

ISSN 1983-7283



EMERON

Escola da Magistratura do Estado de Rondônia
Fundada em 1986

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

Ano 2008 - Nº 17
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. 17.
Porto Velho: DEGRAF/TJ-RO, 2008.

I. Direito Administrativo (Lei n. 9784/99). II. Protocolo Integrado (Informatização do Judiciário). III. Direito de Família (Juizados informais). IV. Dificuldades no acesso à Justiça (Justiça Preventiva). V. Ação Civil Pública Coletiva (Garantias Fundamentais, Individuais e Sociais). VI. Depoimento Sem Dano (abuso sexual - ECA).

CDU-340.5

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei 9.610 de 19/02/1998.
Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia, 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.



Diretor Des. ROOSEVELT QUEIROZ COSTA
Vice-Diretor Juiz ALEXANDRE MIGUEL

REVISTA DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA

Conselho Editorial *Des. Renato Martins Mimesi*
Des. Dimas Ribeiro da Fonseca
Des. Eurico Montenegro Júnior
Des. Gabriel Marques de Carvalho
Des. Eliseu Fernandes de Souza
Des. Francisco César Soares Montenegro
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** *Enildo Lamarão Gil*

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

Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON

Av. Rogério Weber, 1872 - Fone (069) 3217-5034

CEP 78916-050 - Porto Velho - Rondônia

www.tj.ro.gov.br - emerom@tj.ro.gov.br

ADMINISTRAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE RONDÔNIA - BIÊNIO (2008-2009)

Presidente	Des ^a . ZELITE ANDRADE CARNEIRO
Vice-Presidente	Des. WALTER WALTENBERG SILVA JUNIOR
Corregedor-Geral da Justiça	Des. SANSÃO BATISTA SALDANHA

COMPOSIÇÃO PLENÁRIA DO TRIBUNAL

Des. EURICO MONTENEGRO JÚNIOR
Des. ELISEU FERNANDES DE SOUZA
Des. RENATO MARTINS MIMESSI
Des. GABRIEL MARQUES DE CARVALHO
Des. VALTER DE OLIVEIRA
Des^a. ZELITE ANDRADE CARNEIRO
Des. CASSIO RODOLFO SBARZI GUEDES
Des. ROOSEVELT QUEIROZ COSTA
Des^a. IVANIRA FEITOSA BORGES
Des. ROWILSON TEIXEIRA
Des. SANSÃO BATISTA SALDANHA
Des. PÉRICLES MOREIRA CHAGAS
Des. WALTER WALTENBERG SILVA JUNIOR
Des. PAULO KIYOCHI MORI
Des. MARCOS ALAOR DINIZ GRANGEIA
Des. MIGUEL DE MÔNICO NETO

CORPO DOCENTE DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA - EMERON

PORTO VELHO

Juiz Ilisir Bueno Rodrigues	<i>Direito Agrário, Hermenêutica e Deontologia</i>
Juiz Wanderley José Cardoso	<i>Direito Processual Civil</i>
Juiz Alexandre Miguel	<i>Direito Administrativo</i>
Juiz Guilherme Ribeiro Baldan	<i>Direito Empresarial</i>
Juíza Sandra Aparecida S. de F. Torres	<i>Direito Constitucional</i>
Juiz Francisco Borges Ferreira Neto	<i>Direito Processual Penal</i>
Juiz Daniel Ribeiro Lagos	<i>Direito Penal</i>
Des. Marcos Alaor Diniz Grangela	<i>Direito Tributário</i>
Juiz Edenir Sebastião A. da Rosa	<i>Direito Civil</i>
Juiz Álvaro Kálíx Ferro	<i>Direito do Consumidor</i>
Juiz Miguel Monico Neto	<i>Direito Ambiental</i>
Juiz João Adalberto Castro Alves	<i>Prática de Audiência e Sentença Cível</i>
Juiz Sérgio William Domingues Teixeira	<i>Prática de Audiência e Sentença Criminal</i>

Jl-PARANÁ

Juiz Sílvio Viana	<i>Direito Administrativo e Deontologia</i>
Juiz Glauco Antônio Alves	<i>Direito Agrário, e Direito Ambiental</i>
Juiz Renato Bonifácio de Melo Dias	<i>Direito Processual Civil</i>
Juiz Haruo Mizusaki	<i>Direito Empresarial</i>
Juiz Edewaldo Fantini Júnior	<i>Direito Constitucional</i>
Juiz Valdecir Ramos de Souza	<i>Direito Processual Penal</i>
Juiz Oscar Francisco Alves Júnior	<i>Direito Penal</i>
Juiz Edson Yukishigue Sassamoto	<i>Direito Tributário</i>
Juiz José Antônio Barretto	<i>Direito Civil</i>
Juiz Áureo Virgílio de Queiroz	<i>Direito do Consumidor Hermenêutica</i>
Juiz Marcos Alberto Oldakowski	<i>Prática de Audiência e Sentença Cível</i>
Juíz Arlen José Silva de Souza	<i>Prática de Audiência e Sentença Criminal</i>

APRESENTAÇÃO

Vem a lume mais uma Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia – Emeron, que, ao longo dos anos, tem cumprido o seu papel de difusor de idéias da classe jurídica em geral e dos magistrados de Rondônia em especial.

Este novo volume que se apresenta contém parte dos trabalhos de conclusão de curso de pós-graduação *lato sensu* em Poder Judiciário, realizado pela Fundação Getúlio Vargas/FGV – Direito Rio, em convênio com o Tribunal de Justiça do Estado e Escola da Magistratura – Emeron.

Os autores, expoentes da jovem magistratura rondoniana, lograram êxito no respectivo curso após apresentação dos trabalhos que agora se editam.

Outros trabalhos de conclusão, de outros juízes que também foram aprovados no referido curso, farão parte das próximas publicações da Revista.

A Emeron cumpre sua tarefa institucional, ao permitir a divulgação de densos e inovadores trabalhos acadêmicos. Os magistrados, por sua vez, mostram aptidão e adesão ao conhecimento dos temas e idéias a que foram expostos no decorrer do curso, fato que pode ser constatado pela excelência dos textos trazidos a público.

Muitos prosseguirão na jornada, matriculando-se no Curso de Mestrado Profissional em Poder Judiciário realizado pelas mesmas entidades antes referidas.

Imperioso que se diga que todos os textos foram elaborados dentro de uma perspectiva atual, presente a realidade do Judiciário local, indicando questões e apontando soluções factíveis de serem adotadas e implementadas pela direção do Tribunal de Justiça de Rondônia.

A legitimidade das ações dos homens, no geral, está em expô-las às considerações e críticas de todos. Mas é certo que os trabalhos que hoje se divulgam receberão mais adesões do que críticas.

Des. Roosevelt Queiroz Costa
Diretor da EMERON

ÍNDICE

-
- 11** O Processo Administrativo, a Lei 9.784/99 e seus Princípios Jurídicos
Alexandre Miguel
-
- 95** Reforma das Diretrizes Gerais Judiciais:
A modernização do Protocolo Integrado no Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia
Cristiano Gomes Manzini
-
- 147** Juizados Informais de Família
Dalmo Antônio de Castro Bezerra
-
- 197** Justiça Preventiva nas Escolas
Deisy Crhistian Lorena de Oliveira Ferraz
-
- 245** Efeitividade aos Provimentos Judiciais em Ação Civil Pública Coletiva Contra o Estado para Cumprimento de Obrigação de Fazer na Realização de Direitos e Garantias Fundamentais, Individuais e Sociais
Edenir Sebastião Albuquerque da Rosa
-
- 289** Depoimento Sem Dano - Viabilidade Jurídica, Eficácia segundo as Ciências Afins e a Necessidade de sua Implantação no Judiciário Rondoniense
Emy Karla Yamamoto Roque

**O PROCESSO ADMINISTRATIVO,
A LEI 9.784/99 E SEUS PRINCÍPIOS
JURÍDICOS**

Alexandre Miguel

Juiz de Direito no Estado de Rondônia

O PROCESSO ADMINISTRATIVO, A LEI 9.784/99 E SEUS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Alexandre Miguel

1. INTRODUÇÃO.

Com a consagração do devido processo legal na Constituição Federal de 1988, o fenômeno da procedimentalização ou processualização da atividade administrativa, há de ser considerada uma tendência que se consolida, com inúmeras conseqüências positivas para o desempenho da função administrativa, dentro dos parâmetros exigidos pela Lei Maior. A outorga de relevância ao procedimento administrativo é corolário inseparável da consagração do Estado Democrático de Direito, pautado na cidadania e na dignidade da pessoa humana.

Iniciado com as leis sergipanas e paulistas e, posteriormente, com a Lei Federal n. 9.784/99, o processo administrativo deve se constituir em instrumento primordial de controle interno e externo da forma como se exerce a função administrativa, bem como de pressuposto inequívoco do bom desempenho desta função, na cura dos interesses públicos que lhes são impostos a implementar. De mero apêndice do ato decisório, o processo administrativo ganha força e destaque como modo normal do desempenho da atividade administrativa, no estabelecimento das mais diversas relações jurídico-administrativas que comporta o desenrolar desta função estatal.

De tão-somente meio garantístico dos direitos dos particulares, o processo administrativo começa a ser tratado seriamente como garantia indispensável ao cumprimento do dever de eficiência e de atingimento ótimo do interesse público perseguido pela Administração, em suas diversas realizações.

Tem-se hoje a consciência de que as exigências da procedimentalização abarcam, assim, toda atividade decisória da administração, sem exceções, independentemente do modo como ela se expressa. Esta nova visão do procedimento é essencial para a deflagração do processo administrativo de efetiva submissão das autoridades administrativas, em seu *modus procedendi*, a todos os princípios do regime administrativo, em face do crescimento exponencial da Administração,

Pública no curso dos avanços tecnológicos da atualidade e das necessidades coletivas que se impõe realizar.

A instituição do processo administrativo é, certamente, um dos mais importantes instrumentos de controle do relacionamento entre Administração e Cidadania. Seus dispositivos trouxeram para nosso Direito Administrativo o devido processo legal. Por isso, não é exagero dizer que as leis que cuidam dessa matéria, como por exemplo, a Lei 9.784/99, instaurou no Brasil o verdadeiro Estado de Direito.

É necessário avançar a abordagem e dar mais ênfase para o instrumento jurídico-formal – o processo administrativo – que, de modo crescente, vem assumindo o papel central no estabelecimento da legalidade substancial das normas e atos da Administração Pública.

É certo que da Constituição Federal de 1988 à primeira lei que abordou o processo administrativo, no caso a lei sergipana – Lei Complementar n. 33, de 26-12-1996, instituiu o Código de Organização e de Procedimento da Administração Pública Estadual – e mais tarde a lei paulista – Lei 10.177, de 30-12-1998 – e a Lei Federal n. 9.874/99, longo tempo se transcorreu.

Os constituintes foram sensíveis para incluir no âmbito constitucional a necessidade do processo administrativo, e mais ainda quando se tratou do dever de respeito à cláusula do devido processo legal.

É dentro destas premissas que se procura realçar, neste trabalho, o instituto do processo administrativo.

O trabalho se divide em três partes.

Na primeira, numa abordagem jurídico-descritiva e jurídico-compreensiva, procurou-se contextualizar o tema ‘processo administrativo’ no âmbito da doutrina, percorrendo sobre as suas finalidades, as diferenças com o sistema do contencioso administrativo, abordando ainda os seus tipos e fases, bem como as aproximações e distâncias do instituto com a Lei 9.874/99.

Na segunda parte, optou-se por discorrer sobre alguns princípios administrativos e princípios jurídicos, sempre com reflexos no processo administrativo, e com enfoque pragmático, trazendo, sempre que necessário à compreensão de determinado tema, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Essa escolha se justifica, seja pela competência constitucional dessa corte de justiça, que é dar uniformidade da legislação federal, seja porque a citação das decisões permite um melhor entendimento de algumas

questões que, fugindo de meras abstrações, dão concretude às regras de direito e aos princípios jurídicos.

Saliente-se não buscou a organização sistemática dos princípios, mas optou-se por fazer uma enumeração, não exaustiva, e sem ordem hierárquica, do que pareceu corresponder aos princípios de maior aplicabilidade e utilidade prática.

Por fim, na última parte do trabalho, deu-se especial atenção ao processo administrativo no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.

2. NOÇÃO PRELIMINAR DA FUNÇÃO DO ESTADO E PROCESSO

O poder estatal é uno e soberano. Mas esse poder, para ser exercido, subdivide-se em diversas e múltiplas funções. Essas funções seriam as diversas formas pelas quais se manifesta a atividade estatal, enquanto os órgãos ou organismos são as diferentes pessoas ou corpos públicos encarregados de desempenhar as diversas funções do poder.

Não se busca aqui reescrever a teoria da separação de poderes, mas olhá-la dentro de outra ótica, partindo de outra premissa que permite visualizar a ocorrência de que o poder estatal é dividido em diferentes órgãos que, por sua vez, exercem diferentes funções¹.

Cada um dos poderes conhecidos – Executivo, Legislativo e Judiciário – corresponde a um verdadeiro conjunto de órgãos incumbidos do desempenho de certas e determinadas funções: o Poder Executivo desempenha a função administrativa; o Poder Legislativo realiza a função legislativa e o Poder Judiciário desempenha a função jurisdicional. Essas funções são partes de um todo e idealizadas como instrumental para o bom desempenho daquelas.

(1) Oportuno deixar um comentário adicional e paralelo sobre a famosa Teoria da Separação dos Poderes, construída sobre os alicerces do liberalismo, e que necessita constantemente ser revisitada, porquanto, a trilogia dos Poderes não reflete uma verdade absoluta, uma essência, ou algo inexorável proveniente da natureza das coisas. É pura e simplesmente uma construção política muito bem sucedida e que não deixa de ser notável em variados aspectos, mormente quando seu ideário foi impedir a concentração de poderes. E a evolução político-social, agregada no direito positivado, deixa certo que a separação de poderes não pode ser rígida, absoluta, hermética, mas equilibrada, articulada entre os órgãos dos Poderes, pois na verdade o Poder é uno. O titular desses poderes é o Estado e não o governante.

É bem verdade que cada um desses Poderes exerce função excepcional e diversa, que extrapola, em certa medida, aquela primeira idéia. Basta notar que o Poder Judiciário e o Poder Legislativo também exercem função administrativa, ao dispor e regulamentar seus órgãos e organismos internos, suas competências, e seus serviços, por exemplo. O Poder Executivo exerce função legislativa quando edita atos normativos primários, como as medidas provisórias, ou atos normativos secundários, como os decretos e regulamentos para a fiel execução das leis. O Poder Legislativo acaba exercendo função jurisdicional quando procede ao julgamento dos crimes de responsabilidade das autoridades definidas nos incs. I e II do art. 52 da CF.

Mas não foge da compreensão corrente de que a função administrativa é exercida no âmbito de todos os Poderes do Estado, porém em escala maior no âmbito do Poder Executivo. Por isso, diz-se que a função administrativa é exercida preponderantemente, ou seja, caracteristicamente pelo Poder Executivo e excepcionalmente pelos demais Poderes do Estado.

Por isso, não fora sem razão que o legislador ordinário fez inserir o âmbito de aplicação da Lei 9.784/99, qual seja, esta “Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta”, sendo certo que “Os preceitos desta Lei também se aplicam aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa”.

De qualquer sorte, o exercício das funções do Estado resulta, inegavelmente, na produção de normas jurídicas, sejam elas leis, sentenças ou atos administrativos propriamente ditos. Essas normas jurídicas possuem modos próprios de elaboração, pois resultam do exercício das diversas funções do Estado. Por isso, processo é instrumento de ação, e como tal, cada um dos Poderes do Estado possui o seu².

A idéia central que se coloca entre função do Estado e processo é a de controle. Com efeito, na medida em que são fixados regramentos

(2) O Processo de criação do Direito dá-se pelo processo legislativo, que deve respeitar inclusive a cláusula do devido processo legal. Há também o processo de aplicação do Direito, que tanto pode ocorrer pelo processo judicial quanto pelo processo administrativo, que também devem respeitar as garantias constitucionais, como se verá adiante. Logo se conclui que o fenômeno processual não é algo exclusivo da jurisdição. Antes, é característico das variadas funções do Estado.

ou seqüências comportamentais obrigatórias, o interessado poderá mais facilmente constatar qualquer desvio e postular sua correção, abstraindo-se da idéia de que a Administração sempre se considerou senhora e dona do processo administrativo, decidindo, a seu talante, quando e como instaurar, seu procedimento e a dimensão da atividade dos administrados em seu bojo³.

O processo administrativo, assim, deve ser visto e compreendido como importante instrumento de direito e garantia individual e da participação democrática do cidadão perante a Administração Pública. Mas o processo administrativo também deve ser visto como um instrumento de garantia da própria Administração Pública.

3. FINALIDADES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Como já se antecipou, o processo administrativo deve ser visto como importante instrumento de direito e garantia individual e da participação democrática do cidadão perante a Administração Pública. Também deve ser compreendido como instrumento de garantia da própria Administração Pública, pois a idéia de controle possui duas faces: a do administrado perante a Administração e a da Administração perante ela própria. Num primeiro sentido, está a idéia de resguardar o direito dos administrados. No segundo sentido, o de sistematizar a função e atuação administrativa⁴.

(3) É sintomático lembrar, talvez por ausência de norma legal, a resistência da Administração Pública em conceder vista de autos de processos administrativos – mesmo os disciplinares – aos advogados dos interessados ou a constância das repartições públicas se recusarem a receber petições, obrigando o interessado de socorrer-se do Judiciário, invocando garantias constitucionais. Ora, se o particular vir seus direitos efetivamente protegidos e respeitados na ‘esfera administrativa’, resultará em inegável redução das demandas judiciais. Ou dito de outro modo, a correção, a segurança e a legitimidade das decisões administrativas facilitarão, por certo, o exercício da função jurisdicional.

(4) Logicamente que a sistematização da função administrativa gerará o resguardo do direito dos administrados – dada a finalidade daquela que é a de preservar o interesse público ou coletivo –, o que poderia colocar esse segundo enfoque num plano secundário. Mas entendemos que não se pode desconsiderar a importância do pleno, eficaz e exato funcionamento das próprias funções administrativas, em certa medida, vistas de maneira autônoma. A propósito, a própria Lei 9.784/99, em seu art. 1º, expressa que a lei visa “à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração”. Repita-se: não se desconhece, antes se reforça, a idéia, de que o Direito Administrativo é, por excelência, a parte da ciência do Direito que mais agudamente circunscreve o permanente conflito entre a autoridade e a liberdade.

Sem pretensão alguma de esgotamento das premissas, pois fugiria ao escopo deste trabalho, que não é outro, senão o de mostrar uma visão panorâmica do processo administrativo no âmbito do direito brasileiro, é de fácil percepção, entretanto, que o 'processo administrativo' serve como mecanismo de composição de interesses e às vezes de conflito, como também e igualmente garantia democrática, função legitimadora e de tutela dos administrados, como instrumento de racionalização e otimização de decisões relevantes na realização dos direitos sociais e fundamentais.

Com efeito, com a modificação de paradigmas políticos, econômicos, sociais e jurídicos surgidos ao longo das três últimas décadas⁵, passou-se a incidir com mais vigor a ação transformadora do Estado, na realidade social e econômica, contrariamente do que sucedia ao tempo do Estado Liberal, de escassa intervenção estatal.

Sobre esse influxo, Bandeira de Mello leciona:

Tal mudança na maneira de encarar o papel do Estado resultou em enorme expansão de suas intervenções na esfera da liberdade e da propriedade dos indivíduos, as quais, é bem de ver, ficaram expostas a uma cópia fantástica de limitações e de ingerências dantes desconhecidas. O Poder Público assumiu a função de promotor das mais variadas iniciativas no campo social e econômico, exigindo dos particulares, demais disso, ajustamento de suas condutas aos desideratos absorvidos como finalidades coletivas. Este fenômeno, disseminado em todas as partes, no Brasil está francamente abrigado nas implicações do art. 170 da Carta Constitucional, onde se estatui que "a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)", cujas realizações, obviamente, fazem presumir uma atuação intensa e omnímoda.

(5) A transposição do Estado de Bem Estar Social, de índole intervencionista, para o Estado Democrático de Direito, a queda do Muro de Berlim em 1989, a desconstituição de URSS em 1991, encerra-se o que Hobsbawm chamou de breve século XX. (cf. A era dos extremos. O Breve Século XX: 1914-1991, Rio de Janeiro, Cia. das Letras, 1996).

Em face desta realidade moderna, o precitado Forsthooff observava, com grande clarividência, que *os mecanismos concebidos pelo Estado burguês para a defesa e garantia das liberdades individuais iriam se tornar insuficientes e inadaptados para enfrentara problemática gerada pela dilatação e aprofundamento das intervenções na vida social e econômica*.⁶

Nesse panorama, o processo administrativo passou a ser visto como instrumento de fundamental importância no resguardo dos direitos dos cidadãos, posto que obrigue o Poder Público, antes da emissão de seus atos, a observar determinados regramentos, dificultando, por isso mesmo, eventuais lesões a direitos daqueles.

Neste contexto, a Lei 9.784/99 estipulou várias formas de participação individual ou coletiva dos administrados no processo administrativo, ou seja, na tomada de decisões estatais. Essa possibilidade de participação efetiva do administrado na tomada de decisões da Administração, via processo administrativo, assegura maior legitimidade àquelas decisões e igualmente possibilita o controle e correção dessas mesmas decisões⁷.

Diga-se que é um instrumento da Democracia⁸.

(6) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 386-387.

(7) A Lei 9.784/99 cataloga, dentre os direitos dos administrados, o de ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos, conhecer as decisões proferidas (art. 3º, II e III). A legitimação para o início ou intervenção do processo administrativo passou a ser das pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação; aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada; as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos; e as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos (art. 9º, I a IV), possibilitou a realização de audiências públicas (art. 31) ou outros meios de participação dos administrados (art. 33), assegurando a estes, inclusive, a produção de provas (art. 36).

(8) O fenômeno da participação dos cidadãos nos desígnios da nação tem rompido fronteiras, saindo das questões meramente administrativas ou políticas e adentrando no campo jurisdicional. Exemplo disso é a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal também realizar audiências públicas nas ações de arguição de descumprimento de preceito fundamental (cf. Lei 9.882/99, § 1º, do art. 6º) e nas ações diretas de inconstitucionalidades (cf. Lei 9.868/99, § 1º, do art. 20), como, aliás, recentemente se fez no caso da Lei de Biossegurança, Lei 11.105/05 (cf. ADI 3510).

Assim, o processo administrativo deve ser visto como instrumento de controle dos atos produzidos pela Administração Pública. E como 'processo' que é, há a necessidade de se observar determinadas formas processuais ou procedimentais, fixadas de antemão como maneira de dar visibilidade e transparência aos atos praticados pelo Poder Público e segurança aos cidadãos.

Como leciona Mônica Toscano Simões, o respeito à forma é fundamental:

Isso porque, uma vez que a atuação administrativa esteja processualizada – o que significa dizer que os agentes públicos, para emitir atos, devem observar rigorosamente as normas processuais pertinentes –, é muito mais fácil acompanhar a formação do ato e constatar, se for o caso, a ocorrência de vícios. A regulação do processo administrativo representa um freio para a Administração Pública, já que através dele sua atuação resta submetida a intenso controle. Com efeito, se a função administrativa não fosse exercitada através de processo, o controle dos atos administrativos resultaria, quando não impossibilitado, ao menos bastante dificultado. A localização do vício encontraria, sem dúvida, maiores obstáculos⁹.

Oportuno relembrar a lição de Dinamarco, para quem a forma processual é garantia aos cidadãos e o formalismo é um estigma que deve ser repudiado e afastado.

São suas as palavras:

O direito processual é eminentemente formal, no sentido de que define e impõe formas a serem observadas nos atos de exercício da jurisdição pelo juiz e de defesa de interesses pelas partes. A exigência de formas no processo é um penhor da segurança destas, destinado a dar efetividade aos poderes e faculdades inerentes ao sistema processual (devido

(9) SIMÕES, Mônica Martins Toscano. **O processo administrativo e a invalidação de atos viciados**. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 58-59.

processo legal); o que se renega no direito formal é o *formalismo*, entendido como culto irracional na forma, como se fora esta um objeto em si mesmo. Forma é a expressão externa do ato jurídico e revela-se no *modo* de sua realização, no *lugar* em que deve ser realizado e nos limites de *tempo* para realizar-se. Opõe-se conceitualmente à *substância* do ato, que representa pelo seu conteúdo, varia caso a caso e corresponde ao encaminhamento a ser dado ao processo e ao litígio em cada situação específica.

(...)

Uma das características do processo civil moderno é o *repúdio ao formalismo*, mediante a flexibilização das formas e interpretação racional das normas que as exigem, segundo os objetivos a atingir¹⁰.

Calha esta observação, para que o operador do direito e o administrador, espelhando-se num passado recente, consigam enxergar os erros cometidos pela ciência processual, a fim de não levar para o processo administrativo, instituído que foi pela Lei 9.784/99 e outras, o formalismo que fizeram do processo brasileiro um fim em si mesmo, com constantes desprezos e ataques ao próprio direito material invocado pelas partes.

De outro turno, não se pode deixar de frisar o quanto estabelecido na própria Lei 9.784/99, em seu art. 1º, no sentido de que esta visa, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração¹¹. Vale dizer, além dos interesses gerais e individuais a proteger, o processo administrativo tem

(10) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 1. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 38-39.

(11) Poder-se-ia dizer que este é um legítimo interesse público secundário do Estado, em contrapartida ao interesse primário. Desta feita, os interesses secundários do Estado só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários. Para uma melhor compreensão de 'interesse público primário e secundário do Estado', cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 83 e BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 54-55.

por escopo ainda o resguardo do interesse da própria Administração, sistematizando a realização da função administrativa e de seus atos.

4. O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Quando se fala em 'processo administrativo' no Brasil, não significa, de forma alguma, a introdução em nosso sistema jurídico, do que alguns doutrinadores chamam de contencioso administrativo.

A expressão 'contencioso administrativo' é de origem francesa¹². Por razões históricas, os homens da Revolução Francesa eram hostis à intervenção dos tribunais judiciais nos litígios suscitados pela atividade administrativa. Via de consequência levaram a interpretação sobre o princípio da separação dos poderes às últimas consequências, proibindo os juízes de interferir com as autoridades administrativas e de conhecer os atos da Administração Pública francesa.

Assim, "O apego ao princípio da separação de poderes e a desconfiança em relação aos juízes do velho regime serviram de fundamento para a criação, na França, da jurisdição administrativa (o contencioso administrativo), ao lado da jurisdição comum, instituindo-se, dessa forma, o sistema da dualidade de jurisdição¹³". Esse sistema se espalhou para diversos outros países da Europa ocidental.

Invariavelmente, só são consideradas pertinentes ao contencioso administrativo as questões submetidas à decisão jurisdicional, segundo o direito administrativo. Vale dizer, ficam excluídas do contencioso administrativo, na maioria dos países que o adotam, aquelas matérias em que a Administração Pública esteja interessada, mas que serão resolvidas pela aplicação de normas de outros ramos do direito.

Falando essencialmente da jurisdição administrativa francesa, Jean Rivero noticia que ela foi atacada várias vezes pelos liberais no Séc. XIX, que viam nela uma sobrevivência do autocratismo napoleônico e um perigo para a segurança dos indivíduos em face da própria Administração

(12) Na Itália, prefere-se a expressão *giustizia amministrativa*; na Espanha, são muitos os autores que usam a expressão *derecho procesal administrativo*. Nos países anglo-saxônicos, há a *judicial review* das decisões das autoridades ou tribunais administrativos. Em Portugal, há o Código de Procedimento Administrativo. Cf. CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Vol. II. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 1242.

(13) DI PIETRO, Maria Silva Zanella. *Direito administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 26.

Pública, mas que esta “desenvolveu-se, no sentido de um aumento das garantias dadas aos particulares, a ponto de desarmar as críticas e de aparecer, a contar dos fins do séc. XIX, já não como um elemento ao serviço do arbítrio administrativo mas como um elemento de protecção jurídica dos administrados¹⁴”.

E conclui afirmando que essa “evolução fez-se no sentido de uma separação cada vez mais profunda entre os administradores activos e a jurisdição administrativa, e de uma aproximação entre esta e a jurisdição ordinária, no que toca ao processo seguido¹⁵”.

O contencioso administrativo se reveste de carácter ‘jurisdicional’, assim entendido como a manifestação de um órgão do Estado que tem por objeto resolver um conflito de interesse jurídico de maneira definitiva, com caso julgado.

Jean Rivero explica o funcionamento dessa dualidade de jurisdição no sistema francês:

A existência de uma organização jurisdicional especializada no julgamento dos litígios administrativos separada da jurisdição ordinária é um dos traços essenciais do sistema francês. Organização *jurisdicional*: trata-se de verdadeiros tribunais, que desempenham a função normal de qualquer juiz: dizer o direito em litígios que lhe são submetidos. Mas tribunais *administrativos*: do ponto de vista da sua estrutura possuem uma hierarquia própria, sem nenhuma ligação com a hierarquia judicial ordinária; do ponto de vista da sua competência, só conhecem do *contencioso administrativo*, ou seja, do conjunto das contestações nascidas da actividade administrativa, quando esta se exerce subordinada ao direito administrativo.

Existem pois em França duas *ordens de jurisdições*: a ordem judicial ordinária, que tem por topo o Tribunal da Cassação, e a ordem administrativa, sob a autoridade do Conselho de Estado¹⁶.

(14) RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina. 1981, p. 159.

(15) Ob. cit., pp-159-160.

(16) Ob. cit., pp. 155.

Em Portugal, com efeito, a Constituição consagra, desde a revisão constitucional de 1989, a jurisdição administrativa e fiscal como uma jurisdição constitucionalmente obrigatória, o que significa que o legislador ordinário não pode colocar o problema de saber se ela deve ou não existir. Existe em Portugal e está hoje consolidada, a exemplo do que sucede na França, na Alemanha ou na Itália, uma ordem jurisdicional administrativa e fiscal, constituída por verdadeiros tribunais, submetidos ao mesmo estatuto que a Constituição estabelece para os tribunais judiciais, e dotada de magistrados judiciais com o mesmo estatuto dos que exercem funções nos tribunais judiciais. Esta jurisdição deve dar resposta a todas as questões que, por imperativo constitucional, devem ser submetidas à sua apreciação.

Importante salientar que França e Portugal são países unitários, assim como a maioria dos países que adotaram o contencioso administrativo como regra. O Brasil é uma federação, com jurisdição una, mas com dois tipos de legislação: a federal e a dos estados. Aqui há uma clara submissão da Administração Pública aos tribunais judiciais e uma disposição constitucional, com características de cláusula pétrea, de inafastabilidade do controle judicial, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inc. XXXV da CF), circunstância que impediria, *a priori*, a constituição do contencioso administrativo no Brasil, como nós conhecemos, por exemplo, na França.

Assim, embora inexista no Brasil o contencioso administrativo, existe uma processualização da atividade administrativa. Deste modo, e justamente em razão do sistema jurídico brasileiro ter optado pela processualização da atividade administrativa, convém repensar sobre a aplicação ou não da preclusão administrativa e mesmo da coisa julgada administrativa, dando-lhe, evidentemente, significado e perfil adequado à natureza não jurisdicional dos atos praticados.

5. PROCESSO OU PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

Aceita a existência de processo no âmbito das atividades administrativas ou de administração, surge uma controvérsia – a de saber a denominação adequada – processo ou procedimento administrativo?

Não adentraremos aqui no estudo profundo e minucioso a respeito das doutrinas jurídicas que tratam do conceito destes institutos. Não voltaremos os olhos ao rigor terminológico imposto à ciência processual. Nosso intuito é o de apenas avaliar, sem descer a compartimentalização teórica destes conceitos, qual dos dois termos é de uso mais exato.

Num sentido comum, 'processo' é a soma de atos que se sucedem, objetivando determinado fim, enquanto 'procedimento' é o complexo dos atos que compõe o processo, ou seja, sucessão encadeada de atos dentro de um processo.

Mas processo no sentido jurídico implica vínculo entre os atos e vínculo jurídico entre as partes envolvidas; engloba direitos, deveres e faculdades na relação processual, judicial ou administrativa¹⁷.

Para Cintra, Grinover e Dinamarco, "O processo, então, pode ser encarado pelo aspecto de seus *atos* que lhe dão corpo e das relações entre eles e igualmente pelo aspecto das relações entre os seus *sujeitos*"¹⁸.

