



**EMERON**

Escola da Magistratura  
do Estado de Rondônia  
Fundada em 1986

**ISSN 1983-7283**

**REVISTA DA ESCOLA DA MAGISTRATURA  
DO ESTADO DE RONDÔNIA**  
(Criada em agosto de 1996)

**Ano 2009 - Nº 20**  
**Porto Velho - Rondônia**

## **Ficha Catalográfica**

---

**ISSN 1983-7283**

Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia; n. 20. Porto Velho: DEGRAF/TJ-RO, 2009.

I. Direito da criança: informalidade processual aplicada ao ECA. II. Princípio do contraditório e da isonomia. III. Informatização do Judiciário. IV. Direito fundamental: acesso à Justiça. V. Processo Penal: constitucionalidade do art. 492, § 1º, CPP. VI. Lei seca: exame de alcoolemia e teste do bafômetro. VII. Dívida ativa. VIII. Clausulação.

---

CDU-340.5

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei 9.610 de 19/2/1998. Nenhuma parte desta obra, sem autorização prévia e por escrito da Escola da Magistratura ou dos autores do texto, poderá ser reproduzida ou transmitida, sejam quais forem os meios empregados: eletrônicos, mecânicos, fotográficos, gravação ou outros.

Rua José Camacho, 585 - Bairro Olaria - Fone (069) 3217-5034/1066

CEP 76801-330 - Porto Velho - Rondônia

<http://emeron.tjro.jus.br> - [emeron@tj.ro.gov.br](mailto:emeron@tj.ro.gov.br)

**ADMINISTRAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO  
DE RONDÔNIA - BIÊNIO 2008-2009**

**Des<sup>a</sup> ZELITE ANDRADE CARNEIRO**  
**Presidente**

**Des. WALTER WALTENBERG SILVA JUNIOR**  
**Vice-Presidente**

**Des. SANSÃO BATISTA SALDANHA**  
**Corregedor-Geral da Justiça**

---

**ADMINISTRAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO  
ESTADO DE RONDÔNIA - BIÊNIO 2008-2009**

**DES. ROOSEVELT QUEIROZ COSTA**  
**Diretor**

**JUIZ ALEXANDRE MIGUEL**  
**Vice-Diretor**

**BEL<sup>a</sup> BEATRIZ HELENA PERES ALVES**  
**Coordenadora**



**EMERON**

Escola da Magistratura  
do Estado de Rondônia  
Fundada em 1986

---

Conselho Editorial	Des. Renato Martins Mimessi Des. Dimas Ribeiro da Fonseca Des. Eurico Montenegro Júnior Des. Gabriel Marques de Carvalho Des. Eliseu Fernandes de Souza Des. Marcos Alaor Diniz Grangeia Juiz Alexandre Miguel
Divulgação	Coordenadoria de Comunicação Social do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia
Capa	José Miguel de Lima
Diagramação, Composição	Risoneide Maria da Silva Alves
Revisão	Maria Luzia Godoi Navarrete Risoneide Maria da Silva Alves
Fotolito, Impressão, Acabamento e Comercialização	Departamento Gráfico do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia

## **APRESENTAÇÃO**

Como marco de encerramento de nossa gestão na direção da EMERON, é que apresentamos a Revista de n. 20, tendo esta edição a preocupação de manter o alto nível das publicações anteriores em respeito aos fiéis leitores que nos têm acompanhado ao longo destes 13 anos de existência da Revista, a qual vem cumprimento as metas traçadas por seu editorial – uma publicação a cada semestre.

Nosso desiderato é de que a cada nova publicação possa nossa revista ser um instrumento a suscitar a reflexão e estimular o debate, propagador do conhecimento e participante efetivo no processo criador e no campo científico. Por isso nossa inquietação de fazê-la inscrita no ISSN e a batalha pela futura indexação.

Vale Ressaltar que os números da nossa Revista se encontram, em versão eletrônica, disponíveis no *site* da EMERON (<http://emeron.tjro.jus.br/>), mais uma maneira de acompanhar as exigências do mundo moderno e também atender os leitores que tem preferência por essa modalidade de texto.

Como forma de valorizar “a prata da casa”, damos continuidade à divulgação dos TCCs dos concluintes da 1ª Turma de Pós-graduação MBA em Poder Judiciário promovido pelo Tribunal de Justiça de Rondônia em parceria com a FGV/ Rio de Janeiro, sendo os temas elaborados com enfoque bastante atual e contextualizados à realidade de nosso Estado. Também fazem parte do teor deste número artigos de autores de outros lugares do país que nos brindam com seu notável saber e se dispõem dividir suas experiências.

A todos indistintamente que colaboraram na composição deste número rendemos a nossa gratidão.

**Des. Roosevelt Queiroz Costa**  
**Diretor da EMERON**



## ÍNDICE

### **VALDECI CASTELLAR CITON**

O princípio da informalidade no Estatuto da Criança e do Adolescente 9

---

### **JOHNNY GUSTAVO CLEMES**

Informatização do Judiciário: revolução ou exclusão? 101

---

### **ARLEN JOSÉ SILVA DE SOUZA**

O gerenciamento de rotina nas varas criminais como forma de propiciar uma maior celeridade processual 167

---

### **TARCÍSIO MARQUES & EDSON ALEXANDRE DA SILVA**

Lesão ao princípio do contraditório e da isonomia na esfera da instância superior no que concerne a manifestação da Procuradoria de Justiça 217

---

### **GISELE LEITE**

Acesso à Justiça como direito fundamental 231

---

### **JAYME WALMER DE FREITAS**

A constitucionalidade do art. 492, § 1º, do Código de Processo Penal 247

---

### **RENATO MARCÃO**

Embriaguez ao volante; exames de alcoolemia e teste do bafômetro - uma análise do novo art. 306, caput, da Lei 9.503, do CTB, de 23/9/1997 259

---

### **LENOAR BENDINI MADALENA**

Conciliação pré-processual da dívida ativa municipal: projeto de implantação no Judiciário 269

---

### **PEDRO LINO DE CARVALHO JÚNIOR**

Das cláusulas restritivas da legítima 285

---





# O PRINCÍPIO DA INFORMALIDADE NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

---



## **Valdeci Castellar Citon**

Formado em Direito pela Fundação Universidade Estadual de Londrina. Pós-Graduado em MBA em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Juiz de Direito em Rondônia há mais de 17 anos. Promovido, inicialmente, por Merecimento, para a Vara da Infância e da Juventude, onde exerceu a jurisdição por 8 anos. Desde agosto de 2004, ocupa a vaga de Juiz Titular da 2ª Vara Criminal, na Capital (Porto Velho).

---

## **Sumário**

*Introdução. 1. Histórico dos Direitos da Criança e do Adolescente no Brasil. 2. Princípios de Direito Processual no Estatuto de Criança e do Adolescente. 3. O Princípio da Informalidade e sua aplicação no âmbito da Justiça da Infância e da Juventude em confronto com as garantias processuais. 4. Pontos de Aplicação do Princípio da Informalidade no Estatuto de Criança e do Adolescente. Conclusão. Bibliografia. Anexos.*

Sempre que ocorre a introdução ou alteração significativa em um sistema de normas, inevitavelmente surgem resistências à sua implementação. Não foi diferente quando da entrada em vigor do Estatuto de Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069/90. Na verdade, apesar de esta legislação estar em vigor desde outubro de 1990, a resistência mencionada continua existindo.

Neste caso a resistência vem ocorrendo por falta da percepção de que esta normativa de proteção à criança e ao adolescente introduziu no sistema legal brasileiro uma nova sistemática jurídica

processual, própria e independente, em que pese a utilização dos mesmos princípios processuais aplicáveis a todo o sistema processual brasileiro.

Já em seu art. 6º, o ECA - Estatuto de Criança e do Adolescente, dá-nos mostras da intenção do legislador de fixar um sistema legal próprio.

Segundo se vê deste dispositivo, “na interpretação desta Lei, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”.

Ao comentar este dispositivo, R. Limongi França<sup>1</sup> afirma:

A redação do art. 6º do Estatuto de Criança e do Adolescente basicamente repete a do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, podendo, mesmo, afirmar-se que a parte final acrescentada, a saber, a alusão a ‘direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento’ concerne *um realce de elementos* que já estão incluídos nas duas expressões básicas da parte inicial da regra em apreço.

Assim, as observações alinhadas à guisa dos preceitos do Direito Comum são estruturalmente válidas no que tange ao artigo do Estatuto.

Mas força é reconhecer que as referências da parte final constituem *um alerta* para o intérprete e aplicador do Direito, sobretudo no relativo à questão da ‘convivência familiar’ (Parte Geral), à ‘proteção’ do menor e do adolescente (Parte Especial, tít. II), ao ‘ato infracional’ (tít. III) e às ‘medidas sócio-educativa’ (cap. IV)” (destaques do original).

---

1 FRANÇA, R. Limongi. In: Estatuto de Criança e do Adolescente Comentado. Coordenação de Munir Cury e outros. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 38.

Nesta mesma esteira de pensamento, Paulo Afonso Garrido de Paula<sup>2</sup> defende a ideia da necessidade desta interpretação diferenciada e justifica-se:

O paradigma da norma jurídica especial distingue-se daquela que regula relações interpessoais do mundo adulto exatamente em razão da inconstância de um dos seus sujeitos, envolvidos por rápidas e constantes modificações, relevadas pelo Direito como forma de atentar para as desigualdades de um dos partícipes da relação jurídica. Em outras palavras, a criança e o adolescente é considerada(o) por aquilo que é, pondo-se como existente na atualidade com todos os seus atributos modificáveis, mas que não lhe retiram a essência.

Ao invés, a consideração de seus caracteres mutáveis confirmam sua natureza, a criança e o adolescente.

Este mesmo doutrinador vai mais longe e defende a autonomia do Direito da Criança e do adolescente.

Discorrendo sobre a existência de normas de Direito Público e de Direito Privado, qualifica o direito da criança e do adolescente como “um conjunto de normas de titularidade dual, como direito sócio-individual”<sup>3</sup> qualificando-o como um direito misto.

Desta dualidade complementar, afirma o autor nasce um novo ramo do direito:

Trata-se de um ramo autônomo: a normativa internacional e as regras constitucionais lhe dão a base; princípios próprios sua distinção; diplomas legais específicos o separam de outros ramos; didáticas particulares determinam o aprendizado das suas diferenças<sup>4</sup>. Ocorre, porém, que esta diferenciação e/ou autonomia do Direito

---

2 PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada. São Paulo: RT, 2002, p. 38.

3 PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Op. Cit., p. 40.

4 PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Op. Cit., p. 42.

da Criança e do Adolescente introduzida no sistema legal brasileiro pelo Estatuto da Criança e do Adolescente ainda não foi percebido pela grande maioria dos operadores do direito, incluindo-se neste contexto todos os seguimentos profissionais que atuam nesta esfera, ou seja, advogados, promotores e magistrados.

A falta desta percepção leva a adoção de procedimentos equivocados e decisões que fogem ao anseio social, ferindo o conteúdo da norma acima indicada.

Esta dificuldade não passou despercebida pelo ilustre Juiz de Direito da 3ª Vara do Juizado da Infância e da Juventude de Porto Alegre em artigo publicado pelo Fundo de Fortalecimento da Escola – FUNDESCOLA, programa do Ministério da Educação cofinanciado pelo Banco Mundial por intermédio do Programa Pela Justiça na Educação em parceria com a Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça de Infância e Juventude – ABMP<sup>5</sup>, da qual era presidente quando da execução deste programa:

O resultado é que o meio jurídico de fato não conseguiu apropriar-se tecnicamente do Estatuto de Criança e do Adolescente (como ocorreu com legislações recentes como a relativa aos direitos do consumidor ou aos Juizados Especiais) com a adequação necessária para enriquecê-lo com as técnicas hermenêuticas de uma ciência bimilenar e cujos instrumentos, por outro lado, são fundamentais no asseguramento dos objetivos de bem estar do cidadão na esfera individual.

Os equívocos procedimentais não significam de forma alguma ferir garantias e princípios processuais, mas ocorrem quando da escolha dos procedimentos e práticas de atos desnecessários ou ainda apego excessivo a formalidades que acabam por prolongar o processo, trazendo morosidade à prestação jurisdicional e onerando-a.

---

5 BRANCHER, Leoberto Narciso. Organização e Gestão do Sistema de Garantia de Direitos da Infância e da Juventude. *In*: Pela Justiça na Educação. MARQUES, Antonio Emílio Sendin; BRANCHER, Leoberto Narciso (Coordenação-Geral). Brasília: FUNDESCOLA/MEC, 2000, pp. 137/138.

O antigo Código de Menores, Lei n. 6.697/79, não trazia em seu bojo nenhuma garantia processual, e a aplicação das medidas administrativas previstas ficava inteiramente ao talante discricionário do Juiz. Esta discricionariedade, por não se pautar por critérios objetivos, acabava por beirar à ilegalidade e a arbitrariedade.

Wilson Donizeti Liberati<sup>6</sup> assinala que:

O Código Revogado não passava de um Código Penal do ‘Menor’, disfarçado em sistema tutelar; suas medidas não passavam de verdadeiras sanções, ou seja, penas disfarçadas em medidas de proteção. Não relacionava nenhum direito, a não ser aquele sobre a assistência religiosa; não trazia nenhuma medida de apoio à família; tratava da situação irregular da criança e do jovem, que, na realidade, eram seres privados de seus direitos.

Ao contrário, o Estatuto de Criança e do Adolescente assegura a toda criança e adolescente todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, nos termos da redação de seu art. 3º ao asseverar que:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Dentro desta proteção integral, obviamente, encontram-se incluídas as garantias processuais, asseguradas pelo art. 110 e seguintes do Estatuto de Criança e do Adolescente:

Art. 110. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.

Art. 111. São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias:

---

6 LIBERATI, Wilson Donizeti. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 13.

- I - pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente;
- II - igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa;
- III - defesa técnica por advogado;
- IV - assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei;
- V - direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente;
- VI - direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento.

O respeito a essas garantias processuais não deve ser empecilho à aplicação de princípios próprios do Direito da Criança e do Adolescente, a exemplo, o da brevidade, e o da excepcionalidade previstos no art. 121 do Estatuto de Criança e do Adolescente.

Ainda que este dispositivo se refira especificamente a procedimento destinado aos adolescentes infratores, estes princípios devem nortear todos os demais procedimentos das Varas da Infância e da Juventude, pois como lembra Paulo Afonso Garrido de Paula<sup>7</sup>, “a infância e adolescência atravessa a vida com a rapidez da luz, iluminando os caminhos que conduzem à consolidação de uma existência madura e saudável”.

Retardar, então, o julgamento de qualquer causa em que se discutam interesses de crianças ou de adolescente pode torná-lo inócuo, pois que, neste caso, a prestação jurisdicional pode tornar-se inútil e desnecessária.

Dentro desta certeza, podemos afirmar que processos como os de adoção, guarda ou tutela não podem ficar amarrados às formalidades inerentes aos procedimentos ordinários das varas cíveis

---

7 PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada. São Paulo: RT, 2002, p. 39.

comuns. Faz-se necessária a busca de procedimentos alternativos como forma de encurtar as distâncias processuais, com a condensação de procedimentos, evitando retrabalhos, com o aproveitamento de todos os atos praticados no âmbito da Justiça da Infância e da Juventude, ainda que por servidor não ligado diretamente com a tramitação processual (exemplo: a comunicação de um ato processual pela Assistente Social ou Psicólogo no momento em que é feito contato com a parte para a realização da perícia técnica).

Estamos diante da aplicação do disposto no art. 154 do Código de Processo Civil, onde verificamos que “os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, a ele preenchem a finalidade essencial.”

Humberto Theodoro Júnior<sup>8</sup> ensina que “em síntese, há que se entender por ato processual o ato jurídico emanado das *partes*, dos *agentes da jurisdição*, ou mesmo dos *terceiros* ligados ao processo, suscetível de criar modificar ou extinguir efeitos processuais” (destaques do original – grifos nossos).

Este mesmo autor, ao discorrer sobre a forma dos atos processuais, afirma:

O que se pode, razoavelmente, condenar é o excesso de formas, as solenidades exageradas e imotivadas. A virtude está no meio-termo: a forma é valiosa e mesmo imprescindível na medida em que se faz necessária para garantir aos interessados o proveito que a lei procurou visar com sua instituição.

Por isto, as modernas legislações processuais não sacrificam a validade de atos por questões ligadas ao excessivo e intransigente rigor de forma, quando se relacionam com atos meramente instrumentais, como soem ser os do processo.<sup>9</sup>”

8 THEODORO Junior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. Vol. I. pp. 232/233.

9 THEODORO Junior, Humberto. Op. Cit., p. 236.

Igual regulamentação também pode ser vista no âmbito do Processo Penal, uma vez que, no art. 563, consta - “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa” -, e, por sua vez, o art. 566 acrescenta que “Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.”

Sobre isto leciona Fernando Capez<sup>10</sup>, que “a forma não pode ser considerada um fim em si mesma, ou um obstáculo insuperável, pois o processo é apenas um meio para se conseguir solucionar conflitos de interesses, e não um complexo de formalidades sacramentais e inflexíveis.”

Cabe lembrar aqui que o art.152 do Estatuto de Criança e do Adolescente estabelece que aos procedimentos nele regulados “aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente.”

Outro princípio que deve ser lembrado aqui é o da economia processual, fazendo crer que ela deve ser entendida com uma conotação mais ampla possível, não apenas como menor custo para as partes, mas como “princípio de menor esforço à atividade jurisdicional, e não só em cada processo, mas igualmente em referência a vários processos entre si<sup>11</sup>”, importando no máximo de resultado com a menor atividade processual possível.

É preciso entender que somente conseguiremos a percepção e a apreensão da existência desta nova sistemática quando se incorporar, em definitivo, no universo do Direito da Criança e do Adolescente, modernos princípios processuais como os introduzidos no sistema processual brasileiro pela Lei dos Juizados Especiais – Lei n. 9.099/95 que, em seu art. 2º estabelece para procedimentos perante os Juizados Especiais os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

---

10 CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 654.

11 SAVINO filho, Cármine Antônio. Direito Processual Civil Resumido. 6ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006, pp. 44/45.



Tendo em vista os fins sociais do Estatuto da Criança e do Adolescente e levando-se em conta a situação peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 6º) e a lição do Procurador de Justiça Paulo Afonso Garrido de Paula<sup>12</sup>, acima citado, não podemos deixar de concluir que estes princípios são inteiramente compatíveis com os procedimentos previstos no Estatuto de Criança e do Adolescente. Mais que compatíveis, esses devem ser aplicados na busca do mencionado fim social daquela legislação.

A resistência à percepção desta nova sistemática e a necessária aplicação destes modernos princípios processuais, em especial o da informalidade, dão-se em razão da formação dogmática dada aos operadores do direito nas faculdades, valorizando-se mais a legislação posta em detrimento ao pensamento criativo.

Indispensável então chamar a atenção destes operadores do direito para a necessidade da aplicação deste princípio nos procedimentos de interesse das crianças e dos adolescentes, visando alcançar o único objetivo do Estatuto de Criança e do Adolescente que é a proteção integral desta parcela da sociedade.

Várias são as possibilidades da aplicação deste princípio no Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que em sua grande parte o legislador foi bastante econômico na regulamentação dos procedimentos previstos naquele estatuto legal, deixando ao aplicador do direito a liberdade para recorrer aos princípios gerais de direito, sem nunca perder de vista a finalidade social da lei e do processo.

Este trabalho tem, então, a finalidade de contribuir para a otimização do trabalho na Justiça da Infância e da Juventude, reduzindo os custos de operacionalização, diminuindo os prazos de tramitação processual, agilizando desta forma a prestação jurisdicional, propondo a unificação de procedimentos em todas as comarcas do Estado.

---

12 PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada. São Paulo: RT, 2002, p. 39.

Para tanto, pretendem-se apontar dentro do Estatuto de Criança e do Adolescente dispositivos que possibilitem a aplicação dos princípios analisados sugerindo fluxogramas e até mesmo modelos de decisões interlocutórias e terminativas que mais se aproximem destes princípios, sem, contudo, ferir as garantias processuais.

## **1. HISTÓRICO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL**

No dizer de Mary Del Priore, “há muito poucas palavras para definir a criança no passado. Sobretudo no passado marcado pela tremenda instabilidade e a permanente mobilidade populacional dos primeiros séculos de colonização.” ‘Meúdos’, ‘ingênuos’, ‘infantes’ são expressões que a autora se deparou nos documentos referentes à vida social na América Portuguesa. Esclarece ainda que, na mentalidade coletiva daquela época, “a infância era, então, um tempo sem maior personalidade, um momento de transição e por que não dizer, uma esperança”<sup>13</sup>.

Esta falta de vocabulário para definir a criança no Brasil colônia reflete o pensamento da idade média, em que a sociedade medieval ignorava a criança, fazendo que a criança entrasse no mundo adulto muito cedo, por volta dos sete anos, quando já não necessitava do apoio constante dos pais. Marcelo Uchoa, citando a obra “História Social da Criança e da Família” (Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1981) de Philippe Áries, esclarece que naquela época não havia o que aquele autor denominou de “sentimento de infância”.<sup>14</sup> Diz o autor:

Era como se a criança pequena não existisse. A infância, nesta época, era vista como um estado de transição para a vida adulta. O indivíduo só passava a existir quando

---

13 PRIORE, Mary Del. Criança e Crianças: História e Memória em Quinhentos anos de Brasil. In: SEMINÁRIO DE TROPICOLOGIA: Brasil: 500 anos de uma civilização tropical, 1999, Recife. <http://www.tropicologia.org.br/conferencia/1999crianca.html>.

14 UCHOA, Marcelo. A História da Criança - Da Idade Média aos Tempos Modernos o Surgimento do Sentimento da Infância. In: <http://www.overmundo.com.br/banco/a-historia-da-crianca-da-idade-media-aos-tempos-modernos> em 21/06/2007.

podia se misturar e participar da vida adulta. Não se dispensava um tratamento especial para as crianças, o que tornava sua sobrevivência difícil. Segundo **Molière**, grande gênio do teatro, contemporâneo daquela época, a criança muito pequena, demasiado frágil ainda para se misturar à vida dos adultos, “não contava”, porque podia desaparecer. A morte de crianças era encarada com naturalidade. “perdi dois filhos pequenos, não sem tristeza, mais sem desespero”, afirmava **Montaigne**<sup>15</sup>.

Este mesmo pensamento também refletia na carência de legislações específicas sobre os direitos da criança e do adolescente.

Até então, “o envolvimento da Coroa Portuguesa com o problema do abandono de menores também era a nível de caridade e filantropia”, observa Josiane Rose Petry Veronese<sup>16</sup>. Ilustrando a afirmativa, a autora menciona a fundação, em 1738, no Rio de Janeiro, da Casa dos Expostos ou a chamada *Roda*, por Romão de Mattos Duarte, e, em 1763, por solicitação do Governador Antônio Paes Sodré (Rio-Colônia), o rei mandou que as oficinas nas Câmaras providenciassem assistência aos enjeitados da cidade de Rio de Janeiro, que morriam ao abandono, porém estas, alegando falta de recursos, “descansou na Santa Casa”<sup>17</sup>.

Após a independência a situação permaneceu inalterada, ou seja, a questão da criança e do adolescente continuou sendo tratada como caridade e filantropia, tanto que a Constituição do Império de 1824 foi omissa neste assunto, em que pese uma tentativa de José Bonifácio de introduzir no texto constitucional dispositivo que visava ao menor escravo.

O projeto de José Bonifácio, entretanto, “visava mais uma preocupação com a manutenção da mão de obra, do que uma real

---

15 Idem

16 VERONESE, Josiane Rose Petry. Os direitos da Criança e do Adolescente. São Paulo: LTr, 1990. p. 18.

17 VERONESE, Josiane Rose Petry. Op. Cit., pp. 15-17

consideração com os direitos humanos da criança escrava”<sup>18</sup>. O projeto dizia que “a escrava, durante a prenhez e passado o terceiro mês, não será ocupada em casa, depois do parto terá um mês de convalescência e, passado este, durante o ano, não trabalhará longe da cria”.

Ao outorgar a Constituição, este texto foi desprezado por D. Pedro I.

Ainda relacionada com o movimento abolicionista, em 1860, o Senado aprovou uma lei de autoria de Silveira da Mota proibindo a “venda de escravos sob pregão e exposição pública, bem como a proibição de, em qualquer venda, separar o filho do pai e o marido da mulher”.

Com relação à criança escrava, em 28 de setembro de 1871, a Princesa Isabel promulgou a chamada Lei do Ventre Livre, também conhecida por Lei Rio Branco, em que se concedia liberdade às crianças nascidas de mães escravas.

Entretanto, observa André Luiz Nogueira da Cunha<sup>19</sup> que a promulgação da Lei do Ventre livre não representou grande avanço:

Contudo, tal legislação previa cláusulas restritivas ao direito do menor escravo, pois dispunha que ele deveria permanecer sob a autoridade do senhor (antigo dono) e de sua mãe até a idade de 8 anos, pois juntos deveriam educá-lo. Atingida a idade de 8 anos, o senhor teria uma opção a fazer: receber indenização do Estado e colocá-lo em completa liberdade, ou utilizar o menor no trabalho, até os 21 anos de idade, oportunidade em que seria livre. Insta considerar, no entanto, que o diploma legal não estabelecia a jornada de trabalho, a remuneração, o período de descanso e as funções que poderia exercer, levando-se em consideração sua pouca idade, o que

---

18 VERONESE, Josiane Rose Petry. Op. Cit., p. 11.

19 CUNHA, André Luiz Nogueira da. Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente - Convenção Sobre os Direitos da Criança e o Estatuto da Criança e do Adolescente. <http://www.mp.sp.gov.br/pls/portal/url/ITEM/1995EF1D0CD8715CE040A8C027014290> em 27/06/2007.

tornava, portanto, o “menor livre” um escravo, na prática, criando uma nova modalidade de escravidão.

Com a Proclamação da República em outubro de 1889, manteve-se o cunho filantrópico do atendimento à criança, não havendo nenhuma mudança no conteúdo da legislação a este respeito.

Mais uma vez a Constituição, agora a republicana, foi omissa a respeito dos direitos da criança e do adolescente.

Demonstrando a continuidade do cunho filantrópico, em 31 de maio de 1890 e 12 de agosto do mesmo ano, são editados os Decretos n. 439 e n. 658 que organizam os serviços de assistência à infância desvalida e estabeleceram o Regulamento para o “Asilo de Meninos Desvalidos”, instituição criada e em funcionamento no Rio de Janeiro.<sup>20</sup>

Ainda, durante o Governo Provisório da República, foi editado o Decreto n. 1.313 de 17 de janeiro de 1891, uma das primeiras normas de natureza trabalhista no Brasil, também se apresenta como um dos primeiros marcos jurídicos de regulamentação dos direitos da criança no Brasil. Visava este decreto o trabalho do menor nas fábricas do Distrito Federal. Este decreto estipulou a idade mínima de 12 anos para o trabalho nas fábricas e fixou a duração da jornada de trabalho que seria de 7 a 9 horas não consecutivas.<sup>21</sup>

Ocorre que esta legislação não passou de mero dispositivo legal, não surtindo nenhum efeito prático.

Veronese<sup>22</sup> ressalta ainda que muitas das leis publicadas na época serviam apenas como uma espécie de uso externo, pois tinham o objetivo de provar ao mundo que nosso povo estava pronto para o exercício da democracia nascente, ou seja, o sistema republicano de governo.

Com o fim da escravatura e o aumento da imigração, aumenta o número de crianças abandonadas, acarretando a criação em 1896,

20 CUNHA, André Luiz Nogueira da. Op. Cit.

21 VERONESE, Josiane Rose Petry. Os direitos da Criança e do Adolescente. São Paulo: LTr, 1990, p. 20.

22 VERONESE, Josiane Rose Petry. Op. Cit., p. 20.

em São Paulo, da Casa dos Expostos com o fim de atender estas crianças, mas agora sem a roda da casa do Rio de Janeiro.<sup>23</sup>

Com a instalação da república, esta nova ordem política e ordem econômica (fim da escravatura), passaram-se a exigir providências por parte do governo no que se refere ao atendimento da criança, não mais sendo suficientes as ações privadas de filantropia:

Os intelectuais da época, impulsionados pelos ideais progressistas e nacionalistas, concluíram que assistir a criança não significava somente dar-lhe casa e comida. Fazia-se necessário que as instituições formassem o indivíduo na moral, bons costumes, educação profissional, a qual mais tarde lhe permitiria o seu próprio sustento<sup>24</sup>.

Apesar do surgimento deste novo pensamento, a literatura aponta um hiato na legislação abordando temas da criança e do adolescente, e somente em 20 de dezembro de 1923 é editado o Decreto n. 16.272, o qual, em seu art. 37, cria o primeiro Juizado de Menores do Brasil, entrando em funcionamento em 1927. Dizia o seu art. 37:

Art. 37. É creado no Districto Federal um Juizo de Menores, para assistencia, protecção, defesa, processo e julgamento dos menores abandonados e delinquentes (sic)<sup>25</sup>.

Este mesmo Decreto prevê, em seu art. 62, a existência de um abrigo “destinado a receber provisoriamente, até que tenham destino definitivo, os menores abandonados e delinquentes”, criando ainda, no Distrito Federal o “Conselho de Assistencia e Protecção aos Menores” (sic)<sup>26</sup>.

---

23 CUNHA, André Luiz Nogueira da. Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente - Convenção Sobre os Direitos da Criança e o Estatuto da Criança e do Adolescente. <http://www.mp.sp.gov.br/pls/portal/url/ITEM/1995EF1D0CD8715CE040A8C027014290> em 27/06/2007.

24 VERONESE, Josiane Rose Petry. Op. Cit., p. 21.

25 Idem

26 In: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=27496>

A criação deste único juizado no Distrito Federal, por evidente, não foi suficiente para a solução da problemática da criança abandonada, permanecendo em nível nacional o anseio por uma legislação mais abrangente.

Desta forma, em 1926 é editado o Decreto n. 5.083 que, em seu art. 1º, determina que:

O Governo consolidará as leis de assistência e protecção aos menores, adicionando-lhes os dispositivos constantes desta lei, adoptando as demais medidas necessárias à guarda, tutela, vigilância, educação, preservação e reforma dos abandonados ou delinquentes, dando redacção harmônica e adequada a essa consolidação, que será decretada como o Código dos Menores (sic)<sup>27</sup>.

Com esta consolidação nasce o primeiro Código de Menores da América Latina, que foi aprovado pelo Decreto n. 17.943/27.

A elaboração deste código ficou a cargo do Jurista José Albuquerque de Mello Mattos, razão pela qual passou a ser conhecido com “Código de Mello Mattos”.

Estas novas legislações, Decretos n.16.272/23, n. 5.083/26 e n. 17.943/27 consolidam no sistema jurídico brasileiro o binômio abandonado/delinquente, porque todas elas se referem quase que unicamente à criança abandonada ou envolvida na prática de delitos.

Em que pesem os avanços introduzidos por estes diplomas legais, a exemplo, o da criação do juizado privativo de menores, mais uma vez a legislação não foi suficiente para o atendimento de todos os problemas relativos à criança e ao adolescente, dada a falta de estruturação dos órgãos de atendimento, carências de recursos e falta de autonomia dos Juizados de Menores para instalação de novas instituições necessárias para atender uma crescente demanda<sup>28</sup>.

27 In: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=27496>

28 VERONESE, Josiane Rose Petry. Os direitos da Criança e do Adolescente. São Paulo: LTr, 1990. p. 31.

Somente em 1941 é que se buscou uma solução para esta questão com o SAM – Serviço de Assistência a Menores, criando através do Decreto-Lei n. 3.779/41<sup>29</sup> que “tinha a tarefa de prestar em todo território nacional, amparo social aos menores desvalidos e infratores, isto é, tinha como meta centralizar a execução de uma política nacional de assistência<sup>30</sup>”.

Nas décadas de 40 e 50 o Brasil viveu um modelo de atendimento da criança e do adolescente calcado no internamento, o que foi alvo de críticas, apesar de existência no SAM de uma política de assistência, promoção e projetos educativos importantes. Essas críticas tinham como fundamento a ocorrência de maus tratos sofridos pelos menores internos e a incapacidade das instituições de internação de fazerem com que estes deixassem a delinquência<sup>31</sup>.

Mais uma vez a solução demorou a chegar, porque que somente em 1964 é que ocorreu a criação da FUNABEM – Fundação Nacional do Bem-estar do Menor, criada pela Lei n. 4.513 de 1º de dezembro. A FUNABEM tinha por objetivo fazer a coordenação e orientação da política e dos trabalhos desenvolvidos por entidades de atendimento do menor, conforme assevera o seu art. 7º<sup>32</sup>.

É importante assinalar que a criação da FUNABEM se deu no ano de 1964, ou seja, no início do Governo Militar, o que nos leva a deduzir que o foco dessa legislação não estava apenas na preocupação em regulamentar os serviços de atendimento do menor, mas acima disto buscava uma forma de controle social, passando a ser esta entidade uma superestrutura de formulação da política de atendimento do menor de caráter nacional, formulada sob influência da Doutrina da Segurança Nacional. Dentro deste conceito ideológico é que foi criada a PNBEM – Política Nacional do Bem-estar do Menor tendo “assim toda a sua estrutura autoritária resguardada pela ESG – Escola Superior de Guerra,

---

29 In: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=71049>

30 VERONESE, Josiane Rose Petry. Op. Cit., p. 32.

31 SEGUNDO, Rinaldo. Notas sobre o direito da criança. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3626>. Acesso em: 27/06/2007.

32 In: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=168221>.



cujo fim específico era o de repassar a ideologia supra”.<sup>33</sup>

Esta ideologia está bastante clara no texto de Rinaldo Segundo quando este, citando dissertação de Mestrado apresentada pela Prof<sup>a</sup>. Liliâne Capilé sobre o Trabalho Infantil ao Dep. Serviço Social, UFMT, afirma que:

os primeiros ideólogos da FUNABEM não lidavam mais com a perspectiva do menor trabalhador [como à época da formulação do Código Mello Matos de 1927], mas com o “infrator” e o “carente”, e acreditavam que para assegurar a ordem, para manter a doutrina da segurança nacional, esses menores deveriam ser “enclausurados”(destaques do original)<sup>34</sup>.

Devido à crescente demanda de crianças abandonadas e a ineficiência do sistema em razão de seu método, onde a criança era mero objeto, ou cliente de uma pedagogia alienada e alienante, surge o Código de Menores de 1979, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n. 6.697 de 10/10/1979. Esse novo Código de Menores não trouxe nenhuma alteração no sistema FUNABEM/PNBEM, ao contrário, o seu art. 10 consolida e oficializa este mecanismo:

Art. 10. As entidades particulares de assistência e proteção ao menor somente poderão funcionar depois de registradas no órgão estadual responsável pelos programas de bem-estar do menor, o qual comunicará o registro à autoridade judiciária local e à Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor.

Parágrafo único. Será negado registro à entidade que não se adequar às diretrizes da Política Nacional do Bem-Estar do menor e ao disposto nesta Lei.

---

33 VERONESE, Josiane Rose Petry. Os direitos da Criança e do Adolescente. São Paulo: LTr, 1990. p.33.

34 SEGUNDO, Rinaldo. Notas sobre o direito da criança. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3626>. Acesso em: 27/6/2007.

Apesar da manutenção do sistema vigente não se pode negar que houve algum avanço com a promulgação deste novo Código de Menores. Um destes avanços pode ser percebido pelo Parágrafo Único de seu art. 1º que estabelece: “As medidas de caráter preventivo aplicam-se a todo menor de dezoito anos, independentemente de sua situação”.

Este avanço foi percebido por Maria Luiza Marcílio<sup>35</sup>:

Visando atender à nova realidade nacional, foi elaborado um segundo código de leis: o Estatuto do Menor (1979). Esse Estatuto oficializava o papel da Funabem, que ‘atenderá não só à condição dos desvalidos, abandonados e infratores, mas também à adoção dos meios tendentes a prevenir ou corrigir as causas de desajustamentos’.

Comparando o Código Mello Mattos com o de 1979, André Luiz Nogueira da Cunha<sup>36</sup> também procura acentuar os avanços advindo desta nova lei:

- a. nova conceituação do “menor abandonado” e indicação das medidas específicas a serem tomadas pelo Estado frente à sua situação de carência;
- b. criação de formas de atuação alternativas nos casos de falta ou mau relacionamento entre “menor”/ família ou “menor”/sociedade;
- c. regramento de todas as atividades que atingissem o “menor”: trabalho, lazer, educação e influências externas;
- d. conferia poderes mais amplos aos juízes de menores, transformando-os em verdadeiros *pater familiae*, já que poderiam atuar em todos os segmentos da sociedade, se constatadas circunstâncias que pudessem atingir o “menor”, seja individualmente, seja comunitariamente.

---

35 MARCÍLIO, Maria Luíza. História Social da Criança Abandonada. São Paulo: Editora Hucitec Ltda. 1998, p. 226.

36 CUNHA, André Luiz Nogueira da. Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente - Convenção Sobre os Direitos da Criança e o Estatuto da Criança e do Adolescente. <http://www.mp.sp.gov.br/pls/portal/url/ITEM/1995EF1D0CD8715CE040A8C027014290> acessado em 26/6/2007.

Ainda citando Josiane Rose Petry Veronese, o mesmo autor aponta também as desvantagens deste novo do Código de Menores:

- a. o processo ao qual o “menor” era submetido tinha caráter inquisitório, não demandando a intervenção de advogado, não prevendo defesa, constituindo a criança e o adolescente mero objeto da investigação realizada pelo Juizado de Menores, que atingia, inclusive, sua intimidade, podendo as medidas legais intervir em sua liberdade e na sua família.
- b. o art. 8º, do Código de Menores, garantia aos Juizes de Menores poderes ilimitados, já que, fora as medidas previstas na legislação, este poderia aplicar outras, conforme seu prudente arbítrio, desde que necessárias à assistência, proteção e vigilância do menor, respondendo por eventual abuso ou desvio de poder.
- c. a possibilidade de prisão cautelar, sem indícios de autoria, nem prova de materialidade, nem mesmo em situação de flagrante delito (arts. 16 e 99).
- d. o “menor” poderia ser internado ou sofrer medida de liberdade contida sem prazo máximo, ficando a critério do Juiz de Menores a avaliação do momento de sua soltura, podendo, se quisesse portanto, conforme a natureza do caso, requisitar parecer técnico do serviço competente e ouvir o Ministério Público, com reexame periódico do caso em dois anos pelo Magistrado e, ao completar, 21 anos de idade, a análise de sua internação estaria subordinada ao Juízo das Execuções Penais<sup>37</sup>.

Por sua vez, Rinaldo Segundo entende que o novo código deixou de solucionar um grave problema existente em toda a legislação menorista editada até então, que é o fato de não se reconhecer ao menor a titularidade de direitos. Os direitos assegurados no art. 2º desta nova lei são garantidos apenas de forma indireta, ou seja, o direito não é enunciado, impossibilitando ao menor reivindicar do Estado a sua

---

37 CUNHA, André Luiz Nogueira da. Op. Cit.

implementação, não se permitindo, por consequência, o acesso do menor à justiça. Ele somente terá acesso à justiça quando já adequado a uma forma tipificada como “situação irregular”. O autor conclui seu raciocínio da seguinte forma:

Por ser taxativa, a doutrina da situação irregular, associada à ideia de patologia social, não abrange nem mesmo o conjunto de hipóteses possíveis de controle social. O art. 2º não abre a possibilidade de adequar a conduta do menor a outros casos que não definidos em seus incisos, ainda que axiologicamente merecessem a mesma proteção dos casos ali elencados. Ante a dinâmica imposta pelos fenômenos sociais, a taxatividade presente nas situações definidoras de situação irregular constituem o código de menores de 79 em um instrumento legal incapaz de regular ou abrir possibilidades de regulação para toda a problemática do menor<sup>38</sup>.

A pobreza urbana continuava a crescer e a violência progredia geometricamente, significando um desafio ao poder público no que se referia à sua capacidade de atendimento. Esta situação faz nascer na sociedade movimentos que visavam garantir os direitos das crianças e dos adolescentes, em especial quando violados pelo próprio Estado por intermédio de ações policiais e no âmbito das Febems. A culminância destes movimentos populares aconteceu após a instalação da Assembleia Nacional Constituinte em fevereiro de 1987 com a apresentação de duas emendas populares apresentadas com assinatura de mais de duzentos mil cidadãos e um milhão e duzentas mil assinaturas de crianças e adolescentes. Estas emendas, denominadas “Criança Constituinte” e “Criança Prioridade Nacional”, tiveram seus textos fundidos, e destas propostas populares resultaram nos arts. 204 e 227 da Constituição Federal.<sup>39</sup>

38 SEGUNDO, Rinaldo. Notas sobre o direito da criança . Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3626>. Acesso em: 27/6/2007.

39 COSTA, Antônio Carlos Gomes da. Natureza e Implantação do Novo Direito da Criança e do Adolescente. In: Estatuto da Criança e do Adolescente – “Estudos Sócio-Jurídicos”. PEREIRA, Tânia da Silva (Coordenadora) Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 17.

A redação do art. 227 estava de acordo com o projeto de convenção posteriormente aprovado, à unanimidade, pela Assembleia das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, vindo este a se tornar a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente.

No pico dessa onda dos movimentos populares em favor da criança e da Juventude, os integrantes do Ministério Público do Estado de São Paulo, Munir Cury, Paulo Afonso Garrido de Paula e Jurandir Norberto Marçura apresentaram um anteprojeto denominado de Normas Gerais de Proteção à Infância e à Juventude para discussão no Fórum Nacional de Defesa da Criança e do Adolescente, movimento que congrega representantes de entidades não-governamentais e especialistas na área da criança e do adolescente. Aprovado o anteprojeto, ele foi apresentado ao Dep. Nelson Aguiar, do Estado do Espírito Santo, que o apresentou na Câmara dos Deputados, recebendo o n. 159/90. A partir de então, o Fórum DCA assumiu a articulação para transformar aquele projeto em Estatuto da Criança do Adolescente. Vários encontros de entidades governamentais e não-governamentais foram realizados, surgindo um substitutivo que foi apresentado a uma Comissão Especial da Câmara dos Deputados, e foi incorporado ao relatório da Dep. Rita Camata. O mesmo substitutivo foi apresentado simultaneamente no Senado pelo Senador Ronan Tito. A tramitação conjunta agilizou a aprovação da lei que foi publicada no Diário Oficial de 16 de julho de 1990, entrando em vigor no dia 14 de outubro do mesmo ano, sob o n. 8.069, passando a ser conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>40</sup>.

A inclusão do art. 227 na Constituição Federal e a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente introduziram no universo jurídico brasileiro um novo paradigma do direito da criança e do adolescente, o da Doutrina Jurídica da Proteção Integral à Infância das Nações Unidas. Este novo paradigma se contrapõe ao modelo anterior no qual embasava o revogado Código de Menores conhecido como Doutrina da Situação Irregular, conforme preconizavam seus arts. 1º e

40 CURY, Munir, PAULA, Paulo Afonso Garrido de, MARÇURA, Jurandir Norberto. Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 17/18.

2º. Além da introdução deste novo paradigma, o Estatuto da Criança e do Adolescente também inaugura um novo modelo de organização e gestão do sistema de garantias da infância e da juventude.

Na verdade este sistema também é novo, porquanto podemos afirmar ele era praticamente inexistente na legislação anterior, em que somente o “menor” que já se encontrava em situação de risco era objeto de preocupação estatal, enquanto que, nessa nova sistemática, a preocupação é impedir que os direitos da criança e do adolescente sejam ameaçados ou violados, colocando-os na situação de risco social, como se vê do art. 98 do Estatuto de Criança e do Adolescente.

Analizando o art. 1º do Estatuto de Criança e do Adolescente, Antônio Fernando do Amaral e Silva e Munir Cury<sup>41</sup> sintetizam o significado deste novo paradigma introduzido no sistema legal brasileiro:

O dispositivo ora em exame é a síntese do pensamento do legislador constituinte, expresso na consagração do preceito de que “os direitos de todas as crianças e adolescentes devem ser universalmente reconhecidos. São direitos especiais e específicos, pela condição de pessoas em desenvolvimento. Assim, as leis internas e o direito de cada sistema nacional devem garantir a satisfação de todas as necessidades das pessoas de até 18 anos, não incluindo apenas o aspecto penal do ato praticado pela ou contra a criança, mas o seu direito à vida, saúde, educação, convivência, lazer, profissionalização, liberdade e outros” (João Gilberto Lucas Coelho, *Criança e Adolescente: a Convenção da ONU e a Constituição Brasileira*, Unicef, p. 3).

Vemos, portanto, o que diferencia as duas doutrinas, a do código revogado e a contemplada no Estatuto de Criança e do Adolescente, e a abrangência da lei. A primeira tinha por objeto apenas o “menor” em situação irregular, não lhe concedendo acesso à justiça

---

41 SILVA, Antônio Fernando do Amaral e CURY, Munir. *In*. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Coordenação Munir Cury e outros. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 12.

para reivindicar os direitos fundamentais elencados, hoje, no art. 227 da Constituição Federal; enquanto que, na doutrina da proteção integral a legislação é destinada a todas as crianças e adolescentes, propiciando, ainda, mecanismos para assegurar o exercício de seus direitos fundamentais, agora outorgados direta e claramente tanto no texto constitucional quanto no estatuto ordinário.

No que se fere à gestão do sistema de garantias, percebem-se várias diferenças entre os dois modelos. O sistema anterior privilegiava o filantropismo, enquanto que o novo exige do Estado a adoção de políticas públicas que garantam o pleno exercício, pelas crianças e adolescente, dos direitos fundamentais do art. 227 da Constituição Federal.

Antes o sistema era centralizado e monocrático, uma vez que as decisões emanavam única e hierarquicamente do Poder Judiciário por meio dos Juizados de Menores. Hoje a gestão é participativa, uma vez que garante uma co-gestão com a sociedade civil por intermédio dos conselhos paritários criados nas três esferas administrativas, isto é Nacional, Estadual e Municipal, garantindo a tomada de decisões democráticas.

Naquele modelo a centralidade local, tanto quanto com relação às decisões como com relação à execução, estava no Estado através do Judiciário; neste, a centralidade deslocou-se para o município por meio dos conselhos de direitos municipais e de suas políticas públicas voltadas ao atendimento das crianças e adolescentes.

Ao contrário da hierarquia anteriormente estabelecida, hoje, os órgãos que integram o sistema de garantia dos direitos da criança e do adolescente agem em rede que se compõe de conexões entre organizações destinadas aos atendimentos previstos em lei, com clara divisão de atribuições e competências. Integram esta rede: Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Polícias Civil e Militar, Conselhos de Direitos, Conselhos Tutelares, as Escolas, os programas de atendimentos e os sistemas de políticas públicas (saúde, educação, profissionalização etc.).<sup>42</sup>

42 BRANCHER, Leoberto Narciso. Organização e Gestão do Sistema de Garantia de Direitos da Infância e da Juventude. *In*: Pela Justiça na Educação. MARQUES, Antonio Emílio Sendin; BRANCHER, Leoberto Narciso (Coordenação-Geral). Brasília: FUNDESCOLA/MEC, 2000, p.114/157.

Percebe-se diante disto que o Brasil atingiu a maturidade em termos legislativos em relação ao direito da criança e do adolescente, seja no sentido de reconhecimento destes como titulares de direitos especiais, seja no sentido de criação de instrumentos jurídicos e administrativos para o oferecimento, garantia e reivindicação desses direitos, não se alcançando, por outro lado, o mesmo amadurecimento político e social que garantam na prática o efetivo exercício dessas garantias.

## **2. PRINCÍPIOS DE DIREITO PROCESSUAL NO ESTATUTO DE CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Princípios são o conjunto de regras ou preceitos que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica, exprimindo, portanto, sentido mais relevante do que a própria norma. São pontos que servem de partida ou de elementos vitais ao próprio direito. Compreende os fundamentos da Ciência Jurídica, onde se firmam as normas originárias ou as leis científicas do Direito, delineando as noções em que estrutura o próprio direito<sup>43</sup>.

Muitos são os princípios processuais apontados pela legislação, jurisprudência e doutrina, sendo certo que alguns doutrinadores enumeram dezenas deles em suas obras, a exemplo, Cármine Antônio Savino Filho em *Direito Processual Civil Resumido* que traz uma lista com 56 princípios<sup>44</sup>.

Evidente que este trabalho não comporta este preciosismo, razão pela qual serão abordados somente os princípios mais importantes apontados na doutrina, levando-se em conta a sua aplicação pela justiça da infância e da juventude.

O primeiro destes princípios, do qual decorrem todos os demais, é o do devido processo legal, elevado à garantia constitucional prevista no art. 5º, inc. LIV da Constituição Federal. De acordo com

43 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 12ª ed. Vol III. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 447.

44 SAVINO filho, Cármine Antônio. *Direito Processual Civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006, pp. 41 a 52.



ele, toda e qualquer consequência processual que possa a parte sofrer, seja no campo da liberdade como de seu patrimônio, deve decorrer de uma decisão prolatada ou proferida num processo que tenha tramitado de conformidade com a legislação<sup>45</sup>. Estando a Justiça da Infância inserida dentro do sistema processual nacional, é evidente a aplicação deste princípio em todos os seus procedimentos.

O princípio do contraditório pode ser erigido como um dos mais importantes princípios gerais de direito processual, pois indica uma garantia fundamental de justiça, inseparável da distribuição da justiça. É também conhecido como princípio da audiência bilateral<sup>46</sup>. Este princípio consiste em oportunizar a uma das partes tomar conhecimento da existência do pedido da outra, contraditar os argumentos da parte contrária, produzir e contrapor provas, valendo-se de todos os meios legais.

O contraditório está inserido dentro de outro princípio de igual importância, que é o da ampla defesa, quase que se confundindo um com o outro. Tamanha a identidade destes princípios que ambos foram elevados à condição de garantia constitucional, estando eles regulados por um único dispositivo (art. 5º, inc. LV – CF).

Estes princípios são garantidos em todo sistema processual, seja civil, penal ou administrativo, porém é no direito penal que eles ganham uma maior amplitude. Enquanto no processo civil a ausência de resposta do réu acarreta os efeitos da revelia, inclusive com a consequência da confissão ficta, no processo penal pode ocorrer a paralisação do processo se a citação for por via de edital (art. 366 do CPP). Mesmo que a citação seja pessoal, o procedimento criminal somente pode manter seu curso regular com nomeação de um defensor ao acusado. Importante ressaltar que a necessidade da presença do contraditório e da ampla defesa no processo penal não deve ser apenas formal, mas deve observar-se o aspecto substancial da defesa, uma vez que o acusado em processo criminal pode ser declarado indefeso se a

---

45 WAMBIER, Luiz Rodrigues (coordenador), ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. 9ª ed. Vol. 1. São Paulo: RT, 2007, p. 70.  
46 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria Geral do Processo. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 55.

defesa não obedecer a um padrão mínimo de qualidade, como se pode ver do parágrafo único do art. 261 do Código de Processo Penal.

É evidente a aplicação destes princípios no âmbito da Justiça da Infância e da Juventude, uma vez que estes decorrem de garantia constitucional, como se pode verificar no art. 111 do Estatuto de Criança e do Adolescente, concretizando-se a sua aplicação pelo art. 159, que determina a nomeação de defensor ao réu no processo de destituição do poder familiar; e do § 1º do art. 184 e § 2º do art. 186, com previsão de nomeação de advogado ao adolescente autor de ato infracional. Quanto à revelia, no procedimento para apuração de ato infracional atribuído ao adolescente, o Estatuto de Criança e do Adolescente também não autoriza o prosseguimento do feito sem a presença do adolescente (art. 184, § 4º e 187), a exemplo do Código de Processo Penal. A título de ilustração vejamos alguns julgados a respeito da aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa no âmbito da Justiça da Infância e da Juventude:

A decretação de internação pelo descumprimento reiterado e injustificado de medida anteriormente imposta, hipótese prevista no inciso III do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Estatuto de Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90), deve, necessariamente, ser precedida da oitiva do adolescente infrator (art. 111, V, do ECA), sob pena de ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (HC 81697/SP. Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA - DJ 06/08/2007 p. 598)<sup>47</sup>

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONFISSÃO. DESISTÊNCIA DE PRODUÇÃO DE OUTRAS PROVAS. APLICAÇÃO DA MEDIDA DE SEMILIBERDADE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA AMPLA

<sup>47</sup> <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=adolescente+e+defesa&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1> em 27/08/2007.

DEFESA. AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. NULIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. *WRIT* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

I - Tendo em vista que a tese suscitada não foi analisada pela e. Tribunal a quo, fica esta Corte impedida de examiná-la, sob pena de supressão de instância. (Precedentes).

II - A ampla defesa, um dos corolários do devido processo legal, é garantia processual aplicável também ao procedimento previsto na Lei n. 8.069/90, não sendo admissível o seu afastamento por iniciativa do defensor e do membro do Ministério Público. (Precedentes).

III - A aplicação de medida sócio-educativa de semiliberdade a adolescente, sem a devida instrução probatória, constitui constrangimento ilegal passível de reforma pela via do writ.

IV - É indispensável a juntada aos autos do laudo toxicológico definitivo, a fim de se comprovar a materialidade de infração equiparada ao tráfico ilícito de entorpecentes. (Precedentes). *Writ* não conhecido. *Habeas corpus* concedido de ofício (HC 76755 / RJ. Rel. Ministro FELIX FISCHER. DJ 20/08/2007 p. 300)<sup>48</sup>

Estatuto da Criança e do Adolescente. Remissão. Cumulação com medida sócio-educativa. Possibilidade. Descumprimento pelo menor. Conversão em internação. Ilegalidade. É ilegal a conversão em internação de medida sócio-educativa aplicada em sede de homologação de remissão do processo sem que o órgão ministerial ofereça representação contra os menores, garantindo-lhes o contraditório e ampla defesa. (TJRO 100.008.2005.003720-7 *Habeas*

<sup>48</sup> <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=adolescente+e+defesa&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3> em 27/08/2007.

*Corpus*. Rel: Desembargador Marcos Alaor Diniz Grangeia. 13/12/2006)<sup>49</sup>.

Decorre destes princípios ainda o da imparcialidade do juiz. Este princípio é inseparável da atividade jurisdicional, no qual o juiz se coloca entre as partes e acima delas, como primeira condição para exercer a sua função dentro do processo<sup>50</sup>. Não se deve aqui confundir imparcialidade com neutralidade, porquanto o juiz não é desprovido de vontade, pois sendo humano está suscetível a medos, traumas, preferências e experiências, o que se deve buscar na imparcialidade é o desinteresse do juiz no resultado do litígio, tratando igualmente as partes<sup>51</sup>.

Como se vê, o princípio da igualdade das partes é derivado do princípio da imparcialidade. Estes princípios são derivados de normativas internacionais, porquanto a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 estabelece em seu item X que “todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele” (grifo nosso)<sup>52</sup>.

Se de um lado é exigido do Estado-Juiz a sua imparcialidade e o dever de tratamento igualitário das partes, do outro também deve ser lembrado o princípio da lealdade das partes. O art. 14 do Código de Processo Civil informa que o termo “parte” deve ser entendido como “todos aqueles que de qualquer forma participam do processo”.

É também de interesse deste trabalho menção aos princípios da ação, ou dispositivo, e o da inércia do juiz. Segundo estes princípios, cabe à parte, ou seja, o titular do direito a ser protegido, colocar em movimento a máquina do Judiciário para a obtenção da solução de um conflito<sup>53</sup>. Este princípio emana do art. 2º do Código de Processo Civil,

49 <http://www.tj.ro.gov.br/cj/jsp/lista-acordaos.jsp> em 27/08/2007.

50 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINÖVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 51.

51 DIDIER Jr, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 8ª ed. vol. I. Salvador: Editora Podivm, 2007, p. 73.

52 In: [http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php) em 22/10/2007.

53 WAMBIER, Luiz Rodrigues (coordenador), ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. 9ª ed. Vol. 1. São Paulo: RT, 2007, p. 71.

onde consta que “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.”

Estes princípios foram introduzidos no Sistema de Justiça da Infância e da Juventude por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que, sob a égide do Código de Menores, o juiz tinha a iniciativa dos procedimentos, em especial nos casos de adolescentes infratores ou abandonados, como analisado no capítulo anterior.

Se no direito processual civil vige o princípio dispositivo, no direito penal, ao contrário, é o princípio da indisponibilidade da ação penal que tem maior aplicabilidade, norteador a conduta do Ministério Público, titular das ações penais incondicionadas e condicionadas.

No direito da criança e do adolescente, o princípio da disponibilidade está presente tanto nas ações de natureza civil como naquelas que tem origem a prática de um ato infracional. O Estatuto de Criança e do Adolescente introduziu em nosso sistema legal o instituto da remissão (art. 126 e 186, § 1º), onde o “Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional”.

No que se refere ao princípio da inércia, o Estatuto de Criança e do Adolescente ainda guarda duas exceções, uma prevista no art. 194 (Apuração de Infração Administrativa às Normas de Proteção à Criança e ao Adolescente) e outra no art. 191 (Apuração de Irregularidades em Entidade de Atendimento). Deve ser lembrado, entretanto, que estes procedimentos têm natureza administrativa e não jurisdicional<sup>54</sup>.

O princípio da disponibilidade concede ao titular do direito a possibilidade da escolha do exercício ou não da ação, não podendo, por outro lado, a legislação criar embaraços ao seu acesso ao Judiciário

---

54 BENEDITO, Ademir de Carvalho. *In: Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado* (CURY, Munir e outros – Coordenador). Op. Cit., p. 585.

em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, nos termos do art. 5º, inc. XXXVII da Constituição Federal<sup>55</sup>.

O Estatuto de Criança e do Adolescente em seu art. 141 é bem claro ao garantir o acesso à justiça por qualquer criança ou adolescente, permitindo ainda toda a assistência jurídica de que necessite para tanto.

Vige também no âmbito da Justiça da Infância e da Juventude o princípio do impulso oficial, no qual o desenvolvimento do processo é de atribuição do juízo, independentemente de manifestação da parte, como regulamentado no art. 262 do Código de Processo Civil. Este dispositivo processual é aplicável ao procedimento da infância e da juventude por força do art. 152 do Estatuto de Criança e do Adolescente.

O princípio da livre investigação das provas engloba os princípios da verdade formal e da verdade real. Era facilmente visível a separação destes princípios, o primeiro presente no processo civil e o segundo do processo penal. Com a evolução do direito processual, esta separação vem se tornando cada vez mais mitigada. A mitigação do princípio da verdade real no processo civil teve início a partir da visão publicista do processo, na qual o juiz deixou de ser um espectador da batalha judicial. Verificada a finalidade preponderante sociopolítico do direito processual, a função jurisdicional evidenciou-se como um poder dever, no qual se reúne interesse privado e do próprio Estado. Dentro deste contexto, verificou-se ainda que a função jurisdicional se tornou um instrumento de pacificação dos conflitos. Assim, além do impulso oficial, o juiz ganhou poderes para coletar de provas, dialogar com as partes e coibir condutas irregulares<sup>56</sup>.

No processo penal, a verdade formal ganha força quando o sistema processual não admite a revisão do processo em que houve a absolvição do acusado, ainda que surjam novas provas desfavoráveis a ele.

---

55 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rio. Novo Curso de Direito Processual Civil. 2ª ed. Vol I. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 32.

56 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria Geral do Processo. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 64.

Nos procedimentos de competência da Justiça da Infância e da Juventude, em razão de sempre se tratar de direitos indisponíveis, o princípio da verdade formal é bastante mitigado, mesmo naqueles procedimentos de natureza civil.

Logo nas Disposições Gerais, do Capítulo III, que trata dos procedimentos da Justiça da Infância e da Juventude, o Estatuto da Criança e do Adolescente já enuncia em seu art. 153 o poder investigatório da autoridade judiciária, autorizando esta a ordenar de ofício as providências necessárias para apuração dos fatos.

De igual modo, no procedimento de perda ou suspensão do poder familiar, o art. 160 autoriza o juiz a requisitar, de ofício, de qualquer repartição ou órgão público a apresentação de documento que interesse à causa. O mesmo poder é concedido ao juiz nos processos de colocação da criança ou adolescente em família substituta (adoção, guarda e tutela) – art. 169. Nos procedimentos para apuração de ato infracional atribuído a adolescente, aplica-se o mesmo princípio do direito penal, ou seja, o princípio da verdade real.

Ao analisar as provas, o juiz aplicará o princípio do livre convencimento, ou da persuasão racional. O livre convencimento não se confunde com a decisão arbitrária, pois a decisão deve obedecer critérios previamente estabelecidos em lei, e tem por base apenas elementos existentes no processo. Decorre daí outro princípio, o da motivação das decisões judiciais. Trata-se de mais um princípio elevado à categoria constitucional, pois que previsto no art. 93, IX da Constituição Federal.

O exemplo da presença deste princípio no Estatuto de Criança e do Adolescente é o disposto em seu art. 189 que estabelece critérios para aplicação ou não de medidas socioeducativas ao adolescente autor de ato infracional.

No direito brasileiro, todo ato processual deve ser público exceto aqueles em que se deve preservar a intimidade do interessado, em razão da aplicação do princípio, também constitucional, da publicidade. Ainda que restrito apenas aos interessados, o ato processual ainda é

tido como público, pois que deve ser do conhecimento das partes, com o fim de impedir os males dos juízos secretos e dos excessos<sup>57</sup>.

Nos procedimentos da infância e da juventude, quase sempre a publicidade dos atos processuais é restrita, porquanto o legislador estatutário tomou o cuidado de preservar a intimidade da criança e/ou do adolescente interessado no processo. Assim os arts. 143 e 144 trataram de regulamentar o assunto:

Art. 143. É vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional.

Parágrafo único. Qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificar a criança ou adolescente, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco, residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome.

Art. 144. A expedição de cópia ou certidão de atos a que se refere o artigo anterior somente será deferida pela autoridade judiciária competente, se demonstrado o interesse e justificada a finalidade.

O princípio da oralidade, para muitos doutrinadores, tem a grande vantagem de estabelecer o contato do juiz com as partes, possibilitando um julgamento mais justo e com maior resultado para a paz social. Tem este princípio por características principais a identidade física do juiz, a concentração dos atos processuais e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias<sup>58</sup>. Integra ainda o princípio da oralidade o princípio da imediatidade previsto no art. 446, II do Código de Processo Civil<sup>59</sup>.

57 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria Geral do Processo. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 69.

58 BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. Teoria Geral do Processo de Conhecimento. 6ª ed., p. 19, 6ª ed., p. 19. São Paulo: Saraiva, 2006. (Coleção Sinopse Jurídica – vol 11).

59 WAMBIER, Luiz Rodrigues (coordenador), ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. 9ª ed. Vol. 1. São Paulo: RT, 2007, p. 72.



O princípio da oralidade é amplamente previsto no Estatuto de Criança e do Adolescente, estando ele presente em todos os procedimentos regulados por ele, em especial no procedimento de apuração do ato infracional atribuído a adolescente (art. 171 a 190). Antes mesmo de iniciar a fase judicial do procedimento, o estatuto já usa deste princípio, quando o art. 179 determina que o adolescente apreendido em flagrante seja apresentado ao Ministério Público para sua oitiva informal, de seus pais, vítimas e testemunhas, em que o representante ministerial decidirá sobre o destino do procedimento (art. 180).

O adolescente será ouvido, juntamente com seus responsáveis pelo juízo, em que se decidirá, de imediato, sobre sua liberdade e aplicação de medida socioeducativa (art. 184 e 186).

Outro exemplo de aplicação do princípio da oralidade é no procedimento de adoção, nos termos do parágrafo único do art. 166, em que a autoridade judiciária ouvirá os pais biológicos da criança ou adolescente sobre a concordância com a adoção. Percebe-se que neste caso não é possível conceder a adoção apenas com a concordância dos pais colhida através de escrito extrajudicial<sup>60</sup>.

Todos os atos processuais devem ser praticados de forma menos onerosa possível às partes devido ao princípio da economia. A preocupação com um processo de resultado faz com que a análise das formalidades seja realizada, visando à finalidade pretendida e não a forma em si mesma. Decorrendo daí a regra do aproveitamento dos atos processuais, desde que não cause nulidade insuperável. Neste princípio, está ainda a preocupação de se chegar ao resultado final do processo com o mínimo de atividade processual, sem, contudo, haver o afastamento do devido processo legal<sup>61</sup>.

Por fim, cabe, aqui, uma análise ao princípio do duplo grau de jurisdição. Apesar de não estar expresso na Constituição Federal, este princípio integra o sistema processual, sendo ele um princípio

---

60 PELUSO, Antônio Cezar. In: Estatuto de Criança e do Adolescente Comentado. 3ª ed. Coordenação de Munir Cury e outros. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 510.

61 BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. Teoria Geral do Processo de Conhecimento. 6ª ed., p. 19. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 21 (Coleção Sinopse Jurídica – vol 11).

informativo do processo. Poucas são as decisões judiciais que não comportam o reexame por órgão de jurisdição superior. Dentre estas decisões, podemos mencionar a do art. 273 do Código de Processo Penal quando não for admitido o assistente de acusação. Este princípio é importante instrumento de controle interno da atividade do Poder Judiciário.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, apesar de fazer referência ao Código de Processo Civil, possui um sistema recursal próprio, com regras e prazos diferenciados. Uma inovação trazida pelo Estatuto de Criança e do Adolescente é a previsão do juízo de retratação no recurso de apelação (art. 198, VII). Importante ressaltar que, de regra, as apelações possuem apenas efeito devolutivo (198, VI).

Denota-se, por conclusão, que, com o advento do Estatuto de Criança e do adolescente, todos os princípios processuais passaram a ser inteiramente aplicáveis aos procedimentos da Justiça da Infância e da Juventude, enquanto que durante a vigência do Código de Menores e legislação correlata anterior, poucos deles se aproveitavam, uma vez que os procedimentos ali previstos eram desprovidos de qualquer garantia processual.

### **3. O PRINCÍPIO DA INFORMALIDADE E SUA APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE EM CONFRONTO COM AS GARANTIAS PROCESSUAIS.**

Com promulgação da Lei n. 9.099/95 que criou os Juizados Especiais Estaduais e mais tarde com a criação dos Juizados Especiais Federais pela Lei n. 10.259/01, a doutrina nacional passou a dar grande ênfase ao princípio da informalidade trazido explicitamente nesses marcos legais, como se vê no art. 2º daquela primeira: “o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.”

Na verdade, este princípio já constava há muito tempo em nossa legislação e era consagrado pelo disposto nos arts. 154 e 244 do Código de Processo Civil:

Art. 154. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

...

Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

A legislação civil também regulamenta este princípio. Exemplo disto é o disposto no art. 129 do revogado Código Civil, texto este repetido no Novo Código Civil, onde se lê:

Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

Este princípio também pode ser percebido no texto do art. 563 do Código de Processo Penal, no qual consta que “nenhum ato será declarado nulo, se a nulidade não resultar prejuízo”.

Mesmo a doutrina anterior à promulgação daquelas leis já fazia referência a este desapego à formalidade desnecessária, demonstrando uma maior preocupação com a instrumentalidade do processo. Neste sentido temos excelentes lições como de Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco.

Ao analisar a evolução do Direito Processual Brasileiro, Ada Pellegrini Grinover destaca a existência de três fases distintas, apontadas na terceira fase uma nova visão do processo como um instrumento de pacificação social e não como um fim em si mesmo:

- a terceira, em que pese o processualista torna a dirigir suas preocupações à técnica processual, utilizando-a para

revisitar os institutos processuais, a fim de adequá-los à nova realidade, no esforço de edificar um sistema apto a atingir os escopos, não só jurídicos, mas também sociais e políticos da jurisdição. E, ao mesmo tempo, revitalizados e dando impulso, num amplo quadro de política judiciária, aos meios alternativos de solução dos litígios.<sup>62</sup>

Já em 1987, Candido Rangel Dinamarco lançou a primeira edição da obra “A Instrumentalidade do Processo”. Ainda na introdução, o autor apresenta sua preocupação com o tema:

A nova perspectiva aqui proposta constitui motivo para a abertura do sistema processual aos influxos do pensamento publicista e solidarista vindo da política e da sociologia do direito. Pelo fio da instrumentalidade, o processo há de receber as lições que durante séculos negou-se a ouvir e sentir as críticas que jamais soube racionalizar. Racionalizando-as e aprendendo quais são os óbices atuais à plena realização da missão recebida, ele terá dado um passo enorme em direção ao desejado aperfeiçoamento.

