o pálio do Estado, a realização do Estado Democrático, ante a defesa dos direitos reivindicáveis pelos cidadãos, garantindo o efetivo acesso à justiça.

3. A DEFENSORIA PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Defensoria Pública inseriu-se na Constituição Federal de 1988 junto ao capítulo IV, das Funções Essenciais à Justiça. Do mesmo modo que o Ministério Público (Seção I), a Advocacia Pública (Seção II) e a Advocacia (Seção III), a Defensoria Pública constitui instituição que contribui para o regular funcionamento da Justiça.

Conforme dita o art. 134 da Constituição Federal:

A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

Logo, o constituinte originário deferiu grau de relevância à Defensoria Pública tendo-a, à semelhança do Ministério Público, instituição fundamental à Justiça e, ainda, essencial à função jurisdicional do Estado.

Cumpre observar que a Constituição de 1988, ao organizar o Poder Estatal, não se limitou, como o fizeram as anteriores, às descentralizações tradicionais entre os complexos orgânicos denominados de Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, instituindo um quarto complexo orgânico que, embora não conformando um quarto Poder, recebeu a seu cargo a *função essencial*

de provedoria da justiça perante todos os demais Poderes de Estado.¹³

Desse modo, o texto constitucional assentou o múnus público histórico a ser exercido pela Defensoria Pública, notadamente a assistência jurídica, dando azo ao dever do Estado em prestar orientação jurídica e a defesa daqueles cujos recursos são insuficientes para afastar obstáculos inerentes à proteção de direitos.

Consoante dita Ana Rita V. Albuquerque:

Frise-se que a instituição da Defensoria Pública ao receber a atribuição constitucional de instituição essencial à função jurisdicional do Estado, não desempenha função “auxiliar” no sentido orgânico, mas sim que sua função é essencial no sentido de ser tão imprescindível à existência do Estado Democrático de Direito quanto qualquer das demais do título IV, e por isso a expressão constitucional se refere a “todos os Poderes do Estado, enquanto diga respeito à realização do valor da Justiça por qualquer deles”¹⁴

Veja-se que a Defensoria Pública exerce uma função estatal que decorre do art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal de 1988; portanto, o dever de prestar a *assistência judiciária integral* e gratuita será exercida em todos os graus, do que decorre a orientação jurídica (judiciária ou extrajudiciária).

Nesse ponto, conforme asseverou Ada Pellegrini Grinover:

¹³ NETO, Diogo Figueiredo Moreira. A Defensoria Pública na Construção do Estado de Justiça. Revista da Defensoria Pública, n. 7. Rio de Janeiro, 1995, p.22.

¹⁴ ALBUQUERQUE, Ana Rita V.. Acesso à Justiça: Defensoria Pública e a Assistência Jurídica Gratuita (alguns obstáculos). Revista de Direito da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, n. 16, ano 12, Rio de Janeiro, 2000, p.19.

O art. 134 da CF não coloca limites às atribuições da Defensoria Pública. O legislador constitucional não usou o termo exclusivamente, como fez, por exemplo, quando atribuiu ao Ministério Público a função institucional de promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei” (art. 129, I). Desse modo, as atribuições da Defensoria Pública podem ser ampliadas por lei, como, aliás, já ocorreu com o exercício da curadoria especial, mesmo em relação a pessoas não economicamente necessitados, e não sua tarefa exclusiva.¹⁵

Essas conclusões derivam da própria formação do Estado Liberal consolidada pela Revolução Francesa de 1789. A garantia de defesa passou a incorporar em definitivo os direitos essenciais do cidadão, com fundamento básico no Estado¹⁶, motivo pelo qual o art. 134 da Constituição Federal de 1988 confere à Defensoria Pública a função típica de defesa e proteção de direitos dos necessitados, cuja legitimação judicial e extrajudicial ampla visa a garantir a efetividade da proteção.¹⁷

À evidência, as premissas esboçadas no art. 134 da Constituição Federal de 1988 expressam as primeiras linhas para dar efetividade ao Estado Democrático e de Direito, ante a existência de um órgão público cuja atribuição cinge-se à defesa *lato sensu* dos interesses e direitos dos necessitados.

15 GRINOVER, Ada Pellegrini. Legitimidade da Defensoria Pública para ação civil pública. Revista de Processo 165. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008, p.307.

16 GALLIEZ, Paulo. A Defensoria Pública, o Estado e a Cidadania. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2001, p.7.

17 Essa situação, por sinal, representa incongruências, pois leva a União Federal, por um lado, deferir a autonomia funcional e administrativa e iniciativa de proposta orçamentária à Defensoria Pública Estadual; de outro, nada referir quanto à Defensoria Pública da União, então vinculada ao Ministério da Justiça.

Consoante adverte Paulo Galliez:

(...) a Defensoria Pública se impõe como instituição essencial do Estado de Direito, a fim de enfrentar o desenvolvimento desigual entre as classes sociais, valendo a advertência de Octávio Ianni de que o desenvolvimento desigual e combinado não é uma teoria do acaso, mas um modo particular de funcionamento das leis do capitalismo nas sociedades atrasadas e dependentes.¹⁸

Por essas razões, a legitimação constitucional deferida pelo Estado à Defensoria Pública constitui a essência do mandato processual, diferentemente do mandato privado firmado à advocacia privada para o qual é imprescindível a participação individual do outorgante. Denota-se, de plano, que a função da Defensoria Pública é diversa daquela desempenhada pela Advocacia.

Segue essa premissa o artigo 44, inciso XI Lei Complementar 80/94, o qual dita que *é prerrogativa do membro da Defensoria Pública da União representar a parte, em feito administrativo ou judicial, independentemente de mandato, ressalvados os casos para os quais a lei exija poderes especiais*. A legislação complementar assenta o múnus público para a orientação jurídica e defesa dos interesses (coletivos e individuais) dos cidadãos necessitados independentemente de mandato.

Não surpreende tenha o constituinte autorizado à Defensoria Pública a *orientação* dos necessitados quanto à análise de pretensões e possibilidade efetiva de prevenção à realização de litígios, de modo a favorecer a administração da justiça. E um dos grandes benefícios que isto acarreta é justamente desafogar

18 GALLIEZ, Paulo. Op. Cit., p.9.

o aparelho judiciário, evitando a propositura de inúmeras ações judiciais, por meio da celebração de acordos firmados sob a intervenção do Defensor Público, depois de esclarecidas as partes de seus direitos e deveres e das prováveis consequências da demanda judicial.¹⁹

Na mesma medida, o acompanhamento jurídico, seja no âmbito individual ou coletivo, ratifica a participação efetiva da Defensoria Pública como função jurisdicional do Estado, já que atua como instrumento efetivo a realização de uma resposta social àqueles que comumente deixam de recorrer ao Poder Judiciário em face da sua complexidade. É de fundamental importância o acompanhamento, sem desconsiderar, portanto, a imprescindibilidade de orientação para prevenir litígios e encaminhar problemas²⁰, autorizando, finalmente, a participação democrática do cidadão através da Defensoria Pública.

A atividade consultiva realizada pela Defensoria Pública apresenta um caráter preventivo e colima a evitar a injuricidade decorrente da eclosão ou da permanência de qualquer agressão à ordem jurídica, seja em razão de ação, seja de omissão verificada em âmbito público ou privado. Por outro lado, a atividade postulatória consiste na provocação da atuação de qualquer dos poderes do Estado, em especial o Judiciário, com vistas à correção de injuricidades.²¹

Segundo dita Maria Beatriz Bogado Bastos de Oliveira:

Assim, está claro que as funções da Defensoria Pública não se limitam à assistência judicial (representação do assistido

19 OLIVEIRA, Maria Beatriz Bogado Bastos de. A Defensoria Pública como garantia de acesso à justiça. Revista da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, n.16, ano 12: Rio de Janeiro, 2000, p.343.