Ainda segundo os mesmos autores, "O procedimento é, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível"¹⁹.

Assim, processo pode ser realizado através de diferentes e diversos procedimentos.

No âmbito do direito administrativo em geral, aí se excluindo o direito tributário, previdenciário, disciplinar e ambiental, muito se utilizou a expressão 'procedimento' administrativo, guardando a palavra 'processo' quando envolto o aspecto eminentemente judicial.

Mas a CF/88 consagrou o termo 'processo' para significar a processualidade administrativa. No inc. LV do art. 5º consta 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".

Também em outros dispositivos, a Constituição Federal usa o termo processo para atuações no âmbito eminentemente administrativo, como por exemplo, no inc. XXI do art. 37 – processo de licitação – e no § 1º do art. 41 – processo administrativo disciplinar.

(17) Processo administrativo não se confunde com procedimento administrativo. O primeiro pressupõe a sucessão ordenada de atos concatenados visando à edição de um ato final, ou seja, é o conjunto de atos que visa à obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito administrativo; o segundo corresponde ao rito, conjunto de formalidades que deve ser observado para a prática de determinados atos, e é realizado no interior do processo, para viabilizá-lo. O processo pode realizar-se por diferentes procedimentos.

(18) CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 275.

(19) Ob. e loc. cit.

A Lei 9.784/99, igualmente, utiliza a expressão 'processo' administrativo, estabelecendo logo em sua ementa que esta lei "Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal"²⁰. E utiliza a expressão 'procedimento' em apenas três dispositivos, nitidamente referindo-se a rito: no art. 23, parágrafo único, com a expressão "curso regular do procedimento"; no art. 34, quando dispõe da "indicação do procedimento adotado"; e no art. 47, referindo-se ao "conteúdo das fases do procedimento".

Evidentemente que uma análise na doutrina nacional, como já se disse, se perceberá o uso corrente da expressão 'procedimento' administrativo em contraposição a 'processo', que mais largamente era utilizado quando a referência era no sentido judicial do termo, ou seja, 'procedimento administrativo' e 'processo judicial'. É certo que não havia uma lei geral que tratasse do processo administrativo, de modo que, com o advento da Lei, esse quadro deverá sofrer modificação substancial, utilizando-se a palavra processo, com seu qualificativo administrativo ou judicial.

Celso Antônio Bandeira de Mello adota as duas expressões, mas adverte que utiliza a expressão 'procedimento' por ser essa da tradição do nosso direito administrativo, não negando, entretanto, o acerto da expressão 'processo administrativo':

Temos, até o presente, nos referido a procedimento ou processo porque os autores e até as leis mencionadas divergem sobre a terminologia adequada para batizar tal fenômeno. Não há negar que a nomenclatura mais comum no Direito Administrativo é *procedimento*, expressão que se consagrou entre nós, reservando-se, no Brasil, o *nomem juris* processo para os casos contenciosos, a serem solutos por um "julgamento administrativo", como ocorre no "processo tributário" ou nos "processos disciplinares dos servidores públicos". Não é o caso de armar-se um "cavalo de batalha" em torno de rótulos. Sem embargo, cremos que

(20) A lei paulista 10.176, de 30-12-1998, dispõe que seu objetivo é regular "o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual", para logo em seu art. 1º, descrever que a lei regula os atos e 'procedimentos' administrativos. Também no Título IV da referida lei se utiliza a expressão 'procedimentos' administrativos.

a terminologia adequada para designar o objeto em causa é “processo”, sendo “procedimento” a modalidade ritual de cada processo. É provável, ou ao menos muito possível, que a partir da lei federal, em sintonia com ela, comece a se disseminar no País a linguagem “processo”. Quanto a nós, tendo em vista que não há pacificação sobre este tópico e que em favor de uma milita a tradição (“procedimento”) e em favor de outra a recente terminologia legal (“processo”), daqui por diante usaremos indiferentemente uma ou outra²¹.

É certo que há vários critérios para se desenvolver o tema sobre a correta expressão a ser utilizada, se processo ou procedimento, como o critério científico, ideológico, normativo ou mesmo lógico e racional.

Sérgio Ferraz e Adilson Dallari repelem, no critério lógico, o uso da palavra ‘procedimento administrativo’, argumentando ser preferível o jurista conservar o sentido das palavras que lhes dá o linguajar comum, mas que, se por um lado é possível ao Direito assumir o linguajar comum e atribuir-lhe, no contexto da ciência jurídica, um sentido diferente, por outro, o Direito não deve possibilitar a contradição de termos, a incerteza, a autofagia²².

Notadamente quanto ao critério ideológico, sustentam ainda os referidos doutrinadores que, por “imperativos axiológicos se impõe a inaceitação da generalização do uso do rótulo “procedimento administrativo” para indicar, a um só tempo, o *iter* que leva à formulação e exteriorização da vontade administrativa e a relação jurídica que as emoldura²³”, porquanto o processo, como relação jurídica que viabiliza e instrumentaliza o direito público subjetivo à solução imparcial dos litígios, mesmo quando o Estado seja parte, é fruto da própria idéia de cidadania e do Estado Democrático de Direito. E mais: a Constituição Federal outorgou aos processos administrativos a mesma índole substantiva que os processos judiciais, de modo a não se poder diminuir essa importância a uma expressão de índole estritamente instrumental e adjetiva, como é a expressão ‘procedimento administrativo’²⁴.

(21) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 455-456.

(22) FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 34.

(23) Ob. cit, p. 36.

(24) Ob. cit., p. 35

Somam-se a estes o critério normativo, já acima mencionado, de ordem imperativa, já que foi a Constituição Federal quem substantivou a forma, no art. 5º, inc. LV, processo administrativo. E uma vez mais a utilizou, na reforma trazida pela EC n. 45, de 8-12-2005, introduzindo o inc. LXXVIII ao referido art. 5º, para assegurar a todos, quer no âmbito judicial ou administrativo, a razoável duração do ‘processo’, não procedimento.

6. TIPOLOGIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Parece-me necessária uma explicação prévia a respeito deste tópico.

Quando se fala em tipologias, pressupõe-se o desenvolvimento anterior de um exercício classificatório. As classificações, como observou Genaro Carrió, não são verdadeiras ou falsas, mas simplesmente úteis ou inúteis. Suas verdadeiras vantagens ou desvantagens estão sujeitas ao interesse que orienta quem as formula e a sua abundância temática para representar um campo de conhecimento de uma maneira mais fácil de se compreender ou mais rica em consequências práticas desejáveis.

Advertiu Carrió:

Otras veces las discrepancias entre los juristas presuponen una creencia errónea sobre el papel o función que desempeñan las clasificaciones. Este es un vicio que no es privativo de los juristas, pero que asume entre ellos rasgos particularmente nocivos.

Tal vez ello se deba a que la teoría jurídica se maneja, en casi todos sus sectores, con clasificaciones heredadas, muchas de las cuales traen el aval de un enorme prestigio y de una tradición milenaria. Los juristas cree que esas clasificaciones constituyen la *verdadera* forma de agrupar las reglas y los fenómenos, en lugar de ver en ellas simples instrumentos para una mejor comprensión de éstos. Los fenómenos – se cree – deben acomodarse a las clasificaciones y no a la inversa.

Buena parte de las controversias entre juristas consisten en problemas de clasificación, abordados como si se tratara de cuestiones de hecho. No se advierte que no tiene sentido refutar como “falsa” una clasificación – o sus resultados – y

postular en su reemplazo otra “verdadera”, como si se tratara de dos modos excluyentes de reproducir con palabras ciertos parcelamientos y subdivisiones que están en la “naturaleza de las cosas”.

Las clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, con *serviciales* o *inútiles*; sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula, y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables.

Siempre hay múltiples maneras de agrupar o clasificar un campo de relaciones o de fenómenos; el criterio para decidirse por una de ellas no está dado sino por consideraciones de conveniencia científica, didáctica o práctica. Decidirse por una clasificación no es como preferir un mapa fiel a uno que no lo es. Porque la fidelidad o infidelidad del mapa tiene como *test* una cierta realidad geográfica, que sirve de tribunal inapelable, con sus ríos, cabos y cordilleras reales, que el buen mapa recoge y el mal mapa olvida. Decidirse por una clasificación es más bien como optar por el sistema métrico decimal frente al sistema de medición de los ingleses. Si el primero es preferible al segundo no es porque aquél sea verdadero y éste falso, sino porque el primero es más cómodo, más fácil de manejar y más apto para satisfacer con menor esfuerzo ciertas necesidades o conveniencias humanas.

Las disputas clasificatorias de los juristas pueden ser interminables si en lugar de allegar argumentos valorativos a favor de un modo de clasificar, los contendores se empeñan en mostrar que la clasificación propia - y no la ajena - refleja la verdadera “naturaleza de las cosas”, o es la única clasificación compatible con la “esencia” de los objetos clasificados. Mucho tiempo y mucha tinta se habrían ahorrado con sólo recordar cosas tan simples²⁵.

(25) CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 5ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, pp.98-100.

Assim, decidir-se por uma classificação é, como ensinou Carrió, semelhante à opção que se faça entre o sistema métrico decimal e o sistema de mediação dos ingleses, ou seja, se o primeiro é preferível em relação ao segundo, não é porque aquele seja verdadeiro e este falso, mas sim porque o primeiro é mais cômodo, fácil de manejar e mais apto a satisfazer, com menos esforço, certas necessidades ou conveniências práticas.

Portanto, tendo em linha de princípio que neste tópico não se busca a pretensão de exaurir ou criar, em qualquer nível ou significado, nenhuma classificação, mas por razões didáticas se pretende apenas descrever algumas tipologias do processo administrativo já traçados pela doutrina, para melhor compreensão e contextualização do tema em estudo.

Assim é que há distintas classificações de procedimento, que se agrupam em função de variados critérios, tais como²⁶:

a) procedimentos internos – são procedimentos que se desenrolam circunscritos à intimidade, à vida íntima da Administração;

b) procedimentos externos – são procedimentos dos quais participam os administrados;

c) procedimentos restritivos – procedimentos que podem ser meramente restritivos de direito ou sancionadores;

d) procedimentos ampliativos – procedimentos que seriam as lacunas, permissões, autorizações.

Sob outra perspectiva, podem-se catalogar os seguintes tipos de processos administrativos²⁷:

a) processo de expediente – é a que se dá a toda autuação que tramita nas repartições públicas, sem procedimento próprio ou rito sacramental. Não deve, por isso mesmo, gerar, alterar ou suprimir direitos

(26) Esta é a classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello. Ob. cit., p. 467.

(27) MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.p. 663-665.

dos administrados. Apenas encerra papéis, registra situações administrativas, recebe pareceres e despachos de tramitação ou meramente enunciativos de situações preexistentes, como nos pedidos de certidões ou apresentação de documentos.

b) processo de outorga – é todo aquele em que se pleiteia algum direito ou situação individual perante a Administração Pública. Normalmente possui rito estabelecido, com possibilidade de contraditório ou oposição de terceiros ou da própria Administração. São exemplos desse tipo de processo o licenciamento ambiental, licenciamento de atividades e exercício de direitos, registro de marcas e de patentes, de concessão ou permissão, etc.;

c) processo de controle – é aquele em que a administração realiza verificações e declara situação, direito ou conduta do administrado ou do servidor, com natureza vinculante para as partes. Possui rito próprio e quando nele se deparam com práticas irregulares, exige oportunidade de defesa do interessado. São exemplos deste tipo de processo, a prestação de contas, o lançamento tributário e a consulta fiscal;

d) processo punitivo interno ou externo – é todo aquele promovido pela Administração Pública para a imposição de penalidade por infração à lei, regulamento ou contrato. Devem ser necessariamente contraditórios, com observância do devido processo legal. Nessa modalidade se incluem todos os processos que visem à imposição de alguma sanção ao administrado, ao servidor (processo administrativo disciplinar) ou a quem eventualmente esteja vinculado à Administração Pública.

Odete Medauar²⁸ propõe a tipologia, sob dois aspectos, para os processos administrativos.

a) processos administrativos em que há controvérsias, conflito de interesse, que se subdividiriam em:

(28) MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 9ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 200.

- processos administrativos de gestão, como as licitações, os concursos de ingresso ao serviço público, o concurso de movimentação nas carreiras;
- processos administrativos de outorga, como o licenciamento ambiental, licenciamento de atividades e exercício de direitos, registro de marcas e de patentes;
- processos administrativos de verificação ou determinação, como as prestações de contas;
- o processo administrativo de revisão, sendo exemplo os recursos administrativos, as reclamações e as impugnações de lançamento;

b) processos administrativos em que há acusados, como os processos sancionadores ou punitivos que, por sua vez, se divide em:

- internos, quais sejam, os processos disciplinares em que são indiciados servidores e alunos de escolas públicas;
- externos, que visam apurar infrações, descumprimento de normas e aplicar sanções, como as infrações decorrentes do poder de polícia, infrações fiscais, ou contratuais, incluídas as concessionárias e infrações contra a ordem econômica.

A verificação dos tipos ou espécies de processos, ainda que sem maiores delongas doutrinárias a respeito, é de fundamental importância para este estudo, pois a incidência dos princípios que informa tal ou qual tipo de processo administrativo poderá variar caso a caso.

7. PROCESSO ADMINISTRATIVO E A LEI 9.784/99

Vimos em tópico anterior sobre os objetivos e finalidades primordiais do processo administrativo, sendo o primeiro resguardar direitos dos administrados, de modo que, existindo formalidade a ser cumprida pela Administração, o processo administrativo não revela surpresa para o destinatário do ato, ou seja, impõe forma obrigatória para certos atos como

a instauração, a produção de provas e o julgamento. E o segundo assegurar a transparência da Administração Pública, permitindo ao administrado ou particular contestar judicialmente a atuação administrativa e tornar acessível ao conhecimento por quem de direito, de tudo quanto motive o ato final.

Neste item discorreremos sobre alguns aspectos relevantes da Lei 9.784/99 e as introduções advindas no sistema jurídico brasileiro.

A Lei 9.784/99 estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, estando sua aplicação, *a priori*, excluída do âmbito estadual e municipal, assunto que retornaremos em tópico próprio. É evidente que esta lei deve ser aplicada aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa, embora estes Poderes exerçam apenas atipicamente as funções administrativas.

Houve o cuidado do legislador federal ordinário de respeitar as normas que disciplinam os processos específicos, aos quais a Lei 9.784/99 se aplica apenas de modo subsidiário. Portanto, as normas legais que disciplinam outras matérias, como, por exemplo, o processo de licitação²⁹, o processo tributário, o processo disciplinar³⁰, o processo de ambiental³¹.

O § 1º do art. 1º da referida lei dá o indicativo acima mencionado, sobre os fins da norma em comento, pois dispõe de maneira expressa que ela tem por finalidade especial a “proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração”.

Também a Lei 9.784/99 define quem é autoridade como sendo o servidor ou agente público dotado de poder de decisão. Essa circunstância acabou por facilitar o administrado, pois, sabendo quem é a autoridade pública

(29) Em se tratando de recurso administrativo interposto em sede de procedimento licitatório, a sistemática a ser observada é a da Lei n. 8.666/93 (Capítulo V – Dos Recursos Administrativos), presente a ressalva inserida na parte final do art. 57 da Lei n. 9.784/99. Hipótese que evidencia a impropriedade de recurso hierárquico dirigido a Ministro de Estado (STJ, 1ª Seção, AgRG no MS 11.520/DF, rel. Min. João Otávio Noronha, j. em 14-06-2006).

(30) A Lei 8.112/90, ao estabelecer regulamentação específica para o processo disciplinar dos servidores públicos por ela regidos, admite aplicação apenas subsidiária da Lei 9.784/99. Se não há previsão na Lei 8.112/90 para o oferecimento de alegações finais pelo acusado antes do julgamento, não cabe acrescentar nova fase no processo para tal fim com base na lei genérica. (STJ, 3ª Seção, MS 11.221/DF, rel. Min. Félix Fischer, j. em 14-06-2006).

(31) Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

determinada, será possível a fixação da competência de ação mandamental, sem os percalços de recusa da autoridade apontada como coatora, na prática de determinado ato, ou de responsabilidade sobre ele. Ademais, também facilitará o encaminhamento do administrado às repartições públicas, pois de antemão poderá saber quem é o agente com poder de decisão.

A Lei 9.784/99 catalogou de modo expresso uma gama variada de princípios, que também serão objetos de estudos adiante, impondo à Administração Pública estreita obediência a eles. Com efeito, os princípios estabelecem uma direção estimada de atuação, dão um sentido axiológico, de valoração e de espírito na realização das funções e finalidades da Administração Pública. Assim, os princípios exigem que tanto a lei como os atos administrativos, ou dito de outro modo, que a Administração Pública, na realização dos atos administrativos respeitem os seus limites.

Note-se que, segundo a disposição constante no *caput* do art. 2º da Lei 9.784/99, os princípios ali indicados, bem como outros em verdadeiros estado de latência ou não positivados, não expressos, devem ser obedecidos pela Administração Pública em toda sua atuação, e não apenas na prática dos procedimentos que devem compor o processo administrativo. Por isso, qualquer decisão a ser tomada pela Administração Pública, deve ser segundo os princípios constitucionais e legais aplicáveis à atividade administrativa específica.

O processo administrativo, sob os influxos da Lei Federal, pode ser instaurado de ofício, pela própria Administração Pública ou mediante requerimento ou provocação do interessado. A instauração de processo administrativo é um dever da Administração, sempre que tomar conhecimento de algum evento que possa produzir lesão ao interesse por ela gerido ou especificado por lei como apto a acarretar consequência dessa ordem³².

(32) Para Celso Antônio Bandeira de Mello, é obrigatória a instauração de um processo administrativo: a) sempre que um interessado provocar manifestação administrativa; b) quando a providência administrativa a ser tomada, tendo efeitos imediatos sobre o administrado, envolver a privação da liberdade ou de bens; c) quando a providência administrativa a ser tomada disser respeito a matéria que envolva litígio, controvérsia sobre direito do administrado ou implique imposição de sanção; d) quando a Constituição Federal diretamente o exigir, como é o caso do procedimento dos concursos públicos para admissão de pessoal, na aquisição de bens, obras, serviços, alienações, e nas concessões e permissões de serviço público; e) quando a lei ou ato administrativo o previrem. BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., pp. 478-479.

A Lei 9.784/99 estipula uma série de direitos e deveres dos administrados³³, como também para a Administração Pública, como a que lhe veda recusar imotivadamente o recebimento de documentos, devendo sempre orientar o interessado quanto à necessidade de suprir eventuais falhas³⁴.

Outra novidade da lei em referência é a respeito dos legitimados no processo administrativo: as pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação; aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada; as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos; as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos³⁵.

Com relação às intimações, a Lei 9.784/99 mencionou que podem ser feitas por ciência nos autos, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama e mesmo por outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado³⁶, podendo ser aqui incluídas as mensagens eletrônicas igualmente com aviso de recebimento, devendo respeitar sempre, um prazo mínimo de três dias da ciência à realização do ato.

Já quanto aos prazos processuais, estes começam a correr a partir da data da cientificação oficial, excluindo-se da contagem o dia do começo e incluindo-se o do vencimento, tal como a norma que rege os

(33) Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados: I - ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações; II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas; III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente; IV - fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.

Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo: I - expor os fatos conforme a verdade; II - proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé; III - não agir de modo temerário; IV - prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.

(34) Art. 6º, parágrafo único.

(35) Art. 9º.

(36) Arts. 26 e 28.

processos judiciais, civil ou criminal, salvo se nele não houver expediente ou este for encerrado antes da hora normal, caso em que será prorrogada ao primeiro dia útil seguinte. Os prazos expressos em dias serão contados de modo contínuo e salvo motivo de força maior devidamente comprovado, os prazos processuais não se suspendem³⁷.

Dentro de uma seqüência lógica do procedimento, é possível verificar os seguintes prazos referidos na lei em comento:

a) não havendo disposição específica, devem ser praticados em cinco dias os atos do órgão ou autoridade responsável pelo processo e dos administrados que dele participem, salvo motivo de força maior, podendo ser prorrogado até o dobro, mediante comprovada justificação (art. 24);

b) as intimações em geral, a realização de provas ou diligências, serão realizadas com antecedência mínima de três dias úteis (arts. 26 e 41);

c) é de quinze dias o prazo para emissão de parecer dos órgãos consultivos, salvo norma especial ou comprovada necessidade de maior prazo (art. 42);

d) é de dez dias o prazo para o interessado se manifestar, após encerrada a instrução, salvo se outro prazo for legalmente fixado (art. 44);

e) é de trinta dias o prazo para a Administração Pública decidir, após concluída a instrução de processo administrativo, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada (art. 49);

f) é de dez dias o prazo para o interessado interpor recurso administrativo (art. 59);

g) é de cinco dias úteis o prazo para que os demais interessados apresentem alegações em caso de recurso (art. 62);

h) é de cinco dias o prazo para a autoridade administrativa que proferiu a decisão reconsiderá-la, a qual, se não a reconsiderar, o encaminhará à autoridade superior (art. 56, § 1º);

i) é de trinta dias o prazo para decisão do recurso administrativo, se a lei não fixar prazo diferente, podendo ser prorrogado por igual período, ante justificativa explícita (art. 59 e §§);

j) é de cinco anos, contados da data em que foram praticados, o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, salvo comprovada má-fé (art. 54).

(37) Arts. 66 e 67.

A Lei 9.785/99 não reconheceu o instituto da revelia, como o processo civil brasileiro, mas incorporou inúmeras regras e princípios dos processos judiciais.

Vale registrar, apenas como aproximação histórica, que em Portugal há o Código de Processo Administrativo³⁸, recentemente reformado, e que introduziu uma aproximação ao processo civil em todos os aspectos que não requeiram um tratamento processual específico que advenha da natureza administrativa da causa.

Por outro lado, o novo regime português pretendeu evitar que razões formais impeçam a efetiva apreciação material da causa, bem como possibilitar que num único processo possam ser suscitadas todas as questões que o particular entenda necessárias para a tutela da sua pretensão, passando a ser admissível apresentar perante os tribunais administrativos todo o tipo de pedidos tendentes à tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos do autor, à semelhança do que se passa na cumulação de pedidos do processo civil.

Paralelamente, estão subjacentes à reforma do modelo de contencioso administrativo objetivos de celeridade, simplificação e flexibilidade processual, bem como de igualdade das partes em juízo, consagrando um rol de meios processuais urgentes³⁹.

Essa aproximação entre o processo administrativo e o processo judicial ocorrida tanto em Portugal, que adota o contencioso administrativo quanto no Brasil, que não o adota, mas introduziu importante diploma legal que regulamenta o processo administrativo, esta em que a teoria do processo é cientificamente uma, independentemente do ambiente estatal onde deva ela ser realizada.

8. FASES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E A LEI 9.784/99

Nos itens precedentes vimos, dentre outras coisas, a tipologia dos processos administrativos e também parte do conteúdo das disposições constantes da Lei 9.784/99.

(38) Sabe-se que um código é um diploma que reúne, de forma sintética, científica e sistemática, as normas de um determinado ramo de Direito ou, pelo menos, de um sector importante de um ramo de Direito. O Código Administrativo Português, entretanto, apenas abarca uma parcela limitada, embora importante, do Direito Administrativo lusitano.

(39) Cf. a Lei n. 13/2002, de 19 de Fevereiro, e a Lei n. 15/2002, de 22 de Fevereiro, que aprovaram, respectivamente, o novo Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais e o Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

Verificou-se os diversos tipos ou espécies de processos administrativos, como também ficou registrado que a Lei 9.784/99 é de aplicação subsidiária aos processos administrativos regidos por leis específicas, de modo que aqueles continuarão a ser regidos por lei própria, aplicando-se a Lei 9.784/99 somente quando a lei específica contiver lacuna.

Cada fase do processo administrativo representa um conjunto de atos e fatos jurídicos que desempenham um papel homogêneo quanto ao ato final. Dependendo da tipologia do processo haverá fases diversas, respeitada cada qual as particularidades próprias, mas sempre tendo em mente que esses atos e fatos se dirigem todos ao alcance das finalidades mencionadas alhures.

Com efeito, o processo administrativo envolve uma sucessão coordenada de atos, seqüenciados, com vistas à formação da manifestação da vontade final e decisória da Administração Pública. Só é possível atingir as finalidades inspiradoras do processo administrativo, se for percorrido todo o *iter* procedimental, pois essas fases estão profunda e intimamente relacionadas com os mais diversos princípios que informam o processo administrativo.

Neste sentido, leciona Mônica Simões, que o desenvolvimento de cada fase do processo administrativo terá variações em virtude do ato final a ser produzido, e explica:

A instauração ora ocorre de ofício, ora por iniciativa do interessado; a instrução é certamente mais acentuada e complexa nos casos de processos *restritivos sancionadores*; a competência para proferir a decisão processual varia caso a caso; a fase de controle não se faz presente em todas as espécies de processo administrativo; por fim, a comunicação por vezes pode realizar-se via Imprensa Oficial e por vezes há de ser pessoal, de forma a efetivamente assegurar ao interessado a ciência da decisão⁴⁰.

(40) SIMÕES, Mônica Martins Toscano. *O processo administrativo e a invalidação de atos viciados*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 107.

Todavia, cada qual com sua feição própria, essas etapas procedimentais são chamadas pela doutrina de fases do processo administrativo. Portanto, deve-se ter em mente que as 'fases do processo' designam conjuntos de atos procedimentais, lógica e juridicamente agrupados, vocacionados homogeneamente à realização de fins específicos, mas já marcados todos pelo compromisso final de uma consecução acertada e justa.

Pode-se afirmar que há três fases no processo administrativo, embora se admita que, dependendo das espécies de processos, as fases podem ser variadas.

De qualquer sorte, tratando do processo administrativo convencional, e o introduzido pela Lei 9.784/99, a doutrina não possui grandes discrepâncias a respeito dessas fases, e normalmente separam-nas em fase de instauração ou inicial, fase instrutória e a fase decisória ou de julgamento.

A fase inicial ou de instauração é onde se situa o ponto de partida do processo. Segundo o art. 5º da Lei 9.784/99, "O processo administrativo pode iniciar-se de ofício ou a pedido de interessado." Com efeito, há processos que se iniciam por incumbência da própria Administração Pública, como as licitações e concursos públicos, por exemplo. Noutras hipóteses, essa iniciativa decorre do particular, quando, por exemplo, pretende uma licença para construir.

Essa fase inicial ou de instauração começa com a apresentação escrita de fatos e indicação do direito que ensejam o processo. Decorre de portaria, auto de infração, representação de pessoa interessada ou despacho da autoridade competente. É essencial a descrição dos fatos, de modo a delimitar o objeto da controvérsia e a permitir a plenitude da defesa.

Neste sentido, doutrina Sérgio Ferraz e Adilson Dalari, que, se tratando de instauração do processo administrativo de ofício, mister a descrição exata dos fatos, por impor uma série de consequências jurídicas:

Assim, pode ela exteriorizar-se mediante decreto, portaria, auto de infração, notificação, representação, despacho, ordem de serviço, etc. Sempre e sempre, o veículo será um ato administrativo de carga determinativa: a instauração não contém a manifestação opinativa ou dispositiva. Ela se cristaliza num mandamento, que deflagra, desde sua edição, efeitos e impulsos incoercíveis, eis que timbrado o processo

administrativo também pelos princípios da oficialidade e da inquisitorialidade. Daí a imprescindibilidade, pena de nulidade até, de o ato descrever nitidamente os fatos, a capitulação tipológica e sancionatória em tese aplicáveis, a identificação da autoridade deflagradora etc.

Cremos não mais prevalecer após a Constituição de 1988 a idéia de que a autoridade administrativa, em caso de instauração de ofício, poderia limitar-se a descrições genéricas dos fatos ou condutas a serem objetos do processo, carecendo de relevância a tipificação do comportamento, a classificação e seu enquadramento sancionatório. Esse processo administrativo “discrecionário” não sobreviveu aos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal. E isso vale, inclusive, para os processos administrativos ditos *internos* (i.e., que se desenvolvam estritamente no âmbito administrativo, sem qualquer interferência em direitos e interesses dos administrados como tais), eis que estão eles sujeitos a mecanismos de controle, que só se revelam eficazes e eficientes quando a atividade controladora se estrutura com transparência, boa-fé, legalidade, moralidade, razoabilidade e proporcionalidade⁴¹.

Relativamente ao início do processo por iniciativa do particular, a lei do processo administrativo fez exteriorizar de modo correto o direito de petição, garantido pela Constituição Federal (art. 5º, XXXIV), razão por que o parágrafo único do art. 6º da Lei 9.784/99 estipulou, como complemento daquele direito de petição, que “É vedada à Administração a recusa imotivada de recebimento de documentos, devendo o servidor orientar o interessado quanto ao suprimento de eventuais falhas”.

A segunda fase do processo administrativo é a instrução. Esta fase é de elucidação dos fatos, marcada pela produção de provas, com a participação do interessado, em face do princípio constitucional da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

(41) FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abre. **Processo administrativo**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 92.

Vale registrar que nessa fase se colhem todos os elementos de fato e de direito que possibilitem uma tomada de decisão justa e correta, podendo se incluir neste contexto a realização das audiências públicas, formulação de pareceres técnicos ou jurídicos e alegações de defesa.

Essa fase instrutória, descreve o art. 29 da Lei 9.784/99, são “destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão, realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias.” Decorre deste texto a viabilidade da autuação probatória no âmbito do processo administrativo ser a mais ampla possível, baseada, inclusive, no princípio da oficialidade e publicidade.

A terceira e última fase do processo administrativo, a fase decisória ou de julgamento, é o ápice do procedimento, uma vez que impõe o dever de decisão por parte da Administração Pública⁴². Neste sentido, leciona Mônica Simões que “emitir decisão acerca do processo administrativo não é uma faculdade da Administração, mas sim uma *competência-dever*. E mais: por exigência absoluta do princípio da motivação, a decisão deve ser explícita, isto é, deve conter todos os fundamentos fático-jurídicos que a embasam (art. 48).”⁴³

Aqui, a decisão pode ser unipessoal ou colegiada, encontrando-se nessa fase os elementos necessários a lhe dar eficácia, como a notificação, a publicação, a homologação ou a aprovação do que decidido, pois não podem ser considerados ínsitos à própria decisão.

Importa deixar anotado que a EC n. 45/2005 introduziu o inc. LXXVIII ao art. 5º, assegurando a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação. Esse texto reforça a idéia de que, tal qual o processo judicial, o processo administrativo não deve sofrer demoras indesejáveis, com práticas de atos e provas procrastinatórios, ou mesmo demora em decidir.

(42) Dispõe os arts 48 e 49 da Lei 9.784/99: Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência. Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

(43) SIMÕES, Mônica Martins Toscano. *O Processo administrativo e a invalidação de atos viciados*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 109-110.

9. PROCESSO ADMINISTRATIVO E SEUS PRINCÍPIOS

Em razão da organização do Estado e pelo fato deste assumir funções variadas e primordiais à coletividade, no interesse exclusivo desta, fez-se necessário criar e aperfeiçoar um sistema jurídico que fosse capaz de reger e viabilizar a execução de tais funções, buscando atingir da melhor maneira possível o interesse público visado. A execução de funções exclusivamente administrativas constitui, assim, o objeto do Direito Administrativo, ramo do Direito Público.

Mesmo não havendo na doutrina, um consenso sobre o conceito de Direito Administrativo, mormente em face sua extrema amplitude, é possível dizer, com Hely Lopes Meirelles⁴⁴, que direito administrativo é o conjunto de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas, que buscam realizar de modo concreto, direta e imediatamente os fins perseguidos e desejados pelo Estado.

Devido à natureza dos interesses primários do Estado, que essencialmente é a realização do bem estar da sociedade, são conferidos à Administração Pública certos e determinados direitos e obrigações, que não se estendem aos particulares em geral. Deste modo, logo se vê que a Administração Pública acaba por ficar numa posição de superioridade em relação aos particulares.

A Administração Pública, na maioria de suas relações, possui um regime jurídico diferenciado, que lhe é atribuído justamente para que ela possa exercer, de forma eficaz, as funções determinadas. Neste sentido, o interesse público está sobreposto a interesses meramente particulares. A esse regime denominou-se Regime Jurídico Administrativo.

De um modo geral, os princípios são regramentos que surgem como parâmetros para a interpretação das demais normas jurídicas. Têm a função de oferecer coerência e harmonia para o ordenamento jurídico. Quando houver mais de uma norma num mesmo sentido, deve-se seguir aquela que mais se compatibiliza com os princípios estabelecidos e adotados pela Constituição Federal.