Este estudo não tem a pretensão de inovar por inteiro e, transgredindo regras, princípios e métodos, chegar a solução de absoluta originalidade. Como a natureza, também a ciência do pensamento não costumam dar saltos muito bruscos. O que se pretende aqui é reconstruir o pensamento dos processualistas modernos e interpretar os rumos atuais de sua ciência, propondo algum passo em continuação à marcha e sua linha de direção adotada, para concluir com uma enfática mensagem ao espírito de todos quantos manipulam o instrumental da justiça.

(...)

Propõe-se a desmistificação das regras do processo e de suas formas e a correspondente otimização do sistema

---

62 GRINOVER, Ada Pellegrini. O Processo em Evolução. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 19.

para a busca da alcandorada *efetividade do processo* (grifo do original)<sup>63</sup>.

Seguindo essas profecias, o Direito Processual prosseguiu passo a passo em sua evolução, obtendo novos estatutos legais que consolidaram uma maior preocupação com o resultado do que com a forma. Dentre estes diplomas legais podemos mencionar o Código do Consumidor, Leis dos Juizados Especiais, Leis dos Juizados Especiais Federais e o Estatuto de Criança e do Adolescente.

Antes de se avançar sobre o tema, faz-se necessária a análise de uma questão. O art. 2º da Lei n. 9.099/95 afirma que o processo naquela justiça especializada será orientado pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. Estamos então falando de critérios ou princípios?

Para Humberto Ávila, princípios não apenas explicitam valores, mas indiretamente estabelecem espécies de comportamentos. São normas que estabelecem fundamento para determinado mandamento. São ainda diretivas de uma regulamentação jurídica existente ou passível de existência, mas que lhe faltam o caráter formal de proposição jurídica, daí ser o princípio jurídico um indicativo da direção em que está situada a regra formal<sup>64</sup>.

Para J. E. Carreira Alvim, o enunciado do art. 2º da Lei dos Juizados elenca verdadeiros princípios ainda que se refira a critério. Para este autor princípio é mais que um mero critério, pois, enquanto um princípio constitui a própria base lógico-jurídico-constitucional do sistema processual, o critério constitui um *modus faciendi* do processo. Em razão disto, entende que a simplicidade, a informalidade e celeridade indicam o modo de ser do processo nos juizados especiais, portanto são critérios, enquanto a oralidade e a economia processual são autênticos princípios<sup>65</sup>.

63 DINAMARCO, Cândido R. A Instrumentalidade do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p.10.

64 ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 17 e 27.

65 ALVIM, J. E. Carreira, ALVIM, Luciana Gontijo Carreira. Comentários à Lei dos Juizados Federais Especiais Cíveis. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2006, pp. 17/18.

Por outro lado, Joel Dias Figueira Júnior afirma que, mesmo tendo o legislador utilizado a expressão “critério”, se trata de verdadeiros princípios gerais. Para este autor, “princípios gerais do processo, também conhecidos por fundamentais, são aqueles previstos de maneira explícita ou implícita na Constituição e/ou na legislação infraconstitucional, como fontes norteadoras da atividade das partes, do juiz, do Ministério Público, dos auxiliares da Justiça, da ação do processo e do procedimento<sup>66</sup>.”

Este também é o entendimento de Ricardo Cunha Chimenti e Maria Ferreira dos Santos, pois afirmam que *critérios* “são autênticos princípios que constituem as bases do novo procedimento e diretrizes que norteiam toda a interpretação das normas a ele aplicáveis”, referindo-se ao art. 2º da Lei dos Juizados Especiais<sup>67</sup>.

A jurisprudência também tem tratado aqueles enunciados como princípios:

Para que incida o art. 3º da Lei n. 10.259/2001 e seja, consequentemente, fixada a competência dos Juizados Especiais Federais no caso de litisconsórcio ativo facultativo, impende considerar o valor de cada uma das causas individualmente considerado, não importando que a soma de todos eles ultrapasse o valor de sessenta salários mínimos. Entendimento diverso atentaria contra o princípio da economia processual e outros princípios que informam os juizados especiais, como a celeridade e a informalidade, pois cada autor teria de propor uma ação autônoma, solução que multiplicaria o número de feitos a serem apreciados e, em audiências diversas, julgados (STJ - REsp 794806/PR – Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO - DJ 10/04/2006 p. 152).

---

66 TOURINHO Neto, Fernando da Costa, e FIGUEIRA Júnior, Joel Dias Figueira. Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais – Comentários à Lei 9.099/1995. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 73.

67 SANTOS, Marisa Ferreira dos, e CHIMENTI, Ricardo Cunha. Juizados Especiais Cíveis e Criminais Federais e Estaduais. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 45 (Coleção Sinopses Jurídicas – Vol. 15, Tomo II).

Há evidente necessidade de diligências de maior complexidade para apuração dos fatos e da autoria, providências essas que incluem, aliás, o pedido em questão de quebra de sigilo de dados. Nesse contexto, muito embora o crime de dano, por definição legal, esteja enquadrado como de menor potencial ofensivo, dadas as circunstâncias, incompatíveis com os princípios que regem os Juizados Especiais, mormente o da celeridade e o da informalidade, deve o feito ser processado perante o Juízo de Direito Comum (CC 56786/DF – Rel. Ministra LAURITA VAZ - DJ 23/10/2006 p. 256).

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ACESSO À JUSTIÇA. JUIZADO ESPECIAL. PRESENÇA DO ADVOGADO. IMPRESCINDIBILIDADE RELATIVA. PRECEDENTES. LEI 9099/95. OBSERVÂNCIA DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. RAZOABILIDADE DA NORMA. AUSÊNCIA DE ADVOGADO. FACULDADE DA PARTE. CAUSA DE PEQUENO VALOR. DISPENSA DO ADVOGADO. POSSIBILIDADE. 1. Juizado Especial. Lei 9.099/95, art. 9º. Faculdade conferida à parte para demandar ou defender-se pessoalmente em juízo, sem assistência de advogado. Ofensa à Constituição Federal. Inexistência. Não é absoluta a assistência do profissional da advocacia em juízo, podendo a lei prever situações em que é prescindível a indicação de advogado, dados os princípios da oralidade e da informalidade adotados pela norma para tornar mais célere e menos oneroso o acesso à justiça. Precedentes. 2. Lei 9.099/95. Fixação da competência dos juízos especiais civis tendo como parâmetro o valor dado à causa. Razoabilidade da lei, que possibilita o acesso do cidadão ao Judiciário de forma simples, rápida e efetiva, sem maiores despesas e entraves burocráticos. Ação julgada improcedente. (ADI 1539/UF - UNIÃO FEDERAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Rel.: Min. MAURÍCIO CORRÊA - DJ 05/12/2003).

Outra questão que deve ser abordada é a diferenciação entre o princípio da informalidade e o da simplicidade.

Chimenti entende que a individualização desses princípios tem finalidade apenas didática, posto que na prática sua aplicação esteja sempre interligada<sup>68</sup>.

Igual entendimento encontramos em Figueira Júnior, que conclui que os princípios da simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade decorrem de um mesmo princípio constitucional previsto no inc. I do art. 98 da Carta Magna que é o princípio da oralidade.<sup>69</sup>

Outros autores, entretanto, fazem a distinção destes princípios, lembrando que, se houvesse identidade entre eles, não existiria a necessidade da menção de ambos no texto legal:

Ocorre que muitos juristas identificam, ou aproximam demasiadamente, os princípios da informalidade e da simplicidade. Entretanto, cabe salientar que informalidade significa negação da forma, evitando-se procedimentos desnecessariamente longos e com apego a formalidades despiciendas. Com efeito, o princípio da simplicidade possui uma faceta procedimental, o que, no particular, o aproxima do princípio da informalidade. Mas, de forma alguma, afiguram-se-nos como dois preceitos idênticos, até porque se o fossem, desnecessária seria também a inclusão de ambos no texto legal. Logo, a simplicidade não diz respeito tão somente ao procedimento, mas é imperativo que se observe também em relação ao vernáculo utilizado nos Juizados Especiais<sup>70</sup>.

---

68 SANTOS, Marisa Ferreira dos, CHIMENTI, Ricardo Cunha. Juizados Especiais Cíveis e Criminais Federais e Estaduais. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção Sinopses Jurídicas – Vol. 15, Tomo II), p. 45.

69 TOURINHO Neto, Fernando da Costa, e FIGUEIRA Júnior, Joel Dias Figueira. Op. Cit., p. 79.

70 CABRAL, Antonio do Passo. Filologia Jurídica: O Princípio da Simplicidade e o Acesso à Justiça nos Juizados Especiais. In: [http://www.filologia.org.br/vcnlf/analise%20v/civ2\\_08.htm](http://www.filologia.org.br/vcnlf/analise%20v/civ2_08.htm) em 2/9/2007.



Carreira Alvim também procura diferenciar esses princípios afirmando que o princípio da simplicidade impede a existência de incidentes processuais nos juizados especiais e cita como exemplo o pedido contraposto do réu, o qual entende ser incompatível com o procedimento desta justiça especializada. Já o princípio da informalidade diz respeito à forma dos atos processuais, e o autor recomenda que estes sejam praticados de maneira que não comprometam a sua finalidade, principalmente porque os atos processuais poderão ser praticados pela parte de forma oral ou escrita, sem que ela disponha de conhecimento técnico para peticionar<sup>71</sup>.

Esses princípios também foram objetos de conceituação por Wellington Soares da Costa. O autor afirma que a simplicidade tem por objetivo o afastamento da complexidade do contencioso e a informalidade enseja a mais concreta aplicação do princípio da instrumentalidade das formas<sup>72</sup>.

O fundamento para a existência e aplicação do princípio da informalidade é a necessidade de se dar maior agilidade aos procedimentos em que são aplicados, porque a forma do ato não tem um fim em si mesma, mas está a serviço da aplicação do direito<sup>73</sup>.

Em razão da aplicação do princípio da informalidade, aliado aos demais contidos no art. 2º da Lei n. 9.099/95, Fátima Nancy Andrigli, em palestra proferida na XVI Conferência Nacional dos Advogados, Fortaleza, 04 de setembro de 1996, afirmou que, a partir do advento desta lei, o Brasil passou a ter duas justiças, a dos juizados especiais e outra comum regida pelo Código de Processo Civil. Esta afirmação é feita ao comentar sobre a aplicação dos princípios inerentes aos juizados especiais, entre eles o da informalidade, lembrando que a sua adoção neste novo ordenamento jurídico possibilitou que se desse vazão a uma litigiosidade contida naquelas causas de menor expressão econômica:

---

71 ALVIM, J. E. Carreira, ALVIM, Luciana Gontijo Carreira. Comentários à Lei dos Juizados Federais Especiais Cíveis. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 20.

72 COSTA, Wellington Soares da. Comentários Sobre os Juizados Especiais Cíveis. In: [http://www.ripj.com/art\\_jcos/art\\_jcos/num16/art16/Wellington%20Soares.htm](http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num16/art16/Wellington%20Soares.htm) em 5/9/2007.

73 SANTOS, Marisa Ferreirados, CHIMENTI, Ricardo Cunha. Juizados Especiais Cíveis e Criminais Federais Estaduais. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção Sinopses Jurídicas – Vol. 15, Tomo II) p. 52.

O cidadão brasileiro, até o advento das referidas leis, era tomado pelo desânimo e tinha dificuldades para ter acesso ao ajuizamento de ação devido à morosidade e ao alto custo do processo. Neste especial aspecto reside o elastério da Lei n. 9.099/95, possibilitar que o cidadão violado no seu direito de pequena expressão econômica e de menor complexidade, reivindique-o, evitando a chamada “litigiosidade contida”, feliz expressão cunhada pelo Prof. Kazuo Watanabe, ou o exercício arbitrário das próprias razões, como tem acontecido em relação à contratação de pessoas para “executar despejo”, em virtude da ação de despejo ser de tramitação demorada e de alto custo.

Urge, pois, que se assimile a ideia de uma nova Justiça instituída com a Lei n. 9.099/95. Agora, o Poder Judiciário brasileiro está composto de duas justiças: uma tradicional, regida integralmente pelo Código de Processo Civil e outra especial regida pela Lei n. 9.099/95, a qual não comporta, sequer aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, salvo as quatro hipóteses previstas expressamente na lei (arts. 30, 51, 52 e 53), justamente com o fim de deixar estreme de dúvida o afastamento desta Justiça Especial do rigorismo das formas e do excesso de tecnicismo, e seu compromisso, firme com os princípios que a norteiam: oralidade, simplicidade, informalidade, celeridade e economia processual<sup>74</sup>.

Percebe-se então que o sistema processual dos juizados especiais vai além da preocupação com a visão instrumentalista do processo. Com a lição de Fátima Nancy Andrichi, podemos dizer que este sistema atinge o que Cândido Ragel Dinamarco chamou de escopo da jurisdição, em que demonstra que modernamente a jurisdição não deve ser vista apenas como meio de solução de lides, mas também para encarar tarefas relacionadas com a sociedade e o

74 ANDRIGHI, Fátima Nancy. Procedimentos e Competência dos Juizados Especiais. In: [http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/1386/1/Procedimentos\\_e\\_Compet%C3%Aancia\\_dos\\_Juizados\\_Especiais.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/1386/1/Procedimentos_e_Compet%C3%Aancia_dos_Juizados_Especiais.pdf) em 5/9/2007.

Estado, pois que a lei criadora deste sistema não conseguiu apenas agilizar as demandas judiciais com a finalidade de desafogar a carga de trabalho do Judiciário, mas sua preocupação foi ampliar e permitir o acesso de todos os cidadãos à justiça, independentemente do valor de sua demanda.

Por isso é que, hoje, todo estudo teleológico da jurisdição e do sistema processual há de extrapolar os lindes do direito e da sua vida, projetando-se para fora. É preciso, além dos objetivos jurídicos da jurisdição, encarar também tarefas que lhe cabem perante a sociedade e perante o Estado como tal. O processualista contemporâneo tem a responsabilidade de conscientizar esses planos, recusando-se a permanecer num só, sob pena de esterilidade nas suas construções, timidez ou endereçamento destoante das diretrizes do próprio Estado social<sup>75</sup>.

Diante dessas afirmações, em especial a conclusão da criação desta nova justiça defendida por Andrighi, podemos então aderir ao pensamento de alguns doutrinadores no sentido de que os juizados especiais passaram a constituir um microssistema, como defende Ana Maria Moreira Marchesan, Promotora de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

Mais do que uma simples lei, consubstancia ela um verdadeiro microssistema, instituindo uma nova maneira de se fazer justiça no país, guiada por vetores balizadores insculpidos em seu art. 2º: a oralidade, a simplicidade, a informalidade, a economia processual, a celeridade e a busca de soluções consensuadas<sup>76</sup>.

Vários outros autores também admitem a existência deste microssistema formado pelos juizados especiais, entre eles podemos mencionar Tourinho Neto e Figueira Junior:

---

75 DINAMARCO, Cândido R. A Instrumentalidade do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, pp. 212/213.

76 MARCHESAN, Ana Maria Moreira. A Lei n. 9.099/95 e o ECA. In: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id159.htm>.

Com a entrada em vigor da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1.995 (DOU 27/09/1995, p. 15.034-15.037) que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, introduziu-se no mundo jurídico um novo sistema ou, ainda melhor, um microssistema de natureza instrumental e de instituição constitucionalmente obrigatória (o que não se confunde com a competência relativa e a opção procedimental) destinado à rápida e efetiva atuação do direito, estando a exigir dos estudiosos da ciência do processo uma atenção toda particular, seja a respeito de sua aplicabilidade no mundo empírico como do seu funcionamento técnico-procedimental<sup>77</sup>.

Contrapondo-se à tendência das codificações do Século XIX, o moderno legislador tem preferido a promulgação de legislação mais específica, possibilitando a criação de vários microssistemas legais. Dentre eles, além dos Juizados Especiais, podemos mencionar o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Registro Público e a Lei de Locação<sup>78</sup>. Dentro deste raciocínio, podemos afirmar então que o Estatuto de Criança e do Adolescente também cria no ordenamento jurídico nacional um novo microssistema, pois que introduziu no Brasil o novo paradigma da proteção integral, reconhecendo a existência de direitos à criança e ao adolescente até então negados, e, ao mesmo tempo, traz regramentos de processo para o exercício destes direitos.

Essa especialização do Direito da Criança e da Juventude não passou despercebida dos autores desta seara jurídica. R. Limongi França, ao comentar o art. 6º do Estatuto de Criança e do Adolescente, equipara-o ao disposto no art. 5º da Lei de Introdução do Código Civil, conclui, entretanto, pela necessidade de uma interpretação diferenciada para alguns temas abordados no estatuto<sup>79</sup>:

77 TOURINHO Filho, Fernando da Costa, FIGUEIRA Júnior, Joel Dias Figueira. Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais – Comentários à Lei 9.099/1995. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 43.

78 SILVA, Fernando Borges da. O Código de Defesa do Consumidor: um microssistema normativo eficiente? em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7564> em: 8/9/2007.

79 FRANÇA, R. Limongi. In: Estatuto de Criança e do Adolescente Comentado. Coordenação de Munir Cury e outros. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 38.

A redação do art. 6º do Estatuto de Criança e do Adolescente basicamente repete a do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, podendo, mesmo, afirmar-se que a parte final acrescentada, a saber, a alusão a ‘direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento’ concerne *um realce de elementos* que já estão incluídos nas duas expressões básicas da parte inicial da regra em apreço.

Assim, as observações alinhadas à guisa dos preceitos do Direito Comum são estruturalmente válidas no que tange ao artigo do Estatuto.

Mas força é reconhecer que as referências da parte final constituem *um alerta* para o intérprete e aplicador do Direito, sobretudo no relativo à questão da ‘convivência familiar’ (Parte Geral), à ‘proteção’ do menor e do adolescente (Parte Especial, tít. II), ao ‘ato infracional’ (tít. III) e às ‘medidas sócio-educativa’ (cap. IV)” (destaques do original).

Nesta mesma esteira, Paulo Afonso Garrido de Paula<sup>80</sup> defende a ideia da necessidade desta interpretação diferenciada e justifica-se:

O paradigma da norma jurídica especial distingue-se daquela que regula relações interpessoais do mundo adulto exatamente em razão da inconstância de um dos seus sujeitos, envolvidos por rápidas e constantes modificações, relevadas pelo Direito como forma de atentar para as desigualdades de um dos partícipes da relação jurídica.

Em outras palavras, a criança e o adolescente é considerada(o) por aquilo que é, pondo-se como existente na atualidade com todos os seus atributos modificáveis, mas que não lhe retiram a essência. Ao invés, a

---

80 PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada. São Paulo: RT, 2002, p. 38.

consideração de seus caracteres mutáveis confirmam sua natureza, a criança e o adolescente.”

Este mesmo autor vai mais longe e defende a autonomia do Direito da Criança e do Adolescente. Discorrendo sobre a existência de normas de Direito Público e de Direito Privado, qualifica o direito da criança e do adolescente como “um conjunto de normas de titularidade dual, como direito sócio-individual”<sup>81</sup>, qualificando-o como um direito misto. Desta dualidade complementar, afirma o autor, nasce um novo ramo do direito:

Trata-se de um ramo autônomo: a normativa internacional e as regras constitucionais lhe dão a base; princípios próprios sua distinção; diplomas legais específicos o separam de outros ramos; didáticas particulares determinam o aprendizado das suas diferenças<sup>82</sup>.

Evidente que todos estes microssistemas, ainda que possuam regras materiais e processuais próprias, não constituem sistemas isolados do ordenamento jurídico como um todo e, desta forma, devem buscar de empréstimo os princípios gerais e dispositivos legais de outros sistemas para complementar suas lacunas, instrumentalizando seus processos na busca do resultado pretendido.

Nos juizados especiais, como demonstrado, a justificação para a aplicação dos princípios previstos no art. 2º da Lei 9.099/95, em especial o da informalidade, é a necessidade de uma rápida e desburocratizada prestação jurisdicional para atender a uma demanda reprimida, facilitando o acesso à justiça para atendimento de causas de valores de menor expressão econômica e crimes de menor potencial ofensivo.

De igual modo, na Justiça da Infância e da Juventude também existe essa preocupação com a imediata prestação jurisdicional, dado o caráter peculiar da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento, pois no dizer de Garrido de Paula “a infância e adolescência atravessa a vida com a rapidez da luz, iluminando os

81 PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Op. Cit., p. 40.

82 PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Op. Cit., p. 42.

caminhos que conduzem à consolidação de uma existência madura e saudável<sup>83</sup>. O retardamento da prestação jurisdicional em qualquer situação envolvendo a criança e/ou adolescente pode tornar inócua a decisão. Desta forma o aplicador do direito não pode se prender a formalidades inúteis, deve sim preocupar-se na rápida solução do problema apresentado. Mais que em qualquer outro ramo do direito, aqui se deve aplicar integralmente a lição de Dinamarco, como se viu anteriormente, no que diz respeito ao escopo da jurisdição, em seu aspecto político e social.

Garrido de Paula ainda nos lembra que a tutela jurisdicional deve ser adequada às especificidades do direito material, justificando, desta forma, a necessidade da existência de uma tutela diferenciada para instrumentalizar a proteção desse direito:

Tutela jurisdicional diferenciada, portanto, é aquela que atende às peculiaridades do direito material, no seu conteúdo e extensão, impondo ato de validação concorde com os princípios determinantes de sua formulação. Tecnicamente se expressa através da estratégia legislativa dos procedimentos especiais ou mediante a criação de microssistemas, onde o reconhecimento jurídico de certos interesses diferenciados impôs, considerado o direito processual comum, forma diversa de condução dos processos ou na maneira de se distribuir justiça, inclusive com distinções em relação às regras usuais de acesso à justiça e no que diz respeito à eficácia objetiva da coisa julgada<sup>84</sup>.

O autor defende a existência dessa tutela diferenciada aos microssistemas existentes no ordenamento jurídico, mencionando, expressamente, as categorias de direitos relacionados ao meio ambiente, consumidor, juizados especiais, e à infância e juventude, afirmando que estes microssistemas “possuem traços em comum, entre os quais a ruptura total ou parcial, como sistema geral de resolução de conflitos e a priorização entre as partes como forma de solução”.

---

83 PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada*. São Paulo: RT, 2002, p. 39.

84 PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Op. Cit.*, p. 76.

Aqui, como fundamento desta tutela diferenciada para a infância e juventude, o autor volta a insistir na “prevenção e urgência, impondo um proceder rápido e que sirva substancialmente como instrumento de inclusão, evitando ou transpondo a situação de marginalidade para a de cidadania<sup>85</sup>”.

Esta preocupação do autor foi também demonstrada pelo legislador, como se pode verificar do parágrafo único do art. 148 do Estatuto de Criança e do Adolescente, porque que trouxe para a competência da Justiça da Infância e da Juventude matérias ordinariamente pertencentes a outras esferas do Poder Judiciário. Assim, sempre que se verificar que a criança ou o adolescente se encontrar com seus direitos violados ou ameaçados por alguma das hipóteses previstas no art. 98 dessa mesma lei, a competência para conhecer e decidir sobre a matéria será deslocada para a justiça especializada, uma vez que se presume que aqui a decisão será alcançada com maior agilidade e rapidez, dados os princípios próprios que regem este microsistema legal.

Dentro do princípio da informalidade, como observa Tourinho & Figueira, “nada obsta que o juiz busque soluções alternativas de ordem procedimental para obter uma prestação da tutela jurisdicional mais rápida e hábil a adequar a ação de direito material àquela de direito processual”, porém não se pode esperar que possa transformar o processo num *minus*, desprezando os demais princípios dispositivos com o duplo grau de jurisdição, o contraditório, ampla defesa, em suma, do devido processo legal<sup>86</sup>.

Como vimos no capítulo anterior deste trabalho, todos os demais princípios processuais são inteiramente aplicáveis aos procedimentos previstos no Estatuto de Criança e do Adolescente, os quais, como se vê da afirmativa extraída dos ensinamentos de Tourinho & Figueira, não podem ser menosprezados na busca apenas de uma solução rápida para o problema apresentado, cabendo ao aplicador do

85 PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada. São Paulo: RT, 2002, p. 90.

86 TOURINHO Filho, Fernando da Costa, FIGUEIRA Júnior, Joel Dias Figueira. Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais – Comentários à Lei 9.099/1995. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.79.



direito a difícil tarefa de buscar o equilíbrio entre preservar as garantias processuais e a aplicação da informalidade. Esta deve ser buscada sem a supressão, inclusão ou substituição de fases processuais essenciais ao exercício destas garantias. No âmbito da justiça da infância e da juventude, a jurisprudência tem sido bastante vigilante neste sentido, não admitindo a supressão dessas garantias.

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. REGIME DE SEMILIBERDADE. PRÁTICA DE NOVO ATO INFRACIONAL: FURTO. MEDIDA DE INTERNAÇÃO. INAPLICABILIDADE. LEI 8.069/90, arts. 101, 112, VII, 113 e 122. I. - Compete ao juízo de mérito da ação socioeducativa, após o procedimento de apuração do ato infracional no qual sejam asseguradas as garantias do contraditório e da ampla defesa, a aplicação das medidas de internação previstas nos incisos I e II do art. 122 do ECA. II. - Não há falar em “internação-substituição” com fundamento no art. 113 do ECA, dado que a substituição somente é aplicável quanto às medidas específicas de proteção. Precedentes. III. - H.C. deferido (STF - HC 85503/SP Rel: Min. CARLOS VELLOSO - DJ 26-08-2005 PP-00065)

Defesa e *due process*: aplicação das garantias ao processo por atos infracionais atribuídos a adolescente. 1. Nulidade do processo por ato infracional imputado a adolescentes, no qual o defensor dativo aceita a versão de fato a eles mais desfavorável e pugna por que se aplique aos menores medida de internação, a mais grave admitida pelo Estatuto legal pertinente. 2. As garantias constitucionais da ampla defesa e do devido processo penal - como corretamente disposto no ECA (art. 106-111) - não podem ser subtraídas ao adolescente acusado de ato infracional, de cuja sentença podem decorrer graves restrições a direitos individuais, básicos, incluída a privação da liberdade. 3. A escusa do defensor dativo de

que a aplicação da medida sócio-educativa mais grave, que pleiteou, seria um benefício para o adolescente que lhe incumbia defender - além do toque de humor sádico que lhe emprestam as condições reais do internamento do menor infrator no Brasil - é revivescência de excêntrica construção de Carnellutti - a do processo penal como de jurisdição voluntária por ser a pena um bem para o criminoso - da qual o mestre teve tempo para retratar-se e que, de qualquer sorte, à luz da Constituição não passa de uma curiosidade (STF – RE 285571/PR - Rel: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - DJ 06/04/2001 PP-00104)

*HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO TIPIFICADO NO ART. 157, § 3º, C/C O ART. 14, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. DESISTÊNCIA DA PRODUÇÃO DE OUTRAS PROVAS. CERCEAMENTO DE DEFESA.*

O pleno direito de defesa, garantido na Constituição Federal, além de ser irrenunciável, não cabendo às partes dele dispor, consagra que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. (Precedentes). Ordem concedida (STJ - HC 39548/SP – HABEAS CORPUS – Rel.: Ministro FELIX FISCHER - DJ 16/05/2005 p. 372).

Outrossim, ainda em face do mencionado princípio da ampla defesa, nula a sentença condenatória, haja vista que indispensável, nas medidas impostas ao menor acusado de prática de ato infracional equiparado a tráfico de entorpecentes, que a materialidade esteja comprovada pelo laudo toxicológico definitivo, nos termos exigidos pela Lei 6.368/76. Precedente do STJ (STJ - RHC 15559/SP - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS – Rel. Ministra LAURITA VAZ - DJ 02/08/2004 p. 424).

Adoção – Não concordância expressa da mãe – Revelia desta que não induz o efeito da confissão – Indispensabilidade do contraditório – Inicial omissa às causas justificadoras da perda do pátrio poder – Cerceamento de defesa e violação ao devido processo legal – Infringência ao art. 156 do ECA – Apelo provido para reconhecer a inépcia e para julgar extinto o processo sem julgamento de mérito (TJSP, Ap. 30.803-0/0, rel. Oliveira Passos)<sup>87</sup>.

De outra forma não poderia ser o posicionamento da doutrina especializada:

Constata-se que o legislador brasileiro estendeu todas as garantias processuais constitucionais aos adolescentes, especialmente quanto ao direito ao devido processo legal. Na legislação estatutária foram regulamentados os dispositivos processuais contidos na Constituição e foi criado um rito de procedimento específico, que pode ser aplicado quando couber, em combinação com a legislação vigente no país. Portanto, não existe justificativa para que os operadores jurídicos não respeitem as garantias processuais sob o argumento de ausência de legislação<sup>88</sup>

Assim, conclui-se que o Estatuto de Criança e do Adolescente veio consolidar o que a Constituição Federal já havia estabelecido em seu art. 227, reconhecendo o adolescente como sujeito de direito no mais amplo aspecto, envolvendo inclusive as garantias processuais, em que pese o dever do aplicador do direito sempre que necessária a busca de uma solução jurídica para os problemas apresentados, buscá-la numa forma mais simples, informal e ágil possível, dada a condição peculiar da criança e do adolescente de pessoa em desenvolvimento, sem, entretanto, desprezar as garantias processuais.

87 CURY, Munir, PAULA, Paulo Afonso Garrido de, MARÇURA, Jurandir Norberto. Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 140/139.

88 COSTA, Ana Paula Motta. As Garantias Processuais e o Direito Penal Juvenil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed, 2005, p. 164

#### **4. PONTOS DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INFORMALIDADE NO ESTATUTO DE CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Desta forma, a par dos princípios próprios do microsistema da infância e da juventude estabelecido no art. 141 e seguintes, pelos motivos retro expostos conclui-se que o princípio da informalidade é inteiramente compatível com os procedimentos previstos no Estatuto de Criança e do Adolescente.

Podemos dizer que o princípio da informalidade no âmbito da Justiça da Infância se inicia com o estabelecimento das competência dos juízes, como se pode ver do art. 149 do Estatuto de Criança e do Adolescente, que estabelece:

Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará:

I - a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em:

- a) estádio, ginásio e campo desportivo;
- b) bailes ou promoções dançantes;
- c) boate ou congêneres;
- d) casa que explore comercialmente diversões eletrônicas;
- e) estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão.

II - a participação de criança e adolescente em:

- a) espetáculos públicos e seus ensaios;
- b) certames de beleza.

Percebe-se que o legislador se mostrou sábio ao atribuir ao juiz local a possibilidade de disciplinar tais situações. Em possuindo o Brasil um território continental com múltiplas culturas e regiões com graus de desenvolvimento variados, não poderia o legislador

federal prever e regulamentar adequadamente a ocorrência de cada um desses fatos. Aplicar uma legislação unitária para todo o país poderia ser inócua ou impraticável, porque uma circunstância, que poderia ser considerada normal e corriqueira num grande centro, não teria a mesma aceitação numa cidade interiorana. Ademais, com a facilidade de acesso aos meios de comunicação, é inegável que os usos e costumes da população, em geral, se tornaram uma constante evolução. Assim, é evidente que o processo legislativo, que é moroso por natureza, não poderia acompanhar estas constantes mudanças. Desta forma, visando uma adequada disciplina desta matéria, seja para adaptá-la aos costumes locais, seja para adequá-la ao movimento de evolução social, o legislador delegou ao Juiz da Infância e da Juventude a possibilidade de disciplinar tais matérias, simplificando e trazendo agilidade à normatização (anexo - 1).

Evidente que o legislador não delegou ao magistrado o processo legislativo, limitando este poder a casos concretos e individualizados, devendo o ato ser fundamentado. Veja neste sentido a orientação jurisdicional<sup>89</sup>:

ECA. PORTARIA REGULANDO INGRESSO DE ADOLESCENTES AO ABOLITAMENTO DO INTERESSE PÚBLICO NA EDUCAÇÃO E PROTEÇÃO DE ADOLESCENTES SE SOBREPÕE AO INTERESSE MERCANTILISTA DO COMERCIANTE. MOSTRA-SE EQUILIBRADA A DECISÃO LIMITATIVA ESTABELECIDA NA PORTARIA, QUE REGULA SITUAÇÃO ESPECÍFICA, ADEQUADA AS PECULIARIDADES LOCAIS. INTELIGÊNCIA DO ART-149 DO ECA. RECURSO DESPROVIDO. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 598015469, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES, JULGADO EM 15/04/98).

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO JUIZ DA INFÂNCIA E DA ADOLESCÊNCIA. PORTARIA

89 In: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/jurisp/idt269.htm> em 18/9/2007.

JUDICIAL EXPEDIDA COM BASE NOS ARTS. 146 E 149, INCISO I, LETRA D, DO ECA, PROIBINDO, MODO GENÉRICO, O INGRESSO DE MENORES DE 18 ANOS EM ESTABELECIMENTOS QUE EXPLOREM FLIPERAMA. IMPOSSIBILIDADE DO JUIZ EDITAR REGRAS ESTABELECENDO LIMITES ETÁRIOS À DETERMINADA DIVERSÃO NÃO LEGALMENTE VEDADA A MENORES SENÃO APÓS VERIFICAR, POR SINDICÂNCIA, A INADEQUAÇÃO DO LOCAL A TAL FREQUÊNCIA. REJEITADA A PRELIMINAR, CONCEDERAM A SEGURANÇA. UNÂNIME. (595 051 772, RECURSO INDETERMINADO, OITAVA CÂMARA CÍVEL, REL. DES. LÉO AFONSO EINLOFT PEREIRA, JULGADO EM 25/05/95).

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MENORES DE 14 ANOS. ENTRADA E PERMANÊNCIA EM BAILES E DESFILES DE RUA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. LEI Nº 8.069/90 - ART. 149, I E II. 1. Adstrita a portaria que proíbe entrada e permanência de menores de 14 anos em bailes carnavalescos e folias de rua, após as 20 horas desacompanhados de pais ou responsáveis à norma contida na Lei n. 8.069/90, art. 149, I e II, não há vez para acoimá-la de ilegal ou abusiva ou causadora de constrangimento ilegal quanto à liberdade de ir e vir. 2. Recurso a que se nega provimento. (STJ, RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 10.600 - MARANHÃO, Quinta Turma, Relator: Min. Edson Vidigal, Data do Julgamento: 16 de dezembro de 1999).

MENOR DE DEZOITO ANOS - Permanência, após as 20 horas, em casa que explora diversões eletrônicas - Proibição constante de portaria expedida pelo juiz - Auto de Infração regularmente elaborado, nos moldes do artigo 194 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90)

- Infração administrativa comprovada - Aplicação de pena de multa prevista no artigo 258 do mesmo Estatuto
- Recurso improvido. (TJPR - Recurso de apelação n. 940094-4, de Rolândia, Vara Criminal e de Menores, Rel. Des. Tadeu Costa, ac. n. 7187, j. 20/02/95).

Em seguida, quando o estatuto passa a regulamentar os procedimentos nele previstos, dispõe em seu art. 153 que “se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto nesta ou em outra lei, a autoridade judiciária poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público.” Percebe-se desta diretriz que foi conferido ao juiz ampla liberdade de ação, possibilitando o afastamento de formalismos para livremente investigar fatos e determinar providências necessárias, e a doutrina tem entendido que esta liberdade deve ser aplicada apenas nos procedimentos de jurisdição voluntária<sup>90</sup>.

Esta regra tem bastante utilidade nos procedimentos da Justiça da Infância e da Juventude, pois que, em matéria processual, o legislador foi bastante econômico ao elaborar o Estatuto de Criança e do Adolescente, possibilitando então esta liberdade para o juiz estabelecer alguns procedimentos, de modo a buscar maior agilidade na prestação jurisdicional.

#### **4.1 Procedimento Para Inscrição Para Adoção**

Como primeiro exemplo de aplicação desta regra, podemos mencionar o procedimento para inscrição de pessoas interessadas à adoção prevista no art. 50 do Estatuto de Criança e do Adolescente, em que o texto legal se limita a dizer da necessidade da existência de um registro de crianças e adolescentes em condições para serem adotadas e de pessoas interessadas em adoção, não trazendo nenhuma regulamentação quanto ao procedimento para essa inscrição. A regulamentação que se segue no art. 51 se refere a pessoas estrangeiras interessadas em adoção, em que se adota a regulamentação com maior formalidade.

---

<sup>90</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 137/138 e 139.

Evidente que, por ser tratar de um procedimento de natureza administrativa, essa inscrição dever ser o mais informal possível, cujo objetivo seja apenas o cumprimento dos requisitos dos §§ 1º e 2º do art. 50. Assim, o pedido poderá ser realizado por meio de formulário (anexo 2) colocado à disposição dos interessados pelo próprio Juizado da Infância, que, após preenchido, anexados os documentos necessários e distribuídos, será de imediato remetido aos órgãos técnicos do juízo para estudo e confecção de laudo, seguindo-se a remessa ao Ministério Público para parecer. Somente com estas providências é que o processo vai à conclusão para o deferimento ou não da inscrição. Nota-se que não se faz necessária a existência de despachos interlocutórios, sendo todo o procedimento impulsionado pelos próprios setores que atuam nele.

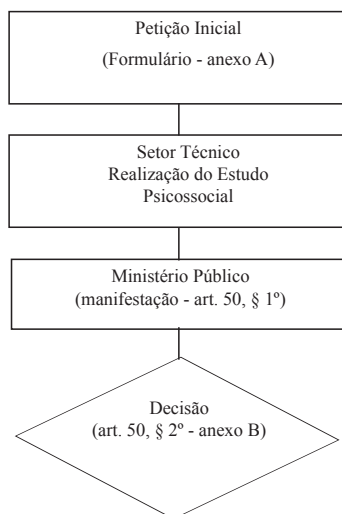


Figura 1: Fluxograma do Procedimento para Inscrição para Adoção.

A decisão também deve ser breve e simples, não havendo a necessidade de seu registro em livro por tratar-se de decisão administrativa (anexo 3).



#### 4.2 Procedimento para Destituição do Poder Familiar

Os demais procedimentos regulamentados no Estatuto de Criança e do Adolescente (Título VI, Capítulo III) também primam pela informalidade em busca da agilidade processual, mesmo naqueles procedimentos que demandam a presença do contraditório, como no caso do procedimento para a perda ou suspensão do Poder Familiar (art. 155 e seguintes), sendo esta também a opinião de Wilson Donizeti Liberati<sup>91</sup>:

Não se pode esquecer, todavia, que o procedimento é relativo à perda ou à suspensão do pátrio poder, em virtude da importância do fato para o reordenamento familiar, e, ancorado pela urgência da prioridade absoluta, o juiz deverá velar pela rapidez do procedimento até a sua conclusão, com a sentença.

Desta forma o texto legal estabelece um procedimento sumário, dispensando fases interlocutórias desnecessárias à conclusão do feito, a exemplo do despacho saneador. A inicial e a contestação devem indicar as provas a serem produzidas, apresentando ainda o rol de testemunha. O prazo para contestar é reduzido, e a contestação também indicará as provas a serem produzidas e o rol de testemunhas. Toda a prova, inclusive parecer técnico, será colhido em audiência, e a sentença deve ser prolatada, aplicando-se o princípio da oralidade em sua inteireza.

Neste procedimento, os autos precisarão ir à conclusão apenas para o despacho inicial (anexo - 4), em que, constando a presença das condições da ação e pressupostos processuais, o juiz mandará citar a parte-ré, determinará a realização de estudo social. É salutar que se designe audiência de instrução e julgamento desde logo, porque no ato de citação a parte ré poderá ser intimada para aquele ato, poupando a repetição de diligência. Ainda que a citação se dê por via editalícia, ou não haja contestação, a audiência de instrução é necessária, pois não se operam os efeitos da revelia por se tratar de direito indisponível.

---

91 LIBERATI, Wilson Donizeti. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 150.

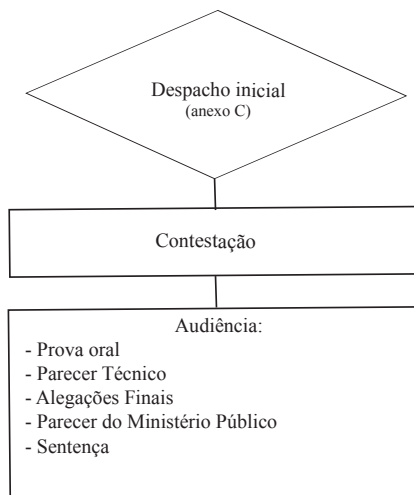


Figura 2: Fluxograma do Procedimento para Destituição do Poder Familiar.

#### 4.3. Procedimentos para Colocação de Crianças e Adolescente em Família Substituta

No procedimento para colocação de crianças ou adolescentes em família substituta, o princípio da informalidade se apresenta de forma mais explícita, em especial nos procedimentos de jurisdição voluntária. Essa informalidade se revela através do disposto no art. 166, onde se vê que no caso dos pais da criança ou adolescente “forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do pátrio poder, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes”. É dispensável, portanto, a intervenção de advogado neste procedimento:

É desnecessária a representação por advogado tendo em vista a inexistência de lide. Neste sentido: “Para

a colocação de menor em família substituta, tendo havido expressa concordância dos pais, não há como exigir-se o requerimento por advogado, bastando petição assinada pelos requerentes, de acordo com o art. 166 da Lei 8.060/90” (RT 669/77)<sup>92</sup>.

A petição inicial também pode ser apresentada através de formulários previamente preparados para esta finalidade (anexo – 5 e 6).

Nos pedidos de adoção, guarda ou tutela pelo procedimento voluntário, o despacho inicial (anexo – 6) será necessário apenas para o fim de se decidir sobre a guarda provisória e fixação do período do estágio de convivência, em se tratando de adoção (art. 167).

Naqueles casos em que os requerentes já possuam a guarda da criança ou adolescente, os autos não precisam ir à conclusão, pode-se remetê-los diretamente ao setor técnico para estudo do caso. Os próprios técnicos, sob orientação do juiz (art. 162, § 4º do CPC), depois de concluído o estudo, pode agendar, se necessário, audiência para tomada de depoimento dos pais biológicos e/ou adotando. Na audiência, também se poderá colher o parecer técnico, caso este não tenha sido apresentado por escrito nos autos. O parecer do Ministério Público poderá ser apresentado oralmente em audiência, ainda que o art. 168 preveja prazo para esta finalidade, proferindo-se sentença no mesmo ato.

Quando os pais biológicos forem desconhecidos ou já estiverem destituídos do poder familiar e o adotando for recém-nascido não será necessária a audiência. Neste caso, realizado o estudo psicossocial, os autos serão remetidos ao Ministério Público para parecer e, somente então, irá à conclusão para sentenças. Assim não haverá nenhuma decisão interlocutória. Importa observar ainda que a distribuição e autuação das petições iniciais sempre serão realizados pelo escrivão, sem a necessidade de despacho judicial, nos termos do art. 166 do CPC.

---

92 CURY, Munir, PAULA, Paulo Afonso Garrido de, MARÇURA, Jurandir Norberto. Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 146.

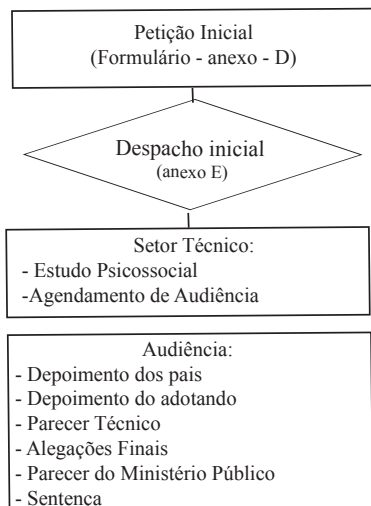


Figura 3: Fluxograma do procedimento para colocação de criança e adolescente em família substituta em que os requerentes não possuem a guarda da criança (com despacho inicial).

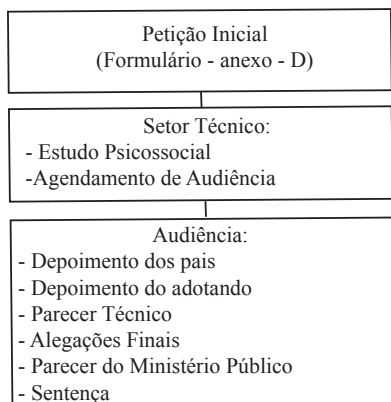


Figura 4: Fluxograma do procedimento para colocação de criança e adolescente em família substituta em que os requerentes possuem a guarda da criança (sem despacho inicial).

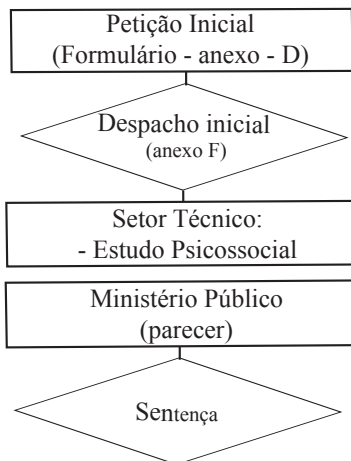


Figura 5: Fluxograma do procedimento em que os pais biológicos são falecidos ou foram destituídos do poder familiar, (com despacho inicial).

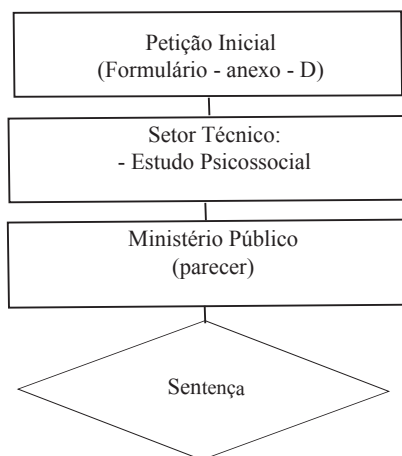


Figura 6: Fluxograma do procedimento onde os pais biológicos são falecidos ou foram destituídos do poder familiar e os requerentes já possuem a guarda da criança ou do adolescentes (sem despacho inicial).

Na tomada de depoimentos dos pais biológicos, além do princípio da oralidade, impera também a informalidade, pois que, se presentes ambos os pais, poderão ser ouvidos num único termo, e o Ministério Público poderá perguntar diretamente, sem interferência do juiz, segundo inteligência do parágrafo único do art. 166, que assinala que “eles serão ouvidos pela autoridade judiciária e pelo representante do Ministério Público, tomando-se por termo as declarações.” É recomendado que o adotando seja ouvido separadamente para evitar constrangimentos à criança ou ao adolescente, pois ele poderá se ver numa situação de escolha entre os pais biológicos e os adotantes.

Em sendo necessário instalar o contraditório, o procedimento seguirá aquele fixado para os casos de suspensão ou perda do poder familiar (art. 169).

#### **4.4 Procedimento para Apuração de Ato Infracional Atribuído a Adolescente**

No procedimento para apuração de ato infracional atribuído a adolescente, o princípio da informalidade também pode ser largamente utilizado.

De início nos chama a atenção o disposto no parágrafo único do art. 173 do Estatuto de Criança e do Adolescente, onde se verifica que, nos casos de atos infracionais praticados sem uso de violência ou grave ameaça à pessoa, não é necessária a lavratura do auto de apreensão em flagrante, podendo este ser substituído por boletim de ocorrência circunstanciado. Neste caso o legislador estatutário, ao dispensar a lavratura do auto de flagrante foi pioneiro, antecipando-se à legislação aplicada aos juizados especiais, porque neste se previu o uso do termo circunstanciado no caso de prática de crimes de menor potencialidade ofensiva. Ainda que dispensado o flagrante, permanece a necessidade da prática das providências dos inc. II e III do art. 173, porque não será possível a aplicação de medidas socioeducativas restritivas de liberdade sem a comprovação da autoria e materialidade do ato infracional.

Da leitura do procedimento para apuração de ato infracional, verifica-se que não se faz necessária a instauração de inquérito policial.

No art. 175, consta que em caso de não liberação do adolescente, ou seja, quando houver a lavratura do Auto de Apreensão em Flagrante (art. 173, I e 174 parte final), a autoridade policial encaminhá-lo-a, desde logo, ao representante do Ministério Público, “juntamente com cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência”. Já o art. 176 afirma que, em havendo a liberação do adolescente, a autoridade policial encaminhará apenas a referida documentação. Mesmo naqueles casos que não houve flagrante, porém constatada a existência de indícios de participação de adolescente na prática de ato infracional, a autoridade policial produzirá apenas um relatório de investigação, que será encaminhado ao Ministério Público, como se vê do art. 177. Neste mesmo sentido é a posição de José de Farias Tavares<sup>93</sup>:

Fora do Flagrante, porém ante indicadores inequívocos de ocorrência infracional, a Polícia fará investigações, sem apreensão, claro, e sem interrogatório do indigitado adolescente, remetendo as informações ao Promotor de Justiça especializado. Observe-se que não se trata de Inquérito Policial, por inadmissível no regime estatutário.

Percebe-se, portanto, que a dispensa do inquérito, veio em prol da agilização do procedimento, evitando-se maiores delongas na fase policial, dispensando providências como indiciamentos, boletins de vida pregressa, identificações, etc., uma vez que desnecessárias à apuração dos fatos. Preferiu o legislador a objetividade do princípio da informalidade. Assim, a fase policial se resume à lavratura do Auto de Apreensão em Flagrante (art. 173, I), confecção do Boletim de Ocorrência Policial (art. 173, parágrafo único) ou ao relatório das investigações (art. 177). Sem prejuízo das providências dos incs. II e III do art. 173, como já mencionado anteriormente.

Tomadas qualquer das providências acima indicadas, a fase seguinte ocorrerá no Ministério Público para cumprimento do disposto no art. 179. Aqui também o princípio da informalidade deve estar presente, porque o próprio texto legal recomenda que o adolescente seja ouvido de imediato e informalmente pelo Ministério Público,

---

93 TAVARES, José de Farias. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 146

e, em sendo possível, também seus pais ou responsáveis, vítima e testemunhas. A informalidade neste caso se prende ao fato de não existir a necessidade de se tomarem por termo os depoimentos, e, se necessário, o Ministério Público poderá reduzir a um único termo o resumo de todas as declarações<sup>94</sup> (anexo 7).

Existe entendimento jurisprudencial (REsp 662499/SC - Ministro FELIX FISCHER - DJ 14/02/2005) no sentido de que esta audiência possa ser dispensada pelo Ministério Público, porém o entendimento da doutrina, com base na jurisprudência dos Tribunais Estaduais, é pela obrigatoriedade deste ato:

Essa “audiência informal” é necessária por duas justificativas básicas: a) a busca de informações e elementos circunstanciais do fato, que possibilita o Promotor de Justiça promover o arquivamento ou conceder a remissão como forma de extinguir o procedimento; e b) possibilita ao autor do ato infracional discutir seus atos e convencer o Promotor de Justiça a conceder-lhe remissão ou até mesmo o arquivamento dos autos (TJSP, ACv 17.743-0 Rel. Lair Loureiro)<sup>95</sup>.

É direito do adolescente ser ouvido pelo Promotor de Justiça, antes do oferecimento da representação – A providência é, então, obrigatória – Mas se o adolescente preferiu não atender o chamamento que lhe fizer o Ministério Público, apesar de cientificado pessoalmente do ato que se realizaria, força é convir que ele abriu mão do direito que a lei lhe confere (TJSP Ap. 20135-0/2, rel. Dirceu de Mello). A dispensa também é possível na hipótese de adolescente foragido ou não encontrado (cf. TJSP, Ap. 28184-0/3, rel. Oliveira Passos)<sup>96</sup>.

---

94 LIBERATI, Wilson Donizeti. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 166.

95 LIBERATI, Wilson Donizeti. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 166.

96 CURY, Munir, PAULA, Paulo Afonso Garrido de, MARÇURA, Jurandir Norberto. Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 155.



Somente em situações excepcionais, quando a audiência se mostrar desnecessária, é que a doutrina aceita a sua dispensa:

Entretanto força convir, há casos em que essa oitiva preliminar pode ser dispensada quanto, v.g., da simples leitura do auto de apreensão, boletim de ocorrência ou relatório policial emergir clara a atipicidade do ato infracional imputado ao adolescente, ou quando a imputação recair sobre criança ou ainda quando o adolescente estiver em lugar incerto e não sabido<sup>97</sup>.

A posição doutrinária está mais em consonância com o espírito do estatuto, uma vez que esta é uma legislação garantidora dos direitos da criança e do adolescente, e seu art. 111, V, assegura ao adolescente autor de ato infracional o direito de ser ouvido pela autoridade competente. Estamos, portanto, diante de uma formalidade indispensável dentro do devido processo legal, pois é nesta oportunidade que o Ministério Público tomará a decisão do próximo passo do processo (art. 180), sendo então o contato pessoal com o adolescente fundamental para avaliar a necessidade ou não de aplicação de alguma medida ao adolescente.

Dentre as providências previstas no art. 180, a concessão da remissão é uma inovação introduzida no sistema jurídico nacional, em que o legislador estatutário, mais uma vez, se antecipou à legislação dos juizados especiais que introduziu semelhante instrumento denominado de transação penal. Desta forma a remissão é um importante instrumento de informalidade para a agilização do procedimento de apuração do ato infracional, pois independe da comprovação da autoria e materialidade do ato infracional atribuído ao adolescente (art. 114 e 127). A concessão da remissão exclui a possibilidade de ajuizamento da ação socioeducativa, podendo vir acompanhada ou não de uma medida socioeducativa. Em sendo ela acompanhada de medida desta natureza, esta será derivada de uma transação entre o adolescente e o Ministério Público, não se concebendo a simples aplicação de medida fora do procedimento judicial:

---

97 MARÇURA, Jurandir Norberto. *In: Estatuto de Criança e do Adolescente Comentado*. 3ª ed. Coordenação de Munir Cury e outros. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 529.

O Ministério Público, ao conceder a remissão como forma de exclusão do processo, não pode aplicar medida. O que a lei permite é que a inclua como condição de não-processar, como contrapartida da disponibilidade da ação sócio-educativa, (art. 127). Quando o representante do Ministério Público inclui medida como condição para a disposição da ação sócio-educativa, não está aplicando qualquer senão. Do ajuste, da transação estabelecida entre o titular da ação e aquele contra qual pesa genérica atribuição de ato infracional, resulta exclusiva declaração bilateral de vontades: de um lado o Ministério Público dizendo que não vai processar porque o adolescente aceitou cumprir medida não privativa de liberdade e, de outro este último afirmando que prefere a negociação ao processo<sup>98</sup>.

Optando o Ministério Público pela transação, e em sendo esta aceita pelo adolescente, o procedimento segue para homologação pela justiça, passando o adolescente a cumprir a medida acordada (181, § 1º). O arquivamento também deve ser homologado pela justiça. Num caso ou noutro, não concordando com o Ministério Público, o juiz encaminhará o procedimento ao chefe do Ministério Público (181, § 2º).

Em sendo necessária a representação, esta poderá ser feita por petição ou oralmente, prestigiando mais uma vez a informalidade, a exemplo do procedimento dos Juizados Especiais Criminais (art. 77 da Lei 9.099/95). Na justiça da infância, porém a prova da materialidade é prescindível para o oferecimento da representação.

Com o oferecimento da representação, inicia a fase judicial, em que a preocupação maior é o fim social do procedimento, “devendo o Juiz interpretar as leis sem se apegar ao texto, às palavras, mas verificando as necessidades sociais que elas visam a disciplinar, assim como as exigências da justiça e da equidade de seu fim.”<sup>99</sup>

98 CURY, Munir, PAULA, Paulo Afonso Garrido de, MARÇURA, Jurandir Norberto. Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 157.

99 LIBERATI, Wilson Donizeti. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 172.

Segundo se vê do art. 184, oferecida a representação, a autoridade judiciária designará audiência de apresentação do adolescente, decidindo, desde logo, sobre a decretação ou manutenção da internação, observado o disposto no art. 108 e parágrafo.

Na a lição de LIBERATTI, isto é, o desapego ao texto e às palavras da lei, podemos concluir que o art. 184 não deve ser utilizado em todos os casos em que ocorre a representação para aplicação de medida socioeducativa. Este dispositivo deve ficar restrito aos casos em que o adolescente esteja internado provisoriamente ou nos casos em que houver pedido da Autoridade Policial ou do Ministério Público para a decretação da internação. Ora, se o adolescente esteve em liberdade durante todo o procedimento policial e perante o Ministério Público, e não há pedido para que se decrete a sua internação provisória, para que então deve o juiz decidir sobre esta decretação?

Outra conclusão que se pode extrair deste dispositivo legal é que o Estatuto da Criança e do Adolescente, diversamente do Código de Processo Penal que determina o recebimento da denúncia, não o faz em relação à representação.

Desta forma, em sendo a representação ofertada por escrito, estando o adolescente em liberdade, não havendo pedido de internação provisória e não sendo necessário o recebimento da representação, não haverá a necessidade dos autos serem conclusos ao juiz. Neste caso, visando dar atendimento ao disposto no art. 186, parte final e § 4º, deste mesmo dispositivo, e em se tratando de meros atos ordinatórios (art. 162, § 4º do CPC), os autos serão remetidos diretamente ao setor técnico do Juizado da Infância e da Juventude para a realização de estudos psicossociais do adolescente e seus familiares, o que subsidiará o juiz na aplicação de medida socioeducativa, seja em sede de remissão (186, § 1º) ou por sentença (186, § 4º).

Os técnicos escalados para o atendimento farão os contatos necessários com o adolescente e seus responsáveis com o fim de realização dos estudos, nesta ocasião cientificarão o adolescente

da representação e notificá-lo-ão a comparecer para a audiência de apresentação, na forma do § 1º do art. 184. A data da audiência será agendada segundo prévia orientação do juiz. Para cientificação e notificação do adolescente não é necessária a formalidade do Mandado de Citação ou de Notificação cumpridos por oficial de justiça, uma vez que o inc. I do art. 111 do Estatuto de Criança e do Adolescente estabelece que ao adolescente é garantido o pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional mediante citação ou “meio equivalente”. Desta forma, desde que se dê integral conhecimento ao adolescente do conteúdo da representação, a finalidade do ato estará atingida, independente de qualquer formalidade maior.

Ao contrário, estando o adolescente internado, o despacho inicial se faz necessário (anexo – 8) não para o recebimento da representação, mas sim para decidir sobre a necessidade e legalidade da internação provisória do adolescente. No despacho, além da audiência, o juiz designará audiência e determinará a realização do estudo psicossocial do adolescente. Por ocasião deste estudo, os técnicos, da mesma forma que no procedimento com o adolescente em liberdade, poderão cientificar o adolescente do conteúdo da representação e notificá-lo, juntamente com seus pais ou responsáveis a comparecer à audiência.

A cientificação e notificação do adolescente pelos técnicos, além de atingir a finalidade de levar ao conhecimento do adolescente a imputação do ato infracional, é medida que traz agilidade ao procedimento com grande economia à justiça, evitando-se o retrabalho. Caso entenda-se necessária a prática deste ato pelo oficial de justiça, o adolescente será notificado por duas vezes, uma pelo oficial de justiça no cumprimento do mandado e outra pelo setor técnico para comparecer para a realização do estudo.

Apesar do Código de Processo Civil já autorizar ao escrivão a realização de atos ordinatórios, como se vê do dispositivo supra-indicado, o juiz poderá baixar portaria regulamentando tais procedimentos.

Em audiência o adolescente será apresentado ao juiz acompanhado de seus responsáveis juntamente com os autos já instruídos com o relatório dos estudos. Na audiência, serão ouvidos o adolescente e seus pais ou responsáveis. Do mesmo modo que na audiência informal perante o Ministério Público, aqui também os depoimentos do adolescente e dos responsáveis poderão ser realizados num único termo, porque o texto legal estabelece a “autoridade judiciária procederá a oitiva dos mesmos”.

A partir da audiência, o processo poderá tomar dois rumos diferentes. O primeiro deles é a remissão com a aplicação de qualquer das medidas socioeducativas restritivas de direito (art. 186, § 1º). Analisando a gravidade do fato, as razões apresentadas pelo adolescente, de seus responsáveis e o conteúdo do estudo psicossocial, ouvido o Ministério Público, o juiz poderá conceder a remissão, sem qualquer outra formalidade. Neste caso, a remissão importará na suspensão ou extinção do processo, conforme afirmado no art. 126, parágrafo único (anexo -9).

A remissão como forma de extinção ou suspensão do processo poderá ainda ser aplicada em qualquer fase do processo, como autorizado pelo art. 188 (anexo 10).

O instituto da remissão é importante instrumento previsto no item 11.2 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Res. 40/33, de 29.22.1985) que recomenda “à Polícia, Ministério Público e outros organismos que se ocupem de adolescentes infratores de subtraí-los da jurisdição sem necessidade de procedimentos formais”, evitando e minorando os efeitos negativos de sua instauração ou de seu prosseguimento, a exemplo do estigma da sentença<sup>100</sup>. Deve, portanto, este instrumento ser utilizado como forma de aplicação do princípio da informalidade, já que abrevia o procedimento, com solução satisfatória do problema apresentado, de forma que, ao mesmo tempo em que protege a sociedade contra a prática do ato infracional, pois a medida aplicada visa a reintegração do adolescente infrator, também protege o adolescente evitando

---

100 MIRABETE, Júlio Fabrini, *In*: Estatuto de Criança e do Adolescente Comentado. Coordenação de Munir Cury e outros. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 411.

sua exposição desnecessária aos procedimentos judiciais mais alongados.

Ainda que se entenda necessária a dilação do procedimento, ante a possibilidade de se aplicar uma medida privativa de liberdade, o procedimento não deverá distanciar-se dos princípios da informalidade e brevidade, pois a audiência dever ser única, com a oitiva das testemunhas, apresentação de alegações finais pelas partes e sentença (§ 4º do art. 186).

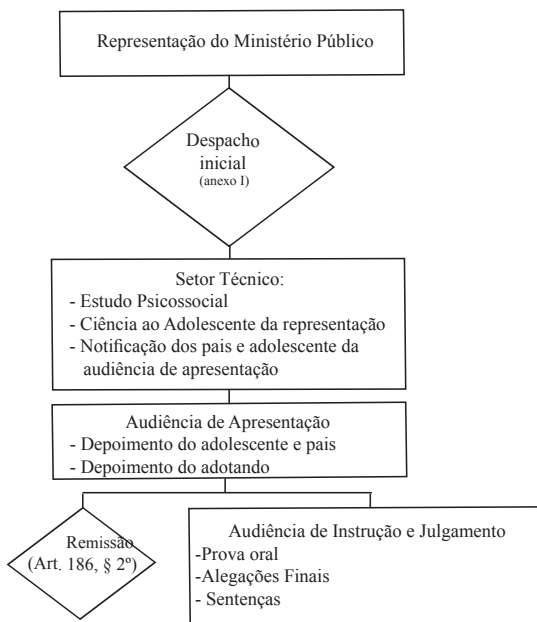


Figura 7: Fluxograma do Procedimento para Apuração de Ato Infracional Atribuído a Adolescente (com despacho inicial).

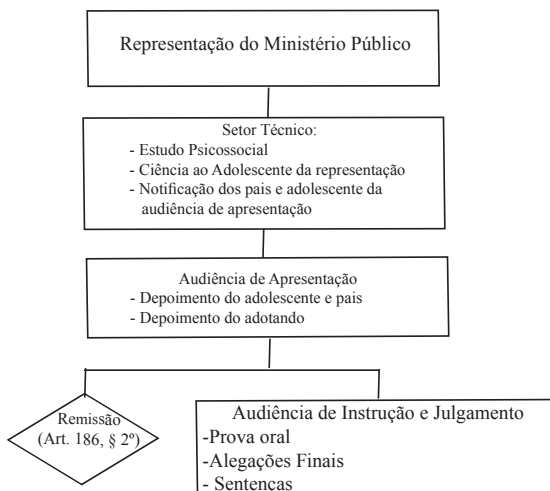


Figura 8: Fluxograma do Procedimento para Apuração de Ato Infracional Atribuído a Adolescente (sem despacho inicial).

#### 4.5 Procedimentos para apuração de irregularidades em entidade de atendimento e de infração administrativa às normas de proteção à criança e ao adolescente

O Estatuto de Criança e do Adolescente estabelece ainda outros dois procedimentos: da apuração de irregularidade em entidade de atendimento (art. 191 e seg.), e da apuração de infração administrativa às normas de proteção à criança e ao adolescente (art. 194 e seg.). Ambos possuem natureza administrativa (TJSP, Ap. 45.215-0/0 rel. Djalma Lofrano) e podem ser iniciados de ofício pela Justiça da Infância e da Juventude, o primeiro por portaria da autoridade judiciária e o segundo por auto de infração lavrado por servidor efetivo ou voluntário da Justiça da Infância e da Juventude. Ambos também podem ser iniciados por representação do Ministério Público ou do Conselho Tutelar.

Apesar de serem procedimentos administrativos, todos os princípios já tratados anteriormente são inteiramente aplicáveis a eles, em especial o da informalidade, pois aqui também se reclamam soluções rápidas aos problemas apresentados, pois, apesar de não dizerem respeito diretamente à criança ou adolescente, o resultado deles reflete na vida e no atendimento destes.

Representação – Indeferimento por falta de requisitos formais. Inteligência do art. 194 do ECA, que dispensa a exigência de rigorismo formal – Identificação pessoal dos representantes legais da representada e atribuição de valor à causa que não podem ser exigidos – Peça que especifica a natureza e as circunstâncias da infração – Recurso Provido (TJSP, Ap. 36.054-0/4, rel. Cuba dos Santos)<sup>101</sup>.

O que chama a atenção para estes procedimentos é a possibilidade de se iniciarem de ofício, não havendo a necessidade da provocação do interessado, uma vez que o interesse maior é a defesa dos direitos da criança e do adolescente. Especificamente no caso do procedimento para apurar a infração administrativa às normas de proteção à criança. A iniciativa nem mesmo deve ser da autoridade judiciária, mas de servidor efetivo ou voluntário da justiça, podendo o auto de infração ser lavrado a partir de formulários impressos (anexo – 10), bastando que se especifiquem a natureza e as circunstâncias da infração.

Ainda neste procedimento, a intimação para a apresentação da resposta será feita pelo próprio servidor autuante (art. 195, I). Importante ressaltar que esta intimação não precisa recair na pessoa do representante legal da empresa autuada, basta que seja feita ao gerente ou pessoa que se apresenta no momento como responsável pelo estabelecimento.

A respeito dessas três formas de intimação [art. 195, I, II e III], no próprio auto de infração, por mandado ou por carta, deve-se deixar anotado que tem a aplicação da teoria

---

101 CURY, Munir, PAULA, Paulo Afonso Garrido de, MARÇURA, Jurandir Norberto. Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 173.



da aparência do direito, não estando obrigado o oficial de justiça, o funcionário legalmente habilitado para o ato ou o voluntário credenciado a pesquisar se a pessoa que se apresenta como diretor do estabelecimento autuado, p. ex., ou ao qual se atribua a prática de um ato infringente às normas de proteção à criança ou ao jovem, é ou não, efetiva e juridicamente, seu representante legal.<sup>102</sup>

Autuação de pessoa jurídica responsável por motel que hospedava adolescente desacompanhada dos pais ou responsável – Intimação da autuação na pessoa de gerente – Teoria da aparência – Revelia reconhecida, quanto a matéria de fato (TJSP, Ap. 29.067.0/7, rel. Cerqueira Leite).<sup>103</sup>

Se houver necessidade da abertura de dilação probatória, esta ocorrerá numa única audiência, com apresentação de alegações finais oralmente e prolação da sentença (art. 197, parágrafo Único).

#### **4.6 Sistema Recursal no Estatuto de Criança e do Adolescente**

O Estatuto de Criança e do Adolescente estabelece ainda um sistema próprio de recursos, em que trouxe importante inovação, uma vez que introduziu no sistema jurídico brasileiro o juízo de retratação no recurso de apelação (art. 198, VII). Tal medida é de grande importância para aliviar a sobrecarga dos Tribunais, dando maior efetividade aos processos da Justiça da Infância e da Juventude:

O Estatuto trouxe sensível inovação ao sistema recursal ao permitir que o juiz possa retratar-se da sentença, ao examinar as razões de apelação. No regime do Código de Processo Civil o *juízo de retratação* existe apenas para o recurso de agravo, podendo o juiz reformar a decisão agravada. No sistema do Código, proferida a sentença, o

102 BENEDITO, Ademir de Carvalho. In: Estatuto de Criança e do Adolescente Comentado. 3ª ed. Coordenação de Munir Cury e outros. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 597.