20 TORRES, Jasson Ayres. O acesso à justiça e soluções alternativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.51.

21 JUNKES, Sérgio Luiz. Defensoria Pública e o Princípio da Justiça Social. Florianópolis, Juruá: 2005, p.82.

em juízo), mas, como já era entendido desde o advento da nossa Lei Maior, também, engloba a assistência jurídica integral, o que obviamente alarga de maneira notável o âmbito da assistência, que também passou a compreender, além da defesa judicial, o aconselhamento, a consultoria, a informação jurídica e a assistência aos carentes em matéria de atos jurídicos extrajudiciais (...).²²

É possível, diante disso, depreender a *orientação jurídica integral* sob o pálio da atribuição da Defensoria Pública, o que compreende atuação nas esferas judicial e extrajudicial, nos mesmos moldes do art.179 da Constituição Estadual do Rio de Janeiro:

Art. 179 - A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica integral e gratuita, a postulação e a defesa, em todos os graus e instâncias, judicial e extrajudicialmente, dos direitos e interesses individuais e coletivos dos necessitados, na forma da lei.

Por conseguinte, esse âmago de funções e atribuições democráticas está diretamente relacionado à defesa da ordem jurídica e social, bem como do regime democrático do Estado de Direito e dos interesses sociais, dentre esses, individuais e coletivos.

22

OLIVEIRA, Maria Beatriz Bogado Bastos de. Op. Cit., p.342.

4. A ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E O *NECESSITADO*

4.1. A Assistência Jurídica Integral, a Assistência Judiciária e a Gratuidade de Justiça

A sociedade civil sempre *aceitou* o fato de muitas pessoas necessitadas não recorrem ao Poder Judiciário, pois, por se tratar de algo dispendioso, nem todos teriam condições econômico-financeiras para contratar um advogado e suportar o custo de uma demanda.²³ Trata-se, em verdade, de uma falácia, pois justificaria uma omissão estatal com base na ausência de suporte financeiro, como se o Direito à Justiça tivesse de depender exclusivamente das possibilidades econômicas de cada um.

À evidência, é dever do Estado garantir a todos o Direito à Justiça. Trata-se de um direito fundamental que exsurge da leitura do art. 5º da Constituição Federal de 1988, notadamente do *caput* (liberdade) e incisos XXXV, LIII, LIV, LV, LVII, LXXIV, LXXVIII, dentre outros. Da leitura desse aparato constitucional, tem-se, ademais, que o acesso à justiça será pleno se o Estado garantir a paridade de armas entre os contendores; logo, a busca da realização de um direito constitucionalmente garantido perpassa pelo equilíbrio da relação jurídica processual e pela representação adequada da parte em lide.

Consoante adverte Araken de Assis:

É natural que, evitando tornar a garantia judiciária inútil à maioria da população, e ao menos para os desprovidos de fortuna e recurso, a ordem jurídica estabeleça mecanismos de apoio e socorro aos menos favorecidos. Antes de colocar os necessitados em situação material de igualdade, no processo, urge fornecer-lhes meios mínimos para ingressar na

²³ TORRES, Jasson Ayres. Op. Cit. p.50-51.

Justiça, sem embargo da ulterior necessidade de recurso e armas técnicas, promovendo o equilíbrio concreto.²⁴

É nesse sentido que a carta constitucional de 1988 assegura a *assistência jurídica integral*, conforme previsto no art.5º., LXXIV, *verbis*:

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

A norma constitucional traz ínsito o resultado de um ciclo tendente a reverter a visão estritamente econômica para o processo, uma vez que resume a evolução dos institutos da *assistência judiciária* e da *gratuidade de justiça* como mecanismos de defesa e orientação em prol do cidadão necessitado.

Mais ampla que a *assistência judiciária*, que envolve a prestação de serviços de assessoria jurídica e defesa judicial, e mais abrangente que a *gratuidade de justiça*, a qual isenta o beneficiário do pagamento de custas e taxas judiciais, a *Assistência Jurídica Integral* envolve uma gama maior de garantias a ser prestada pelo Estado, inclusive extrajudiciais, cujo mote está em assegurar o equilíbrio das relações jurídicas, a paridade de armas, garantindo o pleno acesso do hipossuficiente ao Judiciário e o exercício de seus direitos constitucionais. A relação entre essas dimensões de assistência (assistência jurídica integral, assistência judiciária, justiça gratuita) está diretamente relacionada ao dever de o Estado democratizar o acesso à justiça e dar tratamento isonômico aos cidadãos.

Consoante adverte Barbosa Moreira:

A grande novidade trazida pela Carta de 1988 consiste em

²⁴ ASSIS, Araken de. Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.75.

que, para ambas as ordens de providências, o campo de atuação já não se delimita em função do atributo “judiciário”, mas passa a compreender tudo que seja “jurídico”. A mudança do adjetivo qualificador da “assistência”, reforçada pelo acréscimo do “integral”, importa notável ampliação do universo que se quer cobrir. Os necessitados fazem jus agora à dispensa de pagamentos e à prestação de serviços não apenas na esfera judicial, mas em todo o campo dos atos jurídicos.²⁵

Para tanto, o Estado, inicialmente, abriu mão de parcela de recursos financeiros provenientes de custas de taxas judiciárias. Instituiu o benefício da *justiça gratuita*, isentando de pagamento o cidadão que não detenha recursos para fazer frente a um processo judicial. Posteriormente, criou núcleos de Assistência Judiciária e a Defensoria Pública para prestarem serviços jurídicos gratuitos, concedendo, assim, a *assistência judiciária gratuita* em favor daquele que não tivesse condições de custear o pagamento dos encargos com advogado.

Logo, o Estado deferiu ao cidadão vulnerável mecanismos para garantir o acesso judiciário integral, amparado em institutos de origem comuns, assimétricos²⁶, mas complementares, tendentes a remover ou atenuar os obstáculos

²⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. Cit., p. 205.

²⁶ A diferenciação entre assistência judiciária e justiça gratuita foi acolhida pela doutrina de Pontes de Miranda, segundo o qual: Assistência Judiciária e benefício da justiça gratuita não são a mesma coisa. O benefício da justiça gratuita é direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que promete a prestação jurisdicional. É instituto de direito pré-processual. A Assistência Judiciária é organização estatal, ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado. É instituto de direito administrativo (Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil - de 1939 - Tomo I, p. 460. Apud Assistência Judiciária: Sua Gênese, Sua História e a Função Protetiva do Estado. Humberto Peña de Moraes e José Fontenelle Teixeira da Silva. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984, p.93-94).

habitualmente encontrados pelas pessoas vulneráveis para garantir o Direito ao Acesso à Justiça.

4.2. O *Necessitado*

A prestação dessa *assistência integral* restou inicialmente cunhada, segundo art. 113, n. 32 da Constituição Federal de 1934 e art. 141, §35, da Constituição Federal de 1946, em prol dos cidadãos ditos *necessitados*, figura presumidamente desprovida de *armas* para o embate equilibrado no processo.

Mas os textos constitucionais de então²⁷ não definiram o que seria *necessitado*. Somente com o advento do art. 68 do Código de Processo Civil de 1939 pode-se aferir, na letra da lei, o titular do benefício da assistência jurídica, qual seja, *a parte que não estiver em condições de pagar as custas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família*.