Os Princípios não são meras declarações de intenção. São normas que determinam condutas obrigatórias ou impedem comportamentos incompatíveis com eles. Os princípios representam valores.

(44) MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 38.

A propósito disso, doutrina Celso Antônio Bandeira de Mello que:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada⁴⁵.

Os princípios indicam a direção na qual está situada uma determinada regra jurídica. São pautas orientadoras da normatização e também servem para justificar decisões jurídicas. Os princípios estabelecem uma direção, um sentido axiológico, de valoração, de espírito. Os princípios exigem que tanto a lei como o ato administrativo respeite seus limites, porque os princípios também são normas⁴⁶ e por isso mesmo determinam condutas obrigatórias ou ao menos impedem a adoção de comportamentos com eles incompatíveis.

(45) Ob. cit., p. 902-903

(46) GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, *passim*.

Ademais, cada princípio corresponde a uma função específica, própria. Mas possui outras funções, como a de gerar normas, orientar a interpretação, inibir a eficácia de norma que o contrarie, suprir a falta de norma, regular o sistema e projetar o texto sobre a sociedade⁴⁷.

Dada a relevância dos princípios jurídicos e há que se considerar a pluralidade e a diversidade deles, sendo uns mais amplos que outros ou aplicáveis à totalidade do ordenamento, enquanto outros são aplicados apenas a determinadas situações específicas, ou a determinados ramos do direito, como por exemplo, princípios do direito penal, do direito processual, do direito civil, evidencia-se agora, nesta fase do trabalho, a necessidade de selecionar os princípios específicos do direito administrativo, notadamente do processo administrativo.

Registre-se, vez mais, a advertência de Genaro Carrió, transcrita em tópico precedente, de que as classificações não são válidas ou inválidas, mas úteis ou inúteis. Isso porque os doutrinadores nacionais, de certo modo, cada qual à sua maneira, utilizam uma classificação determinada para os princípios jurídicos do processo administrativo, vez por outra incorporando um princípio em outro, ou extraindo de um deles um novo princípio.

Feita essa advertência, a descrição a seguir tem apenas cunho didático e prático para os fins deste trabalho, qual seja, o de dar uma visão panorâmica ao processo administrativo, sem pretensão de esgotar os temas aqui desenvolvidos, limitados à sua própria finalidade acadêmica.

Relativamente à Administração Pública, os princípios que essa deve seguir estão dispostos no art. 37, *caput*, da CF/88. É certo que o disposto no referido artigo constitucional é rol meramente exemplificativo.

Existem outros princípios que poderão ser invocados pela Administração, como o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, o princípio da isonomia, o princípio da razoabilidade, entre outros.

Com relação à sua abrangência, os princípios básicos da Administração alcançam a Administração Pública direta e indireta de quaisquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, possuindo, portanto, alcance amplo.

(47) CUNHA, Sérgio Sérvulo. **Princípios constitucionais**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 191.

9.1. Princípio da Legalidade

Diz o art. 5º, II da CF, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Portanto, a norma é a base de toda a administração pública, seja ela direta, indireta ou fundacional. Ao lado da norma, depara-se com preceitos gerais, que a Constituição cunhou de princípios da administração pública. Toda a atividade administrativa é firmada na lei, de maneira que a Administração, por dever, não pode jamais dispor dos interesses públicos. Deve só conduzi-los a contento a fim de atingir a meta a que se destinam.

A lei ou mais precisamente o sistema legal é o fundamento jurídico de toda e qualquer ação administrativa. A expressão legalidade deve, pois, ser entendida como ‘conformidade ao direito’, adquirindo então um sentido extenso.

Na verdade, o princípio da legalidade representa uma garantia para os administrados, pois, qualquer ato da Administração Pública somente terá validade se respaldado em lei, em sua acepção ampla. Representa um limite para a atuação do Estado, visando à proteção do administrado em relação ao abuso de poder.

O princípio da legalidade apresenta um perfil diverso no campo do Direito Público e no campo do Direito Privado. No Direito Privado, tendo em vista seus interesses, as partes poderão fazer tudo o que a lei não proíbe; no Direito Público, diferentemente, existe uma relação de subordinação perante a lei, ou seja, só se pode fazer o que a lei expressamente autorizar ou determinar⁴⁸.

Como desdobramentos de tal princípio, norteador da elaboração de nosso texto constitucional, encontramos em toda a Constituição suas expressões específicas, como, por exemplo, a legalidade penal (art. 5º, inc. XXXIX), a legalidade tributária (art. 150, inc. I), entre outros.

O princípio em estudo, não obstante sua larga aplicação apresenta algumas justificáveis restrições, como por exemplo, no uso das medidas provisórias e no Estado de sítio e estado de defesa⁴⁹.

(48) Tal idéia toma como alicerce a célebre lição do jurista Seabra Fagundes, sintetizada na seguinte frase: “administrar é aplicar a Lei de ofício” (FAGUNDES, Seabra. **O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 3ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 1957, *passim*.)

(49) São situações de anormalidade institucional. Representam restrições ao princípio da legalidade porque são instituídos por um decreto presidencial, que pode ampliar os poderes da Administração, autorizando ou determinando a prática de atos sem respaldo legal.

Concluindo, a legalidade não se subsume apenas à observância da lei, mas sim a todo o sistema jurídico, ou ao Direito. Por exemplo, no processo administrativo devem ser obedecidas as regras do devido processo legal, em virtude do princípio da legalidade, a qual a Administração Pública se encontra submetida, por expressa determinação da Constituição⁵⁰. Como também “Ao processo administrativo devem ser aplicados os princípios constitucionais insculpidos no artigo 37 da Carta Magna⁵¹”.

9.2 Princípios da Impessoalidade

Pode-se dizer que o princípio da impessoalidade deve ser visto sob dois prismas distintos, qual seja, em relação aos administrados e em relação à própria Administração Pública.

Em relação aos administrados, significa que a Administração Pública não poderá atuar discriminando pessoas de forma gratuita, a não ser que esteja presente o interesse público. Com efeito, a Administração deve permanecer numa posição de neutralidade em relação às pessoas privadas. Conforme o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, a atividade administrativa deve ser destinada a todos os administrados, sem discriminação nem favoritismo, constituindo um desdobramento do princípio da igualdade.

Sob esta ótica, é possível subdividir o princípio da impessoalidade com outros princípios. Assim, o princípio da impessoalidade estaria relacionado ao princípio da finalidade, pois a finalidade se traduz na busca da satisfação do interesse público, interesse que se subdivide em primário (conceituado como o bem geral) e secundário (definido como o modo pelo qual os órgãos da Administração vêem o interesse público)⁵².

Também não seria de todo modo desarrazoado a ligação do princípio em foco com o princípio da isonomia, que determina tratamento igual a todos perante a lei⁵³.

(50) Cf. STJ, MS 10.756, rel. Min. Paulo Medina, j. em 24-5-2006.

(51) STJ, REsp. 687.947, rel. Min. Castro Meira.

(52) MEIRELLES, Hely Lopes, ob. cit., *passim*.

(53) Aqui, transpareceria uma isonomia meramente formal, mas contestada por parte da doutrina, que pugna, de acordo com a evolução do Estado de Direito, pela crescente necessidade de busca da isonomia material, concreta, pelo Poder Público.

Em razão dessas concepções é que José Afonso da Silva faz ainda alusão à estreita ligação do princípio da impessoalidade com a imputação, por agirem os servidores consoantes a vontade e em nome da Administração, de modo que seus atos são imputados ao Poder Público⁵⁴.

Consoante a relação do princípio da impessoalidade com a própria Administração Pública, tem-se a afirmar que a responsabilidade dos atos administrativos praticados não deve ser imputada ao agente, e sim à pessoa jurídica – Administração Pública direta ou indireta. Segundo o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Tal interpretação é feita com base na Teoria do Órgão, pela qual a Administração é um todo; é um organismo, dividido em órgãos despersonalizados, para otimização das funções executadas pelo organismo, e, sendo assim, de responsabilidade deste, que se personifica nas pessoas jurídicas da Administração Direta e Indireta.

Esse princípio é aplicável ao processo administrativo e também ao processo judicial e se exterioriza na prática de atos e decisões neutras e imparciais.

Por isso que a Lei 9.784/99 trouxe em seu bojo capítulo específico tratando do impedimento e da suspeição⁵⁵, de modo que, por exemplo, é

(54) SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 651.

(55) Capítulo VII - Dos Impedimentos e da Suspeição

Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que: I - tenha interesse direto ou indireto na matéria; II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau; III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

Art. 19. A autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve comunicar o fato à autoridade competente, abstendo-se de atuar. Parágrafo único. A omissão do dever de comunicar o impedimento constitui falta grave, para efeitos disciplinares.

Art. 20. Pode ser argüida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.

Art. 21. O indeferimento de alegação de suspeição poderá ser objeto de recurso, sem efeito suspensivo.

impedido de atuar no processo administrativo de qualquer espécie o agente público que tenha interesse direto ou indireto na matéria, inclusive quando parente e afins, até o terceiro grau, venha a participar como testemunha.

Já a suspeição decorre da amizade íntima ou inimizade do agente público com algum dos interessados do processo ou seus respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.

9.3 Princípio da Moralidade

De acordo com a moderna doutrina, e com a jurisprudência, a imoralidade administrativa surge como uma forma de ilegalidade, cabendo ao Judiciário controlar a moralidade dos atos da Administração, respeitada, por óbvio, a inércia da jurisdição. Conseqüentemente, ao responsável pela prática de atos que ofendem ao princípio da moralidade, é cabível sua responsabilização com base na Lei n. 8.429/92, que define nos seus arts. 9º a 11, de forma meramente exemplificativa, os atos de improbidade administrativa, notadamente aqueles que importem violação de princípios, objeto desta parte neste estudo (art. 11 da Lei 8.429/92).

Portanto, quando se enfoca o princípio da moralidade, verifica-se a sua abrangência relacionada com o direito material, ou seja, substantivo, e não com o direito processual. No campo processual, decorre desse princípio da moralidade o seu efeito instrumental, chamado de princípio da boa-fé processual dada a estreita vinculação com a idéia de probidade, incluída nessa a probidade processual.

No ângulo do administrado ou interessado no processo administrativo, a Lei 9.784/99 impõe vários deveres dele para com a Administração Pública, sem prejuízo em outros que podem ser previstos em atos normativos secundários, tais como o de expor os fatos conforme a verdade, proceder com lealdade e boa-fé, não agir de modo temerário e o de colaborar para o esclarecimento dos fatos⁵⁶.

Pode-se dizer, em contrapartida, em face do princípio da igualdade, que esses deveres também devem ser aplicados à Administração Pública frente o administrado, durante o trâmite de eventual processo administrativo⁵⁷.

(56) Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo: I - expor os fatos conforme a verdade; II - proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé; III - não agir de modo temerário; IV - prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.

(57) Cf. art. 2º, parágrafo único, inc. IV da Lei 9.784/99: A Administração Pública obedecerá, no processo administrativo, o critério de atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé.

É certo que inexistente lei de natureza administrativa que contenha disposição semelhante ao do processo civil brasileiro, especificamente aquela constante dos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil, de imputar responsabilidade àquele que atua com má-fé processual. O princípio da auto-tutela não chegou a tanto, porquanto eventual penalidade seria imposta apenas numa única via, qual seja, a da Administração para o administrado que litigasse com ofensa à boa-fé, pois seria pouco provável que este conseguisse, no processo administrativo, que a própria reconhecesse sua incúria processual. De qualquer sorte, sempre remanesce o direito da parte prejudicada socorrer-se das vias judiciais para a reparação material ou moral de comportamento processual-indevido, ainda que de processo administrativo.

9.4 Princípio da Publicidade

É dever atribuído à Administração o de dar total transparência a todos os atos que praticar, além de fornecer todas as informações solicitadas pelos particulares, sejam públicas, de interesse pessoal ou mesmo personalíssimas, que constem de bancos de dados públicos, pois, como regra geral, nenhum ato administrativo pode ser sigiloso.

O aludido princípio comporta algumas exceções, como os atos e as atividades relacionados com a segurança da sociedade ou do Estado, ou quando o conteúdo da informação for resguardado pelo direito à intimidade (art. 37, § 3º, inc. II, da CF/88).

No tocante à publicidade dos atos, programas e obras concluídas pela Administração Pública, cumpre salientar que esta só será admitida se tiver objetivo educativo, informativo ou de orientação social, proibindo-se a promoção pessoal de autoridades ou de servidores públicos por meio de divulgação de nomes, símbolos e imagens, sob pena de violação do princípio em referência, punível na esfera cível como ato de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92), sem prejuízo da sanção penal cabível.

Assim, são instrumentos constitucionais, utilizados para assegurar o recebimento de informações, o *habeas data* (art. 5º, inc. LXXII, da CF) e o Mandado de Segurança, individual ou coletivo (art. 5º, incs. LXIX e LXX, da CF).

A publicidade, como princípio, orienta a atuação administrativa de qualquer espécie e está presente notoriamente na questão processual, por exemplo, na concessão de certidões, na vista dos autos, implicando a contagem de prazos para defesa, prescrição, entre outras aplicações igualmente importantes.

Como regra geral o processo administrativo é público, permitindo o acesso a qualquer pessoa que tenha interesse em conhecer o seu conteúdo⁵⁸. Não obstante, a Lei 9.784/99 prevê a possibilidade de conferir-lhe maior publicidade e obter a participação ampla da sociedade no processo de tomada de decisões, quando faculta, por exemplo, a realização de consultas públicas dentro da fase instrutória, quando a matéria objeto do processo for de interesse geral e coletivo (art. 31).

No mesmo sentido e com o mesmo propósito de obter maior publicidade e participação, a Lei 9.784/99 prevê a realização das audiências públicas (art. 32), bem como outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas (art. 33).

Vale anotar que mesmo a realização de audiências públicas, como integrante da fase instrutória do processo administrativo, deve obedecer ao devido processo, mas contendo um certo grau de informalidade, para que não haja contenção ou inibição dos participantes. Portanto, a audiência pública depende de prévia publicidade de sua realização, com divulgação prévia e precisa dos dados e assuntos a serem discutidos, incluindo local e horário, os convidados e até o mesmo o rito a ser seguido, com intensa participação oral dos presentes, mas com registro em ato das ocorrências havidas.

Outra característica processual do princípio da publicidade, diz respeito ao direito de certidão, pois poderá haver sigilo, se indispensável para preservar a intimidade, a vida privada e imagens das pessoas envolvidas no processo ou em razão do interesse social, que não atinge, evidentemente, se o requerente da certidão for o mesmo partícipe do processo. De qualquer sorte, o sigilo será sempre uma exceção ao princípio da publicidade.

Também o princípio da publicidade possui amplitude no processo administrativo, por força do direito — assegurado a todos — de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidades ou abuso de poder (art. 5º, inc. XXXIV, da CF).

O artigo 2º, parágrafo único, inciso V, da Lei n. 9.784/99, estabelece estar assegurada a divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição.

(58) Cf. art. 2º, parágrafo único, inc. V da Lei 9.784/99: A Administração Pública obedecerá, no processo administrativo, o critério de divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição.

9.5 Princípio da Eficiência

O princípio da eficiência tem o condão de informar a Administração Pública, visando aperfeiçoar os serviços e as atividades prestados, buscando otimizar os resultados e atender o interesse público com maiores índices de adequação, eficácia e satisfação.

Embora introduzido no texto constitucional somente pela Emenda Constitucional n. 19/98, o princípio da eficiência já constava de nossa legislação infraconstitucional, a exemplo das previsões constantes no Decreto Lei n. 200/67 (arts. 13 e 25, inc. V), na Lei de Concessões e Permissões (Lei n. 8.987/95, arts. 6º, § 1º, e 7º, inc. I) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90, arts. 4º, inc. VII, 6º, inc. X, e 22, *caput*).

O princípio da eficiência é de suma importância nas mais diversas searas em que a Administração Pública atua, desde a contratação e exoneração de agentes públicos até a prestação de seus serviços. Em relação aos seus agentes, prevê a CF/88 a exigência de concurso público de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo. Para a aquisição de estabilidade no serviço público, deve o agente submeter-se a estágio probatório de três anos e, ao final, ser aprovado em avaliação de desempenho⁵⁹.

Durante o exercício de suas atividades, prevê a Constituição Federal a necessidade de avaliações periódicas de desempenho, sempre assegurada a ampla defesa, podendo inclusive levá-lo à perda da função.

Para que o servidor público perca a estabilidade, é necessário haver procedimento administrativo regular, assegurada a ampla defesa, ou ainda decisão judicial transitada em julgado que venha a prever expressamente a perda da função, de conformidade com o art. 41 e seus parágrafos da CF/88. Cumpre observar que o agente público que obtém a estabilidade, permanece estável no serviço público, e não no cargo, o que leva a concluir pela possibilidade de reenquadramento em caso de extinção do cargo que ocupe, diferente da vitaliciedade dos membros do Ministério Público e da Magistratura, que é obtida após dois anos de estágio probatório, garantindo a permanência no cargo.

(59) A avaliação de desempenho ainda não restou regulamentada, sendo portanto, esta exigência, programática.

Tenho como exteriorização do princípio da eficiência, a introdução, no sistema constitucional, pela EC n. 45/2005, do inc. LXXVIII, ao art. 5º da CF, que assegura a todos, quer no âmbito judicial ou administrativo, a razoável duração do processo.

Bem por isso, recentemente o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 91041, concedeu a ordem para que a ministra relatora do Habeas Corpus 63371, no STJ, apresentasse a ação para julgamento em mesa, na primeira sessão da turma em que oficia, com subsequente à comunicação da decisão do STF⁶⁰.

Em processo administrativo, ou seja, processo não judicial, o próprio STF já havia determinado, em mandado de segurança contra ato omissivo, que a autoridade coatora julguesse recurso administrativo no prazo de trinta dias. Na ocasião se entendeu haver demora injustificada para apreciação do aludido recurso e que os arts. 48, 49 e 59, § 1º, todos da Lei 9.784/99, impõe o dever da Administração Pública emitir, no prazo de trinta dias, decisão nos processos administrativos de sua competência⁶¹.

Por seu turno, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a demora na apreciação de pleito administrativo, por parte da própria Administração Pública, ofende o princípio da eficiência, estando sujeita a controle judicial, conforme se vê dos seguintes julgados, cujas ementas são transcritas:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REQUERIMENTO DE ANISTIA. PRAZO RAZOÁVEL PARA APRECIAÇÃO. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA. 1. A todos é assegurada a razoável duração do processo, segundo o princípio da eficiência, agora erigido ao *status* de garantia constitucional, não se podendo permitir que a Administração Pública postergue, indefinidamente, a conclusão de procedimento administrativo. 2. A despeito do grande número de pedidos feitos ao Ministro da Justiça e dos membros da Comissão de Anistia, seu órgão de assessoramento, serem *pro bono*, aqueles que

(60) Fonte: *site* do STF na web, endereço: <http://www.stf.gov.br>. Informativo n. 470. Acessado em 23-07-2007. No sentido da concessão da ordem, por situação semelhante, foi o julgamento do HC n. 91.200, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 19-6-2007. Cf. Informativo 472.

(61) STF, Informativo 443. MS n. 24.167/RJ, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 05-10-2006.

se consideram atingidos no período de 18 de setembro de 1946 a 5 de outubro de 1988, por motivação exclusivamente política, não podem ficar aguardando, indefinidamente, a apreciação do seu pedido, sem expectativa de solução num prazo razoável. 3. Ordem concedida.

(STJ, 3ª Seção. MS n. 10.792-DF, rel. Min. Hamilton Carvalhido. j. em 10 de maio de 2006)⁶²

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RÁDIO COMUNITÁRIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO. MORA DA ADMINISTRAÇÃO. ESPERA DE CINCO ANOS DA RÁDIO REQUERENTE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOABILIDADE. INEXISTÊNCIA. VULNERAÇÃO AOS ARTIGOS 165, 458, I, II, II E 535, II DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA SEARA DO PODER EXECUTIVO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO PELA ALEGATIVA DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 2º DA LEI 9612D 98 70 DA LEI 4.117D 62 EM FACE DA AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS DEMAIS ARTIGOS ELENCADOS PELAS RECORRENTES. DESPROVIMENTO.

1. Cuida-se de recursos especiais (fls. 559D 589 e 630D 644) interpostos, respectivamente, pela AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL e pela UNIÃO, ambos com fulcro na alínea "a", sendo o da ANATEL baseado também na letra "c" do art. 105, III, da Constituição Federal de 1988, em face de acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região, assim ementado (fl. 526-v)

"ADMINISTRATIVO. RÁDIO COMUNITÁRIA. FUNCIONAMENTO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. RAZOABILIDADE. APREENSÃO. POLÍCIA FEDERAL. INTERFERÊNCIA.

(62) Fonte: *site* do STJ na web, endereço www.stj.gov.br. A íntegra do acórdão pode ser lido em <http://www.stj.gov.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200501121256&pv=101000000000&tp=51>.

1. O conteúdo da sentença apelada não implica em invasão da competência do Poder Executivo pelo Judiciário, posto não conceder autorização para o funcionamento, mas apenas impede que o funcionamento da Rádio Comunitária seja perturbada enquanto não for examinado o pedido de autorização.

2. O cidadão tem direito a receber um tratamento adequado por parte do Ministério das Comunicações, que deve responder as postulações feitas. Não o tendo feito no prazo da lei que rege os procedimentos administrativos, está a desrespeitar o devido processo legal e a razoabilidade.

3. Embora os fiscais da Agência Nacional de Telecomunicações não tenham poderes para, administrativamente, proceder à apreensão de bens e equipamentos no âmbito de sua competência, tendo em vista a suspensão da eficácia do art. 19, inc. XV, da Lei nº 9.472D 97, pela medida cautelar concedida pelo Plenário do STF na ADIn nº 1.688, tal vedação não atinge os agentes da Polícia Federal, que têm o dever de apreender os instrumentos utilizados na prática de crimes.

4. No tocante às alegações de interferência dos equipamentos da rádio comunitário no espectro eletromagnético, compete à União Federal a respectiva fiscalização, procedendo às medidas necessárias para evitar interferência em outros sistemas de telecomunicações.

5. Apelações cíveis da ANATEL e remessa de ofício improvidas. Apelação cível da União Federal parcialmente provida."

2. Recursos especiais apreciados conjuntamente já que ambas as recorrentes requerem a anulação do acórdão por violação

do artigo 535, II, (omissão), sendo que a União aduz, ainda, afronta aos artigos 165 e 458 e incisos por ausência de fundamentação e, no mérito, o provimento para determinar a reforma do acórdão. Não existe afronta aos artigos 165, 458, I, II, III e 535, II do Código de Processo Civil quando o decisório combatido resolve a lide enfrentando as questões relevantes ao deslinde da controvérsia. O fato de não emitir pronunciamento acerca de todos os dispositivos legais suscitados pelas partes não é motivo para decretar nula a decisão.

3. Merece confirmação o acórdão que julga procedente pedido para que a União e a ANATEL se abstenham de impedir o funcionamento provisório dos serviços de radiodifusão, até que seja decidido o pleito administrativo da recorrida que, tendo cumprido as formalidades legais exigidas, espera já há cinco anos, sem que tenha obtido uma simples resposta da Administração.

4. A Lei 9.784/99 foi promulgada justamente para introduzir no nosso ordenamento jurídico o instituto da Mora Administrativa como forma de reprimir o arbítrio administrativo, pois não obstante a discricionariedade que reveste o ato da autorização, não se pode conceber que o cidadão fique sujeito à uma espera abusiva que não deve ser tolerada e que está sujeita, sim, ao controle do Judiciário a quem incumbe a preservação dos direitos, posto que visa a efetiva observância da lei em cada caso concreto.

5. O Poder Concedente deve observar prazos razoáveis para instrução e conclusão dos processos de outorga de autorização para funcionamento, não podendo estes prolongar-se por tempo indeterminado”, sob pena de violação aos princípios da eficiência e da razoabilidade.

6. Recursos parcialmente conhecidos e desprovidos. (STJ, REsp. 690.819-RS, rel. Min. José Delgado, publ. Em 19-12-2005) ⁶³.

(63) Fonte: site do STJ na web, endereço www.stj.gov.br. A íntegra do acórdão se vê no link: https://ww2.stj.gov.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200401374207&dt_publicacao=19/12/2005.

9.6 Princípio da Motivação

Motivar é a obrigação conferida ao administrador de justificar, fundamentar todos os atos que edita e pratica, sejam gerais, sejam de efeitos concretos. Esse princípio pode ser considerado, entre os demais, um dos mais relevantes, porque sem a motivação não há o devido processo legal, já que a fundamentação surge como meio interpretativo da decisão que levou à prática do ato impugnado, sendo verdadeiro meio de viabilização do controle da legalidade dos atos da Administração Pública. Motivar significa mencionar o dispositivo legal aplicável ao caso concreto, relacionar os fatos que concretamente levaram à aplicação daquele dispositivo legal de demonstrar a pertinência lógica entre ambos os motivos⁶⁴.

Todos os atos administrativos devem ser motivados para que o Judiciário possa controlar o mérito do ato administrativo quanto à sua legalidade. Para efetuar esse controle, devem ser observados os motivos dos atos administrativos. Mas não é só isso. A motivação é exteriorização do Estado de Direito, onde deve ser dado ao interessado conhecer os motivos que levaram o poder público à prática de determinado ato.

Em relação à necessidade de motivação dos atos administrativos vinculados – assim considerados aqueles atos em que a lei aponta um único comportamento possível – é presente a obrigatoriedade sua de motivação.

Surgem dúvidas quanto à necessidade de motivação dos atos discricionários – assim considerados aqueles em que a lei, dentro dos limites nela previstos, aponta um ou mais comportamentos possíveis, de acordo com um juízo de conveniência e oportunidade.

Com relação a estes, vem-se entendendo que o ato discricionário, editado sob os limites da lei, confere ao administrador uma margem de liberdade para fazer um juízo de conveniência e oportunidade, não sendo necessária a motivação. No entanto, se houver tal fundamentação, o ato deverá condicionar-se a esta, em razão da necessidade de observância da Teoria dos Motivos Determinantes.

Entretanto, parece-me que, no atual estágio dos direitos fundamentais e das cláusulas que cercam o estado democrático de direito,

(64) Cf. art. 2º, parágrafo único, inc. VI da Lei 9.784/99: A Administração Pública obedecerá, no processo administrativo, o critério de indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinam a decisão.

é que, mesmo no ato discricionário, seria necessária a motivação para que se saiba qual o caminho adotado pelo administrador⁶⁵. Note-se, a propósito disso, que o art. 50 da Lei n. 9.784/98 aponta eventual superação de discussões doutrinárias a respeito desse tema, na medida em que o referido artigo exige a motivação para todos os atos nele elencados, compreendendo entre estes, tanto os atos discricionários quanto os vinculados⁶⁶.

O princípio da motivação é de importância singular, alcançando inclusive em relação às decisões do Poder Judiciário, sejam essas decisões judiciais ou administrativas e disciplinares, como garantia de ampla defesa. A CF/88 prevê a necessidade de motivação, conforme consta em seu art. 93, incs. IX e X, respectivamente.

8.7 Princípio da Autotutela

A Administração possui a faculdade de rever os seus atos, de forma a possibilitar a adequação destes à realidade fática em que atua, e declarar nulos os efeitos dos atos eivados de vícios quanto à legalidade, moralidade e eficiência.

O sistema de controle dos atos da Administração pode se dar, no Brasil, como já se explanou alhures, pela via jurisdicional. Esse sistema possibilita ao Poder Judiciário, de modo inexorável, a revisão das decisões tomadas no âmbito da Administração. É, portanto, denominado controle finalístico ou de legalidade.

(65) Neste sentido, MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 120.

(66) Lei 9.784/99, Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo. § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato. § 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados. § 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

À Administração, por conseguinte, cabe tanto a anulação dos atos ilegais como a revogação de atos válidos e eficazes, quando considerados inconvenientes ou inoportunos aos fins buscados pela Administração. Essa forma de controle endógeno da Administração denomina-se princípio da autotutela. Ao Poder Judiciário remanesceria somente a anulação de atos reputados ilegais. O embasamento de tais condutas é pautado nas Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal.

Dispõe a Súmula 346 do STJ que “A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos”. Já a Súmula 473 diz que “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Em sentido semelhante, é o disposto no art. 53 da Lei 9.784/99: “A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”.

Tanto as disposições sumulares quanto a disposição legal deixavam em aberto o prazo que a Administração possuía para proceder à anulação de seus próprios atos.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça, a partir do julgamento do Mandado de Segurança 9.112/DF, rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 16 de fevereiro de 2005, firmou entendimento de que até a edição da Lei n. 9.784/99, a Administração poderia rever os seus atos a qualquer tempo, mas depois disso, a teor do art. 54 daquele diploma legal, o “direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”.

Lê-se de sua ementa:

ADMINISTRATIVO – ATO ADMINISTRATIVO: REVOGAÇÃO – DECADÊNCIA – LEI 9.784/99 – VANTAGEM FUNCIONAL – DIREITO ADQUIRIDO – DEVOLUÇÃO DE VALORES.

Até o advento da Lei 9.784/99, a Administração podia revogar a qualquer tempo os seus próprios atos, quando eivados de vícios, na dicção das Súmulas 346 e 473/STF.

A Lei 9.784/99, ao disciplinar o processo administrativo, estabeleceu o prazo de cinco anos para que pudesse a Administração revogar os seus atos (art. 54).

A vigência do dispositivo, dentro da lógica interpretativa, tem início a partir da publicação da lei, não sendo possível retroagir a norma para limitar a Administração em relação ao passado.

Ilegalidade do ato administrativo que contemplou a impetrante com vantagem funcional derivada de transformação do cargo efetivo em comissão, após a aposentadoria da servidora.

Dispensada a restituição dos valores em razão da boa-fé da servidora no recebimento das parcelas.

Segurança concedida em parte.

Em outra oportunidade, o mesmo Tribunal Superior⁶⁷ assentou igual entendimento, como se vê, *verbis*:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REVISÃO DE ATO DA ADMINISTRAÇÃO. ARTIGO 54 DA LEI Nº 9.784/99. DECADÊNCIA AFASTADA. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA.

1. O Superior Tribunal de Justiça acabou por assentar a compreensão de que, até a edição da Lei nº 9.784/99, a Administração poderia rever os seus atos a qualquer tempo (MS nº 9.112/DF, Relatora a Ministra Eliana Calmon, DJU de 14/11/2005).

2. Afirmou-se, ainda, não ser possível atribuir incidência retroativa ao aludido diploma legal, vale dizer, o prazo decadencial de cinco anos previsto no artigo 54 somente pode ser contado a partir de sua vigência.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(67) STJ, 846.061/MG, rel. Min. Paulo Gallotti, j. em 15-02-2007.

Anteriormente à Lei 9.784/99, a Lei 8.112/90 possuía dispositivo expresso no art. 114, o qual mostra a largueza com que a Administração podia agir: art. 114. A Administração deverá rever os seus atos a qualquer tempo, quando eivados de ilegalidade. Essa norma estava em sintonia com a posição jurisprudencial do STF, expressa nos verbetes 346 e 473, anteriormente referidos.

Sabe-se agora que, a partir da lei em comento, só dispõe a Administração de cinco anos para poder desfazer os seus atos, cujo termo *a quo* do quinqüênio a própria lei responde: “a data em que foram praticados os atos”.

Ocorre que se aplicar essa regra de modo indiscriminado, sem reflexão alguma, sem qualquer análise sistêmica de outras regras ou princípios jurídicos, constitucionais ou não, estar-se-á dando efeito retroativo à Lei 9.784/99. Ora, até 1999, data da Lei 9.784, a Administração podia rever os seus atos, a qualquer tempo (art. 114 da Lei 8.112/90). Ao advento da lei nova, que estabeleceu o prazo de cinco anos, observadas as ressalvas constitucionais do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF), a incidência é contada dos cinco anos a partir de janeiro de 1999. Afinal, a lei veio para normatizar o futuro e não o passado. Assim, quanto aos atos anteriores à lei, o prazo decadencial de cinco anos tem por termo *a quo* a data da vigência da lei, e não a data do ato.

Portanto, se vê que agora o princípio da autotutela não é ilimitado, encontrando barreiras na própria lei do processo administrativo e na jurisprudência pátria, que, em controle, limita essa prerrogativa da Administração Pública, que não pode cometer excessos ou ilegalidades.