103 CURY, Munir, PAULA, Paulo Afonso Garrido de, MARÇURA, Jurandir Norberto. Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 175.

juiz cumpre e acaba seu ofício jurisdicional, não podendo modificá-la, salvo para correção de erro material ou de provimento de embargos de declaração (art. 463 e 464 do CPC)<sup>104</sup>. Destaque do original.

Vastos, portanto, são os pontos dentro do Estatuto de Criança e do Adolescente que é possível a aplicação do princípio da informalidade, basta que o operador do direito se dispa da visão formalista e positivista na qual teve sua formação acadêmica, lembrando que o destinatário deste direito tem pressa no seu exercício dada a rapidez das fases da infância e da juventude na vida da pessoa.

## CONCLUSÃO

Na antiguidade, a criança era vista como uma propriedade do pai, tendo estes poderes absolutos sobre ela, podendo vendê-la e dispor sobre a sua vida. Em Roma até o século III d. C., o *pater famílias* conservou o direito de vida e morte sobre os filhos (*ius vitae necisque*), e se estes fossem retidos em poder de terceiro, o pai deveria utilizar a mesma ação utilizada para proteger a propriedade, a reivindicação<sup>105</sup>. De igual modo na Grécia, o poder do pai sobre o filho era absoluto, “era lhe permitido matar, vender ou expor os filhos recém nascidos”. O aborto era legítimo e o infanticídio admitido<sup>106</sup>.

Com a chegada da idade média, a criança passou a ser ignorada, inexistindo um sentimento de infância. A criança era vista como um adulto pequeno. Por volta dos sete anos, quando a criança não mais precisava dos cuidados da mãe, ela já entrava no mundo adulto, sem qualquer transição<sup>107</sup>.

---

104 NERY JÚNIOR, Nelson. In: Estatuto de Criança e do Adolescente Comentado. Coordenação de Munir Cury e outros. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 620.

105 CHAMOUN, Ebert. Instituições de Direito Romano. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 182.

106 MARCÍLIO, Maria Luíza. História Social da Criança Abandonada. São Paulo: Ed. Hucitec Ltda, 1998, p. 23.

107 UCHOA, Marcelo. A História da Criança - Da Idade Média aos Tempos Modernos o Surgimento do Sentimento da Infância. em: <http://www.overmundo.com.br/banco/a-historia-da-crianca-da-idade-media-aos-tempos-modernos>. Acesso em 21/6/2007.

Esse sentimento traz como reflexo a quase inexistência de legislação a respeito da infância, e as primeiras regulamentações, a respeito, trouxeram, em geral, um cunho filantrópico, e a criança passa a ser tratada como objeto da legislação e não o seu fim. Esta situação perdura até o século XX com a promulgação dos Códigos de Menores que vigoram no Brasil.

Somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a regulamentação de seu art. 227 pelo Estatuto de Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) é que a criança e o adolescente passaram a serem vistos como sujeitos de direitos, passando a gozar plenamente das garantias asseguradas a todos os cidadãos, introduzindo-se em nosso ordenamento jurídico a doutrina da proteção integral, contrapondo-se à revogada doutrina da situação irregular.

Não bastava, entretanto, o reconhecimento da existência dos direitos da criança e do adolescente, era necessária também a criação de instrumentos jurídicos para assegurar o exercício desses direitos, com a aplicação de todas as garantias processuais inerentes ao processo judicial.

Assim, criou-se um sistema de justiça próprio para a infância e adolescência, caracterizando verdadeiro microssistema dentro do ordenamento jurídico nacional, a exemplo dos existentes em outras áreas como no caso da Lei dos Juizados Especiais e o Código de Defesa do Consumidor.

Se o microssistema da Lei do Juizado especial era necessário para dar maior agilidade ao processo judicial tornando mais rápida a prestação judicial como forma de atrair uma nova clientela ao Poder Judiciário, incentivando a redução da demanda reprimida ou da “litigiosidade contida<sup>108</sup>” nas questões de pequeno valor econômico, bem como Código de Defesa do Consumidor necessário para proteger a hipossuficiência do consumidor em face da presumida superioridade econômica do empresário, o sistema de justiça da infância e da juventude foi criado visando à proteção da criança e

---

108 ANDRIGHI, Fátima Nancy. Procedimentos e Competência dos Juizados Especiais. In: [http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/1386/1/Procedimentos\\_e\\_Compet%C3%Aancia\\_dos\\_Juizados\\_Especiais.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/1386/1/Procedimentos_e_Compet%C3%Aancia_dos_Juizados_Especiais.pdf) em 5/9/2007.

do adolescente, principalmente para garantir a rápida resolução das questões suscitadas, tendo em vista a efemeridade destas fases na vida do ser humano.

Para garantir essa agilização, o operador do direito deve encarar o procedimento judicial neste microssistema como mero instrumento de busca de soluções, desprezando a forma quando esta se mostrar desnecessária para se atingir o fim desejado, sendo este o fundamento para a aplicação do princípio da informalidade nos procedimentos da infância e da juventude.

Em todos os procedimentos previstos no Estatuto de Criança e do Adolescente, verifica-se a possibilidade de aplicação do princípio da informalidade, pois o legislador se mostrou bastante econômico na regulamentação desses procedimentos, possibilitando ao operador do direito, em especial o juiz, buscar “soluções alternativas de ordem procedimental para obter uma prestação da tutela jurisdicional mais rápida e hábil a adequar a ação de direito material àquela de direito processual<sup>109</sup>.”

É evidente que esta busca de alternativas visando a rápida e hábil prestação jurisdicional, não pode abandonar o devido processo legal, ferindo os demais princípios e garantias processuais.

Para que o princípio da informalidade possa ser utilizado como instrumento para a rápida aplicação do direito material pela intervenção do Estado Juiz, quando este for negado pelas vias ordinárias, deve o operador do direito despir-se do espírito formalista, naturalmente presente na formação do jurista brasileiro, em razão do aprendizado positivista empregado na maioria dos cursos jurídicos oferecidos pelas faculdades de direito, tendo em mente que a norma processual será sempre um meio e não o fim em si mesmo. Isto somente vai ocorrer quando os responsáveis pela formação dos operadores do direito tiverem a preocupação de oferecer cursos que possibilitem uma visão interdisciplinar das questões sociais e uma menor preocupação com a litigiosidade na solução dos problemas que deverão enfrentar

109 TOURINHO Filho, Fernando da Costa, FIGUEIRA Júnior, Joel Dias Figueira. Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais – Comentários à Lei 9.099/1995. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 79.

na vida profissional, ou seja, a formação de operadores de direito com uma visão menos beligerante.

Antes disto, entretanto, é preciso lembrar que mais importante que a utilização de instrumentos processuais para a rápida solução das questões judiciais envolvendo a criança e o adolescente, é evitar que tais questões sejam jurisdicionalizadas, e sim solucionadas preventivamente no âmbito das políticas públicas voltadas ao atendimento integral da criança e do adolescente, que os considere como sendo pessoas em desenvolvimento.

## **BIBLIOGRAFIA:**

ALVIM, J. E. Carreira, ALVIM, Luciana Gontijo Carreira. Comentários à Lei dos Juizados Federais Especiais Cíveis. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2006.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Procedimentos e Competência dos Juizados Especiais. *In*: [http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/1386/1/Procedimentos\\_e\\_Compet%C3%Aancia\\_dos\\_Juizados\\_Especiais.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/1386/1/Procedimentos_e_Compet%C3%Aancia_dos_Juizados_Especiais.pdf) em 5/9/2007.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. Teoria Geral do Processo de Conhecimento. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2006. (Coleção Sinopse Jurídica – vol 11).

BENEDITO, Ademir de Carvalho. *In*: Estatuto de Criança e do Adolescente Comentado. Coordenação de Munir Cury e outros. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 597.

BRANCHER, Leoberto Narciso. Organização e Gestão do Sistema de Garantia de Direitos da Infância e da Juventude. *In*: Pela Justiça na Educação. MARQUES, Antonio Emílio Sendin; BRANCHER, Leoberto Narciso (Coordenação Geral). Brasília: FUNDESCOLA/MEC, 2000.

CABRAL, Antonio do Passo. Filologia Jurídica: O Princípio da Simplicidade e o Acesso à Justiça nos Juizados Especiais. *In*: [http://www.filologia.org.br/vcnlf/anais%20v/civ2\\_08.htm](http://www.filologia.org.br/vcnlf/anais%20v/civ2_08.htm) em 2/9/2007.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CHAMOUN, Ebert. Instituições de Direito Romano. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 182.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria Geral do Processo. 20ª ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

COSTA, Ana Paula Motta. As Garantias Processuais e o Direito Penal Juvenil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed, 2005.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. Natureza e Implantação do Novo Direito da Criança e do Adolescente. *In*: Estatuto da Criança e do Adolescente – “Estudos Sócio-Jurídicos”. PEREIRA, Tânia da Silva (Coordenadora) Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

COSTA, Wellington Soares da. Comentários Sobre os Juizados Especiais Cíveis. *In*: [http://www.ripj.com/art\\_jcos/art\\_jcos/num16/art16/Wellington%20Soares.htm](http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num16/art16/Wellington%20Soares.htm) em 5/9/2007.

CUNHA, André Luiz Nogueira da. Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente - Convenção Sobre os Direitos da Criança e o Estatuto da Criança e do Adolescente. *In*: [http://www.mp.sp.gov.br/pls/porta1/url/ITEM/1995EF1D0CD\\_8715CE040A8C027014290](http://www.mp.sp.gov.br/pls/porta1/url/ITEM/1995EF1D0CD_8715CE040A8C027014290) acessado em 26/6/2007.

CURY, Munir, PAULA, Paulo Afonso Garrido de, MARÇURA, Jurandir Norberto. Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DIDIER Jr, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 8ª ed. vol. I. Salvador: Editora Podivm. 2007.

DINAMARCO, Cândido R. A Instrumentalidade do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

FRANÇA, R. Limongi. In: Estatuto de Criança e do Adolescente Comentado. Coordenação de Munir Cury e outros. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rio. Novo Curso de Direito Processual Civil. 2ª ed. Vol I. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Processo em Evolução. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. A Lei n. 9.099/95 e o ECA. In: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id159.htm>.

MARCÍLIO, Maria Luíza. História Social da Criança Abandonada. São Paulo: Editora Hucitec Ltda. 1998.

MARÇURA, Jurandir Norberto. In: Estatuto de Criança e do Adolescente Comentado. Coordenação de Munir Cury e outros. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRABETE, Júlio Fabrini. In: Estatuto de Criança e do Adolescente Comentado. Coordenação de Munir Cury e outros. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. In: Estatuto de Criança e do Adolescente Comentado. Coordenação de Munir Cury e outros. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada. São Paulo: RT, 2002.

PELUSO, Antônio Cezar. In: Estatuto de Criança e do Adolescente Comentado. 3ª ed. Coordenação de Munir Cury e outros. São Paulo: Malheiros, 2000. São Paulo: Malheiros, 2000.

PRIORE, Mary Del. Criança e Crianças: História e Memória em Quinhentos anos de Brasil. In: SEMINÁRIO DE TROPICOLOGIA: Brasil: 500 anos de uma civilização tropical, 1999, Recife. Disponível

em: <http://www.tropicologia.org.br/conferencia/1999crianca.html>. Acesso em 26/6/2007.

SANTOS, Marisa Ferreira dos, CHIMENTI, Ricardo Cunha. Juizados Especiais Cíveis e Criminais Federais e Estaduais. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção Sinopses Jurídicas – Vol. 15, Tomo II).

SAVINO filho, Cármine Antônio. Direito Processual Civil. 6ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2006.

SEGUNDO, Rinaldo. Notas sobre o direito da criança. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3626> . Acesso em: 27/06/2007.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1993.

SILVA, Fernando Borges da. O Código de Defesa do Consumidor: um microsistema normativo eficiente? *In*: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7564> *In*: 08 set. 2007.

TAVARES, José de Farias. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

THEODORO Junior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. (2 vol).

TOURINHO Filho, Fernando da Costa, FIGUEIRA Júnior, Joel Dias Figueira. Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais – Comentários à Lei 9.099/1995. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

UCHOA, Marcelo. A História da Criança - Da Idade Média aos Tempos Modernos o Surgimento do Sentimento da Infância. *In*: <http://www.overmundo.com.br/banco/a-historia-da-crianca-da-idade-media-aos-tempos-modernos>. Acesso em 21/06/2007.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Os direitos da Criança e do Adolescente. São Paulo: LTr, 1990.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (coordenador). Curso Avançado de Processo Civil. 9ª ed. 1º vol. São Paulo: RT, 2007.



## ANEXOS

Anexo A – Formulário para inscrição para adoção:

Anexo B – Sentença deferindo inscrição para adoção:

Anexo C - Despacho inicial no Procedimento de Perda ou Suspensão do Poder Familiar:

Anexo D – Formulário para requerimento de adoção (jurisdição voluntária):

Anexo E – Despacho inicial no procedimento de adoção de jurisdição voluntária:

Anexo F – Despacho inicial no procedimento de adoção em que os pais biológicos são falecidos ou foram destituídos do poder familiar:

Anexo G – Audiência informal no Ministério Público:

Anexo H – Despacho inicial na Ação Sócio-Educativa, estando o adolescente internado provisoriamente:

Anexo I – Termo de Audiência com aplicação de Medida Sócio Educativa (art. 186, § 1º do Estatuto de Criança e do Adolescente).

Anexo J – Sentença concessiva de remissão (art. 188).

Anexo K - Formulário do Auto de Infração Administrativa às Norma de Proteção à Criança e ao Adolescente:

## Anexo A – Formulário para inscrição para adoção: Frente

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DA COMARCA DE PORTO VELHO/RO

1º REQUERENTE			NACIONALIDADE
DATA NASCIMENTO	RG	ESCOLARIDADE	PROFISSÃO
LOCAL DE TRABALHO		TEL. TRABALHO	TEL. CELULAR
2º REQUERENTE			NACIONALIDADE
DATA NASCIMENTO	RG	ESCOLARIDADE	PROFISSÃO
LOCAL DE TRABALHO		TEL. TRABALHO	TEL. CELULAR
END. RESIDENCIAL			BAIRRO
TEL. RESIDENCIAL		TEL. PARA RECADO	RENDA FAMILIAR
COMPOSIÇÃO FAMILIAR			
C/ FILHOS BIOLÓGICOS <input type="checkbox"/> QUANTOS? _____ C/ FILHOS ADOTIVOS <input type="checkbox"/> QUANTOS? _____ SEM FILHOS <input type="checkbox"/>			

vêm requerer a Vossa Excelência inscrição como candidato à adoção de uma criança/adolescente, em condições jurídicas de ser colocada em lar substituto, com as seguintes características:

SEXO	MASCULINO <input type="checkbox"/>	FEMININO <input type="checkbox"/>	SEM PREFERÊNCIA <input type="checkbox"/>	FAIXA ETÁRIA
ETNIA	BRANCA <input type="checkbox"/>	NEGRA <input type="checkbox"/>	MISTIÇA <input type="checkbox"/>	SEM PREFERÊNCIA <input type="checkbox"/>
ACEITA IRMÃOS?				
SIM <input type="checkbox"/> QUANTOS? _____ NÃO <input type="checkbox"/>				
DISPÕE-SE A RECEBER CRIANÇA COM PROBLEMAS FÍSICOS?				
SIM <input type="checkbox"/> TRATÁVEL <input type="checkbox"/> IRREVERSÍVEL <input type="checkbox"/> NÃO <input type="checkbox"/>				
DISPÕE-SE A RECEBER CRIANÇA COM PROBLEMAS MENTAIS?				
SIM <input type="checkbox"/> TRATÁVEL <input type="checkbox"/> IRREVERSÍVEL <input type="checkbox"/> NÃO <input type="checkbox"/>				

[illegible]

**Anexo B – Sentença deferindo inscrição para adoção:**

Autos n.

Requerente(s):

Os requerentes acima nominados e qualificados nos autos pedem sua inscrição como candidatos para adoção perante este Juízo.

Juntaram todos os documentos necessários para comprovar os requisitos objetivos à adoção.

Submetidos a avaliação psicossocial, demonstram estarem aptos à adoção.

O Ministério Público manifestou-se favoravelmente à inscrição.

Considerando que os requerentes preenchem os requisitos objetivos e subjetivos necessários, mostrando-se aptos à adoção, defiro sua inscrição perante este Juízo.

Tomadas as providências de praxe, remetam os autos à Seção de Colocação Familiar para inscrição no livro próprio.

Porto Velho,

(a) Juiz de Direito

**Anexo C - Despacho inicial no Procedimento de Perda ou Suspensão do Poder Familiar:**

1. Cite-se

2. Ao setor técnico para estudo do caso.

3. Audiência de instrução e julgamento para o dia \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_ às \_\_\_h.

4. Intime-se.

**Anexo D – Formulário para requerimento de adoção (jurisdição voluntária): Frente**

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DO JUÍZADO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE  
COMARCA DE PORTO VELHO

*Dados do 1º Requerente*

Nome \_\_\_\_\_

Nacionalidade \_\_\_\_\_ Est.Civil \_\_\_\_\_ Idade \_\_\_\_\_

RG \_\_\_\_\_ CPF \_\_\_\_\_

Escolaridade \_\_\_\_\_ Profissão \_\_\_\_\_ e-mail \_\_\_\_\_

End. Residencial \_\_\_\_\_

Bairro \_\_\_\_\_ Telefone \_\_\_\_\_ Celular \_\_\_\_\_

Ponto Referência \_\_\_\_\_

Endereço Comercial \_\_\_\_\_ Telefone \_\_\_\_\_

*Dados do 2º Requerente*

Nome \_\_\_\_\_

Nacionalidade \_\_\_\_\_ Est.Civil \_\_\_\_\_ Idade \_\_\_\_\_

RG \_\_\_\_\_ CPF \_\_\_\_\_

Escolaridade \_\_\_\_\_ Profissão \_\_\_\_\_ e-mail \_\_\_\_\_

Telefone \_\_\_\_\_ Celular \_\_\_\_\_

End. Comercial \_\_\_\_\_ Telefone \_\_\_\_\_

Afinidade com o 1º Requerente \_\_\_\_\_

*Dados Complementares*

Grau de parentesco do(s) requerente(s) com a(o) criança/adolescente \_\_\_\_\_

Renda Familiar \_\_\_\_\_ Nº de Filhos Biológicos \_\_\_\_\_

Ve(ê)m respeitosamente requerer a Vossa Excelência, a **ADOÇÃO**, com **GUARDA PROVISÓRIA**, do(a) criança/adolescente abaixo identificado, com fundamento no Art. 39 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente, juntando para tanto, cópias reprográficas dos documentos pessoais e declarações pertinentes, segundo requisitos dos Arts. 40, 42 & 1º e 3º /45 e 165 do ECA.

*Dados da(s) Criança(s)/Adolescente(s) no atual Registro de Nascimento*

Nome \_\_\_\_\_

Data de Nascimento \_\_\_\_\_ Naturalidade \_\_\_\_\_ UF \_\_\_\_\_

Nome do Pai \_\_\_\_\_

Nome da Mãe \_\_\_\_\_

Nome \_\_\_\_\_

Data de Nascimento \_\_\_\_\_ Naturalidade \_\_\_\_\_ UF \_\_\_\_\_

Nome do Pai \_\_\_\_\_

Nome da Mãe \_\_\_\_\_

Os pais concordam com a adoção? \_\_\_\_\_

Convive(m) com os requerentes? \_\_\_\_\_ Há quanto tempo? \_\_\_\_\_

Possui(em) Bens ou Rendimentos? \_\_\_\_\_ Há parentes vivos? \_\_\_\_\_

Endereço dos Pais: \_\_\_\_\_

*Dados Pretendidos para o(s) Novo(s) Registro(s) de Nascimento da Cça/Adolescente*

Nome \_\_\_\_\_

Nome \_\_\_\_\_

Nome dos Avós Paternos \_\_\_\_\_

Nome dos Avós Maternos \_\_\_\_\_

Nestes Termos.

Pede (m) Deferimento.

Porto Velho, \_\_\_\_ de \_\_\_\_ de \_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
1º requerente

**Anexo E – Despacho inicial no procedimento de adoção de jurisdição voluntária:**

1. Considerando que o(a) adotando(a) encontra-se na posse de fato dos adotantes e desassistidos(a) por seus pais biológicos, concedo a estes a sua guarda provisória até final julgamento deste feito.
2. Expeça-se o necessário.
3. Fixo prazo de 60 dias para o estágio probatório.
3. Ao setor técnico para acompanhamento, estudo do caso e agendamento de audiência para oitiva dos pais biológicos.

**Anexo F – Despacho inicial no procedimento de adoção em que os pais biológicos são falecidos ou foram destituídos do poder familiar:**

1. Considerando que o(a) adotando(a) encontra-se se encontra na posse de fato dos adotantes e desassistido(a) por seus pais biológicos, posto que foram destituídos do poder familiar (ou falecidos), concedo a guarda provisória aos requerentes do adotando(a) até final julgamento deste feito.
2. Expeça-se o necessário.
3. Fixo prazo de 60 dias para o estagio probatório.
4. Ao setor técnico para acompanhamento e estudo do caso.
5. Vindo o Laudo Psicossocial, vista ao Ministério Público para parecer, e concluso para sentença.



## Anexo G – Audiência informal no Ministério Público:



### MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA PROMOTORIA DE JUSTIÇA

Campo nº 2007001080007231

#### ATA DE AUDIÊNCIA

Aos 28 de novembro de 2007, às 15h36min, na Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude, localizada à Rua Jamari, 1555, Olaria, em Porto Velho/RO, perante a Promotora de Justiça Dra. [REDAZIDA], compareceu a Sra. [REDAZIDA], [REDAZIDA] genitora do adolescente [REDAZIDA] (20/12/93), apresentando-o, o qual encontra-se devidamente qualificado nos Autos, para satisfazer as exigências do Art. 179 do ECA.

Consta do Procedimento de Apuração de Ato Infracional nº 1980/DEAAI (de 08/11/2007), que no dia 10 de setembro de 2007, por volta das 10:40 horas, no colégio Araújo Lima, o adolescente [REDAZIDA] ameaçou a vítima [REDAZIDA] de apenas 12 (doze) anos de idade, de causar-lhe mau injusto e grave, consistente em apoderar-se de um clipe e dizer que "iria furar os olhos" da vítima, sendo que o infrator também deu um chute na mesma.

A Guarnição da Polícia Militar foi acionada pela Diretora Escolar à comparecer no colégio, onde receberam a informação de que o o adolescente [REDAZIDA] costuma fazer ameaças aos alunos.

Nesta oportunidade, procedi à oitiva do adolescente [REDAZIDA], que confirma parcialmente os fatos acima narrados, esclarecendo que no dia em que se deram os acontecimentos, realmente desentendeu-se com a vítima, ocasião em que desferiu-lhe um chute, motivo pelo qual foi levado para a Diretoria da Escola, onde recebeu uma suspensão, ocasião em que a Diretora ordenou que fosse para casa, mas o declarante disse que permaneceria na frente da escola esperando seu primo; que ficou na frente da escola conversando com o vigilante e esperando seu primo, sendo que durante o tempo em que permaneceu no local, ficou brincando com a vítima, dizendo que iria furar seu olho com um clipe, mas ressalta que estava apenas brincando; que ao perceber tal situação, a diretora da escola chamou o declarante para dentro da escola, sendo que passados alguns minutos, chegou ao local uma guarnição da Polícia Militar que havia sido acionada pela diretora, a qual procedeu à apreensão do declarante; que está estudando na 5ª série, na Escola Araújo Lima; que não fuma cigarro, não ingere bebidas alcoólicas e não consome substâncias entorpecentes.

Presente também a genitora do adolescente, informando que seu comportamento é muito bom; que não tem reclamações a fazer sobre as atitudes de [REDAZIDA] que ficou surpresa com o ocorrido, sendo que reprova a atitude da diretora da escola de ter acionado a polícia para resolver o problema, uma vez que poderia ter resolvido o problema de forma a não expor o adolescente.

Contudo, verifica-se que embora o ato infracional tenha sido praticado com emprego de grave ameaça contra a pessoa, o adolescente está integrado a sua família, que não registra antecedentes, está estudando na 5ª série, na Escola Araújo Lima, não fuma, não ingere bebidas alcoólicas e não consome substâncias entorpecentes.

Assim considerado, o Ministério Público do Estado de Rondônia, por sua Promotora de Justiça da Infância e da Juventude, mediante transação, facultada no art. 126 e 127 do ECA, concede ao adolescente [REDAZIDA] a REMISSÃO como forma de exclusão do processo, condicionada ao cumprimento da Medida Sócio-Educativa de Advertência, que foi aceita pelo adolescente e por sua genitora, encaminhando-se a este r. Juízo para homologação, nos termos dos arts. 112, inciso I e 181, caput, e §1º, do ECA.

Para constar, lavrou-se o presente termo, que vai assinado por todos.

Adolescente:

Genitora:

Promotora de Justiça da Infância e da Juventude



**Anexo H – Despacho inicial na Ação Sócio-Educativa, estando o adolescente internado provisoriamente:**

1. O adolescente encontra-se internado há (..) dias, em local adequado e dentro do prazo do art. 183 do Estatuto de Criança e do Adolescente . Verifico ainda que a internação deve ser mantida, pois que o ato infracional atribuído ao adolescente foi praticado mediante violência e grave ameaça, tendo o adolescente demonstrado alto grau de periculosidade, uma vez que é dado a reiteradas práticas de atos infracionais, o que coloca em risco a ordem pública. Os indícios de autoria e materialidade estão demonstrados pela confissão do adolescente na fase policial e depoimentos das testemunhas colhidos no Auto de Apreensão em Flagrante (fls.).
2. Audiência de apresentação do adolescente para \_\_/\_\_/\_\_ às \_\_h.
3. Ao Setor Técnico para realização do estudo psicossocial, que deverá ser concluído até a data da audiência, bem como cientificar o adolescente do inteiro teor da representação, notificando seus pais ou responsáveis para comparecimento na audiência.
4. Requisite o adolescente para audiência.
5. Ciência ao Ministério Público.

**Anexo I – Termo de Audiência com aplicação de Medida Sócio Educativa (art. 186, § 1º do Estatuto de Criança e do Adolescente).**

**AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO**

Audiência realizada em                      de 2007.

Processo n. 701.200                      - Ação Sócio Educativa

Requerente: Ministério Público do Estado de Rondônia

Requerido(a):

PRESENTES:

MM. Juiz(a), Dr(a).

Promotor(a) de Justiça, Dr(a).

Defensor Público:

Iniciados os trabalhos, compareceu o(a) representado(a) que foi qualificado nos seguintes termos:                      , com                      anos de idade, filho(a) de                      , nascido(a) aos                      , residindo atualmente à Rua/Av.                      - bairro                      , nesta capital, acompanhado de seu(a) representante, Sr(a)                      , na qualidade de                      . Cientificado dos fatos constantes na representação ministerial, às perguntas formuladas pelo(a) MM. Juiz(a), RESPONDEU: “A representação não é verdadeira; (...).

DELIBERAÇÃO: Entendendo o juízo ser adequada a remissão (art. 186, § 1º), as partes foram ouvidas e concordaram com a remissão, como forma de suspensão do processo com aplicação da medida sócio-educativa de..... Segue sentença em separado, proferida em audiência, havendo-se por publicada e as partes por intimadas. Nada mais.

MM. JUIZ(a)

PROMOTOR(A) DE JUSTIÇA

REPRESENTADO(a)

RESPONSÁVEL

DEFENSOR PÚBLICO

### **Anexo J – Sentença concessiva de remissão (art. 188).**

O Ministério Público ofereceu Representação contra E. S. P., para a aplicação da medida sócioeducativa que se apresentar mais apropriada, pela prática do ato infracional descrito na inicial.

Encerrada a instrução processual, as partes apresentaram alegações finais, vindo o feito concluso para sentença.

Passo a decidir, na fase do art. 188, do ECA.

É o breve relatório e decido.

Presentes nos autos indícios suficientes de autoria e materialidade do ato infracional imputado ao representado, mas, atento aos elementos subjetivos ensejadores do convencimento do juízo para a aplicação da devida medida sócioeducativa, ao grau de lesividade social da conduta do representado e à necessidade de reeducação que apresenta o adolescente, bem como, o transcurso do tempo da praticado ato infracional atribuído ao adolescente sem que este tenha reincidido e os demais elementos objetivos constantes dos autos, nos afiguram mais conveniente ao presente caso, a concessão de remissão, como forma de suspensão do processo, com aplicação cumulativa de Medida Sócioeducativa de Prestação de Serviço à Comunidade.

Posto isto, na fase processual do art. 188, do Estatuto da Criança e do Adolescente e com fundamento no parágrafo único do art. 126 e art. 127, do mesmo estatuto legal, concedo a remissão como forma de suspensão do processo, aplicando ao representado E. S. P. Medida Sócioeducativa de Prestação de Serviço à Comunidade na forma do art. 117 do ECA, pelo prazo de 2(dois) meses, a ser cumprida perante a FASER, que deverá apresentar relatório ao final do prazo fixado informando o tratamento psicoterapêutico e as atividades psicopedagógicas realizadas com o adolescente.

Expeça-se o necessário. Transitada esta em julgado, archive-se o presente Feito.

P. R. I.

Porto Velho,

(a) Juiz de Direito.

## Anexo K - Formulário do Auto de Infração Administrativa às Normas de Proteção à Criança e ao Adolescente:

AUTOS DE INFRAÇÃO			
IDENTIFICAÇÃO DO AUTUADO			
NOME, FIRMA OU RAZÃO SOCIAL:		ENDEREÇO:	
CGC:	ATIVIDADE:		
MOMENTO DA LAVRATURA			
HORA:	MINUTO:	DIA:	MÊS: ANO:
DESCRIÇÃO DO FATO			
INTIMAÇÃO			
Fica o(a) Intimidado(a) para apresentar defesa, querendo, no prazo de dez (10) dias a partir desta data, por intermédio de advogado legalmente habilitado.			
MENORES			
NOME:		NASCIDO: / /	
DOCUMENTO:	FILHO DE:		
E			
RESIDÊNCIA:			
NOME:		NASCIDO: / /	
DOCUMENTO:	FILHO DE:		
E			
RESIDÊNCIA:			
NOME:		NASCIDO: / /	
DOCUMENTO:	FILHO DE:		
E			
RESIDÊNCIA:			
TESTEMUNHAS			
NOME:		IDENTIDADE:	
ASSINATURA:		IDENTIDADE:	
RESIDÊNCIA:			
NOME:		IDENTIDADE:	
ASSINATURA:		IDENTIDADE:	
RESIDÊNCIA:			
OBS:			
SUBSCRIÇÃO			
No exercício das atividades fiscalizadoras da Justiça da Infância e da Juventude e da legislação vigente, lavrei o presente auto de infração e que foi assinado por mim e pelo autuado (a) ou seu representante, (em poder de quem fica uma cópia), e pelas testemunhas acima mencionadas.			
Perto Velha, ..... de ..... de 19.....			
<div style="display: flex; justify-content: space-between;"> <span>..... AUTUANTE COMISSÁRIO Nº .....</span> <span>..... AUTUADO</span> </div>			

# INFORMATIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO: REVOLUÇÃO OU EXCLUSÃO?

---



## **Johnny Gustavo Cledes**

Juiz de Direito do Estado de Rondônia, especialista em Direito Penal de UFMG/UNIR, MBA em Poder Judiciário pela FGV Direito Rio, mestrando em Poder Judiciário pela FGV Direito Rio, Professor de Direito Processual Civil na Escola da Magistratura de Rondônia, Professor de Direito Processual Civil da UNESC, membro da academia brasileira de Direito Processual Civil.

---

## **Sumário**

*Introdução. 1. Aspectos da informatização. 2. Concebendo os cenários aventados. 3. Contextos de Visualização. Conclusão. Bibliografia. Anexos.*

## **INTRODUÇÃO**

O advento da informática tem provocado mudança em todas as bases da civilização. A enorme magnitude dessa onda choca os indivíduos, haja vista o potencial de criação, transformação e destruição de amplitude ainda não conhecida, portanto é necessário que a análise de sua influência em qualquer setor pondere desde questões antropológicas, passando por movimentações sociais e econômicas para terminar no modo como o Estado trata essa ocorrência.

Este trabalho tem por objeto específico uma dualidade decorrente da implementação da informática no Poder Judiciário: constitui ela uma revolução ou uma exclusão?

Inicialmente será feita uma digressão sobre aspectos da informatização, de modo a esclarecer conceitos sobre o virtual e de como o ser humano concebe a si e ao mundo, bem como o de situar quem é o ator das ações que movem a história (até que ponto a informática pode ser um instrumento de dominação), portanto, sujeito no domínio dos rumos traçados e responsável pelos resultados.

As conclusões do primeiro capítulo servirão de premissas que formarão a base dos raciocínios a serem desenvolvidos no segundo e terceiro capítulos. Esses dois capítulos seguintes representam o cerne da proposição que se constrói sobre o advento da informática no Poder Judiciário. Serão trabalhados tópicos antropológicos, econômicos e políticos, buscando-se a história da humanidade como forma de promover um desdobramento da reflexão além dos paradigmas que engessam a visão da atual civilização. Também, como num exercício das modernas técnicas de gestão, por meio de estudo do passado será proposta uma previsão das tendências que o futuro a todos reserva e nossas alternativas no que diz respeito ao objeto de trabalho.

Ao final, a conclusão buscará remeter o leitor a se lançar em tópico do primeiro capítulo no qual é feita análise de um valor humano como mola propulsora e controladora do destino almejado, seja pelo indivíduo, por um grupo ou pelo todo.

Embora o trabalho não seja de abordagem religiosa, cabe aqui invocar uma passagem bíblica<sup>1</sup>, a título de registro histórico-cultural, que mais adiante servirá para reflexão sobre o que se propõe. Êxodo 32<sup>2</sup> contém a descrição histórica do povo israelita que recentemente

---

1 Bíblia sagrada, edição ecumênica, 1999, tradução do Padre Antônio Pereira Figueiredo, direitos reservados a Encyclopedia Britannica Publishers Inc.

2 Op. cit. Ex 32:1 - “Mas o povo, vendo que Moisés não acabava de descer do monte, se ajuntou contra Aarão, e lhe disse: Vem fazer-nos deuses, que vão diante de nós: porque pelo que toca Moisés, a este homem, que nos tirou do Egito, não sabemos o que lhe aconteceu.” Ex 32:4 - Aarão depois que as recebeu, fundiu-as, e formou delas um bezerro. Então disseram os israelitas: Eis aqui, ó Israel, os teus deuses, que te tiraram do Egito.” Ex 32:7,8 - “Então falou o Senhor a Moisés, e lhe disse: Vai, desce: porque o teu povo, que tu tiraste do Egito, pecou. Eles se apartaram bem depressa do caminho que tu lhes havia mostrado...” Ex 32:9 - “Ainda disse mais o Senhor a Moisés: Eu vejo que este povo é de cerviz dura. Deixa que o furor da minha indignação se acenda sobre eles, e que eu os consuma, e eu te farei a ti chefe de um grande povo.” Ex 32:14 - “Então se apaziguou o Senhor, para não fazer contra o seu povo o mal, que tinha dito.”

havia sido poupado da escravidão no Egito e ansiava pela “terra prometida”. Deus fizera intervenção milagrosa para que a libertação ocorresse, com as dez pragas lançadas ao faraó e egípcios, bem como a abertura de passagem no mar para assegurar proteção do povo contra o exército que os perseguia, seguindo em conduzi-lo pelo deserto. Em determinado momento da migração, os israelitas estavam ansiosos por uma revelação e com a demora do líder Moisés em voltar com as tábuas que Deus estava a lhe entregar no Monte Sinai, o povo corrompeu seu compromisso com a divindade e passou a adorar uma imagem por eles construída, despertando a ira de Deus que se manifestou disposto a exterminá-los, somente não concretizando o ato devido a intervenção pontual de Moisés. Porém, após reiteração em erro, veio maldição definitiva, destinando esse povo a peregrinar pelo deserto por anos sem haver notícia de terem encontrado a terra prometida (Dt 1:34 e 35)<sup>3</sup>, nem mesmo o próprio Moisés (Dt 34:4,5)<sup>4</sup>.

## 1. ASPECTOS DA INFORMATIZAÇÃO

Os teóricos que concebem negativamente a introdução da tecnologia da informação, como PAUL VIRILO<sup>5</sup> apregoam que o ser humano acaba limitado pela informática e de que, por isso, esta serve como um instrumento de dominação disfarçada pela ideologia do Estado de bem-estar social surgido na época da sociedade industrial. Em contraposição ao pensamento dos que compõem essa categoria, apresentam-se outros como MANUEL CASTELLS<sup>6</sup> que alertam para a importância da informática na evolução da sociedade, reconhecendo o perigo do potencial negativo, mas sustentando que, além de existir a função corretiva inerente a essa nova forma tecnológica, também concorrem para controle de sua aplicação o dever que os Estados tem na função política de governo.

3 Op. cit. Dt 1:34,35 – “Tendo o Senhor pois ouvido as vossas murmurações, irado jurou, e disse: Nenhum dos homens desta péssima ralé verá a excelente terra, que eu com juramento prometi a vossos pais...”

4 Op. cit. Dt 34:4,5 – “E o Senhor lhe disse: Eis aí a terra, pela qual jurei a Abraão, Isac e Jacó dizendo-lhe: Eu a darei à tua posteridade. Tu a viste com os teus olhos, e não passarás a ela. E morreu ali Moisés, servo do Senhor, na terra de Moab, por mandado do Senhor.”

5 VIRILO, Paul. Espaço Crítico. 1ª ed. São Paulo: Editora 34, 1993.

6 CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. Volume 1. São Paulo: Editora Paze e Terra, 2007, p. 413.

Diante de correntes de pensamento opostas, o inevitável questionamento surge sobre qual proposta assegura uma conclusão mais acertada, portanto, que forneça uma base de pensamento mais sólida para a reflexão a que se propõe?

Nada melhor do que explorar questões que nos permitam conhecer o mundo da informática e sua relação com o ser humano, definindo-se conceitos essenciais à compreensão de premissas que nos levam um raciocínio lógico.

### **1.1 A racionalidade, comunicação humana, pensamento e virtualidade**

RENÉ DESCARTES, criador da teoria cartesiana<sup>7</sup>, propôs o conceito de que a racionalidade consiste no método pelo qual se maneja e aproveita os conhecimentos armazenados por meio da experiência com uso lógico, de modo a obter conclusões sem necessidade de recorrência ao experimentalismo prático.

Segundo PIERRE LEVY “a lógica é uma tecnologia intelectual datada, baseada na escrita, e não uma maneira natural de pensar”, portanto, é importante lembrar a data aproximada de 700 a.C, quando na Grécia foi inventado o alfabeto. Pode-se conceber, portanto, que desde essa época houve o primeiro salto na história da humanidade sobre o desenvolvimento do conhecimento e comunicação humanos<sup>8</sup>, tanto que foi a referida região se tornou o berço da filosofia.

A escrita, assim como foram outras formas simbólicas de registrar o pensamento humano e promover sua comunicação, viabilizou, portanto, o conhecimento dos mundos interior e exterior.

Da observação da evolução humana, percebe-se como mola central a informação que pode conduzir os responsáveis pela utilização conhecimento para a conquista de novas descobertas que possam tornar a vida mais perene, segura e confortável.

Como nem sempre a finalidade registrada é conquistada ou logo perece, surgem os investigadores, como os filósofos que passam

---

<sup>7</sup> Discurso do método de Descartes.

<sup>8</sup> CASTELLS, Manuel. *Asociedade em rede*. São Paulo: Editora Paze Terra, volume 1, 2007, p. 413.



a testar o conhecimento, a linguagem, a comunicação e, em última análise, até mesmo o que venha ser a verdade.

Diante desse contexto, merece destaque o fato de que nossa civilização encontra problemas iniciais na forma como registra suas percepções, pois os linguistas reconhecem a limitação dos símbolos até hoje criados para registrarem perfeitamente os acontecimentos com seus sujeitos e objetos. Provas dessa constatação são as interpretações distintas que mais de uma pessoa confere ao mesmo desenho ou a uma obra de arte em que o autor lançou uma mensagem por mais simples que seja ela. Também deve ser feita referência às diferentes línguas, sendo que por comparação entre as mesmas percebe-se existirem significações numas que não são localizadas nas outras, tal como ocorre com o substantivo saudade que não encontra correspondência na língua inglesa.

Outro detalhe importante é o estágio de desenvolvimento de determinada sociedade, pois foi reconhecido como circunstância que regula a amplitude de processamento da informações pelos seres humanos que compõem esse grupamento social. LEVY<sup>9</sup> cita uma pesquisa realizada no Usbequistão e no Quirguisistão em que foram comparadas culturas alfabetizadas e analfabetas, evidenciando-se que os primeiros pensam por categoria, enquanto que os segundos pensam por situações. Por essa razão que na obra em que citou a pesquisa, o autor faz a seguinte afirmação:

Hoje, ainda que características cognitivas universais sejam reconhecidas para toda a espécie humana, geralmente pensa-se que as formas de conhecer, de pensar, de sentir são grandemente condicionadas pela época, cultura e circunstâncias.

É também por essa razão que LÉVY trabalha o termo “inteligência coletiva”<sup>10</sup> como um conjunto de aptidões cognitivas decorrentes da atuação do indivíduo em sociedade que acaba por tomar força e reconhecimento coletivo, influenciando todo o pensamento singular ou coletivo.

9 LÉVY, Pierre. As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática. São Paulo: Editora 34. Reimpressão 2006, p. 93.

10 LEVY, Pierre. O que é o virtual? 1ª ed., 1996. São Paulo: Editora 34 (8ª reimpressão 2007), p. 101.

Chama-se atenção para a constatação que LEVY faz de ser essa “inteligência coletiva” a base “nas instituições sociais, leis, regras e costumes que regem nossos relacionamentos”<sup>11</sup> por influir de modo determinante em nossos pensamentos. Na sequência, faz sustentação que demonstra flagrante ofensa ao método racional cartesiano, bem como enquadramento da influência viciosa que a decisão pode ter sobre a conclusão racional.

Ao refletir sobre fatores que incidiram (internos e externos) em eventos históricos relacionados a criações materiais e intelectuais desenvolvidas pelo ser humano sempre será possível perceber que houve um gradiente muito intenso de influência da “época, cultura e circunstâncias”<sup>12</sup>.

Isso explica porque até as mudanças mais radicais, com o passar do tempo, acabam sendo aceitas. Ao certo, a convivência com novos conceitos acaba provocando assimilação pela coletividade e, por consequência, uma mudança de valores que conduzirá à quebra de paradigmas, iniciando um novo ciclo no qual o novo virá a se tornar antigo e será desafiado por novas criações do intelecto humano.

O que se espera é que o filtro gerado para aceitação ou rejeição do conhecimento produzido se valha do método racional proposto por DESCARTES. Como se fará adiante, na medida em que os fundamentos invocados por um criador como sendo suporte de seu trabalho não atenderem ao critério da racionalidade haverá um indicativo que recomende sua rejeição. O mesmo pode ser afirmado em relação aos que desempenham o papel de análise crítica das criações.

Como outros objetos captados pela percepção humana, percebidos e conhecidos, o virtual surge nos tempos atuais como moderna tecnologia, embora sempre tenha existido e como ainda será abordado até mesmo trabalhado desde os tempos mais remotos.

No estudo proposto, a utilidade dessa abordagem reside no fato de que muitas críticas feitas à informatização do Poder Judiciário

---

11 Op. cit., p. 99.

12 LEVY, Pierre. As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática. 1ª edição, 1997. São Paulo: Editora 34. (14ª impressão – 2006), pg 14.

se fundam em afirmações desprovidas de método científico. Feita essa ponderação, retornemos ao velho problema de relação imprecisa entre o pensamento, a linguagem e a comunicação, pois nossa civilização tende a desenvolver suas formas de concepção e suas regras fundadas em muitas criações decorrentes desse sistema contaminado por falhas estruturais.

Lembrando da figuração da caverna que PLATÃO<sup>13</sup> utilizou para demonstrar os níveis de elevação da existência humana no qual podemos estar no mundo da escuridão e ter por real o que na verdade são sombras ou ao lado de fora da caverna e, iluminado pelo conhecimento, ter condições de desenvolver a razão. Nessa alegoria a passagem do primeiro para o segundo estado ofusca a visão do homem pela incidência da luz (conhecimento), gerando incômodo e medo do desconhecido, mas faz parte de um caminho que necessariamente precisa ser trilhado para que a transição ocorra.

## 1.2 Virtualidade e realidade

Infelizmente o virtual e o real são utilizados por pessoas não técnicas como indicativos de situações opostas, chegando ao ponto de relacionar o real com o verdadeiro e excluir o virtual dessa relação.

Virtual e real não representam conceitos coincidentes, mas também não são antônimos. Como será demonstrado, são etapas de uma situação fática no tempo-espço. Ao analisar a causa do equívoco conceitual praticado, encontramos o defeito na concepção ou na representação de cada um.

Prova de que a linguagem não tem capacidade de evitar nosso afastamento da significação desejada das coisas, fica clara ao comparar-se o conceito de virtual dos leigos com o proposto por LÉVY<sup>14</sup>:

A palavra virtual vem do latim *virtualis*, derivado por sua vez de *virtus*, força, potência. Na filosofia escolástica, é virtual o que existe em potência e não em ato. O virtual tende a atualizar-se, sem ter passado

13 PLATÃO. A República. Livro VII.

14 LÉVY, Pierre. O que é o virtual? 1ª ed., 1997. São Paulo: Editora 34. (8ª reimpressão 2007), p. 15.

no entanto à concretização efetiva ou formal. A árvore está virtualmente presente na semente. Em termos rigorosamente filosóficos, o virtual não se opõe ao real mas ao atual: virtualidade e atualidade são apenas duas maneiras de ser diferentes.

Em virtude da aceleração do uso do virtual torna-se objeto de análises profundas, tornando-se mais evidente e conhecido, embora seja ocorrente há muito tempo. Sempre esteve presente na história da humanidade, nem sempre sendo percebido por não se fazer presente em substância, mas, nem por isso, deixando de ser existente. Cena perfeita dessa ocorrência pode ser vislumbrada no exemplo de LÉVY<sup>15</sup>:

Um homem pré-histórico vê um galho. Reconhece-o pelo que é. Mas a história não termina aí, pois o homem, ao dialetizar, vê uma imagem duplicada. Ele envesga os olhos sobre o galho e o imagina como bastão. O galho significa o bastão. O galho é um bastão virtual.

MICHEL SERRES<sup>16</sup>, citado por LÉVY<sup>17</sup> trabalha a questão da “não-presença”, esclarecendo que já havíamos aceitado a falta de materialização antes da era da informática, exemplificando o caso do telefone. Embora não tínhamos como saber onde se dava a conversação telefônica, através do sentido da audição era possível confirmar que ela era real.

Tal como ocorreu na constatação de Newton sobre a gravidade, poucos são os atores sociais que desdobram o virtual, atualizando-o para convertê-lo em realidade através dos conceitos que passarão a guiar uma civilização por constituir-se em novos meios tecnológicos.

LÉVY afirma que o objeto de estudo da inteligência humana tem quatro modos de ser, entre eles o real, o possível, o atual e o virtual. Para ele esses modos “são complementares e possuem uma dignidade ontológica equivalente”<sup>18</sup>, formando a seguinte tabela:

---

15 Op. cit., p. 92

16 SERRES, Michel. Atlas. Julliard. Paris: 1994.

17 Op. cit., p. 21

18 LÉVY, Pierre. O que é o virtual? 1ª ed., 1996. São Paulo: Editora 34. (8ª reimpressão 2007), p. 136.

	Latente	Manifesto
Substância	Possível (insiste)	Real (subsiste)
Acontecimento	Virtual (existe)	Atual (acontece)

Nessa esteira de pensamento é preciso que o virtual seja trabalhado pela atualização para que passe ao plano das manifestações, no qual se situa o real. Assim terá o virtual deixado a mera existência para tornar-se um acontecimento.

Para demonstrar essa transformação sofrida pelo virtual, que lhe confere utilidade e contribui para melhoria na qualidade de vida do ser humano, tomemos o caso da medicina. Quando uma mulher se mostra grávida pela aparência ou circunstância, virtualmente o ser humano concebe a existência do feto dentro do útero. Com a aplicação da tecnologia do virtual num segundo estágio, deseja-se observar a imagem do feto e, pela atualização, a ciência cria o ultrassom capaz de disponibilizar imagens do feto mesmo no interior do útero. Desejando o uso terapêutico, passa-se a desejar visualização de problemas de formação que possam ser tratados durante a gestação e o ultrassom avança para ter imagens tridimensionais e coloridas.

Nota-se que o virtual não se contrapõe ao real e, pelo fenômeno da atualização, acontece no mundo, contribuindo para o desenvolvimento da humanidade em proporções jamais registradas na história.

### 1.3 Humanidade em devir

Buscando em HERÁCLITO a questão do devir, que representa uma concepção do mundo em constante mudança, frisa-se o exemplo do rio que, segundo o filósofo, nunca é o mesmo, pois em sua problematização as águas que o constituem num segundo momento já não são as mesmas por terem passado, de modo que o rio passa a ser outro. O questionamento tem continuidade pela afirmação de que essa mudança incessante alterna entre estados opostos, tal como o quente e o frio, o claro e o escuro, nelas formando a harmonia da existência, pois cada situação representaria um estado diferente da mesma coisa.

A raça humana vive o dilema da constante mudança e parece não perceber essas passagens como um fenômeno natural classificado há milênios na problemática do devir. Embora a mudança faça parte da busca pelo desenvolvimento, a humanidade contraditoriamente parece sempre resistir ao novo, pois, ao viver um devir coletivo, deveria concluir que as novas descobertas fazem parte da transição para outro estágio de existência.

A resistência é muitas vezes justificada no temor pela boa ou má aplicação das inovações, porém, assim como defendido por HERÁCLITO, o bem e o mal são facetas do mesmo objeto, não havendo como separá-los. Seguindo essa visão filosófica, sempre fará parte da vida a luta dos opostos, portanto, cabe ao ser humano trabalhar o lado positivo para que se equilibre ao negativo.

Essa dinâmica pode ser exemplificada desde a criação das cidades que se mostraram necessárias para dar conforto e segurança às pessoas em tempos antigos. Também pode ser vista nos modernos medicamentos e tratamentos desenvolvidos em proteção da saúde e vida humana. Na investigação de ambos casos, é possível encontrar agentes que resistiram às criações, porém a constante mudança viabilizou o desenvolvimento do exército, da política e relações internacionais para garantir o sucesso das cidades. O mesmo ocorreu com a construção de máquinas de diagnóstico e cirurgia, engenharia genética como novo método e descoberta de novas substâncias no caso da proteção da saúde.

Deve-se considerar que a própria sensação de bondade depende do sujeito ser atingido pela maldade. Afinal, numa visão poética e realista, “o que seria do mel sem o féu”. Embora seja um desejo eliminar o lado negativo de todas as coisas, se retornarmos a mencionar os conhecimentos de HERÁCLITO para cogitar a possibilidade de sucesso dessa empreitada, chegaremos à conclusão lógica de que isso jamais será possível. Trata-se de uma visão científica que não tem por objetivo eliminar esse desejo da humanidade, mas de alertar para que o medo do lado mau de uma criação jamais seja usado como argumento de resistência na jornada rumo ao novo e desconhecido.

MALTHUS<sup>19</sup> certamente teve sua tese quebrada, porque houve o desenvolvimento de tecnologia suficiente para que a produção agrícola aumentasse exponencialmente com o uso da mesma extensão de terras. Como seria o curso da história ou o que seria do futuro da humanidade se a produção intelectual tivesse cessado em virtude do paradigma Maltusiano?

ERNEST GELLNER, em trecho de Pós-modernismo - razão e religião<sup>20</sup>, relatou traços da prisão gerada pela influência da teoria de MALTHUS no pensamento da sociedade em que viveu: “Previamente, a Humanidade agrária vivia num mundo Maltusiano, no qual a escassez de recursos em geral condenava o homem a apertadas formas sociais autoritárias, à dominação por tiranos, primos ou ambos”.

O surgimento da pólvora alimentou exércitos e, com isso, mortes, porém o uso desse artefato ainda é um instrumento moderno que alimenta armas em defesa da segurança pública, preparo de insumos para construção civil, entre outros, e nem, por isso, a humanidade entrou em declínio. A descoberta de fontes energéticas e as primeiras máquinas foram causa da submissão de empregados a condições desumanas, mas propiciaram a nossa civilização um desenvolvimento até então nunca visto. Na atualidade, em decorrência da luta pelos direitos dos trabalhadores, muitas conquistas livraram estes da antiga condição de quase escravos. Dos conhecimentos de EINSTEIN sobre a energia atômica infelizmente surgiu a bomba nuclear, mas inúmeros inventos benéficos também puderam ser criados e, ainda sim, outras providências até então evitaram uma guerra devastadora com uso de armamentos nucleares. A inspiração de SANTOS DUMONT revelada na construção do avião foi utilizada em guerras e atualmente no tráfico de drogas, mas outros inventos controlaram essa espécie

---

19 Thomas Robert Malthus, inglês e autor do primeiro e segundo ensaios: “Um ensaio sobre o princípio da população na medida em que afeta o melhoramento futuro da sociedade, com notas sobre as especulações de Mr. Godwin, M. Condorcet e outros escritores” (1798) e “Um ensaio sobre o princípio da população ou uma visão de seus efeitos passados e presentes na felicidade humana, com uma investigação das nossas expectativas quanto à remoção ou mitigação futura dos males que ocasiona” (1803). Defendeu a tese de que a população crescia em progressão geométrica e a produção de recursos naturais em escala aritmética, prevendo com isso o esgotamento dos meios de subsistência num futuro que se aproximava.

20 <http://pt.wikipedia.org/wiki/Malthus>. Em 20/8/2007, às 23h4min.

de uso, e a aviação mudou a dificuldade e demora de transporte em longas distâncias.

Seria possível conspirar sobre a utilização das tecnologias com o perigo para extermínio do homem ou até mesmo sua subjugação ao domínio de um poder autoritário e nocivo, mas, ao mesmo tempo, será possível cogitar outras criações que neutralizem qualquer ação imaginada, tal como pode ser visto na história da humanidade.

A última parte da trilogia cinematográfica denominada Matrix Revolutions encena essa questão. Após atuação em que o ator principal (Neo), que representa a existência humana, age para salvar o mundo, entra em cena o Oráculo e o Arquiteto, respectivamente representados por uma mulher e um homem, que seriam a representação da força controladora da natureza (para os religiosos a dualidade divina). Vejamos o debate:

- Fez um gesto muito perigoso. (Arquiteto)

- A mudança sempre é. (Oráculo)

Por meio do personagem masculino, retrata-se inicialmente um chamado de atenção para o risco que as mudanças representam, enquanto a personagem feminina representa destemor a essa circunstância. Concebendo que ambos representam duas partes de um mesmo ser, constata-se que no roteiro cinematográfico se desejou representar que faz parte de nossa existência a aversão e o destemor em buscar o novo.

- Por quanto tempo você acha que essa paz vai durar? (Arquiteto)

- Tanto quanto possível. (Oráculo)

Registra também a teoria de que as ocorrências são cíclicas, porém, novamente agente das mudanças, não se importando com a possibilidade do objetivo ser mantido brevemente, registra ter disposição para esforçar-se em lutar incessantemente por seu objetivo.

- E os outros? (Oráculo)



- Que outros? (Arquiteto)
- Aqueles que querem sair. (Oráculo)
- Obviamente serão libertados. (Arquiteto)

Demonstram novamente a dualidade, pois, enquanto retrata um ator movido pela emoção (Oráculo), tem o outro orientado pela razão (Arquiteto).

- Tenho sua palavra? (Oráculo)
- O que acha? Que sou humano? (Arquiteto)

Ao findarem a conversação, fazem comparação ao humano numa referência ao cumprimento do estabelecido. Parece desejar o escritor retratar item que será abordado mais adiante em tópico relativo à virtude.

Logo após ao Arquiteto se retirar, entra em cena o guardião do Oráculo identificado com o nome de Seraph, que ciente do Oráculo ter o dom da previsão, o questiona sobre se tinha domínio sobre o curso dos fatos pelo exercício da vidência, ao que o Oráculo sinceramente responde que não sabia o que iria acontecer.

- Você sempre soube? (Seraph)
- Não! Mas eu sempre acreditei. (Oráculo)

A surpreendente resposta do oráculo complementa a ideia que se pretende concretizar no sentido de que, em meio ao estado de devir, o importante é o desejo de realizar e a crença nos resultados desejados, que exige em contrapartida postura de desafio aos paradigmas da vida.

#### **1.4 A virtude do usuário**

Segundo ARISTÓTELES,<sup>21</sup> a virtude é uma disposição cuja finalidade é a realização da perfeição do homem, enquanto ser racional. Por ela a pessoa tem condição de fazer escolha entre opções de modo a não pecar pelo excesso ou a falta, alcançando consequentemente o equilíbrio.

---

21 ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. São Paulo: Quetzal, 2004.

Como já sustentado, considerando a dualidade da existência e o constante surgimento de situações que tem seu equilíbrio na distribuição do bem e do mal, não se pode limitar a pensar que a virtude será exercida em cada decisão, mas sim num conjunto delas, haja vista que se sustenta o equilíbrio por meio da realização dos opostos. Assim, a opção que conduz ao equilíbrio será o conjunto de ações que formam o melhor equacionamento do resultado. Por essa razão, o agente precisa sempre explorar o contexto, que neste trabalho consiste em ponderar a revolução e a exclusão emergentes da aplicação da informática no Poder Judiciário.

Por se tratar de um trabalho desenvolvido na seara das ciências jurídicas, é importante lembrar reflexão apresentada por MONTESQUIEU em *O Espírito da Leis*<sup>22</sup> sobre a virtude que serve para reflexão sobre os efeitos maléficos de sua supressão:

Quando a virtude desaparece, a ambição penetra os corações dos que podem acolhê-la e a avareza apodera-se de todos. Os desejos mudam de objeto: não mais se ama os que se amava; era-se livre com as leis, quer-se ser livre contra elas; cada cidadão é como um escravo que fugiu da casa de seu senhor; o que era máxima, chama-se rigor o que era regra, chama-se temor; o que era respeito chama-se medo. A frugalidade agora é a cupidez e não o desejo de possuir. Outrora, os bens particulares constituíam o tesouro público; mas, então o tesouro torna-se patrimônio dos particulares. A república é um despojo; e sua força não é mais do que o poder de alguns cidadãos e a licença de todos.

A virtude deve estar presente desde a concepção dos pressupostos da era virtual (a informática como um todo) e dos paradigmas que se opõe a sua instalação. Precisa estar nos desenvolvedores da tecnologia, nos detentores do poder econômico, nos governantes enquanto administradores e na postura da população como indicador de pretensões para que não haja distanciamento do equilíbrio necessário. Nos próximos dois capítulos serão abordados os setores de atuação desses atores.

22 SECONDAT, Charles-Louis de. *O Espírito das Leis*. Juruá, 2000, p. 31.

Em nova menção à produção do cinema intitulada *Matrix*, porém, no segundo filme da série (*Reloaded*), o Arquiteto (divindade) faz explanações para Neo (representa o ser humano) como quem deseja explicar o ciclo da existência e a natureza humana, lançando as seguintes informações: 1) Que Neo, representa uma anomalia para o sistema em virtude de seu comportamento; 2) Que era esperado que Neo fosse eliminado pelo sistema como forma de garantir a harmonia da precisão matemática que rege o próprio sistema; 3) Mesmo Neo se apresentando como um problema não eliminado, o fato não é inesperado; 4) Essa anomalia é sistêmica, porém, com variações e o momento vivido por Neo é uma das várias recorrências já passadas. Nesse ponto Neo interage, identificando que o problema é a escolha e por conta disso o Arquiteto volta a discorrer que: 5) A falha ocorre por conta da natureza humana; 6) Para cada escolha, corresponde uma renúncia, sendo uma delas pela razão e outra pela paixão (no drama do filme Neo deve optar por salvar a vida da mulher que ama e a raça humana ser exterminada ou deixar que se perda a vida da mulher amada para que possa salvar a humanidade); 7) que mesmo antes da decisão, o Arquiteto já percebe que a manifestação humana reage à lógica e a razão (nesse momento percebe a inclinação de Neo em ceder a emoção). Ao final da cena, Neo deixa de abraçar uma oportunidade, a qual sempre se dedicou e salvar a humanidade (cidade de Zion, no filme) e segue o caminho para salvar a vida da mulher que ama, embora continue acreditando que venha a encontrar outro caminho para concretizar a oportunidade renunciada naquele momento.

Assim se mostra o ser humano. O curso da história retrata que muitas vezes as sociedades (desde um pequeno grupo de pessoas a um país) seguem caminhos diversos em situações idênticas. A virtuosidade nas opções de cada uma é que determinará a consequência gerada, seja no rumo do desenvolvimento, da estagnação ou mesmo da regressão.

Já lançando-se ao primeiro exemplo que trata do advento da informática, é pertinente lembrar o exemplo dos rumos seguidos por Japão e a ex-União Soviética. Embora nenhum desses países tenha sido o berço da informática, o primeiro partiu de uma crise pós- segunda guerra mundial, tornando-se grande potência tecnológica, enquanto

o segundo saiu da posição de maior concorrente tecnológico do país desenvolvedor da informática (Estados Unidos) para, após a guerra fria, tornar-se uma sociedade obsoleta e sucateada, quase sem expressão no mercado tecnológico.

Sobre esse tema, colaciona-se EMANUEL CASTELLS<sup>23</sup>:

“Em nossa discussão, admitiremos que todos já conheçam a história de como, sob orientação estratégica estatal, o Japão tornou-se grande participante internacional nas indústrias de tecnologia da informação, no último quartel do século XX. É pertinente, para as ideias aqui apresentadas, destacar que isso ocorreu ao mesmo tempo em que uma superpotência industrial e científica, a União Soviética, fracassou nessa importante transição tecnológica.”

No capítulo seguinte, serão abordadas questões políticas econômicas e sociais que nos permitam uma conclusão sobre a situação brasileira perante o advento da informática, em especial no Poder Judiciário, culminando-se por sugerir a tendência que deva ser seguida a fim de que trilhemos o caminho evolutivo.

## 2. CONCEBENDO OS CENÁRIOS AVENTADOS

A pretensão conceitual de revolução e exclusão é simplista na observação quanto ao resultado. Por revolução será analisado tudo que tenha maior tendência para gerar efeitos positivos. Em contrapartida, exclusão corresponderá ao cenário cujo resultado da disputa de forças tenha inclinação para os efeitos negativos.

Os conhecimentos filosóficos serão empregados para assegurar análise lógica que facilite a compreensão das bases da informática e compará-las com as que regem a realidade burocrática do sistema Judicial, visando conceber se a implementação de uma sobre a outra em um cenário de gradual substituição até completa migração, acena para um resultado preponderante à revolução ou à exclusão.

---

23 Castells, Emanuel. A sociedade em rede. Volume 1. São Paulo: editora Paz e Terra. 2007. p. 49

## 2.1 Revolução

Essa revolução pode ser a conceitual na qual o dicionário Aurélio<sup>24</sup> apresenta a concepção de “Transformação radical dos conceitos artísticos ou científicos dominantes numa determinada época” ou no campo dos fatos em que, pela busca do significado de revolucionar pelo mesmo dicionário, consiste em “causar notável mudança em; transformar.”

Do ponto de vista da conceituação, efetivamente a informática está quebrando mais paradigmas do que a revolução industrial. Os mecanismos informáticos estão sendo enunciados e afrontam premissas até então imutáveis, a materialização da existência ganha nova interpretação, sua influência sobre a economia ganha novos horizontes, a regulação pelo Estado torna-se complexa e a relação espaço-tempo não é mais a mesma.

Já quanto às mudanças efetivas, percebe-se a implementação cada vez maior de equipamentos informatizados nos inventos antes totalmente mecânicos, a diferença na relação de força humana e produtividade nos sistemas industriais, a facilitação no manuseio de informações e a criação de novos meios de atuação profissional.

A revolução é tamanha que o próprio sistema de eleição dos representantes políticos no Brasil é procedida em meio informatizado, criando um precedente na história da humanidade quanto a rapidez e simplicidade na apuração dos votos. A informática está nos aparelhos telefônicos pelos quais o brasileiro tem grande acesso, permitindo a remessa de recados, fotos e até vídeos sem que se tenha de passar por procedimentos há até pouco tempo atrás complexos, caros e pouco disponíveis.

A tecnologia da informatização proporcionou no Brasil o registro e reprodução de acontecimentos que scandalizaram a população, tais como a filmagem do recebimento de propina por funcionários públicos por meio de microcâmeras ou de investigações em que houve autorização de escutas telefônicas. Por causa delas, grandes esquemas criminosos foram desmontados.

---

24 Software versão 5.0.40.

O ônibus confortável, as filas organizadas com painéis luminosos, a atividade bancária, a manutenção do sistema de energia elétrica estão todos relacionados à incrementação de tecnologias informatizadas. Tudo isso não seria possível sem essa inovação.

Se voltarmos alguns anos no tempo, poderemos constatar que as atividades referidas perderão em conforto, desempenho, custo, complexidade, podendo até mesmo não terem sido possíveis.

Pelo que se expôs, mesmo que se evite do fenômeno da informatização incidir diretamente, nada impedirá que pela via indireta em nossas vidas aconteça, pois se tornou intrínseca a existência de muitos produtos ou serviços que utilizamos e ou consumimos. Basta pensar no exemplo do usuário do serviço bancário que deseja sacar dinheiro, fazer transferência ou depósito fora do horário de expediente. Terá de operar o caixa eletrônico que é um computador. Lidar com eletrodomésticos também exige incursão no mundo digital, pois os comandos de televisões, DVD's, receptores de sinal de TV e aparelhos de som são comandados por mecanismos concebidos na técnica da tecnologia de informação.

Ademais, a informatização é um fenômeno irreversível na medida em que os meios essenciais e primários que alimentam todas as demais atividades humanas são gerenciados por pessoas com poder de controle sobre o sistema que, dentro do viés econômico, não tem alternativa senão de prosseguir investindo na implementação contínua dessas tecnologias. Isso gera para o sistema social uma corrente na qual é preciso estar harmonizado sob pena de se tornar incompatível e ter de submeter-se ao tratamento que o meio social lhe impuser.

Conforme conclusão feita por RAMPAZZO<sup>25</sup>, a opção por investir na informatização determinará a sorte de um país como produtor e consumidor de tecnologia ou uma sociedade “à margem de qualquer benefício”. Diante desse cenário a questão passa a ser de sobrevivência, conferindo tanta força ao advento da informatização

---

25 RAMPAZZO, Luiz Carlos. Responsabilidade Social Empresarial e Inclusão Digital. [http://www.fiap.com.br/portal/int\\_cda\\_conteudo.jsp?ID=120531](http://www.fiap.com.br/portal/int_cda_conteudo.jsp?ID=120531). Em 7/7/2007, às 20h27min.

ao ponto de não haver possibilidade de conceber dentro da razão uma mudança no rumo do destino para que os países ignorem ou abandonem a adoção dessa forma de tecnologia.

## 2.2 Exclusão

A exclusão não é um fenômeno nascido com a revolução da informática, muito menos tem origem em qualquer fato moderno. Sempre existiu desde que o ser humano passou a conviver em sociedade. Portanto, repita-se, não se pode admitir que eventual combate ao advento da era digital irá cessar esse problema de ordem social que hoje é o primeiro de qualquer pauta necessidade de tratamento para assegurar a dignidade da pessoa humana, valor mundialmente incontestável.

O que é relevante para o estudo proposto é o enfoque de que a exclusão social, na proposição de CARLOS NELSON DOS REIS<sup>26</sup>, “trata um fenômeno que abrange diferentes formas e níveis e define-se a partir da situação e do momento político, econômico e social de cada local ou região onde o fenômeno esteja ocorrendo”. Portanto não se pode negar que a adoção de tecnologias informatizadas tenha reflexo, porém outros fatores interferem com mais intensidade no aumento ou diminuição da exclusão social.

Assim sendo, atuar preventiva e corretivamente sobre a exclusão social (também a virtual que é uma de suas espécies) requer providências de extrema complexidade, haja vista estar claro que exige atuação governamental em nível ainda não alcançado no Brasil e que levará um tempo considerável para completar o ciclo de mudanças esperadas.