A conceituação de *necessitado*, no âmbito de um estatuto processual, dirige a assistência jurídica para dentro do processo, na mesma medida em que delimita a extensão do benefício e da assistência, nada referindo quanto às necessidades extrajudiciárias relacionadas à defesa de direitos.

Disso pouco destoou posteriormente a Lei 1.060/50, haja vista que, no art. 2º, entendeu tratar-se de *necessitado*, para o benefício da *justiça gratuita*, os nacionais ou estrangeiros residentes no país, cuja situação econômica não lhes permitiria pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

O acréscimo, por seu turno, deu-se quanto à referência à isenção de pagamento dos *honorários advocatícios*, fortalecendo a dispensabilidade de encargos para o processo, além de regulamentar a assistência em uma legislação própria.

²⁷ O mesmo, diga-se, quanto às normas do art. 150, § 32, da Constituição Federal de 1967 e art. 153 da Emenda Constitucional 1/1969.

Assim, não surpreende a inexistência de alterações substanciais nos textos ordinários e constitucionais que se sucederam, mantendo a titularidade do benefício em favor do cidadão objeto da Lei 1.060/50, que ainda vige.

Portanto, a redação dada pelo inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal de 1988 inova quando acolhe a evolução das dimensões de assistência jurídica e compromete o Estado com a *assistência jurídica integral e gratuita* em favor do cidadão que *comprovar* insuficiência de recursos, qual seja, o *necessitado*, segundo o texto recepcionado da Lei 1.060/50²⁸.

Por outro lado, a Constituição Cidadã deu nova roupagem ao titular dessa assistência, abandonando a expressão *necessitado*, até então referida nas Constituições Federais anteriores, para adotar um fator de referência (*insuficiência de recursos*) para qualificar a pessoa hipossuficiente objeto da *assistência jurídica integral*, sem se descurar, porém, para a definição acolhida pela Lei 1.060/50.

Dúvidas, por outro lado, cingem-se à necessidade de *demonstração documental* ou não da falta de recursos para o fim de enquadrar-se como sujeito *necessitado* e titular da *assistência judiciária*, situação aliás responsável por deturpar a titularidade do benefício, até então focada, pelos termos da lei, em favor do cidadão *hipossuficiente para o processo*, e não apenas à pessoa economicamente pobre ou miserável.²⁹

Esse viés, ademais, não subverte a leitura do artigo 2.º, da Lei n.º 1.060/50, cujo mote sempre esteve dirigido em prol do *necessitado para o processo* e não

²⁸ STJ, Resp 710.624-SP, 4ª Turma, relator Jorge Scartezzini, DJ 29/08/2005.

²⁹ Mister ater-se ao entendimento esposado pela Ministra Fátima Nancy Andrighi do Superior Tribunal de Justiça, que, nos Autos do Recurso Especial 555.111/RJ, firmou que o conceito jurídico de *necessitado*, contido no parágrafo único do artigo 2.º, da Lei n.º 1.060/50, é mais amplo do que o de *pobre* ou *miserável*, não estando vinculado a determinado limite de valor de renda mensal ou de patrimônio e, sim, à impossibilidade de pagamento das despesas processuais sem prejuízo do próprio sustento ou da família.

necessariamente para o assistido carente e humilde.

Nada obstante, a mera indicação da carência de recursos para o processo ou insuficiência financeira sempre foi a regra; demonstrar documentalmente a necessidade, a exceção.

Sob o auspício do Código de Processo Civil de 1939, o candidato ao benefício da Justiça Gratuita deveria *mencionar*, na petição, o rendimento ou vencimentos que percebia e os seus encargos pessoais e de família (art. 72), sendo punida a declaração falsa. De outro giro, caso o pedido de assistência fosse formulado *no curso* da lide, suspendia-se o feito, podendo o juiz, à vista das circunstâncias, conceder, de plano, a isenção, oportunidade em que a petição era autuada em *apartado*, apensando-se os respectivos autos aos da causa principal, instaurando-se um incidente (art. 73). Neste último caso, a solicitação seria apresentada ao juiz competente para a *causa*, com o atestado de pobreza expedido, independentemente de selos ou emolumentos, pelo serviço de assistência social, onde houvesse, ou pela autoridade policial do distrito ou circunscrição em que residisse o solicitante (art. 74).

Nesse mesmo sentido laborou a redação original do art. 4º da Lei 1.060/50, até ulterior modificação pela Lei 7.510/1986, a qual afastou a necessidade de *indicação* dos rendimentos do requerente, autorizando a *simples afirmação*, na própria petição inicial, de que a parte não estaria em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. Como alhures, a impugnação do direito à assistência judiciária é dada em autos apartados (§2º, com redação dada pela Lei nº 7.510/1986), valendo como prova da *necessidade* a apresentação da carteira de trabalho e previdência social (§ 3º, incluído pela Lei nº 6.654, de 1979).

Ademais, a lógica da desnecessidade da demonstração documental da hipossuficiência para o processo, pelos termos da Lei 1.060/50, decorre do próprio Direito à Justiça. Como mencionado anteriormente, a garantia de dirigir-se ao

Poder Judiciário de forma plena não está condicionada à capacidade econômica do cidadão, tampouco decorre de suas posses, pois é dever do Estado assegurar a todos o livre Acesso à Justiça.

Dessa feita, a *assistência* que dimana da Lei 1.060/50 visa a assegurar ao indivíduo uma prerrogativa que lhe é inerente pelo fato de ser cidadão. Ocorre que a leitura desmedida do texto de 1950 pode levar a entender que, de regra, o acesso à justiça é oneroso, quando, em verdade, aquele que se julgar sem recursos para o exercício desse direito deverá solicitar ao Estado a dispensa de encargos para poder acessar à justiça. O mesmo diga-se quanto à necessidade de prover o cidadão de armas técnicas para o processo, o que se dá hoje através da Defensoria Pública, evitando-se desequilíbrios que a *insuficiência de recursos* poderia repercutir na resolução da pretensão jurídica (judicial ou extrajudicial).

Veja-se que o Estado assumiu o dever de prestar a jurisdição e, com isso, incorporou o ônus de atender o seu cidadão, de modo que aqueles que dispõem de recursos para sustentar os encargos do processo e custear advogado, o farão como forma de justiça social e compensação histórica. Nesse sentido refere Rogério Tucci:

(...) ideal seria a plena gratuidade das atividades públicas, pois o pagamento por tais serviços, na verdade, já representa um duplo encargo, haja vista o adimplemento obrigatório dos tributos. No entanto, como esse estágio ainda se mostra longe de ser atingido, outra alternativa não resta senão consolidar a citada isenção para aqueles que não dispõem de suficientes recursos e que se sintam lesados em seus direitos.³⁰

³⁰ TUCCI, Rogério. Apud, ROBOREDO, Carlos Eduardo Freira. A Defensoria Pública e a Requisição Gratuita dos Serviços Cartorários Extrajudiciais. Revista de Direito da Defensoria Pública. Rio de Janeiro. 1992, n.6, p.145/161.

Disso decorre que a mera afirmação presume o *necessitado*, garante a *assistência jurídica integral e gratuita* (art. 5º, LXXIV) e o acesso à justiça.

Não obstante, essa questão (desnecessidade de demonstração da *necessidade*) ainda demanda embates no cenário jurídico, haja vista existirem entendimentos jurisprudenciais e doutrinários que defendem a necessidade da *comprovação documental da necessidade*, muito embora partam de pressuposto falso como visto alhures.