9.8 Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade

Os princípios acima surgem de idéias como a limitação de direitos, preconizada na máxima segundo o qual “todo direito pressupõe a noção de limite”, e da proibição do excesso, usada como meio de interpretação de tais princípios, pois visam a evitar toda forma de intervenção ou restrição abusiva ou desnecessária por parte da Administração Pública. Com efeito, tal análise deve ser realizada utilizando-se de critérios e valores atinentes ao homem médio.

Há certa prevalência da noção de que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade se entrelaçam e se completam⁶⁸, ou seja, não devem ser considerados separadamente. Assumem grande importância quando da atuação administrativa por meio do poder de polícia, e seu poder sancionador⁶⁹, e em geral na expedição de todos os atos de cunho discricionários⁷⁰.

No campo sancionatório, a interpretação deve conduzir à dosimetria relacionada à exemplariedade e à correlação da sanção, critérios que compõem a razoabilidade da punição. Deve revelar-se necessária a observância da lesividade e reprovabilidade da conduta do agente transgressor, do elemento volitivo da conduta e da consecução do interesse público, para efetivar a dosimetria da sanção, quer no ato de improbidade, quer no campo disciplinar ou no poder de polícia, sempre adequando a sanção à finalidade da norma. É cediço que a ausência de razoabilidade da sanção infirma a sua legalidade.

A propósito, a cláusula inscrita no art. 5º, LIV da CF/88, no sentido de que ninguém será “privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, há de ser interpretada de modo mais amplo possível. Não se trata apenas de pena privativa de liberdade. Uma restrição a

(68) Humberto Ávila doutrina que a proporcionalidade e a razoabilidade funcionam como postulados normativos, ou seja, metanormas ou normas de segundo grau. Para ele, não pode haver confusão entre princípios e postulados e entre este e as regras: “Com efeito, os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, isto é, normas que impõe a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havido como necessários àquela promoção. Diversamente, os postulados, de um lado, não impõe a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos”. (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 81).

(69) Cf. art. 2º, parágrafo único, inc. VI, da Lei 9.785/99, segundo a qual a Administração Pública deverá obedecer, no processo administrativo, o critério de adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

(70) Diogo de Figueiredo Moreira Neto situa com razão a razoabilidade como importante parâmetro de controle do poder discricionário, porquanto, no âmbito da oportunidade, ainda que a Administração Pública disponha de espaço para escolher quando agir, essa escolha não pode violentar o senso comum, nem as mais elementares normas técnicas. Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo.

direitos políticos, por exemplo, não é pena privativa de liberdade, mas prova o agente do gozo de uma liberdade política, candidatar-se a cargos públicos, ou a cargos eletivos, ou de usufruir do direito-dever de voto. Uma sanção que proíbe alguém de contratar com a administração pública, ou dela receber benefícios fiscais ou creditícios, subvenções, por determinado período, por exemplo, atinge a sua liberdade de contratar e de participar da vida negocial.

Quando se ajuíza uma ação civil pública visando à condenação do agente ao pagamento de multa civil, parece-me que há perspectiva de privação dos bens.

Também um processo administrativo que tenha por finalidade imposição de multa pode atingir os bens dos indivíduos, dada a perspectiva executória de uma eventual decisão sancionatória.

Portanto, a locução acima não quer significar, em pobre dicção literal e pouco criativa, que somente aqueles que respondem a processos de execução, com patrimônio diretamente submetido ao risco de constrição, teriam o supremo direito ao devido processo legal. Outros, respondendo a ações indenizatórias, ainda na fase cognitiva, milionárias ou não, não teriam direito ao atendimento do art. 5º, LIV, da CF/88? Evidentemente que tais pessoas têm esse direito.

Constava do projeto original do art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, expressamente, o princípio da razoabilidade, tendo sido banido do texto final. Nem por isso, todavia, esse princípio deve ser desconsiderado.

Anote-se que há um princípio da razoabilidade das leis, princípio que tem sido acolhido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e na boa doutrina, condenando-se a discrepância entre o meio eleito pelo próprio legislador e o fim almejado.

Doutrina Fábio Medina Osório que "A legislação sancionadora, como um todo, está impregnada pela inafastável exigência do devido processo legal, de tal sorte que o princípio da razoabilidade preside toda a formação do Direito Administrativo Sancionador, eis sua fundamental relevância⁷¹". E salienta que a "Razoabilidade e devido processo legal andam juntos. São princípios complementares, indissociáveis. Melhor dizendo, impossível compreender o devido processo legal sem a razoabilidade, embora esta decorra daquele⁷²".

(71) OSÓRIO. Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 1ª ed. São Paulo: RT, p. 168.

(72) Ob. cit. p. 165.

Saliente-se, de outra parte, que não há como exigir-se razoabilidade ou proporcionalidade administrativa no resultado da atuação, sem controle da atividade realizada pela Administração de emanção ou formação de suas declarações jurídicas.

Assim, vale arrematar com as considerações de José Roberto Pimenta Oliveira:

O “critério da razoabilidade/proporcionalidade deve ser observado nas decisões administrativas endoprocessuais, em todas as fases do processo administrativo: desde a fase preparatória do procedimento, na qual se incluem a subfase da iniciativa e da instrução, passando pela fase constitutiva, até a fase integrativa de eficácia, na qual se produzem, dentre outros, atos de controle e de comunicação das decisões.

As exigências de *trâmite razoável e proporcional* na condução do processo administrativo visa elidir a cega automaticidade na execução administrativa da lei, garantindo a adaptação das exigências adjetivas às circunstâncias de cada *iter* processual, assegurando a coerência do conteúdo dos atos processuais praticados. Neste sentido, é corolário da imposição de eficiência e de moralidade administrativa nas relações processuais entre Administração e administrados⁷³.

9.9 Princípio da Oficialidade

A Administração age na forma da lei, mas a movimentação do processo administrativo é atribuída sempre a ela. É o que estabelece tanto o art. 5º como o art. 29 da Lei n. 9.784/99⁷⁴. Referido

(73) OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 382-383.

74 Art. 5º O processo administrativo pode iniciar-se de ofício ou a pedido de interessado.

Art. 29. As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias. § 1º O órgão competente para a instrução fará constar dos autos os dados necessários à decisão do processo. § 2º Os atos de instrução que exijam a atuação dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes.

princípio não incide, pelo menos com a mesma amplitude, no processo judicial, mas é amplo no processo administrativo.

Como a Administração Pública tem o dever de satisfazer o interesse público primário, ela não pode ficar a mercê da iniciativa de qualquer particular.

Por força do princípio da oficialidade, tanto a iniciativa para instaurar o processo administrativo, quanto a instrução e tomada de decisões cabe a Administração Pública. É evidente que esse princípio não exclui o direito de processo administrativo ser iniciado a pedido de qualquer interessado, seja ou não na defesa de seus direitos, pois conflitaria com o direito de petição, consagrado na Constituição Federal. Portanto, a Administração Pública não depende da provocação de particular, até mesmo porque o interesse deste estará relacionado a que não se instaure processo algum.

Uma vez instaurado qualquer processo administrativo, este não deve sofrer solução de continuidade, “pois isso corresponderia a deixar descurado, em estado latente, um interesse público. Há interesse público na decisão em si mesmo, seja lá qual venha a ser⁷⁵”. Por tal razão reza o § 2º do art. 51 da Lei 9.784/99: “A desistência ou renúncia do interessado, conforme o caso, não prejudica o prosseguimento do processo, se a Administração considerar que o interesse público assim o exige”.

De conformidade com essa visão, é que dispõe o art. 2º, parágrafo único, inc. XII da Lei 9.784/99, que a Administração Pública obedecerá, no processo administrativo, o critério da “impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados”.

Deste modo, “O princípio da oficialidade compreende tanto a impulsão de ofício como a instrução de ofício, que pressupõe a participação do acusado. O princípio não significa que a Administração tem a possibilidade de levar a cabo a instrução sem o contraditório ou a ampla defesa, mas que a instrução é competência administrativa a ser exercida nos moldes legais e constitucionais⁷⁶”.

Portanto, por força desse princípio não se entende a possibilidade de exclusão do particular de qualquer fase ou ato do processo, minimizando e fazendo tábula rasa do princípio do contraditório e ampla defesa.

(75) Ferraz, Sérgio e Dallari, Adilson, cit. p. 85.

(76) BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. 1ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 174.

9.10 Princípio do Formalismo Moderado

O procedimento administrativo é dotado de rito menos solene, dispensando formas rígidas, mas que necessariamente deve atender à forma legal. Hely Lopes Meirelles ressalva que, “todavia, quando a lei impõe uma forma ou uma formalidade, essa deverá ser atendida, sob pena de nulidade do procedimento, mormente se da inobservância resulta prejuízo para as partes⁷⁷”.

Em parte anterior deste trabalho, quando vimos sobre as finalidades do processo administrativo, tivemos a oportunidade de salientar que a forma é penhor de segurança, mas o formalismo, assim entendido como culto irracional da forma, como se fora um objeto em si mesmo, deve ser repudiado. As formas são necessárias, mas o formalismo estrito é uma deformação daquela.

Neste sentido, vale socorrer-se, vez mais, das lições do processualista Cândido Rangel Dinamarco, que pontua:

A teoria do “processo”, nesse sentido, inclui a dos seus sujeitos e dos seus atos e estes são disciplinados na sua forma e nos seus possíveis vícios; aqui é que entra o temperamento trazido pela percepção de que as formas constituem um instrumento a serviço dos objetivos, não sendo racional nem legítima a nulificação do ato viciado quando o objetivo tiver sido obtido⁷⁸.

Não se pode, por força desse princípio, passar a idéia – equívoca, diga-se desde logo – de que em matéria de processo administrativo não há formas ou ritos a serem obedecidos, ou que estes possam ser desconsiderados livres e – ou para usar um termo do direito administrativo – discricionariamente. Verdadeiramente, não, pois como já mencionado anteriormente, processo é garantia.

Por isso que Romeu Felipe Bacellar Filho adverte que “O formalismo moderado exclui, por lógica, a corrente afirmação da possibilidade do informalismo a favor do administrado. O informalismo é refutado não por ser a favor ou contra o administrado, mas por não fornecer critérios objetivos de decisão⁷⁹”.

(77) *Direito Administrativo Brasileiro*, 26.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 643.

(78) DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 266.

(79) BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. 1ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 174.

Esse princípio deve ser entendido em seus exatos termos. Não se pode ter as formas processuais como um fim em si mesmo, desprezando-se o próprio *direito material* em jogo. Por isso, as formas devem ser vistas e interpretadas com certo temperamento. Ao depois, o princípio do formalismo moderado impõe o reconhecimento de previsão de ritos e formas simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos particulares.

Sérgio Ferraz e Adilson Dallari dão a medida exata sobre esse princípio, assentando:

O princípio da informalidade significa que, dentro da lei, sem quebra da legalidade, pode haver dispensa de algum requisito formal sempre que sua ausência não prejudicar terceiros nem comprometer o interesse público. Um direito não pode ser negado em razão da inobservância de alguma formalidade instituída para garanti-lo desde que o interesse público almejado tenha sido atendido.

A procedimentalização das ações administrativas, o estabelecimento de certos procedimentos instrumentais para a tomada de decisões, visa a amparar tanto o cidadão quanto a coletividade, mas não pode levar ao ponto em que já se chegou no processo judicial, onde, muitas vezes, o direito material a ser defendido ou exercitado fica em segundo plano, quando não é até mesmo sepultado por uma avalanche de questiúnculas procedimentais irrelevantes.

O processo deve ser um meio seguro de realização do direito, não de sua negação. O princípio da informalidade significa que devem ser observadas as formalidades estritamente necessárias à obtenção da certeza e segurança jurídicas e ao atingimento dos fins almejados pelo sistema normativo. Deve-se dar maior prestígio ao espírito da lei do que à sua literalidade no tocante ao *iter* estabelecido pela norma jurídica disciplinadora do processo⁸⁰.

(80) FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 79-80.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o entendimento é de que, ao menos no processo administrativo disciplinar, “Aplicável o princípio do *pas de nullité sans grief*, pois a nulidade de ato processual exige a respectiva comprovação de prejuízo. *In casu*, o servidor teve pleno conhecimento dos motivos ensejadores da instauração da ação disciplinar⁸¹”, de modo que a portaria de instalação do processo prescinde da minuciosa descrição dos fatos imputados, se da descrição feita puder extrair os motivos desta instauração.

9.11 Princípio da Segurança Jurídica

Pelo princípio da segurança jurídica ou da estabilidade das relações jurídicas, impede-se a desconstituição injustificada de atos ou situações jurídicas consolidadas. A invalidação dos atos administrativos somente é admitida se atender ao interesse público. Referido princípio está previsto no art. 2º, parágrafo único, inc. XIII, da Lei n. 9.784/99, que dispõe que a Administração Pública obedecerá ao critério de “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”.

A idéia de segurança jurídica está relacionada com a razão de ser do Direito, porque a finalidade deste é a de propiciar segurança, vale dizer, estabilidade das relações sociais.

Em razão do princípio da legalidade, no sentido de que a Administração não pode fugir dos contornos da lei, impôs-se a idéia de que qualquer vício ou não observância do texto legal acarretava a invalidade do ato administrativo praticado. Mas pouco a pouco foi se flexibilizando essa regra, porquanto, considerando-a de uma maneira concreta, poderá aparecer como prejudicial ao interesse público. Assim, muitas vezes o desfazimento de algum ato administrativo ou da situação jurídica dele decorrente pode ser mais danoso do que sua manutenção, não havendo, *a priori*, razão para a sua invalidação, se atingiu sua finalidade, sem causar danos a terceiros ou ao próprio interesse público. Ou quiçá se a sua invalidação, pelas conseqüências que podem advir, será muito mais danosa ao interesse público, do que suportá-la.

(81) STJ, RMS 19.694/MS, rel. Min. Gilson Dipp, j. em 04-08-2005.

Também é decorrência deste princípio – da segurança jurídica – a criação dos institutos jurídicos que visam fornecer aos particulares uma margem de certeza nas relações jurídicas que estabelecem, como por exemplo no âmbito do direito processual, a preclusão, a prescrição e a decadência.

Neste sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem dado interpretação retroativa à Lei 9.784/99, como se, por exemplo, vê dos seguintes julgados:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. TRANSFORMAÇÃO DE FUNÇÃO COMISSIONADA EM CARGO DE DIREÇÃO. PARECER AGU 203/99. LEI 9.784/99. DECADÊNCIA. NÃO-OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão segundo a qual os atos administrativos praticados anteriormente ao advento da Lei 9.784/99 também estão sujeitos ao prazo decadencial quinquenal de que trata seu art. 54. Todavia, nesses casos, tem-se como termo *a quo* a entrada em vigor de referido diploma legal.

2. Hipótese em que o ato eivado de ilegalidade foi praticado em 1987. Assim, o prazo decadencial quinquenal começou a fluir de 1º/2/1999, data da entrada em vigor do diploma legal em referência, razão pela qual, quando da supressão da vantagem, no ano de 2000, ainda não havia ocorrido a decadência administrativa.

3. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ, REsp. 441.171/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima)

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIA. DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA. IRRETROATIVIDADE DA LEI N. 9.784/99. VERBETES N. 346 E 473 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADI-TÓRIO. ANISTIA. DEMISSÃO. MOTIVAÇÃO POLÍTICA NÃO CARACTERIZADA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. SEGURANÇA DENEGADA.

1. Segundo orientação firmada pela Corte Especial: “até o advento da Lei 9.784/99, a Administração podia revogar a qualquer tempo os seus próprios atos, quando eivados de vícios, na dicção das Súmulas 346 e 473/STF. A Lei 9.784/99, ao disciplinar o processo administrativo, estabeleceu o prazo de cinco anos para que pudesse a Administração revogar os seus atos (art. 54). A vigência do dispositivo, dentro da lógica interpretativa, tem início a partir da publicação da lei, não sendo possível retroagir a norma para limitar a Administração em relação ao passado.” (MS 9.112/DF, Rel. Min. Eliana Calmon).

2. Não restou demonstrada, de plano, violação dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório; tampouco consta, dos autos, prova pré-constituída de que a demissão dos impetrantes tenha tido motivação política, a ensejar a concessão de anistia.

3. Segurança denegada,

(STJ, MS 8.830/DF, rel. p/ Acórdão, Min. Hélio Quaguia Barbosa)

Também deve ser entendido como exteriorização do princípio da segurança jurídico, o acolhimento da teoria do fato consumado, como, por exemplo, considerar caracterizada a convalidação da investidura no cargo público, na hipótese em que o candidato permanece na função, por força de medida liminar, por quase seis anos, como se nota do seguinte julgado:

EMENTA: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. REPROVAÇÃO EM EXAME FÍSICO. REFAZIMENTO POR FORÇA DE MEDIDA LIMINAR. APROVAÇÃO. CONVALIDAÇÃO E TEORIA DO FATO CONSUMADO.

1. A teoria do fato consumado é discutível criação jurisprudencial, cuja invocação, quando admitida, somente é cabível em situações especialíssimas, mormente quando se preserva situação decorrente de liminar, embora irregular e ilegal, porque consolidada no tempo e irreversível.

2. Pena de se atender mais à letra do que ao espírito da lei, forçoso reconhecer como caracterizada a convalidação da investidura no cargo público, a ensejar a aplicação da teoria do fato consumado, nas hipóteses tais, em que o candidato, por força de medida liminar, realiza novamente o exame que o excluiu do certame e é aprovado, preenchendo todos os requisitos editalícios, e assim permanece no exercício da função por quase seis anos.

3. Embargos acolhidos.

(STJ, Emb. de Div. em REsp. n. 696.987/DF, rel. Min. Hamilton Carvalhido)

Calha anotar que a segurança jurídica é princípio basilar na salvaguarda da pacificidade e estabilidade das relações jurídicas. Por isso que não é despiciendo que a segurança jurídica seja a base fundamental do Estado de Direito, elevada ao altiplano axiológico, ou como doutrina Celso Antônio Bandeira de Mello, é um princípio geral do Direito, não estando adstrito somente ao direito administrativo⁸².

Nesta perspectiva, o Superior Tribunal de Justiça, versando sobre essa questão, tem assentado “que à Administração é lícito utilizar de seu poder de autotutela, o que lhe possibilita anular ou revogar seus próprios atos, quando eivados de nulidades. Entretanto, deve-se preservar a estabilidade das relações jurídicas firmadas, respeitando-se o direito adquirido e incorporado ao patrimônio material e moral do particular. Na esteira da doutrina clássica e consoante o art. 54, § 1º, da Lei n. 9.784/99, o prazo decadencial para anulação dos atos administrativos é de 05 (cinco) anos da percepção do primeiro pagamento”.

Desse modo, “*Ad argumentandum tantum*, a teoria das nulidades, em sede de direito administrativo, assume relevante importância, no que pertine ao alcance dos efeitos decorrentes de inopinada nulidade, consoante se infere da *ratio essendi* do art. 59, da Lei 8666/91, “(...) A invalidação do contrato se orienta pelo princípio do prejuízo - vale dizer, aplica-se o princípio da proporcionalidade, para identificar a solução menos onerosa para o interesse público. Na ausência de prejuízo ao interesse público, não ocorre a invalidação. Suponha-

(82) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, cit., p. 110.

se, por exemplo, que a contratação direta (sem prévia licitação) não tenha sido precedida das formalidades necessárias. No entanto e posteriormente, verifica-se que o fornecedor contratado era o único em condições de realizar o fornecimento. Não haveria cabimento em promover a anulação, desfazer os atos praticados e, em sequência, praticar novamente o mesmo e exato ato realizado anteriormente.(...)” Marçal Justen Filho, *in* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativo, Dialética, 9ª ed., 2002⁸³”.

9.12 Princípio do Devido Processo Legal, da Ampla Defesa e do Contraditório

É possível dizer que o princípio do devido processo legal pode ser considerado como princípio clássico da teoria geral do processo, inclusive de onde se irradiam os outros dois princípios apontados neste tópico, da ampla defesa e do contraditório⁸⁴.

Reitere-se que o presente trabalho não tem por escopo esgotar a matéria relativa aos princípios jurídicos que envolvem o processo administrativo, tarefa essa hercúlea, para não dizer impossível.

Mesmo que possam ser eventualmente compreendidos como princípios de espécies diferentes, sua associação é indispensável para a perfeita compreensão do processo administrativo ou do direito processual administrativo, dada a verdadeira simbiose que vige em tais cânones. Em determinados pontos é verdadeiramente difícil diferenciar o devido processo legal do contraditório ou da ampla defesa⁸⁵.

(83) STJ, REsp 658130/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 05-09-2006.

(84) Cf. incs. LIV e LV do Art. 5º, da CF: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

(85) Para Nelson Nery Junior, o princípio fundamental do processo civil, a base sobre o qual todos os demais se sustentam, é o do devido processo legal, expressão oriunda da inglesa *due process of law*. Segundo ele, “bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécie. (NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 31).

Alexandre de Moraes discorre sobre ambos princípios, pontuando:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

O devido processo legal tem como corolários a *ampla defesa* e o *contraditório*, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso (art. 5º, LV). Assim, embora no campo administrativo, não exista necessidade de tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, a capitulação do ilícito administrativo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial, quanto nos campos administrativos ou disciplinares, sem a necessária amplitude de defesa.

Por *ampla defesa*, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto 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 da defesa de opor-se ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor⁸⁶.

(86) MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 123-124.

O devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório são inerentes a qualquer processo, judicial ou administrativo. Mas neste caso, ou seja, nos processos administrativos, ele aparece com maior intensidade naqueles qualificados de litigiosos ou sancionadores.

Com efeito, as garantias constitucionais do processo têm maior ou menor aplicabilidade na 'processualidade administrativa' conforme seja a hipótese de 'processo' ou de 'mero procedimento' administrativo. No primeiro caso, a incidência da cláusula do devido processo legal é semelhante a que ocorre nos processos judiciais, mormente quando o provimento tem por finalidade a verificação de situações concretas para a aplicação de sanções. Assim, o direito de defesa, ao contraditório, à produção de provas, ao recurso e revisão, à regularidade das formas e dos atos processuais, à imparcialidade, são imprescindíveis.

A Constituição Federal assegura aos "litigantes em processo judicial ou administrativo" a observância destes princípios. É a bilateralidade do processo que enseja a ampla defesa e o contraditório. O princípio da ampla defesa e do contraditório se expressa por meio de atos como, por exemplo, a notificação dos atos à parte interessada, a possibilidade de exame das provas, o direito de assistir à produção de prova e a possibilidade de produção de defesa escrita⁸⁷.

Nos 'meros procedimentos', por outro lado, a incidência das garantias típicas do devido processo legal ocorrem em menor escala, em menor dimensão.

Os poderes da autoridade pública administrativa, quer atue em processo administrativo ou mero procedimento, não são os mesmos, nem possuem as mesmas dimensões daqueles inerentes à jurisdição, dado que as autoridades judiciárias detêm poderes mais amplos na condução dos processos, além de que, determinadas matérias pertencem com

(87) O contraditório recebeu tratamento expresso na Lei n. 9.784/99, em seu art. 3º e incisos: Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados: I - ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações; II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas; III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente; IV - fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.

exclusividade à competência do Poder Judiciário, podendo ser chamada de reserva de jurisdição, como por exemplo, o controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos, a escuta telefônica, a quebra do sigilo bancário e a busca e apreensão de documentos e pessoas.

Não significa dizer que a Administração Pública deve descurar do dever de cumprir a lei e os princípios inerentes à processualidade administrativa. Do contrário, reforça-a, para que os atos administrativos não sejam levados a controle do Poder Judiciário e, se o forem, não sejam anulados por incúria ou indolência do administrador.

Egon Bockmann Moreira leciona que o princípio do devido processo legal é, dentre os princípios de processo administrativo, talvez o que apresente maior complexidade, dadas as diversas óticas em que os doutrinadores nacionais têm explorado esse tema, “Desde sua compreensão como exteriorização do princípio da isonomia, até a sua caracterização como instrumento de um Estado Democrático de Direito, passando por aspectos processuais *stricto sensu*”⁸⁸.

Mas o que não se pode perder de vista é a sua magnitude, seu especial significado. É por isso que sua compreensão seja mais evidenciada no caso concreto, na análise factual de uma determinada situação jurídico-processual.

Neste sentido, permite-se socorrer-se aos ensinamentos jurisprudenciais lançados pelo Superior Tribunal de Justiça, como se pode notar dos arestos a seguir colacionados, que não tem outra finalidade, senão exemplificar, com questões práticas, o entendimento quando relacionado esse princípio com o processo administrativo, em suas diversas espécies:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONDENAÇÃO DO IMPETRANTE EM FALTAS ADMINISTRATIVAS TAMBÉM TIPIFICADAS COMO CRIMES. ART. 142, § 2º, DA LEI Nº 8.112/90. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO NA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL DA AÇÃO DISCIPLINAR. DESOBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, ISONOMIA, CONTRADITÓRIO E

(88) MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 273.

AMPLA DEFESA NA CONDUÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INVALIDAÇÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. Considerando que o Impetrante foi condenado na pena de demissão pela prática de faltas administrativas, que também são tipificadas como crimes, aplicam-se o art. 142, § 2º, da Lei n. 8.112/90 e o princípio da consunção, pelo qual o crime fim absorve o crime meio.

2. O prazo prescricional considera-se como o do crime fim, a contar da ciência do fato pela autoridade coatora, nos termos do art. 142, § 1º, da Lei n. 8.112/90.

3. A desobediência dos princípios da legalidade, isonomia, contraditório e ampla defesa no processo administrativo disciplinar implica a sua invalidação, a partir do primeiro ato viciado.

4. Necessidade e importância da observância da forma e das formalidades básicas e essenciais, no processo administrativo disciplinar, por força do art. 2º, inciso VIII, parágrafo único, da Lei n. 9.784, como garantia de defesa do acusado.

5. Segurança concedida.

(STJ, MS n. 8.817/DF, rel. Min. PAULO MEDINA).

EMENTA : MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO - ANISTIA - INVALIDAÇÃO DO ATO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA - DECADÊNCIA - CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA - AUSÊNCIA - SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. A invalidação de anistia concedida a servidores públicos está condicionada ao prazo decadencial de 05 (cinco) anos, ainda que concedida antes do advento da Lei n. 9.784/99.

2. Aplicação do critério da prevalência ou da relevância dos princípios da boa-fé do servidor e da segurança jurídica, sobre os demais princípios do regime jurídico administrativo, diante das particularidades fáticas da presente espécie.

3. A jurisprudência desta Corte tem firmado o entendimento de que a invalidação de ato administrativo classificado como ampliativo de direito depende de prévio processo administrativo, em que sejam assegurados ao interessado o contraditório e a ampla defesa.

4. Precedentes.

5. Segurança concedida.

(STJ, MS n. 8.627 – DF, rel. Min. Paulo Medina, j. em 8-03-2006).

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. SUPRESSÃO DE VANTAGEM E RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. NECESSIDADE. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Consoante inteligência da Súmula 473/STF, a Administração, com fundamento no seu poder de autotutela, pode anular seus próprios atos, desde que ilegais. Ocorre que, quando tais atos produzem efeitos na esfera de interesses individuais, mostra-se necessária a prévia instauração de processo administrativo, garantindo-se a ampla defesa e o contraditório, nos termos dos arts. 5º, LV, da Constituição Federal e 2º da Lei 9.784/99. Precedentes.

2. Recurso especial conhecido e improvido.

(STJ, REsp. n. 552.528 – SC, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 10-10-2006).

EMENTA: I - MANDADO DE SEGURANÇA - CÓPIA DO ATO IMPUGNADO - APRESENTAÇÃO PELA AUTORIDADE COATORA. II - ADMINISTRATIVO - LEI 9.784/99 - DEVIDO PROCESSO ADMINISTRATIVO - COMUNICAÇÃO DOS ATOS - INTIMAÇÃO PESSOAL - ANULAÇÃO E REVOGAÇÃO.

I - A circunstância de o impetrante não haver oferecido, com a inicial, uma reprodução do ato impugnado não impede se conheça do pedido de Segurança, se a autoridade apontada como coatora, em atitude leal, o transcreve nas informações.

II - A Lei 9.784/99 é, certamente, um dos mais importantes instrumentos de controle do relacionamento entre Administração e Cidadania. Seus dispositivos trouxeram para nosso Direito Administrativo, o devido processo legal. Não é exagero dizer que a Lei 9.784/99 instaurou no Brasil, o verdadeiro Estado de Direito.

III - A teor da Lei 9.784/99 (Art. 26), os atos administrativos devem ser objeto de intimação pessoal aos interessados.

IV - Os atos administrativos, envolvendo anulação, revogação, suspensão ou convalidação devem ser motivados de forma "explícita, clara e congruente." (L. 9.784/99, Art. 50).

V - A velha máxima de que a Administração pode nulificar ou revogar seus próprios atos continua verdadeira (Art. 53). Hoje, contudo, o exercício de tais poderes pressupõe devido processo legal administrativo, em que se observa em os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (L. 9784/99, Art. 2º).

(STJ, MS n. 8.946/DF, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 22 de outubro de 2003.

Importante salientar que quando eventuais atos administrativos produzem efeitos na esfera de interesses individuais, mostra-se necessária a prévia instauração de processo administrativo, garantindo-se a ampla defesa⁸⁹ e o contraditório, nos termos dos arts. 5º, LV, da Constituição Federal e 2º da Lei 9.784/99. Fosse de outro modo, estaria o poder público agindo de forma arbitrária e inquisitiva, em dissonância com os princípios do Estado Democrático de Direito, porquanto o poder de supervisão da Administração não é absoluto.

9.13 Princípio do Duplo Grau de Jurisdição Administrativa

Segundo o disposto no art. 57 da Lei 9.784/99, "O recurso administrativo tramitará no máximo por três instâncias administrativas,

(89) Especificamente sobre a incidência do princípio da ampla defesa em processo administrativo disciplinar, em 12-9-2007, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 343 de seguinte teor: É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar. Posteriormente, em 7-5-2008, o STF reafirmou seu entendimento de que a defesa técnica é prescindível, editando a Súmula Vinculante n. 5, de seguinte teor: A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. Esta súmula do STF revoga tacitamente a do STJ.

salvo disposição legal diversa”. Significa dizer que o administrado ou interessado por recorrer a até três níveis ou instâncias de decisão, dentro da organização administrativa, salvo a hipótese de previsão diversa em norma específica, quer ampliando, quer restringindo os níveis de decisão.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, existem algumas diferenças entre o processo judicial civil e o processo administrativo, quanto à aplicação do princípio da pluralidade de instâncias⁹⁰, anotando que neste último é permitido “alegar em instância superior o que não foi argüido de início”, “reexaminar a matéria de fato” e “produzir novas provas”⁹¹.

E completa:

Isto porque o que se objetiva, com a possibilidade de reexame, é a preservação da legalidade administrativa.

Só não há possibilidade de pluralidade de instâncias quando a decisão já partiu da autoridade máxima, hipótese em que caberá apenas pedido de reconsideração; se não atendido, restará ao interessado procurar a via judicial⁹².

Por outro lado, vale assinalar que a Constituição Federal não assegura, em norma expressa, o duplo grau de jurisdição administrativa; tampouco o judicial⁹³.

Explicitamente, apenas a Carta Política do Império, no art. 158, erigira o “duplo grau” em princípio constitucional.

Embora as sucessivas Constituições da República tenham mantido silêncio quanto ao tema, é numeroso o rol dos doutrinadores que entendem ser a garantia do duplo grau de jurisdição uma derivação de outras garantias constitucionais, quer a da ampla defesa, quer particularmente aquela do devido processo legal - mesmo antes de sua consagração explícita na Lei Fundamental. Não obstante esse

(90) Sem qualquer rigor científico, usamos o princípio da pluralidade de instância e o princípio do duplo grau de jurisdição administrativa como sinônimos.

(91) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 554.

(92) Ob. e loc. cit.

(93) Cf. a este propósito, o substancial voto do Min. Sepúlveda Pertence no RHC n. 79.785-RJ, em Transcrições no Informativo 187.

entendimento não é fácil, alçar, de *lege lata*, o duplo grau de jurisdição a princípio e garantia constitucional, já que tantas são as previsões na própria Constituição de julgamentos de única instância, quer na área cível, quer na área penal.

De outro lado, vê-se que se o princípio em apreço fosse de estatura constitucional, não se poderia aceitar que lei ordinária pudesse ditar exceções ao duplo grau, como o faz a Lei 9.784/99, não sendo fácil de conciliar, por isso mesmo, com a tese de que se cuidaria de regra compreendida no âmbito da garantia fundamental do *due process of law*.