Uma análise histórica da atuação dos governos presidenciais desde o advento da Constituição Federal retrata uma série de ações que, mesmo tendo uma coordenação em níveis abaixo do necessário, premiaram o Brasil com eliminação da inflação descontrolada (novo modelo econômico como resultado de uma série de tentativas

---

26 REIS, Carlos Nelson dos. Exclusão social: a multidimensionalidade de uma definição. Revista virtual textos e contextos. n. 1, ano 1, nov. 2002. [www.pucrs.br/textos/anteriores/ano1/politicasocial01.pdf](http://www.pucrs.br/textos/anteriores/ano1/politicasocial01.pdf) - Em 21/8/2007, às 23h1min.

frustradas), modernização (abertura ao mercado internacional) e outros que são conquistas importantes para combate da exclusão social.

No entanto, conforme impregnado na tônica desse trabalho, como a existência de virtude nas condutas (portanto, positivas ou negativas) dos gestores do Poder Judiciário, em especial no que tange à informatização do processo, deve sempre ser lembrada como uma bússola que orientará as melhores escolhas.

Para quem pudesse criticar a ideia proposta afirmando que houve omissão em tratar situações do mundo informatizado que excluem ainda mais a justificativa deve ser expressa em dois pontos.

Primeiro que a imersão na era digital não é o fator preponderante de exclusão social, ainda que se admita ter potencial para dificultar ainda mais o acesso das pessoas aos bens da vida.

Segundo que as tecnologias da informação, como ferramenta reconhecidamente potencializadora de empreitadas, serão a esperança dos excluídos em realizar um desdobramento e conseguirem ocupar seu espaço. Exemplo claro dessa que dá sustento a essa ponderação são as constantes descobertas de gênios, que através da *internet* provam terem desenvolvido conhecimento ao ponto de ultrapassarem criações tecnológicas desenvolvidas com muito esforço por especialistas renomados. Citem-se os casos da revelação do sistema de codificação do DVD e descobrimento de vulnerabilidades no moderníssimo e revolucionário *iphone*, da *apple*.

Certamente os jovens que foram atores principais desses eventos não teriam condições de causar essas revoluções (além de saírem de uma espécie de exclusão), caso dependessem de oportunidade no mundo material, que é repleto de barreiras criadas pelo intelecto humano, seja como mecanismo de dominação seja incompetência administrativa. Como visto, essas perversas formas de exclusão poderiam ser consideradas praticamente eternas e invencíveis, o que felizmente foi superado pela apresentação do acesso ao mundo virtual.



A própria lição presente no surgimento do sistema operacional *linux* mostra que a interação de pessoas no meio virtual, voltadas para um fim comum é capaz de causar abalo até mesmo a uma gigante financeira como é a *microsoft*. Novamente não fosse o acesso à informática, esse acontecimento jamais poderia ter sido concebido (diga-se alguém incomodar a *microsoft* com uma versão de sistema operacional para computadores pessoais).

Os argumentos mais específicos e profundos sobre exclusão serão tratados nas divisões do item relativo aos contextos de visualização (da exclusão ou inclusão), que são a sociologia, a economia e a política.

### 3. CONTEXTOS DE VISUALIZAÇÃO

Pela ordem serão abordados distintamente em três subtópicos desse item questões sociológicas, econômicas e políticas que acenam favoravelmente à aplicação das tecnologias da informação.

Com a finalidade de conferir atualidade à abordagem, no primeiro tópico será muito utilizado para exploração um caso judicializado que representa o ponto mais importante que irá determinar o futuro da informatização do Judiciário, pois se trata da arguição de inconstitucionalidade da lei que regulamentou aspectos do processo judicial virtual.

Os dois tópicos seguintes merecerão observações relacionadas à lei de informatização do processo, porém servirão para análise de fenômenos de alto relevo como a globalização e ações governamentais.

#### 3.1 Sociológico

Por disponibilizar distinta categoria simbólica para o processo de comunicação, inicialmente deve-se enaltecer a implementação e expansão da informática como um meio enriquecedor do conhecimento humano. Em verdade, somos espectadores de um acontecimento que representa mais uma descoberta que potencializa

o uso da inteligência humana, portanto confere à humanidade oportunidade para desenvolvimento.

O principal efeito dessa revolução é a mudança da noção de espaço-tempo. As distâncias ficaram curtas e tudo se processa mais rapidamente.

Na educação, instalações físicas pequenas, número insuficiente de material e distância das instalações do local onde vivem os estudantes que pareciam obstáculos intransponíveis para acesso ao conhecimento tem solução indicada pelas tecnologias da informação.

Não há controvérsia sobre o fato de o conhecimento libertar no sentido de criar via para redução da desigualdade e, por sua vez, da exclusão social. Então, deve-se despertar para o fato de que o potencial positivo da informatização é um mecanismo que precisa ser trabalhado em prol da diminuição da exclusão social.

Para exemplificar, os melhores especialistas em medicina no mundo podem utilizar a *internet* para conferências e cirurgias a distância, atingindo irrestrito número de alunos e pacientes, o que promove um salto positivo para a medicina. O mesmo se diga quanto ao oferecimento de cursos públicos sobre conhecimentos profissionais ou de qualquer nível que prestigie a cidadania, tudo programado dentro das necessidades sociais.

Na área judicial, em casos onde seria obrigatório o deslocamento de quem promove uma ação, muitas vezes custoso por causa da distância entre a cidade de residência do requerente e a cidade onde a ação deve tramitar, não será mais impeditivo do exercício do direito de ação (enquanto em uns casos a ausência extingue o processo, em outros pode influir negativamente no direito do autor). Num processo virtual em que a audiência ocorra por meio da *internet*, juízes, advogados, partes e testemunhas poderão interagir mesmo estando em cidades diferentes.

Argumentos negativistas, como a falta de inclusão digital do advogado e partes, devem ser abrandadas por uma política governamental ou do próprio Judiciário em disponibilizar serviço

público de acesso à *internet* nos próximos 10 anos (aproximadamente), pois esse período representará uma fase de transição ao fim da qual será razoável a exigência de que os advogados e sua entidade de classe tenham se adaptado por adquirirem conhecimentos, equipamentos e suporte técnico-informático.

Qualquer mudança tem seu preço e requer dos atores sociais que busquem atualização e adaptem-se aos critérios que a nova realidade exija. Cite-se a essência do trabalho de DARWIN<sup>27</sup>, em que a sobrevivência das espécies fica garantida conforme sua capacidade de adaptação as mudanças que ocorrem em seu meio ambiente, sendo esse fenômeno denominado como evolução.

No entanto, a teoria darwiniana não deve ser invocada sem estar acompanhada de uma reflexão racional sobre a velocidade que deva ser impressa a essas mudanças. CASTELLS<sup>28</sup>, em profundo estudo sobre a questão lembra-nos que “cada revolução tecnológica tem seu próprio ritmo de difusão em estruturas sociais e econômicas”. Portanto, com enfoque nas movimentações globalizantes, é preciso estar atento para as sinalizações que a sociedade brasileira faz por meio do Estado, de entidades representativas ou grupos organizados que defendam um interesse definido.

No Brasil, a manifestação popular que definiu a crise do Poder Judiciário impulsionou mudanças constitucionais e legais. Dentro desse contexto deu-se existência ao Conselho Nacional de Justiça com responsabilidade para tornar a gestão judiciária integrada e eficaz, bem como foi editada a Lei n. 11.419/2006 para dar suporte a uma das metas do Conselho em promover a informatização unificada do Poder Judiciário.

E, como toda mudança gera uma reação, a Ordem dos Advogados do Brasil, através de ação direta de inconstitucionalidade, questiona aspectos da informatização do processo judicial, que, por ora, será comentada apenas do ponto de vista sociológico.

---

27 DARWIN, Charles Robert. A origem das espécies. 1859. Pesquisado em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Charles\\_Darwin](http://pt.wikipedia.org/wiki/Charles_Darwin). Em 17/07/2007, à 1h20min.

28 CASTELLS, Emanuel. A sociedade em rede. Volume 1. Petrópolis: Editora Paze Terra, 2007.

Resumidamente, questionam-se dispositivos que previram a possibilidade de criação de: a - “cadastro de usuário do Poder Judiciário” (art. 1º, III, “b”); b - “obrigatório credenciamento prévio no Poder Judiciário” (art. 2º, *caput*); c - “Diário da Justiça eletrônico” que uma vez efetivado “substitui qualquer outro meio e publicação oficial” (art. 4º, *caput* e § 2º); d - imposição de intimações “feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem” para que não seja necessária a intimação por outro meio (art. 5º, *caput*); e - regulamentação dos sistemas informatizados previstos na lei por meio de ato de cada órgão do Poder Judiciário (art. 18).

Passo a explorar cada tópico após nova transcrição da descrição do item impugnado, conforme segue:

**Primeiro.** a - “cadastro de usuário do Poder Judiciário” (art. 1º, III, “b”).

Os argumentos apresentados são de que, por força de lei, o advogado é obrigado a estar inscrito somente na Ordem dos Advogados do Brasil para que possa exercer a profissão, consistindo o dispositivo em atentado ao direito de livre exercício de profissão por meio de controle da profissão a dois órgãos diferentes. Também sustenta ofensa ao princípio da proporcionalidade consistente em imposição de carga excessiva. No plano fático, complementa que a maioria dos Tribunais ainda não estão equipados e de que os informatizados utilizam a assinatura sem certificação digital.

Tratei de chamar atenção para a necessidade de compreender as novas concepções que nascem que o advento da informática para evitar confusão em relação ao que representa cada detalhe dos mecanismos informatizados.

Não existe funcionamento em informática sem a configuração do sistema em que se pretenda trabalhar. O ato de cadastramento descrito na norma não representa em essência o mesmo que a inscrição do bacharel nos quadros da OAB depois de aprovado em exames. Esse cadastramento pode ser desenhado como uma parte da configuração para que o usuário tenha acesso ao sistema, que por ser

de responsabilidade gerencial de cada Tribunal de Justiça, deve ser por ele administrado.

Tome-se, por exemplo, o cadastro que um correntista tenha em instituição financeira na qual mantenha conta corrente. Esse correntista deverá fazer cadastro no qual sua identidade será conferida e, através do fornecimento de uma senha, terá acesso aos serviços bancários. Essa atitude do banco não substitui a competência da secretaria de segurança pública ao conferir identidade para uma cidade por meio do registro geral representado na cédula de identidade. Para todos os efeitos da vida civil, esse correntista será aceito como identificado apenas pelo registro no órgão competente, que seria a secretaria de segurança pública; o cadastro bancário tem efeito apenas para aquela instituição e faz parte da dinâmica de funcionamento do sistema dela que necessita de configuração prévia por ser informatizado.

Em comparação ao exemplo, o Tribunal de Justiça estaria no papel de instituição financeira e a Ordem dos Advogados do Brasil na de secretaria de segurança pública. Nisso o advogado é reconhecido como tal perante as instituições, apenas mediante a comprovação de sua inscrição na OAB, e o cadastro feito no Tribunal apenas servirá para controle do acesso ao serviço jurisdicional e efetiva prestação dele.

Tal como a senha de banco foi criada para garantir o domínio dos negócios do correntista com o banco, evitando fraudes, a senha que o cadastro no Judiciário vai gerar serve para assegurar proteção contra esse tipo de ocorrência indesejada.

Outro ponto que deve ser levando em conta é o da compreensão do certificado digital. Essa nova tecnologia funcionará para identificar o titular com a mesma competência que hoje a secretaria de segurança pública tem em identificar uma pessoa. Ela é administrada por instituições autorizadas pelo Estado e gera uma nova realidade na qual a pessoa se identifica e assina um documento sem a presença física. Essas são novas concepções que precisam ser absorvidas pelos que vivem no Brasil, sendo razoável esperar da Ordem dos Advogados do Brasil que promova a divulgação dessa questão técnica entre

seus inscritos a fim de que não tenham dificuldades em conceber o mundo digital, que como já foi dito cresce de maneira dominante e irreversível.

Em virtude do que foi exposto acima, a OAB foi cadastrada como entidade pertencente ao sistema de certificação digital por meio das instituições técnicas (executores dos sistemas informatizados controladores, conhecido como ICP-Brasil).

Não há que se falar em controle administrativo da atividade do profissional advogado, pois o Judiciário estará apenas a administrar o sistema informatizado. Casos de mau funcionamento do serviço não são controle, mas sim possíveis circunstâncias que deverão ter acompanhamento próximo de todos, exercendo fiscalização sobre o que é considerado um ato de administração pública, portanto, impugnável por vias próprias.

Para a hipótese do Judiciário não aceitar o cadastramento de um advogado, suspender ou cancelar um cadastramento já existente, poderemos estar diante de uma utilização inconstitucional do sistema criado, o que também pode ser corrigido por meios próprios. Como alhures afirmado, a utilização das tecnologias da informação como qualquer outro invento depende da virtude humana, pois já ficou demonstrado ser da essência de qualquer criação a dualidade representada pelo potencial positivo e negativo. Por essa razão, se todo argumento que se baseia num possível uso nocivo de qualquer instrumento for aceito para impedir sua instalação, então, o caos se instalará, pois tudo que for apresentado sempre aceitará argumento de conter força maléfica do ponto de vista da teoria de HERÁCLITO.

O princípio da proporcionalidade abriga a possibilidade de uma discussão filosófica muito extensa, porém, dada a delimitação do tema desse trabalho, será tratado com brevidade pontual. Serão tratados os requisitos da legitimidade dos meios utilizados, os fins perseguidos pelo legislador, adequação dos meios utilizados ao objetivo estabelecido, necessidade e aptidão da prática em relação do fim e menor gravosidade possível.

Partindo-se da intenção do legislador registra-se que a criação legislativa impugnada veio à tona em meio ao contexto da reforma do Poder Judiciário, que mereceu até mesmo a Emenda Constitucional de n. 45, trabalhada no ambiente em que admite a informatização do processo judicial como um dos caminhos para solução de crise de administração do serviço de prestação jurisdicional. Além da lei de informatização do processo cujos dispositivos foram questionados, é preciso lembrar que não só o Poder Legislativo mas também o Poder Executivo estão empenhados e praticam atos no sentido de regulamentar o sistema que já administra a identificação pessoal de quem atua com sistemas informatizados no Brasil (o Executivo editou a Medida Provisória n. 2.200/2001 e o Legislativo tramita projeto de lei sobre o assunto e que tem o n. 7.316/02).

Os meios utilizados são legítimos, pois compete ao Poder Judiciário gerir seus serviços, tal como ilustrado no exemplo de cadastramento perante instituições financeiras para operar conta corrente. Devido à necessidade de controle de questões sigilosas, não tem o Judiciário sequer como conceber uma gestão compartilhada com outras instituições, sob pena de violação dessa circunstância que comprometeria a ordem pública e os direitos individuais de pessoas protegidas pelo sigilo.

Sobre a adequação dos meios utilizados ao objetivo estabelecido a resposta de uma pergunta que deveria ter constado no questionamento da lei resolve a questão: que outro meio pode ser utilizado, especialmente por se considerar tudo que já foi exposto?

Por não vislumbrar outro meio compatível com a realidade tecnológica e não haver indicação de outro que possa tornar menos adequado o meio eleito na lei, o argumento fica afastado.

A compreensão do que foi exposto ser basicamente o funcionamento do sistema informatizado responde ao requisito necessidade e aptidão da prática em relação do fim. Cita-se aqui outro exemplo decorrente de uma constatação. O crescente número de casos de crimes praticados pela *internet* sinaliza a necessidade urgente de regulamentação da área, a fim de que se estabeleça uma

forma obrigatória de identificação, sem a qual o usuário da ferramenta informatizada não tem acesso ao sistema. Novamente fazendo referência à sinalização legislativa, há o projeto de lei n. 76/2000 que traça normas para esse contexto.

Assim como foi argumentado na questão da adequação, o reclame sobre menor gravosidade possível do meio previsto pela lei exige demonstração de existência de outra aplicação compatível com sistemas informatizados no que diz respeito ao cadastramento de advogados. É bom frisar novamente que a possibilidade de mau uso ou falha no sistema é aceitável pela filosofia de HERÁCLITO e constará de qualquer outro invento.

Não se nega que a inovação carregue consigo um ônus, porém, necessário já que toda mudança corresponderá ao surgimento de um ou mais fatores indesejados, mas que são encargos previsíveis das transições, o que é confirmado pela jornada humana na terra.

A falta de construção de sistema informatizado e respectiva estrutura em alguns estados e a atuação de outros sem o sistema de certificação digital representam duas situações fáticas que merecem uma ponderação comum e duas distintas. As duas se aplica o caráter sinalizador da lei, que notoriamente estabelece diretrizes gerais para os sistemas informatizados por ela arrolados. Tal clareza é conclusão do fato de a lei estabelecer em sua parte final que os Tribunais têm liberdade para expedirem suas regulamentações, certamente considerando ser preciso atender à peculiaridade de cada um.

No que tange à estruturação, deve ser reconhecido o problema orçamentário, que dificulta o investimento em equipamento, capacitação de profissionais da área técnica, contratação e treinamento de servidores para suporte, desenvolvimento ou aquisição de sistemas informatizados. Espera-se que essa limitação herde do trabalho que o Conselho Nacional de Justiça desenvolve para os Juizados Especiais de todo o Brasil uma política na qual se estabeleça fonte de crédito unificada para, no bojo de um cronograma, haja destinação de recursos, tecnologia e treinamentos para os Tribunais tornarem realidade o processo judicial virtual.



Vale lembrar que é rotineiro no Brasil o Poder Público não executar comandos legais que estabelecem políticas setoriais, tal como ocorreu com a lei de execução penal em que se testemunhou a falta de cumprimento das diretrizes de estruturação do sistema penitenciário; estruturação essa que, em parte, veio a ser executada nos últimos anos após a injeção de recursos da União nos estados para construção de presídios federais. Nesse episódio, está representada a sugerida centralização de ações gestoras e financiadora. Ainda valendo-se do caso, deve servir de advertência para os responsáveis pela informatização do processo judicial, a circunstância de que os presídios federais saíram do papel para a prática somente depois de instalado um colapso no sistema penitenciário, portanto, que as ações para a informatização do Judiciário sejam disparadas antes que o remédio (inovação tecnológica) se transforme em veneno (cenário de instalação precária da informatização) e origine o mesmo resultado indesejado.

É preciso investigar o tipo de aplicação que está sendo feito sem a certificação digital, pois sistemas em fase de teste que mantenham em paralelo o sistema tradicional podem perfeitamente continuar em funcionamento, pois, se a prática desses atos processuais estiverem sendo promovidas na forma tradicional (cumprindo requisitos legais quanto a forma) assegurará a validade deles já que por outro modo estarão sendo praticados e atingirão a finalidade, sem que uma pena de nulidade os alcance. Trata-se de conceber a aplicação dos arts. 244 e 250, do Código de Processo Civil<sup>29</sup>.

**Segundo. b** - “obrigatório credenciamento prévio no Poder Judiciário” (art. 2º, *caput*).

Os fundamentos expendidos nos primeiros parágrafos do item primeiro (a) sobre explicação de um sistema informatizado e o exemplo traçado servem para iniciar a argumentação em defesa da constitucionalidade desse dispositivo da lei de informatização.

---

<sup>29</sup> Lei n. 5.869/73: “**Art. 244.** Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade. (...) **Art. 250.** O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quando possível, as prescrições legais.”

A tese de que um cadastro profissional único dos advogados no Poder Judiciário que tenha a mesma natureza jurídica daquele existente na Ordem dos Advogados do Brasil, bem como a construção de um sistema de sujeição do exercício da advocacia ao Poder Judiciário afronta a Constituição Federal é correta, pois, quando a norma registra tratar-se de órgãos essenciais, a administração da Justiça, independentes entre si, sistematiza a OAB como sendo órgão diverso e que deve ter seu cadastro próprio, jamais podendo sofrer qualquer tipo de ingerência do Poder Judiciário, como seria um controle sobre os profissionais inscritos nos quadros dela.

Entretantes, o texto da lei de informatização exige uma interpretação conforme, pois a hermenêutica dele faz nascer uma aplicação distinta da tese apresentada pela OAB, embora se admita que uma execução equivocada desse dispositivo da lei pode gerar a inconstitucionalidade reclamada.

Assim sendo, enquanto esse “cadastro único” for conceituado como uma forma de identificação com a geração de apenas um número de usuário (o que se faz para impedir existência de homônimo do cadastro e conseqüentemente uma duplicação ou divisão de informações) será constitucional. No entanto, se esse sistema de registro passar a ignorar o número cadastral emitido pela OAB, então se instalará uma inconstitucionalidade.

Para melhor comunicação do retrato que se deve construir pela aplicação do dispositivo sob comento, dá-se o exemplo de uma pessoa que pretende criar uma conta de e-mail no seu provedor de *internet*, sendo a figuração pessoa representativa do advogado e do provedor o Poder Judiciário. Partindo-se do pressuposto de que o provedor deseja nunca permitir a existência de mais do que uma conta de e-mail por pessoa, sempre que houver uma solicitação, ele irá se assegurar através de pesquisa pelos dados do documento oficial de identidade (no caso paralelo a OAB do advogado) da pessoa solicitante se ela não tem outra conta. Constatada a inexistência de outra conta, o provedor atenderá a solicitação da pessoa. Se, por um acaso o sistema de segurança desse provedor exigir periodicamente a

apresentação de dados pessoais desse usuário e não viabilizar que ele seja reconhecido por seu documento oficial (entenda-se OAB), estaria ocorrendo a situação de que o provedor não pode praticar (ou seja, a inconstitucionalidade por interpretação conforme).

Uma das funções do Estado (uma de suas funções é a judiciária) é manter o controle de identificação da população que vive na sua base territorial ou sobre a incidência de sua ação soberana. Em razão disso, a Receita Federal exige que para manutenção do CPF ativo (sem ele a pessoa é tolhida de vários atos da vida civil), a pessoa cadastrada faça declaração de renda. Ocorre que essa postura somente tem como ser praticada anualmente pela pessoa por meio da *internet* e reconhecidamente milhões de brasileiros cadastrados no CPF não tem acesso à *internet*.

Não cabe aqui expor as razões justificativas da imposição do imposto de renda obrigatoriamente ter que ser entregue com uso da tecnologia da informação, mas tudo que a esse exemplo se relaciona é aplicável a lei de informatização do processo. Nesse sentido, tem-se paralelo com a imposição do uso da tecnologia para acesso ao serviço judiciário, mesmo que ambos se refiram a direitos fundamentais da pessoa humana (que devem ser analisados em conjunto com o sistema jurídico, momento histórico, tendências sociais e indicativos econômicos), pois os demais fatores dessa equação tornam razoável essa aplicação.

**Terceiro. c** - “Diário da Justiça eletrônico” que uma vez efetivado “substitui qualquer outro meio e publicação oficial” (art. 4º, *caput* e parágrafo 2º);

Pelas mesmas razões do exemplo do imposto de renda acima trabalhado, não há problema para que vingue a essa proposição.

A mesma situação de advogado que não tem condição financeira de manter acesso ao mundo virtual é a constatada no sistema tradicional em que é necessário dispêndio de dinheiro para obter a assinatura do Diário da Justiça. Se formos calcular o valor que o advogado vai gastar ao longo de anos com o pagamento de assinatura,

poderá economizar para adquirir equipamentos e frequentar curso para capacitação, mesmo que pela via de um financiamento bancário.

Invocando o exemplo do imposto de renda, as pessoas contratam serviços para inclusão digital, evidenciando que o ônus é suportável e justificado em virtude dos benefícios públicos gerados.

A OAB invocou citação do Min. Gilmar Ferreira Mendes sobre o princípio da proporcionalidade em que cita como requisitos para sua constatação a demonstração da necessidade da medida e sua relação com os objetivos pretendidos. Os argumentos mais profundos sobre essa instituição encontram-se no campo político e econômico, sendo que serão objeto de tratamento no item próprio (vide itens n. 3.2. e 3.3.), mas dentro do aspecto social novamente, frisa-se, ser preciso empregar método racional no uso de conceitos sobre informática. Assim, atua-se para estabelecer um paralelo entre o sistema tradicional (físico/manual) e o novo (digital/automático) encontrando-se entre eles uma correspondência que seja capaz de esclarecer que não houve mudança na essência do ato, mas tão somente no método pelo qual será praticado.

Dispensável a invocação de pesquisa para provar que na prática os advogados contratam empresas especializadas em recortar diariamente os trechos publicados no Diário da Justiça de interesse do contratante.

A imposição mais gravosa já existia no sistema antigo, pois o sistema de publicação pelo Diário da Justiça tem por base uma ficção na qual se presume que o advogado teve acesso ao periódico, de modo que a simples publicação considera o profissional ciente do conteúdo divulgado para efeito de ter-se o advogado por intimado acerca do ato processual. No entanto, como esse sistema foi absorvido pela prática forense já está consolidado pela aceitação tácita evidenciada pela falta de resistência. Noutras palavras, não há manifestações de que esse sistema tradicional seja uma forma de exclusão, pois é concebido como ônus natural.

O Diário da Justiça eletrônico leva em consideração a mesma ideia, porém, como se apresenta em roupagem de inovação termina

por enfrentar resistências. Estamos diante de um fenômeno social previsível e normal.

Há duas categorias básicas de excluídos. Os privados de acesso, mas que tem alternativa para alcançar o objetivo visado, ainda que tenha de enfrentar obstáculos imponentes; esses devem ser considerados no trabalho dos agentes que estabelecem os destinos das instituições e as políticas públicas, porém, em harmonia com o princípio da proporcionalidade, deles pode ser exigido que não se acomodem perante as dificuldades e atuem em formas alternativas de modo a superar os fatores de exclusão que os ameaçam. É o exemplo dos advogados quando no Judiciário foi inserido o sistema de ciência ficta (publicação física do Diário da Justiça).

De outro norte, existem os privados de acesso que estão inseridos em cenário no qual estejam desprovidos de qualquer capacidade para reagir, tendo seu destino lançado à sorte de eventos fora de seu controle. Essa é a verdadeira exclusão social e sua constatação impõe ao administrador público o dever de atuar preventiva e corretivamente sobre as causas e consequências.

Porque o sistema de Diário da Justiça eletrônico não deve ser considerado exclusão, o que conduziria a sua inconstitucionalidade?

Tal como ocorreu no sistema tradicional, os advogados encontrarão meio para superar o ônus que se anuncia. Aqueles que se classifiquem na categoria que denominamos de aparentemente excluídos, como, por exemplo, os que consultavam Diários emprestados por outras pessoas. Também os que chegam aos cartórios judiciais por não terem condição financeira de contratar a assinatura do Diário da Justiça ou contratar o serviço de seleção, recorte e entrega.

Esses profissionais podem continuar solicitando colaboração das pessoas que lhe cediam o impresso para que lhes franqueiem acesso à *internet* em seus computadores. Como mais uma vez ficou provado, o novo sistema nada acrescentou que deslocasse o advogado para a categoria dos verdadeiramente excluídos, o que sela a constatação de requisitos que certifiquem a constitucionalidade do sistema.

Com certeza o Judiciário providenciará brevemente em todos os fóruns salas de acesso digital, em que os advogados e a população poderão acessar virtualmente o sistema processual na presença de servidores que possam dar suporte técnico aos usuários. O instinto humano de superação deverá influir a OAB no sentido de que promova por sua iniciativa salas de acesso virtual.

Por um lapso não foi inserida na lei a obrigação de que o sistema tenha um meio de registrar ao usuário a ocorrência de problema que tenha provocado a cessão da disponibilidade do Diário eletrônico. A falha é um fenômeno inevitável e, no caso de sua verificação, deve existir mecanismo que promova o necessário para restituição do prazo (bem como todas eventuais providências necessárias para adequar à legalidade as consequências de tal falha) e garanta ao advogado meio de provar essa ocorrência.

Talvez por essa razão os Tribunais Superiores implantaram o Diário eletrônico, mas mantiveram o escrito, o que constitui uma sinalização no sentido de que os termos da lei sejam aplicados em procedimento gradual e espaçado, a fim de que os advogados possam ir se adaptando ao novo sistema, bem como os Tribunais identifiquem os pontos vulnerantes da ferramenta para evitar solução de continuidade do serviço judicial.

Parece que o legislador quis estabelecer que o Diário escrito poderá ser extinto assim que implementado o “portal próprio” para efeito de intimação dos advogados que será objeto de abordagem logo abaixo. É que, a partir do momento em que houver sistema que disponibilize informações selecionadas ao advogado, não haverá porque reclamar do acesso ao Diário digital, pois os atos lá divulgados serão depositados na caixa postal eletrônica do advogado.

Outra constatação possível e mais importante é a de que nessa sinalização o STF está pressupondo a constitucionalidade do Diário virtual.

O Tribunal de Justiça rondoniense editou a Resolução n. 07/2007, que entrou em vigor no dia 1º/8/2007, aplicando integralmente

os termos da lei de informatização e cessando a impressão e circulação física do Diário da Justiça, prevendo a substituição integral pelo virtual após 30 dias de sua implantação.

Outra sustentação é a de restrição da publicidade dos atos processuais com base em pesquisa que traz números sobre o baixo nível de inclusão digital.

O tímido índice de inclusão digital não é um argumento válido exatamente pela mesma explicação sobre o Diário escrito fundar-se em presunção de ciência dos advogados e também do público (para esses quando a lei não estabelecer outra forma de intimação, tal como a praticada por carta ou mandado).

Se poucos advogados leem o Diário da Justiça, é certo que menos ainda o fazem as pessoas em geral, portanto, a implantação do Diário virtual não ofende os direitos das pessoas até porque o Diário escrito jamais circulou nas ruas como acontece com a imprensa comum e os interessados em notícias do Judiciário sempre tiveram que procurar alguém que tivesse o periódico escrito, valendo para elas o mesmo raciocínio desenvolvido quanto aos advogados.

Penso que, de modo contrário, o Diário virtual aumenta a potencialidade de uso das informações. Como foi tratado nas primeiras lições sobre informática, essa tecnologia oferece para a humanidade uma via de acesso a informações por muitos nunca imaginada, de modo que o Diário virtual traz uma gama exponencialmente maior de utilidades para o usuário tais como acesso de qualquer local do planeta, busca rápida e automatizada por palavras, expressões e categorias (leilões, licitações, editais etc.).

Soma-se ao grande leque aberto pelo Diário digital o sistema de acompanhamento processual que disponibiliza diversas formas de consulta a processos judiciais, o que vem a primar por uma ampliação da publicidade.

Para encerrar essa reflexão, é importante notar que as pessoas sem acesso às tecnologias da informação já estão de alguma forma excluídas, portanto, não é a migração para o meio virtual que colocá-las nessa condição. A informatização do processo confere às pessoas

condições para superar os limites do atual nível civilizatório para concretizar um processo de evolução marcante que, ao contrário das previsões pessimistas, são uma nova alternativa (no fundamento da OAB, armamento diferenciado e promissor) para o ser humano deixar a escuridão da caverna onde esteja aprisionado<sup>30</sup>.

No capítulo que destino ao enfoque político, será feita observação sobre a urgência de intervenção do Estado em prol dos excluídos, com atuação em outras áreas responsáveis pelo escavamento do poço da exclusão, tais como investimento educacional, estimulação ao investimento e empreendedorismo (estes carregam a geração de empregos) e outros.

**Quarto.** d - imposição de intimações “feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem” para que não seja necessária a intimação por outro meio (art. 5º, *caput*);

Esse tópico carrega o mesmo conteúdo que o anterior para reflexão. Acrescento um exemplo. Já existe em alguns Tribunais um sistema eletrônico denominado *push*. Por ele, o advogado cadastra processos para receber informações e sempre que houver a inserção no sistema do Tribunal de qualquer informação processual naqueles processos selecionados, o sistema automaticamente enviará um e-mail para a conta informada pelo advogado.

Esse sistema é inspirado nessa experiência, que até o advento da lei não tinha valor como intimação para contagem de prazo.

Reside na criação a que se refere esse tópico a semente do que será a maior revolução em termos de mecanismo para agilizar o trâmite processual. Quando a lei se refere a “meio eletrônico em portal próprio” dá suporte para a preparação de um dispositivo que consista em uma caixa postal eletrônica. Seguindo o sistema de presunção já usado no Diário escrito, o advogado inscrito tem obrigação de verificar sua caixa postal diariamente, sob pena de sua intimação ser tida como praticada e seu prazo automaticamente passar a fluir. A revolução ocorrerá quando esse sistema atingir a intimação das partes.

---

30 PLATÃO. A República. Livro VII. São Paulo: Martin Claret, 2006.



A mesma recomendação sobre sistema de fiscalização e correção do funcionamento incorreto do “portal próprio” (ou caixa postal eletrônica), pois o advogado não pode ser penalizado por falhas do sistema.

Esse sistema possibilitará ao advogado que tenha uma secretária, estagiário ou outro funcionário que controle e administre as mensagens depositadas em sua caixa postal ou remetidas por e-mail. Em futuro próximo serão desenvolvidos softwares configuráveis que permitam a automatização dessas mensagens, o que representaria nível ainda maior de conforto e economia. Além das intimações sobre atos processuais poderá haver funcionalidade de outros serviços configuráveis como aviso de leilão por preço ou por espécie de bem, mudança de juízes, recebimento de julgados selecionados por classe, parte ou resultado etc. Eis aqui um exemplo de menor gravosidade.

A prometida revolução será a criação do sistema de caixa postal para as pessoas que forem inseridas como parte nas ações judiciais. Bastará que, no ato de citação ou intimação da pessoa que se deseja cadastrar, seja inserida informação de que ela está sendo compromissada a acessar sua caixa postal diariamente, sob pena de ser considerada intimada nos termos da lei e sofrer as consequências da inércia. A lei ainda poderá prever que, na falta de localização, a inserção no cadastro poderá ser feita por meio de intimação editalícia. Isso acabará com as dificuldades para localização, que ora estendem o tempo de duração do processo, ora causam gasto exacerbado com o pagamento de diligências para o oficial de justiça.

A intimação para cumprimento da sentença e sobre a concretização de penhora na pessoa do advogado são novidades apresentadas na última reforma processual que são um indicativo de movimentação no sentido da dinâmica procedimental ser desburocratizada e automatizada ao máximo, porém, respeitado o tempo devido para cada transição.

**Quinto.** e - regulamentação dos sistemas informatizados previstos na lei através de ato de cada órgão do Poder Judiciário (art. 18).

Instaurou-se no Brasil uma onda de desconstrução do ordenamento jurídico sempre que se levanta suspeita de ser inconstitucional, no entanto, o Supremo Tribunal Federal tem preservado a integridade de muitas leis por meio de fazer a denominada interpretação conforme.

Chama-se a atenção para essa modalidade de controle de constitucionalidade porque é possível manter a norma, desde que se lhe imponha aplicação por determinado enfoque constitucional.

Por constar a expressão “no que couber, no âmbito de suas respectivas competências” o legislador delimita o poder de regulamentação de cada órgão do Poder Judiciário nos termos da ordem jurídica.

Regulamentações internas que versem questões administrativas são totalmente asseguradas pelo princípio da autonomia e independência do Poder Judiciário (art. 99, da CF), no entanto questões de processo e procedimento têm a competência limitada pela Constituição Federal a processo legislativo, assegurando à União e dos Estados poder concorrente (art. 24, XI, da CF), de modo que, aos órgãos da Justiça Federal, poderá ser necessária edição de lei pelo Congresso Nacional e aos órgãos da Justiça Estadual pelo mesmo órgão legislativo ou, alternativamente as respectivas Assembleias Legislativas.

Atendidos esses termos, a norma é constitucional.

### **3.2 Econômico**

Desde o momento em que o ser humano passou a atribuir valor a suas posses e desenvolveu sistema de compensação nas trocas que realizava se inseriu num cenário em que a capacidade maior ou menor de acumular riquezas ficou determinada pela gestão da produção e circulação de tudo que possa ser negociado (produtos e serviços).

Então percebeu que a acumulação de riquezas gerava certo poder sobre as pessoas e os governos, o que lhe estimulou em desenvolver cada vez mais regras para essa atividade econômica.

Durante muito tempo, a humanidade se dividiu em adotar

um princípio que prezava para distribuição igualitária das riquezas (socialismo, comunismo e derivados) ou na postura individualista de promover o acúmulo de riquezas (capitalismo). Os acontecimentos em torno desse cenário provocaram tanto reflexos que chegaram a influir sobre o modo de pensar das pessoas, entre elas os estudiosos do comportamento humano.

Ocorrências em nações optantes por um ou outro sistema determinaram a vitória do sistema capitalista, que teve seu primeiro grande salto com a revolução industrial e encontrou na revolução digital um segundo momento de crescimento destacado ainda maior que o primeiro.

Atualmente a vida das pessoas está tão ligada ao setor econômico, que escolhas privadas ou públicas erradas geram prejuízos (entenda-se perda na acumulação de riqueza e conseqüentemente poder de influência) de difícil recuperação, por isso é necessário desenvolver método para aprimorar as escolhas de modo a maximizar os resultados. Trata-se de uma situação muito complexa, que, dependendo da combinação da postura de pessoas e governos, gera cenários positivos ou negativos, evidenciados nas oscilações de circunstâncias como poder aquisitivo, processo inflacionário, desenvolvimento tecnológico, geração de empregos, melhoria de serviços públicos, que somados serão considerados componentes do que concebemos por qualidade de vida.

Antes do advento da informatização já havia tendência dos maiores detentores de riquezas em promover uma aproximação das civilizações de modo que suas economias construíssem relações mais estreitas. Surgem as empresas multinacionais e a atuação de países uns nos territórios dos outros fomentou ainda mais a produção/circulação de riquezas e a competição. Essa foi a célula embrionária do que hoje conhecemos por globalização.

Partindo-se desse pressuposto que é necessário produzir mais com menos custo, esse movimento econômico viu no desenvolvimento das tecnologias da informação um instrumento mágico para cumprir

sua meta produtiva<sup>31</sup>, o que forçou as nações a se estruturarem em torno dessa realidade, conforme assinalado por CASTELLS<sup>32</sup>: “Essa nova estrutura social está associada ao surgimento de um novo modo de desenvolvimento, o informacionalismo, historicamente moldado pela reestruturação do modo capitalista de produção, no final do século XX.”

Esse novo sistema facilmente torna um país muito vulnerável. Considerando o potencial de competitividade que a informática alavanca se espera que no Brasil haja desenvolvimento de tecnologia e aplicação desses sistemas, tal como propõem SICSÚ e MELO<sup>33</sup>:

Compreender que o país passa por uma conjuntura em que se pretende consolidar a inserção competitiva de sua economia no processo de mundialização é o primeiro passo para pensar em uma iniciativa como o da Sociedade de Informação. Nesse sentido, ele deve ser visto como um elemento de suporte dessa estratégia.

Como relata EUCLIDES ANDRÉ MACE<sup>34</sup> “o neoliberalismo, politicamente, tem enfraquecido a capacidade de os governos promoverem políticas que assegurem a cidadania”. O que preocupa mais nesse setor são as diretrizes do neoliberalismo, pois busca enfraquecer o poder dos governos, limitar sua intervenção e relativizar os direitos dos cidadãos. Não há futuro econômico ou social se essa empreitada vingar, sendo por essa causa que imediatamente devem ser adotadas posturas em todos os setores.

Se nos lançarmos ao caso da lei de informatização do processo, merece destaque o fato de que o sistema de intimação obrigatório favorece todos os atores porque sua automatização faz com que o serviço seja rápido poupando tempo e gera abertura para

31 NEVES, Ricardo. O novo mundo digital você já está nele. Ediouro Publicações S.A. Rio de Janeiro: 2006, p. 31.

32 CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. Editora Paz e Terra, volume 1, 2007, p. 51.

33 SICSÚ, Abraham Benzakem e MELO, Lúcia Carvalho P. de Melo. Sociedade do Conhecimento: integração nacional ou exclusão social? [ftp.mct.gov.br/CEE/revista/Parcerias9/06revista9lucia.PDF](http://ftp.mct.gov.br/CEE/revista/Parcerias9/06revista9lucia.PDF)-. Em 13/7/2007, às 20h31min.

34 MANCE, Euclides André. Globalização, Dependência e Exclusão Social - O Caso Brasileiro. <http://www.milenio.com.br/mance/dependencia.htm>. Em 16/7/2007, às 21h36min.

novo mercado de serviço, pois haverá necessidade de pessoas com conhecimentos na área.

Sobre a invocação do citado Min. Gilmar Ferreira Mendes (na ADI da OAB) pode-se dizer que o objetivo pretendido é de ocorrer desenvolvimento econômico, portanto, justificada está necessidade da medida de informatização do Poder Judiciário, pois como visto o mercado financeiro exige avanço tecnológico.

RICARDO NEVES relata na obra “O novo mundo digital: você está nele”<sup>35</sup> a realidade de europeus que vivem queda acentuada do poder aquisitivo como um problema fundamental do sistema capitalista moderno e de que até mesmo a estabilidade do emprego público desaparecerá e lança a advertência de que a falta de investimento na informática “Desestabilizará organizações e instituições e implodirá os centros estabelecidos que não se reinventarem.”<sup>36</sup>

A constatação de que as pessoas terão de trabalhar mais tempo para se aposentar, tem na informática uma aliada, pois seu potencial de diminuir o esforço humano garantirá vida ativa e produtiva aos que entrarem na terceira idade<sup>37</sup>.

Ao estabelecer o Diário virtual com extinção do escrito, o Tribunal de Justiça de Rondônia<sup>38</sup> fez declaração de que:

... com utilização do meio eletrônico para a publicação do Diário da Justiça, deixam de ser impressos, diariamente, cerca de 600 exemplares do informativo oficial do Judiciário, o que representa, ao final de um mês, 12 mil jornais impressos, com uma média de 60 páginas, cada um. “São menos árvores derrubadas de nossas florestas para se transformar em papel”, diz o Juiz.

35 NEVES, Ricardo. O novo mundo digital você já está nele. Ediouro Publicações S.A. Rio de Janeiro: 2006, p. 58.

36 Op. cit., pp. 20-21.

37 Op. cit., p. 85

38 <http://www.tj.ro.gov.br/noticia/viewMateria.jsp?cdDocumento=8460&tpMateria=2>. Em 21/8/2007, às 19h28min.

Todo esse dinheiro poupado pode ser aplicado no próprio setor de tecnologia da informação, dentro da concepção já exposta.

A repressão ao incursionamento tecnológico atrasa o país perante os demais, encolhendo sua economia. Não permite o uso de método que reduz custos e tempo.

### 3.3 Político

É característica moderna do Poder Judiciário Brasileiro a formação de uma dimensão política de atuação do órgão cada vez mais intensa nos destinos do país seja por responder àqueles que buscam seu serviço ou por revestir suas ações em valores políticos.

Para MARIA TEREZA SADEK<sup>39</sup>, essa situação combinada a um ambiente de amplas reformas mais do que tornar problemas “esperados”, os faz “inevitáveis”.

Importante indicador sobre provocação da Corte Constitucional no Brasil de 1988/2006<sup>40</sup> é o número de ações diretas de inconstitucionalidade propostas que atinge o patamar de 3.721 distribuições registradas. Ao se adicionar o componente dos valores culturais, econômicos, políticos e sociais do povo brasileiro, verifica-se que o Judiciário é chamado para assumir importante papel de controle político e na atualidade esse Poder de Estado tem na ação interposta pela OAB sobre a lei de informatização do processo um marcador em que determinará o futuro da pretensão dessa implementação tecnológica.

Em momento no qual o Judiciário luta para vencer uma crise interna espera-se que sua atuação contribua para a formação de um sistema judicial que contribua positivamente para a governabilidade do país, haja vista os clamores do mercado financeiro por um sistema mais coerente e rápido, ajustado às diretrizes do mundo globalizado.

A via da informatização do Judiciário (que vai além da

---

39 SADEK, Maria Teresa. Judiciário e sociedade. Material didático fornecido pela FGV DIREITO RIO no Programa de Capacitação em Poder Judiciário. Rio de Janeiro: 2006.

40 Op. cit., refere-se como fonte a Secretaria de Informática do STF. Dados até 7/5/2006.

virtualização do processo) está a exigir que se busquem os fins sociais de economia para o erário e gestão eficiente, o que requer escolha de ferramentas como as representadas pela tecnologia da informação.

Considerando o momento histórico pela qual passa o Brasil (outros países também), CASTELLS não se pode deixar de frisar que “Os sistemas políticos estão mergulhados em uma crise estrutural de legitimidade, periodicamente arrasados por escândalos, com dependência total de cobertura da mídia e de liderança personalizada e cada vez mais isolados dos cidadãos.”

O caminho está no desenvolvimento de programas que assegurem uma administração eficaz em trabalhar outras causas da exclusão como o tratamento proporcional das unidades federativas, inclusão escolar, geração de melhores empregos, encorajamento do setor produtivo e fomento tecnológico, que é papel essencial do Poder Executivo, mas como já afirmado tem no componente de governabilidade a criação de um Judiciário moderno.

Aqui cabe uma crítica sobre o legislador e as instituições sociais que acompanharam o trâmite de criação da lei de informatização e perderam a oportunidade de estabelecer diretrizes para o desenvolvimento uma tecnologia de base para ser empregada no Poder Judiciário de cada unidade federativa, sob a coordenação do CNJ. Por ora, o conselho faz sua parte encabeçando um cronograma pela virtualização do processo judicial em modelo único nos Juizados Especiais.

A migração do sistema tradicional para o virtual demandará implementação de muitos recursos financeiros. Uma vez que se sabe as limitações da autonomia financeira do Poder Judiciário representada pelo controle orçamentário exercidos pelos demais Poderes será determinante para essa jornada de transição um trabalho estratégico que assegure políticas de reforço à economia do Estado e conscientização dos integrantes dos Poderes sobre a importância para os destinos da nação que tem o ato de prestigiar o orçamento do Poder Judiciário com o volume de recursos exigidos pela providência de informatização.

## CONCLUSÃO

Não somente a exploração racional dos conhecimentos que constituem a base da informática e o desenvolvimento de um raciocínio em Descartes construirão a melhor reflexão sobre a informatização do Poder Judiciário contribuindo para a sociedade com maior carga de revolução ou exclusão. Também é preciso que esse exercício da razão seja orientado por um valor que Montesquieu tanto insistiu em trabalhar quando gerou seu trabalho que serviu de base para a formulação do Estado democrático de direito: a virtude.

Uma jornada sobre facetas sociais, econômicas e políticas do povo e seu governo, analisadas em períodos e circunstâncias distintas, expõe as mazelas do sistema instalado na vida civilizada, normalmente relacionadas a crise de governo e a força que o modo capitalista imprime sobre o público e o privado.

Da reação aos efeitos nocivos desse sistema, buscam-se novas ferramentas, tal como a revolução industrial gerou tecnologia e serviu para que houvesse uma libertação a sociedade da época que se prendia à teoria maltusiana.

Termina-se por conceber que a tecnologia da informação representa uma nova revolução que pode contribuir na superação aos obstáculos que a vida moderna impõe, contribuindo-se para um ciclo em que as forças positivas devem interagir com as negativas para gerar o equilíbrio.

Dentro desse contexto, o Poder Judiciário já iniciou a manipulação das ferramentas disponibilizadas pela tecnologia da informação, tratando de informatizar-se com criações como o processo virtual, portanto, concorre com uma parcela de contribuição para a melhoria da vida em sociedade pela minimização da exclusão social e maximização de uma revolução que alimenta o combate a esse fenômeno social marginalizante.

Por essa construção, espera-se que o próprio Judiciário reconheça a Constitucionalidade da regulamentação legal do seu processo de informatização para, então, completar-se o ciclo que



conduz a realização de uma revolução. É certo que vencida essa etapa, os indivíduos, organizações sociais e governos desenvolverão comportamento para adequar-se ao que poderá ser descrito como marco da era digital, ocorrendo, por consequência uma integração digital gradual pelo esforço próprio dos indivíduos ou o exercício de políticas públicas pelos governos que nessa sequência de eventos serão despertados para investimento maciço na área.

É preciso compreender que a mudança de paradigma para o de uma sociedade virtual não vai mudar a essência do que conhecemos. Não haverá desmaterialização do mundo, mas apenas uma nova forma de observá-lo que é feita de outro ângulo; ângulo esse, que constitui um avanço evolucionário, na medida em que a humanidade por ele abriu novos horizontes que levaram a criação das maravilhas tecnológicas que mudaram positivamente o curso da história. Trata-se exatamente de ver materializado em nossas vidas a alegoria da caverna de Platão.

## BIBLIOGRAFIA

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martim Claret, 2006.

AUGÉ, Marc. *Não-lugares: introdução a uma antropologia da supermodernidade*. Campinas: Papirus, 2007.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. São Paulo: Jorge Zahar Editor, 2001.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. volume 1, São Paulo: Paz e Terra, 2007.

DARWIN, Charles Robert. *A origem das espécies*. 1859. Pesquisado em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Charles\\_Darwin](http://pt.wikipedia.org/wiki/Charles_Darwin). Em 17/7/2007, à 1h20min.

DESCARTES, René. *Discurso do método*.

HEWITT, Hugh. Blog: entenda a revolução que vai mudar seu mundo.

Rio de Janeiro: Thomas Nelson Brasil, 2007.

LÉVY, Pierre. Ciberultura. São Paulo: Editora 34, 2001.

LÉVY, Pierre. Inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço. São Paulo: Loyola, 1999.

LÉVY, Pierre. As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática. 1ª reimpressão. São Paulo: Editora 34, 2006.

LEVY, Pierre. O que é o virtual? São Paulo: Editora 34, 1ª edição 1996 (8ª reimpressão 2007).

LIPOTEVETSKY, Gilles. Os tempos hipermodernos. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004.

MALTHUS, Thomas Robert, Primeiro e Segundo ensaios: “Um ensaio sobre o princípio da população na medida em que afeta o melhoramento futuro da sociedade, com notas sobre as especulações de Mr. Godwin, M. Condorcet e outros escritores” (1798) e “Um ensaio sobre o princípio da população ou uma visão de seus efeitos passados e presentes na felicidade humana, com uma investigação das nossas expectativas quanto à remoção ou mitigação futura dos males que ocasiona” (1803). <http://pt.wikipedia.org/wiki/Malthus>. Em 20/8/2007, às 23h04min.

NEVES, Ricardo. O novo mundo digital você já está nele. Rio de Janeiro: Ediouro Publicações S/A, 2006.

MANCE, Euclides André. Globalização, Dependência e Exclusão Social - O Caso Brasileiro. <http://www.milenio.com.br/mance/dependencia.htm>. Em 16/7/2007, às 21h36min.

PLATÃO. A República. Livro VII. São Paulo: Martin Claret, 2006.

SADEK, Maria Teresa. Judiciário e sociedade. Material didático fornecido pela FGV.

SERRES, Michel. Atlas. Paris: Juiard, 1994.

SECONDAT, Charles-Louis de. (Montesquieu) O Espírito das Leis. São Paulo: Juruá, 2000.

SICSÚ, Abraham Benzakem e MELO, Lúcia Carvalho P. de Melo. Sociedade do Conhecimento: integração nacional ou exclusão social?

<ftp.mct.gov.br/CEE/revista/Parcerias9/06revista9lucia.PDF>. Em 13/7/2007, às 20h31min.

RAMPAZZO, Luiz Carlos. Responsabilidade Social Empresarial e Inclusão Digital. [http://www.fiap.com.br/portal/int\\_cda\\_conteudo.jsp?ID=120531](http://www.fiap.com.br/portal/int_cda_conteudo.jsp?ID=120531). Em 07/07/2007, às 20h27min.

REIS, Carlos Nelson dos. Exclusão social: a multidimensionalidade de uma definição. Revista virtual textos e contextos. n. 1, ano I, nov. 2002.

[www.pucrs.br/textos/anteriores/ano1/politicasocial01.pdf](http://www.pucrs.br/textos/anteriores/ano1/politicasocial01.pdf). Em 21/08/2007, às 23h1min.

VIRILO, Paul. Máquina de visão. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 2002.

VIRILO, Paul. Espaço Crítico. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993.

<http://www.tj.ro.gov.br/noticia/viewMateria.jsp?cdDocumento=8460&tpMateria=2>. Em 21/08/2007, às 19h28min.

DIREITO RIO no Programa de Capacitação em Poder Judiciário. Rio de Janeiro: 2006.

## ANEXOS

### ANEXO I

“EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, serviço público dotado de personalidade jurídica, regulamentado pela Lei 8906, com sede no Edifício da Ordem dos Advogados, Setor de Autarquias Sul, Quadra 05, desta Capital, por meio de seu Presidente (doc. 01), vem, nos termos do artigo 103, VII, da Constituição Federal, ajuizar ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar,

contra os arts. 1º, III, “b”, 2º, 4º, 5º e 18 da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 (doc. 02).

As normas impugnadas detêm o seguinte teor os preceitos impugnados:

“Art. 1º O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei.

(...)

III - assinatura eletrônica as seguintes formas de identificação inequívoca do signatário:

a) assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma de lei específica;

b) mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.

(...)

“Art. 2º O envio de petições, de recursos e a prática de atos processuais em geral por meio eletrônico serão admitidos mediante uso de assinatura eletrônica, na forma do art. 1º desta Lei, sendo obrigatório o credenciamento prévio no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.

§ 1º O credenciamento no Poder Judiciário será realizado mediante procedimento no qual esteja assegurada a adequada identificação presencial do interessado.

§ 2º Ao credenciado será atribuído registro e meio de acesso ao sistema, de modo a preservar o sigilo, a identificação e a autenticidade de suas comunicações.

§ 3º Os órgãos do Poder Judiciário poderão criar um cadastro único para o credenciamento previsto neste artigo.”

(...)

“Art. 4º Os tribunais poderão criar Diário da Justiça

eletrônico, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicações em geral.

§ 1º O sítio e o conteúdo das publicações de que trata este artigo deverão ser assinados digitalmente com base em certificado emitido por Autoridade Certificadora credenciada na forma da lei específica.

§ 2º A publicação eletrônica na forma deste artigo substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal.

§ 3º Considera-se como data da publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário da Justiça eletrônico.

§ 4º Os prazos processuais terão início no primeiro dia útil que seguir ao considerado como data da publicação.

§ 5º A criação do Diário da Justiça eletrônico deverá ser acompanhada de ampla divulgação, e o ato administrativo correspondente será publicado durante 30 (trinta) dias no diário oficial em uso.

Art. 5º As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico.

§ 1º Considerar-se-á realizada a intimação no dia em que o intimando efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, certificando-se nos autos a sua realização.

§ 2º Na hipótese do § 1º deste artigo, nos casos em que a consulta se dê em dia não útil, a intimação será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte.

§ 3º A consulta referida nos §§ 1º e 2º deste artigo deverá ser feita em até 10 (dez) dias corridos contados da data do envio da intimação, sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo.

§ 4º Em caráter informativo, poderá ser efetivada remessa de

correspondência eletrônica, comunicando o envio da intimação e a abertura automática do prazo.

(...)

Art. 18. Os órgãos do Poder Judiciário regulamentarão esta Lei, no que couber, no âmbito de suas respectivas competências.

#### As inconstitucionalidades

As inconstitucionalidades dos artigos fustigados são as seguintes. O art. 1º, III, “b”, ofende o princípio da proporcionalidade e o inc. XII do art. 5º da CF. O art. 2º ofende os preceitos da Constituição Federal que tratam da Ordem dos Advogados do Brasil (arts. 93, I; 103, VII; 103-B, XII, § 6º; 129, § 3º; 130-A, V, § 4º) e seu art. 133; os arts. 4º e 5º ofendem o art. 5º, caput, e seu inc. LX, do Texto Magno, que garante a isonomia e impõe publicidade aos atos processuais; já o artigo 18 atenta contra o art. 84, IV da Lei Fundamental, que estabelece competir ao Presidente da República regulamentar leis.

#### Art. 1º

Depreende-se deste artigo que a Lei 11.419/2006 elegeu o meio eletrônico como via hábil para o tráfego de comunicação de atos e transmissão de peças processuais. A manifestação de vontade destes atos, através desta via, será expressa por meio de duas formas distintas de identificação inequívoca do signatário, conforme preceitua o item III do art. 1º. Sendo certo que cada uma delas terá um rito próprio, mediante entidades diversas para a obtenção do seu cadastramento. São elas:

a) a assinatura com uso de certificação digital, que será obtida perante Autoridade Certificadora credenciada na forma de lei específica, ora denominada como assinatura digital.

b) a assinatura sem o uso de certificação digital, ou seja, senhas, que serão obtidas perante o Judiciário, mediante cadastro prévio de usuário - incluso advogados - conforme normas a serem editadas pelos seus órgãos respectivos.

A primeira hipótese será operada através da ICP-OAB, que é a Autoridade Certificadora da Ordem dos Advogados do Brasil, que

emitirá os certificados eletrônicos para seus inscritos, capacitando aqueles que estiverem no regular exercício da advocacia, para que assinem digitalmente os atos processuais pelo meio eletrônico.

Sobreleva a segunda hipótese, prevista na letra “b”, do item III, do art. 1º, que submete o advogado ao cadastramento no Poder Judiciário, além da sua inscrição da entidade que regulamenta o seu exercício profissional, condicionando o acesso ao processo eletrônico à concessão da assinatura não certificada.

Esta norma dissente ou conflita com o inciso XIII, do art. 5º da Constituição Federal, que garante ao cidadão o “livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

As qualificações profissionais dos advogados definidas por lei estão dispostas na Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB).

Fica demonstrado que a regra da letra “b”, do item III, do art. 1º e do art. 2º que dispõem sobre cadastramento de advogado pelo Poder Judiciário vincula o exercício da profissão do advogado ao controle de dois órgãos diferentes.

O advogado terá que se submeter a uma carga excessiva para o exercício de sua profissão, pois, além de atender às qualificações profissionais estabelecidas por lei federal, que regulamentam a advocacia (Lei 8.906), ficara ainda sujeito ao controle das normas a serem editadas pelo Judiciário, através dos seus órgãos respectivos (letra “b”, do item III, do art. 1º da Lei 11.419/2006).

As exigências excessivas para o livre exercício profissional importam em ataque ao “princípio da proporcionalidade”.

O Min. Gilmar Ferreira Mendes analisa com propriedade o princípio da proporcionalidade, nos seguintes termos:

“A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmentefixada(reservalegal),mastambém sobre a compatibilidade

das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade. Essa nova orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (Gesetzesvorbehalt) no princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (Geeignetheit) e a necessidade de sua utilização (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit). Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito). O pressuposto da adequação (Geeignetheit) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da necessidade ou da exigibilidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado.” (A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In*: Repertório IOB de Jurisprudência. 1ª quinzena de dezembro de 1994, n. 23/94, p. 475). Os meios excessivos de identificação do advogado para o exercício da profissão constituem ameaça aos direitos fundamentais do profissional. E esta será ainda mais preocupante se considerarmos que a maioria dos tribunais brasileiros ainda não se encontra suficientemente aparelhada para operar imediatamente com a assinatura com o uso da certificação digital. Há, pois, uma tendência de várias Cortes de criar restrições ao livre exercício da profissão, além das qualificações previstas na Lei 8906/94.

A prova mais expressiva dessa inconveniência está no fato de que a grande maioria dos órgãos do Poder Judiciário que implantou sistemas de informatização processual e que serviram de modelo para este novo ordenamento procedimental, utiliza a assinatura sem o uso da certificação digital, mediante senhas, criando cadastros de advogados próprios à margem de qualquer controle da OAB, para condicionar o acesso à Justiça.



Além da afronta ao princípio da proporcionalidade e ao inciso XII do art. 5º da CF, o conflito com a lei que regulamenta o exercício da profissão ensejará o acesso à Justiça a um grupo de usuários, sem que se tenha a certeza de que sejam advogados, podendo não estar sequer habilitados ao exercício profissional.

### **Art. 2º**

Prevê o art. 2º da Lei 11.419 que “o envio de petições, de recursos e a prática de atos processuais em geral por meio eletrônico serão admitidos mediante uso de assinatura eletrônica ... sendo obrigatório o credenciamento prévio no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.” Estabelecem, por sua vez, os parágrafos do dispositivo que o credenciamento far-se-á “mediante ... identificação presencial do interessado”, prescrevendo ainda que “ao credenciado será atribuído registro e meio de acesso ao sistema”. Por derradeiro, determina a norma que “os órgãos do Poder Judiciário poderão criar cadastro único para o credenciamento.”

A previsão de credenciamento prévio no Poder Judiciário dos advogados, mediante identificação presencial do interessado, para fins de “envio de petições, de recursos e a prática de atos processuais em geral por meio eletrônico”, em lei que permite a instituição do processo eletrônico, está a atingir a prerrogativa constitucional da OAB de ordenar os advogados brasileiros.

Quando a Constituição Federal refere-se, em mais de um momento, à Ordem dos Advogados do Brasil (arts. 93, I; 103, VII; 103-B, XII, § 6º; 129, § 3º; 130-A, V, § 4º), restou constitucionalizada a instituição e tudo aquilo que ela significa. O sentido e alcance da OAB, como é ela compreendida e conformada pelas normas jurídicas e sociais, derivadas de um processo histórico-político próprio do País, passaram, desde 88, a deter status constitucional, não podendo norma infraconstitucional dispor em sentido diverso. Pois bem. Dentre as funções da Ordem dos Advogados, que estão plasmadas em seu conceito constitucional, está a de ordenar os advogados, identificando-os e registrando-os (arts. 8º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 14 da Lei 8906). A carteira da OAB, fruto desse registro,

identifica o profissional nela inscrito, aponta seu número de registro e, ante “identificação presencial do interessado”, vincula, mediante a aposição da impressão digital, certa pessoa física à personalidade jurídica do advogado registrado. Registrar e identificar os advogados é função da Ordem dos Advogados do Brasil, pela sua própria natureza. Daí, aqueles profissionais nela inscritos podem exercer a advocacia, independentemente de qualquer credenciamento noutro cadastro. O art. 2º da Lei 11.419, porém, pretende exigir dos advogados um prévio credenciamento junto ao Poder Judiciário para o novel processo eletrônico; processo eletrônico que, assinala-se, acabará por substituir o processo físico nalgum tempo. Ocorre, porém, que a função de credenciar os advogados, identificando-os e registrando-os é exclusiva da OAB. Cabe somente à Ordem tal função e, realizada pela Ordem, não pode o Poder Judiciário exigir, para o exercício da advocacia eletrônica, um plus: um credenciamento do já credenciado advogado. A pretensão do preceito legal impugnado nesta ação direta de inconstitucionalidade de levar para as Cortes Judiciárias a identificação virtual dos advogados brasileiros, subtraindo-a da OAB, é, pois, inconstitucional.

A inconstitucionalidade se exacerba, quando se atenta para a circunstância de que a norma prevê, no parágrafo terceiro do artigo 2º, que os órgãos do Poder Judiciário poderão criar um cadastro único dos advogados; cadastro que, pela natureza da advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil é elaborado pela OAB e jamais poderia ser elaborado pelo Poder Judiciário. O credenciamento de advogados, pelas Cortes Judiciárias, para o fim de exercício da advocacia, em verdade, macula o art. 133 da Lei Maior. A Constituição, ao atribuir dignidade constitucional à advocacia, inserindo-a como função essencial à administração da Justiça, afastou o ordenamento dos advogados das Cortes Judiciárias. Credenciamento para o exercício profissional junto ao Poder Judiciário menoscaba a atividade, sujeita-a administrativamente aos tribunais, ensejando que advogados venham a ser afastados de suas atividades por atos de órgãos em face dos quais detêm independência constitucionalmente estabelecida. De fato, sendo a advocacia tratada em capítulo diverso

daquele destinado ao Poder Judiciário, estando regradada no capítulo das funções essenciais da administração da justiça, resta certo que a Constituição garante sua independência em relação ao Estado, em especial em relação ao Judiciário.

Não pode haver sujeição do exercício da advocacia ao Poder Judiciário. O credenciamento estabelecido no artigo 2º da Lei federal 11.419, de 19 de dezembro de 2006, é inconstitucional. Quando muito, o preceito poderá permanecer no universo normativo se lhe for conferida interpretação conforme a Constituição para o fim de se estabelecer que, afastado o credenciamento realizado pelo Poder Judiciário, será ele (o credenciamento) realizado pela Ordem dos Advogados do Brasil.

#### **Arts. 4º e 5º**

Preveem os arts. 4º e 5º da Lei 11.419 meios eletrônicos de intimação de atos processuais. O art. 4º institui diário de justiça eletrônico e estabelece que a publicação eletrônica “substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais”. Já o art. 5º estabelece que as intimações dar-se-ão eletronicamente “em portal próprio aos que se cadastrarem” junto aos órgãos Judiciários “dispensando-se”, nessa hipótese de cadastro, “a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico”. O art. 4º, portanto, acaba com o diário de justiça em meio físico, criando o meramente eletrônico; o art. 5º dispensa a publicação das intimações até mesmo no diário eletrônico, quando houver cadastramento dos interessados para fins de identificação eletrônica.

Os dispositivos, a não mais poder, agridem o art. 5º, inc. LX da Constituição Federal que estabelece que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

A interpretação constitucional não pode se dissociar do fato social por ela regado.

Nesse contexto, a publicidade dos atos processuais, constitucionalmente exigida, há de ser examinada segundo a realidade

nacional.

Os preceitos legais, em especial o primeiro, ao acabarem com o diário de justiça impresso em papel, limitando o conhecimento dos atos processuais a apenas aqueles que disponham de computador ligado à *internet*, estão a restringir indevidamente a publicidade do processo. Isso porque o acesso dos advogados brasileiros e da própria população nacional à rede mundial de computadores é ainda muito baixo.

Pesquisa divulgada pelo Comitê Gestor da *Internet* (doc. 03) indica que o número de computadores por domicílio não passa da casa dos 20 %, nem mesmo nas regiões sul e sudeste. Não chega a 20 % o número de domicílios conectados à *internet*. E 66,68 % da população brasileira nunca usou a rede mundial de computadores !

Matéria da Folha de São Paulo registra que apenas 46% dos municípios brasileiros têm provedores de acesso à *internet* (doc. 04).

Como em um contexto como esse se poderá acabar com a publicação em meio físico dos atos processuais, sem atentar contra a publicidade constitucionalmente exigida ?

A intimação dos advogados por meio eletrônico, eliminada a publicação em papel, fere de morte o princípio da publicidade. Por um lado, a população deixa de ter acesso ao que consta dos feitos. Por outro, os advogados, que não se afastam do contexto da população em geral, veem-se, grande parcela deles, privados de acompanhar as demandas e as decisões das Cortes pátrias. Além do atentado ao princípio da publicidade, os comandos impugnados maculam ainda o princípio da isonomia.

A distribuição de computadores pelas diversas classes sociais não é homogênea, sendo notório que as classes mais altas os detêm, enquanto as classes mais baixas não. A norma, portanto, vem acentuar a exclusão; vem marcar e remarcar a diferença entre as castas e quebrar a “paridade de armas” necessária no processo, beneficiando os advogados conectados à rede mundial de computadores em detrimento daqueles que, por falta de recursos, não estão.

Os arts. 4 e 5º da Lei impugnada, ao acabarem com os meios físicos de intimação, limitando a comunicação dos atos oficiais aos meios eletrônicos, são inconstitucionais e devem ser expurgados do ordenamento jurídico pátrio.

### **Art. 18**

Prevê o art. 18 do diploma normativo atacado que a Lei será regulamentada por órgãos do Poder Judiciário.

Manifesta a inconstitucionalidade, data venia. A regulamentação de lei é função privativa do presidente da República, ante o teor do art. 84, IV da Lei Fundamental.

A delegação legislativa a órgãos do Poder Judiciário, prevista no art. 18, a par de ser desarrazoada, na medida em que cada tribunal a regulamentará como bem entender, criando uma confusão regulamentar, ofende prerrogativa do Chefe do Poder Executivo.

Por tal razão, também o art. 18 da Lei 11.419 deve ser declarado inconstitucional.

### **Liminar**

Urge a concessão de medida liminar para o fim de serem afastados de plano do ordenamento jurídico pátrio os preceitos impugnados.

Os dispositivos, acaso venham a produzir efeitos, produzirão graves vícios ao regular andamento dos processos. Advogados poderão não ser credenciados pelos tribunais, limitando-se, indevidamente, o exercício profissional. Por outro lado, processos poderão ter curso sem a devida intimação das partes, admitido-se essa irregular e indevida intimação eletrônica. Por derradeiro, uma profusão indevida de regulamentações, criarão manifesta confusão regulamentar, em detrimento do bom andamento dos feitos judiciais.