Equivocam-se, ainda, aqueles que preferem o deferimento de assistência jurídica integral, tão somente, em prol da pessoa pobre³¹ ou miserável, pois, além de pronunciar menos do que diz a legislação específica, corrompe uma garantia constitucional que visa salvaguardar os cidadãos que encontram obstáculos para prover as despesas de processos relacionados à defesa de seus direitos.

Ademais, consoante adverte Barbosa Moreira:

Nada faz crer que o legislador constituinte, ao elaborar um diploma profundamente marcado pela preocupação com o social, haja querido dar marcha-a-ré em processo evolutivo como o de que se cuida. De qualquer maneira, a supor-se que a lei houvesse concedido um plus aos necessitados, nem por isso se teria de concluir por sua incompatibilidade com a Constituição, que não estaria sendo contrariada, como seria, por exemplo, se a lei negasse a assistência, em alguns casos, apesar da comprovação.³²

³¹ Arthur Mendes Lobo entende que o instituto da gratuidade de justiça garantiria tão só o acesso ao judiciário aos cidadãos e pessoas jurídicas que estivessem, respectivamente, em situação de pobreza e em risco de insolvência, o que demandaria a comprovação documental da necessidade (LOBO, Arthur Mendes, Aspectos polêmicos da assistência judiciária gratuita. Revista de Processo 161, ano 33. Revista dos Tribunais, julho/2008, p.245).

³² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. Cit., p. 206.

É nesse contexto que se insere o Estado, que se obriga, através da atuação da Defensoria Pública, a prestar a assistência jurídica integral e gratuita em favor do cidadão, cuja insuficiência de recursos não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Assim, o verdadeiro alcance da expressão *assistência jurídica integral e gratuita*, deferida pela Constituição Federal, dá ao cidadão mais que o benefício de gratuidade previsto na Lei 1.060/50.³³

Faz-se mister reverter a crença de que a Assistência Jurídica é uma caridade oficial, um favor público ou uma condescendência do Estado, já que o direito à igualdade não se reduz ao texto legal e nem pode ser concebido como um favor legal, mas, sim, como expressão do processo de libertação humana, sendo op-nível ao próprio Estado.³⁴

Tem-se, portanto, um dever de assistência jurídica, integral e gratuita reservada à Defensoria Pública, em prol do *necessitado* custeada e fornecida pelo Estado (art. 3º.- A, II, e § 5º do art. 4º., ambos da Lei Complementar 80/1964, com redação dada pela Lei Complementar 132, de 2009) para o fim de franquear o Acesso à Justiça à luz do art. 5º, LXXIV, e art. 134 da Constituição Federal de 1988.

Enfim, a prestação gratuita dos serviços jurídicos aos necessitados através da Defensoria Pública é uma das garantias reconhecidas à efetividade dos princípios ou normas constitucionais de Acesso à Justiça e de igualdade entre as partes, constituindo-se, pois, em um direito subjetivo do cidadão.³⁵

5. OS NECESSITADOS NO PLANO COLETIVO

33 ALVES, Cleber Francisco; e PIMENTA, Marília Gonçalves. *Acesso à Justiça em preto e branco: Retratos Institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.107.

34 ALBUQUERQUE, Ana Rita V. Op. Cit., p.20.

35 Idem, *Ibidem*, p.19.

Nas linhas já lançadas, observou-se a visão tradicional da rubrica *necessitado* no cenário jurídico nacional, então objeto da garantia constitucional da *assistência jurídica integral*.

Essa visão clássica, por seu turno, não tolhe a visão macro da proteção que visa o Estado a assegurar quando da sua aplicação à tutela de direitos ou interesses difusos e coletivos, de modo a conferir nova roupagem ao conceito, por intermédio de uma releitura aberta e flexível, que propicie a adequada proteção dos interesses transindividuais.

Os textos constitucionais anteriores à Constituição Federal de 1988 não definiram o que seria *necessitado*, tendo, de outro lado, o art. 68 do CPC de 1939 dado os primeiros sinais do titular do beneficiário da assistência jurídica.

Essa visão individualizada do conflito influenciou os estatutos processuais que se seguiram, apartada da dimensão transindividual aferível a partir da litigiosidade de massa e dos direitos metaindividuais e individuais homogêneos, então objeto da Ação Civil Pública, do Código de Defesa do Consumidor e da Ação Popular.

Nesse passo, é natural o rumo inicialmente acolhido pela legislação nacional, notadamente através da Lei 1.060/50, a qual dirige a extensão da assistência à defesa de direitos e pretensões exclusivamente individuais.

Essa, aliás, a nota do art. 2º da Lei 1.060/50, quando delimita a figura de *necessitado*, para o benefício da Justiça Gratuita, como sendo os nacionais ou estrangeiros residentes no país, cuja situação econômica não lhes permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Ainda em vigor, a Lei 1.060/50 guarda silogismo bastante diverso daquele aferido pelo inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, o qual, muito embora possibilite a menção direta àquela legislação, no sentido de dar

complementaridade à sua garantia, conferiu amplitude à assistência, haja vista não delimitar em seu texto o titular da garantia de assistência jurídica integral.

Logo, a Constituição Federal de 1988, além de acolher a evolução das dimensões de assistência jurídica do Estado, quando se compromete com a *assistência jurídica integral e gratuita* em favor do cidadão *necessitado*, segundo o texto recepcionado da Lei 1.060/50, possibilita o redimensionamento da cobertura e da abrangência daquela garantia, de modo a estender a proteção aos direitos individuais e coletivos dos *necessitados*.

Nesse sentido, a rubrica *necessitado* – dada pela Lei 1.060/50 –, e a prescrição *aos que comprovarem insuficiência de recursos* – informada pelo inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal de 1988 – compreende um microsistema de proteção integral, cujo alcance não se limita à garantia de direitos individuais, mas também abarca a proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos em favor de todos aqueles socialmente vulneráveis.

Essas circunstâncias têm por objeto realizar o Acesso à Justiça, o que se revela, hodiernamente, através da *assistência jurídica integral*, de modo que a leitura do termo *necessitado* abrange, no ponto, não apenas a pessoa física economicamente fragilizada, mas, também, aqueles *necessitados* no plano coletivo, então considerada a vulnerabilidade de defesa de direitos transindividuais e a fragilidade organizacional na defesa das pretensões coletivas.

É certo que existem necessitados no plano econômico, mas também existem necessitados do ponto de vista organizacional. Consoante adverte Ada Pellegrini Grinover:

Ou seja, todos aqueles que são socialmente vulneráveis: os consumidores, os usuários de serviços públicos, os usuários de planos de saúde, os que queiram implementar ou contestar políticas públicas, como as atinentes à saúde, à moradia,

ao saneamento básico, ao meio ambiente etc.³⁶

A questão, à evidência, segundo a mesma autora, está vinculada à própria estruturação da sociedade de massa. Identificável uma nova categoria de hipossuficientes, qual seja, a dos carentes organizacionais, ligada à vulnerabilidade das pessoas em face das relações sócio-jurídicas existentes na sociedade contemporânea.³⁷

Em face desse postulado, a exegese do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal abrange o grupo ou uma coletividade de pessoas cuja desorganização social, cultural ou econômica não consiga, por seus próprios meios, transpor obstáculos e limitações ao pleno Acesso à Justiça. A Constituição Federal traz ínsita a leitura suso mencionado, haja vista não caber ao Estado indagar se há ricos ou pobres, mas garantir a defesa dos necessitados no plano individual, bem como na dimensão coletiva, não sendo crível deixar-se à margem do direito a defesa de lesões transindividuais que afetam a coletividade mesmo que não individualmente identificáveis.