Evidentemente, sem negar a importância do duplo grau ou da pluralidade de instâncias, mormente como instrumento de controle, pode-se concluir que a Constituição de 1988, na linha de suas antecedentes republicanas, efetivamente não erigiu o duplo grau de jurisdição em garantia fundamental.

Certo, ademais, que não se pode desconhecer ser esse princípio quase universalmente um princípio geral do processo.

Entretanto, não só a Constituição Federal subtraiu do âmbito material de incidência o princípio do duplo grau, mas também, em linha de princípio, não vedou à lei ordinária estabelecer as exceções que entender cabíveis, conforme a ponderação em cada caso, acerca do dilema permanente do processo entre a segurança e a presteza da jurisdição. Assim, com a reserva do exame em cada hipótese da razoabilidade da exclusão legal da possibilidade de recurso tem-se que a Constituição, quando não o repila ela mesma, não garante aos administrados em geral o duplo grau de jurisdição.

Todavia, ante a inexistência, no ordenamento jurídico brasileiro, do sistema de controle dos atos da administração denominado Contencioso Administrativo, que prevê a *coisa julgada administrativa*, em seu sentido próprio, insuscetível de revisão pelo Poder Judiciário, todos os atos da administração, sejam tomados em primeira ou em última instância, são revisíveis por órgão jurisdicional, consagrando o sistema jurisdicional, como mais um sistema de controle dos atos da administração.

10. O PROCESSO ADMINISTRATIVO NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA

O Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, a par do desenvolvimento de atividades tipicamente administrativas, para dar suporte

às suas atividades fins, que é prestação jurisdicional, não possuía nenhum regramento, nenhuma norma que disciplinasse o processo administrativo.

Importante acentuar que mesmo no Estado de Rondônia não há lei geral, em sentido formal, que discipline a atividade processual-administrativa, salvo evidentemente, aquelas que regulam matérias específicas, como por exemplo, o processo tributário e o processo disciplinar.

Deste modo, procedeu-se a diagnóstico interno do Tribunal de Justiça a respeito dessa situação, evidenciando-se, dentre outros fatores, a ausência de norma específica que trata do tema da processualização das atividades administrativas, que levavam a falta de atividades padrões, dada a identificação de dúvidas sobre o que e como fazer as atividades dentro de um prisma eminentemente processual, a ausência de um melhor controle das atividades desenvolvidas, o reconhecimento de conflitos entre as unidades internas do próprio Tribunal de Justiça. Esses fatores exigiram que se estabelecesse um mínimo de ordenação nos atos administrativos a serem praticados e a sua forma.

Assim, editou-se inicial e primeiramente a Instrução n. 003/2006, de 1-08-2006, objetivando a melhoria com uniformidade de procedimentos referentes à gestão de processos, melhoria e agilidade dos processos de trabalho e na sua execução, criando bases para implantação de sistemas informatizados, ou seja, para a automatização dos processos.

Aliás, é possível ler do considerando da referida Instrução, que a sua edição teve por objeto “a necessidade de normatização dos procedimentos relativos ao recebimento, registro, autuação, instrução, controle, tramitação e demais atividades correlatas de documentos e processos no âmbito da área administrativa do Poder Judiciário” do Estado de Rondônia⁹⁴.

Posteriormente, dada a sua aplicação e verificação de necessidade de alguns ajustes, editou-se nova Instrução, agora a de n. 03/2007, de 5-03-2007, revogando-se integralmente a instrução anterior⁹⁵.

Essa Instrução passou a regulamentar “Os procedimentos relativos ao recebimento, registro, autuação, instrução, controle, tramitação

(94) A íntegra da referida instrução pode ser lida em <http://www.tj.ro.gov.br/admweb/view.jsp?id=c1433bfa-776f-465a-86ae-e5ab6cdabcca>.

(95) A íntegra da Instrução n. 03/2007, de 5 de março de 2007, pode ser encontrada em <http://www.tj.ro.gov.br/admweb/view.jsp?id=1ff0da4d-49c2-4001-a6d3-192b47d51005>.

e demais atividades correlatas de documentos e processos no âmbito da área administrativa do Poder Judiciário” que deverão ser executados conforme nela disposto⁹⁶.

Entretanto, a referida instrução não tratou de modo devido sobre a participação ou intervenção do particular ou interessado no processo. Apenas regula, sob uma visão estritamente interna, funcional e procedimental, a realização de atos do processo.

É bem verdade que cada um dos Poderes do Estado exerce suas funções típicas (O Legislativo cria o direito; o Executivo e o Judiciário aplicam a lei), mas também exercem uma função excepcional e diversa, que extrapolam, em certa medida, aquela outra, pois o Poder Judiciário e o Poder Legislativo também exercem função de nítido caráter administrativo. Não menos certo, entretanto, é que a função administrativa e que mais repercute na esfera de direitos, deveres e obrigações dos cidadãos, é exercida pelo Poder Executivo.

Mas esse fator não deveria ser preponderante, a ponto de excluir qualquer previsão, por mais singela que fosse, que desse regulamentação própria ao ‘processo administrativo’ e não apenas a procedimentos internos. Significa dizer, que a Instrução do Tribunal de Justiça, como norma interna que é, se dirige apenas à boa execução dos serviços administrativos, sem qualquer preocupação de se voltar os olhos para os fins específicos e primordiais do processo administrativo, já visitados em tópico próprio, qual seja, o de garantia jurídica aos particulares⁹⁷.

Pode ter sido essa circunstância que fez sobressair o meio de regulamentação utilizado, Instrução ou invés de Resolução, que serviria mais corretamente para a finalidade de regulamentar e dar execução às normas legais.

Segundo o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado, instruções “são atos de ordenamento administrativo interno, visando disciplinar o modo e a forma de execução de serviços da Secretaria do Tribunal e dos órgãos auxiliares” (§ 10 do art. 317). Já as Resoluções “são decisões do Tribunal Pleno envolvendo propostas de lei de sua

(96) Cf. art. 1º da Instrução n. 03/2007.

(97) O processo administrativo serve como mecanismo de composição de interesses e às vezes de conflito, como também e igualmente como garantia democrática, como função legitimadora e de tutela dos administrados, como instrumento de racionalização e otimização de decisões relevantes na realização dos direitos sociais e fundamentais.

iniciativa, em cumprimento de normas legais relativas a organização e divisão judiciárias, bem como providências normativas de relevância relacionadas com as atribuições do Poder Judiciário" (§ 2º do art. 312).

Por isso que trouxe, logo em seu primeiro capítulo, algumas definições de atos e institutos, tratando na seqüência da autuação e do registro do processo. Na parte relativa à instrução dos autos, só há regramento pertinente às atividades burocráticas do procedimento, com recomendações sobre a forma de anexação e retirada de documentos, de apensamento e desapensamento de autos, de leitura atenciosa dos autos, de forma de emissão de despacho e parecer, como também a observância de princípios éticos que devem ser dispensados às informações contidas nos documentos, mantendo absoluta discrição sobre eles, além do adequado tratamento físico aos documentos.

Há também capítulo que trata exclusivamente dos processos administrativos-financeiros do Tribunal de Justiça, estabelecendo que "Dos autos para aquisição e contratação de bens e serviços mediante licitação, quando houver mais de um fornecedor após a homologação e publicação do resultado, deverão ser originados autos destacados para cada fornecedor" (art. 19), devendo estes serem instruídos com cópia do edital da licitação, com a proposta e documentação de habilitação originais da empresa vencedora e com cópias do documento de homologação e publicação do resultado da licitação.

Já o processo de contratação direta por dispensa de licitação, deverá ser registrado, autuado e protocolado para cada empresa (art. 20), sendo instruído, no que couber, com cópia do contrato ou carta-contrato, cópia do termo aditivo vigente, cópia da nota de empenho, nota fiscal devidamente certificada, termo de recebimento definitivo de material, certidões exigidas na contratação (ou cópias conferidas com original) ou consulta da situação do fornecedor no SICAF, nota de lançamento (liquidação), memória de cálculo de multa, memória de cálculo da retenção para o INSS e ISS, programa desembolso, guias de INSS e ISS devidamente preenchidas, ordem bancária ou relatório analítico, sintético e de liquidação da despesa.

Só há dois dispositivos que focam o interesse do particular. O art. 27 que dispõe que "Nos requerimentos e documentos de órgãos externos e de empresas, recebidos pelas unidades administrativas, deverá apor-se o respectivo carimbo de recebimento" e o art. 28 que determina que "O pedido de cópia de documento ou cópia dos autos deverá ser encaminhado por meio de requerimento".

Mas não há nenhuma outra disposição normativa que, a exemplo da Lei Federal n. 9.784/99, discipline com normas mais gerais e abstratas, o processo administrativo, e não meramente procedimento administrativo.

Importa salientar, por outro lado, que essa ausência de lei em sentido formal, que cuide especificamente do ‘processo administrativo’ ou a falta da norma interna do Tribunal de Justiça do Estado, em não trazer nenhuma regulamentação dirigida, por exemplo, à composição de interesses, à garantia ao administrado ou interessado, não significa impedimento de aplicação da Lei 9.784/99 ou de seus princípios.

É que, ausente lei ordinária estadual sobre o tema, a Lei 9.784/99 pode ser aplicada de forma subsidiária no âmbito dos Estados-Membros, tendo em vista que se trata de norma que deve nortear toda a Administração Pública, servindo de diretriz aos seus demais órgãos.

Neste sentido, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, como se nota dos seguintes julgados:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PENSÃO POR MORTE. FILHA SOLTEIRA MAIOR DE 21 ANOS. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO RETROATIVA. VIOLAÇÃO DA LEI ESTADUAL N. 11.433/00. INCIDÊNCIA DA LEI N. 9.784/99 NO ÂMBITO ESTADUAL.

Sendo o ato que concedeu a pensão anterior à Lei n. 9.784/99, o prazo quinquenal para sua anulação começa a contar a partir da vigência do mencionado regramento.

Possibilidade de aplicação da Lei 9.784/99 no âmbito estadual.

O prazo de 5 anos, estabelecido pela Lei 9.784/99, é contado a partir da edição da referida lei.

Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no REsp n. 656.247 – RS, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 11-10-2005)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. LEI 9.784/99. ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL. APLICAÇÃO. ANULAÇÃO DE ATO ILEGAL PELA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL. DECADÊNCIA. NÃO-OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que o prazo decadencial de 5 (cinco) anos para a Administração rever seus atos, nos termos da Lei 9.784/99, deve ser aplicado no âmbito estadual, quando ausente norma específica.

2. *In casu*, todavia, a revisão do ato ocorreu em 1996, antes, portanto, do advento do referido diploma legal. Aplica-se, por conseguinte, a regra geral então vigente, segundo a qual a Administração poderia, a qualquer tempo, rever atos eivados de vícios que os tornam ilegais.

Aplicação da Súmula 473/STF.

3. Recurso especial conhecido e improvido.

(STJ, REsp. n. 610.464/DF, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 01-03-2007)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. INÉRCIA DA ADMINISTRAÇÃO. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE LEI ESTADUAL ESPECÍFICA. LEI 9.784/99. APLICABILIDADE. PRECEDENTES. QUESTÃO NÃO ARGÜIDA NO RECURSO ESPECIAL. INOVAÇÃO DE TESE. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, ausente lei específica, a Lei 9.784/99 pode ser aplicada de forma subsidiária no âmbito dos Estados-Membros, tendo em vista que se trata de norma que deve nortear toda a Administração Pública, servindo de diretriz aos seus demais órgãos.

2. Em sede de agravo regimental ou de embargos de declaração, não cabe à parte inovar para conduzir à apreciação desta Corte temas não ventilados no recurso especial.

3. Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no AI n. 815.532/RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 15-03-2007)

Deste modo, inexistindo lei local que discipline o processo administrativo, pode o órgão ou poder socorrer-se dos princípios inerentes ao processo, retro alinhavados, bem como da própria Lei 9.784/99, tendo em vista que deve ser considerada como norma que norteia toda a Administração Pública, servindo de diretriz aos seus órgãos.

CONCLUSÕES

Ao longo do trabalho, procurou-se analisar o tema relativo ao processo administrativo. Após a exposição, pode-se tentar sistematizar em proposições objetivas as seguintes conclusões.

1. O instituto do processo não é exclusivo da atividade jurisdicional, mas de cada uma das variadas funções do Estado, como a legislativa, a judicial e administrativa ou executiva.

2. A idéia central que se estabelece entre função do Estado e processo é a de instrumento de controle, de garantia individual e de participação democrática do cidadão perante a Administração Pública.

3. Com o estabelecimento de regras ou procedimentos de sequência obrigatória, permite-se ao particular ou administrado constatar eventuais desvios na prática dos atos administrativos e buscar sua correção.

4. O processo administrativo serve de garantia de participação ativa dos particulares ou administrados nas decisões estatais que, de alguma forma, possam afetar seus interesses ou direitos.

5. O processo administrativo também deve servir como um instrumento de controle e garantia da própria Administração Pública na prática de seus atos administrativos, contribuindo para a sua maior eficiência.

6. O processo administrativo no Brasil não se equivale ao contencioso administrativo adotado por alguns países da Europa ocidental, como por exemplo, França, Espanha e Portugal.

7. O termo 'processo' é instituto autônomo do Direito, que implica vínculo entre os atos e vínculo jurídico entre as partes envolvidas.

8. O termo 'procedimento' significa apenas o rito interno do processo, e não a relação ou vínculo entre as partes envolvidas.

9. Com o advento da Constituição Federal de 1988, o termo 'processo' passou a significar a processualidade administrativa, de modo que a doutrina nacional tem abdicado do uso da expressão 'procedimento administrativo' para designar o que efetivamente é 'processo administrativo'.

10. Considerando que as classificações, no Direito, não são verdadeiras ou falsas, mas úteis ou inúteis, pode-se apresentar os tipos do processo administrativo como sendo de 'expediente', de 'outorga', de 'controle' e 'punitivo interno' ou 'punitivo externo'.

11. A verificação dos tipos ou espécies de processo é de importância vital para a incidência dos princípios jurídicos, uma vez que uns terão incidência mais intensa que outros.

12. A Lei 9.784/99 é, certamente, um dos mais importantes instrumentos de controle do relacionamento entre Administração e Cidadania. Seus dispositivos trouxeram para nosso Direito Administrativo, o devido processo legal, não sendo exagero dizer que a referida lei instaurou no Brasil, o verdadeiro Estado de Direito.

13. São fases do processo administrativo a fase inaugural ou de instauração, que pode se dar de ofício ou por provocação de particular; a fase instrutória, em que se desenvolve o direito de produção de provas, que também podem ser realizadas de ofício ou a pedido do interessado; a fase decisória, que impõe à Administração Pública o dever de decisão.

14. O direito administrativo brasileiro acompanha a técnica moderna dos princípios jurídicos como instrumento indispensável de controle da Administração Pública.

15. Os princípios constitucionais aplicados à Administração Pública em geral devem ser aplicados no âmbito do processo administrativo.

16. Os princípios constitucionais do processo também devem ser aplicados no âmbito do processo administrativo, além daqueles princípios explícitos na Lei 9.784/99.

17. Os princípios jurídicos possuem, dentre outras, a função de dar parâmetro de interpretação às demais normas jurídicas.

18. Pelo princípio da legalidade, não se subsume apenas à observância da lei, mas sim do Direito.

19. O princípio da impessoalidade exige que se pratiquem atos e decisões neutras e imparciais.

20. No âmbito processual, o princípio da moralidade impõe o dever de lealdade, urbanidade e boa-fé, além da exposição fática conforme a verdade, tanto para a Administração Pública quanto para o particular.

21. O princípio da publicidade impede, como regra, a existência de processos sigilosos ou a vedação de expedição de certidões.

22. Pelo princípio da eficiência, a Administração Pública não pode demorar na conclusão e decisão do processo administrativo, podendo ser vislumbrado nos conceitos processuais de celeridade e efetividade.

23. O princípio da motivação exige que a Administração Pública dê justificativa fático-jurídica aos atos praticados, tanto nos atos vinculados quanto nos atos discricionários.

24. Consoante princípio da autotutela, a Administração Pública possui o dever de rever seus atos, respeitados, entretanto, outros princípios jurídicos, como a segurança jurídica e o devido processo legal.

25. Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade estão relacionados não só com as fases do processo administrativo, como também com o resultado da atuação administrativa, e com maior ênfase no direito administrativo sancionador.

26. O princípio da oficialidade é inerente ao processo administrativo, de modo que a Administração Pública pode dar início ao processo administrativo, bem como movimentá-lo, produzindo e realizando provas.

27. O princípio da oficialidade não possui a mesma amplitude no processo judicial.

28. Pelo princípio do formalismo moderado, as formas processuais devem ser observadas enquanto garantia do processo ou necessária ao fim almejado pelo sistema jurídico, desprezando-se, entretanto, o formalismo, assim entendido como o culto irracional das formas, como se fosse um direito em si mesmo.

29. O princípio da segurança jurídica visa propiciar estabilidade das relações sociais, de modo que a Administração Pública deve obedecer os prazos decadenciais e prescricionais para a invalidação de seus atos, respeitando o devido processo legal.

30. O princípio do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, por determinação constitucional, são aplicados aos processos administrativos.

31. O princípio do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório aparecem com maior ênfase no processo administrativo qualificado de litigioso ou sancionador.

32. O princípio do duplo grau de jurisdição administrativa não possui assento constitucional, mas não deixa de ser um fator de transparência e viabilidade de correção de decisões não justas no âmbito da Administração Pública.

33. O Estado de Rondônia não possui uma lei geral sobre processo administrativo.

34. O Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia possui norma interna que regula o registro, o trâmite e demais atividades correlatas de documentos e processos no âmbito de sua área administrativa, mas que não cuidou de traçar regras e princípios básicos e gerais do 'processo' administrativo.

35. Inexistindo regramento estadual ou interno que discipline o processo administrativo, estabelecendo garantias e possibilitando controle dos atos praticados pela administração do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia pelo particular, é possível aplicar-se os princípios jurídicos, sejam aqueles da Lei 9.784/99, ou os princípios constitucionais da Administração Pública ou ainda os princípios constitucionais do processo, explícitos ou implícitos, pois esses princípios também devem servir de diretriz à processualidade administrativa.

BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 127.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O dever da fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 402.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, 1032 p.

BANDEIRA DE MELLO, Osvaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 3ª ed., Vol. I, Introdução. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 765.

BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 358.

BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe. Princípio do juiz natural no processo administrativo disciplinar. *In Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 706.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 379.

CAETANO, Marcello. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. 2ª reimpressão. da edição brasileira de 1977. Coimbra: Almedina, 2003, p. 467.

_____. **Manual de Direito Administrativo**. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, (2 vols.)

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 5ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, p 416.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003, p. 968.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 358.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Prática do Processo Administrativo**. 2ª ed. São Paulo, RT, 1998, p. 207.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 374.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 217.

COSTA, José Armando da. **Contorno jurídico da improbidade administrativa**. 1ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 270.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Princípios constitucionais**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 321.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 341.

_____. **Instituições de direito processual civil**. Volume I. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 703.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 765.

ENTERRÍA, Eduardo García. **Democracia, jueces y control de la administración**. 5ª ed. Madrid: Thomson Civitas, 2000, p. 346.

_____. **Las transformaciones de la Justicia Administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?** Madrid: Thomson Civitas, 2007, p. 148.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 1ª ed., São Paulo: RT, 1999, p. 274.

FAGUNDES, M. Seabra. **O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 3ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 1957, p. 495.

FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 244.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 367.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1998**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 366.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 209.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Justiça administrativa**. São Paulo: RT, 1986, p. 165.

INTERNET. Site do Superior Tribunal de Justiça. www.stj.gov.br. Acessado em período variado.

INTERNET. Site do Superior Tribunal de Justiça. www.stf.gov.br. Acessado em período variado.

INTERNET. http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l29-1998.html. Acessado em 21 de agosto de 2007.

INTERNET. http://octalberto.no.sapo.pt/Direito_Administrativo.htm. Acessado em 19 de agosto de 2007.

INTERNET. http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT_D_9268_1_0001.htm. Acessado em 19 de agosto de 2007.

INTERNET. http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT_LN_332_2_0002.htm. Acessado em 22 de agosto de 2007.

INTERNET.http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Governos/Governos_Constitucionais/GC15/Ministerios/MJ/Comunicacao/Outros_Documentos/20040126_MJ_Doç_Reforma_Contencioso_Administrativo.htm. Acessado em 19 de agosto de 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 863.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo, sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 293.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 589.

MARTINS, Ricardo Marcondes. O conceito científico de processo administrativo. In **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Renovar FGV, jan/mar, 2004, n. 235, p. 321.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 9ª ed., São Paulo: RT, 2005, p. 509.

_____. **O direito administrativo em evolução**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 298.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 792.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 836.

_____. **Direito constitucional administrativo**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 381.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 239.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 509.

_____. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 442.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**. Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 406.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2000, 248.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 582.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Infrações e sanções administrativas**. 2ª ed., São Paulo: RT, 2005, p. 143.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 1ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 426.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1192.

RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo comparado**. São Paulo: RT, 1995, p. 167.

_____. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981, p. 615.

ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional**. Princípios constitucionais do processo civil. 2ª ed. São Paulo: RT, 1997, p. 206.

SANTOS, Ernani Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 643.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 392.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Controle de constitucionalidade das leis no processo administrativo de julgamento. In **Constituição e democracia. Estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 278.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 878.

SIMÕES, Mônica Martins Toscano. **O Processo Administrativo e a invalidação de atos viciados**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 256.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 327.

VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 175.

**REFORMA DAS DIRETRIZES GERAIS
JUDICIAIS**

**A modernização do Protocolo Integrado no
Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.**

Cristiano Gomes Manzini

Juiz de Direito no Estado de Rondônia

REFORMA DAS DIRETRIZES GERAIS JUDICIAIS

A modernização do Protocolo Integrado no Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.

Cristiano Gomes Manzini

A constante modernização das leis, em geral, é demanda premente, pois deve acompanhar os reclames comunitários. Durante a execução deste trabalho, o Tribunal de Justiça disponibilizou em seu sítio eletrônico oficial o anteprojeto das “novas” Diretrizes Gerais Judiciais, modificando, inclusive, o capítulo que será objeto de crítica no presente esforço. Contudo, considerando que tal norma ainda não existe, formalmente, adentra-se na discussão.

1. INTRODUÇÃO:

O estado democrático de direito brasileiro é esculpido pela existência dos três poderes visualizados por Montesquieu, harmônicos e independentes entre si, quais sejam, Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Tal característica está expressamente disposta no art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil, e estabelece, de forma implícita que cada qual exercerá sua função típica, sua parcela de Poder estatal, sem intervenções diretas dos demais poderes constituídos.

Quando se expressa “sem intervenções diretas”, contrariamente, entende-se que de forma indireta haverá intervenção, sendo, em nosso modelo constitucional, conhecido como sistema de freios e contrapesos.

Tal sistema quer dizer que cada poder exerce, sim, sua parcela estatal com independência, mas, de alguma forma, os outros poderes exercerão um controle indireto da atividade típica daquele. Um exemplo, os atos típicos do Poder Legislativo¹, as leis em sentido estrito, são revisados pelo Poder Executivo, através dos instrumentos da sanção e do veto².

(1) Art. 44 e seguintes da constituição.

(2) Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. § 2º - O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea. § 3º - Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção. Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; V - vetar projetos de lei, total ou parcialmente;

Falando em Poder Executivo³, sua função precípua é a administração da máquina estatal em suas mais diversas facetas.

Finalmente, ao Poder Judiciário⁴ está relegada a tarefa da pacificação social. Guardião dos fundamentos da República e instrumento da consecução de seus objetivos fundamentais, sua função típica é a de julgar.

A par do exercício de suas funções típicas, os Poderes acabam exercendo atividades que, em tese, seriam monopólio do outro, mas o fazem nos limites constitucionais.

Dispõe a carta primaveril que, no inciso XI do art. 24, compete concorrentemente a União, Estados e Distrito Federal legislar sobre procedimentos em material processual. Estabelece, ainda, o art. 125 do mesmo diploma, que os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos na Constituição, e que a competência dos tribunais será definida na constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça. A nível estadual, a Constituição do Estado de Rondônia estipula que compete ao Estado organizar seus poderes e administração⁵.

Vislumbra-se, portanto, que cumprirá ao respectivo Tribunal de Justiça a responsabilidade por encaminhar a lei que organizará suas atividades.

Tais dispositivos são as fontes primárias deste trabalho, o qual visa emprestar uma moderna roupagem às diretrizes gerais judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.

Transitar-se-á, também, no universo conceitual de formas e atos processuais, princípios que orientam a atividade judicial, até que se alcancem as diretrizes judiciais.

Em razão da amplitude do tema, optou-se por abordar uma seção em especial, a do Protocolo Integrado.

(3) art. 76 e seguintes da constituição.

(4) art. 96 e seguintes da constituição.

(5) Art. 8º - Ao Estado compete exercer, em seu território, todos os poderes que, implícita ou explicitamente, não lhe sejam vedados pela Constituição Federal, especialmente: III - organizar seus poderes e administração.

2. DO PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS:

Moacyr Amaral dos Santos, ao citar o princípio em comento disse que "Por este princípio, a forma se destina a alcançar um fim. Essa é a razão pela qual a lei regula expressamente a forma em muitos casos. Mas, não obstante expressa e não obstante violada, a finalidade em vista pela lei pode ter sido alcançada. Para a lei isso é o bastante, não havendo razão para anular-se o ato⁶⁶".

Promovendo-se um esforço para interpretar tal ensinamento doutrinário, observa-se que as formas foram estabelecidas para que haja um mínimo de ordem nas ações dos envolvidos com a atividade judicial, evitando-se, assim, o caos.

Assim, as formas nunca podem ser interpretadas como uma finalidade específica, mas, sim, um instrumento para a consecução de determinada ação. Tal regra estaria esculpida no próprio Código de Processo Civil, nos arts. 144 e 244⁷.

É esse princípio que permitiu, a tempos, a implantação dos chamados protocolos integrados, como se verá à frente.

3. DOS ATOS PROCESSUAIS - Classificação e forma:

Alexandre Freitas Câmara dispõe em sua obra⁸ que "Ao ato jurídico que exerce influência no processo se deve dar a designação de ato processual. [...] Diferem entre si em razão do sujeito que os pratica, uma vez que - como se verá adiante - os atos processuais são praticados exclusivamente entre pelas partes e pelo órgão jurisdicional. [...] Os atos processuais, objeto central de nossas atenções neste momento, podem

(6) SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras Linhas de Processo Civil*, 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva Freitas Câmara, Atos Processuais, p. 15; Freitas Câmara, *Lições de Direito Processual Civil*, 9ª edição. Rio de Janeiro: editora Lumen Júris.

(7) 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 preencham 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.

(8) Freitas Câmara, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil*, 1ª edição Rio de Janeiro, editora Lumen Júris, p. 239.

ser definidos como os atos que têm por consequência imediata a constituição, a conservação, o desenvolvimento, a modificação ou a extinção de um processo⁹.”

Já os festejados autores¹⁰ da obra *Teoria Geral do Processo*, 19ª edição, dizem que “Ato Processual é, portanto, toda conduta dos sujeitos do processo que tenha por efeito a criação, modificação ou extinção de situações jurídicas processuais.. [...] Os atos processuais são praticados pelos diversos sujeitos do processo e têm diferentes significados e feitos no desenvolvimento da relação jurídica processual; além disso, quanto ao modo mediante o qual são realizados diferenciam-se também, havendo os que se exaurem numa só atividade e os que se apresentam como a soma de atividades múltiplas. Por isso classificam-se das seguintes maneiras: a) atos do órgão judiciários (juiz e auxiliares) e atos das partes; b) atos simples e atos complexos.”

Há, portanto, um consenso em tratar o ato processual como espécie do gênero ato jurídico, sendo notável a existência de diversas classificações, chamando-se atenção para as que dizem respeito a qualificação de quem o executa.

Nesta esteira, com relação aos atos processuais das partes, transporta-se o ensinamento dos notáveis juristas já mencionados nesta obra, segundo os quais “Subdividem-se esses atos em: a) postulatórios; b) dispositivos; c) instrutórios; d) reais¹¹”.

Destes nos interessam, como veremos à frente, em especial, os postulatórios. Ada Pellegrini, Dinamarco e Araújo Cintra entendem os atos postulatórios como “aqueles mediante os quais a parte pleiteia dado provimento jurisdicional (denúncia, petição inicial, contestação, recurso)¹²”.

Toda vez que uma das partes almejam pleitear ao juízo eventual provimento judicial, o fazem, então, através dos chamados atos processuais postulatórios. Tal ato processual deve ser instrumentalizado em juízo através de uma forma pré-estabelecida, para que seja considerado válido.

(9) CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, pp. 15-16; Freitas Câmara, *Atos Processuais*, p. 15; Freitas Câmara, *Lições de Direito Processual Civil*, 9ª edição Rio de Janeiro, editora Lumen Júris, p. 239.

(10) GRINOVER, Ada Pellegrini (em colaboração com Araújo Cintra, Antônio Carlos de e Dinamarco, Cândido Rangel). *Teoria Geral do Processo*, 19ª edição.

(11) *idem* 10.

(12) *idem* 10.

Acerca das formas, apresenta-se no ordenamento jurídico pátrio uma série de regras estabelecidas e que devem ser seguidas, sob pena do ônus da inexistência do ato.

Segundo Alexandre Câmara, o estudo das formas dos atos processuais deve ater-se a três temas: tempo, lugar e modo dos atos processuais. “No primeiro estuda-se o horário da prática dos atos processuais e os prazos para sua realização. No segundo, o local onde tais atos devem ser praticados, e no último daquele temas, os aspectos formais propriamente ditos, ou - como a terminologia aqui empregada - o modo como tais atos devem ser praticados¹³.”

Prossegue o autor a esclarecer que “No estudo do tempo dos atos processuais abre-se um espaço para algumas considerações acerca dos prazos processuais. É sabido que alguns atos processuais devem ser realizados dentro de certos prazos os quais vêm, normalmente estabelecidos em lei. Omissa a lei, e não havendo fixação do prazo pelo juiz, deverá o ato ser praticado dentro do prazo de cinco dias (art. 185 do CPC) [...] A convenção deverá ser apresentada em juízo antes do vencimento do prazo [...]. Encerrado o prazo para a prática do ato processual, cessa a faculdade de praticá-lo, independentemente de qualquer aviso ou comunicação (preclusão temporal, art. 183 do CPC)¹⁴”.

Com relação ao lugar dos atos processuais, *ex vi* literalidade do art. 176 do Código de Processo Civil¹⁵, são praticados, em regra, na sede do juízo.

Com relação ao modo, o sistema processual brasileiro adotou a liberdade das formas, à exceção de quando a lei estabelecer uma específica¹⁶. Aderindo à parte final da oração retro, a doutrina processual moderna traz o princípio da documentação que orienta a prática dos atos processuais por escrito, caso contrário não poderão ser tomados por válidos.

Assim sendo, classificado está o ato processual, em suas principais nuances o que nos servirá para o estudo que se segue.

(13) *idem* 8.

(14) *idem* 8.

(15) Art. 176. Os atos processuais realizam-se de ordinário na sede do juízo. Podem, todavia, efetuar-se em outro lugar, em razão de deferência, de interesse da justiça, ou de obstáculo argüido pelo interessado e acolhido pelo juiz.

(16) *idem* 7.

4. DO PROTOCOLO:

O protocolo é tão-somente um ato praticado por órgão auxiliares da justiça que valida eventual ato postulatório no qual a parte expõe a pretensão judicial que almeja.

É com o protocolo que o pedido da parte fica disponível para o juízo que determinará sua juntada, se for o caso, para esmeritada análise.

Com o instituto em comento é que se torna possível verificar a tempestividade de eventual pedido, sujeito a algum ônus processual, e segundo a regra processual vigente deverá ser feito na serventia correspondente ao juízo em que tramita o processo, senão vejamos:

“Art. 172. Os atos processuais realizar-se-ão em dias úteis, das 6 (seis) às 20 (vinte) horas. [...] § 3º Quando o ato tiver que ser praticado em determinado prazo, por meio de petição, esta deverá ser apresentada no protocolo, dentro do horário de expediente, nos termos da lei de organização judiciária local”. (grifo nosso).

E ainda:

“Art. 547. Os autos remetidos ao tribunal serão registrados no protocolo no dia de sua entrada, cabendo à secretaria verificar-lhes a numeração das folhas e ordená-los para distribuição. Parágrafo único. Os serviços de protocolo poderão, a critério do tribunal, ser descentralizados, mediante delegação a ofícios de justiça de primeiro grau”.