### **Pedido**

Por todo o exposto, pede o autor seja suspensa liminarmente a eficácia dos arts. 1º, III, “b”, 2º, 4º, 5º e 18 da Lei 11.419, de 19 de

dezembro de 2006.

Pede, ao final, seja declarada a inconstitucionalidade dos arts. 1º, III, “b”, 2º, 4º, 5º e 18 da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006.

Requer seja citado o Advogado-Geral da União, nos termos do art. 103, § 3º, da Constituição Federal, para defender o ato impugnado, na Praça dos Três Poderes, Palácio do Planalto, Anexo IV, em Brasília, Distrito Federal.

Requer, outrossim, sejam oficiados o Presidente da República e do Congresso Nacional para prestarem informações no prazo legal.

Protesta pela produção de provas porventura admitidas (art. 9º, §§ 1º e 3º da Lei 9.868).

Dá à causa o valor de mil reais.

Brasília, 30 de março de 2007.

Cezar Britto

Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

## ANEXO II

Resolução n. 341, de 16 de abril de 2007

Publicada no DJU de 18/04/2007

*Institui o Diário da Justiça Eletrônico do Supremo Tribunal Federal e dá outras providências.*

A PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no uso da competência prevista no art. 363, I, do Regimento Interno, considerando o disposto no parágrafo único do *art. 154* do Código de Processo Civil, acrescido pela *Lei n. 11.280*, de 16 de fevereiro de 2006, e na *Lei n. 11.419*, de 19 de dezembro de 2006, e tendo em vista o decidido na Sessão Administrativa de 5 de fevereiro de 2007 sobre o Processo n. 327.841,

## R E S O L V E:

Art. 1º Fica instituído o Diário da Justiça Eletrônico como instrumento de comunicação oficial, publicação e divulgação dos atos judiciais do Supremo Tribunal Federal.

§ 1º O Diário da Justiça Eletrônico substitui a versão impressa das publicações oficiais e passa a ser veiculado gratuitamente na rede mundial de computadores - *internet*, endereço [www. stf. gov. br](http://www.stf.gov.br).

§ 2º Nos casos em que houver determinação expressa em lei, as publicações serão feitas também no formato impresso, por meio da imprensa oficial.

§ 3º O Supremo Tribunal Federal manterá publicação impressa e eletrônica a contar da vigência desta Resolução até 31 de dezembro de 2007.

§ 4º Após o período previsto no § 3º, o Diário da Justiça Eletrônico substituirá integralmente a versão em papel.

Art. 2º O Diário da Justiça Eletrônico será publicado diariamente, de segunda a sexta-feira, a partir das 10h, exceto nos feriados nacionais e forenses e nos dias em que, mediante divulgação, não houver expediente.

Art. 3º Considera-se como data da publicação o primeiro dia útil seguinte ao da divulgação da informação no Diário da Justiça Eletrônico.

§ 1º Os prazos processuais terão início no primeiro dia útil que seguir ao considerado como data da publicação.

§ 2º Os prazos processuais dos casos previstos no § 2º do art. 1º serão contados com base na publicação impressa.

Art. 4º Após a publicação do Diário da Justiça Eletrônico, os documentos não poderão sofrer modificações ou supressões.

Parágrafo único. Eventuais retificações de documentos

deverão constar de nova publicação.

Art. 5º As edições do Diário da Justiça Eletrônico do Supremo Tribunal Federal serão assinadas digitalmente, atendendo aos requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICPBrasil.

Parágrafo único. A Presidência designará os servidores titular e substituto que assinarão digitalmente o Diário da Justiça Eletrônico.

Art. 6º A responsabilidade pelo conteúdo do material remetido à publicação é da unidade que o produziu.

Parágrafo único. Cabe à unidade produtora referida no caput, o encaminhamento das matérias para publicação no Diário da Justiça Eletrônico.

Art. 7º Compete à Secretaria de Tecnologia da Informação a manutenção e o pleno funcionamento dos sistemas informatizados, bem como a responsabilidade pelas cópias de segurança do Diário da Justiça Eletrônico.

Parágrafo único. As publicações no Diário da Justiça Eletrônico do Supremo Tribunal Federal, para fins de arquivamento, serão de guarda permanente.

Art. 8º Cabe ao(à) Diretor(a)-Geral da Secretaria baixar os atos necessários ao funcionamento e controle do disposto nesta Resolução.

Art. 9º Os casos omissos serão resolvidos pela Presidência do Supremo Tribunal Federal.

Art. 10. Ficam revogada a Resolução n. 311, de 31 de agosto de 2005.

Art. 11. Esta Resolução entra em vigor em 23 de abril de 2007.

Ministra Ellen Gracie



### ANEXO III

Tribunal Regional Federal 4ª região

Resolução n. 70, de 25 de outubro de 2006

*Institui o Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região como meio oficial de publicação dos atos judiciais e administrativos da Justiça Federal de 1º e 2º Graus da 4ª Região.*

A PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o decidido nos autos do Processo Administrativo n. 06/0036522-0, e onsiderando:

a) que os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial de atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves públicas Brasileira - ICP-Brasil, conforme dispõe o parágrafo único do art. 154 da Lei n. 5.869, de 11/01/1973 (Código de Processo Civil - redação dada pela Lei n. 11.280, de 16/02/2006, art. 2º);

b) a necessidade de se atingir os objetivos insculpidos no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, no que concerne à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação, bem como a essencial observância dos princípios da publicidade, da eficiência, da simplicidade e da economia dos atos processuais;

c) a necessidade de incorporação dos recursos disponíveis da tecnologia da informação aos trâmites processuais, observados os requisitos de segurança e autenticidade, e objetivando o constante aperfeiçoamento e agilização da prestação jurisdicional; e d) a necessidade de redução de custos operacionais; resolve:

Art. 1º INSTITUIR O DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 4ª REGIÃO como meio oficial de publicação dos atos judiciais e dministrativos no âmbito da Justiça Federal de 1º e 2º

Graus da 4ª Região.

§ 1º O Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região substituirá a versão impressa das publicações oficiais e será veiculado, sem custos, no Portal da Justiça Federal da 4ª Região na *internet*.

§ 2º Nos casos em que houver determinação expressa em lei, as publicações serão feitas também no formato impresso, nos órgãos de imprensa oficiais e/ou em jornais de grande circulação.

Art. 2º As edições do Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região serão assinadas digitalmente, obedecendo aos requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e de interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.

Art. 3º O documento publicado no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região não poderá sofrer alterações visando a sanar eventuais incorreções.

Art. 4º O Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região terá edições diárias de segunda a sexta-feira, exceto feriados nacionais e regimentais, que serão disponibilizadas a partir das 9 (nove) horas.

Parágrafo único. Durante o recesso mencionado no art. 60, § 1º, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal, período compreendido entre os dias 20 de dezembro e 6 de janeiro, poderá ocorrer publicação em edição extraordinária.

Art. 5º Ocorrendo a indisponibilidade de acesso ao Diário Eletrônico, ocasionado por problemas técnicos no Tribunal, cuja duração seja superior a 2 (duas) horas, contínuas ou intercaladas, no período das 9 às 18 horas, haverá invalidação da edição em ato próprio do Tribunal. Parágrafo único. Na hipótese do caput, os documentos serão publicados na edição subsequente.

Art. 6º Ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região são reservados os direitos autorais e de publicação do Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região.

Art. 7º As publicações no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região, para fins de arquivamento, serão de guarda

permanente.

Art. 8º A gestão da publicação dos atos judiciais e administrativos no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região caberá à Diretoria Judiciária e à Coordenadoria de Documentação, respectivamente, por delegação da Presidência do Tribunal.

Art. 9º O Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região será editado a partir do dia 31-10-2006, sendo que, até o dia 30-11-2006, as publicações continuarão a ser realizadas também pela forma impressa, quando, então, passarão a ser feitas exclusivamente no sistema eletrônico. Parágrafo único. No período de 31-10-2006 a 30-11-2006, somente as publicações na forma impressa terão validade jurídica.

Art. 10 As normas e procedimentos para a operacionalização e controle das disposições desta Resolução deverão ser detalhadas por meio de Instrução Normativa, com abrangência na Justiça Federal da 4ª Região.

Art. 11 Os casos omissos serão resolvidos pela Presidência do Tribunal, pela Corte Especial ou pelo Plenário, de acordo com as respectivas competências regimentais.

Art. 12 Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Desª MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA

#### **ANEXO IV**

#### **RESOLUÇÃO N. 007/2007-PR**

Institui o Diário de Justiça Eletrônico e dá outras providências.

O PRESIDENTE EM EXERCÍCIO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA, no uso de suas atribuições legais;

CONSIDERANDO ser imprescindível a adoção de uma

política de divulgação oficial dos atos administrativos e judiciais de 1º e 2º graus, no âmbito deste Tribunal de Justiça, eficiente e que possibilite redução de custos diretos e indiretos;

CONSIDERANDO o disposto na Lei Federal n. 11.280, de 16/02/2006, acrescentando parágrafo único ao artigo 154 do Código de Processo Civil, autorizando o uso de meios eletrônicos para comunicação oficial de atos processuais;

CONSIDERANDO que os meios eletrônicos atualmente disponíveis permitem a publicização dos atos judiciais e administrativos por meio da rede mundial de computadores, com segurança e celeridade, em substituição ao meio físico (papel) tradicionalmente utilizado;

CONSIDERANDO que o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, já mantém, desde 2004, o Diário da Justiça na sua página da web, de conteúdo meramente informativo, sem, entretanto, valor legal;

CONSIDERANDO o disposto no art. 4º da Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006;

CONSIDERANDO o decidido na Sessão Administrativa de 25 de junho de 2007;

RESOLVE:

Art. 1º Fica instituído o Diário da Justiça Eletrônico, como instrumento oficial de comunicação, publicidade e divulgação dos atos processuais e administrativos do Poder Judiciário do Estado de Rondônia.

§ 1º O Diário da Justiça Eletrônico substitui a versão impressa das publicações oficiais e passa a ser veiculado gratuitamente na rede mundial de computadores – *Internet*, endereço [www.tj.ro.gov.br](http://www.tj.ro.gov.br) e poderá ser acessado por qualquer interessado, independentemente de prévio cadastramento.

§ 2º. As edições do Diário da Justiça Eletrônico atenderão

aos requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil.

§ 3º. O Presidente do Tribunal de Justiça designará servidor titular e substituto que, por delegação, assinarão digitalmente o Diário da Justiça Eletrônico.

Art. 2º. O Diário da Justiça Eletrônico será publicado diariamente, de segunda à sexta-feira, a partir das 7h, exceto nos feriados nacionais, estaduais e nos municipais da cidade de Porto Velho, inclusive os forenses.

Art. 3º. Nos primeiros trinta dias, a contar da data da primeira publicação deste Ato, a edição do Diário da Justiça tradicional, em papel, circulará normalmente e concomitante ao Diário da Justiça Eletrônico.

§ 1º. Após esse prazo, a edição impressa terá tiragem reduzida, sendo mantida apenas a remessa aos cartórios da direção do foro das comarcas da capital e do interior, biblioteca e Departamentos Judiciários do Tribunal de Justiça, até sessenta dias da primeira publicação deste Ato, a partir do qual o Diário da Justiça Eletrônico substituirá integralmente a versão em papel.

§ 2º. Fica ressalvado aos atuais assinantes, durante a vigência do prazo contratado, o recebimento do Diário da Justiça impresso.

§ 3º. A presente Resolução será publicada diariamente, por trinta dias, nas edições impressas do Diário da Justiça, para ampla divulgação aos interessados.

Art. 4º. A responsabilidade pelo conteúdo do material remetido à publicação é da unidade que o produziu.

Parágrafo único. Cabe à unidade produtora referida no caput, o encaminhamento das matérias para publicação no Diário da Justiça Eletrônico.

Art. 5º. Após a publicação do Diário da Justiça Eletrônico, os documentos não poderão sofrer modificações ou supressões.

Parágrafo único. Eventuais retificações de documentos deverão constar de nova publicação.

Art. 6º. Considera-se como data da publicação o primeiro dia útil seguinte ao da divulgação da informação no Diário da Justiça Eletrônico.

§ 1º Os prazos processuais terão início no primeiro dia útil que seguir ao considerado como data da publicação.

§ 2º Os prazos processuais dos casos previstos no caput do art. 3º serão contados com base na publicação impressa.

Art. 7º. Caberá à Coordenadoria de Informática, em conjunto com o Departamento Gráfico, a manutenção e o pleno funcionamento dos sistemas informatizados de que trata essa Resolução, bem como a responsabilidade pelas cópias de segurança do Diário da Justiça Eletrônico.

Parágrafo único. As publicações no Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, para fins de arquivamento, serão de guarda permanente.

Art. 8º. O Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia poderá manter, na sua página na web, para fins meramente informativos, os diários de justiça anteriores à implantação do DJ-E.

Art. 9º. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Porto Velho, 26 de junho de 2007.

Des. MOREIRA CHAGAS

Presidente em exercício

# O GERENCIAMENTO DE ROTINAS NAS VARAS CRIMINAIS COMO FORMA DE PROPICIAR UMA MAIOR CELERIDADE PROCESSUAL

---

## Arlen José Silva de Souza



*Juiz de direito na comarca de Ariquemes em Rondônia; Mestre em Poder Judiciário pela FVG/EMERON; Pós-graduado “lato sensu” em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas - FGV/EMERON; Pós-Graduado “lato sensu” em Direito Penal pela Universidade Federal de Rondônia/Fundação Riomar/ Universidade Federal de Minas Gerais.*

---

## Sumário

*Introdução. 1. Histórico do Poder Judiciário. 2. Organização e gerenciamento. 3. Cartório. 4. Procedimentos metodológicos. Conclusão. Informações bibliográficas.*

## INTRODUÇÃO

Ultimamente o Poder Judiciário tem sido alvo de numerosas críticas e demonstrações de insatisfação manifestadas pelos brasileiros devido à morosidade na prestação jurisdicional. Este fato tem preocupado os dirigentes dos Tribunais: os cartórios judiciais cada vez mais cheios de novas ações, somadas às já existentes na serventia.

As críticas à morosidade das decisões são comuns, um dos grandes problemas da Justiça em todo o mundo, sobretudo no Brasil, pois a quantidade de juízes para cada jurisdicionado é ínfima, causando desproporcional carga de trabalho.

Alternativas são criadas, procedimentos são estabelecidos. Todos com vista a agilizar o fluxo das ações ajuizadas. O Judiciário do século XXI preocupa-se com a celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Para tanto, tem criado soluções como: implantação de Varas especializadas, sistemas de automação processual, Projudi, justiça itinerante, dentre outros. Todas estas inovações objetivam unicamente facilitar e agilizar os trabalhos judiciais.

A principal mudança nos dias atuais está atrelada à era do conhecimento. Este se tornou o capital principal, o centro de custo e o recurso crucial da economia. O mercado disponibiliza meios cada vez mais modernos e atuais para a otimização do trabalho. A informática vem tomando um lugar diferenciado e fundamental.

Neste cenário, surgem soluções para sanar a morosidade da justiça, tais como o uso da informática, como recurso fundamental, e mudanças na organização das atividades praticadas pelo Judiciário, como por exemplo, audiências e processos virtuais.

Com o objetivo de identificar “o que fazer” e “como fazer” lança-se mão do planejamento operacional. Este tipo de planejamento faz referência às atividades realizadas dentro de uma organização em nível operacional, preparando, assim, a organização para mudanças nas suas atividades.

Desenvolvido, em *software* livre e distribuído, gratuitamente, a todos os órgãos interessados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o processo virtual denominado de PROJUDI. Conforme definição encontrada no manual do PROJUDI, o sistema é um *software* voltado a *web* ou *intranet* que oferece um meio digital para a tramitação de processos judiciais. Com ele, todos os envolvidos no processo judicial poderão interagir de forma eletrônica e segura. O sistema autentica todos os usuários e ainda criptografa todo o trânsito



de dados trafegados. A maioria dos estados do Brasil, vinte cinco ao todo, está adotando a solução e, com isso, reduzindo o tempo de tramitação do processo.

A pesquisa realizada é de natureza exploratória descritiva, pela limitação de estudos na 2ª Vara Criminal da Comarca de Ariquemes, visando à implantação do gerenciamento de rotina.

Na primeira parte da investigação foram colhidas referências bibliográficas a partir das diretrizes e normas que disciplinam o gerenciamento da rotina, no que tange à movimentação dos processos judiciais. Partindo disto, coletaram-se dados com os responsáveis pela movimentação dos processos, por meio de pesquisa perante aos servidores do cartório.

A análise de dados será objetiva, sendo utilizado o método comparativo, apontando os principais problemas encontrados com base no referencial bibliográfico, de modo que descreva sugestões para a melhoria do desempenho.

Inicialmente são discutidos os conceitos sobre o crescimento da demanda judicial, mostrando que a população brasileira está confiante cada vez mais na justiça e com isso a demanda aumentou muito, posteriormente serão discutidas as técnicas utilizadas para organização e gerenciamento de rotinas em uma organização, uma breve história sobre a instituição estudada, gestão de cartórios, implantação do sistema PROJUDI no Tribunal de Justiça de Rondônia e a análise da estatística na 2ª Vara Criminal da Comarca de Ariquemes, pela qual será verificado o tempo em que um processo leva da distribuição até a sentença.

## **1. HISTÓRICO DO PODER JUDICIÁRIO DE RONDÔNIA**

A história de Rondônia tem início em 13 de setembro de 1943, durante a Segunda Guerra Mundial, com a criação do Território Federal do Guaporé, com partes desmembradas dos estados do Amazonas e do Mato Grosso, pelo Decreto-lei n. 5.812.

A Lei de 17 de fevereiro de 1956 deu origem ao Território Federal de Rondônia, em justa homenagem ao sertanista Marechal Cândido Mariano da Silva Rondon (1865-1958). A descoberta de jazidas de cassiterita e a abertura de rodovias estimularam a sua economia e o seu povoamento, passando este Território à condição de Estado a partir de 1982.

O Estado de Rondônia foi criado pela Lei Complementar n. 041/81 de 22/12/81 assinada pelo Gen. João Baptista de Figueiredo, Presidente da República, e instalado em 4/1/82. Já, naquela época, milhares de famílias que viviam na região aguardavam a distribuição de terras pelo Incra.

Formado por áreas desmembradas dos Estados do Amazonas e Mato Grosso, com uma superfície de 238.378 Km<sup>2</sup>. Em superfície, o Estado de Rondônia representa 7,11 % da área da Região Norte e 3% do Brasil. Ocupa o 12º lugar no Brasil em área geográfica.

A instalação do Judiciário em Rondônia deu-se em 8 de agosto de 1912. Neste período, a justiça de Rondônia era subordinada ao Rio de Janeiro e, depois de 1960, passou para Brasília.

Enquanto território, o Poder Judiciário funcionava de forma adequada à realidade. Com a criação do Estado, fez-se necessária também a criação do Poder Judiciário Estadual.

Em 22/12/81, por meio da Lei complementar Federal n. 041/81, foi criado o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, inicialmente, composto por sete desembargadores. O Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia é composto por 123 magistrados em efetivo exercício, assim distribuídos: 16 desembargadores; 34 juízes de terceira entrância; 50 juízes de 2ª entrância; 11 juízes de 1ª entrância e 12 juízes substitutos.

Conta ainda com 25 comarcas, sendo duas comarcas de 3ª entrância; dez comarcas de 2ª entrância e treze comarcas de 1ª, distribuídas em 7 seções judiciárias.

Hoje, a Justiça apresenta uma nova feição voltada para os

direitos decorrentes de pequenas pendências populacionais. No contexto atual, a humanização do Poder Judiciário faz-se presente com a prestação jurisdicional moderna, rápida e acessível, atuando assim para o fortalecimento da cidadania, promovendo o equilíbrio social e aproximando cada vez mais o cidadão ao Poder Judiciário.

O serviço primordial do Poder Judiciário do Estado de Rondônia é a prestação jurisdicional que é uma das funções essenciais do Estado e um instrumento ao exercício da cidadania. Trata-se de serviços destinados à solução de conflitos entre indivíduos, instituições e sociedade em geral, obedecendo à legislação vigente e visando sempre à manutenção da estabilidade social.

### **1.1 Crescimento da Demanda Judicial**

O crescimento da demanda judicial é proporcional à expansão dos direitos assegurados aos cidadãos brasileiros pós Carta Magna de 1988. O título dos direitos e garantias fundamentais, disposto na Constituição, conscientizou a sociedade de forma geral que deve e pode buscar o que entende ser seu por direito, conforme escreve ELIZABETH LEÃO<sup>1</sup> “temos agora o Estatuto da Criança e do Adolescente, temos o grande e específico Código de Defesa do Consumidor, temos as ações coletivas e, com isso, houve uma explosão de processos [...]”. Então, o ajuizamento das ações é uma resposta aos direitos conquistados pela população, cabendo ao Judiciário adotar medidas para efetuar seus atos do dia a dia de maneira mais rápida e racional.

Sem essa mudança de postura, sem a mudança de postura mental, no sentido de que nós precisamos nos conscientizar que temos que prestar a tutela jurisdicional de uma forma efetiva. Sem a mudança de uma postura processual de que nós devemos adaptar o Código de Processo à realidade dos fatos que nos são apresentados, não podemos ser extremamente legalistas a ponto de não termos condições de adaptarmos determinadas situações possíveis ao fato em si e à situação que nos foi posta.<sup>2</sup>

1 LEÃO, Elizabeth. O Judiciário e a busca da excelência. Revista ESMAFE: Escola da Magistratura Federal da 5ª Região. Recife, 2003, p. 14.

2 *Ibidem*, p. 16.

As críticas à morosidade das decisões são comuns, um dos grandes problemas da Justiça em todo o mundo, sobretudo no Brasil, pois a quantidade de juízes para cada jurisdicionado é ínfima, causando desproporcional carga de trabalho. São comuns as reclamações por excesso de processos e demora nas decisões.

EDSON VIDIGAL<sup>3</sup> afirma:

Reclamamos muito da morosidade do Judiciário e, na busca aos culpados, denunciemos sempre o direito processual que, tornando o processo refém dos seus ritos procedimentais, emperra a realização da Justiça, fazendo com que pareça miragem aquele momento sempre esperado, em que partes respiram, afinal, aliviadas, se curvam e aceitam, respeitosamente conformadas, a decisão terminativa do Juiz.

BERTEMES<sup>4</sup> diz:

É de curial sabença que a demora na prestação jurisdicional é um dos maiores problemas enfrentados pelo Poder Judiciário atualmente. Tanto é assim que foram criados mecanismos legais para se tentar solucioná-lo. Nesse sentido, foi adicionado por meio da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, um dispositivo na Constituição da República Federativa do Brasil, no Capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais que garante a celeridade processual, “*in verbis*”:

A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (CF, art. 5º, LXXVIII).

3 VIDIGAL, Edson. Desburocratização da justiça. Disponível em :<http://www.stj.gov.br/Discursos/0001074/14%20%20Desburocratiza%C3%A7%C3%A3o%20da%20Justi%C3%A7a%20-%209%20novembro%202001.doc>.

4 BERTEMES, Emerson Feller. Otimização na Qualidade da Prestação Jurisdicional: O papel do magistrado na estimulação e capacitação de estagiários vinculados ao gabinete. Disponível em:[http://64.233.169.104/search?q=cache:p4GFJNtJnNYJ:tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/moodledata/16/moddata/forum/139/878/TRABALHO\\_L\\_RIO\\_E\\_EMERSON.doc+otimiza%C3%A7%C3%A3o+do+tempo+nos+processos+judiciais&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=19&gl=br](http://64.233.169.104/search?q=cache:p4GFJNtJnNYJ:tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/moodledata/16/moddata/forum/139/878/TRABALHO_L_RIO_E_EMERSON.doc+otimiza%C3%A7%C3%A3o+do+tempo+nos+processos+judiciais&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=19&gl=br).

A Lei n. 9.099/95 inova, consagrando, desta feita expressamente, o Princípio da Celeridade Processual, dispondo o art. 2º: “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível a conciliação ou a transação.”

Na tentativa de sair da crise, o Judiciário tem criado mecanismos para agilizar a prestação jurisdicional dentre os quais a criação dos juizados especiais civis e criminais, operações “justiça rápida”, sistema de consultas processuais via *internet*, reforma no sistema recursal, incentivo à realização de conciliação nas audiências e aplicação de penas alternativas, entre outras. Mesmo assim a Justiça ainda é lenta. O número de operadores do direito nunca foi suficiente para fazer frente ao grande número de litígios, sejam eles grandes ou pequenos.

FREITAS<sup>5</sup> cita Comissão de Memória do Tribunal de Justiça da Bahia em seu artigo “A eficiência na administração da justiça” que:

A busca de uma Justiça imparcial e eficiente sempre foi um anseio do ser humano. Todavia, suas características mostram-se completamente diferentes nas distintas épocas. Para nos situarmos no tempo e no espaço, vale lembrar que o conceito que da Justiça se tinha em 1609 era bastante diferente do que dela temos agora. A Justiça devia ser onipotente e exemplar. Até pouco tempo atrás era prerrogativa exercitada pelos réus ou pelos senhores feudais. Delegada, depois, a corpos de funcionários especialmente treinados, conservava, deliberadamente, um aspecto sobre-humano e quase inatingível, expresso nas roupas especiais e solenes dos magistrados, na ausência de cores, na proibição de visitar, casar, tomar afilhados e, até, de divulgar as razões de suas decisões, que não precisavam ser explicadas a ninguém. Assim, onipotente que era, não se preocupava a Justiça colonial em procurar meios que a tornassem eficiente e célere.

---

5 FREITAS, Vladimir Passos de. A eficiência na administração da justiça. Disponível em: <http://www.vladimirpassosdefreitas.com.br>.

De acordo com CRETELA JÚNIOR<sup>6</sup>, o serviço público, em tese, tem de apresentar-se perfeito, sem a menor falha, para que a coletividade se beneficie no mais alto grau com seu funcionamento.

Viabilizar o processo é delegar poder, é tornar os procedimentos do juízo mais simples, menos burocráticos, porém sem desvirtuar a lei ou a burlar, apenas saindo do formalismo excessivo. O rigorismo processual transforma uma simples citação num ato que pode demorar cinco meses, considerando que pode ser feita por aviso de recebimento, oficial de justiça e por edital. Não se achando o requerido, nomeia-se curador especial. Isto é uma burocracia interna, incrustada há mais de um século no cotidiano dos Juízos e Tribunais<sup>7</sup>.

O excesso de burocracia tem gerado insatisfação a todos, senão:

É essa burocracia que, reduzindo a sofridos gestos de simples mecânica o trabalho dos servidores, não só lhes tornam presas fáceis da manemolência, dificultando-lhes o crescimento profissional, como igualmente, pelas mesmas e viciadoras mesmices, vai sonogando aos Juízes o seu sublime direito de pensar<sup>8</sup>.

A principal mudança nos dias atuais está atrelada à era do conhecimento. Este se tornou o capital principal, o centro de custo e o recurso crucial da economia. O mercado disponibiliza meios cada vez mais modernos e atuais para a otimização do trabalho. A informática vem tomando um lugar diferenciado e fundamental. Escreve VIDIGAL<sup>9</sup>, precisamos agir com ideias novas, colocando ao nosso melhor serviço, em favor da realização da justiça, as conquistas da tecnologia.

6 CRETELA JÚNIOR, José. Tratado de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 610.

7 VIDIGAL, Edson. Desburocratização da justiça. Disponível em :<http://www.stj.gov.br/Discursos/0001074/14%20%20Desburocratiza%C3%A7%C3%A3o%20da%20Justi%C3%A7a%20-%209%20novembro%202001.doc>.

8 VIDIGAL, Edson. *Op. cit.*

9 *Ibidem*.

Em 1920, RUI BARBOSA<sup>10</sup> já dizia que justiça tardia não é justiça:

Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente.

Frente a crescente demanda, há que se pensar na melhor forma de gerir os processos, visando à modernização do Poder Judiciário, de sorte que não se pode, sob pena de tornar-se disfuncional e restrito a aspectos instrumentais, permanecer com a estrutura funcional e legislativa nos moldes atuais.

Segundo CRUZ<sup>11</sup>:

Multiplicar o potencial dos recursos disponíveis levou o ser humano, desde a pré-história, a praticar os princípios da organização do trabalho. Se todos tivessem que fazer tudo, de forma desordenada e desorganizada, não haveria a quantidade de recursos necessários para alcançar determinado objetivo. Pelas inúmeras descobertas realizadas por cientistas dos mais diversos ramos do conhecimento, o princípio da divisão das tarefas sempre existiu e a condição essencialmente social da espécie humana ajudou a desenvolver o que antes era apenas um sentimento atávico. É fundamental notar que muitas estruturas organizacionais que hoje moldam empresas em diversos segmentos vão e voltam através dos tempos, levando-nos a supor que sejam inteiramente novas, embora a maioria não seja. O que nos leva a pensar dessa forma é o suporte que as Tecnologias da Informação

10 BARBOSA, Rui. Oração dos moços. 2ª ed. Editora Russel, 2005, p. 47.

11 CRUZ, Tadeu. Sistemas, organizações & métodos: estudo integrado das novas tecnologias de informação. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 27.

fornece às novas organizações. Sim, o novo chama-se Tecnologia da Informação, e não as formas de organização propriamente, pois a maioria já foi utilizada por outros seres humanos, em outras épocas.

Atualmente fala-se em processo virtual, como instrumento para mitigar a morosidade processual. O PROJUDI, aplicativo de informática que permite a tramitação totalmente eletrônica de processos judiciais, via *internet*, foi desenvolvido em *software* livre pelo Conselho Nacional de Justiça e está sendo implantado em todos os Tribunais brasileiros, conforme preconizou VIDIGAL<sup>12</sup>.

Está próximo o tempo em que o cidadão, sem sair de casa ou do seu lugar de trabalho ou de algum posto de *internet*, consulta um advogado. Este, por sua vez, remete, on line, a petição inicial ao fórum competente, a qual, em lá chegando, é gravada em disco móvel, não havendo mais, a partir daí, necessidade do processo como é hoje; ou seja, não haverá mais papel.

Esta realidade se aproxima da prática judicial e pressupõe o enquadramento do conflito na construção de pontes universais para o equilíbrio do Judiciário, que se serve das teorias modernas da administração e tecnologia para gerir-se.

## 2. ORGANIZAÇÃO E GERENCIAMENTO

Desde a pré-história que o ser humano tem demonstrado que sempre teve o hábito de dividir o trabalho. O trabalho em equipe tem permitido o desenvolvimento da espécie. Portanto, cada membro possui um papel funcional. Isto é intrínseco da espécie humana, que é essencialmente social. Esta teoria da divisão de tarefas é utilizada até hoje.

---

12 *Op. cit.*



Nesta esteira, preleciona CRUZ<sup>13</sup>,

A organização do trabalho começou até mesmo antes da evolução da humanidade para o *Homo sapiens*, e deve ter ocorrido com o desenvolvimento de nosso cérebro, nossas habilidades linguísticas e capacidade de desenvolver ferramentas. Qualidade também era uma constante desde o início, até porque qualidade *lato sensu* nos tempos imemoriais era, literalmente, questão de vida ou morte! Claro que essa era apenas uma preocupação atávica e não sistematizada como a que temos hoje. A divisão do trabalho na pré-história deu-se em função da necessidade de sobrevivência, ou mais especificamente, de conseguir comida. Caçar nesses tempos, pelo que sabemos, significava ser a caça e o caçador ao mesmo tempo, pois a linha que separava esses dois papéis, pela ferocidade das espécies, era muito tênue. Entretanto, a busca pela sobrevivência deu origem à saga da humanidade.

Neste sentido, durante toda sua evolução, o ser humano continua trabalhando com a teoria da divisão do trabalho, passando pela construção das pirâmides do Egito e pela divisão dos artesãos em grupos feita pelos chineses há 3000 anos. Mas um dos mais significativos exemplos da divisão de trabalho esteve na arte de trabalhar o bronze, que chegou ao mais alto grau de refinamento.

O rápido e intenso fenômeno da mecanização provocou fusões de pequenas oficinas, que foram crescendo e se transformando em fábricas. O operário aos poucos foi substituído pela máquina nas tarefas que podiam ser automatizadas acelerando a produção. Isto elevou ainda mais a divisão do trabalho e a simplificação das operações, substituindo os ofícios tradicionais por tarefas semiautomatizadas e repetitivas, que podiam ser executadas com facilidade por pessoas sem qualificação, facilitando o controle da produção.

---

13 CRUZ, Tadeu. Sistemas, organizações & métodos: estudo integrado das novas tecnologias de informação. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 27.

FAYOL<sup>14</sup> afirma que a divisão do trabalho consiste na especialização das tarefas e das pessoas para aumentar a eficiência, bem como que a divisão de trabalho traz para a empresa a especialização da mão de obra, pois quanto maior a divisão de trabalho em uma organização mais eficiente ela se torna.

Com a fragmentação do trabalho, percebeu-se a necessidade de uma organização maior e mais eficiente no que tange aos recursos humanos, matérias, tempo e custos. E é aí que começa a surgir o planejamento e controle da produção.

## **2.1 A Organização**

No mundo globalizado há mudanças contínuas. A cada instante surgem novas informações tecnológicas acerca da produção e do serviço. Entretanto, ainda há resistência na aceitação de métodos modernos para administração cartorária, mesmo com a busca constante das pessoas pela qualificação profissional.

É nesse contexto que a tecnologia vem inserindo seus métodos, com programas computadorizados dotados de características que propiciam fácil manuseio da situação processual.

A tecnologia veio para beneficiar o cidadão em todos os segmentos e, no Judiciário, pode ajudar os juízes na missão de julgar. O espaço físico do Juiz, como já acontece com algumas empresas privadas nos Estados Unidos, situar-se-á, muito brevemente, no laptop e seu trabalho será produzido em qualquer parte onde ele estiver, em casa, no hotel, ou em outra cidade<sup>15</sup>.

As organizações conjugam-se para a formação da sociedade. Uma organização é uma unidade planejada, construída e estruturada com um objetivo definido. Sempre sendo reconstruída e redefinida quando os objetivos são atingidos, crescendo e tendendo a ampliá-los.

As organizações surgem de uma necessidade primária de

---

14 FAYOL, Henri. Administração Industrial e Geral. 10.ed. São Paulo: Atlas, 1990, p. 44.

15 CARDOSO, Antônio Pessoa. A máquina e o juiz. Disponível em: [http://www.migalhas.com.br:80/mostra\\_noticia\\_articuladas.aspx?cod=57843](http://www.migalhas.com.br:80/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=57843).

cooperação entre os indivíduos, pois estes possuem limitações físicas, biológicas e psicológicas, por isso se busca sempre a união de esforços para atingir objetivos, qual seja, oferecer um produto ou um serviço que a sociedade consome.

Para CHIAVENATO<sup>16</sup>, a organização pode ser formal, sendo caracterizada por regras e regulamentos formalizados por escrito e por estruturas de posições e hierarquia que ordenam as relações entre os indivíduos ou órgãos componentes.

As organizações compõem-se de pessoas com habilidades e metas diversas em contínua evolução, interagindo e adaptando-se em face do contexto. É sob esse prisma que o Judiciário, enquanto organização, tem utilizado recursos tecnológicos e administrativos para superar as demandas processuais.

O desenvolvimento de sistemas tecnológicos é feito no sentido de otimizar o serviço judicial, tal tarefa é precedida de organização administrativa e preparação por parte dos serventuários, com a finalidade de padronização na rotina de trabalho, evitando idas e vindas desnecessárias de processos ao Juiz.

No Poder Judiciário, como em qualquer organização pública ou privada, é importante que os serventuários tenham conhecimento de sua valia no desenvolvimento das tarefas, bem como que saibam que sua participação é fundamental para consecução da melhoria da rotina laboral.

Neste norte, a organização deve estar atenta às necessidades de seus funcionários, quanto aos recursos materiais, equipamentos, conforto do ambiente, necessidade de treinamento e remuneração adequada, visando à satisfação de seus integrantes. Segundo VERGARA<sup>17</sup> “é preciso estar disposto a ajudar tanto os clientes externos quanto os internos. Não se faz para fora aquilo que não se faz dentro da organização, como ser educado, cortês, gentil, respeitar a si e ao próximo”.

---

16 CHIAVENATO, Idalberto. Administração Teoria, Processo e Prática. São Paulo: Ed. Makron Books, 2000, p. 45.

17 VERGARA, Sylvia Constant. Gestão de Pessoas. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 35.

Para que uma empresa possa atender, mantendo seus consumidores satisfeitos e fiéis, deve administrar com eficiência seus recursos, direcionando-os em busca dos seus objetivos de mercado. Mas deve também estar atenta a cada oportunidade que se apresente, a par das atuais e novas necessidades dos seus atuais e futuros consumidores.

Sob este enfoque, o Judiciário de Rondônia adotou o planejamento estratégico, com objetivo de direcionar os rumos da instituição e dar a ela sustentabilidade. Para tanto, três questionamentos são inevitáveis: Onde estamos? Onde queremos chegar? Como vamos fazer para chegar lá?

A implantação do planejamento estratégico é uma resposta do Judiciário local aos reclames da sociedade, no que diz respeito à jurisdição, visto que não basta apenas criar novas Varas, capacitar servidores, editar lei com procedimentos novos, é preciso ter um plano de atuação e uma meta a ser atingida. Isto é feito por meio do planejamento estratégico, onde se determina a melhor maneira de associar os recursos disponíveis com a necessidade da sociedade, pondo em prática mudanças contínuas que levem à maior produtividade e à melhor qualidade dos serviços jurisdicionais.

CHIAVENATO<sup>18</sup> afirma que, para que o planejamento aconteça de forma eficaz, é necessário que se conheça a organização, a sua missão e os seus objetivos básicos. Sobretudo quais os fatores chave para o seu sucesso. A partir daí, pode-se começar a pensar em planejamento.

Ao orientar o planejamento para os resultados, cria-se um senso de direção, almejando metas e resultados a serem alcançados. Por outro lado, o planejamento orientado para as prioridades assegura que as coisas mais importantes receberão atenção.

Ao implementar o planejamento, o Tribunal de Justiça de Rondônia elaborou um plano estratégico, o qual mantém íntima relação com os recursos, processos e resultados, além de definir

---

18 CHIAVENATO, Idalberto. Administração nos novos tempos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p. 220.

estratégias para o período de 2008 a 2011. Sua elaboração se deu em conjunto com servidores e magistrados, em quatro oficinas de trabalho. Elaborado o plano estratégico, foi feita a sua adequação quanto ao seu alinhamento ao plano plurianual, instrumento de planejamento do governo que discrimina programas, objetivos, metas e indicadores para quatro anos de gestão.

Portanto, somente com a adoção de um planejamento estratégico efetivo é possível se moldar a estrutura organizacional às necessidades vindouras, de modo a fazer frente aos horizontes que se descortinarão, especificamente a demanda judicial que aumenta em progressão geométrica.

## 2.2 Planejamento Operacional

Com o objetivo de identificar “o que fazer” e “como fazer” surge o planejamento operacional. Este tipo de planejamento se refere às atividades realizadas dentro de uma empresa no nível operacional. Discorre CHIAVENATO<sup>19</sup>: “Por meio de Planejamento Operacional os administradores visualizam e determinam as ações futuras dentro do nível operacional que melhor conduzem ao alcance dos objetivos de empresa.”

O Planejamento Operacional caracteriza-se pelo detalhamento das tarefas e operações com o foco em curto prazo e pela abrangência total, abordando apenas uma tarefa ou uma operação.

No fundo, o planejamento operacional cuida da rotina das operações nas empresas para assegurar que as tarefas sejam executadas por todos de forma única e estabelecida pela empresa, a fim de se alcançarem os seus objetivos.

As operações são definidas com a utilização de métodos, que também são chamados de procedimentos. Estes procedimentos nada mais são que a sequência de passos ou etapas que devem ser rigorosamente seguidos para execução dos planos.

---

19 CHIAVENATO, Idalberto. Administração Teoria, Processo e Prática. São Paulo: Ed. Makron Books, 2000, p. 184.

Na visão de CHIAVENATO<sup>20</sup>, os procedimentos constituem guias para a ação e são mais específicos que as políticas. São utilizados em conjunto com outros tipos de planejamento para evitar a confusão por meio da direção, coordenação e articulação das operações de uma empresa. De modo que ajudam a dirigir todas as atividades da empresa, pois, por meio deles, tem-se a descrição detalhada de todas as atividades que visam a um objetivo comum. Enquanto a política se presta para pensar e decidir, um procedimento serve para fazer.

Numa organização, toda vez que objetivos são formulados, faz-se necessário elaborar planos para atingi-lo. Assim, buscam organizar e dirigir recursos humanos e físicos necessários para a ação. Controlando esta ação para a correção de eventuais desvios. No âmbito da administração da produção, este processo é realizado pela função de Planejamento e Controle da Produção (PCP).

Programação e Controle da Produção (PCP) são formados por um conjunto de funções interligadas com o objetivo de administrar o processo produtivo igualmente os demais setores administrativos da empresa.

O objetivo do PCP é oferecer a utilização correta dos recursos, de forma que produtos sejam produzidos por métodos específicos, para atender um plano de vendas já aprovado. Enquanto CHIAVENATO<sup>21</sup> entende que “o objetivo do PCP é fornecer informações necessárias para o dia a dia do sistema de manufatura reduzindo os conflitos existentes entre vendas, finanças e chão-de-fábrica”.

Outra definição é que o PCP tem como objetivo administrar o processo produtivo, transformando informações de vários setores em comandos de produção e pedidos de compra - exercendo funções de planejamento e controle - de forma a satisfazer os consumidores com produtos e serviços e os acionistas com lucros.

Em suma, o PCP tem como objetivo a organização,

---

20 *Idem*, p. 185.

21 CHIAVENATO, Idalberto. Administração Teoria, Processo e Prática. São Paulo: Ed. Makron Books, 2000, p. 184.

padronização e sistematização do processo, levando a empresa a produzir com mais qualidade, rapidez, facilidade e menor custo.

### 2.3 Anomalias

No gerenciamento de rotina, tem-se a padronização como instrumento básico, uma vez que o padrão é o instrumento que indica a meta (fim) e os procedimentos (meios) para a execução dos trabalhos, de tal maneira que cada integrante do processo produtivo deve reunir as condições de assumir a responsabilidade pelos resultados de seu trabalho<sup>22</sup>. Portanto, o planejamento e a execução do trabalho são tidos como padrão.

Toda gerência/liderança necessita de uma padronização das tarefas a serem efetivadas. Entretanto, não se pode falar em padrão sem falar em fluxograma, ferramenta indispensável para garantir a qualidade e aumentar a produtividade. Um dos efeitos do fluxograma é simplificar as tarefas.

Neste contexto, qualquer desvio das condições normais de operação é tido como anomalia e exige uma ação corretiva. Segundo CAMPOS<sup>23</sup>, a padronização ajuda a eliminar as anomalias.

Quando ocorre uma anomalia, faz-se necessária uma ação conjunta para se preparar a ação corretiva. Isso revela a necessidade do conhecimento das funções desempenhadas por cada um dos membros da equipe, conforme preceitua CAMPOS<sup>24</sup>: “comece a mostrar para sua equipe, por meio do treinamento nos trabalhos, as funções de cada um e o que deve ser feito para que a equipe possa trabalhar de forma mais harmoniosa e eficaz”.

MUSSAK<sup>25</sup> afirma que: “Em qualquer instituição pública ou privada é importante que todos os integrantes tenham a real percepção da importância do seu trabalho. Não importa o que você faz dentro do Tribunal. Você é importante. Sem você, interrompe o ciclo”.

22 CAMPOS. Vicenti Falconi. Gerenciamento da rotina do trabalho do dia a dia. Rio de Janeiro: INDG TeCs, 2004, p. 51.

23 *Idem*, p.61.

24 *Ibidem*.

25 MUSSAK, Eugênio. Conferência: as pessoas e o ritmo da mudança. Revista ESMAFE: Escola da Magistratura Federal da 5ª Região. Recife: 2003, p. 29.

O surgimento de uma anomalia demanda tempo para resolvê-la, tempo este que poderia estar sendo gasto em outra tarefa, consequentemente há um atraso na rotina. De acordo com CAMPOS<sup>26</sup> anomalias são:

Quebras de equipamento, qualquer tipo de manutenção corretiva, defeitos em produto, refugos, retrabalho, insumos fora de especificação, reclamações de clientes, vazamentos de qualquer natureza, paradas de produção por qualquer motivo, atrasos de compras, erros em faturas, erro de previsão, erro de previsão de vendas, etc.

Na esfera judicial, mais precisamente numa Vara Criminal, as anomalias são vistas como: a demora na entrega dos laudos pela autoridade policial; a não localização do acusado, que enseja citação por edital e consequente demora que este seja preso ou se apresente, este fato deixa o feito sobrestado; expedição de carta precatória com objetivo de interrogar o acusado ou inquirir testemunhas. Em relação aos feitos dos processos de tóxicos, a anomalia esbarra na defesa prévia, pois o prazo para apresentar é de dez dias, transcurso o prazo sem apresentação da peça, intima-se novamente o réu para indicar novo defensor, não o fazendo, nomeia-se defensor público, com novo prazo, o que acaba por alongar um procedimento que nasceu para ser célere.

Incluir a padronização e o gerenciamento da rotina na administração da Vara Criminal auxiliará no cumprimento da meta maior da Justiça: prestação jurisdicional com qualidade e celeridade. A padronização das tarefas é feita para se poupar tempo e atingir metas de melhorias, superando-se as anomalias. A despeito, leciona CAMPOS<sup>27</sup> “para se atingirem metas é necessário cumprir os padrões existentes ou modificar os já existentes”.

Destarte, o enfrentamento de anomalias deve ser o ponto nevrálgico da administração cartorária, pois não há que se falar em prestação jurisdicional adequada se esta for tardia.

26 CAMPOS. Vicenti Falconi. Gerenciamento da rotina do trabalho do dia a dia. Rio de Janeiro: INDG TecS, 2004, p. 26.

27 CAMPOS. Vicenti Falconi. Gerenciamento da rotina do trabalho do dia a dia. Rio de Janeiro: INDG TecS, 2004, p. 26.



## 2.4 Gerenciamento da Rotina

Como uma ação de planejamento operacional, pode-se utilizar o gerenciamento da rotina, que nada mais é que estabelecer procedimentos para todas as atividades da empresa no nível operacional, para melhor planejar, executar e conferir o trabalho executado.

O Gerenciamento da Rotina na definição de CAMPOS<sup>28</sup> “As ações e verificações diárias conduzidas para que cada pessoa possa assumir as responsabilidades no cumprimento das obrigações conferidas a cada indivíduo e a cada organização.”

OLIVEIRA<sup>29</sup> classifica-o como “um processo gerencial que possibilita ao executivo estabelecer o rumo a ser seguido pela empresa, com vistas a obter um nível de otimização na relação da empresa com seu ambiente”.

Acrescenta ALMEIDA<sup>30</sup>, a “ordenação das ideias e das pessoas, de forma a criar uma visão do caminho que se deve seguir”. O diagnóstico de gerenciamento de rotina permite identificar as deficiências sistêmicas da gestão que comprometem a melhoria e os resultados da empresa.

É gerir uma rotina de maneira a propiciar a agregação de valores de qualidade aos resultados, o que leva a um gerenciamento que envolve a todos num só compromisso, a qualidade dos serviços desempenhados pela equipe.

O Gerenciamento da Rotina consiste em:

- Definição da autoridade e da responsabilidade de cada envolvido no processo;
- Padronização dos processos e trabalhos realizados na empresa;
- Monitoramento dos resultados comparando sempre com as Metas da empresa;

---

28 *Ibidem*, p. 36.

29 OLIVEIRA, D. P. R. Planejamento estratégico: conceitos, metodologias, práticas. São Paulo: Atlas, 1995, p. 46.

30 ALMEIDA, M. I. R. Manual de planejamento estratégico. São Paulo: Atlas, 2001, p. 13.

- Ação corretiva nos processos, quando encontrados desvios a partir do monitoramento;
- Manter um bom ambiente de trabalho com a máxima utilização do potencial mental das pessoas; e
- Na busca contínua da perfeição.

O Gerenciamento da Rotina deve ser conduzido com o máximo cuidado, dedicação, prioridade, autonomia e responsabilidade por ser a base da administração da empresa. Neste contexto, as empresas devem ter um bom planejamento, para isso necessitam ter um conhecimento da sua situação.

Com este objetivo, torna-se necessário um estudo aprofundado e detalhado de todas as atividades da empresa. É com esse objetivo que surge a disciplina de O & M que, segundo CRUZ<sup>31</sup>, significa “estudo das organizações por meio da análise de cada uma das suas atividades, a fim de criar procedimentos que venham a interligá-las de forma sistêmica”.

Organização, Sistemas e Métodos tem como principal objetivo tratar sobre técnicas que visam à racionalização e à padronização de processos, melhorando o seu desempenho. Essas técnicas são largamente utilizadas em programas de Qualidade Total e de Reengenharia de processos, na adoção de Sistemas *Just-in-time* (JIT), ISO 9000, da filosofia de empresa enxuta, e entre outros.

Baseado nesta definição, pode-se identificar a necessidade de análise das atividades da empresa, isso inclui identificação dos processos, fluxos e rotinas. ADAIR<sup>32</sup> define processo como “(...) uma série de tarefas ou etapas que recebem insumos (matérias, informações, pessoas, máquinas, métodos) e geram produtos (produto físico, informação, serviço), com valor agregado, usado para fins específicos (...)”.

Estes processos podem ser classificados em processos de clientes, administrativos e gerenciais. O processo administrativo é o

---

31 *Op. cit.*, p. 34.

32 ADAIR, C.B., MURRAY, B.A. *Revolução total dos Processos*. São Paulo: Ed. Nobel, 2002, p.27.

processo feito dentro da organização, invisível para o cliente externo, mas é essencial para a organização. Além dos processos, é necessário estudar o fluxo das atividades.

Erros no controle de fluxo destroe a presteza do serviço. O controle do fluxo é essencial para melhorar o tempo de resposta dentro de uma organização. Controle não significa eliminação. Estoques, documentos ou cliente, têm de fluir. Mas como os rios que dão vida, não devem nem secar e nem inundar um número excessivo de vezes<sup>33</sup>.

Outro ponto a ser definido é a redução da fila de espera, ou seja, o tempo de espera. Para isto, identifica-se um limitador de fila, que pode ser qualquer tipo de projeto, método ou regra que limite o tempo de espera.

A limitação da espera tem um benefício adicional, mais poderoso: liga fortemente os colaboradores pela rota de processamento. Um problema que diminui a velocidade de trabalho de qualquer um no fluxo, logo afeta todos os demais.

Esta limitação poderá ser dada pela da taxa de resposta, que nada mais é que determinar um tempo para cada etapa ao longo do fluxo, que servirá como medida de controle de fluxo. Cada processo se torna responsável por suas próprias melhorias de controle de fluxo. A taxa de resposta satisfaz a necessidade. Taxas altas representam longas filas de espera.

Com efeito, a taxa pode ser calculada pela equipe, baseado no trabalho feito atualmente e exibi-la no local de trabalho onde todos possam visualizá-la e a seguir trabalharem juntos para reduzi-la. Mas esta redução não pode ser feita sem realizar melhorias como, por exemplo, reduzir o tempo: preparar um plano de controle de riscos, limitar as filas, eliminar o retrabalho melhorando a qualidade do serviço prestado, manter todas as áreas limpas e bem organizadas e assim por diante.

---

33 SCHONBERGER, Richard J. & KND JR., Edward M. Serviço Sincronizado. São Paulo: Pioneira, 1997, p.123.

Identificados atividades e fluxos das atividades, será definido o termo Rotina.

Conforme atesta CAMPOS<sup>34</sup>:

A Rotina é estabelecida pela administração da empresa para as pessoas que executam as tarefas do dia a dia. Toda a padronização da empresa é estabelecida de tal forma que a execução das tarefas possa ser feita com habilidade. Em outras palavras: A Rotina é estabelecida de tal forma que a administração de empresa possa delegar a condução dos processos às pessoas que os operam.

Ao conhecer todas as atividades, fluxos e rotina da empresa podem afirmar quais são os pontos fortes e fracos do setor de produção. Com esta informação em mãos, será feito o planejamento do trabalho.

Para se implantar um Gerenciamento da Rotina, é necessário que as atividades sejam padronizadas. Padrão é o instrumento básico do Gerenciamento, ou seja, é “um instrumento que indica a meta e os procedimentos para execução dos trabalhos, de tal maneira que cada um tenha condições de assumir a responsabilidade pelos resultados de seu trabalho” (CAMPOS)<sup>35</sup>. Não existe gerenciamento sem padronização.

Ao se falar em padronização, logo surge a ideia de amarração, imobilidade, engessamento, atrofiamento. Isto é um paradigma da padronização e parece estar muito forte na mentalidade das empresas. As pessoas não são muito receptivas quando se fala em padronizar suas atividades e este posicionamento se torna mais claro quanto maior é o tempo em que é realizada aquela atividade.

A padronização busca a unificação e a simplificação das atividades, seguindo padrões, parâmetros e modelos preestabelecidos,

---

34 CAMPOS, Vicenti Falconi. Qualidade Total: padronização de empresas. Belo Horizonte: Fundação Cristiano Ottoni: 1992, p. 71-3.

35 CAMPOS, Vicenti Falconi. Gerenciamento da rotina do trabalho do dia a dia. Rio de Janeiro: INDG Tec S, 2004, p. 51.

aceitos pela empresa ou impostos pela criação de novos hábitos ou mudanças organizacionais.

Atividades padronizadas e sistemáticas possibilitam a facilidade de consultas, leitura, atualizações e guarda, além da formação de conjuntos compactos ou sistemas integrados de dados e informações.

A base de todo processo de padronização é a participação ativa dos dirigentes da empresa, de toda a diretoria, eles devem alavancar todo o processo de padronização demonstrando sua elevada importância à empresa. Para um bom processo de padronização, é necessário que as pessoas estejam esclarecidas e educadas sobre a importância do processo, deve-se salientar o como, porque, quando, quem e como se dará este processo, as pessoas devem ter isto bem claro, para que possam influir quando necessário, não se pode olvidar que na padronização todos devem ser envolvidos.

A empresa deve organizar um meio de sistematizar toda a padronização, seja centralizando em um órgão, ou estabelecendo rotinas nos sistemas, preferencialmente deve ter pessoas treinadas para assessorar os que efetivamente executarão a padronização.

A este respeito, CAMPOS<sup>36</sup> escreve:

A organização para padronização irá variar dependendo do tamanho e tipo da empresa. No entanto, três aspectos fundamentais devem ser observados: a. padronização é responsabilidade da mais alta autoridade da empresa; b. deve ser organizado um sistema de padronização da empresa; c. as funções do sistema de padronização devem ser gerenciadas por alguma organização interna.

Durante o processo de padronização, pode ser observado o que compromete o desenvolvimento e o fluxo das atividades. Isso é chamado de anomalias, qualquer desvio das condições normais de operação<sup>37</sup>.

---

36 CAMPOS, Vicenti Falconi. Qualidade total: padronização de empresas. Belo Horizonte: Fundação Cristiano Ottoni: 1992, p. 19.

37 CAMPOS, Vicenti Falconi. Gerenciamento da rotina do trabalho do dia a dia. Rio de Janeiro: INDG TecnS, 2004, p. 61.

Anomalia é um evento irregular ou incomum que foge a uma lei ou regra padrão, ou seja, em uma rotina de trabalho, uma atividade que seja executada de uma forma que não seja habitual, o que produzirá resultados diferentes, incorrendo em uma anomalia.

A identificação e a análise destas anomalias levam ao desenvolvimento de um plano de ação corretiva. Para obtenção deste plano, é necessário que se conheçam muito bem as ações da empresa e que as anomalias sejam sempre relatadas.

De pouca valia é a identificação de todas as atividades, fluxos, rotinas e anomalias, padronização e criação de plano de ação, se não houver um controle e acompanhamento das ações.

O acompanhamento das ações, além de auxiliar no controle, pode igualmente auxiliar no planejamento, com a fixação de metas para períodos futuros, subsidiando inclusive a determinação de indicadores de atividades, colaborando com o processo de melhoria contínua da empresa.

O controle sempre será necessário para que se possa identificar em, tempo hábil, a possível ocorrência de anomalias e a aplicação do plano de ação corretiva. Este controle será feito comparando os resultados produzidos com as metas estipuladas pela empresa.

### 3. CARTÓRIO

A atividade judiciária é exercida pelos auxiliares da justiça que atuam nos cartórios judiciais, conforme prevê o art. 139, do Código de Processo Civil, *in verbis*: “São auxiliares do juízo, além de outros, cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador e o intérprete”. Este corpo assistente padece de dificuldades para vencer a crescente demanda das ações judiciais.

Os cartórios são considerados como os corresponsáveis por toda lentidão da Justiça. Contudo, além dos tradicionais e já sabidos problemas de defasagem tecnológica, precariedade das instalações e falta de motivação dos cartorários, não se trata de uma simples

conta aritmética em que a informatização do sistema ou a reforma de espaços físicos automaticamente poderá transformar o quadro atual. É preciso ir adiante. Nem todos os cartórios são ineficientes. Alguns funcionam, outros não. O que temos que entender é por que alguns cartórios funcionam melhor do que outros.<sup>38</sup>

Uma pesquisa feita pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) mostrou que, entre as causas do problema estão: a falta de equipamentos, a falta de informatização, a de treinamento, os problemas de relacionamentos pessoais dentro do ambiente de trabalho e a falta de gerência.<sup>39</sup>

Todos esses fatores podem ser responsáveis por filas, tempos de ciclos extensos e indesejados, controles em duplicidade, falta de informação ou informação sem credibilidade, estresse e falta de realização profissional dos recursos humanos, diz a pesquisa.

Anualmente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publica um relatório contendo estatísticas de desempenho do Poder Judiciário Nacional, chamado de Justiça em Números.

Segundo o relatório referente ao ano de 2006, contendo informações de 2005, Rondônia possuía 116.360 novos casos no 1º grau, 100.936 casos pendentes de julgamento, 98 magistrados, portanto 2.218 processos por magistrado. Rondônia atendeu a um total de 147.990 pessoas.

No ano seguinte, esses números foram alterados, Rondônia possuía 102.605 casos novos no 1º grau, 118.543 casos pendentes de julgamento no 1º grau, 98 magistrados de 1º grau do Estado, portanto 2.257 processos por magistrado. Rondônia atendeu a 149.814 pessoas no ano de 2006.

No ano de 2005, o Relatório do CNJ recomendou:

(...) que seja priorizada a modernização das primeiras instâncias por meio de um planejamento orçamentário

---

38 GONÇALVES, Érika Bento. Tempo morto: Processos passam 95% do tempo nos cartórios judiciais. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/61412,1>.

39 *Idem*.

e administrativo que contemple as necessidades de tais unidades judiciais.

(...) que as instituições do Poder Judiciário Nacional busquem maximizar suas capacidades gerenciais adotando soluções criativas contra a ineficiência administrativa e o anacronismo organizacional em um contexto de recursos escassos.

No ano de 2006, o Relatório do CNJ recomendou:

(...) que seja priorizada a modernização das primeiras instâncias por meio de um planejamento orçamentário e administrativo que contemple as necessidades de tais unidades judiciais.

(...) que os órgãos do Poder Judiciário Nacional adotem “padrões de interoperabilidade” para integração dos sistemas de informação.

(...) que os órgãos do Poder Judiciário Nacional adotem as providências necessárias para a implementação do processo virtual.

(...) que as instituições do Poder Judiciário Nacional busquem maximizar suas capacidades gerenciais adotando soluções criativas contra a ineficiência administrativa e o anacronismo organizacional em um contexto de recursos escassos.

Percebe-se que nos dois anos consecutivos foi recomendado que se investisse em novas soluções de trabalhos priorizando a modernização das ações.

Sob esse prisma, o Tribunal de Justiça de Rondônia, numa parceria com o Conselho Nacional de Justiça, está implantando o processo virtual, ou processo eletrônico - PROJUDI. A implantação começou com os Juizados Especiais, mas no futuro também atingirá as demais varas de primeira instância e o segundo grau.



### 3.1 Gestão de atividades de Cartórios

Como já dito, nos últimos anos, o Poder Judiciário tem sido alvo de numerosas críticas e demonstrações de insatisfação manifestadas pela sociedade brasileira devido à morosidade na prestação jurisdicional.

Essas reclamações tiveram origem no processo de redemocratização do Brasil, com a promulgação da Constituição Federal em 1988. No novel texto constitucional, muitas garantias e direitos individuais emergiram, pelo que foi denominada de Constituição Cidadã. Diante disso, os brasileiros passaram a exigir uma melhor atuação do Poder Público, a fim de assegurar a proteção por ela consagrada, com relevante destaque ao irrestrito acesso à Justiça. Por outro lado, o Judiciário não estava preparado para dar a resposta de forma ágil, apesar da autonomia de gestão outorgada, a qual atendia aos anseios da população, haja vista que não dispunha de um sistema legislativo processual e a falta de infraestrutura colidia com a recente demanda.

BERTEMES<sup>40</sup> comenta:

(...) os reclamos da sociedade, em geral, e da comunidade jurídica, em particular, foram a causa eficiente à criação do sistema dos Juizados Especiais, visando, em primeiro lugar, permitir a solução mais rápida das causas cíveis de menor complexidade e das infrações penais de menor potencial ofensivo, assim como facilitar ao cidadão comum o acesso ao Judiciário.

Tais isso porque um processo judicial, em qualquer esfera do Judiciário, demora anos para chegar ao fim, fato que aumenta a descrença no Poder Judiciário.

---

40 BERTEMES, Emerson Feller. Otimização na Qualidade da Prestação Jurisdicional: O papel do magistrado na estimulação e capacitação de estagiários vinculados ao gabinete. Disponível em: [http://64.233.169.104/search?q=cache:p4GFJNtUnNYJ:tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/moodldata/16/moddata/forum/139/878/TRABALHO\\_L\\_RIO\\_E\\_EMERSON.doc+otimiza%C3%A7%C3%A3o+do+tempo+nos+processos+judiciais&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=19&gl=br](http://64.233.169.104/search?q=cache:p4GFJNtUnNYJ:tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/moodldata/16/moddata/forum/139/878/TRABALHO_L_RIO_E_EMERSON.doc+otimiza%C3%A7%C3%A3o+do+tempo+nos+processos+judiciais&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=19&gl=br).

Diversas são as causas que emperram a celeridade da justiça: o crescente número de processos que sobrecarregam os trabalhos nos Fóruns e nos Tribunais; a grande possibilidade de recursos dada às partes; a falta de comprometimento na elaboração das leis.

Surgiram assim numerosas propostas que passaram a ser estudadas e debatidas por especialistas em processo, por associações de classe e por magistrados, buscando um consenso das melhores políticas públicas destinadas a atender aos anseios dos cidadãos.

Nesse compasso, houve mudanças legislativas, sempre muito tímidas, como o Código de Defesa do Consumidor, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, alterações no Código de Processo Civil ou no Código de Processo Penal, todas com o objetivo de dar celeridade aos processos.

Com efeito, as vibrações legislativas culminaram com a retaliação da Carta Maior por meio de reforma constitucional que, de certo modo, buscou a padronização das atividades dos Tribunais, atendendo a algumas expectativas, porém, causando dúvidas e controvérsias em sua aplicação.

Após uma análise do contexto, percebeu-se que era relevante dar importância à transparência do andamento processual, bem como imprescindível o investimento no aprimoramento da qualidade da prestação de serviço, parte fundamental na mudança de paradigma que os novos tempos clamam.

Constatou-se que os magistrados carecem de formação para atuarem como gestores das atividades judiciais das quais são responsáveis. Tal diagnóstico implicou na criação de cursos voltados à gestão cartorária, com disciplinas estranhas à área do direito.

Verificou-se também que, para resgatar a boa imagem de Poder Judiciário, era preciso uma mudança de paradigma. A Justiça somente seria eficiente no ponto de vista do jurisdicionado se os serviços prestados fossem aferidos a partir desse prisma.

Assim, passava-se a buscar e testar práticas judiciais sempre com o objetivo de viabilizar o acesso à Justiça e a efetividade da prestação jurisdicional, emprestando celeridade ao processo.

As legislações de organização judiciária e as consolidações normativas dos tribunais que preveem o desempenho pelo juiz dessa atividade de gestão administrativa ganha vulto, escapando do papel para o mundo fático. No Estado de Rondônia, o Poder Judiciário tem no Código de Organização Judiciária, em seu Capítulo II, art. 36, inc. I, a disciplina da matéria, *verbis*:

Art. 36. Incumbe aos juízes, ressalvada a competência das autoridades superiores, exercer as funções administrativas em sua jurisdição, em especial:

I - inspecionar, permanentemente, as serventias dos Cartórios da Comarca ou Vara, instruindo os serventuários e funcionários sobre os seus deveres, podendo-lhes conceder elogios ou aplicar-lhes punição;

...

O bom funcionamento das atividades judiciais é de responsabilidade do juiz. Por conseguinte, é imprescindível, para o desempenho de tamanha responsabilidade gerencial, a aplicação de técnicas administrativas, tais como: gestão de pessoas, gerenciamento das atividades desempenhadas pelos servidores e até mesmo a manutenção do órgão.

O “Juiz Gestor” deve estar sempre atento para preparar sua Serventia a enfrentar novos desafios, utilizando-se de novas tecnologias, com aproveitamento das condições sociais e culturais, em consonância com as modificações legislativas.

SERGIO CAVALIERI FILHO<sup>41</sup>, desembargador-presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Biênio 2005-2006, afirmou que:

---

41 MADALENA, Pedro. Direito e Administração: coexistência científica no Judiciário. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1702, 28 fev. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10994>>.

A alta administração dos tribunais é capaz de construir belos, grandes e adequados fóruns, comprar computadores e sistemas, equipar os prédios com a melhor tecnologia disponível, mas não consegue impulsionar os processos, sem juízes gestores, servidores qualificados, treinados e, acima de tudo, conscientes da grandiosa tarefa que devem desempenhar.

Destarte, a administração judiciária tem obrigação de dotar seus membros de noções de gestão das serventias judiciais, granjeando uma forma capaz de melhorar seu desempenho, tendo por norte a qualificação de suas práticas.

### **3.2 O Juiz administrador**

De acordo com FREITAS<sup>42</sup>:

A administração da Justiça:

- a) não faz parte do currículo das faculdades de direito;
- b) não figura nas escolas da magistratura;
- c) são poucos os estudos, exceto sobre a figura do juiz e a história do direito;
- d) cada tribunal tem o seu modelo de administração, via de regra sem transmiti-lo aos demais.

ATAIDE JÚNIOR<sup>43</sup> salienta:

A Teoria Geral do Processo sempre pecou por deixar de relacionar a jurisdição com a administração da justiça, optando por analisar o fenômeno jurisdicional como algo abstrato, fecundo apenas no campo das ideias. Mas, contemporaneamente, percebe-se que o sucesso da jurisdição não corresponde, apenas, ao avanço da técnica processual, mas, sobretudo, à operacionalização do poder jurisdicional, via mecanismos de gestão administrativa.

---

42 FREITAS, Vladimir Passos de. A eficiência na administração da justiça. Disponível em: <http://www.vladimirpassosdefreitas.com.br>.

43 ATAIDE JÚNIOR, Vicente de Paula. Processo e administração da justiça: novos caminhos da ciência processual. Disponível em: <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=48>.

A falta de preparo do magistrado para administração da justiça afeta o bom andamento das atividades. Mas isso está mudando, atualmente existe uma preocupação do CNJ em capacitar os magistrados para que exerçam melhor essa atividade de administradores, como afirma ainda MORO<sup>44</sup>:

No Brasil, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal promoveu, de forma pioneira, 5 congressos sobre Administração da Justiça (2000 a 2005). A Fundação Getúlio Vargas, em convênio com alguns Tribunais, realiza mestrados profissionalizantes destinados a magistrados. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em convênio com a Universidade Federal do Rio Grande do Sul e a Pontifícia Universidade Católica do Paraná, realizou curso de especialização, para servidores da Justiça Federal da região sul do Brasil, com excelentes resultados, demonstrados pela alto nível das monografias. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul realiza, anualmente, simpósios de Administração da Justiça para os Juízes Diretores de Foros. A Associação dos Magistrados Brasileiros e a Secretaria da Reforma do Judiciário promovem, anualmente, o concurso INNOVARE, destinado às melhores iniciativas do Poder Judiciário nacional. No âmbito da sociedade civil organizada, criou-se recentemente o Instituto Brasileiro de Administração do Poder Judiciário, IBRAJUS, com sede em Curitiba, PR.