Outrossim, a necessidade coletiva, nessas ações coletivas, resulta do próprio objeto da demanda, bastando que haja indícios de que parte ou boa parte dos assistidos sejam necessitados.³⁸

Rodolfo Camargo Mancuso segue esse mesmo postulado quando afirma que o conceito de necessitado não pode, em pleno século XXI, prender-se a mesma leitura reducionista da era da Lei 1.060/50, cujo texto reporta-se a uma época e sociedade distante da realidade atual. *Verbis*:

Necessitado, por sua vez, não pode mais ser compreendido

³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. Cit., 2008, p.308.

³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Acesso à Justiça e o Código de Defesa do Consumidor. O processo em evolução. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p.116-117.

³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. Cit., 2008, p.308.

unicamente como o hipossuficiente econômico. Esta visão míope, obsoleta, é baseada na ordem constitucional anterior e no modelo praticado pela advocacia, absolutamente impróprio para a Defensoria Pública.³⁹

Não se diga que essa adequação imprescinde da comprovação da hipossuficiência. À evidência, a necessidade coletiva é o próprio objeto da pretensão coletiva, de modo que não seria pertinente exigir-se demonstração cabal da necessidade de recursos, sob pena, inclusive, de vetar o Acesso à Justiça dessa parcela da população.

A medida, aliás, é demanda da realização do pleno acesso à justiça e meio de tutela de direitos de uma potencial massa de necessitados, cujas pretensões transindividuais, prejudicadas ou oriundas de relações massificadas, deixariam de ser resguardadas coletivamente pelo Estado, caso excluídas do conceito de necessitado e da abrangência da assistência jurídica integral.

A necessidade de criação de instrumentos para tutela de um número maior de pessoas não destoa da necessidade de reinterpretação ou releitura de institutos já concebidos pela legislação, situação recrudescida pelo fato de tratar-se de normas que criam direitos e sintetizam garantias.

Assim sendo, a tônica da assistência jurídica integral e do *necessitado* não se subsume à visão individualista. A evolução da sociedade e suas relações interpessoais, atualmente, exigem do aplicador do direito ater-se à existência da visão macro da *assistência jurídica integral e gratuita*, abarcando a proteção de bens e direitos coletivos, notadamente, o meio ambiente, as relações de consumo, as relações econômicas etc., em favor do *necessitado*, então considerado tanto na

³⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ministério Público e Defensoria Pública na prevenção dos mega-conflitos. Revista de Processo 164: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p.162.

sua dimensão individual como coletiva.

Importa concluir que *necessitado*, objeto da assistência jurídica integral, não são apenas os economicamente pobres, mas todos aqueles que necessitam de tutela jurídica e que podem emergir em nossas rápidas transformações sociais.⁴⁰

É o que se observa da análise do anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos do Instituto Brasileiro de Direito Processual, notadamente o art. 20, que trata da legitimação para a ação coletiva ativa quando refere no inciso IV, que:

Art. 20. Legitimação. São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa: (...)

IV – a Defensoria Pública, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, quando a coletividade ou os membros do grupo, categoria ou classe forem necessitados do ponto de vista organizacional, e dos individuais homogêneos, quando os membros do grupo, categoria ou classe forem, ao menos em parte, hipossuficientes;

Não surpreende a preocupação ditada pelo anteprojeto para ratificar a figura da hipossuficiência coletiva, representada pelos necessitados do ponto de vista organizacional e/ou presumidamente hipossuficientes. Nesse sentido insere-se a tônica do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal. Garante-se a proteção individual e coletiva dos hipossuficientes, assim considerados aqueles que apresentam notória vulnerabilidade jurídica para o processo.

Em voga, ademais, a imputação da representatividade dos interesses desses necessitados pela Defensoria Pública, a denotar a legitimidade adequada dos

⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências do direito processual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p.247.

interesses dessa parcela do grupo, categoria ou classe de pessoas a figurar como interessados na relação jurídica processual coletiva.

Sob esse aspecto, a assistência jurídica integral consubstancia *os necessitados do ponto de vista organizacional e/ou presumidamente hipossuficientes*, cuja orientação jurídica de massa e defesa coletivizada, em todos os graus, incumbe à Defensoria Pública, nos termos do art. 134 da Constituição Federal.

6. A LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Diante do grau de relevância atribuído à Defensoria Pública pelo art. 134 da Constituição Federal de 1988, cumpre-lhe, como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, o mister da orientação jurídica e defesa dos interesses, em todos os graus, daqueles reconhecidamente necessitados, na forma do art. 5º., LXXIV, da CF.

Ao contrário do que é previsto para o Ministério Público, pelo art. 129 da Constituição Federal de 1988, aludida Carta não delimitou as funções institucionais da Defensoria Pública, tampouco estabeleceu expressamente as hipóteses de atuação, de modo que a sua legitimação pode ser ampliada por lei⁴¹ e/ou derivar da legitimação constitucional ventilada no art. 134 da Carta.

Logo, uma situação de fato, amparada na necessidade de defesa, em concreto, dos interesses ou direitos individuais, difusos e coletivos dos *necessitados*, por si, defere a *situação legitimante* apta a motivar a atuação da Defensoria Pública, ante o suporte constitucional. A ideia de *situação legitimante* surge a partir de direitos e/ou interesses jurídicos lesionados ou ameaçados de lesão, considerando a representatividade adequada àqueles que possam empreender a defesa

41 GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. Cit., 2008, p.307.

do interesse jurídico tutelado.

Nesse contexto insere-se a legitimidade da Defensoria Pública (art. 134 da Constituição Federal), cujo mote está em garantir a defesa jurisdicional, em todos os graus, dos necessitados (art. 5º, LXXIV) e a efetivação do seu Acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, CF/1988).

A Constituição Federal, no ponto, não delimita a legitimidade da Defensoria Pública à tutela *individual* dos necessitados; ao contrário, revela o âmbito e objeto de atuação, cujos contornos constitucionais autorizam a adoção de uma postura ativa diante de direitos e interesses individuais e coletivos, amparados em uma *situação legitimante* à defesa dessas tutelas.

As recentes inovações legislativas, notadamente o art. 21 da Lei 12.016, de 2009,⁴² muito embora não tenha incluído a Defensoria Pública no seu quadro de legitimados para o Mandado de Segurança Coletivo, não obsta a legitimação já deferida pelo texto constitucional de 1988, pois, à evidência, muito embora represente uma evolução significativa da Lei do Mandado de Segurança, nada mais fez do que ratificar a previsão já esboçada no art. 5º, LXX, alíneas *a* e *b*, da Constituição Federal.

Obviamente, o reconhecimento legislativo da legitimidade das Defensorias Públicas para a propositura do Mandado de Segurança Coletivo representaria medida imprescindível à solidificação de uma postura institucional que decorre da defesa da ordem social.

Nada obstante, essa leitura, eminentemente legiferante, não restringe a premissa constitucional, tão somente, para autorizar a atuação ativa da Defensoria

⁴² Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Pública calcada exclusivamente em prévia e expressa autorização.

Essa ilação afronta o texto constitucional, o qual não delimitou os contornos de atuação jurisdicional da Defensoria Pública, mas, em verdade, outorgou a *legitimação* diante da ocorrência de uma *situação legitimante*.

Assim sendo, mesmo persistindo a omissão na Lei 12.016, de 2009, e sua sintonia ao art. 5º., LXX, alíneas *a* e *b*, da Constituição Federal, tal não representa, por si só, a denegação da admissibilidade da ação pelo órgão ante sua legitimação constitucional.