A regra sublinhada, advinda de alteração do texto original, promovida em 1994, quando observada apenas em sua primeira parte, dá-nos a impressão que a regra é absoluta, ou seja, que os atos de protocolo devem ser praticados, estritamente, no respectivo juízo.

Contudo, como já foi explorado, aos Estados é delegada a competência para legislar acerca da administração da justiça e organização dos tribunais, e o artigo 172 não poderia deixar de contemplar tal benesse, na parte final, nos termos da lei de organização judiciária local.

O mesmo ocorre quando o legislador acrescentou ao art. 547 do Código de Processo Civil o parágrafo único que estabeleceu que os serviços de protocolo poderão, a critério do tribunal, ser descentralizados, mediante delegação a ofícios de justiça de primeiro grau.

Assim, é que cabe aos mais diversos tribunais do país, através da iniciativa apregoada no art. 125 da Carta Republicana, regular seu sistema de protocolo.

O Poder Judiciário padece com o crescimento demográfico brasileiro durante sua honrosa história, assim como a demanda pelos seus serviços.

É claro que há décadas atrás era suficiente entender que o protocolo deveria ser efetivado, exclusivamente, na sede do juízo. Os meios de comunicação eram caros e resumidos, não havia um grande número de profissionais que transitavam pelas mais diversas comarcas que existem no país. Não se pode olvidar que, também, o Brasil conviveu três décadas diferentes com um regime totalitário, o que enfraqueceu o Poder Judiciário, eminentemente uma instituição democrática que deve trazer acesso ao cidadão que, naquela época, via-se em uma situação de real temor.

Vários fatores, a partir da queda da ditadura, passaram a contribuir para uma mudança na forma de se entender o ato do protocolo.

O crescimento demográfico é constante e fator aliado ao sistema vigente.

Com a abertura da economia brasileira, promovida especialmente a partir do início da década de 90, o Estado Brasileiro passou a apresentar um significativo crescimento tecnológico, e das próprias instituições públicas e privadas.

As empresas de telefonia foram privatizadas o que contribuiu para melhoria, diversificação e até concorrência no ramo, fatores que implementaram maior acesso, menores custos e modernização nas comunicações.

O número de faculdades de direito, e, portanto, de operadores do direito cresceu de forma assombrosa, tornando-se comum que um profissional de uma unidade da federação preste serviços nos mais diversos rincões do Brasil. Há vinte anos atrás seria quase impossível imaginar que um advogado de São Paulo pudesse trabalhar de forma cônica e participativa no estado de Rondônia, por exemplo.

A própria globalização, com a chegada das multinacionais ao território nacional, fator que deve ser conjugado com a moderna lei de proteção ao consumidor, contribuíram para um grande aumento da demanda judicial.

São milhares de petições transitando pelo país, das mais diversas formas, circunstâncias que levaram o legislador a pensar de forma mais atual. Exemplificando, temos a lei 9.800/1999 que permite¹⁷ as partes a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais.

Criou-se, então, o sistema do protocolo integrado, objeto da presente discussão.

5. DO PROTOCOLO INTEGRADO:

De forma bem direta, o protocolo integrado visa entregar maior acesso do jurisdicionado à própria Justiça.

Valendo-se de outras serventias dentro do mesmo tribunal, uma parte, ou profissional, se dirige ao órgão auxiliar da justiça mais próximo, e competente para tanto, e protocola sua manifestação que deverá ser encaminhada ao destinatário indicado. Os responsáveis por receber o ato processual em juízo diverso do destinatário devem ser considerados extensão daquela serventia, verdadeiros *longa manus* daquele outro juízo.

Sua missão é facilitar a atividade de quem milita em uma determinada localidade, mas demanda em outra.

O presente instituto veio resolver uma série de problemas atinentes ao acesso à justiça, garantia constitucional, advindos de todos os fatores externos lançados no capítulo acima.

Trabalhou-se em diversas frentes para viabilizar sua instituição com segurança, sem que tal benevolência pudesse se tornar fator diferenciador entre os litigantes. O pensamento era o de estabelecer a garantia, vinculando seu exercício a um determinado ônus, sem o qual, o ato não poderia ser considerado válido e tempestivo.

Neste ponto, novamente é importante destacar, mais uma vez, que é garantido aos tribunais a iniciativa das leis que implementarão a organização e administração judiciária, fator importante para que as leis pertinentes ao Protocolo Integrado pudessem ser adequadas às mais diversas realidades dos entes federativos. Cada Estado tem suas peculiaridades e a admissão de eventual sistema convém em maior grau a uma determinada localidade.

(17) Art. 1º É permitida às partes a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita.

Arremate-se a idéia inicial com um texto obtido no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, no qual discorre sobre o Protocolo Integrado e suas nuances em sua estrutura.

“Protocolo Integrado de Petições

O serviço

O Protocolo Integrado de Petições é responsável pelo de Recebimento de Processos e Petições dos advogados e de partes em geral. O Serviço posteriormente encaminha estes documentos aos diversos setores e fóruns do Tribunal de Justiça do DF.

Praticidade e agilidade - estes são os objetivos do Serviço Protocolo Integrado. Todos os fóruns do TJDFT possuem postos de atendimento, o que possibilita que advogados e partes possam entregar processos ou petições interlocutórias de 1ª e 2ª Instância, dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e até da Vara da Infância e Juventude no fórum que melhor lhe convier.

Para facilitar o trabalho dos advogados e das partes, proporcionando conforto, economia de custo e tempo, o Serviço Protocolo Integrado oferece, além da garantia do cumprimento dos prazos - independentemente do local de recebimento dos documentos - confiabilidade e segurança da entrega.

Desde a sua criação, em 2003, até dezembro de 2006, o SERPRI já recebeu mais de um milhão e quatrocentos mil documentos, entre petições e processos, passando de 183.772 em 2003 para 1.479.590 em 2006.

Funcionamento

No Distrito Federal o Protocolo Integrado possui 13 postos de recebimento, dez instalados nos fóruns das diversas circunscrições do DF e três em Brasília (um no hall de entrada do fórum, no Bloco B, o Drive-Thru e o do SCS). Nos Fóruns, funciona nas dependências do Serviço de Distribuição. Todos os dias três carros do TJDFT saem

de Brasília levando o movimento recebido no dia anterior para cada destino e recolhendo as demandas geradas nesses locais.

Os documentos recolhidos no Fórum de Brasília, direcionados a qualquer Circunscrição do DF, serão entregues em 24h. Já as demandas geradas nas cidades satélites, com destino a qualquer outra cidade, inclusive Brasília, serão entregues em 48h.

No Plano Piloto, no Setor Comercial Sul, funciona, desde janeiro de 2006, um outro posto do Protocolo Integrado. O posto é uma parceria da Corregedoria do TJDF com o Uniceub, que tem por objetivo facilitar a vida de um grande contingente de advogados com escritório naquele local. Como precisam, com frequência, fazer consultas e diligências nos processos, esses profissionais poderão utilizar o ponto de atendimento para otimizar o andamento dos trabalhos, evitando filas em cartórios e dificuldades de estacionamento. É importante ressaltar que o Protocolo Integrado não recebe petições iniciais (aquela petição que dá origem ao processo), recursos e petições que contenham documentos originais, fotos, negativos, chaves, cheques, promissórias etc. Essas petições devem ser entregues diretamente nos cartórios. Além disso, os processos devolvidos têm que estar obrigatoriamente acompanhados da “folha de carga” emitida pelo cartório.

Drive-thru de petições

O Serviço

O Drive-Thru é uma cabine externa de atendimento do Serviço de Protocolo Integrado. Mais uma facilidade oferecida pelo TJDF aos advogados que atuam na Justiça do DF, que não precisam mais sair de seus carros para protocolar processos ou petições interlocutórias de 1ª e 2ª Instância, evitando problemas de estacionamento e filas nos balcões das Varas.

Atendimento

A cabine Drive Thru funciona no Fórum de Brasília - As petições podem ser entregues em dois locais - numa cabine externa (drive-thru), localizada sob a rampa de acesso da entrada principal do Bloco B do Fórum de Brasília, na qual você é atendido rapidamente sem sair do seu carro.

O atendimento também é feito no saguão da entrada principal do mesmo Bloco. Esse ponto é para facilitar a vida de quem já se encontra no interior do prédio e que também precisa entregar processos e/ou petições.

Horário de atendimento

Cabine externa: 11 às 18 horas.

Saguão da Portaria do Bloco B: 12 às 18 horas.

Outras Vantagens

Além do conforto e rapidez, o Drive-Thru de Petições também reduz o fluxo de pessoas que transitam no Fórum de Brasília e o recebimento equivocado de petições relativas a processos que não pertencem às varas onde foram entregues.

Mas não se esqueça, os cartórios continuam recebendo as petições normalmente”.

6. DO PROTOCOLO INTEGRADO EM RONDÔNIA:

Disposto nas Diretrizes Gerais Judiciais da Corregedoria Geral da Justiça, eis a norma regulatória neste Estado:

“DO PROTOCOLO INTEGRADO

1. Os distribuidores dos fóruns do Estado receberão petições dirigidas a outras comarcas do Estado, bem como as destinadas ao Tribunal de Justiça, exceto as iniciais. Item 1 com redação alterada pelo Provimento n. 017/05-CG

1.1 O item supra não se aplica às petições de recursos interpostos contra as decisões proferidas pelos tribunais.

1.2 Sempre deverá ser indicado, precisamente, o juízo destinatário, informando o número do processo e o nome das partes. Item 1.2 com redação determinada pelo Provimento n. 017/05-CG

2. A remessa será feita pelo sistema de malotes.

3. O distribuidor, ao receber a petição, dará recibo na cópia desta certificando a data e hora de seu recebimento. Item 3 com redação alterada pelo Provimento n. 017/05-CG

4. Incumbe à parte, através do seu advogado, imediatamente após o recebimento da petição pelo Distribuidor, comunicar ao juízo destinatário, pelo meio mais rápido (Ex.: correio eletrônico, fac-símile ou telefone), o nome do recebedor. Item 4 com redação alterada pelo Provimento n. 023/05-CG

5. As petições arrolando testemunhas, apresentando defesa prévia com o rol de testemunhas, de substituição de testemunhas, esclarecedoras de novos endereços de testemunhas, requerendo adiamento de audiências, em processos de natureza civil e em processos de natureza criminal com réu preso e aquelas requerendo esclarecimentos do perito e assistente técnico e depoimento pessoal da parte somente poderão ser apresentadas no protocolo do fórum onde o ato deve ser realizado.

5.1 As petições pertinentes a processos de natureza criminal em que esteja o réu respondendo em liberdade e relativos a apresentação de defesa prévia com rol de testemunhas, substituição de testemunhas ou fornecimento de novos endereços de testemunhas, poderão ser apresentadas no protocolo do fórum diverso daquele onde o ato deva ser praticado, desde que haja indicação na petição, em destaque, da condição de se tratar de réu solto.

6. As petições de recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça somente poderão ser apresentadas no protocolo do Tribunal de Justiça.

7. A petição será remetida ao Juízo destinatário pelo sistema de malote, no prazo de 24 (vinte quatro) horas.

Item 7 com redação alterada pelo Provimento n. 023/05-CG.

7.1 Revogado

Item 7.1 suprimido pelo Provimento n. 023/05-CG

7.2 Revogado

Item 7.2 suprimido pelo Provimento n. 023/05-CG

7.3 Os distribuidores não deverão obstar o recebimento de petições, recursos e demais papéis referentes a processo, a pretexto de estarem desacompanhados de cópias, guias de recolhimento ou documentos nelas referidos, cabendo o exame dessas irregularidades ao juízo para onde forem destinadas.

Item 7.3 com redação alterada pelo Provimento n. 017/05-CG

8. As petições e demais papéis que não digam respeito a feitos da vara ou ofício de justiça serão imediatamente devolvidos ao setor de protocolo, devendo os escrivães, quando do recebimento, exercer rigorosa conferência das remessas feitas diariamente”.

Uma primeira crítica que se faz é a de ausência de Lei, em sentido estrito, que regule a matéria. Não é concebível que o instituto seja regulado através de ato normativo da Corregedoria Geral da Justiça, fator que pode gerar questionamentos acerca da aplicabilidade e oponibilidade a terceiros que não estejam ligados ao Tribunal. Além disso, só a lei em sentido estrito é quem pode regular, nos casos constitucionalmente viáveis, as normas procedimentais.

Feita a primeira crítica, passa-se, ao exame individualizado do disposto no provimento da Corregedoria.

1. Os distribuidores dos fóruns do Estado receberão petições dirigidas a outras comarcas do Estado, bem como as destinadas ao Tribunal de Justiça, exceto as iniciais.

Trata-se da manifestação explícita do instituto do Protocolo integrado. Como veremos à frente, o disposto neste item é apenas a regra matriz que é excepcionada diversas vezes em seguida, e não apenas pelas iniciais.

1.1 O item supra não se aplica às petições de recursos interpostos contra as decisões proferidas pelos tribunais.

Como foi dito, outras exceções existem à regra anteriormente citada, sendo esta a primeira.

1.2 Sempre deverá ser indicado, precisamente, o juízo destinatário, informando o número do processo e o nome das partes.

Trata-se de regra bastante clara e necessária, embora óbvia. Ora, se estamos diante de uma extensão do protocolo de um determinado juízo, de outra comarca, necessariamente, os corretos endereçamentos e outros elementos identificadores são condições sem a qual o ato processual não chegará, sequer, ao seu destino, o que inviabilizará a pretensão da parte.

2. A remessa será feita pelo sistema de malotes.

Critica-se, desde já, o fato do Tribunal assumir integralmente os custos com a logística do sistema, o que, a princípio, se coaduna integralmente ao conceito inicial de facilitar o acesso à justiça. Por outro lado, a extensão do benefício, tanto as partes que reúnem condições para arcar financeiramente com a remessa de seu trabalho para o juízo de destino, quanto aquelas beneficiárias da justiça gratuita, é prática desigual e que onera, desnecessariamente o erário.

Poderá se defender a aplicabilidade do sistema, uma vez que, precipuamente, os malotes servem para o transporte de correspondências entre as unidades administrativas e judiciais do tribunal e que, as petições do protocolo integrado apenas estariam de “carona”. Todavia, a era que se presencia é a da redução da burocracia, dos custos, e da informatização.

As empresas privadas, há anos, investiram em suas redes digitais para tornar a comunicação eletrônica o único canal de acesso entre as diversas unidades e setores.

As instituições públicas já estão implementando tais práticas da iniciativa privada, o que, com o passar dos anos, sepultará o sistema de malotes.

Portanto, a extirpação desta forma de remessa é extremamente urgente e necessária.

3. O distribuidor, ao receber a petição, dará recibo na cópia desta certificando a data e hora de seu recebimento.

Regra que tem como, principal, escopo possibilitar o exame de tempestividade, para os casos em que há prazo para prática de determinado ato processual. Recomenda-se o uso de chancelas eletrônicas, nas quais operador não tem disponibilidade para alterar sua programação, e o usuário não pode alegar ou fraudar o ato, o que concede maior respeitabilidade ao sistema.

Até a pouco tempo atrás, o único instrumento para aferição do recebimento era um simples carimbo, com alguns espaços em branco que serviam para o preenchimento da data, hora e assinatura do recebedor. Pois, então, há premente necessidade de modernização e aposentadoria do sistema vigente.

4. Incumbe à parte, através do seu advogado, imediatamente após o recebimento da petição pelo Distribuidor, comunicar ao juízo destinatário, pelo meio mais rápido (Ex.: correio eletrônico, fac-símile ou telefone), o nome do recebedor.

Objeto de maior crítica do presente trabalho. Trata-se de disposição que impõe um ônus a quem se vale do protocolo integrado, sem, contudo, expressar um ônus ao não atendimento da obrigação.

Inicialmente critica-se a expressão “pelo meio mais rápido”. É importante que, em vez de exemplificar algumas alternativas como faz a cabeça do item, estabeleça-se uma forma específica para o ato, ficando a sugestão do fac-símile, por ser a adotada usualmente. Ademais, o uso do fac-símile, como já foi mencionado, está regulado no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei 9.800/1999.

Prosseguindo, todo o sistema processual é orientado por faculdades processuais, as quais há um correspondente ônus.

Como se expressou acima, o protocolo integrado é um sistema posto aos diversos operadores do direito e as partes para facilitar seu acesso à justiça.

É uma faculdade procedimental, pois a regra é a do protocolo na sede do juízo competente para análise do ato processual.

Considerando uma faculdade procedimental, fatalmente deverá ser fulminada por um ônus, qual seja, o da invalidação do ato processual.

A princípio poderia se imaginar que o desatendimento da presente regra não gera maiores consequências à parte adversa na relação processual, ou mesmo transtornos ao juízo de destino.

Porém a realidade é bastante distinta.

O caso mais específico de evidente prejuízo à parte adversa e ao juízo é o de atos processuais que têm prazos legais determinados para seu cumprimento, por exemplo, um recurso de apelação.

Estabelece o art. 508 do Código de Processo Civil que o prazo para o recurso de apelação é de 15 dias. Suponhamos que o sucumbente resolva protocolar seu recurso, no último dia do prazo, em juízo diverso do competente para seu recebimento.

De acordo com a regra disposta nas diretrizes, cabe ao recorrente o ônus de informar ao juízo competente a interposição do recurso. Mas, e se o operador não cumpre seu ônus?

A consequência fulminante será a certificação do decurso de prazo e do trânsito em julgado. Imaginando-se que a sentença seja condenatória, inicia-se o prazo de 15 dias para o cumprimento voluntário da sentença. A parte vencedora, neste momento, ciente do trânsito em julgado já prepara seus passos para eventual inércia do sucumbente, seja para indicar bens passíveis de penhora, entre outras atitudes que forem pertinentes.

Remetendo o caso hipotético ao item 5.4, trazendo-o ao âmbito do Poder Judiciário do Estado de Rondônia, e diante das peculiaridades geográficas do Estado, afirmando que o uso do malote torna-se bastante prejudicado na época das águas¹⁸, se o sucumbente reside em Costa

(18) período que compreende os meses de outubro à março.

Marques¹⁹ e o processo que pretende recorrer tramitou em Guajará-Mirim²⁰, fatalmente seu recurso não chegará nos 15 dias subseqüentes ao protocolo integrado.

Percorrendo o iter hipotético, diante das inovações provocadas pela tecnologia, e da facilidade em seu acesso, o vencedor da demanda comparece em juízo no 16º do trânsito em julgado de sua pretensão, e protocola, na sede do juízo, uma petição na qual requer a penhora de ativos financeiros em nome do sucumbente, o que o juiz defere e efetiva na mesma data.

No dia seguinte, chega ao juízo de Guajará-Mirim o recurso de apelação do sucumbente.

E agora, o que fazer? Anular todos os atos praticados, tornar sem efeito o trânsito em julgado, mitigando-o?

Não parece ser a melhor solução. O melhor é entender que, se o sucumbente não atendeu ao comando da transmissão da comunicação de seu ato processual, pelo meio mais rápido, ao pretender valer-se da faculdade do protocolo integrado, deve ser penalizado com o ônus do não recebimento de sua apelação por invalidade das formas que lhe estavam prescritas.

Contudo, em casos semelhantes, o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia não tem interpretado desta forma.

Processo:	10001120060003961
Classe:	(9) Agravo de Instrumento
Órgão Julgador:	1ª Câmara Cível
Área:	Cível
Destino dos autos:	Remetido a 1ª Câmara Cível
Segredo de Justiça:	Não
Baixado:	Sim
Distribuído em:	13/12/2006
Tipo de distribuição:	Sorteio
Relator:	Kiyochi Mori

(19) localidade que fica isolada na época das águas, cujo acesso se dá por estrada de terra, distante mais de 200km, do asfalto.

(20) comarca que está localizada no extremo norte do Estado.

Vistos.

TIM CELULAR S/A agrava de instrumento da decisão do juízo a quo que considerou intempestiva a interposição do recurso de apelação por meio de Protocolo Integrado por não ter providenciado a comunicação imediata ao juízo de origem, na forma do item 4, da Seção I, do Capítulo IX das Diretrizes Gerais Judiciais.

Sustenta que providenciou a comunicação imediata ao cartório de origem, utilizando o telefone, um dos meios previstos para a comunicação de atos judiciais, bem como que inexistente previsão de penalidade para eventual ausência de comunicação, importando a inadmissibilidade do apelo em cerceamento de defesa.

O efeito suspensivo ativo foi concedido (fls. 489/490), possibilitando a subida do recurso de apelação.

Informou o magistrado de origem que deu cumprimento à decisão, determinando o processamento do recurso de apelação, e quanto ao agravado, deixou este transcorrer o prazo para apresentação de contra-razões, sem manifestação.

Examinados.

Decido.

Trata-se de agravo à decisão que deixou de receber o recurso por extemporâneo e por desatender frontalmente os ditames contidos nas Diretrizes Judiciais que tratam do sistema de protocolo.

Constato que a sentença foi publicada no Diário da Justiça n. 182, de 28-09-2006 (fl. 460v.). Sendo processo originário da comarca do interior, aplica-se o disposto no artigo 320 do Regimento Interno desta Corte, de modo que o prazo final para a interposição de recurso se deu em 19-10-2006.

Art. 320. Tratando-se de intimação pelo órgão oficial, relativa aos processos originários das comarcas do interior, os prazos contar-se-ão a partir das 6 (seis) horas do quinto dia útil subsequente à data da publicação pela imprensa.

O recurso de apelação foi interposto junto ao Cartório Distribuidor Cível da Comarca de Porto Velho no dia 19-10-2006, conforme se verifica à fl. 463. O fato de o recurso de apelação somente ter sido recebido na comarca de origem no dia 25-10-2006 não o torna extemporâneo. Logo, o recurso é tempestivo.

É pacífica a jurisprudência desta Corte e do STJ no sentido de que a data para aferição da tempestividade é a de entrega no protocolo integrado, podendo esse sistema ser utilizado para a interposição de recursos dirigidos também ao Tribunal de Justiça. (STJ-1ª Turma, REsp 173186/MS, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 28-08-2001; TJRO, Ap Cível 101.014.2005.004537-0, Rel. Des. Sebastião T. Chaves, j. 30-11-2005).

Nesta perspectiva, não pode prevalecer a r. decisão, que não se harmoniza com a jurisprudência que norteia a matéria. O agravo tem consistência, uma vez que o sistema de protocolo integrado é legitimamente aceito, inexistindo invalidade a seu respeito.

Quanto a suposta falta de comunicação do advogado informando o nome do recebedor, conforme atesta a certidão de fl. 485, trata-se de uma irregularidade, mas que não leva à intempestividade do recurso de apelação.

Subindo o recurso, é feito novo juízo de admissibilidade, considerando que naqueles autos há maiores dados sobre a regularidade na interposição.

Por todo o exposto, estando a decisão agravada em manifesto confronto com jurisprudência dominante desta Corte e do STJ, na forma do artigo 557, § 1º-A, do CPC, dou provimento ao recurso, para determinar o processamento do recurso de apelação.

Oficie-se ao juiz da causa, encaminhando cópia da presente decisão, constando, contudo, a observação de que o recurso de apelação já se encontra nesta Corte.

Publique-se.

Após as anotações devidas, archive-se.

Porto Velho, 7 de março de 2007.

Desembargador KIYOCHI MORI

Relator”.

Ora, para o exercício e acesso ao duplo grau de jurisdição é necessário que o sucumbente interponha seu recurso tempestivamente, no juízo prolator da decisão, ou, no caso de valer-se do protocolo integrado, que atenda a exigência de informar pelo meio mais rápido sua interposição. Do contrário, estaria se admitindo indigitada perpetuação dos prazos processuais em tempo além dos 15 dias, desequilibrando a balança da igualdade entre as partes.

Importante lembrar regra que pode ser considerada análoga, e que fulmina o ato processual, no caso de descumprimento, é a disposta no art. 526 do Código de Processo Civil. No caso de interposição de agravo de instrumento, o agravante, no prazo de 3 (três) dias, requererá juntada, aos autos do processo de cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso, e em caso de descumprimento, desde que provado pelo agravado, tal inércia importará em inadmissibilidade do recurso. É certo que o objetivo do dispositivo é permitir ao juízo *a quo* rever sua decisão interlocutória, mas, também, dar ciência a parte contrária da interposição, em prol da igualdade entre as partes..

Vencido o primeiro caso hipotético, passamos a um segundo.

Distribuída uma determinada pretensão inicial, no mesmo juízo de Guajará-Mirim, o juízo determina a citação do réu que reside em Costa Marques.

Efetivado o ato de comunicação, e considerando que a pretensão desenvolve-se no rito ordinário, decorridos 15 dias da efetivação da citação, certifica-se a inércia do réu. Conclusos ao juiz, este considera que a questão é unicamente de direito, e em virtude da revelia certificada, sentencia o feito antecipadamente. Publicada a sentença, chega ao juízo um ato processual com o nome de Contestação, protocolado, via protocolo integrado, em Costa Marques, dentro do prazo, mas que o réu não atendeu ao disposto no item em comento. O que fazer? Revogar a sentença por despacho? Certamente não. Obrigar o réu a apelar? Parece o caminho adequado, lembrando que, no recurso, o primeiro exemplo acima mencionado pode se repetir.

Assim, o conteúdo das diretrizes é falho quando não aponta expressamente uma sanção ao não atendimento do ônus da comunicação imediata, embora, data vênua, a decorrente inadmissibilidade do ato processual em desacordo com o item em tela seja óbvia.

Os exemplos mencionados, é claro, são extremados, mas que não se olvide que, em igual ou menor escala, ocorrem na prática, causando transtornos.

A consequência mais imediata é a morosidade provocada pela inércia de quem se vale do protocolo integrado de forma inadequada.

No caso da apelação interposta sem comunicação ao juízo que sentenciou o processo, se no prazo, o sucumbente certamente manteria um agravo de instrumento contra o despacho que não recebeu o recurso, por considerá-lo intempestivo.

A segunda instância, então, é movimentada, tramitando o recurso nos termos legais. Admitindo que o processo seja afeto as atribuições do Ministério Público, remetem-se os autos aquela instituição para parecer e, após, é elaborado o relatório, incluindo-se o feito em pauta (que sempre é bastante cheia), isso de forma bastante simplificada, ignorando-se outros trâmites ordinatórios como as informações que poderão ser requisitadas ao juiz da causa.

No caso de não provimento do recurso, o réu ganhou tempo para dilapidar seu patrimônio e dificultar o cumprimento da sentença. Em caso de provimento, reiniciam-se os trâmites normais à apelação. Informa-se o juízo que mandará colher as contra-razões da parte adversa.

Entender-se de forma contrária é criar mais um gargalo na justiça e contribuir para morosidade da instituição. Repise-se, o sistema do protocolo integrado não foi admitido para perpetuar prazos e fases processuais, mas, sim, para tornar o acesso a justiça mais amplo, desde que as formalidades sejam atendidas.

5. As petições arrolando testemunhas, apresentando defesa prévia com o rol de testemunhas, de substituição de testemunhas, esclarecedoras de novos endereços de testemunhas, requerendo adiamento de audiências, em processos de natureza civil e em processos de natureza criminal com réu preso e aquelas requerendo esclarecimentos do perito e assistente técnico e depoimento pessoal da parte somente poderão ser apresentadas no protocolo do fórum onde o ato deve ser realizado.

Com a presente redação o emissor do provimento procurou resguardar alguns atos, que elegeu importantes, do uso do protocolo integrado, justamente para evitar algumas das surpresas desagradáveis citadas no tópico anterior. Casos em que eventual requerimento de adiamento da audiência, no qual a parte prestaria depoimento pessoal, chegasse após a abertura do ato solene, os efeitos da confissão ou da revelia já estaria instalados..

5.1 As petições pertinentes a processos de natureza criminal em que esteja o réu respondendo em liberdade e relativos a apresentação de defesa prévia com rol de testemunhas, substituição de testemunhas ou fornecimento de novos endereços de testemunhas, poderão ser apresentadas no protocolo do fórum diverso daquele onde o ato deva ser praticado, desde que haja indicação na petição, em destaque, da condição de se tratar de réu solto.

A argumentação do item anterior é válida para o presente.

6. As petições de recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça somente poderão ser apresentadas no protocolo do Tribunal de Justiça.

Ex vi texto do art. 542 do Código de Processo Civil²¹.

7. A petição será remetida ao Juízo destinatário pelo sistema de malote, no prazo de 24 (vinte quatro) horas.

Item com difícil aplicabilidade. É sabido que o sistema de malote, ao menos no interior do Estado, não é diário, o que inviabiliza a celeridade que se tentou compelir.

7.3 Os distribuidores não deverão obstar o recebimento de petições, recursos e demais papéis referentes a processo, a pretexto de estarem desacompanhados de cópias, guias de recolhimento ou documentos nelas referidos, cabendo o exame dessas irregularidades ao juízo para onde forem destinadas.

Embora tenha se afirmado que a serventia que recebe o ato processual destinado a juízo diverso deve ser considerada extensão deste, assim como na própria serventia do juízo destinatário não é papel do oficial analisar documentos/admissibilidade da peça, cabendo o exame ao juiz.

8. As petições e demais papéis que não digam respeito a feitos da vara ou ofício de justiça serão imediatamente devolvidos ao setor de protocolo, devendo os escrivães, quando do recebimento, exercer rigorosa conferência das remessas feitas diariamente.

Admitindo-se o erro no sistema do malote, impõe-se a necessidade do comando acima.

Como se vê, o sistema é superado, com algumas lacunas e deve ser revisto. Em eventual revisão deve haver um regramento específico que diga respeito ao prazo para a escrivania certificar o trânsito em julgado dos atos judiciais, no geral.

(21) Art. 542. Recebida a petição pela secretaria do tribunal, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista, para apresentar contra-razões.

7. DO PROTOCOLO INTEGRADO EM ALGUNS TRIBUNAIS BRASILEIROS.

A análise comparada é valioso subsídio para a formação de uma idéia. A simples cópia certamente causará danos, a princípio, inexplicáveis, para quem fez o uso da regra de forma inflexível.

Cada Tribunal de Justiça tem suas peculiaridades, razão pela qual, obtiveram, com o passar dos anos, visões aplicáveis a sua própria realidade. Aplicar o sistema de protocolo integrado de São Paulo à Rondônia, por exemplo, não seria o mais correto. Os tribunais são antagonicamente diferentes, quantitativamente e qualitativamente, sob os mais diversos aspectos. A recíproca também é inaplicável, razão pela qual defende-se uma construção normativa útil e que seja adequada para seu local específico.

Passa-se, pois, ao conhecimento das experiências de outros tribunais estaduais..

7.1. Do Protocolo Integrado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul²².

**“SISTEMA DE PROTOCOLO INTEGRADO
Tribunal de Justiça do RS e Empresa Brasileira de
Correios e Telégrafos
CONSELHO DA MAGISTRATURA
RESOLUÇÃO Nº 380/2001-CM**

Dispõe sobre a adoção do Sistema de Protocolo Integrado do Poder Judiciário com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos..

O CONSELHO DA MAGISTRATURA, no uso de suas atribuições legais, ouvido o mesmo Órgão na sessão do dia 16-10-2001, considerando-se existir necessidade de regramento para aplicação do Sistema de Protocolo Postal (Proc. nº 224/2001-CM, 5ª Classe – 23115002),

(22) em www.tj.rs.gov.br

RESOLVE:

Art. 1º - Em decorrência de Convênio celebrado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), fica instituído no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul o denominado Protocolo Postal Integrado.

Art. 2º - A utilização do Protocolo Postal Integrado é facultativa. As partes poderão, se entenderem, continuar a utilizar o sistema vigente.

Parágrafo único - Os custos devidos pela utilização do sistema serão de exclusiva responsabilidade do usuário, independente do gozo de assistência judiciária.

Art. 3º - O Protocolo Postal Integrado destina-se à remessa de petições para quaisquer unidades judiciárias no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul.

Parágrafo único - Não poderão ser objeto de remessa, pelo instrumento ora regulamentado, as seguintes petições:

A - As que requeiram adiamento de audiência ou substituição de testemunhas;

B - As que requeiram adiamento de leilão ou praça;

C - As que se destinem a unidades judiciárias de outros Estados, inclusive Tribunais Superiores;

D - As petições iniciais e seus aditamentos, salvo as que versarem sobre ações incidentais (v.g. embargos do devedor, reconvenção).

Art. 4º - As peças processuais, cuja admissibilidade estiver condicionada a prévio preparo, poderão, mesmo assim, ser remetidas pelo protocolo postal, mas o cálculo e recolhimento das respectivas custas será de exclusiva responsabilidade da parte.