No Tribunal de Justiça de Rondônia, foi implantado, em 2006, um Planejamento Estratégico, para organizar, estruturar e criar métodos de racionalização de serviços e de funcionamento do Poder Judiciário Estadual de modo a conseguir pleno êxito em produtividade com baixo custo operacional, podendo assim o magistrado exercer melhor suas atividades administrativas, com um mecanismo de planejamento e controle. Baseado nisso, foram

---

44 MORO, Sérgio Fernando. Algumas sugestões sobre a justiça criminal. Disponível em: <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=40>.

oferecidos treinamentos aos magistrados, com o objetivo de prepará-los para uma administração satisfatória.

ATAIDE JÚNIOR<sup>45</sup> faz anotações importantíssimas sobre esse novo papel do juiz:

A tutela jurisdicional não é mais pensada como aquela que apenas produz decisões, que declara direitos ou que diz quem tem razão. A declaração de direitos hoje não basta. Ninguém almeja sentenças. Almeja-se, pela jurisdição, a consecução de resultados, a obtenção do bem da vida que corresponde ao direito material.

Nota-se que o Poder Judiciário Estadual entrou numa nova fase para gestão dos seus objetivos, priorizando a política do Planejamento Estratégico. O que nos leva a crer que o juiz se tornará cada vez mais responsável pela administração do Poder Judiciário Estadual.

### 3.3 Projudi

O Projudi é um sistema processual que funciona por meio de um portal na *internet*, no qual os usuários (juizes, advogados, serventuários públicos) são cadastrados previamente e identificados com *login* e senha. Após o devido cadastro, as petições podem ser enviadas do próprio escritório do advogado. Enviada a petição inicial, esta será distribuída instantaneamente e, nesse momento, o interessado receberá na tela do computador a informação de que o processo foi distribuído, que número obteve no protocolo, qual é a vara e qual juiz julgará a causa.

A virtualização de processos no Judiciário Estadual visa à rapidez dos trâmites processuais. Essa agilidade do processo eletrônico combate a morosidade processual e melhora o acesso à Justiça, uma vez que o processo pode ser acessado a todo o momento e por todos os interessados ao mesmo tempo e em qualquer lugar.

---

45 ATAIDE JÚNIOR, Vicente de Paula. Processo e administração da justiça: novos caminhos da ciência processual. Disponível em: <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=48>.

O novo sistema trouxe uma importante redução nos gastos com papel e tinta para impressora, além da economia de tempo. O gasto com papel para imprimir os processos irá diminuir muito com a digitalização, chegando a quase desaparecer.

A informatização do processo virtual traz ao Poder Judiciário a desburocratização e o põe de uma vez por todas na era da globalização.

A Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006, criou no âmbito do Judiciário a informatização do processo judicial. O art. 1º da referida lei dispõe:

Art. 1º O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei.

§ 1º Aplica-se o disposto nesta Lei, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição.

§ 2º Para o disposto nesta Lei, considera-se:

I - meio eletrônico qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais;

II - transmissão eletrônica toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores;

III - assinatura eletrônica as seguintes formas de identificação inequívoca do signatário:

a) assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma de lei específica;

b) mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.

O primeiro artigo versa sobre a tramitação dos processos judiciais por meio eletrônico. Esse dispositivo pressupõe investimentos em tecnologia de informação, com a implementação de sistemas de altíssima segurança para garantir o sigilo de dados e informações dentro da rede mundial.

Art. 2º o envio de petições, recursos e a prática de atos processuais em geral por meio eletrônico serão admitidos mediante uso de assinatura eletrônica, na forma art. 1º desta Lei, sendo obrigatório o credenciamento prévio no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.

§1º O credenciamento no Poder Judiciário será realizado mediante procedimento no qual esteja assegura a identificação presencial do interessado.

§2º Ao credenciado será atribuído registro e meio de acesso ao sistema, de modo a preservar o sigilo, a identificação e autenticidade de suas comunicações.

§3º Os órgãos do Poder Judiciário poderão criar um cadastro único para o credenciamento previsto neste artigo.

Depreende-se que a norma disciplina o ambiente virtual de acesso aos processos judiciais, possibilitando o acompanhamento do feito sem a necessidade do profissional ou das partes se deslocarem do seu escritório para a sede do Foro ou do Tribunal. Tal facilidade carece somente de um cadastro prévio dos envolvidos.

A criação da Lei 11.419, normatizando o uso, a informatização dos processos judiciais, abre caminho para uma nova era no Judiciário Brasileiro, implementada pelo Conselho Nacional de Justiça, que dá uma previsão de cinco anos para a extinção dos autos de papel.

Segundo MADALENA e OLIVEIRA <sup>46</sup>:

---

46 MADALENA, Pedro e OLIVEIRA, Álvaro Borges de. Organização e informática no Poder Judiciário - Sentenças programadas em processo virtual. Curitiba: Juruá Editora. 2ª ed. 2008, p.253.



Acredita-se, todavia, que a partir da criação e implantação do sistema processual eletrônico/virtual, a tecnologia da informatização com sistemas inteligentes contribuirá sobremaneira para o aumento da produtividade do serviço forense, restando apenas dispor às unidades judiciárias os necessários recursos humanos e materiais.

Com a implantação do PROJUDI, o TJRO busca reduzir o tempo de tramitação dos processos, economizando tempo, recursos humanos e materiais. Tendo em vista que muitos dos atos que eram praticados pelos servidores, são agora realizados pelo próprio sistema. O servidor deixa de praticar atos meramente burocráticos e terá o seu trabalho mais valorizado, além de ter mais tempo disponível para atender o cidadão.

## **4. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS**

### **4.1 Tipo de Pesquisa**

A metodologia consistiu na análise sistemática e crítica de artigos, normas, leis, pressupostos e procedimentos usuais sobre o tema abordado.

A pesquisa foi realizada por meio de revisão bibliográfica que se caracteriza como dogmática, cujo objeto versou sobre a análise da ordem jurídica atual, com a finalidade de criar um conteúdo normativo do tema.

Classifica-se a pesquisa como exploratória descritiva, pela limitação de estudos na área do Gerenciamento de Rotina nas Varas Criminais sob o enfoque da celeridade processual, consoante entendimento de MATTAR<sup>47</sup> “a pesquisa exploratória, considera que é apropriada para os primeiros estágios de investigações, quando a familiaridade, o conhecimento do fenômeno por parte do pesquisador é geralmente insuficiente ou inexistente”.

---

47 MATTAR, Fauje Nagib e SANTOS, Dilson. Gerência de Produtos: como tornar seu produto um sucesso. São Paulo: Atlas, 1986, p. 80.

## 4.2 Métodos

Empregou-se a pesquisa quantitativa e qualitativa, visando observações diretas nos procedimentos das atividades e identificação das técnicas de Gerenciamento de Rotina nas Varas Criminais que possam propiciar uma maior celeridade processual.

## 4.3 Procedimentos Técnicos

Os requisitos técnicos que foram observados no tema se dividiram em três partes, a saber:

**1ª.** A Exploração documental, que consistiu na revisão da literatura e pesquisa sobre trabalhos de investigação não publicados (pesquisa via *internet*). Esta etapa forneceu elementos teóricos que permitiu moldar o tema de forma sistemática, revelar as suas dimensões essenciais e facetas peculiares, sugerindo caminhos e modos de abordagem para posterior sistematização.

**2ª.** Síntese criteriosa de todas as informações levantadas na etapa de exploração, a respeito do objeto de estudo visando converter-se num quadro teórico de referência para sustentação das conclusões.

**3ª.** Tabulação e compreensão dos dados coletados na pesquisa de campo, a fim de dar suporte a confirmação ou não das hipóteses:

- a) Há necessidade da implantação do modelo de gerenciamento de rotina nos cartórios criminais como forma de promoção da celeridade processual;
- b) Houve efetivamente melhoria com a implantação do modelo de gerenciamento de rotina no cartório da 2ª Vara de Criminal de Ariquemes.

## 4.4 A Pesquisa

Durante a pesquisa se observou que, mesmo estando praticamente todo informatizado, com sistemas de automação processual, as dificuldades apontadas são praticamente as mesmas: lentidão processual e falta de efetividade nas decisões. Independente da tecnologia empregada, o Judiciário, mas precisamente as comarcas

de 1ª, 2ª e 3ª entrância necessitam de administração cartorária. Por isso tem-se falado do juiz gestor, aquele que, além de judicar, agrega valores administrativos nas práticas cartorárias.

A imagem do juiz voltado unicamente para prestação jurisdicional cedeu lugar para a do juiz administrador, em decorrência da grande demanda judicial. Portanto, não basta apenas decidir as ações, é necessário criar procedimentos para atingir eficiência da prestação dos serviços judiciais.

Dentre as causas da morosidade judicial, destaca-se a falta de recursos materiais e o excesso de formalidades nos procedimentos, consoante entendimento de SILVA<sup>48</sup>:

(...) os fatores decisivos para a morosidade são a enxurrada de ações judiciais, somada ao número insuficiente de juízes e servidores da Justiça, além da complexa estrutura judiciária brasileira, que resguarda a possibilidade de, na prática, qualquer demanda ser alçada ao Supremo Tribunal Federal (...).

A tradução do binômio à falta de recursos materiais e o excesso de formalidades nos procedimentos resultam na quantidade de ações judiciais. Somado a este fato, temos os recursos interpostos que abarrotam as instâncias recursais. Vale ressaltar que o mecanismo formal da estrutura judiciária tem contribuído para morosidade processual, contudo o formalismo é intrínseco ao perfil do Poder Judiciário, bem como a complexa estrutura jurídica.

A este respeito escreveu sabiamente MONTESQUIEU<sup>49</sup> “(...) é bom colocar alguma lentidão em tais assuntos, principalmente a partir do momento em que o acusado estiver preso, para que o povo possa acalmar-se e julgar com sangue frio”. Desta feita, os traços característicos da morosidade e formalismo do Judiciário não se confundem com o excesso de demanda.

---

48 SILVA, Marcos Mairton da. Produtividade dos juízes federais: em busca de critérios para a definição de um sistema de avaliação. Revista CEJ, Brasília, n. 32, jan./mar. 2006, p. 46.

49 MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Baron de. O espírito das leis. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 91.

O juiz de 20 anos atrás, preocupado apenas com os atos processuais, está envolto agora em demandas administrativas: tem que satisfazer o cliente interno e externo. São os novos ares do Poder Judiciário. O juiz deve judicar e administrar seu cartório para evitar as anomalias, objetivando eficiência e produtividade.

De acordo com BARBOSA<sup>50</sup> “cada etapa exige uma atuação diferente do Poder Judiciário, e nesse momento verifica-se a inadequação entre o que a sociedade dele exige e aquilo que lhe é oferecido”.

No mesmo sentido, ATAIDE JÚNIOR<sup>51</sup>:

A tutela jurisdicional não é mais pensada como aquela que apenas produz decisões, que declara direitos ou que diz quem tem razão. A declaração de direitos hoje não basta. Ninguém almeja sentenças. Almeja-se, pela jurisdição, a consecução de resultados, a obtenção do bem da vida que corresponde ao direito material.

O Judiciário atual, além da prestação jurisdicional, está com a responsabilidade decidir em menor tempo possível as demandas trazidas ao seu conhecimento.

O padrão de funcionamento dos cartórios judiciais não tem acompanhado a evolução e o crescimento das demandas judiciais. Alguns atos executados no cartório são ultrapassados, como anotar os movimentos da ação na capa do processo ou fichas de acompanhamento, mesmo havendo sistemas para este fim. Este comportamento é um exemplo de padronização obsoleto. O século XXI exige dos administradores da Justiça informação com eficiência. Eficiência e qualidade são as palavras de ordem deste século.

A efetividade das Varas Criminais, diante do corpo institucional e legal existente no Brasil, é dificultosa. O procedimento

---

50 BARBOSA, Cláudia Maria. Crise e reforma do Poder Judiciário brasileiro: Análise da súmula vinculante. In: Direito e Administração da Justiça. Coord. Vladimir Passos de Freitas. Curitiba: Juruá Ed., 2005, p. 23.

51 ATAIDE JÚNIOR, Vicente de Paula. Processo e administração da justiça: novos caminhos da ciência processual. Disponível em: <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=48>.

penal vai além das paredes do Judiciário, ele envolve o Ministério Público, Defensoria Pública e Delegados de Polícia, além das provas periciais. O caminho é realizado pelo processo penal é infinitamente maior que no processo civil, visto tratar do bem maior do cidadão: sua liberdade.

O aumento do número de processos em curso é uma constante. Por meio de pesquisa realizada na 2ª Vara Criminal da Comarca de Ariquemes, observa-se que, no período de março de 2007 a abril de 2008, estão tramitando na Vara 634 ações ordinárias e 31 ações de delitos de tóxicos.

Nas ações de rito ordinário, o tempo de tramitação varia em relação ao tempo em que o acusado está preso ou em liberdade. Em regra geral, a distribuição da ação criminal é feita a partir do momento em que o delegado de polícia envia ao Fórum o flagrante ou o inquérito. Após, envia-se o inquérito ao Ministério Público. Presentes os requisitos necessários, o Promotor oferece a denúncia. Não estando presentes os requisitos, o Promotor solicita que sejam feitas novas diligências até que sejam satisfatórios todos os requisitos para oferecimento da denúncia ou para o arquivamento do feito.

Oferecida a denúncia, agora é a vez do Juiz analisar o preenchimento dos requisitos legais de procedibilidade. Presentes tais requisitos, a denúncia é recebida e designada a data para o interrogatório. Ausentes os requisitos, determina-se o aditamento da denúncia para recebimento posterior, se for o caso, ou o arquivamento.

Para ser interrogado, o acusado deve ser citado. Quando o acusado não é localizado para ser citado pessoalmente, deve ser citado por edital, o que gera morosidade processual. Nos casos em que o acusado reside em outra comarca, é expedida carta precatória para que seja citado e interrogado naquela comarca. Citado e interrogado o acusado, é designada a audiência de instrução para oitiva das testemunhas, caso essas residam em outra comarca, será expedida carta precatória, fato que retarda o andamento da ação. Em determinados crimes, quando a lucidez das provas permite, o juiz sentencia em audiência, o que abrevia o final do processo.

Para melhor explorar a questão fática, a tabela a seguir demonstra a quantidade de dias entre a distribuição da ação e a sua sentença. Vale ressaltar que essa verificação foi feita com uma amostragem de 100 processos, dos quais foram separados oito (8) processos de maior tempo entre a distribuição e a sentença, no universo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Ariquemes/RO.

**Tabela n. 1**

<b>Quantidade de dias entre a distribuição e a sentença de um processo ordinário</b>
533
442
368
343
342
336
325
296
258

Fonte: 2ª Vara Criminal da Comarca de Ariquemes, Rondônia/2007-2008.

Podem-se apontar, dentre as causas na demora destas ações, as diligências de perícia, citação do acusado por edital e oitiva por carta precatória. Atos que, além de demorados, aumentam a emissão de expedientes do cartório.

Tabela n. 2

<b>Quantidade de dias entre a distribuição e a sentença de processo sobre tóxico</b>
<b>325</b>
<b>226</b>
<b>219</b>
<b>169</b>
<b>168</b>
<b>165</b>
<b>147</b>
<b>145</b>
<b>144</b>
<b>143</b>

Fonte: 2ª Vara Criminal da Comarca de Ariquemes, Rondônia/2007-2008.

A tabela de n. 2 estampa a quantidade de dias dos processos de Delitos de Tóxicos. Para essa amostragem foram selecionados vinte (20) processos, dos quais se separaram dez (10) processos em que foi gasto mais tempo entre a distribuição e sentença.

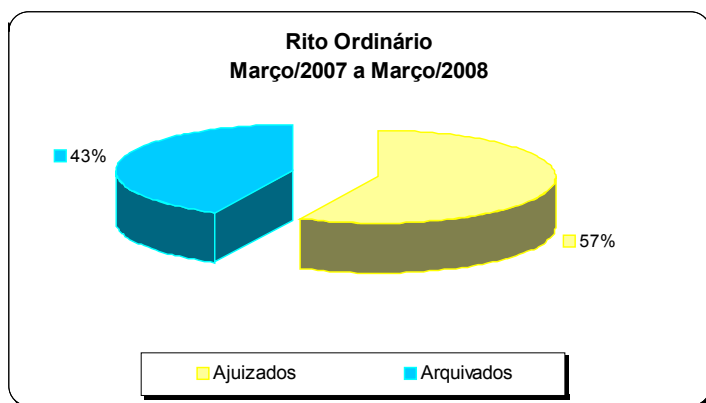
Elenca-se, nestes casos, a ausência de advogado constituído despertou uma anomalia, sendo-lhe nomeado defensor dativo.

Tabela n. 3

<b>Rito</b>	<b>Março/2007</b>	<b>Março/2008</b>
<b>Ordinário</b>	575	630
<b>Especial</b>	19	33
<b>Total</b>	594	663

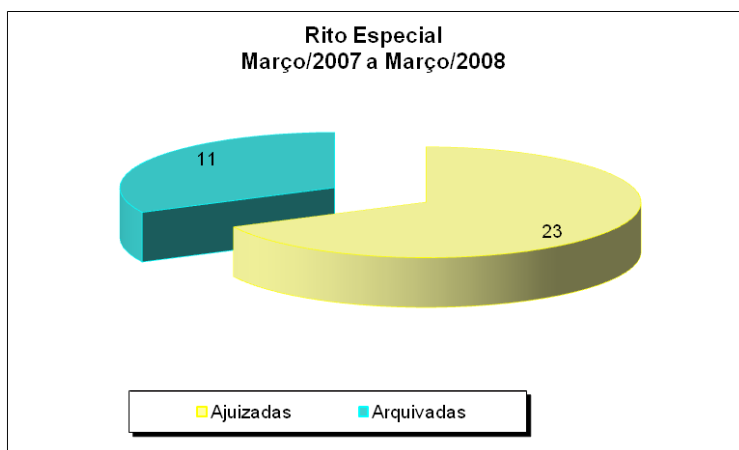
Fonte: 2ª Vara Criminal da Comarca de Ariquemes, Rondônia/2007-2008.

A tabela de n. 3 demonstra o número de ações em tramitação no mês de março de 2007 e no mesmo mês no ano de 2008, da qual se percebe um acréscimo de 55 ações no rito ordinário e 14 no especial (tóxico).

**Gráfico n. 1**

Fonte: 2ª Vara Criminal da Comarca de Ariquemes, Rondônia/2007-2008.

Os dados demonstram que o número de ações ajuizadas no rito ordinário é superior ao de arquivadas no período de março de 2007 a março de 2008, comprovando o que foi dito anteriormente: crescimento da demanda judicial.

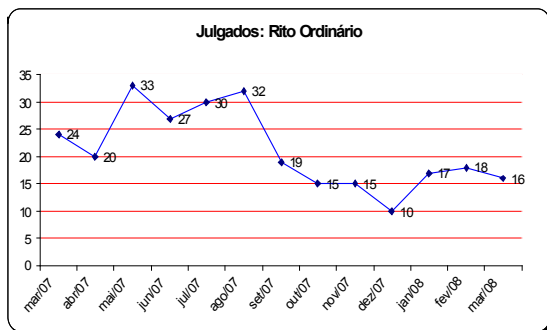
**Gráfico n. 2**

Fonte: 2ª Vara Criminal da Comarca de Ariquemes, Rondônia/2007-2008.



O mesmo fato ocorre com as ações de delitos de tóxicos, em que há um aumento da demanda num patamar de 68%, em relação ao de ações arquivadas no período de março de 2007 a março de 2008.

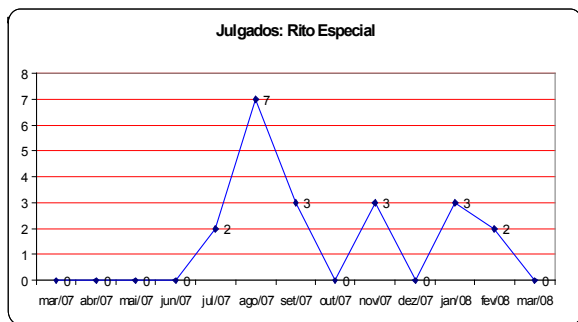
**Gráfico n. 3**



Fonte: 2ª Vara Criminal da Comarca de Ariquemes, Rondônia/2007-2008.

O gráfico de número 3 traz a quantidade de sentenças prolatadas no período de março de 2007 a março de 2008, do qual se observa que o maior número de processos sentenciados foi no mês de maio de 2007.

**Gráfico n. 4**



Fonte: 2ª Vara Criminal da Comarca de Ariquemes, Rondônia/2007-2008.

O gráfico de número 4 demonstra a quantidade de processos de delitos de tóxicos sentenciados. Observa-se que, nos meses de março, abril, maio, outubro, e dezembro de 2007 e março de 2008, não houve prolação de sentença nos feitos de rito especial.

A quantidade de processos sentenciados está diretamente relacionada com o tempo, é certo que a sentença é mais um dos muitos atos judiciais e, por certo, o mais complexo, pelo seu conteúdo decisório. Desta feita, não há como programar a quantidade de sentenças a serem prolatadas por dia, visto que este não é o único ato que o juiz executa durante sua jornada de serviço diário, considerando grande a variação de tempo despendido entre um ato jurisdicional e outro e a complexidade da matéria.

A este respeito escreve SILVA<sup>52</sup>,

Diante da grande variação de tempo que caracteriza a elaboração dos atos jurisdicionais, a expressão de sua produção torna-se mais inteligível quando é apresentada de forma invertida, ou seja, ao invés de dizermos quantas unidades são produzidas em determinado tempo, dizemos quanto tempo tem sido despendido em média para produzir determinada unidade.

Assim, não se deve mensurar a produtividade pelo quantitativo de feitos sentenciados, mas sim de acordo com o tempo despendido entre cada ato jurisdicional.

Os critérios utilizados para medir a eficiência pública é que devem ser diferentes dos adotados para mensurar a eficiência privada, mas sua finalidade é a mesma: alcançar o melhor resultado com o menor consumo de recursos, conforme SILVA.<sup>53/54</sup> quando afirma que a produtividade dos juízes deve ser medida de acordo com o tempo despendido na prática de atos jurisdicionais e complexidade dos feitos, para tanto elaborou um esquema:

---

52 SILVA, Marcos Mairton da. Produtividade dos juízes federais: em busca de critérios para a definição de um sistema de avaliação. Revista CEJ, Brasília, n. 32, jan./mar. 2006, p. 46.

53 *Idem*.

54 *Ibidem*.

$$CE = T / S \{ Q \cdot (CF + CJ) \}$$

CE = coeficiente de produtividade;

T = tempo total dos atos jurisdicionais;

Q = quantidade de atos jurisdicionais de um processo;

CF = complexidade fática;

CJ = complexidade jurídica.

Observa-se, portanto, que quanto menor o tempo despendido nas tarefas, maior a produtividade, assim, como a complexidade dos atos praticados está diretamente ligada ao tempo dedicado no ato jurisdicional.

Outro fator revelado na pesquisa diz respeito ao tempo gasto com alguns procedimentos, tais como a distribuição até a prolação da sentença, em média 360 dias para o rito ordinário e 185 dias para o rito de tóxicos. Assim, resta evidente a necessidade de se diminuir o número de dias para finalização dos processos. Porém, em algumas situações, a morosidade no andamento da ação não depende apenas da estrutura do Judiciário, mas dos auxiliares da Justiça, nestes estão elencados os próprios servidores, bem como delegado de polícia, promotor público, defensor público e peritos.

O acúmulo de serviço, a falta de estrutura e a grande quantidade de processos são os componentes da demora nas decisões, motivo pelo qual se deve propor o gerenciamento da rotina nos cartórios, uma vez que o cartório é a peça fundamental para o bom funcionamento da Justiça.

## CONCLUSÃO

O crescimento das demandas judiciais é uma constante, aumenta de forma desproporcional ao número de juizes e servidores dos cartórios. Com o fito de agilizar a prestação jurisdicional, o Poder Judiciário tem implantado varas especializadas que desmembram a competência, sem, entretanto, diminuir o número dos feitos ajuizados.

O avanço tecnológico tem contribuído muito para dar maior velocidade ao andamento das ações. São *softwares* elaborados, todos visando dinamizar a efetivação da Justiça. O que antes era uma realidade remota já está em pleno andamento. O Projudi é uma realidade. Em locais de difícil acesso como no Estado do Amazonas, onde os rios e a floresta dificultam a locomoção, tem-se notícia de sua aplicação efetiva.

Celeridade e qualidade são as palavras de ordem do Judiciário do século XXI, e celeridade atrela-se à qualidade, se assim não for, deixa de ser celeridade. A modernização do Judiciário foi além das linhas arquitetônicas. O Juiz do século XXI necessita administrar seu cartório, além de despachar e sentenciar. O planejamento da rotina do cartório é uma realidade, ou seja, é preciso gerir o tempo e verificar as anomalias.

Sob o enfoque da gestão do planejamento, o cartório judiciário passou a ser organizado como uma empresa, sendo o elo entre o juiz e o processo. Dentro deste contexto, o desempenho da equipe cartorária faz com que o tempo despendido entre uma tarefa e outra possa ser menor ou maior, uma vez que a elaboração de alguns atos pela equipe, tais como, relatório, despacho e decisões abrevia o tempo dedicado ao ato jurisdicional.

A pesquisa demonstrou que, no cartório onde o juiz e a equipe (escrivão, chefe de cartório, técnico Judiciário, secretário e assessor) são próximos ao melhor gerenciamento e cooperação, é evitado retrabalho e resolução das possíveis anomalias que possam surgir.

Assim, além da complexidade de algumas ações e o tempo gasto na resolução desses atos, podem-se citar outras causas na demora da prestação jurisdicional: a juntada de petição e mandado; cumprimento dos despachos; designação e redesignação de audiência.

As metas propostas no gerenciamento de rotina do cartório dizem respeito à redução dos números de processos em trâmite num percentual a ser fixado pela equipe, de modo a ter a meta elevada gradualmente.

Para tanto, faz-se necessário um plano de ação, o qual pretende organizar o processo de acordo com a fase; criar escaninho próprio para os ritos ordinários e especiais; aumento do número de audiências; descentralização da expedição de ofícios e mandados; e aumento da prolação de despachos ordinários.

A elaboração do plano de ação objetiva diminuir o tempo total despendidos nos atos jurisdicionais, para que, no coeficiente de produtividade (CE), sobre mais tempo atos jurisdicionais de complexidade jurídica (CJ), eliminando o tempo gasto nas ações de complexidade fática (CF).

Portanto, a evidência que restou é a intensa necessidade de interação técnica entre o pessoal, com a utilização adequada das ferramentas disponíveis combinadas com uma boa dose de ousadia por parte do magistrado, que, além de operador do direito, deve se portar como administrador de sua vara, mirando o futuro com um olhar clínico, sendo capaz de compreender o dinamismo social e seu papel como catalisador de mudanças.

## INFORMAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

### Artigos consultados na *Internet*

ATAIDE JÚNIOR, Vicente de Paula. Processo e administração da justiça: novos caminhos da ciência processual. Disponível em: <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=48>. Acesso em: 10/3/2008.

BERTEMES, Emerson Feller. Otimização na Qualidade da Prestação Jurisdicional: O papel do magistrado na estimulação e capacitação de estagiários vinculados ao gabinete. Disponível em: [http://64.233.169.104/search?q=cache:p4GFJNtJnNYJ:tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/moodledata/16/moddata/forum/139/878/TRABALHO\\_L\\_RIO\\_E\\_EMERSON.doc+otimiza%C3%A7%C3%A3o+do+tempo+nos+processos+judiciais&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=19&gl=br](http://64.233.169.104/search?q=cache:p4GFJNtJnNYJ:tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/moodledata/16/moddata/forum/139/878/TRABALHO_L_RIO_E_EMERSON.doc+otimiza%C3%A7%C3%A3o+do+tempo+nos+processos+judiciais&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=19&gl=br). Acesso em: 10/3/2008.

CARDOSO, Antônio Pessoa. A máquina e o juiz. Disponível em: [http://www.migalhas.com.br:80/mostra\\_noticia\\_articuladas.aspx?cod=57843](http://www.migalhas.com.br:80/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=57843). Acesso em: 10/3/2008.

FREITAS, Vladimir Passos de. A eficiência na administração da justiça. Disponível em: <http://www.vladimirpassosdefreitas.com.br>. Acesso em: 10/3/2008.

GONÇALVES, Érika Bento. Tempo morto: Processos passam 95% do tempo nos cartórios judiciais. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/61412,1>. Acesso em: 10/3/2008.

MENEZES, Nilza. Juízes em Rondônia. Disponível em: <http://www.primeiraversao.unir.br/artigo124.html> - Acessado em 30/6/2008 as 21:30. Acesso em 29/6/2008.

\_\_\_\_\_. Judiciário de Rondônia no período militar. Disponível em: [http://209.85.141.104/searchq=cache:LpnGcba6Ty0J:www.tj.rs.gov.br/institu/memorial/RevistaJH/vol3n5/11-Acessado em 30/6/08 as 21h](http://209.85.141.104/searchq=cache:LpnGcba6Ty0J:www.tj.rs.gov.br/institu/memorial/RevistaJH/vol3n5/11-Acessado+em+30/6/08+as+21h). Acesso em 29/6/2008.

VIDIGAL, Edson. Desburocratização da justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/Discursos/0001074/14%20%20Desburocratiza%C3%A7%C3%A3o%20da%20Justi%C3%A7a%20-%209%20novembro%202001.doc>.

### **Livros Consultados**

ADAIR, C. B., MURRAY, B. A. Revolução total dos Processos. São Paulo: Ed. Nobel, 2002.

ALMEIDA, M. I. R. Manual de planejamento estratégico. São Paulo: Atlas, 2001.

BARBOSA, Cláudia Maria. Crise e reforma do poder Judiciário brasileiro: Análise da súmula vinculante. In: Direito e Administração da Justiça. Coord. Vladimir Passos de Freitas. Curitiba: Juruá Ed., 2005.

BARBOSA, Rui. Orações dos moços. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Russel, 2005.

CAMPOS, Vicenti Falconi. Gerenciamento da rotina do trabalho do dia a dia. Rio de Janeiro: INDG Tecnologia e Serviços Ltda. Rio de Janeiro, 2004.

\_\_\_\_\_. Gerenciamento da Rotina da Qualidade. Belo Horizonte: Fundação Cristiano Ottoni: 1994.

\_\_\_\_\_. Qualidade Total: Padronização de Empresas. Belo Horizonte: Fundação Cristiano Ottoni: 1992.

CHIAVENATO, Idalberto. Administração Teoria, Processo e Prática. São Paulo: Ed. Makron Books, 2000.

\_\_\_\_\_. Administração nos novos tempos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

CRETELA JÚNIOR, José. Tratado de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 610.

CRUZ, Tadeu. Sistemas, organizações & métodos: estudo integrado das novas tecnologias de informação. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

LEÃO, Elizabeth. O Judiciário e a busca da excelência. Revista ESMAFE: Escola da Magistratura Federal da 5ª Região. Recife, 2003.

FAYOL, Henri. Administração Industrial e Geral. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 1990.

MADALENA, Pedro e OLIVEIRA, Álvaro Borges de. Organização e informática no Poder Judiciário - Sentenças programadas em processo virtual. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora. 2008.

MATTAR, Fauje Nagib e SANTOS, Dilson. Gerência de Produtos: como tornar seu produto um sucesso. São Paulo: Atlas, 1986.

MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Baron de. O espírito das leis. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MORO, Sérgio Fernando. Algumas sugestões sobre a justiça criminal. Disponível em: <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=40>. Acesso em: 10/3/2008.

MUSSAK, Eugênio. Conferência: as pessoas e o ritmo da mudança. Revista ESMAFE: Escola da Magistratura Federal da 5ª Região. Recife, 2003.

OLIVEIRA, D. P. R. Planejamento estratégico: conceitos, metodologias, práticas. São Paulo: Atlas, 1995.

SILVA, Marcos Mairton da. Produtividade dos juízes federais: em busca de critérios para a definição de um sistema de avaliação. Revista CEJ, Brasília, n. 32, jan./mar. 2006.

VERGARA, Sylvia Constant. Gestão de Pessoas. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.



# LESÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA ISONOMIA NA ESFERA DA INSTÂNCIA SUPERIOR NO QUE CONCERNE À MANIFESTAÇÃO DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA

---



**Tarcísio Marques**

Juiz de Direito titular da 2ª Vara da Comarca de Andradadas. Juiz Eleitoral da 13ª Zona. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos e Sociais - IBRAJS. Pós-Graduado em Direito Processual Penal.



**Edson Alexandre da Silva**

Assessor de Juiz de Direito. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos e Sociais - IBRAJS. Pós-Graduado em Direito Público e em Direito Processual.

---

## **Sumário**

1. Considerações iniciais. 2. O Parquet e o seu múnus no feito criminal.
3. O Contraditório e a manifestação do Ministério Público na 2ª Instância. 4. Jurisprudências. 5. Doutrina no Direito comparado.
6. Conclusão. 7. Notas Bibliográficas.

“Zeus... enviou Hermes com o objetivo de dar aos homens pudor e justiça, a fim de que construíssem cidades e estreitassem os laços comuns de amizade. Hermes, após receber esta ordem, perguntou a Zeus como deveria dar aos homens o pudor e a justiça, e se as distribuiria como Epimeteu havia distribuído as artes; porque eis aqui como foram estas distribuídas: a arte da medicina, por exemplo, foi atribuída a um homem só, que a exerce para uma

multidão de outros que não a conhecem, e o mesmo sucede com todos os demais artistas. Bastará, pois, que eu distribua igualmente pudor e justiça entre um pequeno número de pessoas, ou que os reparta entre todos indistintamente? Entre todos, sem dúvida, respondeu Zeus; é preciso que todos sejam partícipes, porque ao se entregar a um pequeno número, como foi feito com as demais artes, nunca haverá nem sociedades nem povos.”<sup>1</sup>.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Insta-nos como introito, embora de todos os estudiosos do Direito já por demais sabido, trazer à baila alguns dos princípios basilares do regime democrático que se consubstanciam, entre outros, no *princípio da igualdade das partes, da ampla defesa* e, em principal, como constou do título – *o princípio do contraditório* e da *isonomia*, ou seja, igualdade das partes em todos os atos e fases processuais.

O princípio do contraditório, como sabido, figura como um dos mais importantes no processo acusatório, garantia constitucional que assegura a ampla defesa do acusado, conforme expresso inclusive na Carta Maior (art. 5º, LV). Segundo tal princípio, o acusado goza do direito de defesa sem restrições – repita-se, sem restrições – em todo processo, de forma a assegurar a igualdade das partes.

Como já apregoava o mestre J. CANUTO MENDES DE ALMEIDA<sup>2</sup>, abordando o princípio do contraditório no processo penal:

A verdade atingida pela justiça pública não pode e não deve valer em juízo sem que haja oportunidade de defesa ao indiciado. É preciso que seja o julgamento precedido de atos inequívocos de comunicação ao réu: de que vai ser acusado; dos termos precisos dessa acusação; e de seus fundamentos de fato (provas) e de direito. Necessário também é que essa comunicação

1 PLATÃO, Diálogos, Protágoras o de *los sofistas*, México, Porrúa, 1996, p. 114

2 ALMEIDA J., Canuto Mendes de. Princípios Fundamentais do Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 86-7.

seja feita a tempo de possibilitar a contrariedade: nisso está o prazo para conhecimento exato dos fundamentos probatórios e legais da imputação e para a oposição da contrariedade e seus fundamentos de fato (provas) e de direito.

Corolário do princípio da igualdade, a isonomia processual obriga que a parte contrária seja também ouvida, em igualdade de condições e também de oportunidades. Em outras palavras: se determinada parte se manifestou, seguidamente a parte contrária, ou *ex adversa*, deverá ter a possibilidade de também manifestar-se nos autos. Assim, a ciência bilateral dos atos e termos do processo e a possibilidade de contrariá-los são os limites impostos pelo contraditório a fim de que se concedam às partes ocasião e possibilidade de intervenção no processo, apresentando provas, oferecendo alegações, e, ao menos rebater, tendo o direito de rebater o que lhe foi dito desfavorável.

Feitas essas considerações preliminares e adentrando no tema propriamente dito (*lesão aos princípios do contraditório e da isonomia*), insta-nos desde já mencionar fato que não é de ninguém desconhecido: nos processos criminais, após a prolação da sentença em primeira instância e havendo recurso, após as razões e contrarrazões das respectivas partes envolvidas (art. 601, CPP), nos termos do art. 602 do Código de Processo Penal, os autos, após ascender à instância superior, são remetidos à Procuradoria da Justiça para a sua devida (ou indevida? como se verá) manifestação (art. 610, CPP).

Nos dizeres do art. 610, parte final do CPP, após essa etapa é que será remetido ao relator, para designação, pela respectiva câmara, de dia para julgamento.

Pois bem, quem desconhece que o Procurador de Justiça, quando de sua manifestação, não raras vezes, acrescenta, enxerta, até mesmo insere novas citações de doutrina e jurisprudência às razões/contrarrazões do *Parquet* de primeira instância? Há casos que conhecemos em que a Procuradoria até mesmo inova as teses expostas em instância primeira, muitas vezes até partindo para a exacerbação. Em princípio, poderiam pensar alguns que tal manifestação do

Procurador de Justiça seria até aceitável, afinal é o órgão acusador que está com a palavra.

Entretanto, não nos parece correto, aqui usando um eufemismo, pois, na verdade, nos afigura como inexoravelmente injusto e ilegal que não seja possibilitada à defesa nenhuma oportunidade para manifestar-se sobre a inovação ou o acréscimo aposto no corpo acusatório, em detrimento do réu.

Que desde já não se argua que poderia perfeitamente o réu, por meio de seu procurador constituído, se desejasse, proceder à sustentação oral, na qual poderia rebater o que passamos, doravante, denominar de **“acréscimos acusatórios”**, apostos pela Procuradoria de Justiça. Mas não é também desconhecido de ninguém que a maioria dos réus não dispõe de recursos financeiros para contratar um advogado para desenvolver sua defesa, sendo, via de regra, designado advogado dativo para tal mister. Não é também desconhecido de ninguém a carência de Defensores nos Estados da Federação para proceder à defesa, e muito menos realizar a manifestação ou sustentação oral na instância *ad quem*. Assim, somente os réus e acusados que tenham como parceiros o níquel e a prata é que terão condições de contratar um profissional para o rebatimento do que fora lhe acrescido desfavorável pelo Procurador de Justiça que atua em grau de recurso no feito.

Desejamos consignar que, uma única vez, durante nossa atuação perante o Poder Judiciário, pudemos verificar que um único Procurador de Justiça<sup>3</sup> quando de sua manifestação, assim se pronunciou, *in verbis*:

(...)

Inicialmente, peço venia ao nobre Relator para tecer alguns comentários a respeito de nossa visão acerca da intervenção da Procuradoria de Justiça nos recursos de apelação e nos recursos em sentido estrito.

---

3 Apelação n. 446.123-2 – TJMG – Comarca de Santa Rita de Caldas MG. Procurador de Justiça Marco Antonio Lopes de Almeida.

A nosso aviso, a manifestação do Procurador de Justiça em segunda instância, se contrária ao réu, fere os princípios constitucionais do contraditório e da igualdade entre as partes<sup>4</sup>.

De louvar-se, pois, tal iniciativa.

## 2. O PARQUET E O SEU MUNUS NO FEITO CRIMINAL

Fato é que o crime lesa não apenas direitos individuais, mas sociais também, pois perturba as condições da harmonia e estabilidade, sem as quais não é possível a vida comunitária. E incumbe ao Estado – que é um meio e não um fim – a consecução do bem comum, que não conseguiria alcançar se não estivesse investido do *jus puniendi*, do direito de punir o crime, que é o fato mais grave que o impede na consecução daquela finalidade. Consequentemente deve o Estado, além do *jus puniendi*, dispor de outro direito que vai realizar aquele: é o *jus persequendi* ou *jus persecutionis* (direito de ação), que, por assim dizer, realiza o *jus puniendi*.

Assim, o processo como procedimento, é, pois, o conjunto de atos legalmente ordenados para apuração do fato, da autoria e exata aplicação da lei. O fim é este; a descoberta da verdade, o meio<sup>5</sup>.

O Ministério Público é o órgão estatal da pretensão punitiva. Como a aplicação do direito de punir depende de julgamento prévio, existe esse órgão para deduzir a pretensão punitiva em juízo, por intermédio da acusação, e também para orientar e ter proeminência em toda a persecução penal<sup>6</sup>.

No processo penal é parte, como senhor que é da ação: propõe-na, enumera e fornece as provas, luta e porfia para o triunfo

4 No mesmo sentido: artigo “Atuação do Ministério Público no Processamento dos Recursos Criminais face aos princípios do Contraditório e da Isonomia”, de autoria do Promotor de Justiça do Estado de São Paulo Roberto Schietti Machado Cruz, Revista dos Tribunais 737/491.

5 NORONHA, E. Magalhães. Curso de Direito Processual Penal. 20ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1990.

6 MARSICO, Alfredo de. La rappresentanza nel Diritto Processuale Penale, 1915, p.150.

final da pretensão punitiva, que será proclamado pelo juiz contra o acusado. Participa, pois, do juízo – *acutum trium personarum* – onde existem autor, réu e o juiz<sup>7</sup>.

Sobre a instituição Ministério Público sempre oportuno recordar o ensinamento de JOSÉ FREDERICO MARQUES<sup>8</sup>:

O Ministério Público, por sua vez, integra a relação processual armado de direitos subjetivos correlacionados com a função que lhe seja dado exercer no desenrolar do procedimento. Quer como autor, quer como fiscal da lei, esse órgão estatal se encontra em face da norma processual, ora na posição ativa de quem exige o cumprimento de imperativos jurídicos em prol dos interesses que encarna, ora na de sujeição passiva a outros imperativos da mesma natureza. Também o Ministério Público, por isso mesmo é titular de direitos subjetivos processuais, que se configuram segundo a função que lhe é conferida na relação processual (Instituições de Direito Processual Civil, vol. II, p. 289).

Não desconhecemos as prerrogativas do *Parquet*, todavia, contemporaneamente, considerando que na República Federativa do Brasil vige o Estado Democrático de Direito<sup>9</sup> (art. 1º da CF/88), ao nosso aviso, sua manifestação na segunda instância do Poder Judiciário, sem que seja de igual modo possibilitada a Defesa, enseja pelo menos uma discussão.

A propósito a Carta Magna de 1988, a Constituição Cidadã incorporou o princípio do devido processo legal, queremonta à Magna *Charta Libertatum* de 1215, de fundamental importância no direito anglo-saxão.

7 NORONHA, E. Magalhães. Ob cit.

8 MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Volume II. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1965.

9 Anote-se que o Estado Democrático de Direito, conformado pela Constituição de 1988, é um Estado de Justiça Social. Com efeito, constituem seus fundamentos a soberania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político. (In: CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional *Positivo*. 13ª Ed. Revista, atualizada e ampliada conforme a Emenda Constitucional n. 53/06. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

Desde a Revolução de 1789, o regime constitucional é associado à garantia dos direitos fundamentais. Não é ocioso recordar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (art. 16) condicionou à proteção dos direitos individuais a própria existência da Constituição<sup>10</sup>.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu art. XI, § 1º, garante:

Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Ora, dos mais importantes no processo acusatório é o princípio do contraditório (ou da bilateralidade da audiência). Trata-se de garantia constitucional que assegura a ampla defesa do acusado (art. 5º, LV).

JULIO FABBRINI MIRABETE<sup>11</sup> sobre a *quaestio* assinala que:

O acusado goza do direito de defesa sem restrições, num processo em que deve estar assegurada a igualdade das partes. (...)

Corolário do princípio da igualdade perante a lei, a isonomia processual obriga que a parte contrária seja também ouvida, em igualdade de condições (*audiatur et altera pars*). A ciência bilateral dos atos e termos do processo e a possibilidade de contrariá-los são os limites impostos pelo contraditório a fim de que se conceda as partes ocasião e possibilidade de intervirem no processo, apresentando provas, oferecendo alegações, recorrendo das decisões, etc.”

---

10 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 15ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1986.

11 MIRABETE, Julio Fabbrini. PROCESSO PENAL. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1994.

### 3. O CONTRADITÓRIO E A MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA 2ª INSTÂNCIA

O contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois, a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito de defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor<sup>12</sup>.

Hoje, na apelação comum, subindo os autos ao juízo *ad quem*, irão eles com vista ao Ministério Público de segunda instância, pelo prazo de dez dias, e em seguida – é claro – aos atos preliminares do recebimento do processo no tribunal, respectivo registro e outros mais<sup>13</sup>.

Vejamos:

Nos recursos em sentido estrito, com exceção do de *habeas corpus*, e nas apelações interpostas das sentenças em processo de contravenção ou de crime a que a lei comine pena de detenção, os autos irão imediatamente com vista ao procurador-geral, pelo prazo de cinco dias, e, em seguida, passarão, por igual prazo, ao relator, que pedirá designação de dia para o julgamento (art. 610 do Código de Processo Penal Brasileiro).

Se o requerimento não foi indeferido *in limine*, abrir-se-á vista dos autos ao procurador-geral, que dará parecer no prazo de dez dias. Em seguida, examinados os autos, sucessivamente, em igual prazo, pelo relator e revisor, julgar-se-á o pedido na sessão que o presidente designar (§ 5º, do art. 625 do Código de Processo Penal Brasileiro).

---

12 MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 21ª ed. Atualizada até a EC 53/06. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

13 MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Volume IV. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1965.



Assim, é que o imortal e sempre lembrado professor JOSÉ FREDERICO MARQUES ensinava que “(...) Segundo nos parece, o texto mencionado só se afina com os princípios de nosso processo penal se for entendido em termos restritos. O procurador-geral deve ter vista dos autos, não para neles officiar, e sim para tomar conhecimento da causa e acompanhar seus trâmites no juízo *ad quem*.”

Com efeito, a vista é aberta à Procuradoria-Geral de Justiça para que o Procurador verifique a pertinência de se fazer sustentação oral da acusação, colocar-se a par das questões debatidas no recurso e, se requerer intervenção nos debates orais do processo para responder à defesa, encontrar-se apto a propugnar pela condenação do acusado.

#### 4. JURISPRUDÊNCIAS

A Corte Constitucional Brasileira, STF, já teve a oportunidade de tratar da *quaestio* que não é singela:

I – O recorrente foi condenado a 3 meses de detenção, com convolação em multa, por difamação (Lei 5.250/67, art. 21, *caput*). O Ministério Público, que falou por último lugar, opinou pela condenação. Como o querelado não pode manifestar-se depois, arguiu a nulidade do processo a partir daí, pois violado teria ficado o devido processo legal na modalidade da ampla defesa.

II – O art. 45, IV, da Lei de Imprensa abre prazo para que o autor e réu falem seguidamente. No art. 40, § 2º, II, determina seja ouvido o Ministério Público. Como o *Parquet* se manifestou, ainda que como *custus legis*, contra o querelado, cabia ao juiz, sob pena de violação ‘material’ do devido processo legal, ter dado oportunidade ao ora recorrente para que ele rebatesse as argumentações ministeriais. Invocação do disposto no § 2º do art. 500 do CPP.

III – Recurso provido. (STF, RHC 4457, Relator Ministro Adhemar Maciel, 6ª Turma, julgado em 13/nov/1995, DJU 24/jun/1996, p. 22.810).

## 5. DOUTRINA NO DIREITO COMPARADO

No direito alienígena em Portugal, o tema foi objeto de questionamento no Tribunal Constitucional.

MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, comentando o art. 416 do novo Código de Processo Penal de Portugal de 1988, correspondente ao art. 664 do CPP de 1929, leciona que:

Cumprirá ao MP no tribunal superior apor o seu visto ou emitir o seu parecer, o qual não está vinculado pela motivação ou pela resposta do Ministério Público emite o seu parecer, podendo suscitar quaisquer que se lhe oferecem como cabidas para a decisão e devendo, logicamente, seguir a ordenação estabelecida nas alíneas do n. 2, do art. 417; em casos que se afigurem de extrema simplicidade aporá o visto no processo.

A norma do art. 664 do CPP de 1929, reproduzida pelo art. 416 do CPP de 1987, quando interpretada no sentido de conceder ao Ministério Público, para além já de qualquer resposta ou contrapartida da defesa, a faculdade de trazer aos autos uma nova e eventualmente mais aprofundada argumentação contra o recorrido, é lesiva dos princípios consagrados no art. 32, ns. 1 e 5 da CRP.

JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES, outro lusitano, asseverou que:

Relativamente à tramitação do recurso, o Código mantém a vista inicial ao Ministério Público emitir parecer no tribunal superior foi objecto de recente apreciação pelo Tribunal Constitucional, em sede

de fiscalização concreta da constitucionalidade. Por acórdão de 6 de maio p.p. (1987), o Tribunal considerou inconstitucional o art. 664 do Código de Processo Penal (de 1929), que continha a mesma redação do atual art. 416). Se bem compreendemos, na decisão deste Alto Tribunal, aliás excelentemente fundamentada, a linha – força da argumentação reside mais na violação do contraditório que do princípio de igualdade de armas. Qualquer que seja o rigor da decisão, ela parece ter ido além da intenção do Tribunal. Não se afigura passível de censura constitucional o Ministério Público ter vista do processo. É uma via processual legítima de transmissão dos autos. A outra (notificação e confiança do processo) é estranha à posição do Ministério Público como órgão de justiça.

## 6. CONCLUSÃO

A filosofia do direito pretende pensar com o rigor do pensamento científico. Pretende ser considerada uma “*ciência do direito*”. Para tanto, elude uma tarefa hermenêutica sumamente interessante: interpretar as construções fantásticas do direito penal. Porém, ao mesmo tempo, também elude uma incumbência ética: a reflexão sobre as consequências destas construções para o ser humano que as sofre<sup>14</sup>.

DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS<sup>15</sup> anota que: “é inegável, diz o Ministro JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, que o Promotor de Justiça detém parcela da autoridade emanada do Estado, razão pela qual os seus atos serão passíveis de controle e de correção judiciais quando afetados pelos vícios da ilegalidade ou do abuso de poder”.

---

14 MESSUTI, Ana. O Tempo como Pena. Tradução Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

15 JESUS, Damásio E. de. Código de Processo Penal Anotado. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1993.

O princípio do contraditório – diz ROBERT WYNESS MILLAR<sup>16</sup>: “é inseparável da administração de uma justiça bem organizada e encontra sua expressão na parêmia romana do *audiatur et altera pars*, pois o juiz deve ouvir ambas as partes para poder decidir e julgar”.

Assim, temos como reluzente que “as partes devem ser postas em condições de se contrariarem” é o mínimo que o ordenamento jurídico pátrio deve prever sob pena de ferir o princípio do contraditório, e, com a ausência deste, não há o devido processo legal.

Finalmente, não raras vezes, como já salientado alhures, o Procurador de Justiça em sua manifestação na segunda instância, trazendo novos arestos jurisprudenciais, entendimentos doutrinários e mesmo novos argumentos, induz a Câmara Criminal ao aumento da pena, bem como ainda a negar provimento a apelação manejada pelo réu.

Com a *permissa venia*, em respeito aos princípios ora debatidos, entendemos que deva ser pensado em uma etapa, uma fase a ser deferida à defesa, propiciando, quiçá, ao menos que se proceda à intimação da parte *ex adversa*, para fazer a contra oposição ao que foi em nosso entender indevidamente acrescido, alongado, ou seja, o que denominamos de “*acrêscimos acusatórios*”; e, em caso de tratar-se de réu pobre, portanto sem recursos financeiros, como via de regra, possibilitar em respeito ao princípio do contraditório, da igualdade etc., que a Defensoria Pública se manifeste a respeito.

É o mínimo o que se poderia esperar de um Estado Democrático de Direito, onde haja Justiça e vigore princípios basilares da Constituição tal qual o *contraditório* e a *isonomia*.

*Ne Sutor ultra crepidam.*<sup>17</sup>

---

16 LOS PRINCIPIOS FORMATIVOS DEL PROCEDIMIENTO CIVIL, 1945, p. 47.

17 Não vá o sapateiro além das chinelas. In: CALDAS, Gilberto. Novo Dicionário de Latim Forense. Como traduzir e empregar o latim forense. São Paulo: Leud, 1984.

## 7 – NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA J., Canuto Mendes de. Princípios Fundamentais do Processo Penal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

CALDAS, Gilberto. Novo dicionário de Latim Forense. São Paulo: LEUD, 1984.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo. 13ª Ed. Revista, atualizada e ampliada conforme a Emenda Constitucional n. 53/06. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

CRUZ, Roberto Schietti Machado. Atuação do Ministério Público no processamento dos recursos criminais face aos princípios do contraditório e da isonomia. São Paulo: Revista dos Tribunais 737/491.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 15ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1986.

JESUS, Damásio E. de. Código de Processo Penal Anotado. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1993.

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Volume II, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1965.

\_\_\_\_\_. Elementos de Direito Processual Penal. Volume IV, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1965.

MARSICO, Alfredo de. *La Rappresentanza Nel Diritto Processuale Penale*, 1915.

MESSUTI, Ana. O Tempo como Pena. Tradução Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MILLAR, Robert Wyness. *Los Principios Formativos Del Procedimiento Civil*, 1945.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1994.

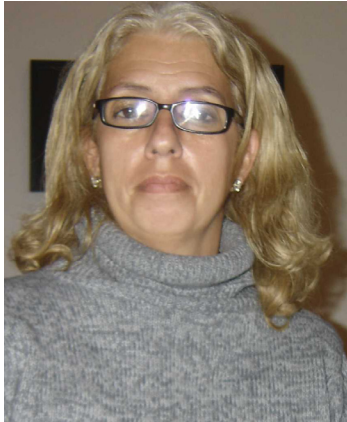
MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 21ª ed. Atualizada até a EC 53/06. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

NORONHA, E. Magalhães. Curso de Direito Processual Penal. 20ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1990.

PLATÃO. Diálogos, Protágoras o de *Los Sofistas*, México, Porrúa, 1996.

# ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

---



## Gisele Leite

Professora da Fundação Getúlio Vargas - FGV e instituições privadas, com mais de uma década de experiência em magistério superior, mestre em direito e filosofia, graduada em direito pela FND-UFRJ, graduada em Pedagogia pela UERJ, conselheira do Instituto Nacional de Pesquisas Jurídicas, ganhadora de prêmios nacionais e internacionais por artigos jurídicos, ensaios, e obras publicadas, ou seja, possui uma farta produção acadêmica. Leciona também na Escola da Magistratura do Rio de Janeiro.

---

## Sumário

*1. Acesso à Justiça como direito fundamental. 2. Referências Bibliográficas.*

No estudo dos direitos fundamentais com a lição de **José Joaquim Gomes Canotilho**, são definidos como: “direitos fundamentais são direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente”.

A expressão “direitos fundamentais” é oriunda do francês de 1770 (*droits fondamentaux*) e surgiu no movimento político-cultural que redundou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789.

Apesar de acirrada divergência doutrinária sobre a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais, podemos elucidar que os **direitos humanos** se encontram consagrados nos tratados

e convenções internacionais (plano internacional) ao passo que os **direitos fundamentais** são os direitos humanos consagrados e definitivamente positivados na Constituição de cada país (**plano interno**), podendo o seu conteúdo e conformação variar de acordo com a ideologia e história do Estado.

Compreendem-se nos direitos fundamentais as prestações de serviços essenciais à existência e ao desenvolvimento da pessoa, devendo estender o conceito para notar que a declaração de direitos, além de constituir uma tentativa de limitação do Poder, constitui um rol de promessas de serviços e bens essenciais à pessoa.

Na dicção de **Alexandre Moraes**, representam limitações ao poder delegado do povo aos seus representantes. Observamos que, para a doutrina dos contratualistas, os direitos fundamentais nascem do contrato social, com a constituição da Carta Política. Já para os doutrinadores jusnaturalistas, esses direitos são intrínsecos à própria existência do homem, cuja validade independe de normatização expressa.

Atualmente, defende-se a **horizontalização da eficácia dos direitos fundamentais**, de maneira a serem também aplicáveis às relações privadas, harmonizando a autonomia da vontade das partes com a prevalência da função social do contrato, da empresa, da propriedade, da família, enfim com o bem-comum.

O que se procura interpretar para a distribuição da Justiça é Direito, seja este emanado da Carta Magna, da lei infraconstitucional, do regulamento administrativo, do contrato, do testamento, ou da própria sentença.

Na aplicação do Direito (seja material, seja processual), não podem ser desprezadas quaisquer das doutrinas hermenêuticas, ou seja, métodos interpretativos que devem ser sempre adaptados à realidade palpitante dos casos concretos.

Não podemos admitir a rotunda existência de uma dogmática jurídica a ser sistematizada, cabendo ao doutrinador e, especialmente ao operador do Direito, escolher entre as interpretações possíveis, a mais razoável, que deve sempre conduzir aos resultados perseguidos



pela ideia básica do bem comum conforme vem apontado pelo art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

E, todo intérprete segundo **Eduardo Couture**, - “é, embora não o queira, um filósofo e um político da lei”.

Todo leitor seja juiz ou jurisdicionado, embora não o saiba, é um intérprete, por vezes um filósofo, por vezes um rei, um súdito mas quer entender o texto para amparar seus direitos, interesses ou para o cumprimento de seus deveres.

No dia 05 de outubro de 1988, a Constituição mudou a Nação, mudou os valores, mudou em sua elaboração, na definição dos poderes, restaurando a Federação, transformou o homem em cidadão e promovendo o Estado à condição de Estado Democrático de Direito.

A então chamada “**Constituição cidadã**”(grifo meu) anunciava uma nova era para o Brasil, na expectativa de maior justiça social, na defesa das liberdades e participação popular nos destinos da nação.

Muitos direitos foram conquistados, mas infelizmente nem todos efetivamente cumpridos. Alguns, como o acesso à justiça, carecem de ser progressivamente alcançados, o que importa numa busca incessante de aprimoramento do Judiciário que se esforça em conciliar celeridade e justiça.

O direito de acesso à justiça foi ampliado pela atual Constituição Federal de forma a abranger não só apenas a via repressiva (quando ocorre a “lesão”), mas também a preventiva quando ocorre a “ameaça ao direito”.

A rigor, a Constituição Federal veda a possibilidade de exclusão de alegação de lesão ou ameaça, uma vez que o direito de ação não se vincula à efetiva procedência do pedido. Portanto, não é de se confundir a negativa de prestação jurisdicional com a decisão jurisdicional contrária à pretensão do postulante.

A aprovação da Emenda Constitucional n. 45 de 2004 marcou a retomada do desenvolvimento da Reforma do Judiciário e fincou as raízes para esta em todo nosso país.

E, a partir de sua promulgação, o debate sobre os principais problemas da justiça brasileira entrou na cena política, mobilizando sua pauta e comovendo o poder público e a sociedade civil em torno das reformas necessárias ao seu aprimoramento.

**Ressalta Cândido Rangel Dinamarco:**

O direito, em verdade, não só na norma vive, mas também no fato ao qual a norma se aplica e, no valor que motiva a enunciação da norma abstrata e que deve presidir e guiar a interpretação dos textos em que ela se consubstancia. (...)

O direito insere-se na vida do Estado como instrumento de realização de certos valores considerados essenciais à coesão do grupo social e à caminhada em direção de fins comuns (...).

Assim o sistema normativo é resultante da valoração dos fatos aplaudidos ou repudiados e se destina à disciplina concreta dos fatos futuros que se enquadrem na mesma categoria dos anteriormente valorados (categoria essa isolada pelo legislador e descrita na hipótese legal).

A conscientização dos problemas que giram em torno da entrega da prestação jurisdicional contribuiu para rapidamente firmar o consenso entre os envolvidos e identificar como pontos fundamentais:

- a insuficiência da estrutura do Poder Judiciário para lidar com o enorme volume de demanda que recebe diariamente;
- a baixa informatização dos procedimentos judiciais;
- o excesso de recursos previstos na sistemática processual brasileira;
- a burocracia desnecessária das decisões de primeira instância e, entre outras causas a não menos relevantes;
- a dificuldade enfim de se cumprirem as promessas do acesso à justiça e da duração razoável do processo.

Com isso, surgiram na esteira um movimento que culminou com o “**Pacto de Estado em favor de um Judiciário**” que se tornaria mais rápido e republicano, assinado no final de 2004 agregando propostas de reformas que viraram realidade, ressaltando não só a importância do Judiciário, mas a sua imprescindibilidade, daí ter unificado os três poderes da República em torno de sua implantação.

Buscando sempre um reequilíbrio entre as garantias processuais e a efetividade da jurisdição, a partir de medidas como: simplificação dos atos judiciais, regulamentação dos meios eletrônicos para sua documentação e prática, ampliação da efetividade das decisões de primeira instância restringindo as hipóteses de cabimento de recursos procrastinatórios, bem como sua atribuição de efeito suspensivo, regulamentação e fortalecimento dos mecanismos extrajudiciais (Lei 11.441/2007) para a solução de litígios e simplificação dos atos para a realização de procedimentos de jurisdição voluntária, permitindo sua realização extrajudicial desde que ausentes interesses indisponíveis.

Relevante frisar que a perseverança pelo aprimoramento da prestação da justiça, endossada pela seriedade do Poder Judiciário que também se exerce em nome do povo e para o povo.

Qualquer tipo de exigência que possa inviabilizar o acesso à justiça de forma direta ou indiretamente caracteriza violação ao princípio. Por esta razão, não se pode exigir o prévio esgotamento de vias extrajudiciais, como a administrativa, para se obter o acesso ao Poder Judiciário.

O valor “justiça” sempre foi a obsessão de vários doutrinadores, entre estes, **Hans Kelsen** que no ocaso de sua vida publicou a obra intitulada “**O que é justiça?**” confessando que o importante não era alcançar o conceito perseguido senão perseverar em persegui-lo.

Não podemos desistir de alcançar a justiça! E esse tem sido o mote de tantas reformas do Código de Processo Civil ao longo de sua história, sempre visando o incansável objetivo de tornar o processo um instrumento popular de realização do maior sonho da humanidade que é o “sonho de justiça”.

A reforma dos estatutos processuais representa fenômeno universal como se vê já ocorrera no CPC português (1998), a nova *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola (2000); as numerosas reformas do CPC italiano, o Código General Del Proceso do Uruguai (1988) e o novo CPC adotado pelo Japão (1996).

A Constituição Federal Brasileira estabelece que o acesso à justiça é direito fundamental e não significa tão só levar a demanda ao conhecimento do Judiciário ou o direito de recorrer à Defensoria Pública quando não se pode arcar com os ônus financeiros de ter um advogado.

O acesso à justiça é essencial para a materialização do Estado Democrático de Direito, para a cidadania e engloba o saber dos seus direitos, deveres, dos valores indelévels a ser preservado em qualquer sociedade humana, sem o que, não há, senhores, Estado, Nação ou pátria.

Para empreender maior eficácia ao princípio de acesso à justiça vem a CF assegurar a assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV), além de garantir a gratuidade das ações necessárias ao exercício da cidadania tais como *habeas corpus*, *habeas data* (art. 5º, LXXVII).

É bom lembrar que a gratuidade de alguns direitos já é assegurada pela própria Constituição, como ocorre quanto ao registro civil de nascimento, de óbito para os reconhecidamente pobres, na forma da lei (art. 5º, LXXVI), além do direito de petição aos Poderes Públicos em defesa ou contra ilegalidade ou abuso de poder e “a obtenção de certidões em repartições públicas para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal” (art. 5º, XXXIV).

O conceito de acesso à justiça engloba forçosamente que o processo tenha uma duração razoável para o deslinde do conflito que é a lide e, mais, que haja efetividade processual.

A simples garantia formal do dever do Estado de prestar a Justiça não é suficiente, sendo necessária uma prestação estatal rápida, efetiva e adequada.

A duração razoável aplica-se em todos os âmbitos (judicial e administrativo) para efetivar os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Pois a credibilidade do sistema de justiça de um país depende obviamente da possibilidade de resolução das lides, implica em poder garantir aos cidadãos que as questões sejam resolvidas dentro do espaço e tempo razoável, independentemente de qualquer direito subjetivo dos litigantes, sem que haja distinções sobre o poder econômico ou questões sociais.

E isso, senhores e senhoras, envolve política pública de acesso à justiça. Poucas pessoas pensam e cogitam sobre essa política pública, pois é um contexto amplo e complexo que abarca vários profissionais de diversos segmentos, não só dos operadores de direito, mas também das diversas carreiras jurídicas.<sup>1</sup>

Serve o acesso à justiça para garantir princípio básico do Estado de Direito, a isonomia das partes, ou seja, que todos sejam efetivamente iguais perante a lei e, assim, serão tratados por aqueles responsáveis pela administração e aplicação da justiça, propiciando assim atingir o cumprimento de um dos objetivos da república brasileira que é diminuir as desigualdades entre os cidadãos, garantindo e mantendo a igualdade entre todos cidadãos.

Atualmente, registram-se grandes e significativos os esforços no sentido de estabelecer regras abrangentes e perenes para promover e garantir valores como a igualdade, a liberdade e dignidade humana, intensificando-se a estruturação estatal concebida para garantir que o poder público intervenha para assegurar e prover direitos, no sentido de resguardar o cidadão das atribulações de uma convivência social carregada de desigualdades que dificultam e muitas vezes impedem seu livre desenvolvimento.

---

1 A concorrência de direitos fundamentais ocorre quando um comportamento de um mesmo titular se enquadra na hipótese de mais de um direito fundamental. De sorte que está incluído no âmbito de proteção de mais de um direito, liberdade ou garantia. Assim é que temos como direito fundamento o acesso à justiça e ainda à duração razoável do processo.

A justiça não é apenas **dar a cada um o que é seu** por direito, mas oferecer iguais condições para que todos tenham acesso ao mesmo direito. E, nesse sentido, a justiça revela aquilo que está conforme, que está adequado ao *seu* de cada indivíduo.

A justiça seria como “*a própria razão de ser do direito*”. Assim, convergem em relação à justiça todas as demais finalidades do direito – tais como a igualdade, a liberdade, o bem comum, a ordem pública e a segurança social – tornam-se *secundárias* porque lhe são inteiramente dependentes.

A relevância da questão dos direitos fundamentais dá-se quando há divergência nos limites<sup>2</sup> de cada direito, sendo necessário determinar qual destes terá papel decisivo na solução do problema.<sup>2</sup>

**Canotilho** propõe como *topos* orientador o critério da especialidade, ou quando não houver relação geral/especial, o da prevalência dos direitos fundamentais menos limitados e o da existência de mais elementos distintivos de um em relação ao outro.

Indispensável se faz distinguir “os bens ou esferas de ação abrangidos e protegidos pelo direito fundamental” das “demais figuras e zonas adjacentes”.

O devido processo legal é instituto jurídico que se traduz no direito fundamental que tutela, disciplina, limita e procedimentaliza a forma pela qual o Poder Público irá interferir na esfera de domínio privado do indivíduo. Trata-se de direito público subjetivo à tutela jurisdicional isonômica e imparcial.

A razoabilidade é corolário do princípio do devido processo legal em sua vertente material, uma vez que o princípio da razoabilidade tem por finalidade a proteção de direitos fundamentais em face de condutas administrativas e legislativas arbitrárias, que fogem ao bom senso.

---

2 Na colisão de direitos fundamentais dois ou mais direitos abstratamente válidos entram em conflito diante do caso concreto, quando surgirão soluções divergentes, de acordo com o direito aplicado. Só há realmente colisão de direitos quando exercidos dentro do âmbito de proteção constitucional (os chamados limites imanentes), pois, do contrário, o que se verifica é apenas um conflito aparente.

É corolário ainda do sistema de freios e contrapesos dos atos do Legislativo pelo Judiciário, traduzindo-se em instrumento para se efetivar o *judicial review*.

A razoabilidade busca a congruência do comando da norma com os fins da justiça social mediante a persecução de condutas razoáveis e racionais.

Desta forma, enquanto o devido processo legal limita a discricionariedade do legislador, permitindo que o Judiciário reveja seus atos, o princípio da razoabilidade é valoração dos motivos (razões de fato e razões de direito que autorizam a prática do ato) com o objeto do ato (dos efeitos que irá produzir no mundo jurídico).