Veja-se, ademais, que o direito moderno, de matriz constitucional e processual, vem apontando na direção do Acesso à Justiça e da instrumentalidade do processo.

Eventual limitação à legitimação da Defensoria Pública, ante questões estritamente legislativas, implica flagrante retrocesso ao serviço jurisdicional e afronta direta à Constituição Federal que, ante a outorga da legitimação constitucional à Defensoria Pública, visou a impulsionar o acesso qualificado dos *necessitados* ao Poder Judiciário, a representatividade adequada e a redução quantitativa de demandas.

Assim sendo, a denegação da legitimidade constitucional da Defensoria Pública para a o Mandado de Segurança Coletivo equivaleria à denegação absoluta da justiça.

Em face dessas considerações, a *situação legitimante*, embora, como regra geral, esteja associada à titularidade do direito material, pode ser norteadas também por outros critérios.⁴³ Isso porque responder interesses coletivos com base em esquemas de processo civil clássico, criados para resolver tutelas individuais, não seria bastante para a resolução da litigiosidade de massa.

Consoante adverte Ada Pellegrini Grinover:

⁴³ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. O acesso à Justiça e as condições da ação. *Revisto de Processo* 174, ano 34. *Revista dos Tribunais*: São Paulo, 2009, p.334.

Mas a tendência é sem dúvida no sentido da abertura dos esquemas da legitimação a amplos segmentos da sociedade e a seus representantes: a pessoa física, as formações sociais, os entes públicos vocacionados para a defesa dos direitos transindividuais, outros entes públicos a quem compete a tutela dos mais diversos bens referíveis à qualidade de vida – incluindo as pessoas jurídicas de direito coletivo. (...) Mais uma vez reportamo-nos à lição de Mauro Cappelletti, que considerou insuficiente para a efetiva tutela dos direitos transindividuais a escolha de um único legitimado (pessoa física, associações, Ministério Público, agências públicas) e que já indicava, com base nas experiências então existentes, a via mais eficaz, como sendo a de ‘soluzioni composte, articolate, flessibili’, sempre sob o controle de órgãos públicos.⁴⁴

À evidência, a legitimação dada pela Constituição Federal à Defensoria Pública remete à *representação adequada* (aferível, via de regra, para o caso, ante critérios de relevância social⁴⁵) do interesse a ser tutelado. As premissas democráticas albergadas no art. 134 e sua remissão ao inciso LXXIV do art.5º., da Constituição Federal de 1988, asseguram o Acesso à Justiça qualificado em favor dos *necessitados* por via de representação de pertinência à atuação institucional, uma vez violado um direito difuso, coletivo ou individual homogêneo.

Consoante adverte Luiz Guilherme Marinoni:

⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas nos países da civil Law. Revista de Processo 157. Revista dos Tribunais, 2008, p.154.

⁴⁵ Idem, Ibidem.

(...) a extensão da legitimação para agir no âmbito da ação popular, da ação de inconstitucionalidade e das ações coletivas está inextrincavelmente ligada à intensidade da participação popular, através da jurisdição, no poder estatal. A relação se dá, portanto, entre legitimidade de agir e democracia participativa.⁴⁶

Por sua vez, Nelson Nery Jr., quando trata do Código de Defesa do Consumidor assinala:

A regra ordinária do Direito Processual, de que se devem interpretar restritivamente os casos de legitimação extraordinária e de substituição processual, à evidência não pode ser aplicada na tratativa processual dos direitos e interesses difusos e coletivos.⁴⁷

Sendo certo que a Constituição Federal prevê diversas formas de defesa de garantias, não se mostra democrático excluir-se a participação da Defensoria Pública da utilização do Mandado de Segurança Coletivo e, por conseguinte, a participação popular através de aludido instrumento.

A despeito da alusão estreita dada pelo art. 5º., LXX, da Constituição Federal⁴⁸, então replicada no art. 21 da Lei 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segu-

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.122.

⁴⁷ NERY JR., Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 7.ª edição, Ada Pellegrini Grinover et al., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 956.

⁴⁸ LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação

rança), não há de se excluir a *legitimidade constitucional* da Defensoria Pública para o Mandado de Segurança Coletivo, na defesa de direitos líquidos e certos de um fato *legitimante*, na forma das suas finalidades institucionais, na defesa de parcela vulnerável da população brasileira.

Essa questão, em verdade, transborda a legitimação constitucional dada pela Constituição Federal, pelos termos do art. 134 e 5º, XLLIV, já que também diz respeito à opção que fez o Estado Brasileiro pela democracia participativa, e o Mandado de Segurança Coletivo é instrumento de acesso à justiça.

Nesse ponto advertem Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Por outro lado, é preciso reconhecer que o regime de substituição processual conferido ao mandado de segurança para a tutela coletiva de direito líquido e certo deu novas dimensões ao *writ*, transformando-o em verdadeira ação coletiva. Por isso, ao mandado de segurança coletivo serão aplicadas também as normas relativas às ações coletivas.⁴⁹

Nesse interim, o constituinte dirigiu o Mandado de Segurança Coletivo à correção da ilegalidade de autoridade pública, nas mãos da sociedade civil, em uma postura de fortalecimento da participação democrática e da educação para a cidadania.⁵⁰

Seguindo-se essa premissa, como a *legitimação constitucional* confiada à Defensoria Pública está ligada à sua finalidade essencial, poderá ela (a Defen-

legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

49 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª. Ed.. São Paulo: Saraiva, 2008, p.536.

50 DIDIER JR., Fredie (organizador); et alli. *Ações Constitucionais. Mandado de Segurança Coletivo*. 4ª. ed..Salvador: JusPodium, 2009, p.195.

soria Pública) ajuizar qualquer ação para tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos que tenham repercussão em interesses tutelados, do que se colhe a legitimidade para o Mandado de Segurança Coletivo, ante a conjugação dos arts. 134 e 5º., LXXIV, da Constituição Federal, à luz, ainda, do viés impingido pelas alterações dadas ao art. 4º. da Lei Complementar 80, de 1994, pela Lei Complementar 132, de 2009, in verbis:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

(...)

VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

VIII – exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

IX – impetrar habeas corpus, mandado de injunção, habeas data e mandado de segurança ou qualquer outra ação em defesa das funções institucionais e prerrogativas de seus órgãos de execução; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais,

coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

Trata-se, à evidência, de um microssistema acolhido pelo legislador, em especial no inciso VII de aludido artigo, para dotar a Defensoria Pública de todos os instrumentos processuais e espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes, de forma a deferir a necessidade de releitura do art. 5º. LXX, no âmbito do sistema Constitucional de 1988 e do art. 21 da Lei 12.016/2009.

Paradigma desse postulado está no fato de que, mesmo antes da edição da Lei 11.488/2007, que deferiu legitimidade da Defensoria Pública da União para a Ação Civil Pública, a Defensoria Pública já vinha ajuizando demandas coletivas com substrato, tanto no art. 82, III, do Código de Defesa do Consumidor em combinação com o art. 21 da Lei da Ação Civil Pública, quanto diante de uma *situação legitimante* decorrente da *representatividade adequada* dada pela Constituição Federal à Defensoria Pública na defesa dos interesses coletivos dos necessitados. O Poder Judiciário reconheceu a legitimidade da Defensoria Pública mesmo inexistindo previsão legislativa na Lei da Ação Civil Pública, o que é bastante para expressar que a atuação institucional da Defensoria Pública, na

defesa de interesses coletivos, teve por substrato uma situação legitimante garantidora da ampliação do Acesso à Justiça de parcela vulnerável da população. É, ainda, reflexo da efetividade das normas constitucionais.⁵¹

A necessidade de aferir a legitimidade da Defensoria Pública para a gama de tutelas coletivas encontra, pois, corolário lógico na ruptura de um modelo individualista-liberalista-normativo, para autorizar, definitivamente, a legitimidade da Defensoria Pública para propor as ações coletivas em favor de outras tutelas cuja repercussão coletiva não derivaria estritamente de disposição legal.