Art. 5º - Objetivando preservar a segurança do sistema, apenas uma peça processual, independente do número de páginas que contiver, poderá ser remetida por envelope SEDEX.

Art. 6º - A Comprovação do depósito da petição junto à ECT será feita por documento próprio expedido pela empresa responsável pelo recebimento das correspondências. Este comprovante servirá para aferição da tempestividade no cumprimento dos atos processuais.

Art. 7º - Após a entrada em vigor do sistema, deverão os escrivães certificar o decurso dos prazos processuais somente três dias após o seu término objetivando possibilitar a entrega dos SEDEXs pela EBCT.

Art. 8º - Eventuais casos omissos deverão ser resolvidos por ato do Corregedor-Geral da Justiça.

Art. 9º - A presente Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

Porto Alegre, 03 de dezembro de 2001.

Des. LUIZ FELIPE VASQUES DE MAGALHÃES,
Presidente”.

Sistema visivelmente útil, rápido, sem burocracia e, o principal, sem custos para o Poder Judiciário. O sistema implementado é viabilizado através de convênio firmado entre o Tribunal e os Correios (EBCT), cuja minuta é renovada através de aditivos periódicos.

“SISTEMA DE PROTOCOLO INTEGRADO

Tribunal de Justiça do RS e Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

CONVÊNIO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS QUE ENTRE SI FAZEM O PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E A EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. O PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, com sede na Praça Marechal Deodoro, 55, em Porto Alegre/RS, inscrita no CNPJ MF 89.522.064/0001-66, Inscrição Estadual isento, neste ato representado

pelo Desembargador Luiz Felipe Vasques de Magalhães, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e a EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS, Empresa Pública vinculada ao Ministério das Comunicações, constituída nos termos do Decreto-Lei nº 509, de 20 março de 1969, regida pela legislação federal e pelo Decreto nº 83.726, de 17 de julho de 1979, Diretoria Regional do Rio Grande do Sul, inscrita no CNPJ MF sob o nº 34.028.316/0026-61, com sede na Rua Siqueira Campos, 1.100, em Porto Alegre/RS – Centro, CEP.: 90002-900, doravante designada, simplesmente ECT, neste ato representada por seu Diretor Regional, José Mário Amorim, têm, entre si, justo e acertado a formalização do presente CONVÊNIO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO, conforme termos da Resolução, regido pela Lei 8.666/93, legislação complementar e cláusulas que seguem:

CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO

1.1 – O presente Convênio tem por objeto a viabilização do SISTEMA DE PROCOLO INTEGRADO do Poder Judiciário Estadual, objetivando a remessa, via SEDEX, de petições judiciais e recursos (1ª e 2ª instâncias), a serem postados nas Agências de Correios do Estado do Rio Grande do Sul, através dos envelopes SEDEX convencionais (modelos ES-03 e ES-04).

CLÁUSULA SEGUNDA – DAS OBRIGAÇÕES DA ECT

A ECT se compromete a:

2.1 – Receber as petições e os recursos postados como objetos SEDEX, através dos envelopes convencionais (modelos ES-03 e ES-04) e na forma da Resolução do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL/RS.

2.2 – Disponibilizar para venda envelopes convencionais (modelos ES-03 e ES-04) e etiquetas “SISTEMA DE PROTOCOLO INTEGRADO – Poder Judiciário”.

2.3 – Especificamente para o Sistema de Protocolo Postal (SPP):

2.3.1 – Personalizar o comprovante do cliente emitido pelos caixas.

2.3.2 – Colar no anverso da 1ª (primeira) página da 1ª (primeira) via da petição ou recurso, a fita de caixa personalizada, aplicando carimbo datador, nome e matrícula do empregado.

2.3.3 - Aplicar carimbo datador, horário, nome e matrícula do atendente, na segunda via da petição ou recurso, identificando nesta via o número do registro postal – código de barras Sedex.

2.4 – Especificamente para o Sistema de Protocolo Integrado Capital/Interior (SPICI):

2.4.1 - Encaminhar o objeto Sedex à respectiva vara de destino ou ao Tribunal, obedecendo sempre o endereçamento do objeto, dentro dos prazos previstos para a prestação do serviço Sedex.

PARÁGRAFO PRIMEIRO – A utilização do Sistema de Protocolo Postal ficará suspenso, automaticamente, em caso de greve dos serviços da ECT ou do Poder Judiciário.

CLÁUSULA TERCEIRA – DAS OBRIGAÇÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal de Justiça se compromete a:

3.1 – Divulgar os procedimentos adotados para envio de petições e recursos vigentes a partir de DD/MM/AAAA nas respectivas Varas e Secretarias do Tribunal de Justiça.

CLÁUSULA QUARTA – DO VALOR

4.1 – Não haverá desembolso financeiro entre os conveniados. A postagem do SEDEX será de responsabilidade do remetente, bem como, o pagamento da tarifa correspondente.

4.2 – A ECT será remunerada diretamente pelo usuários, através da venda e prestação do serviço SEDEX, na modalidade à vista.

CLÁUSULA QUINTA – DA VIGÊNCIA

5 – O prazo de vigência do presente convênio será de 01 (um) ano contado a partir da data de sua assinatura, podendo ser renovado, mediante acordo prévio entre as partes, formalizado por Termo Aditivo.

CLÁUSULA SEXTA – DA RESCISÃO

6.1 – O presente convênio poderá ser rescindido a qualquer tempo:

6.1.1 – por interesse de qualquer das partes e mediante comunicação formal, com aviso prévio expresso e escrito com prazo de, no mínimo, 30 (trinta) dias de antecedência.

6.1.2 – Na ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprado, impeditiva da execução do Convênio.

CLÁUSULA SÉTIMA – DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

7.1 – Este Convênio poderá ser revisto total ou parcialmente, a qualquer época, mediante prévio entendimento entre as partes.

7.2 – O descumprimento das obrigações previstas no presente Convênio será comunicado pela parte prejudicada à outra, mediante notificação por escrito e entregue mediante recibo na Gerência Comercial, a fim de que seja providenciada a sua regularização.

7.2.1 – As comunicações da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos para o Poder Judiciário, se destinará ao Presidente do Tribunal de JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

7.2.2 – A comunicação do Tribunal para a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, se destinará à Gerente Comercial da Diretoria Regional do Rio Grande do Sul.

7.3 – A ECT não se responsabiliza pelo conteúdo, bem como, pelo preenchimento e endereçamento incorretos dos envelopes utilizados no Sistema de Protocolo Integrado.

7.4 – A ECT não se responsabiliza por receber recursos e/ou petições postados nas agências dos Correios que estiverem excluídos do Sistema de Protocolo Integrado, conforme Resolução do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

7.5 – A ECT não se responsabiliza por eventuais prejuízos decorrentes da suspensão do Sistema de Protocolo Integrado Capital/Interior (SPICI), em unidades indicadas cujos sistemas informatizados de atendimento estejam inoperantes.

7.6 – A execução do objeto deste convênio será fiscalizada, nos termos do Art. 67, da Lei 8.666/93, pela Diretoria-Geral Judiciária.

7.7 – A ECT não se responsabiliza pelo efetivo apensamento à petição de documentos nela expressamente mencionados pelo remetente/advogado usuário do serviço, em especial comprovantes de recolhimento de depósitos judiciais ou de custas.

CLÁUSULA OITAVA – DO FORO

8.1 – Para dirimir as questões oriundas deste Convênio, não resolvidas administrativamente, será competente o Foro da Justiça Federal. Seção Judiciária da cidade de Porto Alegre/RS, com exclusão de qualquer outro, por mais privilegiado que seja..

E, por estarem justos e acordados aceitam e assinam o presente Convênio em 2 (duas) vias de igual teor e forma, na presença das testemunhas instrumentárias.

Porto Alegre, 19 de dezembro de 2001.

DES. LUIZ FELIPE VASQUES DE MAGALHÃES,
Presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

CONTRATANTE.

JOSÉ MÁRIO AMORIM,

Diretor Regional da DR-RS.

CONTRATADA”.

É um dos sistemas mais comuns nos tribunais deste país, sendo destacável a notória qualificação que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos ostenta atualmente, padrão este reconhecido a nível mundial.

É possível observar que o ato normativo traz algumas espécies de atos processuais em que o uso do protocolo integrado postal é defeso. Tais restrições encontram assento em todas as legislações, *lato sensu*, do Brasil.

Faz-se uma crítica bastante clara ao sistema. A resolução não distingue os beneficiários da justiça gratuita, daqueles que estão em juízo arcando com as custas do processo.

Provavelmente os emissores do ato normativo partiram do pressuposto de que nem todos os beneficiários da justiça gratuita são, efetivamente, pobres, miseráveis. O são, sim, no sentido legal, não sendo capazes de arcar com as custas iniciais do processo, mas com recursos bastantes para pagar um sedex para outra cidade dentro do próprio estado.

O raciocínio não deixa de estar correto. Contudo, como em todos os casos de generalização, existem exceções e, em alguns casos, há litigantes que não conseguiriam pagar o porte para remessa da petição, sem prejuízo de seu sustento.

E como ficariam os regimentos de custas que, invariavelmente, estampam em suas redações algumas pretensões em que não são devidas custas, presumindo-se certa periclitância financeira dos envolvidos.

Não se deve olvidar que se trata de faculdade de que está em juízo o uso do protocolo integrado postal, razão pela qual as críticas desempenhadas devem ser mitigadas, contudo, não há como esquecer que o sistema deve ser visto como uma maior oportunidade de acesso à justiça, e a remuneração do serviço, indistintamente, causa ruptura ao conceito inicial.

Em Rondônia, o sistema gaúcho não seria aplicável de forma satisfatória. A população do Estado é muito pobre. O número de processos que tramitam sob o pálio da justiça gratuita é enorme. Rapidamente o instituto, da forma proposta no Rio Grande do Sul, cairia em desuso. Há outro problema, por consequência, o número de procurações outorgadas à Defensoria Pública do Estado de Rondônia é muito grande. Estima-se que, em torno de, 70% dos processos em trâmite haja atuação da defensoria em um dos pólos do litígio.

A defensoria deste Estado é bastante desestruturada, não mantém um cadastro com informações básicas de seus usuários. Não detém de quadro administrativo suficientemente numeroso para a promoção de atividades comezinhas, como, por exemplo, a localização de determinada parte. Invariavelmente recorrem ao juízo para que intime-se pessoalmente o litigante a comparecer em juízo e prestar os esclarecimentos devidos.

Como imputar o ônus financeiro nestas circunstâncias? Não há como. Em Rondônia, reitere-se, o sistema gaúcho não seria o mais apropriado.

Por fim, elogia-se a iniciativa de fixar um prazo para as certificações de decurso de prazo, o que ilide uma série de problemas. O prazo é suficiente diante da confiabilidade do Sedex, produto dos Correios.

7.2 Do Protocolo integrado no Tribunal de Justiça de Minas Gerais²³.

CONSIDERANDO ainda que a distância entre as comarcas do Estado obriga, muitas vezes, o advogado a fazer deslocamentos para acompanhamento de andamento processual,
RESOLVE:

Art. 1º Implantar o Sistema de Protocolo Integrado, que permitirá a qualquer juízo das comarcas do Estado de Minas Gerais receber petições dirigidas a outro juízo, inclusive aquelas dirigidas aos Tribunais de Justiça e Alçada.

§ 1º Ficam excluídas do Sistema de Protocolo Integrado, devendo ser protocolizadas no Foro onde o ato deva ser praticado, as petições:

I - iniciais;

II - em que são arroladas testemunhas, esclarecendo novos endereços das mesmas;

(23) disponível em www.tjmg.gov.br

- III - em que se requer adiamento de audiência;
- IV - em que se requer depoimento pessoal, esclarecimento de peritos e assistentes técnicos em audiência;
- V - em que é apresentada defesa prévia, com rol de testemunhas em processo criminal, em que o réu esteja preso;
- VI - de recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, devendo, nesse caso, serem apresentadas no protocolo do Tribunal “a quo”.
- VII - de precatórios judiciais, que deverão ser apresentados no protocolo do Tribunal “a quo”.

§ 2º As petições pertinentes a processos criminais em que o réu responda em liberdade e as relativas à defesa prévia, com rol de testemunhas, substituição ou fornecimento de novos endereços das mesmas, poderão ser protocolizadas no juízo diverso daquele a que é dirigida, desde que seja informado na petição, em destaque, que se trata de réu solto.

§ 3º Nos protocolos do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Alçada só poderão ser protocolizadas as petições e os documentos judiciais referentes aos respectivos Tribunais.

Art. 2º As petições deverão ser apresentadas ao protocolo, em horário de expediente forense, em 2 (duas) vias, constando, em destaque, o nome da comarca a que se destina, o nome das partes, número do processo e, quando for o caso, a vara.

Art. 3º As petições encaminhadas ao protocolo deverão estar, obrigatoriamente, acompanhadas de:

- a) comprovante do pagamento das custas, quando devidas, conforme tabela da Corregedoria-Geral de Justiça;
- b) porte de envio pelo correio, via SEDEX.

§ 1º O recolhimento das custas será efetuado em guia própria, na conta do Contador/Tesoureiro Judicial, da comarca destinatária da petição, devendo constar do depósito o nome do Banco, Agência e o número da conta.

§2º O pagamento do porte de envio pelo correio, via SEDEX, será efetuado em guia de depósito bancário comum, em nome do Tribunal de Justiça, conta nº 400.542-7, Banco BEMGE, Agência 478-8.

Art. 4º Todas as petições receberão a autenticação do relógio hora datador, contendo a data, hora e o número seqüencial de protocolo, servindo de comprovante da parte a autenticação dada na 2º via.

Art. 5º As petições dirigidas a outras comarcas do Estado, protocolizadas até às 17 horas, deverão ser encaminhadas ao correio, no mesmo dia, através do protocolo ou setor responsável por este serviço, ficando para o dia seguinte as recebidas após este horário.

§ 1º As petições destinadas à própria comarca, deverão ser encaminhadas às respectivas varas, pelo menos, 2 (duas) vezes ao dia, mediante carga.

§ 2º O protocolo de cada comarca manterá registro de todas as petições protocolizadas, contendo o nome da comarca a que se destina, número do processo, número e data do protocolo e ainda, quando for o caso, a indicação da vara.

Art. 6º A remessa das petições a outras comarcas, será feita via SEDEX - Serviço de Encomenda Expressa Nacional, da ECT - Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, cujo custo será repassado aos usuários.

Art. 7º As petições deverão ser protocolizadas, rigorosamente, dentro dos prazos legais.

§ 1º O término do prazo será certificado nos autos, pelo escrivão, após o 5º (quinto) dia útil de sua ocorrência.

§ 2º As partes terão garantia de interrupção do prazo, desde que apresentem a 2º via da petição protocolizada e preencham os requisitos mencionados nos arts. 2º e 3º desta Resolução, mesmo que tenha sido recebida pelo juízo a que se destina somente após a certificação a que se refere o parágrafo anterior.

Art. 8º Em caso de paralisação nos serviços do correio, este Sistema poderá ser suspenso, provisoriamente, a critério do Tribunal de Justiça, através de Portaria.

Art. 9º As citações/intimações via postal, deverão ser expedidas, em todas as comarcas, pelas Secretarias de Juízo, através de formulários próprios, cód. 10.30.591-2 e 10.30.606-4, e encaminhadas ao protocolo para expedição via SEED - Serviço

Especial de Entrega de Documentos da ECT.

Parágrafo Único - O pagamento do porte de envio pelo correio, via SEED, será efetuado pela parte interessada, em guia de depósito bancário comum, em nome do Tribunal de Justiça, conta nº 400.542-7, Banco BEMGE, Agência 478-8.

Art. 10 O valor do porte do correio, através do SEDEX, é de R\$ 5,06 e o de citação/intimação via postal, através do SEED, é de R\$ 3,84, podendo estes valores serem reajustados a critério do Presidente do TJMG, através de Portaria.

Art. 11 Para atender ao disposto nesta Resolução, caberá:

- a) ao Juiz Diretor do Foro tomar as providências necessárias para sua operacionalização;
- b) à Secretaria de Informática adaptar os programas em uso e a serem instalados;
- c) à Secretaria de Planejamento e Coordenação elaborar manual de rotina do Sistema.

Art. 12 Esta Resolução entrará em vigor 60 (sessenta) dias após sua publicação.

REGISTRE-SE. PUBLIQUE-SE. CUMPRA-SE.

Belo Horizonte, 1º de agosto de 1996.

(a) Des. Márcio Aristeu Monteiro de Barros
Presidente”

Embora trate-se de sistema parecido com o dos gaúchos, inegável é a conclusão que o sistema mineiro é mais completo, até por disciplinar os casos de paralisações nos Correios.

Adotando os elogios feitos ao sistema gaúcho, ao do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, vai-se além ao constatar que há estipulação de um prazo para certificação do decurso de prazo, cinco dias úteis. O sistema garante, ainda, a interrupção do prazo, em caso de extravio, desde que a parte apresente a segunda via protocolada.

Tal recurso empresta maior idoneidade ao instituto.

Ao contrário do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²⁴, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais trouxe para si o ônus de receber as petições em suas próprias unidades, protocolando a segunda via do usuário, fator que lhe garante eventual reversão de decurso de prazo. Embora haja uma certa burocracia no sistema, envolvendo emissão de guias para pagamento, número de vias que devem ser encaminhadas, manutenção dos registros de protocolo, a forma estabelecida é mais segura para a parte que se vale do protocolo integrado.

Aqui, a regra é omissa com relação aos casos de justiça gratuita, muito embora se subentenda que seus beneficiários não farão uso da benesse, até porque, assim como o sistema rio grandense, não há remuneração do TJ aos Correios.

(24) Lembrando-se de que no TJRS a responsabilidade pela postagem é integralmente de quem usa o recurso.

7.3 Do Protocolo Integrado no Tribunal de Justiça de São Paulo²⁵.

“CAPÍTULO IX

DO PROTOCOLO INTEGRADO; DO SERVIÇO ESPECIAL DE ENTREGA DE DOCUMENTOS - SEED; DO SERVIÇO DE TELEX; DAS CÓPIAS REPROGRÁFICAS E AUTENTICAÇÕES E DO SERVIÇO DE ESTENOTIPIA

SEÇÃO 1

DO PROTOCOLO INTEGRADO

1. Os protocolos dos Foros do Estado receberão petições, exceto as iniciais, dirigidas a outras Comarcas do Estado, bem como receberão as destinadas ao Tribunal de Justiça, Justiça Militar, 1º e 2º Tribunais de Alçada Civil e Tribunal de Alçada Criminal.

1.1. As partes poderão utilizar sistema de transmissão de imagens tipo fac-símile para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita, nos termos da Lei n. 9.800, de 26.05.1999, observando-se, no que for aplicável, as normas da presente seção.

1.2. As petições previstas no item 1 poderão ser protocoladas nas Agências da ECT instaladas no Estado de São Paulo, nos dias úteis e no horário comercial (9:00 às 17:00 horas), através do serviço de postagem via SEDEX.

1.3. Uma vez protocolada a petição em nenhuma hipótese será restituída pelo setor de protocolo, devolução esta que deverá ser requerida ao Juízo destinatário daquela peça.

(25) em http://portal.tj.sp.gov.br/wps/portal/tj.noticia.visualizar?noticia_id=36338&urlVoltar=/wps/portal/home - Normas de Serviços dos órgãos judiciais.

2. A remessa das petições recebidas pelos Protocolos das Unidades do Poder Judiciário será feita pelo sistema de malotes e as recebidas nas Agências da ECT serão encaminhadas pelo correio, diretamente ao Juízo destinatário.

2.1. A ECT, ao receber a petição, emitirá em duas vias o comprovante de postagem, afixando uma via no verso da petição original e a segunda no verso da cópia que será devolvida ao requerente no ato da postagem.

2.2. A aquisição e o preenchimento do envelope padronizado de SEDEX serão de responsabilidade do interessado, inclusive quanto a erro ou endereçamento equivocados.

3. O protocolo, ao receber petições, inclusive via fac-símile, dará recibo na cópia da mesma, se houver, e expedirá ficha que acompanhará a petição, sendo devolvida pelo órgão destinatário, devidamente cancelado o recebimento.

3.1. Somente serão recebidas petições via fac-símile durante o horário de atendimento ao público, correndo os defeitos de transmissão ou recepção por conta do transmitente.

3.2. A remessa de petições via fac-símile não desobriga o usuário da protocolização dos originais nos protocolos dos Foros do Estado, no prazo e nas condições previstos no artigo 2º e parágrafo único da Lei nº 9.800, de 26.05.1999.

4. Nas Comarcas em que o malote tiver frequência de até 2 (duas) vezes por semana, o término do prazo para recurso será certificado após 10 (dez) dias de sua ocorrência.

4.1. Aplica-se o previsto no item 4 para a contagem do prazo das petições protocoladas nas Agências da ECT.

5. As petições arrolando testemunhas, apresentando defesa prévia com rol de testemunhas, de substituição de

testemunhas, esclarecedoras de novos endereços de testemunhas, requerendo adiamento de audiências, em processos de natureza civil e em processos de natureza criminal com réu preso e aquelas requerendo esclarecimentos do perito e assistente técnico e depoimento pessoal da parte, somente poderão ser apresentadas no protocolo do Foro onde o ato deva ser realizado.

5.1. As petições pertinentes a processos de natureza criminal em que esteja o réu respondendo em liberdade e relativas a apresentação de defesa prévia com rol de testemunhas, substituição de testemunhas ou fornecimento de novos endereços de testemunhas poderão ser apresentadas no protocolo de Foro diverso daquele onde o ato deva ser praticado, desde que haja indicação na petição, em destaque, da condição de se tratar de réu solto.

6. As petições de recursos dirigidas ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça somente poderão ser apresentadas no protocolo dos Tribunais "a quo".

7. Ficam autorizados os protocolos do Foro Central da Capital (DEPRI 1.2 e DIPO 1.2) a receber, nos limites das respectivas atribuições, os laudos do Instituto Médico Legal e as Folhas de Antecedentes destinadas a todas as Comarcas e Varas do Estado.

7.1. Ofícios resposta de órgãos públicos e privados podem ser apresentados aos setores de protocolo geral das Comarcas da Capital e do Interior, desde que destinados às unidades judiciárias do respectivo Fórum.

8. Os setores de protocolo não deverão obstar o recebimento de petições, recursos e demais papéis, a pretexto de estarem desacompanhados de cópias, guias de recolhimento ou documentos nelas referidos, cabendo o exame dessas irregularidades ao juízo para onde forem destinadas.

9. As petições e demais papéis que não digam respeito a feitos da Vara ou Ofício de Justiça serão imediatamente devolvidas ao setor de protocolo, devendo os escrivães-diretores, quando do recebimento, exercer rigorosa conferência das remessas feitas diariamente.

O sistema paulista é o mais minucioso de todos. Com razão, tratando-se do maior Tribunal de Justiça do Brasil, no qual o número de desembargadores supera o número de magistrados ativos em Rondônia, Acre, Roraima e Amapá, somados.

O ato normativo paulista informa as restrições ao uso do protocolo integrado, como as outras. Há, pois, semelhanças com os demais sistemas já estudados, mas o TJSP traz algumas peculiaridades. Além de emprestar maior prazo para certificação de decurso do prazo, 10 dias corridos, faz um cotejo com a Lei 9.800/1999, e informa a existência de um sistema misto, no qual a parte poderá optar por usar o protocolo integrado na unidade judicial respectiva, ou via sedex. Tal sistema é o único, dos que foram apresentados nesta obra, ignorando-se a forma vigente em Rondônia, a permitir o uso do protocolo integrado por beneficiários da justiça gratuita. Em uma hipótese, aos pobres no sentido legal, restaria o uso do protocolo integrado via malote, enquanto os demais valer-se-iam do postal. É uma sugestão aplicável.

8. ANTEPROJETO DAS DIRETRIZES GERAIS JUDICIAIS²⁶.

Conforme foi mencionado acima, o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia publicou em seu sítio eletrônico o anteprojeto das diretrizes gerais judiciais.

Neste anteprojeto, há uma nova seção tratando do tema protocolo integrado, a qual se transcreve e se analisa, à frente, os dispositivos mais relevantes.

Do Protocolo Integrado

Art. 408. Os Cartórios Distribuidores dos fóruns receberão petições dirigidas a outras comarcas do Estado, bem como as destinadas às Turmas Recursais e ao Tribunal de Justiça.

(26) em <http://www.tj.ro.gov.br/avisos/mostraaviso.jsp?aviso=437&casaTxt=true>.

§ 1º. O disposto no *caput* não se aplica às petições iniciais, petições de recursos interpostos contra as decisões proferidas pelas Turmas Recursais e pelo Tribunal de Justiça.

§ 2º. O disposto no *caput* não se aplica, também, às petições arrolando testemunhas, apresentando defesa prévia com o rol de testemunhas, de substituição de testemunhas, esclarecedoras de novos endereços de testemunhas, requerendo adiamento de audiências, em processos criminais de réu preso e aquelas requerendo esclarecimentos do perito e assistente técnico e depoimento pessoal da parte.

§ 3º. No protocolo integrado aplicam-se integralmente as disposições referentes ao protocolo previsto na seção anterior.

Como, em todos os casos, é importante restringir o uso do protocolo integrado, inibindo-o em circunstâncias específicas nas quais o atraso na comunicação possa causar transtorno e prejuízo a parte adversa.

Art. 409. É vedado o recebimento de petições dirigidas a autoridades judiciárias não pertencentes ao Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.

Por enquanto, nunca é demais lembrar a inviabilidade de encaminhamento de peças para juízos de outros Estados, até por que o malote é somente circula pelas unidades do mesmo tribunal.

Não se pode considerar que providência é intangível. Enxerga-se a possibilidade de um convênio dos correios com o Conselho Nacional de Justiça para interligar os Estados através de um protocolo postal único. Necessário, inicialmente, verificar a viabilidade econômica de um projeto nessa escala.

Art. 410. É responsabilidade da parte a correta indicação do juízo destinatário, do número do processo e do nome das partes.

Parágrafo Único. A indicação incorreta de qualquer dos itens previstos no caput impede o recebimento por meio do protocolo integrado, devendo a petição ser restituída de plano ao interessado.

A inclusão do parágrafo único ao tema da cabeça do art. 410 é de extrema importância, por afastar eventuais dúvidas que poderiam surgir nesta seara.

Crítica-se, no entanto, a localização do dispositivo, que ficaria melhor aposto depois do art. 412, uma vez que é após a conferência do servidor encarregado do protocolo integrado que será possível a constatação da escorreita indicação do juízo destinatário, no número do processo e do nome das partes.

Art. 411. A remessa ao destinatário das petições recebidas no protocolo integrado será realizada por meio do sistema de malotes.

O sistema de malotes será combatido na conclusão do trabalho.

Art. 412. Depois de conferir no Sistema se estão corretamente indicados o juízo destinatário, o número do processo e o nome das partes, o servidor encarregado do protocolo integrado deverá informar ao interessado da obrigatoriedade de comunicação ao juízo destinatário.

A tendência é simplificar a prestação do serviço. Entregar mais tarefas e responsabilidades aos servidores que já detêm outras, é ato reverso a corrente da desburocratização. Ora, se o protocolo integrado é instituto facultativo à parte, ela quem diligencie para garantir a idoneidade dos dados que foram lançados por si, sob pena de invalidade do ato processual.

Art. 413. Incumbe à parte, através do seu advogado, no prazo improrrogável de 5 (cinco) dias, contados da data de protocolo da petição no Cartório Distribuidor, comunicar ao juízo destinatário, a unidade recebedora da petição.

Parágrafo Único. Se a parte não comprovar o cumprimento do disposto no caput haver-se-á por inexistente a petição.

Na legislação anterior havia um excesso na indicação dos meios de comunicação, nesta há um total silêncio. É importante que, como já foi dito, as formas sejam claras, objetivas e específicas, evitando-se assim que sejam interpretadas conforme o arbítrio de seus operadores.

Com relação a tipificação de um prazo específico para a certificação do decurso de prazo, novamente, há um silêncio normativo. Presume-se que o legislador gostaria que fosse certificado após cinco dias, uma vez que previu tal prazo para a comunicação, considerando que este ato pode ter sido efetivado no último dia anterior a seu decurso. De toda forma, deveria ter sido consignado expressamente.

Critica-se, também, o vocábulo “inexistente”. Ora a petição existe no plano fático e jurídico, pois, a princípio, não lhe faltaria nenhum elemento constitutivo mínimo, como por exemplo, a assinatura do advogado. Há que se verificar sua validade e eficácia.

Será inválido quando, conforme doutrina de Alexandre Câmara, o ato processual não estiver de acordo com o esquema abstrato predisposto pelo legislador.

O ato tipificado no parágrafo único, portanto, é inválido, e, por conseguinte, ineficaz, pois com a certificação do decurso de prazo, não produzirá nenhum efeito.

Assim, onde está escrito “inexistente”, deveria ser consignado “inválida”.

Art. 414. As petições de recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça somente poderão ser apresentadas no protocolo do Tribunal de Justiça.

Trata-se de repetição de outros sistemas, sendo sua principal causa a falta de interligação entre os tribunais brasileiros. Acredita-se que com o advento do PROJUDI (processo judicial digital) tais barreiras serão suprimidas.

Art. 415. Os distribuidores deverão obstar o recebimento de petições, recursos e demais papéis referentes a processo quando estiverem desacompanhados de cópias, guias de recolhimento ou documentos nelas referidos.

O presente dispositivo tem a finalidade de coibir alegações falaciosas de que eventuais peças foram extraviadas.

Entretanto, “delega” poderes ao oficial distribuidor para promover um juízo de admissibilidade sobre o ato processual entregue, o que, a princípio, é inconstitucional por desequilibrar a relação processual, no ponto em que o óbice será oficioso, já que a regra não traz nenhuma exigência de certificação da recusa, ao passo que, por via transversa, dá uma segunda chance ao profissional que foi displicente na reunião de documentos importantes para si.

O outro fator que quebra o princípio da igualdade é caber as partes autora e ré, respectivamente, comprovarem os atos constitutivos de seu direito e extintivos, modificativos ou suspensivos daquela pretensão. No caso de alegação sem provas, a parte deverá arcar com seu ônus processual, qual seja, sua sucumbência.

Ademais, sempre restará a aplicação das sanções ao litigante de má-fé, e nos casos de extravio, a responsabilização administrativa, sem prejuízo das esferas civil e penal, do agente que deu causa ao sumiço.

Assim, a subtração da análise judicial das peças protocoladas é instrumento inconstitucional, ao passo que os oficiais distribuidores não detém competência constitucional para analisar, mesmo que perfunctoriamente, o material apresentado pelo litigante, sem se olvidar do malferimento da igualdade processual.

9. CONCLUSÃO - Propostas para o Tribunal de Justiça de Rondônia:

Analisando as formas vigentes em alguns dos tribunais do país, chega-se a conclusão de que o sistema vigente precisa ser revisto.

Embora a proposta disposta no anteprojeto tenha dado alguns passos à frente, com relação a anterior, *data vênia*, também manteve a precariedade do sistema. Para que se chegue a tal conclusão, basta analisar as críticas acima mencionadas.

Sugere-se, pois, algumas alternativas, uma inovadora, e outra mais conservadora, alterando-se, apenas, a redação para torná-la mais adequada, acrescentando-se dispositivos omitidos.

9.1 – Da proposta inovadora.

Do protocolo integrado nas pretensões isentas de despesas forenses, custas e emolumentos.

Art. 408. Os Cartórios Distribuidores dos fóruns receberão petições dirigidas a outras comarcas do Estado, bem como as destinadas às Turmas Recursais e ao Tribunal de Justiça, através de protocolo mecânico.

§ 1º. O disposto no caput não se aplica às petições iniciais, petições de recursos interpostos contra as decisões proferidas pelas Turmas Recursais e pelo Tribunal de Justiça.

§ 2º. O disposto no caput não se aplica, também, às petições arrolando testemunhas, apresentando defesa prévia com o rol de testemunhas, de substituição de testemunhas, esclarecedoras de novos endereços de testemunhas, requerendo adiamento de audiências, em processos criminais de réu preso e aquelas requerendo esclarecimentos do perito e assistente técnico e depoimento pessoal da parte.

Art. 410. A remessa das petições será realizada por meio do sistema de malotes.

Art. 411. É responsabilidade da parte a correta indicação do juízo destinatário, do número do processo e do nome das partes.

Parágrafo Único. O ato da parte que indica juízo, número de processo ou nome das partes, diversos dos corretos, dando causa ao errôneo encaminhamento, é inválido, e não poderá ser alegado em seu benefício.