O princípio da razoabilidade originou-se da construção da Suprema Corte norte-americana efetivador do *judicial review*. E, aqui em terras *brasilis* serve para assegurar a garantia da estabilidade jurídica; a proteção da sociedade e do indivíduo em face do Estado; efetivação dos freios e contrapesos por parte do Judiciário.

Já o princípio da proporcionalidade revela-se por ser postulado diretivo que permite ao Judiciário controlar os atos do Executivo e do Legislativo, coibindo os excessos.

O Estado democrático de direito se traduz exatamente em ser um Estado de legalidade proporcional em que todas as normas jurídicas de cerceamento às liberdades individuais devem possuir meios adequados para persecução de seus fins.

Acirrado debate acadêmico envolve a conciliação ou não do princípio da razoabilidade com o princípio da proporcionalidade, havendo até quem defenda que se trata de institutos semelhantes.

Já na origem já diferem, pois a razoabilidade é construção jurisprudencial norte-americana enquanto que a proporcionalidade é oriunda da academia germânica (**Ruprecht V.Krauss**).

Outrossim, diferem ainda quanto à finalidade, uma vez que a razoabilidade objetiva garantir a devida observância da função social dos atos do Poder Público, sendo criado precipuamente para revisão judicial das leis.

Em relação à proporcionalidade, esta visa evitar excessos e abusos por parte do Poder Público constituinte do Estado Democrático de Direito.

Tanto o princípio da razoabilidade como o da proporcionalidade é indispensável para a efetivação do acesso à justiça como direito fundamental.

É importante ressaltar que no sentido de garantir o acesso à justiça reavivando o cidadão perante o Estado de Direito, vem desempenhando a EMERON – a Escola de Magistratura de Rondônia relevante papel, trazendo atualização constante não só dos magistrados, bem como dos serventuários e ainda dos demais operadores e gestores da máquina do Judiciário Rondoniense.

Aliás, a nau da EMERON está muito bem comandada e capitaneada pelo brilhante Desembargador **Roosevelt Queiroz Costa** que foi o idealizador da **Justiça Itinerante** que hoje é uma realidade nacional e que muito bem resgata a cidadania e a dignidade humana do jurisdicionado.

Já atende há muito tempo a nobre missão da chamada jurisdição contemporânea, preocupada com o tempo, com a realidade social e, sobretudo, com a necessidade de engajar celeridade processual e justiça harmonizando-as pelo *logos de la razonable* (como quer **Siches**).

Por derradeiro, convém por amor à didática diferenciar direito fundamental de garantia fundamental pois se trata de medida assecuratória do exercício de um direito fundamental.

Uma vez violada a garantia e, *ipso facto*, sobre o direito, o texto constitucional estabelece remédios constitucionais para sua defesa. Então temos o *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, direito de petição, ação popular e ação civil pública.

Voltemos a decifrar a expressão “acesso à justiça” que, de acordo com CAPELLETTI e GARTH, é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar **duas finalidades** básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado”.



Para eles, “primeiro, o sistema dever **ser igualmente acessível** (grifo meu) a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.”

Daí a concepção de acesso à justiça não se restringir apenas ao ordenamento jurídico processual, mas também a “uma ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano”.

Traduz-se o acesso à justiça em viabilizar e franquear o acesso à ordem jurídica justa. Daí, justificado o tratamento diferenciado entre as ações coletivas e ações individuais na esfera processual, procedimental e constitucional.

Daí termos reconhecidamente na ordem jurídica pátria a hipossuficiência dos consumidores, a fragilidade da criança e do adolescente, do idoso, dos deficientes físicos (ou portadores de necessidades especiais), a responsabilização civil na forma objetiva, calcada no nexo de causalidade) e na socialização dos riscos e danos, a proteção dos declaradamente pobres, e, ainda, àqueles que, diante de uma prova diabólica de difícil produção, se prevê a inversão do ônus da prova.

Assim a complexidade das relações sociais desenvolvidas em que as formas de acesso à justiça ganham relevo e substância, é atualmente considerado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir não apenas um proclamar dos direitos de todos, mas **o direito a ter direitos**.

A um só tempo, o acesso à justiça representa requisito indispensável ao exercício da cidadania e à própria dignidade da pessoa humana que veio a promover uma releitura de todo o direito civil, direito processual, direito penal e mesmo, e principalmente, do direito constitucional.

A ponderação como método indispensável viabilizador do acesso à justiça confere amplos poderes aos magistrados e requer definir os parâmetros, a fim de se evitar o subjetivismo, o casuísmo, o decisionismo e, por conseguinte, a insegurança jurídica.

É obter decisões justas das formas mais dialogadas que possível

e capaz de bem atender a função social do processo que não despreza o fator tempo e nem espaço enquanto realidade sociocultural.

É de repensar os dogmas clássicos do direito processual, do direito material, repaginando princípios pétreos para alcançar finalisticamente uma decisão justa, equânime e célere.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais tão defendida por **Gustavo Tepedino** e pelo ilustre Ministro do STJ **Luiz Fux** atende com eficiência aos ditames dialogados que tornam plenos os direitos conquistados e sedimentados naquilo que chamamos de Estado de Direito.

Entretanto, o acesso à justiça só veio a ser tratado de forma ordenada e sistemática a partir da década de 60, em pleno século XX, ainda sob uma visão idealística, como traz CAPPELLETTI e GARTH em suas três “ondas” ou ideias básicas de acesso.

Nessa época, a busca ao acesso efetivo à justiça passou a se consolidar como um movimento de caráter global, sendo alçado o ápice das propostas de reestruturação e reformas judiciais.

No Brasil, a questão do acesso à justiça somente toma contornos transformadores após o final da ditadura militar, nos primórdios dos anos oitenta e, em razão disto, essas *três ondas* ocorrem concomitantemente.

Hoje, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, também denominado princípio da inafastabilidade da jurisdição, princípio do acesso amplo ao Judiciário, princípio da proteção judiciária ou princípio do direito de ação, contempla não só os direitos individuais, como também os difusos e coletivos.

Este tem sido defendido, no campo doutrinário, como sendo “a mais fundamental das obrigações estatais, cujo relevo é incontestado para que o indivíduo veja garantidos todos os seus direitos reconhecidos normativamente”.

CAPELLETTI e GARTH denominam como **primeira onda** o primeiro momento dessa reforma. Os esforços “*concentraram-se, (...), em proporcionar serviços jurídicos aos pobres*”, realizados

através de dois sistemas básicos de atuação: o sistema *Judicare* e de advogados remunerados pelos cofres públicos.

Após a reformulação dos serviços de assistência judiciária, o denominado movimento *de* acesso à justiça enfrenta um outro obstáculo, agora de caráter organizacional.

A **segunda onda** buscou solucionar a representação dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos.

Posteriormente, uma **terceira onda** formou-se para buscar a superação do chamado obstáculo processual.

Convém recordar que historicamente o papel das primeiras Constituições era, tão somente, tomar do Estado um compromisso de respeito aos *direitos do cidadão*.

Entretanto, adiante, o que se pretendeu foi extrair deste diversas prestações positivas, com o objetivo de proporcionar aos cidadãos meios para alcançar a cidadania. Materializá-la, enfim.

As Constituições, então, passaram a contemplar a efetivação dos direitos fundamentais, não apenas definindo-os e declarando-os, mas buscando efetivá-los.

Atualmente, o constitucionalismo proclama a essencialidade da efetividade, da materialidade de tais princípios.

O reconhecimento e a proteção dos chamados direitos fundamentais do homem encontram-se na base das Constituições modernas democráticas, passando a ser inseridos dentro dos chamados princípios constitucionais fundamentais, que são os princípios que guardam os valores essenciais da ordem jurídica.

O acesso à justiça acompanhou essa evolução: adaptou-se desde uma formulação elementar, como apenas um direito natural, para avançar a um direito individual, assumindo uma feição social e política de relevância e significação.

E, anteriormente visto apenas como uma reflexão, deixou de ser tema teórico para configurar-se no texto constitucional e, especialmente, tornar-se dinâmico na esfera jurídica.

Doutrinariamente, a ação apresenta-se como “o direito autônomo de agir em face do Estado-juiz a fim de pôr em movimento o aparelho Judiciário relativamente à determinada situação jurídica concreta”. Isto é, o agir que impulsiona a máquina estatal a aplicar o direito aos casos concretos.

Assim, o direito de ação, como direito subjetivo público de se pleitear a tutela jurisdicional do Estado é apresentado como um direito cívico e abstrato, que instrumentaliza e dá início à função jurisdicional, tornando-se o principal mecanismo de positivação do ordenamento jurídico.

Conforme coloca RODRIGO ÁVILA GUEDES KLIPPEL, “o direito de ação, como motor da função jurisdicional, exerce, de fato, uma função cívica de relevante valor”. E continua dizendo que “a ação, por ser o canal de acesso ao Judiciário, apresenta-se como uma das mais legítimas e seguras formas de se garantir a ordem jurídica vigente”.

Sob a óptica de JOÃO CARLOS SILVEIRA, ao consagrar o direito de acesso à justiça, a Constituição Federal de 1988 também trouxe a previsão da criação de mecanismos adequados a garanti-los.

Nesse âmbito, podemos destacar:

a) consagração do princípio da igualdade material como objetivo fundamental da República, tendo como meta a construção de “umas sociedades livres, justas e solidárias, com a redução das desigualdades sociais” (art. 3º);

b) o alargamento do direito à assistência judiciária aos necessitados, que passa a ser integral (art. 5º, LXXIV), compreendendo informação, consultas, assistência judicial e extrajudicial;

c) previsão para a criação de Juizados Especiais destinados ao julgamento e à execução de causas cíveis de menor complexidade e penais de menor poder ofensivo, com ênfase na informalidade do procedimento e a participação popular através do incentivo à conciliação, e a participação de juízes leigos (art. 98, I);

d) previsão para a criação de uma justiça de paz, remunerada,

composta de cidadãos eleitos, com mandato de quatro anos, com competência para o processo de habilitação e a celebração de casamentos, para atividades conciliatórias e outras previstas em lei (art. 98, II);

e) tratamento constitucional da ação civil pública (art. 129, III), como instrumento hábil para a defesa de todo e qualquer direito difuso e coletivo;

f) criação de novos instrumentos destinados à defesa coletiva de direitos: mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), bem como a outorga de legitimidade para os sindicatos (art. 8º, III) e para as entidades associativas (art. 5º, XXI) defenderem os direitos coletivos e individuais homogêneos de seus filiados;

g) reestruturação e fortalecimento do Ministério Público, como órgão essencial à função jurisdicional do Estado, conferindo-lhe: atribuições para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses coletivos e sociais (arts. 127, *caput*, e 129);

h) elevação da Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, com incumbência à orientação jurídica e à defesa dos necessitados, devendo ser organizada em todos os estados, no Distrito Federal, territórios e, também, no âmbito da própria União (art. 134 e parágrafo único).

Coroando em síntese didática **KAZUO WATANABE**, o acesso à justiça é “fundamentalmente o direito de acesso à ordem jurídica justa”.

Esse direito certamente inclui:

1) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país;

2) direito de acesso à justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa;

3) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; e, por derradeiro,

4) direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à Justiça com tais características”.

Agradeço a atenção e benevolência dos senhores e senhores em aqui vir a esclarecer sobre o acesso à justiça com direito fundamental.

Quero particularizar meus agradecimentos a presidente do TJRO Desembargadora **Zelite Andrade Carneiro**, o Diretor da EMERON o Desembargor **Roosevelt Queiroz da Costa**, o Desembargador Miguel Monico, o Juiz de Direito **Alexandre Miguel, Bel<sup>a</sup>. Jaqueline Dissenha Lopes, Bel<sup>a</sup>. Beatriz Helena Peres Alves, Suely e ainda, ao Luciano.**

Muito obrigada a todos e, em especial, ao maravilhoso e hospitaleiro povo rondoniense.

OBS:

Esse breve texto fora escrito e foi a base da palestra proferida em Porto Velho promovida pela Assembleia Legislativa e realizada no auditório da ULBRA e evento coordenado pelo Professor **Helder Risler de Oliveira** em 3 de dezembro de 2007.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional para Concursos. São Paulo. Editora Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Método, 2008.

\_\_\_\_\_. Teoria da Constituição e controle de constitucionalidade. São Paulo: Editora Método, 2008.

CAPPELLETTI, M. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

Moraes, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Editora Atlas. 2005.

\_\_\_\_\_. Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

# A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 492, §1º, DO CÓDIGO PROCESSO PENAL

---



**Jayme Walmer de Freitas**

Juiz criminal em Sorocaba/SP, mestre e doutorando em Processo Penal pela PUC/SP. Professor da Escola Paulista

da Magistratura e de Leis Especiais da Rede LFG. Coordenador Regional da Escola Paulista da Magistratura. Autor das obras *Prisão Temporária* e *OAB - 2ª fase - área penal*. Coordenador da *Coleção OAB - 2ª fase*. Coautor do livro *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade humana*, coordenada por Jorge Miranda e Marco Antônio Marques da Silva, pela Editora *Quartier Latin*. Coautor do livro *Legislação Criminal Especial*, coordenada por Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha, pela Editora *Revista dos Tribunais*. Autor de artigos publicados em revistas especializadas e nos diversos site jurídicos nacionais. Ex-coordenador pedagógico do curso *Triumphus*, por 14 anos.

---

## **Sumário**

*1. Introdução. 2. Inconstitucionalidade. 3. Brevíssimo histórico da legislação sobre Juizados: constitucionalidade. 4. Consequência prática: vantagens em todos os quadrantes. 5. A interpretação jurisprudencial do art. 60, parágrafo único, da Lei 9.099/95. 6. Conclusão: Constitucionalidade da Lei 11.313/06 e 11.689/08.*

## **1. INTRODUÇÃO**

A finalidade deste artigo é discutir a constitucionalidade da desclassificação do crime doloso contra a vida para outro da competência do Juizado Especial Criminal, operada pelo Conselho de Sentença, em face da nova disciplina dada pela Lei 11.689/08 ao Código de Processo Penal.

Segundo o § 1º do art. 492 do Código de Processo Penal, com a nova redação: “Se houver desclassificação da infração para outra, de competência do juiz singular, ao presidente do Tribunal do Júri caberá proferir sentença em seguida, aplicando-se, quando o delito resultante da nova tipificação for considerado pela lei como infração penal de menor potencial ofensivo, o disposto nos arts. 69 e seguintes da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.” Equivale dizer, caso o Conselho de Sentença acate pedido desclassificatório da defesa alterando a competência do júri para o juízo singular, duas situações podem surgir: a) a decisão será imediata por parte do próprio juiz-presidente, não sendo infração de menor potencial; b) sendo de menor potencial ofensivo, verificará se o réu faz jus a alguma benesse prevista na Lei 9.099/95 e adotará as providências para tanto; do contrário, sentenciará de plano.

Pouco importa seja desclassificação própria – sem especificar o crime (ex.: de homicídio tentado para outra infração a ser definida pelo magistrado) – ou imprópria – especificada a infração (ex.: de homicídio tentado para lesão corporal dolosa ou culposa) – o presidente do Tribunal do Júri adotará uma das vertentes apontadas (“a” ou “b”).

Questão: a manutenção da competência do juiz-presidente para processar e julgar uma infração de menor potencial ofensivo ofenderia ao disposto no art. 98, I, da Carta Magna?

## 2. INCONSTITUCIONALIDADE

Para alguns doutrinadores, a previsão legal feita às infrações de menor potencial ofensivo violaria o texto constitucional (CF, art. 98, I). Guilherme de Souza Nucci (Código de Processo Penal Comentado, p. 829) abraçou o entendimento de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes (Juizados Especiais Criminais, p. 79) quanto à interpretação que chegaram no que se refere à alteração da redação do art. 60, parágrafo único, da Lei 9.099/95 e, por extensão, do art. 492, § 1º, igualmente, seria inconstitucional.



Para os eruditos autores:

Quando a desclassificação for para infração de menor potencial ofensivo (...) a competência passa a ser do Juizado Especial Criminal. Transitada em julgado a decisão desclassificatória, os autos serão remetidos ao Juizado competente, onde será designada a audiência prevista nos arts. 70-76 da Lei. Não há outra solução, pois a competência dos Juizados para as infrações de menor potencial ofensivo, por ser de ordem material e ter base constitucional, é absoluta (...). Nos locais em que não há Juizado Especial, compete ao próprio juiz do Tribunal do Júri tomar as providências relacionadas com a Lei 9.099/95, designando a audiência dos arts. 70-76, atuando os institutos despenalizadores aplicáveis à situação concreta.

Como aquela norma é inconstitucional, esta também o é. Aduz que a competência do JECRIM advém da Constituição Federal e inexistente viabilidade jurídica para a legislação ordinária alterá-la. Nas duas situações, mostra-se violada a norma constitucional.

No âmbito dos Juizados Criminais, seguem a mesma linha de interpretação, Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly, ao ponderarem que a alteração efetuada pela Lei n. 11.313/2006, no parágrafo único, “é absolutamente inócua e ineficaz. A lei ordinária não pode modificar competência material, que tem sua matriz na própria Constituição Federal.” (Teoria e Prática dos Juizados Especiais Criminais; Editora Forense, 1ª ed. 2008, pág. 32).

Restringindo-se à seara do júri, Rômulo Andrade Moreira (*in* Jurid, Conexão e continência – Lei 11.313/06, acesso em 24/4/2009), preconiza a mesma linha de interpretação ao lecionar que:

Este entendimento prevalece mesmo tratando-se de delito de menor potencial ofensivo conexo com um crime contra a vida, hipótese em que ao Tribunal do Júri caberá exclusivamente o julgamento do delito contra a vida,

posição que não fere em absoluto o art. 5º, XXXVIII, d, da Carta Magna, pois ali não há exigência do Júri em julgar também os crimes conexos àqueles. A Constituição reserva ao Júri a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, e tão-só. Os crimes conexos devem também ser julgados pelo Tribunal Popular (art. 78, I, CPP), salvo aqueles cuja competência extraia-se da Constituição Federal (como os de menor potencial ofensivo).

### **3. BREVÍSSIMO HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO SOBRE JUIZADOS: CONSTITUCIONALIDADE**

O art. 98, I, da CF prevê a criação dos juizados com competência para o julgamento de infrações penais de menor potencialidade ofensiva, mediante procedimento oral e sumaríssimo. Permite, ainda, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Para dar efetividade à Carta Magna, foi sancionada a Lei 9.099/95 que disciplinou as infrações e os procedimentos aplicáveis, bem como os institutos despenalizadores pertinentes (composição civil de danos, transação penal, representação nos crimes de lesão corporal dolosa simples ou culposa e a suspensão condicional do processo).

Na esteira do apontado no item precedente, a doutrina mais abalizada sempre pugnou pela competência absoluta dos Juizados.

Na opinião do saudoso Mirabete (Juizados Especiais Criminais, p. 28), “a competência do Juizado, restrita às infrações de menor potencial ofensivo, é de natureza material e, por isso, absoluta. Não é possível, portanto, que nele sejam processadas outras infrações e, se isso suceder, haverá nulidade absoluta”.

Desde a sanção da Lei 9.099 e sua entrada em vigor, no dia 26 de novembro de 1995, a competência dos Juizados sempre pôde ser modificada para a Justiça Comum em duas situações: a) no caso de citação

por edital (art. 66, parágrafo único); b) nas causas complexas (art. 77, § 2º). Para o legislador, a citação por edital e o processamento de causas complexas se contrapunham à informalidade, celeridade e à economia processual, três dos princípios norteadores dos Juizados (art. 62).

Ou seja, malgrado a competência seja absoluta, sempre se admitiu temperamentos da lei ordinária ao texto constitucional.

Para Rômulo de Andrade Moreira:

Nada mais razoável e proporcionalmente aceitável que retirar dos Juizados Especiais o réu citado por edital (ao qual será aplicado, caso não compareça, o art. 366 do CPP) e um processo mais complexo: são circunstâncias que, apesar de excluírem a competência dos Juizados, ajustam-se perfeitamente àqueles critérios acima indicados e são, portanto, constitucionalmente aceitáveis.

Leis posteriores ampliaram o âmbito de incidência dos Juizados para outras esferas e alteraram o conceito das infrações de menor potencial ofensivo.

A Emenda 22, de 18 de março de 1999, criou os Juizados Especiais Federais e acrescentou um parágrafo único ao art. 98, da Constituição. Mais tarde, a Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, materializou a criação e possibilitou, de forma efetiva, a instalação dos Juizados Federais Cíveis e Criminais, provocando a primeira alteração no conceito de infração de menor potencial.

Em 2006, a Lei 11.313 trouxe a última e mais relevante inovação no tema competência. Pela nova redação dada ao art. 60 e parágrafo único, “na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis”. Disciplinou que a justiça comum e o Tribunal do Júri, em casos de conexão e continência, poderão observar os institutos da transação penal e da composição dos danos civis nas infrações de menor potencial ofensivo. Em outros termos, as Varas Criminais e as Varas do Júri passaram a ter competência cumulativa

para o processo e o julgamento das infrações de menor potencial ofensivo, em caso de conexão e continência entre os crimes de sua alçada e do Juizado Especial Criminal.

A título de lembrança por sua importância, a despeito de irrelevante no tema, aquele diploma (Lei 11.313/06) deu nova redação ao art. 61 com novo conceito de infração de menor potencial ofensivo: “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”.

Lembremos o conceito de competência: é o limite da jurisdição do juiz. Por conseguinte, o juiz de Vara privativa dos Juizados Especiais Criminais, ante a natureza material que lhe é imposta, sob pena de nulidade absoluta, sofre a limitação constitucional, ficando-lhe vedado presidir qualquer processo-crime que extrapole os contornos da Lei 9.099/95.

Pois bem, partindo da premissa que toda a doutrina admite a constitucionalidade dos arts. 66, parágrafo único, e 77, § 2º, ambos da Lei dos Juizados, que permitem a modificação da competência quando de citação por edital e em processos complexos, inexistente motivo para se questionar a constitucionalidade de dispositivos que, por fundamentos igualmente relevantes, mantêm a competência da justiça comum ou do júri para prosseguirem com o processamento da infração de pequeno potencial ofensivo.

Lá, duas situações específicas admitem a modificação da competência, expulsando dos Juizados os processos. Aqui, a competência com maior elastério exerce *vis attractiva*.

Os novos diplomas – Lei 11.313/06 e 11.689/08 - estão sintonizados com os princípios da economia processual, informalidade e celeridade. Aquele por permitir que um juiz com competência para julgar infrações mais graves, igualmente seja competente para julgar as menos graves. O último diploma, valendo-se da mesma noção e evitando procrastinações inúteis, permite que o juiz-presidente dê

o desfecho adequado ao processo que, via de regra, presidiu desde o recebimento da denúncia e tem total condição de bem decidir a demanda. Imaginar-se o desmembramento do feito, nas situações emolduradas pela Lei 11.313/06, ou a declinação da competência para o Juizado Especial Criminal, na nova redação do art. 492 do CPP, significa desprezar os próprios fundamentos que trouxeram a Lei dos Juizados para o nosso universo jurídico.

É de se fazer coro com a argumentação tecida por Eugênio Pacelli de Oliveira (Curso de Processo Penal, pp. 593-594):

... embora prevista constitucionalmente a sua criação, com a exigência de rito procedimental mais célere, ali não se estabeleceu: a) nenhuma privatividade dos Juizados para o julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo, como facilmente se percebe da leitura do art. 98, I, CF; b) qualquer competência material, rigorosamente falando, isto é, razão do direito material, que pudesse exigir a criação de uma Justiça especializada.

O art. 98, I, da CF teve o grande descortino de separar as infrações leves das demais, prevendo que nos Juizados Criminais somente tramitar infrações de menor potencial ofensivo, nenhuma outra, sob pena de nulidade insanável. E é óbvio se a competência é *ratione materiae* inconcebível sua ampliação. Em outro polo, no entanto, o raciocínio há de ser oposto, porquanto é racional, dinâmico e congruente com os princípios concernentes aos Juizados, o processo e o julgamento de infrações de menor potencial por Varas que detenham competência mais ampla.

Indaga-se: existe algum prejuízo para o réu ser julgado por um juiz comum (estadual ou federal) ou do júri (estadual ou federal)? A resposta é, em nosso sentir, indiscutivelmente não. Nada obstaculiza o juiz comum ou do júri de sentenciar um processo com infrações conexas, sendo uma de menor potencial ofensivo, ou após desclassificação pelos jurados.

Repise-se: se o Júri tem competência para julgar crimes dolosos contra a vida, retirar-lhe a possibilidade de dar continuidade ao desfecho favorável ao acusado, procrastinando a solução, além de se mostrar contrário à economia processual, impede a imediata prestação jurisdicional pelo magistrado que teve contato desde a origem com o fato imputado.

*Importante:* O juiz eleitoral outorga os benefícios da Lei 9.099/95 nos crimes eleitorais, cuja pena privativa de liberdade não exceda a dois anos e nem, por isso, se cogita de enviar seus processos para os Juizados Especiais Criminais. A Justiça Militar igualmente era competente, até que por alteração legislativa (art. 90-A), deixou de sê-lo. Mais, nos processos de competência originária, os institutos de despenalização são aplicados por inteiro pelos Tribunais.

#### **4. CONSEQUÊNCIA PRÁTICA: VANTAGENS EM TODOS OS QUADRANTES.**

As inovações trazidas pelos arts. 60, parágrafo único, da Lei 9099/95 e 492, § 1º, do Código de Processo Penal têm *utilidade diária efetiva* e se mostram compatíveis com a dinâmica processual exigível com a realidade atual. Quem milita na área criminal sabe que os desmembramentos de feitos são um entrave à boa administração da justiça, não só porque atrapalham a normalidade dos trabalhos cartorários, mas porque podem provocar decisões contraditórias. O juiz comum absolve e o do Juizado Especial Criminal propõe e o autor do fato aceita uma transação penal. Lá sai favorecido e aqui não. O julgamento *simultaneus processus* propicia maior amplitude de defesa, evita decisões conflitantes e obvia uma solução mais rápida ao litígio, reclamo maior da sociedade civil de um formato melhor de administração da justiça.

No tocante ao Tribunal do Júri, Luiz Flávio Gomes, Rogério dos Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito, pág. 236) em abono ao entendimento esposado, lecionam que:

... os autos não são remetidos para os juizados. O processo não sai da Vara do Júri. Conclusão: o juiz presidente do Tribunal do Júri aplicará os dispositivos cabíveis da lei dos juizados (art. 69 e ss.). Inclusive no que concerne à exigência de representação da vítima (art. 88), quando se trata de lesão corporal leve. Ela deve ser intimada para isso e terá o prazo legal (seis meses) para exercer seu direito de representação.

## **5. A INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO ART. 60, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 9.099/95**

De há muito, o Fórum Nacional dos Juizados – FONAJE –, em seu enunciado n. 10, estabelece que “Havendo conexão entre crimes da competência do Juizado Especial e do Juízo Penal Comum, prevalece a competência deste.”

A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido da integral aplicabilidade da inovação legislativa à Lei 9.099/95, *verbis*: “Configurada a conexão entre os crimes de tráfico de drogas e aquele previsto no art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro, compete ao Juízo Comum processar e julgar tais delitos, por aplicação do disposto no art. 60 da Lei n. 9.099/95, com a nova redação dada pela Lei n. 11.313/2006. (STJ: CC 92365/RS, Relator Min. Jorge Mussi, 3ª seção, j. 13/08/2008).

Também: “Configurada a conexão entre os crimes de ameaça e furto, compete ao Juízo Comum processar e julgar tais delitos, por aplicação do disposto no art. 60 da Lei 9.099/95, com a nova redação dada pela Lei 11.313/2006” (STJ: CC 91.984/MG, Relator Min. Jorge Mussi, 3ª Seção, 13/8/2008).

Em São Paulo, o Tribunal de Justiça, por sua Câmara Especial, foi mais longe e firmou entendimento no sentido da constitucionalidade do art. 60, parágrafo único, da Lei 9.099/95. Cito trechos de aresto da lavra do eminente Desembargador Elias Tâmbara, nos autos do Conflito de Jurisdição n. 166.026, j. em 15/12/2008, no

qual se discute o juízo competente por conexão entre crimes de tráfico e posse de drogas:

Não há que se falar em qualquer inconstitucionalidade da Lei n. 11.313/2006, a qual alterou o disposto no art. 60 e 61 da Lei n. 9.099/1995, pois, ainda que, no caso, se trate de competência material, é certo que o legislador pretendeu evitar que as normas despenalizadoras da Lei dos Juizados Especiais deixassem de ser aplicadas quando houvesse conexão com outra infração adestrada ao âmbito da Justiça Comum. Nesse sentido há posicionamento firmado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no sentido de que a aplicação destas normas despenalizadoras se dá em qualquer processo de natureza penal, inclusive em segundo grau de jurisdição, isto é, nos Tribunais, o que, por si só, afasta a tese da competência exclusiva dos Juizados para a utilização das normas em estudo. *Os preceitos de caráter benéficos da Lei n. 9.099/1995 aplicam-se a qualquer processo penal, inclusive nos Tribunais. Precedentes do STF Inq. n. 1.055/AM, RTJ 162/483, HC n. 77.303- PB, (STF - HC n. 76.262-SP).* Assim, na hipótese, diante de conexão entre crimes de competência do Juizado Especial Criminal e do Juízo Comum, este último haverá de prevalecer, porquanto de maior amplitude, podendo, nele, inclusive, ser aplicadas as medidas da Lei n. 9.099/95, conforme o art. 60, parágrafo único do mesmo diploma legal.

## 6. CONCLUSÃO: CONSTITUCIONALIDADE DAS INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

A desclassificação operada pelo Conselho de Sentença de um crime doloso contra a vida para uma infração de menor potencial ofensivo não provoca a mudança da competência do juiz-presidente.

Não existe ofensa ao texto constitucional.



A Constituição Federal conferiu competência absoluta aos Juizados Especiais Criminais para processo e julgamento das infrações de menor potencial ofensivo, nada além. O juiz do Juizado Especial Criminal exercerá jurisdição exclusiva em tais infrações, sob pena de nulidade absoluta. Em momento algum, a Magna Carta negou o aproveitamento de seus institutos benéficos, em outros processos e por outros juízes ou Tribunais. Aliás, a Lei 9.099/95, desde o nascedouro, assegurou a modificação de competência em hipóteses específicas, de modo a reconhecer e permitir que outros juízes e Justiças tivessem legitimidade para julgar as infrações de menor potencial ofensivo. A Lei 11.313/06 trilhou pelo mesmo caminho e o Código de Processo Penal idem, especialmente porque respeitaram os fundamentos do diploma legal correspondente.

Diante de tais ponderações, vê-se que a redação do art. 492, § 1º, encontra conforto constitucional, de modo que os juízes-presidentes dos Tribunais do Júri têm competência para o processo e o julgamento de infração de menor potencial ofensivo em virtude de desclassificação operada pelo Conselho de Sentença.

É dizer, os Juizados Especiais Criminais têm competência *absoluta*, mas seus institutos benéficos podem ser tomados pelo juiz-presidente do Tribunal do Júri, nos termos do Código de Processo Penal, bem como pelo juiz comum, nos casos de conexão ou continência, consoante disciplina o art. 60, parágrafo único, da Lei 9.099/95, por terem competência mais abrangente.

Sem menosprezo algum, as infrações são de menor potencial e a prevalência do brocardo *major absorbet minorem*.



# EMBRIAGUEZA O VOLANTE; EXAMES DE ALCOOLEMIA E TESTE DO BAFÔMETRO - UMA ANÁLISE DO NOVO ART. 306, *CAPUT*, DA LEI 9.503, DO CTB, DE 23/9/1997

---



**Renato Marcão**

Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Penal, Político e Econômico. Professor no curso de pós-graduação da Faculdade de

Direito Damásio E. de Jesus e no curso de pós-graduação em Ciências Criminais da Rede Luiz Flávio Gomes. Membro da *Association Internationale de Droit Pénal* (AIDP), do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), do Instituto de Ciências Penais (ICP) e do Instituto Brasileiro de Execução Penal (IBEP). Autor dos livros: *Tóxicos* (Saraiva); *Curso de Execução Penal* (Saraiva), *Estatuto do Desarmamento* (Saraiva), *Crimes de Trânsito* (Saraiva), e *Lei de Execução Penal Anotada e Interpretada* (*Lumen Juris*). Co-autor dos livros: *Notáveis do Direito Penal* (Consulex) e *Comentários à Lei de Imprensa* (Revista dos Tribunais).

---

## **Sumário**

1. *Introdução*. 2. *Condicionantes do crime*. 3. *Exames de alcoolemia e teste do “bafômetro”*. 4. *Retroatividade benéfica*. 5. *Conclusão*.

## **1. INTRODUÇÃO**

Antes das mudanças introduzidas com a Lei n. 11.705, de 19 de junho de 2008, para a configuração do crime previsto no art. 306, exigia-se prova da ocorrência de *perigo concreto*, não sendo suficiente o *perigo abstrato*. Nesse sentido: STJ, REsp 608.078/RS, 5ª T., rel.

Min. Felix Fischer, *DJU* de 16/8/2004, *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal* n. 28, p. 131; TJMG, Ap 2.0000.00.504070-8/000, 4ª Câmb, j. 30/11/2005, rel. Des. Delmival de Almeida Campos, *DJMG* de 21-4-2006, *RT* 851/596; TJPR, Ap 313.700-6, 3.ª Câmb, j. 15/12/2005, rel. Des. José Wanderlei Resende, *RT* 848/629; TJRS, ACr 70001098631, 4ª CCrim, rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. 28/6/2000, *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal* n. 7, p. 113.

A Lei n. 11.705, de 19 de junho de 2008, deu nova redação ao *caput* do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro e deixou de exigir a ocorrência de *perigo concreto*. O legislador passou a entender que conduzir veículo na via pública nas condições do art. 306, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro, é conduta que, por si, independentemente de qualquer outro acontecimento, gera perigo suficiente ao bem jurídico tutelado, de molde a justificar a imposição de pena criminal.

Não se exige mais um conduzir anormal, manobras perigosas que exponham a dano efetivo a incolumidade de outrem.

O crime, agora, é de *perigo abstrato*; presumido.

## 2. CONDICIONANTES DO CRIME

O novo art. 306, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro, está assim redigido: “Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”.

Duas, portanto, as hipóteses identificadas.

*Na primeira hipótese*, para que se tenha por autorizada a persecução criminal será imprescindível produzir prova técnica indicando que o agente, na ocasião, se colocou a conduzir veículo na via pública *estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas*.

O dispositivo penal aqui é taxativo no que tange à quantificação de álcool por litro de sangue para que se tenha por configurada a infração penal, e tal apuração só poderá ser feita tecnicamente, de maneira que a prova respectiva não poderá ser suprida por outros meios, tais como exames clínicos ou prova oral.

*Na segunda hipótese* estará configurado o crime quando o agente se colocar a conduzir veículo na via pública *sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência*.

Sob tais condições, para a persecução penal não é imprescindível prova pericial, sendo suficiente produção de prova oral.

### 3. EXAMES DE ALCOOLEMIA E TESTE DO “BAFÔMETRO”

Nos precisos termos do art. 277, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro, todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool *será submetido* a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado, aplicando-se tais medidas também no caso de suspeita de uso de substância entorpecente, tóxica ou de efeitos análogos, conforme seu § 1º.

Para a caracterização da infração administrativa prevista no art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro, basta, entretanto, a obtenção de qualquer prova em direito admitida, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor, conforme dispõe o § 2º do art. 277 do mesmo *Codex*, que arremata em seu § 3º: “Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no *caput* deste artigo”.

Pecou o legislador ordinário.

Nada obstante a letra expressa da lei, que é taxativa ao impor que, nas situações catalogadas no *caput* do art. 277, o condutor *será* submetido aos procedimentos que menciona e que a recusa configura infração administrativa (§ 3º), na verdade o condutor não está obrigado, e a autoridade nada poderá contra ele fazer no sentido de submetê-lo, contra sua vontade, a determinados procedimentos visando apurar concentração de álcool por litro de sangue. Não poderá, em síntese, constrangê-lo a exames de alcoolemia (sangue, v.g.) ou teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro), vulgarmente conhecido por “bafômetro”.

Pelas mesmas razões que veremos abaixo, também a infração administrativa prevista no § 3º do art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro não subsiste.

Como bem observou Flávia Piovesan (*Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 3ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1997, p. 254) “a partir da Carta de 1988, importantes tratados internacionais de direitos humanos foram ratificados pelo Brasil”, dentre eles a Convenção Americana de Direitos Humanos que, em seu art. 8º, II, g, estabelece que toda pessoa acusada de um delito tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada, consagrando assim o princípio segundo o qual ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo.

Dando melhor interpretação à regra, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner ensina que “o direito ao silêncio, diz mais do que o direito de ficar calado. Os preceitos garantistas constitucional e convencional conduzem à certeza de que o acusado não pode ser, de qualquer forma, compelido a declarar contra si mesmo, ou a colaborar para a colheita de provas que possam incriminá-lo” (*A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 125).

A respeito da discussão sobre eventuais conflitos normativos entre o direito internacional e o direito interno, vale citar a derradeira e irretocável conclusão de Fábio Konder Comparato, sintetizada nos seguintes termos:

Sem entrar na tradicional querela doutrinária entre monistas e dualistas, a esse respeito, convém deixar aqui assentado que a tendência predominante, hoje, é no sentido de se considerar que as normas internacionais de direitos humanos, pelo fato de exprimirem de certa forma a consciência ética universal, estão acima do ordenamento jurídico de cada Estado. Em várias Constituições posteriores à 2ª Guerra Mundial, aliás, já se inseriram normas que declaram de nível constitucional os direitos humanos reconhecidos na esfera internacional. Seja como for, vai-se firmando hoje na doutrina a tese de que, na hipótese de conflito entre regras internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, há de prevalecer sempre a regra mais favorável ao sujeito de direito, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico (A afirmação histórica dos direitos humanos, São Paulo Saraiva, 1999, p. 48-49).

É o que basta para afirmarmos que o agente surpreendido na via pública, sobre o qual recaia suspeita de encontrar-se a conduzir veículo automotor sob influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência, não poderá ser submetido, contra sua vontade, sem sua explícita autorização, a qualquer *procedimento que implique intervenção corporal*, da mesma maneira que não está obrigado a se pronunciar a respeito de fatos contra ele imputados (art. 5º, LXIII, CF), sem que de tal “silêncio constitucional” se possa extrair qualquer conclusão que lhe seja desfavorável, até porque, como também afirma Sylvia Helena de Figueiredo Steiner: “Não se concebe um sistema de garantias no qual o exercício de um direito constitucionalmente assegurado pode gerar sanção ou dano” (Ob., cit. p. 125).

Há ainda o princípio da presunção de inocência, inscrito no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a reforçar a ideia de que aquele a quem se imputa a prática de um delito não poderá ser compelido a produzir prova contra si mesmo.

Nessa linha de argumentação se faz necessário destacar o direito à *ampla defesa* consagrado no art. 5º, LV, da Constituição Federal, que possui contornos bem mais amplos do que a ele tantas vezes se tem emprestado, a permitir que o condutor recuse ser submetido aos *procedimentos que impliquem intervenção corporal* apontados no art. 277, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro, sem que de tal agir decorra qualquer implicação administrativa nos moldes do § 3º do art. 277, ou criminal, nos moldes do art. 330 do Código Penal, que tipifica o crime de desobediência.

Da mesma opinião comunga Antonio Scarance Fernandes, que assim discorre:

Já era sensível a evolução da doutrina brasileira no sentido de extrair da cláusula da ampla defesa e de outros preceitos constitucionais, como o da presunção de inocência, o princípio de que ninguém é obrigado a se auto-incriminar, não podendo o suspeito ou o acusado ser forçado a produzir prova contra si mesmo. Com a convenção de Costa Rica, ratificada pelo Brasil e incorporada ao direito brasileiro (Decreto 678, de 6/11/1992), o princípio foi inserido no ordenamento jurídico nacional, ao se consagrar, no art. 8º, n. 2, g, da referida Convenção que ‘toda pessoa tem direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada’. Significou a afirmação de que a pessoa não está obrigada a produzir prova contra si mesma. Pode por exemplo, invocar-se esse princípio em face do Código de Trânsito (Lei 9.503, de 23/9/1997) para não se submeter ao teste por ‘bafômetro’ (*Processo Penal Constitucional*, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 303-304).

Na mesma toada, segue a doutrina de MAURÍCIO ANTONIO RIBEIRO LOPES, nos termos abaixo:

Questão de relevo também prende-se à prova da embriaguez e as garantias de reserva da intimidade e da vida privada. Isso porque o art. 277 do Código de



Trânsito prevê a obrigação de o condutor do veículo se submeter a testes de alcoolemia ou a exames clínicos ou de instrumentos como o *bafômetro* para fins de verificação de eventual embriaguez com efeitos administrativos. Como já vimos em comentário ao artigo anterior, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 8º, garante o direito a não auto-incriminação. Desse modo, pode haver recusa pelo condutor de se submeter a esses exames sem que tal fato venha a caracterizar autonomamente crime, tampouco presumir seu estado de embriaguez (*Crimes de Trânsito*, São Paulo Revista dos Tribunais, 1998, p. 223/224).

No mesmo sentido, por fim, é o escólio de Luiz Flávio Gomes (*Estudos de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 51).

Para provar que o agente conduziu veículo automotor na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, é imprescindível prova técnica.

Ausente prova técnica atestando o número de decigramas de álcool por litro de sangue, é de se absolver o réu do delito tipificado no art. 306 da Lei 9.503/97, com fundamento no art. 386, II, do Código de Processo Penal (TJRS, ApCrim 70013521158, 5ª CCrim, relª. Desª. Genacéia da Silva Alberton, j. 13/9/2006).

#### 4. RETROATIVIDADE BENÉFICA

Observada a nova redação do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, fica claro em relação à *embriaguez ao volante* que só haverá processo e eventual condenação se houver prova técnica (bafômetro, por exemplo), indicando a presença de concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas. A prova testemunhal isolada não é suficiente.

Nesse sentido, a nova redação do art. 306 é mais benéfica que a redação anterior em relação ao réu que responde criminalmente pela conduta em comento, pois cria obstáculo à configuração do ilícito, elementar antes não prevista.

Por força do disposto no art. 5º, XL, da Constituição Federal, e do parágrafo único do art. 2º do Código Penal, a lei posterior benéfica deve retroagir em favor do réu.

Diante de tal quadro, as investigações criminais em andamento relacionadas *com o delito de embriaguez ao volante* e os processos penais em curso, onde não se fez prova técnica ou, onde, ainda que feita, não se apurou presença de concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, estão fadadas ao insucesso.

Os inquéritos policiais em que não se produziu referida prova não poderão resultar em ação penal; as ações penais em curso, sob tais condições, não poderão ensejar condenação.

## 5. CONCLUSÃO

Em decorrência das mudanças introduzidas com o advento da Lei n. 11.705, de 19 de junho de 2008, apenas poderá ser chamada a prestar contas à Justiça Criminal “por embriaguez” ao volante, nos moldes do art. 306, *caput*, primeira parte, do Código de Trânsito Brasileiro, *a pessoa que assim desejar* ou aquela que for enleada ou mal informada a respeito de seus direitos, e por isso optar por se submeter ou consentir em ser submetida a exames de alcoolemia ou teste do “bafômetro” tratados no *caput* do art. 277 do mesmo *Codex* e, em decorrência disso, ficar provada a presença da dosagem não permitida de álcool por litro de sangue.

Em relação à conduta capitulada na parte final do art. 306, *caput*, (conduzir veículo automotor na via pública sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência), por não ser indispensável prova técnica, a configuração e consequente

instauração da persecução penal independerá de *boa vontade*, engodo ou desinformação do agente.

Há uma última questão.

Visando assegurar ao princípio segundo, o qual ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo, diz o art. 5º, LXIII, da Constituição Federal que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado...”.

Ora, se o assim denominado “silêncio constitucional” existe para assegurar à regra estabelecida no art. 8º, II, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos e tem as repercussões amplas que acima anotamos, por questão de lealdade e cumprimento da própria Constituição Federal, todo aquele que for abordado na via pública conduzindo veículo automotor sob suspeita de haver ingerido bebida alcoólica deve ser “informado de seus direitos, entre os quais o de não se submeter a exames de alcoolemia, teste do bafômetro”, etc.

Trata-se de decorrência lógica. A regra está prevista na Constituição Federal e é assim que se deve proceder em um Estado de Direito minimamente democrático.

Se a pretensão do legislador era outra, deveria conhecer melhor o sistema jurídico-normativo.



# CONCILIAÇÃO PRÉ-PROCESSUAL DA DÍVIDA ATIVA MUNICIPAL: PROJETO DE IMPLANTAÇÃO NO JUDICIÁRIO

---



**Lenoar Bendini Madalena**

Juiz em Santa Catarina, pós-graduado em Direito pela FURB.

---

## **Sumário**

*1. Introdução. 2. Justificativa/Objetivo. 3. Alicerces fáticos para justificar e permitir a implementação do projeto. 4. Fundamentos jurídicos para a implementação do projeto. 6. Bases do projeto. 7. Instrumentalização. 8. Integrantes do convênio. 9. Custos. 10. Conclusão.*

## **RESUMO**

Este artigo visa demonstrar que é possível realizar ato de conciliação antes mesmo do ajuizamento do processo judicial de execução fiscal de que trata o art. 585, VII c/c o 578 do Código de Processo Civil. Partiu-se de informação estatística divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça – Justiça em números 2007, de que a justiça estadual brasileira participa com 74 % da taxa de congestionamento, sendo o 1º grau responsável por 80,5% e Santa Catarina por 75,7%. Foi observado que esse congestionamento faz parte do grande

universo de demandas judiciais que vem provocando o retardamento da prestação jurisdicional no país. E que esse retardamento tem forte influência negativa resultante da participação do poder público na demanda da justiça, inclusive estadual. Nesse contexto, são apontados os altos índices de execuções fiscais, provocantes que são de defesas sujeitas a julgamento em todos os graus de jurisdição. É sabido que o erário municipal nesse encadeamento de interesse governamental se manifesta como credor de dívida ativa. Foi daí que nasceu a ideia de se evitar a transformação desse crédito fazendário em processo judicial, na esperança de diminuir mencionado congestionamento pelo ato da conciliação. E isto se mostra plenamente viável mediante a celebração de convênio entre os Poderes Executivo e Judiciário.

**Palavras-chave:** Conciliação judicial; Execução Fiscal; Executivo Fiscal; Fazenda Pública; Processo Civil.

## 1. INTRODUÇÃO

Este artigo é resultado do aproveitamento da maior parte textual do **projeto** apresentado durante o curso de formação para ingresso na carreira da magistratura catarinense, mantido pela Academia Judicial do Centro de Estudos Jurídicos do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Esse projeto foi desenvolvido dentro da disciplina “Difusão da Cultura de Conciliação como Busca da Paz Social”, ministrada pelo professor e desembargador Marco Aurélio Gastaldi Buzzi (TJSC).

O sistema visa, em última análise, resolver os conflitos de forma consensual (não adversarial), por meio da conciliação pré-processual dos créditos tributários municipais, com a possibilidade de o contribuinte realizar o pagamento imediato ou o parcelamento da dívida ativa, sem qualquer custo ou despesa processual.

Essa alternativa de resolução dos conflitos irá, sem dúvida, evitar drasticamente o ingresso de novos executivos fiscais, reduzindo, por consequência, despesas públicas. Cada processo, em média, custa para o Estado mais de quatrocentos reais (R\$ 400,00).

A proposta está fundamentada no princípio da desjudicialização dos problemas sociais, visando à implementação e ampliação do acesso à Justiça, que demanda sistemas de solução de controvérsias fora dos modelos processuais tradicionais, de acordo com a política institucional advinda do Movimento pela Conciliação, idealizada e capitaneada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e adotada pelos Tribunais pátrios, em especial pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

É importante destacar que o projeto abrange, inicialmente, a Comarca de Gaspar (SC), mas pode ser perfeitamente implantado e implementado em qualquer outra, mormente naquelas que possuem elevado número de execuções fiscais, ressalvadas as devidas adaptações.

## **2. JUSTIFICATIVA/OBJETIVO**

Essa nova alternativa de resolução de conflitos não objetiva somente a redução de processos, mas, principalmente, detectar e inibir as próprias causas dos conflitos, transformando a mentalidade do jurisdicionado.

O projeto tem alcance, portanto, de mudar a mentalidade da cultura da litigiosidade, conscientizando os cidadãos de que não só o Poder Judiciário tem a função de resolver os problemas sociais. A sociedade como um todo deve evitar ou, quando não for possível, solucionar os seus próprios conflitos sociais, deixando ao Poder Judiciário somente as situações imprescindíveis e complexas.

Por consequência, o projeto irá desafogar o Poder Judiciário e diminuir a lentidão da prestação jurisdicional, na medida em que ele venha a resolver, de forma não adversarial (autocompositiva), os conflitos entre os membros da sociedade local.

Objetiva, também, fomentar/difundir a nova cultura da conciliação e dos demais métodos não adversariais de resolução de conflitos, como instrumentos para o alcance da pacificação social e do bem comum.

Além disso, esta proposta visa descentralizar o Poder Judiciário, fazendo com que a justiça esteja mais presente para o jurisdicionado e, conseqüentemente, facilitando o seu acesso.

Por fim, os meios não adversariais de resolução possibilitam, ao contrário do sistema tradicional, que ambas as partes possam ganhar, facilitando o exercício da paz social com diminuição da litigiosidade contida.

### **3. ALICERCES FÁTICOS PARA JUSTIFICAR E PERMITIR A IMPLEMENTAÇÃO DO PROJETO**

A Comarca de Gaspar possui em trâmite 4.290 executivos fiscais do Município-sede. Além destes, há ainda outros 5.710 do Município de Ilhota (SC) e da Fazenda Nacional.

Por mês, o Município de Gaspar ingressa, em média, com oitenta (80) novos executivos fiscais.

Esse elevado contingente de processos, evidentemente, sobrecarrega toda a estrutura desse juízo, ocasionando a lentidão da prestação jurisdicional. A título de exemplo, a citação inicial nos executivos fiscais leva, em média, um (1) ano após a distribuição do feito.

### **4. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO PROJETO**

De início, é importante identificar que a Constituição Federal não veda ao Poder Judiciário a implementação dessas novas alternativas de resolução de conflitos que buscam fazer justiça de forma rápida e consensual, em todos os cantos do país. Ao contrário, esta proposta encontra guarida na Constituição Federal, ao adotar o princípio da licitude (art. 5º, II) e o da eficiência (art. 37, *caput*).

Por outro lado, o parcelamento da dívida ativa regularmente inscrita encontra sustentação jurídica no Código Tributário do



Município de Gaspar, instituído pela Lei 1330/91, na qual o art. 93-A tem a seguinte redação:

Art. 93-A - A dívida ativa regularmente inscrita poderá ser parcelada de acordo com os seguintes critérios:

I - o crédito tributário a ser parcelado será atualizado monetariamente, na forma do art. 115, acrescido de juros de mora previsto no art. 70, e multa, até a data do parcelamento;

II - sobre o crédito tributário apurado na forma do inciso anterior incidirão juros de mora simples de 1% (um por cento) ao mês sobre o saldo devedor de cada mês. (Redação dada pela Lei Complementar nº 25/2004)

III - o crédito tributário calculado na forma dos incisos anteriores, já acrescido de juros do parcelamento, poderá ser parcelado da seguinte forma:

a) para créditos cujo valor não ultrapasse 24 (vinte e quatro) UFM, em até 20 (vinte) parcelas, desde que o valor de cada parcela seja superior a 0,5 (zero vírgula cinco) UFM;

b) para créditos cujo valor seja superior ao limite da alínea anterior e até 70 (setenta) UFM, em até 24 (vinte e quatro) parcelas;

c) para créditos cujo valor seja superior ao limite da alínea anterior e até 1.000 (mil) UFM, em até 36 (trinta e seis) parcelas;

d) para créditos cujo valor seja superior a 1.000 (mil) UFM, em até 48 (quarenta e oito) parcelas. (Redação dada pela Lei Complementar nº 27/2005)

IV - o parcelamento somente surtirá efeito após o pagamento da primeira parcela.

§ 1º - O atraso no pagamento de qualquer parcela

importará no acréscimo da correção monetária (art. 115) e dos juros de mora (art. 70) e da multa.

§ 2º - O inadimplemento de três parcelas consecutivas ou alternadas importará no imediato cancelamento do parcelamento, com o vencimento antecipado da dívida, abatendo-se do crédito tributário apurado as parcelas eventualmente pagas. (Redação dada pela Lei Complementar nº 36/2006)

§ 3º - Somente será autorizado o reparcelamento do débito tributário efetuado nos termos desta lei, obedecendo-se os seguintes critérios:

I - em caso de primeiro reparcelamento, o contribuinte deverá pagar à vista 15% do débito devido, parcelando o restante;

II - em caso de segundo reparcelamento, o contribuinte deverá pagar à vista 25% do débito devido, parcelando o restante;

III - em caso de terceiro reparcelamento, o contribuinte deverá pagar à vista 50% do débito devido, parcelando o restante. (Acrescido pela Lei Complementar n. 24/2003).

§ 4º - Não havendo sequer o pagamento da primeira parcela, na forma do inciso IV deste artigo, o parcelamento será cancelado, devendo ser comunicado ao contribuinte. (Acrescido pela Lei Complementar n. 27/2005).

§ 5º - O parcelamento importa em aceitação e confissão de todos os débitos parcelados, desistindo o contribuinte de quaisquer reclamações ou contestações, administrativas ou judiciais. (Acrescido pela Lei Complementar n. 27/2005).

§ 6º - A dívida ativa que seja objeto de cobrança judicial com leilão ou praça designado somente poderá ser

parcelada em até cinco vezes, devendo a primeira parcela ser paga e comprovada perante a autoridade fazendária pelo menos um dia antes da hasta pública, observando-se, ainda, as demais disposições deste artigo. (Redação dada pela Lei Complementar n. 36/2006). (Disponível em: [http://www.leismunicipais.com.br/cgi-local/form\\_vig.pl](http://www.leismunicipais.com.br/cgi-local/form_vig.pl). Institui o código tributário do município de Gaspar. Acesso em: 15/7/2009).

Desse modo, é possível o parcelamento da dívida ativa em até 48 (quarenta e oito) vezes, dependendo do seu valor.

## **5. OBJETO FINALÍSTICO VISADO PELO PROJETO**

As audiências informais de conciliação atuarão nos créditos tributários já inscritos em dívida ativa ainda não executada judicialmente.

## **6. BASES DO PROJETO**

Para a sustentação do projeto são necessários fatores físicos e funcionais, tais como:

a) O Município de Gaspar disponibilizará duas salas devidamente equipadas na própria Prefeitura, para a realização das audiências conciliatórias. Em cada sala haverá um computador interligado com o Departamento de Tributação, para averiguação do débito atualizado do contribuinte, bem como para calcular o valor das parcelas.

b) Como conciliador, atuarão dois (dois) servidores/ estagiários do Juízo, devidamente treinados e qualificados. Eles terão a missão de conscientizar os contribuintes sobre os benefícios do parcelamento pré-processual (antes do ingresso do executivo fiscal), bem como sobre a importância do pagamento do imposto, como a construção de escola, creche, hospital, posto de saúde, pavimentação urbana etc.

c) As audiências ocorrerão nos dois últimos dias úteis do mês, das oito (8) as doze (12) e das treze (13) as dezenove (19) horas, no tempo de trinta minutos entre uma e outra audiência, totalizando assim oitenta (80) durante um mês, nas duas salas.

d) A seleção dos contribuintes, a organização da pauta das audiências e a expedição dos ofícios de notificação para comparecimento serão realizadas pela Procuradoria Jurídica do Município. Os ofícios, todavia, serão assinados pelo Juiz responsável, constando o timbre do Poder Judiciário.

e) Na audiência estarão presentes, além do conciliador, um Procurador do Município e um responsável pelo Departamento de Tributação.

f) Aceito o parcelamento pelo contribuinte, será emitido e entregue na própria audiência o carnê para pagamento. Não aceito, o Município de Gaspar ingressará com o executivo fiscal, se for o caso.

g) Em se tratando de contribuinte com situação financeira precária (renda familiar inferior a dois salários mínimos), será fornecido a ele um formulário para preenchimento na própria audiência, dando-se início ao processo administrativo de remissão do crédito tributário, na forma do art. 75 do Código Tributário do Município de Gaspar, que tem a seguinte redação:

Art. 75 - Fica o Poder Executivo autorizado a conceder, por despacho fundamentado, remissão total ou parcial do crédito tributário, atendendo:

I - A situação econômica do sujeito passivo;

(...)

§ 1º - O despacho referido neste artigo, não gera direito adquirido, aplicando-se quando cabível, o disposto no art. 60.

§ 2º - A situação econômica do sujeito passivo de que

trata o inciso I do caput deste artigo deverá atender os seguintes requisitos:

I - ser proprietário ou possuidor com “animus domini” do imóvel;

II - possuir renda mensal familiar de até 2 (dois) salários mínimos;

III - possuir somente 1 (um) imóvel para uso residencial próprio ou de sua família;

IV - área do terreno inferior a 1.000m<sup>2</sup> (um mil metros quadrados);

V - área edificada inferior a 200m<sup>2</sup> (duzentos metros quadrados).

§ 3º - Na hipótese do parágrafo anterior, será comprovada a situação econômica do sujeito passivo da seguinte forma:

I - declaração do contribuinte que se encontra nas condições indicadas no parágrafo anterior, acompanhada, sempre que possível, de documentos que as demonstrem;

II - declaração de 2 (duas) testemunhas devidamente qualificadas, acompanhadas com documento, que declarem verdadeira a situação descrita no §2º deste artigo;

III - laudo do departamento de cadastro imobiliário declarando que o contribuinte possui somente um imóvel no Município.

§ 4º - A expressão possuidor com “animus domini” descrita no inciso I, do §2º deste artigo refere-se ao possuidor que tem intenção de exercer sobre o imóvel o direito de propriedade, sem subordinação.

§ 5º - O julgamento dos processos de remissão será feito

pela Junta de Recursos, prevista nos artigos 36 e 37 da Lei Complementar n. 8/2002.

h) Os conciliadores serão nomeados através de portaria assinada pelo Juiz-Coordenador e receberão uma bolsa mensal de setenta por cento (70%) do salário mínimo, que será paga pelo Município de Gaspar. Além disso, os conciliadores receberão um certificado comprovando os relevantes serviços prestados ao Poder Judiciário.

i) Três dias após as audiências, os conciliadores efetuarão relatório detalhando o número e o percentual de conciliações exitosas, para posterior publicação na imprensa local.

j) O Juiz-Coordenador fará avaliações periódicas, visando aprimorar e aperfeiçoar as técnicas que o sistema exige para gerar o melhor desempenho.

## **7. INSTRUMENTALIZAÇÃO**

O projeto será instrumentalizado por meio de convênio entre o Tribunal de Justiça de Santa Catarina e o Município de Gaspar, conforme o modelo abaixo:

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, por intermédio do Desembargador Presidente, e o Município de Gaspar, neste ato representado pelo Senhor Prefeito Municipal, doravante denominado conveniado, acordam o seguinte convênio:

### **Objeto:**

Constitui objeto deste convênio a criação, implementação e funcionamento de um Posto de Conciliação (POC), visando à realização de audiências conciliatórias pré-processuais relativas a créditos tributários municipais inscritos em dívida ativa.

### **Coordenador local:**

Juiz de Direito da 3ª Vara da Comarca de Gaspar.

**Audiências:**

As audiências serão realizadas em duas (2) salas, simultaneamente, e ocorrerão nos dois últimos dias úteis do mês, das 8 às 12h e das 13 às 19h, de meia em meia hora, totalizando oitenta (80) audiências por mês.

Na audiência estarão presentes, além do conciliador, um Procurador do Município e um responsável pelo Departamento de Tributação.

**Conciliadores:**

Dois (2) servidores/estagiários do Tribunal atuarão como conciliadores, os quais serão devidamente nomeados, treinados e qualificados pelo Juiz de Direito da 3ª Vara da Comarca de Gaspar.

**Obrigações do conveniado:**

- fornecer e manter duas (2) salas devidamente equipadas, na própria Prefeitura Municipal, para a realização das audiências conciliatórias;

- fornecer móveis, equipamentos, computadores, impressoras e material de consumo em quantidade suficiente ao desenvolvimento dos serviços;

- pagar uma bolsa mensal de setenta por cento (70%) do salário mínimo para cada conciliador, sem qualquer vínculo trabalhista e previdenciário.

- selecionar os contribuintes, organizar a pauta das audiências e expedir os ofícios de notificação para comparecimento, que serão assinados pelo Juiz-Coordenador, em formulário padronizado que esteja apostado o timbre do Poder Judiciário.

**Obrigações do Tribunal de Justiça:**

- implementar, dirigir e coordenar o Posto de Conciliação (POC);

- selecionar e treinar os conciliadores, fornecendo certificado pelo serviço prestado;

- três dias após as audiências, efetuar relatório detalhando o número e o percentual de conciliações exitosas, para posterior publicação na imprensa local;

- realizar avaliações periódicas do sistema.

### **Remissão do crédito tributário:**

Em se tratando de contribuinte com situação financeira precária (renda familiar inferior a dois salários mínimos), será fornecido a ele um formulário para preenchimento na própria audiência, dando-se início ao processo administrativo de remissão do crédito tributário, na forma do art. 75 do Código Tributário do Município de Gaspar.

### **Legislação Aplicável:**

O presente convênio rege-se pelas disposições expressas na Lei nº 8.666/93.

E, por estarem assim acordadas, as partes assinam o presente termo na presença das testemunhas signatárias.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_.

\_\_\_\_\_  
Prefeito Municipal

\_\_\_\_\_  
Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

## **8. INTEGRANTES DO CONVÊNIO**

**Proponente:** Juízo da 3ª Vara da Comarca de Gaspar, competente para os processos de execução fiscal.

**Parcerias:** Tribunal de Justiça de Santa Catarina e o Município de Gaspar.

**Coordenador local:** Juízo da 3ª Vara da Comarca de Gaspar.



**Executor:** Município de Gaspar.

**Local:** Prefeitura Municipal de Gaspar.

## **9 - CUSTOS**

A implementação do projeto, como visto, é simples, desburocratizada e livre de estruturas onerosas.

Dessa forma, para o Tribunal de Justiça, não haverá nenhum custo financeiro.

Por outro lado, o Município de Gaspar arcará com as duas (2) bolsas de setenta por cento (70%) do salário mínimo. As demais despesas terão valores ínfimos.

## **10. CONCLUSÃO**

Pelo visto, o projeto apresentado, conquanto de forma resumida, tem consistência organizacional, administrativa e jurídica, de modo a ser sugerido como um dos instrumentos desencadeantes para baixar o índice de congestionamento das demandas judiciais, através da adoção do ato conciliatório, antes do aforamento de execução fiscal decorrente do crédito tributário inscrito em dívida ativa.

Acredita-se que, talvez, nem mesmo o processo eletrônico para cobrança da dívida ativa tenha o poder de redução expressiva da taxa de congestionamento das demandas judiciais, envolvendo até os municípios de grande porte, restando, então, a possibilidade de se evitar a consequente morosidade, pela implantação do sistema conciliatório antes do aforamento do executivo fiscal.

Note a informação que se colhe do saite “Softplan”: <<http://www.softplan.com.br/saj/noticias.do?id=305>>:

Para dar apenas uma noção do problema gerencial que decorre desta espécie de ação, bastam alguns números atuais. Auditoria

realizada pelo TJSC em 2006 apontou que, em média, uma ação de executivo fiscal custa R\$ 529,00 aos cofres da Justiça. Segundo dados extraídos da página do TJSC, estima-se que no Estado de Santa Catarina 70% das ações em andamento no Poder Judiciário são referentes a execuções fiscais, ou mais de 1,2 milhões de processos <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/noticias/noticias?tipo=2&cd=14266>.

No Brasil esse valor chega a 50% do total de processos judiciais em andamento.

Reconhecida assim a viabilidade da implantação do sistema projetado, restaria ao Tribunal e a qualquer Município interessado editar a respectiva norma legal de funcionamento dessa novel e inédita forma de redução da participação do poder público municipal como demandante de causa sujeita à decisão judicial.

Aliás, o Poder Público não só como demandante, mas como parte processual de um modo geral, responde por oitenta por cento (80%) das ações nos tribunais, conforme revela a seguinte notícia:

....Outro estudo, produzido pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) identificou que 80% dos processos e recursos hoje nos tribunais brasileiros têm a administração pública como responsável. Cristine Prestes. Poder público responde por 80% das ações nos tribunais. Notícia publicada em 2005 no site da AMB. (Disponível em: [http://www.amb.com.br/portal/index2.asp?secao=mostranoticia&mat\\_id=1432](http://www.amb.com.br/portal/index2.asp?secao=mostranoticia&mat_id=1432). Acesso em: 15 jul. 2009).

O jornal “Valor Econômico” publicou em 06/02/2009 entrevista concedida pelo conselheiro Joaquim Falcão, do CNJ, ao jornalista Fernando Teixeira, tendo como assunto a “Reforma do Judiciário”.

Em certo trecho da entrevista que se acha transcrita no portal do CNJ, consta:

**Valor:** A súmula vinculante substitui a ideia que se fazia

de que é necessário fazer pressão sobre o Executivo para ele desistir de litigar?

**Falcão:** Aí você tem uma terceira via de redução da demanda. O Poder Executivo, seja através da Advocacia-Geral da União (AGU), seja através das estatais, tem que mudar a política de que tem que recorrer em tudo. Por exemplo, a Caixa Econômica Federal estimo que gaste R\$ 1 bilhão ao ano para manter seu departamento jurídico, com mais de um milhão de ações. Ela está começando a ver que esta política não pode continuar. Existem pressões sobre a AGU para que ela instrua os advogados e as procuradorias de que não pode mais ajuizar tantas ações. O grande fato político em 2007 será uma pressão de diminuição da demanda. Os responsáveis pelo aumento da demanda - primeiro o Estado e depois as grandes empresas - vão ter que criar mecanismos com uma outra lógica econômica. (Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2687:reforma-serocada-na-demanda&catid=1:notas&Itemid=675](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2687:reforma-serocada-na-demanda&catid=1:notas&Itemid=675). Acesso em: 18 jul. 2009).

A conclusão que se extrai, da resposta dada pelo conselheiro **Falcão**, é a de que realmente o Poder Público é o maior demandante na Justiça brasileira e recomenda que se criem mecanismos de modo a promover redução da demanda.

Ao fazer referência à criação de mecanismo com lógica econômica, estaria dando um conselho revestido de brilhante ideia que pode ser aproveitado para a implantação do **sistema** que permita a **conciliação** antes do ajuizamento de execução fiscal baseada em dívida ativa, tal como desenvolvido teoricamente no decorrer deste artigo que focaliza tema, talvez, inédito.



# DAS CLÁUSULAS RESTRITIVAS DA LEGÍTIMA

---



**Pedro Lino de Carvalho Júnior**

Mestre em Direito Econômico pela UFBA, professor Universitário e Procurador do Trabalho/PRT5.

---

## **Sumário**

*1. Introdução. 2. O modelo de clausulação da legítima adotado pelo codificador civil. 3. A utilização de conceito jurídico indeterminado na posituação da regra legitimadora da aposição dos gravames. 4. Das cláusulas restritivas que podem ser apostas à legítima e da possibilidade de sub-rogação dos vínculos. 5. Algumas questões controversas. 6. Conclusão. 7. Bibliografia.*

## **1- INTRODUÇÃO**

Onovo Código Civil trouxe inúmeras restrições à possibilidade de clausulação<sup>1</sup> da legítima, ao impor-lhe severos condicionamentos. De qualquer sorte, as disposições ora vigentes desafiam a argúcia dos operadores jurídicos, na medida em que oferecem inúmeros obstáculos interpretativos. O propósito deste estudo, em síntese, é refletir acerca de alguns destes impasses, sempre com o desejo de encaminhar a análise mais no sentido de contribuir para o debate do que, propriamente, com o avançar no fechamento de conclusões.

---

<sup>1</sup> Os dicionários não registram a palavra “clausulação” nos seus acervos, mas seu uso é corrente entre os juristas.