Trata-se, portanto, de faceta da *assistência jurídica integral* albergada pelo inciso LXXIV do art. 5º. da Constituição Federal de 1988, sob abrigo da Defensoria Pública, ante os termos do art. 134 da mesma Carta Constitucional.

Parte-se, pois, de uma *interpretação sistemática e teleológica* de normas diversas do ordenamento jurídico, constitucional e infraconstitucional, princípios e regras, para autorizar a defesa da tutela dos necessitados no plano coletivo pela Defensoria Pública. Essa vertente interpretativa tem na Constituição Federal a força normativa própria para dar vazão à referência anterior, a despeito de qualquer previsão regulamentar. Trata-se, nas palavras de J.J. Gomes Canotilho, da aplicação direta de normas constitucionais de direito, liberdades e garantias:

Aplicabilidade directa significa, desde logo, nesta sede – direitos, liberdades e garantias – a rejeição da ideia “criacionista” conducente ao desprezo dos direitos fundamentais enquanto não forem positivados a nível legal. Neste sentido, escreveu sugestivamente um autor (K. Krüger) que, na época actual, se assistia à deslocação da doutrina dos “direitos fundamentais dentro da reserva de lei” para a doutrina da

51 GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. Cit., 2008, p. 315.

reserva de lei dentro dos direitos fundamentais.

Logo, conclui o constitucionalista:

Aplicação directa não significa apenas que os direitos, liberdades e garantias se aplicam independentemente da intervenção legislativa (cfr. arts.17º. e 18º./1). Significa também que eles valem directamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a constituição (cfr. CRP, art.18º./3).⁵²

Em se tratando de garantia constitucional, a conjugação do art. 4º., VII, VIII, IX, X e XI, da Lei Complementar 80, de 1994 (e alteração dada pela Lei Complementar 132, de 2009), com o art. 134, *caput*, e o art. 5º., XXLIV, da Constituição Federal constituem direitos imediatamente aplicáveis e vinculam directamente os Tribunais e a Administração Pública.

Canotilho arrola os princípios de como realizar essa interpretação constitucional:

- *Princípio da unidade da Constituição*: com ele se quer significar que a Constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições. Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios;

- *Princípio do efeito integrador*: significa que, na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deve-se dar primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política. Conduz a solução pluralisticamente integradora;

⁵² CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra – Portugal: Livraria Almedina, 1997, p.1142.

- *Princípio da máxima efetividade* (da eficiência): a uma norma deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais;

- *Princípio da força normativa da Constituição*: na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve-se dar prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia plena da lei fundamental. Consequentemente, deve-se dar primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a “atualização” normativa, garantido a sua eficácia e permanência.⁵³

Essa lógica interpretativa corrobora a legitimação da Defensoria Pública para o Mandado de Segurança Coletivo, à necessidade de tutela dos direitos dos vulneráveis coletivos e à indivisibilidade dos interesses de grupos de necessitados desprovidos de recursos organizacionais, ante a força normativa dos arts. 134 e 5º., inciso XXLVI, da Constituição Federal, a autorizar a propositura de pleito coletivo (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos), de toda à espécie, e em todos os graus de jurisdição.

Não surpreende a anotação dada ao art. 42 do capítulo IV do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos quando trata do Mandado de Segurança Coletivo, *verbis*:

Art. 42. Legitimação ativa – O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

I – Ministério Público;

II – Defensoria Pública;

III – partido político com representação no

53 Idem, *Ibidem*, p.1186-1189.

Congresso Nacional;

IV – entidade sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados, dispensada a autorização assemblar.

Segue esse viés a Proposta de Emenda à Constituição número 74, de 2007, e respectivas emendas, atualmente em trâmite no Senado Federal, que acrescenta as alíneas *c* e *d* ao inciso LXX da Constituição Federal, a fim de legitimar a Defensoria Pública, juntamente com o Ministério Público, para a impetração do Mandado de Segurança Coletivo. Consoante adverte o Parecer 1.400, de 2009, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre a proposta de Emenda à Constituição 74, de 2007, estender a legitimidade para a impetração do Mandado de Segurança Coletivo à Defensoria Pública defere-lhe meio processual para atingir as finalidades acometidas pelo texto constitucional, além de racionalizar a prestação jurisdicional.⁵⁴

Manifesta está a ampliação da legitimação para o *mandamus* coletivo para abranger não somente a Defensoria Pública, mas também o Ministério Público.⁵⁵ Nesse ponto, mister a premissa adotada pela doutrina de Cassio Scarpinella Bueno quando assenta a legitimidade do Ministério Público para o Mandado de Segurança Coletivo, *in verbis*:

O silêncio do art. 21, caput, da Lei nº 12.016/2009 não afasta a le-

⁵⁴ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=64993&tp=1>>. Acesso em: 12 de abril de 2012.

⁵⁵ Sob esse aspecto, calham os mesmos questionamentos relativos à Defensoria Pública no que pertine à legitimidade do Ministério Público para a impetração do Mandado de Segurança Coletivo somado ao fato de competir-lhe a tutela de direitos coletivos *lato sensu*, consoante ventila o art. 129, inciso III, da Constituição Federal.

gitimidade ativa do Ministério Público para a impetração do Mandado de Segurança Coletivo. Ela, embora não seja prevista expressamente pelo inciso LXX do art. 5º. da Constituição Federal, decorre imediatamente das finalidades institucionais daquele órgão tais quais definidas pelos arts. 127 e 129, III, da mesma Carta e, infraconstitucionalmente, pelo art. 6º., VI, da Lei Complementar nº 75/1993, para o Ministério Público da União, e no art. 32, I, da Lei nº 8.625/1993, para o Ministério Público dos Estados.⁵⁶

Portanto, nada obsta que seja ampliada a legitimação para o Mandado de Segurança Coletivo, haja vista que o catálogo de direitos, liberdades e garantias estatuído pela Constituição Federal não se limita à relação do art. 5º., como prescreve a norma do seu parágrafo segundo⁵⁷, quando anota que os direitos e garantias expressos na Constituição *não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados*.

Seria, à evidência, mera ampliação legal do bloco de constitucionalidade, haja vista que a Constituição Federal atribui à Defensoria Pública pertinência para pleitear judicialmente uma postura ativa em favor daqueles interesses e, por conseguinte, em benefício da democracia participativa e do pleno Acesso à Justiça.

A contrário sensu, sujeitos indeterminados, necessitados organizacionais e vulneráveis de toda espécie ficariam desatendidos face ao não acatamento da legitimidade propugnada, em nome de um interpretação formalista e impeditiva da contemplação de pleito que visa a realização material de uma pretensão.⁵⁸

Percebe-se claramente a oportunidade perdida pelo legislador nacional

56 BUENO, Cassio Scarpinella. *A Nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.127.

57 DIDIER JR., Fredie (organizador); et alli. Op. Cit., p.171.

58 CARNAZ, Daniele Regina Marchi Nagai; et alli. Op. Cit., p.292.

quando preferiu, com o advento da Lei 12.016/2009, adotar posição contida e reducionista quanto à legitimação para o Mandado de Segurança Coletivo. Além de limitar sobremaneira a instrumentalidade do Mandado de Segurança Coletivo para a defesa de direito líquido e certo ligado a interesses ou direitos difusos.

Assim sendo, restringir a legitimidade da Defensoria Pública na defesa dos direitos ou interesses transindividuais através do instrumento do Mandado de Segurança Coletivo parece inconcebível em um sistema jurídico que prima pela democracia participativa.

À evidência, a regra inserida pelo art. 4º., VII, VIII, IX, X e XI, da Lei Complementar 80, de 1994 (e alteração dada pela Lei Complementar 132, de 2009), conjugada aos arts. 134 e 5º., inciso XXLVI, da Constituição Federal consagram a legitimidade da Defensoria Pública para o Mandado de Segurança Coletivo em favor da defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos de grupo de pessoas então *necessitadas* sob o ponto de vista organizacional, e que abarca a necessidade de tutela dos vulneráveis coletivos e da indivisibilidade dos interesses de grupos de necessitados desprovidos de recursos organizacionais.

7. CONCLUSÃO

As linhas até aqui traçadas denotam a preocupação do Estado em armar juridicamente os cidadãos por meio de uma instituição pública apta a garantir a representatividade adequada de seus direitos individuais e coletivos. A garantia decorre do primado democrático que emana da história republicana, e, também, do desenvolvimento de uma consciência cidadã através da qual aos cidadãos é garantida a participação igualitária no processo jurisdicional.

Isso porque a mera titularidade de direitos é destituída de sentido. Dotar os indivíduos de mecanismos jurídicos de reivindicação de direitos, sob o pálio

do Estado, é sinônimo de realização do Estado Democrático e efetiva-se através do acesso igualitário à justiça.

Acesso justo à ordem judiciária dá-se garantida a adequada representatividade dos direitos através da prestação de um serviço público de assistência judiciária e gratuita, por meio de órgão público institucionalizado e especializado em conduzir problemas e gerir reivindicações de interesses individuais e coletivos, não apenas dos pobres, mas de indivíduo ou grupos de pessoas vulneráveis, contra litigantes organizados.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 atribuiu à Defensoria Pública predicados essenciais à realização daqueles postulados, notadamente a orientação e defesa dos interesses, em todos os graus, daqueles reconhecidamente necessitados, na forma do art. 134 e 5º., LXXIV, da Carta Cidadã.

Atentando-se para aquilo que constitucionalmente denominou-se *função jurisdicional do Estado*, a Defensoria Pública acolhe um múnus público essencial, quando dá azo ao dever do Estado em prestar a *orientação jurídica integral*, o que compreende atuação na esfera judicial e extrajudicial.

Sob esse aspecto, a tônica da assistência jurídica integral não se subsume a visão individualista, tampouco ao hipossuficiente economicamente considerado. À evidência, a assistência jurídica integral dada pela Defensoria Pública, nos termos da exegese do art. 4º., VII, VIII, IX, X e XI, da Lei Complementar 80, de 1994 (e alteração dada pela Lei Complementar 132, de 2009), e do art. 134 e inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal abarcam a necessidade individual e coletiva dos cidadãos à proteção dos interesses individuais e coletivos na relação jurídica processual individual ou coletiva.

Essa questão molda os contornos jurídicos da legitimidade da Defensoria Pública para o Mandado de Segurança Coletivo na defesa de interesses e direitos de todas as categorias de hipossuficientes, a abranger o cidadão hipossuficiente, o grupo vulnerável, a coletividade de pessoas cuja desorganização social, cul-

tural ou econômica não consiga, por seus próprios meios, transpor obstáculos e limitações ao pleno Acesso à Justiça.

Enfim, a prestação desses serviços jurídicos e gratuitos pela Defensoria Pública trata de garantias reconhecidas pelo Estado para efetivar princípios ou normas constitucionais de acesso à justiça e de igualdade entre as partes, constituindo-se, pois, num direito subjetivo do cidadão e fomento à ordem jurídico-social.

Portanto, a força normativa da Constituição Federal defere à Defensoria Pública legitimidade para representar adequadamente esses interesses e direitos e demandar a tutela coletiva dos *necessitados*, motivo pelo qual as recentes inovações legislativas (art. 21 da Lei 12.016, de 2009) não desnaturam aquele mote constitucional.

À evidência, as premissas democrático-constitucionais albergadas no art. 134 e sua remissão ao inciso LXXVIII do art.5º., da Constituição Federal de 1988, asseguram a propositura do Mandado de Segurança Coletivo pela Defensoria Pública e, por conseguinte, o acesso qualificado à justiça em favor dos *necessitados* por via de representação de pertinência à atuação institucional da Defensoria Pública, uma vez violado um direito difuso, coletivo ou individual homogêneo; logo, a atuação da Instituição não pode ser limitada ante interpretações e visões de uma ordem jurídica individualistas, quando preponderante o interesse coletivo dos *necessitados*, objeto da assistência prestada pela instituição.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Ana Rita V. Acesso à justiça: defensoria pública e a assistência jurídica gratuita: alguns obstáculos. **Revista de Direito da Defensoria Pública do Rio de Janeiro**, ano 12, n. 16, 2000.

ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. **Acesso à justiça em preto e branco**: retratos institucionais da Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ASSIS, Araken de. **Doutrina e prática do processo civil contemporâneo**. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova lei do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GART, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNAZ, Daniele Regina Marchi Nagai et al. Legitimidade da Defensoria Pública para propositura de ações civis públicas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 163, 2008.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. Novas funções judiciais no estado moderno. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 614, n. 1, 1986.

DIDIER JR., Fredie (Org.) et al. **Ações constitucionais: mandado de segurança coletivo**. 4. ed. Salvador: JusPodium, 2009. p. 195.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. **Acesso à justiça e o Código de Defesa do Consumidor: o processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

_____. Legitimidade da Defensoria Pública para ação civil pública. **Revista de Processo**, São Paulo: v. 165, 2008.

_____. Ações coletivas nos países da civil law. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 157, 2008.

JUNKES, Sérgio Luiz. **Defensoria Pública e o princípio da justiça social**. Florianópolis: Juruá, 2005.

LOBO, Arthur Mendes. Aspectos polêmicos da assistência judiciária gratuita. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 33, v.161, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ministério Público e Defensoria Pública na prevenção dos mega-conflitos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 164, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. O acesso à justiça e as condições da ação. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 34, v. 174, 2009.

MORAES, Humberto Peña de; DA SILVA, José Fontenelle Teixeira. **Assistência judiciária**: sua gênese, sua história e a função protetiva do estado. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, Rio de Janeiro, ano 6, n. 3, 1992.

NERY JR., Nelson et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

OLIVEIRA, Maria Beatriz Bogado Bastos de. A Defensoria Pública como garantia de acesso à justiça. **Revista da Defensoria Pública do Rio de Janeiro**, ano 12, n.16, 2000.

ROBOREDO, Carlos Eduardo Freira. A Defensoria Pública e a Requisição Gratuita dos Serviços Cartorários Extrajudiciais. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, Rio de Janeiro, n. 6, 1992.

SCHUBSKY, Cássio. **Advocacia Pública**: apontamentos sobre a história da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo e Centro de Estudos da PGE/SP, 2008.

SILVA, José Fontenelle Teixeira da. **Defensoria Pública no Brasil**: minuta histórica. Disponível em: <<http://www.jfontenelle.net>>. Acesso em: 14 fev. 2010.

_____. **História da Defensoria Pública/RJ.** Disponível em: <<http://www.jfontenelle.net>>. Acesso em: 14 fev. 2010.

TORRES, Jasson Ayres. **O acesso à justiça e soluções alternativas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.



1984-0322