Seria um truísmo reconhecer que, no mundo do direito, a promulgação de um Código Civil se reveste de extremada importância. Ainda que o modelo de codificação oitocentista – com sua arrogante pretensão de completude – tenha esgotado suas virtualidades, os modernos códigos, elaborados a partir do emprego crescente das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, exatamente por isso mesmo, reclamam do hermeneuta uma atividade muito mais intensa e desafiante.

No particular, louvando-se em Pierre Bourdieu, Lênio Streck foi preciso ao assinalar que os profissionais do Direito, quando surge uma nova lei, se “tornam órfãos científicos, esperando que o processo hermenêutico dogmático lhes aponte o (correto) caminho, dizendo para eles *o que é que a lei diz* (ou *‘quis dizer’*)...”<sup>2</sup>

Esta angústia se constata empiricamente pelo frenético número de congressos e eventos promovidos para debater a nova codificação, bem como a avassaladora publicação de obras jurídicas que objetivam *interpretá-la*.

Neste ensejo, em que um novo sistema jurídico determina outras diretrizes para o regramento das condutas, é preciso ter claro que nenhum processo interpretativo se realiza *ingenuamente*, no sentido de que ao intérprete caberia tão apenas descortinar o exato sentido da norma que se encontraria, por vezes, cativo em suas expressões linguísticas. Ao contrário, a hermenêutica jurídica, enquanto tal, é um percurso eminentemente *político*,<sup>3</sup> a exigir de seu protagonista uma constante vigilância epistemológica e uma saudável explicitação de seus referenciais teóricos e valorativos, até porque, ao contrário do

2 STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 75. (grifos do autor).

3 Este tema exige que se reflita acerca da natureza do ato interpretativo. O jurista, ao interpretar a norma, exerce um ato de poder, com todas as consequências desta atitude. Como ensina Óscar Correias: “Pero lo que los juristas decimos, es, al mismo tiempo, una *actividad*. Esto es así por las propias características del objeto con el que tratamos. Mientras que al poder, en tiempos normales, le tienen sin cuidado los que los filósofos y politólogos dicen, le preocupa de manera especial lo que los juristas dicen, porque al decir hacemos – como ha sido puesto de manifiesto por los actos de habla”. *El neoliberalismo en el imaginario jurídico*. In: *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Marques Neto, Agostinho Ramalho *et alli*. Curitiba: Edibej, 1996, p. 10. (grifos do autor).

que pensam muitos juristas, os textos legais são apenas um suporte formal de significados políticos, tendo em conta que todo o Direito é, em última análise, construído politicamente, como adverte Horácio Wanderley Rodrigues.<sup>4</sup>

Em derredor do tema, calha invocar as reflexões de Agostinho Ramalho Marques Neto,<sup>5</sup> com seus provocantes e incômodos reparos à doutrina tradicional da interpretação do Direito:

Pode-se contrapor, aqui, a objeção de que o significado da norma jurídica, por mais que o legislador se empenhe nesse sentido, jamais é unívoco, mas sim plurívoco e equívoco, de modo que a interpretação não reproduz ou descobre o ‘verdadeiro’ sentido da lei, mas *cria* o sentido que mais convém a seu interesse teórico e político. Neste contexto, sentidos contraditórios podem, não obstante, ser verdadeiros. Em outras palavras, o significado na lei não é autônomo, mas heterônomo. Ele vem de fora e é atribuído pelo intérprete.

Considerações de semelhante feitio vêm a pelo, uma vez que, na atual conjuntura, a atividade interpretativa, mesmo que não o pretenda explicitamente, está efetuando uma verdadeira *reescritura* do texto codificado. Urge, portanto, que se impeçam eventuais retrocessos hermenêuticos, mormente naquelas hipóteses em que alguns esquecem que a matriz axiológica do novo diploma legal está situada na Carta Constitucional, pois nesta se pactuou o projeto existencial da sociedade, do qual a legislação civil há de ser a sua explicitação.

Neste sentido, o correto posicionamento de Ricardo Luiz Lorenzetti:

A Constituição tem disposições de conteúdo civilista aplicáveis ao âmbito privado. Igualmente, tem em seu

4 RODRIGUES, Horácio Wanderley. Ensino jurídico e Direito alternativo. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1993, p. 154.

5 MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Subsídios para pensar a possibilidade de articular Direito e Psicanálise. In: Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar. Marques Neto, Agostinho Ramalho *et alli*. Curitiba: Edibej, 1996, p. 29. (grifos do autor).

seio as normas fundamentais da comunidade, a sua forma de organizar-se, às quais se remete permanentemente o Direito Privado.

De outro ponto de vista, o Direito Privado é Direito Constitucional aplicado, pois nele se detecta o projeto de vida em comum que a Constituição tenta impor; o Direito Privado representa os valores sociais de vigência efetiva.<sup>6</sup>

Inaceitável, insista-se, que se pretenda a leitura do Código Civil com total abstração das disposições constitucionais que impõem o *tom* de sua exegese, mormente quando, à toda evidência, algumas das disposições nele insertas atentam contra os valores celebrados pela Carta Magna. Basta imaginar, exemplificativamente, a verdadeira *caçada* aos direitos dos companheiros empreendida pelo codificador, ao lado da ignominiosa vedação à livre escolha do regime matrimonial de bens que impôs aos sexagenários, incompatíveis com o princípio da dignidade da pessoa humana.

## **2. O MODELO DE CLAUSULAÇÃO DA LEGÍTIMA ADOTADO PELO CODIFICADOR CIVIL**

Enquanto o Código Civil de 1916, no seu art. 1723,<sup>7</sup> além de permitir a prescrição de cláusulas restritivas da propriedade independentemente de qualquer motivação, consentia, ainda, com a conversão dos bens da legítima em outras espécies, bem como fossem estes confiados à livre administração da mulher herdeira, o atual código, no seu art. 1.848, deu uma nova configuração a esta sistemática, nos seguintes termos:

6 LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Fundamentos do Direito Privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, pp. 252-253.

7 Art. 1.723. Não obstante o direito reconhecido aos descendentes e ascendentes no art. 1.721, pode o testador determinar a conversão dos bens da legítima em outras espécies, prescrever-lhes a incomunicabilidade, confiá-los à livre administração da mulher herdeira, e estabelecer-lhes condições de inalienabilidade temporária ou vitalícia. A cláusula de inalienabilidade, entretanto, não obstará à livre disposição dos bens por testamento e, em falta deste, à sua transmissão, desembaraçados de qualquer ônus, aos herdeiros legítimos. (Redação dada ao art. pelo Dec. Leg. n. 3.725, de 15/1/1919).



Art. 1.848. Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima.

§ 1º Não é permitido ao testador estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa.

§ 2º Mediante autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros.

Pelo que se observa, muitas das restrições que antes eram autorizadas não podem mais sobrevir. Não obstante, continuálícitaaaposição das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e de incomunicabilidade, em conjunto ou separadamente, sobre os bens da legítima, desde de que haja *justa causa* declarada no testamento.

Em outro dispositivo, o codificador de 2002, atribuindo força de lei a entendimento jurisprudencial consagrado,<sup>8</sup> configurou a extensão da cláusula de inalienabilidade em relação aos demais gravames:

Art. 1.911. A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade.

Parágrafo único. No caso de desapropriação de bens clausulados, ou de sua alienação, por conveniência econômica do donatário ou do herdeiro, mediante autorização judicial, o produto da venda converter-se-á em outros bens, sobre os quais incidirão as restrições apostas aos primeiros.

Semelhantes restrições à legítima dos herdeiros – mormente a cláusula de inalienabilidade, pelos seus atributos intrínsecos – a todo

8 STF- Súmula 49 - A cláusula de inalienabilidade inclui a incomunicabilidade dos bens.

tempo encontraram forte objeção na doutrina. Pode-se invocar, dentre muitos, o escólio de Orlando Gomes, que considerava insustentável que a proibição de alienar recaísse sobre os bens da legítima. No seu entender:

Pertence ela de pleno direito aos herdeiros necessários, a eles devendo passar nas condições em que se encontram no poder do autor da herança. Da circunstância de que constituem *reserva* inalterável, os bens da legítima devem transmitir-se tal como se achavam no patrimônio do defunto. Em consequência, quando ocorrer o óbito do autor da herança a plenitude dos direitos não pode sofrer restrições, atentatórias, que são, da legítima expectativa convertida em direito adquirido.<sup>9</sup>

Também do ponto de vista econômico, ela expõe-se a fundadas críticas. Não resta dúvida de que a cláusula de inalienabilidade, sob esta perspectiva, é um entrave à livre circulação de riquezas, até porque transforma o bem gravado em coisa fora do comércio, em evidente colisão com a natureza e a lógica do processo capitalista de produção.

Outros doutrinadores, como Eduardo de Oliveira Leite, enxergam-na, além disso, como um reforço ao despotismo do autor da herança pois a “inalienabilidade, com todas suas formas e efeitos, só pode ser encarada como expressão do arbítrio e prepotência do testador”.<sup>10</sup>

Numa vertente oposta, existem os que julgam tais gravames como um mecanismo legal de proteção dos herdeiros que vale a pena ser preservado. José Luiz Gavião de Almeida, um dos corifeus desta tese, é enérgico ao sustentar que “não se pode presumir a má intenção do sucedido ao estabelecer cláusula nos bens que deixa a seus herdeiros. Se pretendesse efetivamente ofertar-lhes prejuízo, teria usufruído do patrimônio que amealhou e nada deixado”.<sup>11</sup>

Sem dúvida não se pode negar o acerto de tal ponderação: se existem limites quantitativos e qualitativos aos que aspiram doar seus bens ou transmiti-los pela via sucessória – já que hão de respeitar a

9 GOMES, Orlando. *Sucessões*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 177.

10 LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 271.

11 ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 257.

legítima dos herdeiros necessários que eventualmente possuam, a teor dos art. 549 c/c art. 1.846 do CC – o mesmo não ocorre com algumas modalidades de alienação. Por exemplo, ninguém está impedido de vender todo o seu patrimônio, pois a alienação, neste caso, é uma mera substituição de ativos. E, nesta hipótese, quem quer que seja, salvo eventual decreto de prodigalidade, não está proibido de, ao fim da vida, despendar todos os bens que amealhou em gastos que julgar convenientes, como em viagens e despesas suntuárias.

Nada obsta, suponha-se, que determinado indivíduo, já em estado de viuvez e desgostoso com seus filhos, resolva converter todos os seus imóveis em dinheiro e com este numerário financiar uma caríssima viagem ao redor do mundo, ao cabo da qual somente lhe reste a bagagem<sup>12</sup>. Os herdeiros nada poderão fazer, senão lamentar a sorte e os desatinos que ensejaram esta reação do ascendente.

### 3. A UTILIZAÇÃO DE CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO NA POSITIVAÇÃO DA REGRA LEGITIMADORA DA APOSIÇÃO DOS GRAVAMES

Do suporte normativo do art. 1.848 do CC, constata-se que o legislador, deliberadamente, se utilizou de conceito jurídico indeterminado ao disciplinar a faculdade de clausulação da legítima. Isto porque o emprego da expressão *justa causa*, por assumir um contorno semântico mal definido, exige do intérprete e aplicador do direito um redobrado esforço de concreção, obrigando a que se medite, embora de maneira abreviada, acerca da natureza destes conceitos jurídicos.

Segundo Karl Engisch: “Por *conceito indeterminado* entendemos um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos”.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> É claro que alguns hão de proclamar que a prodigalidade poderia justificar a interdição do referido personagem. Mas esta é uma situação limite que aqui não se cogita, pois este hipotético indivíduo goza de perfeita saúde física e psicológica, mas, por razões de foro íntimo, não considera justo deixar seu patrimônio aos herdeiros que possui.

<sup>13</sup> ENGISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 208. (grifos do autor).

É incontroverso que qualquer conceito, seja ele de qual natureza for, sempre possui uma esfera, mesmo que mínima, de imprecisão. Alguns conceitos, como os referentes às medidas (metro, hectare, etc.) são, em regra, determinados. Outros, por sua vez, exigem um método de preenchimento semântico, que se opera através de valorações empreendidas pelo intérprete e reclamam, não só o domínio do vocabulário técnico-jurídico, mas também a utilização de pautas axiológicas que lhes fixe minimamente a amplitude. O mesmo Karl English, inspirado nas noções de Philipp Heck, afirma que:

[...] podemos distinguir nos conceitos jurídicos indeterminados um *núcleo* conceitual e um *halo* conceitual. Sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da extensão de um conceito, estamos no domínio do núcleo conceitual. Quando as dúvidas começam, começa o halo do conceito.<sup>14</sup>

A doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados tem sido objeto de profundas e alentadas pesquisas na esfera do Direito Administrativo, pelo que se constata dos densos estudos de António Francisco de Souza<sup>15</sup> e de Germana de Oliveira Moraes,<sup>16</sup> nos quais os referidos autores noticiam intensos debates havidos entre os administrativistas europeus acerca de tais conceitos, preocupados que estão com o controle jurisdicional da Administração Pública quando da prática de atos discricionários e de atos em que a lei lança uso deste expediente técnico.

No campo do Direito Privado, somente agora os juristas começam a se aperceber da importância deste modelo de técnica legislativa, o que não impede que sejam aqui apropriadas as reflexões dos publicistas, porquanto se trata de tema próprio à Teoria Geral do Direito, com forte presença na dogmática,<sup>17</sup> cujos méritos foram tão bem realçados por Germana de Oliveira Moraes:

14 ENGLISH, Karl. Op. cit., p. 209. (grifos do autor).

15 SOUSA, António Francisco de. *'Conceitos Indeterminados' no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.

16 MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

17 MORAES, Germana de Oliveira. Idem, p. 16.

O legislador, por mais que agilize o processo legislativo, não consegue acompanhar o compasso das transformações técnicas, econômicas e sociais, nesses tempos em que a informação se processa de modo quase instantâneo, comparável à velocidade da luz. Neste contexto, opta-se, cada vez mais, e sabiamente, pela utilização dos métodos de técnica legislativa que potenciam a abertura das normas, sejam atributivos de discricionariedade ou da margem de livre valoração dos conceitos indeterminados.<sup>18</sup>

A utilização deste expediente tem encontrado frequente aplicação também nos países europeus e se constitui, na ótica de Nathalie Sauphanor, num “exemplo das aberturas do sistema jurídico que resulta da comunicação permanente do Direito com a realidade social”.<sup>19</sup>

Por outro lado, há quem não aceite a expressão “conceitos jurídicos indeterminados”, conforme se posiciona Eros Roberto Grau:

É que a *indeterminação* a que nos referimos, na hipótese, não é **dos conceitos jurídicos** (*ideias universais*), mas de suas **expressões** (*termos*); logo, mais adequado será referirmo-nos a *termos indeterminados de conceitos*, e não a *conceitos (jurídicos ou não) indeterminados*.

Insisti então, e reafirmo-o vigorosamente: não existem ‘conceitos indeterminados’.

Se é indeterminado o *conceito*, não é *conceito*.

---

18 Nem todos concordam com a ampla utilização dos conceitos jurídicos indeterminados como técnica legislativa. Para estes, em casos tais, haveria uma flagrante violação da segurança jurídica, como é a lição de Antonio-Enrique Pérez Luño: “*La claridad normativa requiere una tipificación unívoca de los supuestos de hecho que evite, en lo posible, el abuso de conceptos vagos e indeterminados, así como una delimitación precisa de las consecuencias jurídicas. Con lo que se evita la excesiva discrecionalidad de los órganos encargados de la aplicación del Derecho*”. In: *La Seguridad Jurídica*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 32-33.

19 SAUPHANOR, Nathalie. *L'influence du Droit de la Consommation sur le Système Juridique*. Paris: L.G.D.J., 2000, p. 262 (tradução nossa). No original: “(...) un exemple des ouvertures du système juridique qui résultent de la communication permanente du droit avec la réalité sociale”.

O mínimo que se exige de uma *suma de ideias*, abstrata, para que seja um conceito, é que seja determinada.<sup>20</sup>

Não resta dúvida de que tais ponderações merecem pleno acatamento: indeterminados podem ser os termos, jamais o conceito. De toda maneira, tendo em vista que o uso já consagrou a expressão “conceitos jurídicos indeterminados”, não se percebe nenhum prejuízo na continuação de seu emprego, desde que se tenha consciência das ressalvas apontadas.

A par destas digressões, é de grande utilidade a adoção do critério oferecido por Karl Engish para diferenciá-los. Realmente, este distingue os conceitos jurídicos indeterminados em conceitos descritivos e conceitos normativos. Os descritivos são aqueles “conceitos que designam ‘descritivamente’ objectos reais ou objectos que de certa forma participam da realidade, isto é, objectos que são fundamentalmente perceptíveis pelos sentidos ou de qualquer forma percepçionáveis”.<sup>21</sup>

Neste rol se incluiriam, por exemplo, o conceito de “homem”, de “morte, de “velocidade”, dentre outros. Já os conceitos normativos fariam referência a valores. Neste sentido, conceitos como “alheio”, “íntegro” e “indigno”, dentre tantos, somente podem enquadrados com “base numa valoração”.<sup>22</sup>

Os penalistas de há muito estão acostumados com estes conceitos pois consideram que, ao lado dos cognominados elementos objetivos e subjetivos do tipo, o legislador penal, por vezes, insere na descrição legal, elementos típicos normativos, que somente são determinados a partir de um juízo de valor da situação oferecida, como esclarecem as lições de Damásio de Jesus.

---

20 GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 196. (grifado no original). Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, por sua vez, preferem a expressão “conceitos legais indeterminados”, sob o argumento de que a indeterminação está na norma legal e não na forma. In: *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 141.

21 ENGISH, Karl. Op. Cit., p. 210.

22 ENGISH, Karl. Idem, p. 213.

Os elementos normativos do tipo podem apresentar-se sob a forma de franca referência ao injusto ('indevidamente', 'sem justa causa', 'sem as formalidades legais'), sob a forma de termos jurídicos ('documento', 'função pública', 'funcionário') ou extrajurídicos ('mulher honesta', 'dignidade', 'decoro', saúde', 'moléstia').<sup>23</sup>

Ora, no específico desta análise, constata-se que o conceito de *justa causa* a ser declarada no testamento para fundamentar a aposição das restrições à legítima constitui-se, a olhos vistos, em um conceito normativo, a necessitar de uma valoração do suporte fático, mormente para que se afira sobre o que seria a *justeza* de sua aposição.

Em referência às cláusulas de impenhorabilidade e incommunicabilidade, a *justa causa* exigida pela lei já está de alguma forma explicitada. Pretende-se resguardar o patrimônio do herdeiro da sanha pecuniária dos seus credores, no primeiro caso; e, no segundo, proteger o cônjuge herdeiro das investidas do seu consorte.

No que é pertinente à cláusula de inalienabilidade, a situação é mais complexa, pois as motivações podem ser as mais discrepantes possíveis: a prodigalidade do herdeiro; o receio da dissipação dos bens pela inexperiência do sucessor; o fato do herdeiro encontrar-se afundado em dívidas, o que o impediria de gozar da herança, pois tais bens seriam por certo apreendidos em execução movida pelos credores; a toxicomania; a incapacidade administrativa, dentre outras possibilidades.

Pois bem, se o herdeiro, como numa das situações acima aventadas, se encontra seriamente endividado, o único meio *lícito* de protegê-lo seria clausular-lhe a legítima, de preferência com a inalienabilidade, em vista de sua abrangência. Nestes casos, não é possível sequer imaginar nenhum ato fraudulento, pois o patrimônio era do testador e, em vista do estado das coisas, constituiria uma *justa causa* a aposição de tal gravame.

Outrossim, se o herdeiro é dado a gastos desordenados ou se lhe falta experiência administrativa, nada mais adequado do que

---

23 JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, vol. 1, p. 238.

estatuir os referidos gravames, com o que se estará construindo uma barreira de proteção patrimonial que lhe permitirá, eventualmente, arrostar as vicissitudes da vida.

Antes, porém, de um estudo mais aprofundado da casuística que envolve as diversas possibilidades de aposição de tais cláusulas no direito sucessório, é de todo conveniente a análise individualizada de cada um destes gravames, com o escopo de assentar uma maior compreensão da sua dogmática.

#### **4. DAS CLÁUSULAS RESTRITIVAS QUE PODEM SER APOSTAS À LEGÍTIMA E DA POSSIBILIDADE DE SUBROGAÇÃO DOS VÍNCULOS**

À luz do art. 1.848 do CC, portanto, é possível gravar a legítima com as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e de incomunicabilidade, seja cumulativa ou separadamente, com a ressalva de que, por expressa disposição de lei, a cláusula de inalienabilidade contém as demais, não sendo o inverso verdadeiro.

Por apresentarem caracteres distintos, tais restrições à propriedade merecem uma abordagem diferenciada, sobretudo a cláusula de inalienabilidade, verdadeira cláusula-mãe, cuja teorização, em linhas gerais e com os devidos temperamentos, do mesmo modo serve de substrato conceitual para que se compreendam as demais restrições.

##### **4.1. Da cláusula de inalienabilidade**

Nas imorredouras lições de Orlando Gomes, consiste “a *cláusula de inalienabilidade* na proibição de alienar, a título gratuito ou oneroso, os bens deixados a herdeiros, ou legatário. Importa, assim, restrição absoluta ao ‘*jus abutendi*’, estabelecida pela vontade particular.”<sup>24</sup>

No mesmo sentido, o entendimento de Sílvio Rodrigues:

A cláusula de inalienabilidade é a disposição imposta pelo autor de uma liberalidade, determinando que o beneficiário

---

24 GOMES, Orlando. Sucessões. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 176.



não pode dispor da coisa recebida, de sorte que o domínio que o beneficiário recebe é um domínio limitado, pois, embora tenha ele a prerrogativa de usar, gozar e reivindicar a coisa, falta-lhe o direito de dela dispor.<sup>25</sup>

Em todas estas definições constata-se que o principal efeito da cláusula de inalienabilidade, como expresso na sua etimologia, é o de restringir a faculdade de disposição do titular do bem gravado.

De acordo com o aprofundado estudo de Carlos Alberto Dabus Maluf<sup>26</sup>, pelo menos três teorias oferecem distintas abordagens no que diz respeito à natureza jurídica da cláusula de inalienabilidade : a) a da incapacidade do proprietário; b) a da obrigação de não alienar (ou de não fazer) e c) a da indisponibilidade real da coisa.

A primeira teoria não pode ser aceita, uma vez que as incapacidades somente podem ser impostas por lei e não convencionalmente. A segunda teoria tampouco há de ser admitida, uma vez que o descumprimento da obrigação redundaria tão somente em perdas e danos, o que é incompatível com o alcance do gravame. E, por fim, a terceira teoria, sem dúvida a mais aprovada pela doutrina, que considera que a mencionada cláusula acarreta “uma indisponibilidade real, uma qualidade real, um limite, um gravame ou ônus real”.<sup>27</sup>

Quanto ao seu objeto, a cláusula de inalienabilidade tanto pode gravar bens imóveis ou móveis, quanto os bens fungíveis ou não fungíveis. Em se tratando dos primeiros, indispensável, evidentemente, a averbação do Cartório de Registro de Imóveis, nos termos do art. 167, II, 11. No que se refere aos móveis, por outro lado, salvo a hipótese da existência de algum registro, ainda que administrativo, que os arrole – como nas repartições de trânsito – é óbvia a dificuldade prática da operacionalização do gravame.

25 RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 190 (atualizada por Zeno Veloso).

26 MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Das Cláusulas de Inalienabilidade, Incomunicabilidade Impenhorabilidade*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 35.

27 SOUZA, José Ulpiano Pinto de. *Das Cláusulas Restritivas da Propriedade*. São Paulo: Salesianas, 1910, pp. 97-98.

Mesmo que, no formal de partilha se defina um rol de bens móveis gravados com aludida cláusula – a exemplo de joias e objetos de arte –, dificilmente se poderá promover a nulidade de eventual alienação, se de boa-fé adquirido, por motivos óbvios.

Certamente, o principal resultado prático da aposição da cláusula de inalienabilidade é de tornar nula qualquer alienação do bem gravado, seja esta transferência gratuita ou onerosa. Não se admite, sequer, que tais bens sejam objeto de um direito real de garantia, como o penhor e a hipoteca, já que estes representam uma verdadeira *alienação eventual*. De toda maneira, para alguns autores, nada impediria, outrossim, que tais bens fossem gravados com outros direitos reais, a exemplo do usufruto, do uso e da habitação<sup>28</sup>, pois, nestes casos, apenas algumas faculdades do domínio estariam destacadas.

No entanto, em face do parágrafo único do art. 1.911, no caso de desapropriação de bens clausulados, ou de sua alienação, por conveniência econômica do donatário ou do herdeiro, mediante autorização judicial, o produto da venda converter-se-á em outros bens sobre os quais incidirão as restrições apostas aos primeiros.

De referência às suas espécies, os civilistas classificam-nas quanto à sua extensão, em *absoluta e relativa*, e quanto à sua duração, em *vitalícia e temporária*. Inalienabilidade absoluta ocorre quando o testador (ou doador) proíbe a alienação dos bens gravados a quem quer que seja, sem exceção. A *contrário sensu*, em se tratando de inalienabilidade relativa, pode o testador, por exemplo, estabelecer que este ou aquele bem possa ser vendido a esta ou aquela pessoa.

Em se tratando de inalienabilidade vitalícia, a proibição de alienar “dura toda a vida do herdeiro, ou do legatário. Não se admite, porém, a *inalienabilidade perpétua*, transmitida sucessivamente, por direito hereditário. Perde a cláusula sua eficácia com a morte do gravado, transferindo-se livremente o bem a seus sucessores”.<sup>29</sup>

A inalienabilidade é temporária, por sua vez, quando a proibição desaparece, seja em fato do advento de um termo ou do

---

28 Este o entendimento de Orlando Gomes, Op. Cit., p. 180.

29 GOMES, Orlando. Idem, p. 176.

implemento de uma condição. Por exemplo, o testador estabelece o gravame até a data em que o herdeiro alcance a idade de 25 anos.

Nada impede, ademais, que se grave tão somente uma parte da legítima, como, também, nada obsta que o próprio herdeiro ofereça bens próprios para sobre eles ver recair o gravame, “ficando livre assim o bem herdado”.<sup>30</sup>

Comumente os vínculos gravam diretamente o bem e não o seu valor. Para Washington de Barros Monteiro,<sup>31</sup> “não se pode considerar livre de ônus a parte correspondente à valorização”, pois, ao seu juízo, o “ônus recai sobre a própria coisa, não sobre o valor, que constitui relação eminentemente variável”.

Com a devida vênia, o ilustre pronunciamento há de ser acolhido em parte.

Quando o bem experimenta um aumento de valor, sem que para isso concorra qualquer ato do herdeiro, é correto entender-se que os vínculos o apanham por inteiro. Diferente é a hipótese quando o beneficiário promove consideráveis inversões no bem gravado. Nestes casos, em havendo uma sub-rogação do vínculo, este *plus* agregado pelo herdeiro há de ser considerado livre de quaisquer gravames.

Um exemplo talvez explique melhor esta eventualidade: se o herdeiro A recebe de herança um terreno e nele constrói uma edificação de dez andares e, posteriormente, pretende a sub-rogação do vínculo para outro imóvel ou outro bem, não se pode admitir que o gravame subsista em seu montante integral, abrangendo valor do terreno com as acessões.

Dir-se-á que o acessório segue o principal e que a acessão já estaria incorporada ao terreno, ambos compondo um todo uniforme. Ora, em se tratando de construções de considerável importância

---

30 Conforme leciona Washington de Barros Monteiro, alicerçado em jurisprudência que invoca. In: *Curso de Direito Civil. Direito das Sucessões*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 156.

31 Idem, p. 162.

econômica, a doutrina de há muito<sup>32</sup> debate se o terreno pode ser ainda considerado o bem principal nesta hipótese.

O novo Código Civil, de alguma sorte, pôs um termo a esta controvérsia, na medida em que, no parágrafo único do art. 1.255 do CC, ao atribuir ao titular da acessão, que construiu ou plantou de boa-fé o direito de adquirir a propriedade do terreno, quando aquela exceda consideravelmente o valor deste, estabeleceu uma verdadeira modalidade de *desapropriação privada*:

Art. 1.255. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização.

Parágrafo único. Se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo.

Em suma, na esfera do Direito das Sucessões, não prevalecendo a tese de que as acessões, em ocorrendo tais fatos, fiquem livres dos gravames apostos quando de uma possível sub-rogação dos vínculos, que interesse terá o herdeiro em investir em um imóvel gravado? Que destinação ele daria a um terreno situado no centro comercial de uma grande cidade? Transformá-lo-ia em um estacionamento para veículos?<sup>33</sup>

---

32 Aliás, o velho Conselheiro Lafayette, em seu clássico *Direito das Coisas*, cuja primeira edição é de 1877, já sustentava este ponto de vista: “Por exceção da regra, o edifício fica pertencendo ao construtor nos casos seguintes: a) se for levantado às claras e em presença do dono do solo, sem impugnação de sua parte (63); B) se vale muito mais do que o solo por ele ocupado (64). Nestes dois casos o construtor tem obrigação de pagar ao dono o valor do solo. In: *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 155.

33 Esta parece ser uma das poucas opções que sobraria ao herdeiro, já que dispensa maiores gastos com o bem. Todavia, ela depende de muitos fatores e, em especial, do Plano Diretor do Município e do respeito ao Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001). Aliás, o sucessor gravado pode ser inclusive constrangido, por lei municipal, a compulsoriamente edificar no imóvel, sob pena de sofrer a aplicação do IPTU progressivo no tempo, chegando ao limite de perdê-lo em virtude de desapropriação, na qual seria indenizado com títulos da dívida pública municipal. Isto se antes os tributos da municipalidade não lhe tiverem arrebatado a coisa em executivo fiscal.

Outra questão tormentosa é indagar se seria admissível a usucapião de bens clausulados com a inalienabilidade. O tema é polêmico. Alguns tribunais<sup>34</sup> não aceitam esta possibilidade, enquanto outros são favoráveis à tese. De qualquer modo, o egrégio Superior Tribunal de Justiça,<sup>35</sup> em reiteradas decisões, tem adotado o entendimento favorável ao reconhecimento da possibilidade de usucapião de bens onerados, sob o correto argumento de que se trata de um modo originário de aquisição da propriedade, pelo que inoponível o gravame porventura existente no bem.

Por fim, um assunto de inegável interesse é o referente à capacidade da cláusula de inalienabilidade de resistir ao assédio de créditos privilegiados que, muitas vezes, pretendem romper este escudo protetor da incolumidade patrimonial. Com tal pretensão, o CTN<sup>36</sup> é expresso no seu art. 184.

Art. 184. Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento do crédito tributário a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa falida, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade seja qual for a data da constituição

34 – USUCAPIÃO ORDINÁRIO – IMÓVEL GRAVADO COM CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE E INCOMUNICABILIDADE – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DESPROVIDO – Imóvel gravado com cláusula de inalienabilidade e incomunicabilidade não é susceptível de usucapião ordinário. (TJSC – AC 96.008519-0 – 2ª C.C. – Rel. Des. Newton Trisotto – J. 19/06/1997).

35 DIREITO CIVIL. USUCAPIÃO. AQUISIÇÃO DO IMÓVEL POR CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. BEM GRAVADO COM CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE. AQUISIÇÃO POR USUCAPIÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.– Na linha dos precedentes desta Corte, a existência de cláusula de inalienabilidade não obsta o reconhecimento do usucapião, uma vez tratar-se de modalidade de aquisição originária do domínio. (STJ- RESP. 207167RJ-Quarta Turma- Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira- J. 21/06/2001).

36 A Lei de Execuções Fiscais (Lei. 6.830/80) possui dispositivo similar: “Art. 30. Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento da Dívida Ativa da Fazenda Pública a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declara absolutamente impenhoráveis”.

do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declare absolutamente impenhoráveis.

Por sua vez, o revogado art. 1.676 do CC/1916 impunha mais restrições ao crédito tributário, em se tratando de bens imóveis:

Art. 1.676. A cláusula de inalienabilidade temporária, ou vitalícia, imposta aos bens pelos testadores ou doadores, não poderá, em caso algum, salvo os de expropriação por necessidade ou utilidade pública, e de execução por dívidas provenientes de impostos relativos aos respectivos imóveis, ser invalidada ou dispensada por atos judiciais de qualquer espécie, sob pena de nulidade.

Pelo que se observa, sob a égide do antigo código, *somente em função de dívidas provenientes de impostos relativos aos respectivos imóveis* é que o gravame poderia ser judicialmente superado. O atual não possui disposição desta ordem, pelo que, não resta dúvida: os créditos fiscais, de qualquer natureza, desfazem estes ônus.<sup>37</sup>

Finalmente, em relação às despesas condominiais, se o imóvel estiver gravado com a cláusula de inalienabilidade, estaria sujeito à penhora em razão de execução proveniente de crédito pelo não pagamento das cotas pertinentes? A resposta só pode ser afirmativa. Isto porque, mesmo que o bem, em tese, possa se encontrar duplamente imunizado contra eventuais atos de constrição judicial, por força da provável incidência da Lei n. 8.009/90, em ambos os

---

37 Mesmo sob a égide da codificação anterior, este entendimento haveria de prevalecer não apenas pelo critério cronológico, pois o CTN é bem posterior ao CC/1916, mas também pelo critério hierárquico, já que o CTN tem natureza de Lei Complementar à Constituição. No particular, já existiam precedentes jurisprudenciais: – EXECUÇÃO FISCAL – ART. 184, DO CTN E ART. 30, DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL – BEM CLAUSULADO – PENHORABILIDADE – APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO PROVIDOS – RECURSO ADESIVO NÃO CONHECIDO – A cláusula de inalienabilidade imposta aos bens pelos testadores ou doadores (CC, art. 1676 e 1723) tem a eficácia que a lei lhe assegura. Sucumbe, porém, diante de dívidas provenientes de impostos relativos aos respectivos imóveis (CC, art. 1676, in fine) e diante de débitos fiscais (Dec. Lei 22.866/33, art. 184 do CTN e art. 30 da Lei 6.830/80).” (TAPR – REN/AC 111.759-7 – Ac. 7.129 – 8ª C.C. – Rel. Juiz Conv. Manassés de Albuquerque – DJPR 17/04/1998).

casos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>38</sup> tem admitido a superação destes óbices. Neste último caso, por entender que vocábulo “contribuição” a que alude o inc. IV do art. 3º da Lei n. 8.009/90 não se reveste de nenhuma conotação fiscal, mas representa, em verdade, a quota-parte de cada condômino no rateio das despesas condominiais; e, com relação à cláusula de inalienabilidade, o mesmo Tribunal<sup>39</sup> considera, conforme o voto do eminente Relator Ministro Ari Pargendler, que:

[...] não são oponíveis ao condomínio os gravames de inalienabilidade e impenhorabilidade da unidade condominial, já que seus encargos são débitos vinculados ao imóvel, gerados pela manutenção do mesmo, sendo inadmissível que o condômino devedor fique na cômoda posição de não mais pagar a sua contribuição, que teria de ser assumida pelos demais condôminos.

É notório que não teria sentido o condômino escudar-se no gravame para tentar livrar-se de seus encargos condominiais. Aliás, imagine-se um pequeno condomínio edilício onde 90% dos coproprietários tenham seus imóveis onerados com a cláusula de inalienabilidade, os quais, por tal circunstância, resolveram não mais contribuir para o rateio das despesas comuns. Neste caso, a prevalecer entendimento diverso, coitados dos restantes: teriam que carregar nos ombros os acomodados inadimplentes<sup>40</sup> e se responsabilizar, em última instância, pela subsistência dos gravames.

38 PENHORA - BEM DE FAMÍLIA - CONTRIBUIÇÕES CONDOMINIAIS - ART. 3º, INC. IV, DA LEI 8.009, DE 29.03.90. - PRECEDENTES.I - Consolida-se, nesta Corte, entendimento jurisprudencial no sentido de que passível de penhora o imóvel residencial da família, quando a execução se referir a contribuições condominiais sobre ele incidentes. Precedentes da Quarta Turma.II - Recurso não conhecido. (STJ- RESP. 152.520/SP- Terceira Turma- Rel. Min. Waldemar Zveiter- J. 23/02/1999).

39 CIVIL. CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE. DESPESAS CONDOMINIAIS. O imóvel, ainda que gravado com a cláusula de inalienabilidade, está sujeito à penhora na execução de crédito resultante da falta de pagamento de quotas condominiais. Recurso especial não conhecido.( STJ- RESP. 209.046/RJ- Terceira Turma- Rel. Min. Ari Pargendler- J. 08/11/2002).

40 Evidente que a inadimplência, na maioria das vezes, é fruto das dificuldades econômicas do devedor. O que não é justo é que outras pessoas sejam obrigadas a ampará-lo financeiramente, pois a caridade só existe enquanto ato voluntário e jamais como uma imposição legal.

## 4.2. Da cláusula de impenhorabilidade

A cláusula de impenhorabilidade “consiste em estabelecer que o bem gravado não pode ser objeto de penhora por dívidas contraídas pelo seu titular”, conforme preleciona Carlos Alberto Dabus Maluf.<sup>41</sup>

Ela é oponível a todos os credores, independentemente da origem e da data do crédito, com as exceções acima apontadas<sup>42</sup>. Demais disso, pode ser estabelecida autonomamente, ou seja, desacompanhada de outros vínculos.

O problema de maior relevo a respeito deste gravame é o de saber se ele estende seu manto de proteção aos frutos e rendimentos dos bens que clausula. Para melhor compreensão do tema, é imprescindível a leitura do art. 649 do CPC:

Art. 650. Podem ser penhorados, à falta de outros bens:

I - os frutos e os rendimentos dos bens inalienáveis, salvo se destinados a alimentos de incapazes, bem como de mulher viúva, solteira, desquitada, ou de pessoas idosas;

Diante da exceção imposta pelo legislador processual, não resta dúvida de que a impenhorabilidade dos bens gravados não é absoluta, pois ela alcança os frutos e rendimentos que porventura deles possam ser extraídos. Todavia, se o testador *expressamente* declarar que tais acessórios *também* são impenhoráveis, a incerteza se reinstala. Nesta circunstância, há de ser respeitada a última vontade do falecido ou preservar-se-ão os interesses dos eventuais credores dos herdeiros?

Parte da doutrina considera que “quer o testador determine ou não a impenhorabilidade dos frutos e rendimentos dos bens que declara inalienáveis, a penhora sobre eles obedece, *imperativamente*, aos limites exclusivos da lei processual”, consoante opina Carlos

41 MALUF, Carlos Alberto Dabus. Op. Cit., p. 53. (grifos do autor).

42 – PENHORA – COTAS CONDOMINIAIS – O imóvel gravado com a cláusula de impenhorabilidade responde pela dívida originária das cotas condominiais. (TACRJ – AC 6097/94 – (Reg. 4357-2) – 7ª C. – Rel. Juiz Sylvio Capanema de Souza – J. 21/09/1994).



Alberto Dabus Maluf<sup>43</sup>, ao salientar, em acréscimo, que “tudo que o testador houver estipulado além desses limites deverá ser considerado como inexistente ou não escrito”<sup>44</sup>.

Por sua feita, há quem julga lícito o testador estender o gravame aos frutos e rendimentos, desde que o determine expressamente<sup>45</sup> e que ofereça fundadas razões para fazê-lo. Esta última exigência, por conta da necessária *justa causa* imposta pelo novel estatuto civil, agora, mais do que nunca, tornou-se imprescindível.

O entendimento ora exposto há de ser abonado, pois seria absolutamente inútil ao *herdeiro carente* ser proprietário de um bem do qual os frutos e rendimentos fossem carreados à garantia dos credores.

Aliás, se o testador tivesse a certeza desta possibilidade, tentaria beneficiá-lo por meios oblíquos, utilizando-se de interpostas pessoas ou de distintos expedientes reprováveis. Ora, se Direito não deve *estimular* a prática de atos fraudulentários senão desacoroçoá-los, o mais correto é trilhar esta rota hermenêutica, como de resto vem sendo palmilhada por vários tribunais.<sup>46</sup>

43 MALUF, Carlos Alberto Dabus. Op. Cit., p. 63.

44 MALUF, Carlos Alberto Dabus. Idem, p.63.

45 Por todos, Celso Neves. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 27.

46 HERANÇA – CLÁUSULAS DE INALIENABILIDADE E IMPENHORABILIDADE – FRUTOS E RENDIMENTOS – PREVALÊNCIA DA VONTADE DO TESTADOR – A circunstância de ter o testador gravado com as cláusulas de “inalienabilidade” e “impenhorabilidade” os frutos e rendimentos não significa, como querem alguns, que o direito do herdeiro seja nada, porquanto, ainda nessa hipótese, gozará ele dos frutos e rendimentos, não lhe sendo possível, contudo, dá-los em penhor e não podendo, tampouco, lhe serem os mesmos arrebatados por meio de penhora, arresto ou sequestro. Desde que não transgrida texto legal imperativo ou proibitivo ou de ordem pública, prevalece a vontade do testador, ainda que mal orientada e injusta. (TJMG – AC 70.830 – Rel. Des. Lúcio Urbano) (RJM 45/82). – 1. EXECUÇÃO. BENS. – Penhora – Impenhorabilidade: bens inalienáveis – Os bens, gravados com a cláusula de inalienabilidade, são, também e ao mesmo tempo impenhoráveis e incomunicáveis, desnecessitando de menção explícita quanto aos dois últimos ônus. Todavia, seus frutos e rendimentos são relativamente penhoráveis, nos termos do art. 650, I, CPC, caso não se enquadrem na ressalva, definida naquela mesma regra, e caso não estejam, – os próprios frutos e rendimentos, clausulados também. (TARS – AGI 187.004.122 – 2ª CCiv. – Rel. Juiz Waldemar Luiz de Freitas Filho – J. 17/3/1988).

### 4.3. Da cláusula de incomunicabilidade

Com a aposição da cláusula de incomunicabilidade se impede a comunicação dos bens da legítima ao cônjuge do herdeiro. Aliás, desde o estabelecimento do regime da comunhão parcial como regime legal, este gravame perdeu muito de sua importância já que, como é evidente, a comunicação dos bens havidos por sucessão hereditária somente beneficia os cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens.

Entrementes, com a possibilidade de alteração do regime de bens mediante autorização judicial, doravante admitida pelo art. 1.639 do Código Civil, ele recobra, em parte, sua importância. Não seria exagerado imaginar um casamento por interesse, celebrado em 1990 sob o regime legal da comunhão parcial, em que um dos cônjuges, sabedor de que seu consorte está preste a receber uma vultosa herança, convença-o a alterar o regime de bens para o da comunhão universal. Neste caso, para impedir estes ou outros estratégias, cabe ao testador precatar-se contra as investidas de incômodos *caça-dotes*, que algumas vezes venham a rondar seus descendentes.

Em vista do seu limitado alcance e de sua natureza distinta, cobre-se de razão Sílvio de Salvo Venosa<sup>47</sup> em considerar demasiada a exigência do legislador em reclamar, também nestes casos, a declaração da *justa causa* como fundamento do gravame, uma vez que a motivação está manifesta: não deseja o testador a comunicação dos bens que compõem o quinhão do seu herdeiro.

Apontar as razões seria transformar o testamento em um *dramalhão mexicano* – com todo respeito que merece os filhos deste belo e ensolarado país – com o trazer à baila delicadas questões da intimidade doméstica e familiar, o que seria absurdo, mesmo porque, em confronto com a cláusula de inalienabilidade, a incomunicabilidade atende tão somente a interesses privados, haja vista não retirar o bem do comércio.

---

47 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Direito das Sucessões*. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 208.

#### 4.4. Da possibilidade de sub-rogação dos vínculos

A sub-rogação é a possibilidade de transferência da cláusula, ou das cláusulas, que recaía sobre certos bens, para outros do mesmo titular. Esta hipótese é admitida pelo § 2º do art. 1.848, bem como pelo parágrafo único do art. 1.911 do Código Civil.<sup>48</sup> Os dois dispositivos preveem a necessária autorização judicial para que se permita a sub-rogação. Entretanto, no primeiro, exige mais uma vez a presença da justa causa para que se permita eventual alienação, enquanto, no segundo, contenta-se com a ocorrência de *conveniência econômica do herdeiro ou legatário*.

De todo modo, é patente que a noção de *conveniência econômica* é mais restrita e possibilita a superação de boa parte dos obstáculos impostos pela existência dos aludidos gravames. Imagine-se, neste caso, a hipótese de um imóvel em precário estado de conservação e a impossibilidade do herdeiro em reformá-lo; ou mesmo situações muito comuns, em que o beneficiário, por necessidade econômica, é obrigado a mudar de domicílio. Em casos de tal natureza, não há razões que amparem a recusa à transferência das cláusulas restritivas.<sup>49</sup>

No trato da matéria, a doutrina tradicional sempre opôs sérias restrições à possibilidade de sub-rogação dos vínculos, apenas admitindo-a em circunstâncias especialíssimas. Se, nestas ocorrências, tal propósito era encarado com extremado rigor, pretender a total liberação dos gravames poderia beirar a heresia, como revela a paradigmática opinião de Washington de Barros Monteiro, que, sob a égide do CC/1916, assim se manifestava:

Fora desses casos restritos, o vínculo não pode ser dispensado ou invalidado. Ainda que o proprietário não tenha herdeiros, ou que seu estado de saúde esteja a reclamar recursos financeiros mais substanciais para o tratamento respectivo, não pode o juiz, tolhido pelo art. 1.676, deferir a liberação. A nulidade constitui a sanção

48 Também neste sentido as disposições do Decreto-lei n. 6.777/44.

49 Cf. art. 1.112, II, do CPC a respeito do procedimento adequado à sub-rogação dos vínculos.

cominada pela lei à violação do preceito.<sup>50</sup>

Salta aos olhos que esta opinião não pode ser aceita em toda sua amplitude. A existência de tais gravames somente é justificada pelo interesse do testador em preservar, de alguma forma, a vida e a subsistência do beneficiário. Seria um paradoxo inominável o herdeiro morrer à míngua, por conta de uma doença grave ou de insuperáveis dificuldades econômicas, tão somente para que os vínculos não se apaguem.

Se o herdeiro se encontra acometido de doença grave, é inaceitável que se sobreponha à vida um valor patrimonial, numa completa e absurda inversão dos valores constitucionais que inscrevem o princípio da dignidade da pessoa humana no vértice do sistema jurídico pátrio.<sup>51</sup> Logo, conquanto isto, na prática, implique a extinção gradativa dos vínculos, é de se autorizar a alienação dos bens e a liberação progressiva dos valores para custeio do tratamento e para a manutenção do sucessor.

Pelo mesmo motivo, não se pode aceitar que o testador, ele próprio, num evidente excesso de zelo, interdite ao herdeiro a possibilidade de buscar a sub-rogação do vínculo. Tal disposição, em verdade, há de ser considerada como não escrita, pois, enfim, sintonizando com as ensinanças de Carlos Alberto Dabus Maluf:

Se os pactos privados não podem prevalecer contra a ordem pública, claro está que também não poderá prevalecer a vontade unilateral do testador. Proibir a sub-rogação ou estabelecer condições mais rigorosas do que as previstas pela lei, que, aliás, não estabelece condição alguma, não é fazer disposição testamentária, e sim legislar.<sup>52</sup>

É bom que se afirme, por outro lado, que o § 2º do art. 1.848 do CC contém uma grave imperfeição técnica, ao exigir *autorização judicial* e, mais uma vez, *justa causa* para alienação dos bens gravados,

50 MONTEIRO, Washington de Barros. Op. Cit., p. 159.

51 “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;”

52 MALUF, Carlos Alberto Dabus. Op. Cit., p. 74.

sem distinção dos gravames porventura apostos. Ao que parece, o legislador *potius dixit quam voluit* – disse mais do que pretendeu exprimir – na medida em que tais exigências apenas se justificam em relação à cláusula de inalienabilidade. As demais restrições, frise-se, não obstaculizam ao titular do domínio a livre disposição dos bens onerados. Entender de outra forma seria transformar as referidas cláusulas em uma espécie de *versão esmaecida* da inalienabilidade, o que não seria pertinente, mesmo porque, repita-se, ao prever no art. 1.911 que a cláusula de inalienabilidade implica na incomunicabilidade e impenhorabilidade, o Código Civil não estatuiu o caminho inverso: estas não contêm àquela.

## 5. ALGUMAS QUESTÕES CONTROVERSAS

Retomando os questionamentos anteriormente lançados, admite-se, de antemão, sob o amparo do quanto se expôs, que é impossível estabelecer com segurança em que se constituiria a *justa causa* idônea a embasar a oposição de tais gravames. Da mesma forma, resultaria quimérica qualquer tentativa de buscar a total superação das inúmeras dificuldades de ordem prática que podem surgir quando da aplicação de tais dispositivos. O mais sensato, isto sim, é buscar soluções razoáveis, as quais, inegavelmente, na dinâmica do cotidiano forense, sofrerão as mutações que as exigências de uma sociedade de elevada complexidade demandam.

Pode-se conjecturar, nestes termos, acerca de algumas situações possíveis.

No que diz respeito à configuração da justa causa, esta há de referir-se a *comportamentos e atos* específicos do herdeiro, a exemplo de uma disposição testamentária vazada nas seguintes expressões: “gravo a legítima de meu filho Caio com as cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade, gravame este que estendo aos frutos e rendimentos de referidos bens, uma vez que, em vista sua precária situação econômica, pouco lhe restaria de seu quinhão, por conta dos inúmeros processos executivos movidos em seu desfavor.”

Não basta invocar, à guisa de uma pretensa justa causa, a genérica preocupação com o futuro dos descendentes, bem como a suposta incapacidade gerencial do herdeiro ou quicá sua prodigalidade. É necessário que haja referências a fatos determinados. Do contrário, uma disposição ampla da seguinte ordem: *gravo a legítima dos meus herdeiros com a cláusula de inalienabilidade, para que estes fiquem garantidos quanto aos sobressaltos e imprevistos da vida*, transformar-se-ia em cláusula de estilo em todas as situações que o testador desejasse impor o mencionado gravame.

De todo modo, é suficiente que o testador faça menção a estes fatos, não sendo necessário que ele os comprove, a teor do juízo corretamente enunciado por José Luiz Gavião de Almeida:

Contudo, apenas a declaração do motivo deve constar do testamento, não sua comprovação. Assim não fosse, isto é, se só valesse a restrição depois de provada a causa que a legitimava, o dispositivo representaria direito vazio do testador. Os herdeiros, interessados na inexistência de regra proibitiva de alienação, nada fariam para demonstrar a justeza da causa. E não haveria outro, com interesse ou condição de demonstrar a situação declarada no testamento.<sup>53</sup>

De inteiro acerto as preleções do ilustre comentador, à exceção da afirmativa de que *não haveria outro* com interesse em comprovar a causa apontada como justa para a imposição dos gravames, pois, sem embargo, ele existe. Este outro é o próprio *testamenteiro*, a quem a lei incumbe e outorga legitimidade para fazer valer as disposições de última vontade.

Reafirme-se, em vista disso, que a declaração do motivo há de reportar-se a fatos ou ações determinadas. Pensar diferentemente seria fazer letra morta do dispositivo do art. 1.848 do Código Civil e trazer à memória o incômodo alerta de Tomasi di Lampedusa no seu romance “O Leopardo” (1957), quando este autor muito ironicamente, em outras palavras, conclui que às vezes é preciso que tudo mude para que tudo continue como está.

53 ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Op. Cit., p. 258.

Se bastasse ao testador estabelecer que grava a legítima do herdeiro *por ele ser pródigo ou incapaz de gerenciar os bens herdados*, sem que se apontem fatos concretos que justifiquem esta motivação (e não é preciso comprová-los, insista-se), a regra impositiva seria contornada com inteira e abusiva facilidade. Aliás, aos herdeiros se imporia, na maioria das vezes, um pesadíssimo ônus: a prova de um *fato negativo*.

Ao abordar o tema, a posição de Sílvio de Salvo Venosa não parece revestida da clareza que costumeiramente lhe acompanha os pensamentos:

Quando o testador descrever a *justa causa* de que fala a lei, incumbe-lhe que seja suficientemente claro. Fatos genéricos ou superficiais não terão o condão de sustentar a cláusula no futuro. Assim, por exemplo, não bastará dizer que o herdeiro seja um perdulário ou estróina e poderá dissipar seus bens. Devem ser apontados fatos concretos que possam ser sustentados na futura ação. (...) A ação deve ser movida pelo herdeiro prejudicado com a cláusula. No pólo passivo devem ser colocados, em princípio, o espólio, e os demais herdeiros, dependendo da situação que se apresente. Nessa ação devem participar, necessariamente, o testamenteiro, a quem incumbe defender as disposições testamentárias, e o Ministério Público.<sup>54</sup>

Ao colocar no polo ativo *o herdeiro prejudicado* com a cláusula, o digno autor antes afirma que *devem ser apontados fatos concretos que possam ser sustentados na futura ação*. Ora, o interesse do herdeiro é exatamente o de livrar-se da imposição dos gravames. Assim sendo, os fatos concretos exigidos *sustentariam* a ação de quem pretendesse a manutenção dos vínculos como, por exemplo, o testamenteiro, e não de quem desejasse repeli-los.

De qualquer sorte, as novas regras do Código Civil criaram uma dificuldade a mais para o testador em ver prevalecer os referidos

54 VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. Cit., p. 220. (grifos nossos).

gravames. Ele sabe, por razões óbvias, que a sua morte é a condição de eficácia das aludidas cláusulas e, por força disso, poderia ter justo e fundado receio de que as disposições restritivas que estatuiu possam não resistir às pelepas judiciais dos herdeiros onerados.

Em situações deste jaez, não se há de entender como interdita a hipótese dele fazer uso de uma *produção antecipada de provas*, nos termos do art. 846 do CPC, pois, *mesmo não estando obrigado a fazê-lo*, ser-lhe-ia lícito optar por esta via, na qual, por exemplo, poderia comprovar a ruínosa situação econômica de seus herdeiros, a prodigalidade e/ou a incapacidade gerencial destes, manifestada pela prática de atos determinados.

Por sua própria natureza, a aludida cautelar não estaria sujeita ao prazo de caducidade do art. 806 do estatuto processual, pois, evidentemente, em tal conjuntura, a ação teria uma feição meramente preventiva, como admite a jurisprudência,<sup>55</sup> haja vista que o trintídio somente se aplica às medidas que impliquem em constrição judicial, o que não seria o caso.

E se o juiz não se convencer da existência da causa ou mesmo de sua justeza? Ser-lhe-ia permitido rechaçá-la *ex officio*? A questão é delicada. No entanto, é irrecusável que, em situações limites, não se pode negar ao magistrado esta possibilidade. Imagine-se a hipótese do testador estabelecer a seguinte disposição: *gravo a legítima de minha filha Agripina com a cláusula de inalienabilidade, por não ter esta se casado com Rômulo, a quem eu desejaria ter como genro*. É evidente que a existência de tais gravames jamais pode significar um castigo, nem tampouco admitir, por via indireta, a aposição de condições imorais e ilícitas.

Em situação diversa, quando a *justa causa* mostrar-se dentro dos limites da razoabilidade, cabe ao magistrado ouvir os herdeiros e interessados. Se estes concordarem e desde que maiores, no momento da apresentação do plano de partilha, indicarão os bens do monte

---

55 – MEDIDA CAUTELAR – SUA EFICÁCIA – Na antecipação preparatória de prova, para o ajuizamento da ação principal, não se opera a ineficácia da medida após expirado o prazo legal de 30 dias de seu deferimento. Apelo provido. (TJPE – AC 1.583/87 – 1ª C. – Rel. Des. Souza Ribeiro – J. 7/3/1989) (RTJE 74/169).



que ficarão gravados. Mesmo neste caso, o herdeiro onerado poderá ainda ser surpreendido com a contradita promovida por seu cônjuge ou por seus credores, como se conclui do magistério de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.<sup>56</sup>

Com a importante ressalva de que a porção disponível também pode ser clausulada, *independentemente* da invocação de qualquer *justa causa*, não havendo acordo entre os herdeiros quanto à distribuição dos bens e/ou a localização dos gravames, ou também na hipótese da existência de menores e incapazes, é manifesto que a partilha há de ser promovida em juízo, cabendo ao partidor judicial organizar o esboço respectivo, conforme determina o art. 1.023 do CPC, pelo que o feito seguirá os trâmites previstos na lei processual, cabendo ao juiz, em última instância, estabelecer os bens que serão onerados com as referidas cláusulas.

A dificuldade surge quando os herdeiros não aceitam o gravame imposto. Neste caso, visto que se trata de questão de alta indagação, o juiz há de remetê-los às vias ordinárias, pois a pretendida invalidação das cláusulas exigirá a comprovação de fatos a serem evidenciados fora do processo de inventário.

A existência de tais demandas pode trazer obstáculos ao curso do inventário e, a depender da hipótese, impedir seu regular processamento. De toda forma, somente a situação em concreto é capaz de justificar ou não esta necessidade. Em determinadas circunstâncias, como, por exemplo, existindo um único imóvel e um único herdeiro, nada obsta que se lhe adjudique o bem, acompanhado dos gravames, os quais serão cancelados se a ação proposta para invalidá-los alcançar êxito. Não se pode atinar, em casos tais ou assemelhados, com a imperiosa inevitabilidade de conter o andamento do inventário.

A causa pode não existir ou, existindo, não ser justa. Destarte, em tal vicissitude, cabe ao herdeiro prejudicado a propositura de demanda para invalidação dos gravames,<sup>57</sup> ação esta que sofrerá

56 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 264.

57 Consultar neste sentido a obra de José Orlando Rocha de Carvalho. *Ação Declaratória*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

a irresistível atração do juízo universal do inventário, o qual acompanhará, em autos apensos.

Outra medida judicial seria uma ação de levantamento ou cancelamento dos vínculos, pela insubsistência das razões que os motivaram.<sup>58</sup> Afinal de contas, se o herdeiro, em uma fase de sua vida, mostrou-se incapaz de gerir um patrimônio, isto não significa que ele haverá de sê-lo para todo o sempre. Ou seja, a *justa causa* pode ter existido e justificado a imposição das cláusulas restritivas. Nada impede que ela desapareça e, mesmo que o herdeiro, em eventual ação contra o espólio quando da abertura da sucessão, tenha fracassado no seu intento e que haja sentença, com trânsito em julgado, negando-lhe direito ao cancelamento das restrições apostas, nada o obstaculiza, com o passar dos anos, a propor nova demanda, nos termos do art. 471, I, do CPC, em face da alteração da situação de fato, pois, seguindo a doutrina de José Orlando Rocha de Carvalho:

Mudando-se o estado de fato ou de direito não se altera a coisa julgada. Cabe outra ação (esta de *modificação*) para estabelecer novo vínculo jurídico distinto do anterior. Esta ação, no entanto, ao invés de excluir, pressupõe a existência da “*res iudicata*”, cuja eficácia imediata não se prejudica pela superveniente modificação da sentença, que tanto pode operar a favor ou contra qualquer das partes.<sup>59</sup>

Uma dúvida de flagrante interesse prático é saber qual o destino dos gravames quando o herdeiro renuncia à herança. À luz do

58 - DOAÇÃO – Bem imóvel. Cláusula de inalienabilidade vitalícia. Pedido de extinção. Admissibilidade. Situação de fato que demonstra que o gravame não mais atende ao objetivo colimado pelo instituidor. Prejuízo manifesto ao donatário do bem. Caducidade da estipulação declarada. Aplicação do art. 85 do CC. e 1.676. (TJRJ – AC 763/87 – 3ª C. – Rel. Des. Rodriguez Lema) (RJ 144/78). TESTAMENTO – Cláusula de inalienabilidade vitalícia de bens. Cessação dos motivos determinantes de sua instituição. Vínculo imposto contra atos de alienação do marido de herdeira posteriormente falecido. Perecimento da razão do ônus. Prevalência do princípio sublata causa tollitur effectus e da vontade dos testadores. Desoneração dos bens. Inteligência dos arts. 5º da LICC e 85, 1.666 e 1.676 do CC. (TJMG – Ap. 79.876-2 – 2ª C. Rel. Des. Bernadino Godinho – J. 05.12.1989) (RT 650/168).

59 CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Alimentos e Coisa Julgada*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 120. (grifos do autor).

Código Civil de 1916, o pensamento jurídico pátrio, na voz abalizada de Washington de Barros Monteiro, propugnava a subsistência dos vínculos desfavoráveis aos demais herdeiros beneficiados com o ato:

Esclareça-se, outrossim, que malgrado o vínculo, lícito é ao herdeiro renunciar à herança; mas não pode fazê-lo em benefício de determinada pessoa, e sim, exclusivamente, em favor do próprio acervo. Neste caso, consumada a renúncia, vão os bens para outros herdeiros, suportando, naturalmente, a cláusula testamentária.<sup>60</sup>

Em face das mudanças implementadas pelo CC/2002, esta lição se encontra parcialmente superada. De fato, o gravame apenas acompanhará os bens referentes à parte disponível que venha a ser clausulada, não sendo possível apanhar a legítima, pois, em verdade, a *justa causa* há de ter em conta a condição pessoal de cada herdeiro onerado. Confirmam-se alguns exemplos: logo após o falecimento do pai, o herdeiro Túlio renuncia à herança, mas sua legítima, e tão somente esta, por justa causa declarada em testamento, está gravada com a cláusula de inalienabilidade. O filho do renunciante, Marco, único herdeiro, nos termos do art. 1.811 do Código Civil, será chamado à sucessão, por direito próprio e por cabeça, recebendo seu quinhão completamente livre e desonerado, pois, insista-se, a *justa causa* tinha o pai deste como destinatário.

Considerando que somente para a clausulação da legítima é que se torna necessária a *justa causa* declarada em testamento, tal circunstância pode gerar situações bem peculiares: suponha-se um testador solteiro, com cinco filhos e proprietário de 10 imóveis de valores equivalentes. Em casos tais, a legítima dos herdeiros se comporia de cinco fazendas, uma para cada um, e a disponível, é claro, dos cinco imóveis restantes. Morre o nosso personagem e contata-se que ele gravou integralmente a legítima dos herdeiros, com expressa menção da justa causa, e destinou-lhes, por outro lado, a sua porção disponível, gravando-a da mesma forma, mas sem invocação do motivo, por desnecessidade de fazê-lo. Neste caso, se os herdeiros forem vitoriosos em eventual ação para invalidar os gravames, conseguirão apenas extingui-los em relação aos bens que compõem

60 MONTEIRO, Washington de Barros. Op. Cit., p. 157.

à legítima, ou seja, cada um ficará com dois imóveis: um gravado e outro livre e desembaraçado.

Outra possibilidade: pai, com três filhos e inúmeros bens, grava a legítima de apenas dois dos seus herdeiros, e destina sua porção disponível a um parente distante. Morto o testador, um dos gravados renuncia à herança, pelo que, à luz do art. 1.810 do CC, sua parte acrescerá a dos outros herdeiros da mesma classe, ou seja, seus irmãos. É incontestável que, nesta hipótese, o filho que não teve prevista qualquer clausulação à sua legítima, receberá, livre e desonerada, a metade do quinhão do renunciante. O outro, por sua vez, terá o seu quinhão acrescido da mencionada metade, porém inteiramente gravada, já que este o desejo do testador, manifestado na forma da lei.

Pode-se, então, concluir: se o testador deseja gravar integralmente o quinhão do herdeiro há de fazê-lo expressamente e com as cautelas aqui sugeridas. Se ele se limita a gravar apenas a legítima, não se pode estender o gravame aos bens que o herdeiro venha eventualmente auferir da porção disponível, pois, já que se trata de norma restritiva de direito, deste modo há de ser interpretada. E mais ainda, se for esta a pretensão do testante, é recomendável que ele grave a legítima do herdeiro com expressa invocação da justa causa e a porção disponível sem mencioná-la. Se ele se restringe a gravar *genericamente* o quinhão do herdeiro necessário, a abranger tanto à legítima quanto à disponível, há o risco de, após sua morte, os herdeiros conseguirem a invalidação do gravame no seu todo, pois, como seria defensável arguir, se ele voluntariamente declara a justa causa para clausular a porção disponível quando desnecessário tal apelo, o gravame fica submetido à existência e à justeza da referida motivação, à vista da aplicação analógica do art. 140 do Código Civil.

A par destes comentários, suponha-se um exemplo parecido com o anterior, mas com outro regramento pertinente ao disponível: pai, com três filhos e inúmeros bens, grava a legítima de apenas dois dos seus descendentes, e deixa sua porção disponível para estes mesmos herdeiros, mas sem apor-lhe qualquer restrição. Como o

testante apenas gravou a *legítima* de dois dos herdeiros e um destes renunciou, o quinhão respectivo será, inquestionavelmente, dividido entre os irmãos remanescentes nos seguintes termos: um dos filhos, o desonerado, receberá a metade do renunciante, e os bens respectivos estarão livres e desonerados. O outro, o gravado apenas na *legítima*, terá direito à parte correspondente à legítima do renunciante, a qual lhe será acrescida com os gravames que a acompanhavam, e mais a outra parte referente à disponível, esta por sua vez livre e desonerada. Em suma, ambos terão quantitativamente os mesmos direitos sucessórios. Um terá todo seu quinhão liberto de cláusulas; o outro, terá a metade de sua quota hereditária gravada e a outra livre de qualquer ônus.

Por fim, estabelece o art. 2.042 das Disposições Finais Transitórias que, para a subsistência dos gravames apostos à legítima contidos em testamentos elaborados sob a égide do CC/1916, há necessidade que se proceda ao *aditamento* do instrumento testamentário, para que o testador declare a justa causa que fundamente as nomeadas cláusulas restritivas, sob pena destas não prevalecerem quando da abertura da sucessão. Como não existe, no direito pátrio, outra forma de manifestação da última vontade, senão pela via testamentária – a exceção do codicilo que tem outras finalidades – constata-se que somente um novo testamento, elaborado até o prazo de um ano após a entrada em vigor do novo código, poderá garantir a manutenção dos referidos vínculos.

## 6. CONCLUSÃO

A abordagem das cláusulas restritivas da legítima é um tema enganoso: de aparente simplicidade, ele somente revela seus meandros quando abordado em suas incontáveis manifestações. Daí a indispensável prudência com que se pretendeu examiná-lo, tanto mais necessária quando se buscou configurar, em linhas gerais, seus contornos.

Aqui se observou em que medida o mecanismo de instituição de tais gravames, ao servir-se de conceito jurídico indeterminado,

está em sintonia com a dogmática mais atual, acarretando, ademais, o reconhecimento da ampliação dos poderes dos julgadores.

Este reforço na atuação jurisdicional, não resta dúvida, provocará graves repercussões na esfera das fontes do direito, pois a jurisprudência, a cada dia, se firmará como uma fonte tão importante quanto a lei, avizinhando o modelo brasileiro do sistema jurídico anglo-americano dos precedentes judiciais e confirmando uma tendência contemporânea: o declínio da lei e a predominância do juiz, porquanto este praticamente a reescreve ao interpretá-la e aplicá-la. Espera-se que o faça com olhos postos nos valores insculpidos na Constituição da República.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil. Direito das Sucessões*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Alimentos e Coisa Julgada*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

\_\_\_\_\_. *Ação Declaratória*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CORREAS, Óscar. El neoliberalismo en el imaginário jurídico. In: *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Marques Neto, Agostinho Ramalho et alli. Curitiba: Edibej, 1996.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores.

- GOMES, Orlando. *Sucessões*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, vol. 1.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense.
- LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Fundamentos do Direito Privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Das Cláusulas de Inalienabilidade, Incomunicabilidade e Impenhorabilidade*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva.
- NEVES, Celso. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense.
- SOUZA, José Ulpiano Pinto de. *Das Cláusulas Restritivas da Propriedade*. São Paulo: Salesianas, 1910.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Subsídios para pensar a possibilidade de articular Direito e Psicanálise. In: *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Marques Neto, Agostinho Ramalho et alli. Curitiba: Edibej, 1996.
- PÉREZ-LUÑO, Antonio-Enrique. *La Seguridad Jurídica*. Barcelona: Ariel, 1994.
- NERY JÚNIOR, Nélson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.
- RODRIGUES, Horácio Wanderley. *Ensino jurídico e Direito alternativo*. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1993.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2002, ( atualizada por Zeno Veloso).

SOUSA, António Francisco de. *'Conceitos Indeterminados' no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

SAUPHANOR, Nathalie. *L'influence du Droit de la Consommation sur le Système Juridique*. Paris: L.G.D.J., 2000.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Direito das Sucessões*. São Paulo: Editora Atlas, 2003.