Art. 412. Incumbe à parte, através do seu advogado, no prazo improrrogável de 5 (cinco) dias, contados da data

de protocolo da petição no Cartório Distribuidor, comunicar ao juízo destinatário, a unidade recebedora da petição, através de fac-símile.

Parágrafo Único. Se a parte não comprovar o cumprimento do disposto no *caput* haver-se-á por inválida a petição.

Art. 413. O decurso de prazo somente deverá ser certificado após cinco dias corridos.

Art. 414. As petições de recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça somente poderão ser apresentadas no protocolo do Tribunal de Justiça.

Art. 415. É ônus do usuário do serviço a conferência das peças e documentos que está encaminhando através do protocolo integrado.

Parágrafo único. Os distribuidores certificarão, na última folha das peças encaminhadas, o exato número de páginas que lhe foram confiadas, devendo colher a ciência do usuário.

Do protocolo integrado nas demais pretensões.

Art. 416. Em decorrência de Convênio celebrado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), fica instituído no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Rondônia o denominado Protocolo Integrado Postal que será, obrigatoriamente, usado pelas partes que não foram contempladas pelas causas de isenções de despesas forenses, custas e emolumentos, sendo facultado aos demais casos.

Art. 417. À utilização do Protocolo Postal Integrado aplicam-se as restrições dispostas no art. 408 e parágrafos.

Art. 418. Os custos devidos pela utilização do sistema serão de exclusiva responsabilidade do usuário, independente do gozo de assistência judiciária.

Art. 419. Objetivando preservar a segurança do sistema, apenas uma peça processual, independente do número de páginas que contiver, poderá ser remetida por envelope SEDEX.

Art. 420. Incumbe à parte, através do seu advogado, no prazo improrrogável de 3 (três) dias, contados da data de remessa da petição nos Correios, comunicar ao juízo destinatário, a unidade recebedora da petição, através de fac-símile.

Parágrafo Único. Se a parte não comprovar o cumprimento do disposto no *caput* haver-se-á por inválida a petição.

Art. 421. Aplicam-se a presente seção os demais argumentos da anterior.

A alternativa mista é justa no ponto em que diferenciam os desiguais, na medida de suas desigualdades. Diminui as atribuições dos Distribuidores e faculta o uso SEDEX para a transmissão de petições, nas causas onerosas, restando sempre ao usuário a possibilidade de se deslocar ao juízo destinatário da petição.

Reconhece-se a desvantagem do sistema, justamente em seu ponto diferenciador. No início de uma eventual aplicabilidade a confusão entre os usuários seria inevitável, cumprindo ao tribunal publicar de forma reiterada, nos meios de comunicação que dispõe, a alteração, dando-se ampla ciência a todos sobre o novo sistema vigente.

9.2 - Da proposta conservadora.

Basicamente, o que se propõe neste tópico é a manutenção da proposta disposta no anteprojeto de lei, publicado no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, com a sujeição daquele texto às críticas entabuladas no capítulo sete.

Art. 408. Os Cartórios Distribuidores dos fóruns receberão petições dirigidas a outras comarcas do Estado, bem como as destinadas às Turmas Recursais e ao Tribunal de Justiça.

§ 1º. O disposto no caput não se aplica às petições iniciais, petições de recursos interpostos contra as decisões proferidas pelas Turmas Recursais e pelo Tribunal de Justiça.

§ 2º. O disposto no caput não se aplica, também, às petições arrolando testemunhas, apresentando defesa prévia com o rol de testemunhas, de substituição de testemunhas, esclarecedoras de novos endereços de testemunhas, requerendo adiamento de audiências, em processos criminais de réu preso e aquelas requerendo esclarecimentos do perito e assistente técnico e depoimento pessoal da parte.

§ 3º. No protocolo integrado aplicam-se integralmente as disposições referentes ao protocolo previsto na seção anterior.

Art. 409. É vedado o recebimento de petições dirigidas a autoridades judiciárias não pertencentes ao Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.

Art. 410. A remessa ao destinatário das petições recebidas no protocolo integrado será realizada por meio do sistema de malotes.

Art. 411. É responsabilidade da parte a correta indicação do juízo destinatário, do número do processo e do nome das partes.

Parágrafo Único. O ato da parte que indica juízo, número de processo ou nome das partes, diversos dos corretos, dando causa ao errôneo encaminhamento, é inválido, e não poderá ser alegado em seu benefício.

Art. 412. Incumbe à parte, através do seu advogado, no prazo improrrogável de 5 (cinco) dias, contados da data de protocolo da petição no Cartório Distribuidor, comunicar ao juízo destinatário, a unidade recebedora da petição, através de fac-símile.

Parágrafo Único. Se a parte não comprovar o cumprimento do disposto no *caput* haver-se-á por inválida a petição.

Art. 413. O decurso de prazo somente deverá ser certificado após cinco dias corridos.

Art. 414. As petições de recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça somente poderão ser apresentadas no protocolo do Tribunal de Justiça.

Art. 415. É ônus do usuário do serviço a conferência das peças e documentos que está encaminhando através do protocolo integrado.

Parágrafo único. Os distribuidores certificarão na última folha das peças encaminhadas o exato número de páginas que lhe foram confiadas, devendo colher a ciência do usuário.

Após fazer o cotejo da norma que trata o instituto do protocolo integrado no âmbito do Tribunal de Justiça, observou-se sua imprecisão para a época vigente, e a omissão de algumas circunstâncias indeclináveis.

Com o advento das novas diretrizes, observando-se uma das propostas aqui dispostas, o sistema estará mais próximo dos reclames judiciais, equilibrando-se as partes que se valem do Poder Judiciário e do protocolo integrado, encerrando-se discussões acerca da formalidade na prática destes atos processuais.

BIBLIOGRAFIA

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 9ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini (em colaboração com Araújo Cintra, Antônio Carlos de e Dinamarco, Cândido Rangel). **Teoria Geral do Processo**, 19ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil.

BRASIL. Código de Processo Civil Brasileiro. LEI Nº 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973.

BRASIL. <http://www.tj.ro.gov.br>.

BRASIL. <http://www.tj.rs.gov.br>.

BRASIL. <http://www.tjmg.gov.br>.

BRASIL. <http://www.tj.sp.gov.br>.

BRASIL. <http://www.tjdft.gov.br>.

JUIZADOS INFORMAIS DE FAMÍLIA

Dalmo Antônio de Castro Bezerra

Juiz de Direito no Estado de Rondônia

JUIZADOS INFORMAIS DE FAMÍLIA

Dalmo Antônio de Castro Bezerra

INTRODUÇÃO

O caminho da Conciliação e da Arbitragem, como soluções privadas de controvérsias apartadas das salas judiciais, de há muito foi descoberto. O assunto despertou interesse de ordens substancial e procedimental, portanto, novidade já não envolve o assunto. Desprovido de pretensões em torno do ineditismo temático, o objetivo específico deste trabalho consiste em aliar a experiência pessoal em 10 anos de atividade de magistrado – o que possibilita uma visão prática dos problemas – com a abordagem teórica que buscamos desenvolver, sobre os meios alternativos de solução de controvérsias.

Na intenção de investigarmos as formas alternativas para o processo judicial, centramos nossa análise sobre a mediação e arbitragem em Direito de Família.

O motivo da escolha do tema, em grande parte, deve-se à observação de que muito se escreveu sobre os institutos como Mediação e Arbitragem, mas tal fato não resultou na difusão de sua aplicação prática, muito menos em relação ao campo do Direito de Família, campo mais frutífero da Mediação.

Em um momento em que muito se discute sobre a teoria procedimentalista do direito, com fulcro nas idéias de Jürgen Habermas, o processo, como um procedimento discursivo, participativo, só pode ser democrático mediante a construção das partes em condição de simétrica paridade, o tema tem sua importância justificada.¹

(1) O modelo procedimental do discurso jurídico é dividido em quatro momentos distintos para Alexy: o discurso prático, o procedimento legislativo, o discurso jurídico *stricto sensu* e o procedimento judicial. *Apud* DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma Teoria do Discurso Constitucional**. São Paulo: Landy Editora. 2002, p. 138. Alexy assim se refere ao discurso jurídico, diferenciando-o do procedimento legislativo: “[...] este procedimento não está institucionalizado em sentido estrito, porém, à diferença daquele, se encontra sujeito à lei, aos precedentes judiciais e à dogmática. Esta sujeição tem como consequência uma redução considerável da insegurança de resultado do discurso prático geral”. *Ibidem*. (Tradução livre)

Ao termo e ao cabo do presente estudo, intentamos dar resposta, sem pretensão de esgotamento do tema, ao seguinte questionamento: Existem formas de solução de conflitos por meio dos institutos da Mediação e Arbitragem na área do Direito de Família? Caso sejam viáveis, estas formas garantem um resultado duradouro, no sentido de se excluírem estas demandas da seara judicial?

Como hipótese, sustentamos que apenas a previsão destes institutos para a solução das controvérsias de ordem familiares seriam suficientes para retirar da esfera judicial estatal a maioria das controvérsias, de forma que estas soluções poderiam atingir o intento de desafogar as Varas especializadas de Família.

Em termos de abordagem teórica, utilizamo-nos de doutrinadores como Luigi Mattiolo, Pontes de Miranda, Gustavo Paashaus, Michelle Perrot, Jean-François Six e Haim Grunspun.

1. DEFINIÇÃO OPERACIONAL DO TERMO “FAMÍLIA” E OS JUIZADOS INFORMAIS DE FAMÍLIA

Definir o conceito operacional de família nos permitirá, no presente trabalho, especificar o recém criado instituto denominado Juizado Informal de Família.

O Fórum, *locus habitué* para a solução de controvérsias familiares não se apresenta mais como exclusivo local de resolução dos problemas familiares.

Sustentam alguns autores que há uma gama de processos que podem ser resolvidos por um movimento que se expande, conhecido como ADR – *Alternative Dispute Resolution*. As que comumente conhecemos são a Conciliação, a Mediação e a Arbitragem.

Para os objetivos do presente trabalho, pode-se entender família como uma rede de pessoas, um conjunto de bens. É um “nome” é um “sangue”. Um patrimônio material e simbólico, passível de herança e transmissão.²

(2) PERROT, Michelle. *Funções da família. In: História da vida privada: da revolução Francesa à Primeira Guerra*. Trad. Denise Bottman e Bernardo Joffily. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 79.

A família, contemporaneamente é o berço sociológico no qual as relações parentais se desenvolvem³. É um espaço indispensável para a garantia da sobrevivência, desenvolvimento e proteção integral dos filhos e dos demais membros, independentemente do arranjo familiar.

Nas últimas décadas instituição familiar burguesa tem cedido lugar as transformações impostas pela sociedade. A família que está em “desordem” é justamente a família nuclear contemporânea herdeira da família vitoriana.⁴

O conceito de família dado por CLÓVIS BEVILÁQUA não está mais de acordo com a realidade:

É o conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo de consangüinidade, cuja eficácia se entende, ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designa-se, por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie⁵

O modelo secular de família cedeu lugar ao moderno, contemporâneo do mundo globalizado. Hoje se tem família de mães solteiras, mães que trabalham fora, papais que saíram e não voltam mais. O antigo modelo pai que trabalha, mãe cuidando de casa e dos filhos, virou lembrança de um tempo nostálgico, teve vida breve.

A idéia central de família sobreviveu às diversas crises, mas o formato foi sendo transformado. A frase comum na dramaturgia “os meus, os seus e os nossos” é o dia-a-dia de muitas famílias. Somam-se pais e mães às madrastas e padrastos; casais homossexuais reivindicam o direito ao casamento institucional; solteiros querem adotar. Eis o modelo moderno de família: da revolução industrial ao mundo globalizado.

As modificações em profundidade da célula familiar foram, em parte, detectadas e incorporadas na Constituição de 1988 e pelo Código Civil de 2002. A estrutura jurídica de regulamentação da família ainda é

(3) TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, Guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.36.

(4) KEKL, Maria Rita. *Em defesa da família tentacular*. In: *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Coord. Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 170.

(5) BEVILAQUA, Clovis. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 16.

voltada para a solução de conflitos familiares com cunho patrimonial. A via judicial para solução de conflitos oferece encaminhamento semelhante tanto para os conflitos cíveis (em geral) como para os familiares. O formalismo e a estrutura do Judiciário afastam ou dificultam o atendimento ao interesse das questões familiares, a depender da orientação jurídica e assistência social.

As famílias enfraquecidas pelos novos desafios sociais e econômicos ficam fragilizadas para enfrentar as novas fontes de influência, que nem sempre são benéficas à formação do indivíduo na sociedade. Em face dessa fragilidade evidencia-se a necessidade de se dar à família um tratamento jurídico diferenciado imbuído no modelo que valoriza a dignidade da pessoa humana, buscando diminuir o dano causado pela separação tanto para os pais quanto para os filhos, visto valorizar o melhor interesse da criança.

O aplicador do direito, na solução do litígio, confronta opiniões no intuito de saber o que é melhor para as partes, na busca do acesso à Justiça.

1.1 Acesso à Justiça: Fundamentação dos Direitos Humanos e aos Juizados Informais de Mediação

Os Direitos Humanos relevam-se como um agrupamento de valores instrumentais que asseguram e conduzem a outros de profunda complexidade, que justificam sua existência na busca por uma paz coletiva mundial.⁶ Mas não são somente valores, o conceito operacional de Direitos Humanos, para o embasamento teórico deste trabalho, centra-se na idéia de dignidade humana e adota uma visão mais concreta do indivíduo que tem necessidade de ver respeitados tanto seus direitos civis e políticos quanto os direitos econômicos, sociais e culturais num contexto de globalização, diversidades culturais, e do capitalismo onipresente-asfixiante.

Para Andrei Koerner, em contraposição à idéia de Perez Luño que defende uma “pureza conceitual” em torno dos direitos humanos, não se recomenda definir teórica e convencionalmente os direitos humanos porque não é “teoricamente possível” e nem “politicamente conveniente”.

(6) DIMITRIJEVIC, Vojin. *Direitos humanos e a paz*. In SYMONIDES, Janusz (Org.). *Direitos Humanos: novas dimensões e desafios*. Brasília : UNESCO/Brasil, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003, p.83.

Os direitos humanos compreendem um 'nome', disposições legais, instrumentos jurídico-processuais, recursos políticos e de discurso; constituem e perpassam instituições estatais e da sociedade civil, insuflam atitudes, valores e relações sociais. Ou seja, fazem parte de uma complexa construção intelectual e política, cuja dimensão histórica nos mostra que se trata de um processo extremamente conflituoso e, em grande medida interminável. Face a ele, definições e teorias têm aparecido sempre afirmações unilaterais e incompletas, de uso parcial e estratégico. Assim, como ressalta Boaventura, a construção dos direitos humanos está inserida no processo mesmo de diálogo e luta política, sem que possamos ou devamos esperar construções unitárias ao final.⁷

Portanto, há várias definições e fundamentações dos direitos humanos. Em breve síntese das teorias, tem-se o jusnaturalismo, com o enfoque moral presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, o próprio moralismo defendido por alguns teóricos, que renegam a qualidade de direito incondicional e universal dos direitos humanos, mas pouco se preocupam com os direitos sociais; o positivismo, reconhece o âmbito moral, mas exige o terreno da legalidade para a exigibilidade dos direitos humanos; o liberalismo em vários vieses - os libertários, (neoliberalistas) corrente em se destacam Von Hayek e Nozick. Estes defendem que os direitos humanos resultam naturalmente da primazia do mercado e que, assim, há vantagens para a liberdade individual que defendem a restrição dos poderes estatais, sobretudo em prol do direito à propriedade, os igualitários, que abarca doutrinadores como Rawls e Dworkin, onde a liberdade individual é aferida pelo grau de bem estar. Recebem críticas pelo privilégio aos direitos civis e políticos; o consensualismo, de Apel (pragmatismo) e Habermas (teoria da ação comunicativa), que introduzem os interlocutores de um debate em situação de estarem em perfeita paridade, a fim de chegar-se a um consenso, abandona-se o ideal de encontro da razão absoluta; e por fim, a fundamentação ética dos direitos humanos que tem entre seus expoentes Eusébio Fernandez

(7) KOERNER, Andrei. **Ordem política e sujeito de direito no debate sobre direitos humanos**. São Paulo: Lua Nova., nº 57, 2002 Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452002000200005&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt#tx02>. Acesso em 12 de novembro de 2006 Pré-publicação.

e Perez Luño, apontando em direção a uma “exigência ética” de cumprimento de normas morais, independentes de positivação.⁸

Há corrente doutrinária que busca explicar a diferenciação entre direitos fundamentais e direitos humanos, sustentando que estes guardariam relação com o direito internacional sem vinculação com qualquer ordem constitucional e, portanto, têm caráter de supranacionalidade, como explicam Blanca Fuster e Wolfgang Sarlet. Os direitos fundamentais seriam direitos reconhecidos na esfera interna de cada Estado.⁹

Entre as definições e fundamentações dos direitos humanos, buscamos adotar, para a presente investigação, aquela que revelasse maior preocupação com a proteção integral dos direitos humanos. Portanto, consideramos que todos os reclamos dos indivíduos que surgem como necessidades prementes e dinâmicas (históricas) devem constituir o rol de direitos humanos. Há um processo contínuo de idéias, instituições, forças produtivas e relações sociais de produção que predominam em determinado tempo e espaço, justificados ou criticados por discursos que formam um “universo simbólico de legitimação”,¹⁰

(8) PRONER, Carol. **Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do sistema americano de proteção**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, pp. 19-24.

(9) FUSTER, Blanca. Apud ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. **Direitos humanos, dignidade, erradicação da pobreza: uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998, p. 43. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 33.

(10) FLORES, Joaquín Herrera. Apud PRONER, Carol. **Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do sistema americano de proteção**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 48. Como a autora, adota-se o conceito de direitos humanos a partir dos estudos de Herrera Flores, (teoria das necessidades - Escola de Budapest). Esta teoria enfrenta o problema de definição do mínimo necessário. Ele é definido como tudo o que se configura condição *sine qua non* para a vida humana digna. Não é objeto de nosso trabalho adentrar profundamente na problemática do mínimo necessário, termo atribuído a John Rawls (Teoria da Justiça). (PRONER, Carol. **Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do sistema americano de proteção**. *Op. cit.*, p. 23). Para Torres, o mínimo deve estar na “idéia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, de devido processo legal, da livre iniciativa e da dignidade do homem, na Declaração Universal dos Direitos Humanos”. Deve abranger também o direito à saúde e à alimentação. Têm dimensão essencial e inalienável. Esse problema se confunde com “a própria questão da pobreza”. O Estado tem obrigação de combater a pobreza absoluta, contudo, *esta tem uma definição variável*. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. **Cidadania multidimensional na Era dos Direitos**. In MELLO, Celso de Albuquerque, [et. al.]. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 266-267.

de modo que sem o atendimento dessas necessidades, “cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade.” ¹¹

Os Direitos Humanos, para HERRERA FLORES, entendem-se:

[...] processos sociais, econômicos, políticos e culturais que, por um lado se configurem materialmente através de procedimentos e de mediação jurídica – esse ato ético, político, maduro e radical de criação de uma nova ordem; e por outro, a matriz para a constituição de novas práticas sociais, de novas subjetividades antagonistas, revolucionárias e subversivas dessa essa ordem global oposta absolutamente ao conjunto imanente de valores – liberdade, igualdade, solidariedade – que tantas lutas e sacrifícios necessitaram para sua generalização.¹²

Os direitos humanos não são meramente normas ou conceitos abstratos, são processos de luta contra os diversos aspectos do neoliberalismo globalizado. Nesta perspectiva, as regras e princípios de justiça, as instituições formais de direito e as ordens normativas são apenas uma parte do universo normativo. Dessa forma, também se configuram “narrações que estabelecem ‘processualmente’ as relações entre o mundo normativo e o mundo material, entre os limites e obstáculos da realidade e

(11) DÚRIG *Apud* TORRES. Ricardo Lobo. *Cidadanía multidimensional na era dos direitos*. *Op., cit.* p. 267.

(12) FLORES, Joaquín Herrera. *Los derechos humanos em el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales*. Colóquio Internacional - Direito e Justiça no Século XXI. Coimbra, 29 de 31 de maio de 2003, p. 36. Disponível em <<http://www.ces.fc.uc.pt/direitoXXI/comunic/HerreraFlores.pdf>>. Acesso em 19 de março de 2007. Segundo Ricardo Lobo, os direitos humanos se fundam na liberdade, com oponibilidade *erga omnes*. Devem alcançar todas as nacionalidades e classes econômicas ou sociais, positivam-se na Declaração Universal. Cabe ao Estado sua garantia, mas independem de complementação legislativa. *Arquivos de Direitos Humanos*. vol. V, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 100-101.

as demandas ético-culturais da comunidade”. Cabe a nós, por meio de nossos “compromissos interpretativos”, decidir se nos posicionamos com resignação ou com passividade.¹³

No momento posterior à Declaração de 1948, os Estados passaram a incorporar os preceitos de *soft law* em seus ordenamentos jurídicos internos, tem-se um compartilhamento do mesmo conteúdo material e ideológico. As normas pragmáticas do plano internacional ganham paulatinamente valor jurídico de norma coercitiva internamente nos Estados. À medida que esse processo se expande, colabora com a universalização ou pelo menos fornece um indício de que é possível se chegar a um consenso sobre o entendimento dos direitos humanos em diferentes lugares.¹⁴

Javier Alvarado Planas explica em seu ensaio que pela, noção de direitos humanos, perpassa a necessidade de existência de “uma garantia processual efetiva o suficiente para o cumprimento ou exigibilidade desses direitos.” É absolutamente necessário que exista “um corpo de juízes independentes frente às pressões políticas ou sociais”. Portanto, a noção de direitos humanos tem aproximação aos princípios do moderno constitucionalismo e constitui-se uma construção histórica.¹⁵

Acreditamos que os conceitos não são absolutos ou imutáveis, tanto em relação aos paradigmas das ciências quanto aos modelos de conduta sociais. É possível encontrar caminhos alternativos e de consenso em qualquer situação, sem tradicionais imposições doutrinárias colonialistas, generalistas ou discriminatórias. A cultura atualizada dos

(13) *Ibidem. Op., cit.*, p. 23. Concordamos com o conceito e com a proposta da abordagem complexa dos direitos humanos manipulada por intermédio da metodologia relacional, desenvolvida pelo autor em sua teoria crítica. Esta metodologia será melhor detalhada em nosso trabalho. Contudo, utilizamos certos conceitos próprios da dogmática jurídica internacional por entendermos satisfatórias aos fins do trabalho marcadamente processual.

(14) Herrera Flores fala em um “conjunto de generalidades” que todos poderiam compartilhar. *Hacia una vision compleja de los derechos humanos*. p. 52. Universidad de Granada. Disponível em <<http://www.ugr.es/~gijapaz/proyecto/pdf/vuelo%20de%20anteo.pdf>>. Acesso em 19 de março de 2007.

(15) PLANAS, Javier Alvarado. *Fundamentación historicista de los derechos humanos*. In: _____, *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos; Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2004, pp. 89-90.

direitos humanos pode ser complementada por esforços no sentido de uma democracia epistemológica, intercultural, e política, tudo no sentido de melhorar-se o seu sentido e aplicabilidade.

Nos Estados Liberais burgueses, o acesso à Justiça era tratado como um “Direito Natural”, mesmo sob este aspecto não era necessária uma ação por parte do Estado para a proteção deste, visto que tais direitos eram considerados anteriores ao Estado. O Estado só se obrigava a preservá-los quando eles fossem infringidos por outros, ocupando então posição passiva.

Na época não havia preocupação quanto à hipossuficiência das partes, neste sentido, a Justiça só poderia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos.

Ressalvadas as exceções, a realidade jurídica se manteve indiferente a falta de disponibilidade para arcar com os custos da Justiça, não se importando com os problemas da maioria da população.

O primeiro reconhecimento explícito do dever do Estado assegurar igual acesso à Justiça veio com o Código Austríaco de 1895, o qual conferiu ao juiz papel ativo para equiparar as partes.

A Constituição Federal Francesa de 1946, reconhece os direitos sociais e econômicos. Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à Justiça tenha ganho particular, tendo em vista tais reformas.

Tornou-se lugar comum observar que a atenção positiva do Estado é necessária para assegurar os Direitos Sociais básicos.

O acesso à Justiça deve ser encarado como um dos mais importantes direitos humanos, devendo ser tratado como requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos.

No Brasil, a evolução para o Estado Democrático de Direito foi garantidor dos princípios à liberdade, à justiça, à participação e à garantia de uma sociedade pluralista. Entretanto, apenas o estabelecimento desses direitos não era suficiente para propiciar uma sociedade justa.

A dificuldade existente no acesso à Justiça diz respeito a alguns pressupostos processuais, como a capacidade postulatória, na qual a parte precisa estar representada por um advogado em juízo. O menos favorecido, mesmo tendo o seu direito individual e fundamental garantido, não poderá fazê-lo valer em juízo se não estiver representado por advogado.

A Constituição Federal de 1988 dispôs no art. 5º, inciso LXXIV: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Mas adiante, no art. 134: “a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art.5º, LXXIV”.

A Constituição Federal de 1988, de forma inovadora, propiciou acesso à justiça concedendo ao cidadão a assistência judiciária integral não apenas a assistência judiciária. O indivíduo vê-se amparado tanto na fase pré-processual como nas demais fases de tutela de seus interesses, sejam eles individuais ou coletivos.

O direito ao acesso à Justiça pode ser considerado como um direito fundamental básico na sociedade moderna.

Ampliando este direito, o Judiciário rondoniense fez nascer os Juizados Especiais Informais nas Varas de Família, no modelo dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, com adesão aos princípios da simplicidade, informalidade, oralidade, economia e celeridade processual.

O objetivo é dispor ao cidadão uma Justiça eficaz, sensível e sem custos para aqueles que não dispõem de recursos econômico, propiciando ao judiciário agilidade nos ritos processuais.

Como um primeiro passo em direção aos meios alternativos de acesso à Justiça, o Poder Judiciário do Estado de Rondônia, por meio do Ato Conjunto n. 183, datado de 11 de maio de 2000, instituiu o Serviço Informal de Conciliação, vinculado as Varas de Família, destinado à realização de conciliação nas causas que, por disposição legal, ou a juízo do magistrado comporte este procedimento. Nos casos em que forem constatadas as impossibilidades de conciliação, o magistrado lavrará ata do ocorrido, devendo a ação seguir seu rito próprio, com instrução e julgamento.

A Conciliação, com sua função social, deu acesso à Justiça sem os obstáculos dos tradicionais ritos jurídicos que, de tão complexo para o cidadão comum, impedem o uso do sistema jurídico às camadas de baixa renda, pelo excesso de burocracia.

As evoluções das relações sociais impuseram ao direito a necessidade de se adequar às condutas sociais. Agora já não se fala mais em conciliação nas Varas de Família, o termo empregado é mediação.

As mudanças que vêm ocorrendo nos núcleos familiares deram novos rumos para o ordenamento jurídico. O sistema jurídico brasileiro foi editando leis na medida em que foram surgindo as necessidades de se regularizar determinada conduta, tais como: pátrio poder, direito de guarda, adoção, união estável, casamento, entre outras.

Não foi diferente com a mediação. A inevitável busca por formas alternativas para solução de litígio fez nascer dentro do Judiciário, mas precisamente nas Varas de Família, a figura do mediador, enquanto perito na matéria de escutar, entender as razões das colocações do outro sem intervir diretamente no conflito.

O primado do direito, consolidado nos seus dogmas, entrelaça-se com questões psicológicas requerendo uma avaliação especializada, só possível por meio de uma equipe interdisciplinar, composta por juízes, advogados, promotores, assistentes sociais e psicólogos. A atuação destes últimos, nos Juizados Informais sai da esfera da emissão de parecer nas disputas de guarda/visitação. Os famosos laudos psicossociais cedem lugar para o face a face do conflito familiar.

Os Juizados Informais mudam o enfoque dos litígios: o que antes era determinado pelo magistrado e “cumprido” pelas partes, agora é acordado pelas partes e homologados pelo magistrado. A responsabilidade do acordo é das partes.

É justamente esse o objeto da mediação: auxiliar os seres humanos a investigar suas melhores alternativas, suas mais satisfatórias possibilidades em face das situações ou até para evitá-las [...]. não se trata, como querem alguns, de simples resolução de conflitos, pois o conflito não é algo que se resolve ou mesmo se dissolve, mas algo que se transforma. Sem o conflito, o ser humano não cria, não vive, não se recria.¹⁶

Faz-se apenas a ressalva quanto às famílias homoafetivas, que não obstante, já tenham reconhecimento jurídico e guarida nas Varas Cíveis, não se faz possível a solução das controvérsias destas famílias nos Juizados Informais de Família. Quanto a estas, resta-nos esperar as posições legislativas futuras.

(16) SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*. Trad. De Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Ribert Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, vii.

2. OS CONFLITOS DO DIREITO DE FAMÍLIA E SOLUÇÕES ALTERNATIVAS

Advogados, promotores e serventuários já presenciaram as mais variadas sensações provocadas por desencontros que provêm do direito de família. Este fato ocorre porque nas pautas das audiências das Varas de Família não estão sendo resolvidos apenas conflitos legais, mas discutem-se também conflitos pessoais, os quais diferem dos outros procedimentos judiciais: Independente de valores disputados, é comum à situação as partes disputarem pequenos objetos, apenas por terem a psique abalada.

Para isso, o legislador tentou prever soluções, mas ao terem suas mágoas equilibradas, as partes buscam o litígio.

Nesse momento, adentram no cenário, outrora íntimo, os técnicos que, com sua experiência e cuidado, tentarão intervir para minimizar o desejo dos litigantes de “lutar por princípios” que, em seu entender, são relevantes. Se não há motivos para reconciliação, tampouco deverá haver para a disputa em prol de se provar, esse ou aquele, que “estava com a razão”.

Certos limites devem ser traçados quando o casal tem filhos. Não é necessário fazer deles armas para o combate. E, por outro lado, estes não podem interpretar, em muitos casos, a situação em conformidade com sua própria visão dos fatos. Em família, há causas e efeitos. Diante da complexidade de casos, os juízes têm cada vez menos o ímpeto de reconciliar os casais conflitados.

Os juízes mais especializados e familiarizados com as técnicas de conciliação, apresentam esta postura, o que se dizer dos profissionais recém-lançados no mercado de trabalho e dos profissionais comissionados que, por vezes, insatisfeitos, destreinados e descompromissados, nenhum interesse demonstram para com o bom exercício de suas funções.

Quando a situação conflituosa envolve os filhos que ainda precisam de cuidados, não se deve cogitar sobre a responsabilidade pelos desamores. Deve-se buscar a separação sem discussão sobre culpas. Por vezes, o que verifica na tentativa de conciliação das partes é o verdadeiro embate de quem estaria com maior razão, sem que soluções fossem apontadas ou as partes direcionadas neste sentido.

Atenta-se ainda para o fato de que, quando uma das “partes querem conciliar sob determinadas condições, que uma delas estabelece, é provável que se esteja postergando uma solução definitiva. A separação em momento posterior”.¹⁷

Por fim, quando se frustram as tentativas de soluções alternativas, e uma parte resolve levar a outra ao Judiciário, é porque a situação de extremismo se manifestou, por tal fato, já se tem prova da incompatibilidade. Para Kich, momento do provimento judicial não deve servir para rememorar as razões da incompatibilidade de um casal, tendo em vista que seria apenas a renovação de maus momentos para as partes e para quem participa dos procedimentos.

Na fase judicial, cada magistrado busca técnicas para fazer com que o casal volte à realidade, convidando-os à solução para o problema, que se envolverem os filhos menores, farão com que diversos assuntos tenham ainda de ser consensuados.

A estrutura familiar existe acima do Direito e se socorre deste para por equilíbrio à relação familiar, pretendendo, por meio da via judicial, o bem estar de seus membros. Mas a norma jurídica nem sempre consegue estabilizar a relação familiar. Algo lhe escapa. Alguma coisa não foi dita e ocupa o campo inconsciente dos litígios nas Varas de Família, tornando lento o desenrolar da demanda com interposição de recursos, oriundos da lógica judiciária que numa relação processual há sempre vencedor e vencido. Com essa lógica, as ações de família aumentam nos fóruns.

O advogado familiarista depara-se constantemente com problemas que transcendem os elementos meramente jurídicos. Muitas vezes o conflito não é somente dessa natureza, embora aparente sê-lo. É necessário perceber o texto e contexto do conflito, a linha e a entrelinha do litígio. Se atentarmos para a mensagem inconsciente, que nos chega pelo discurso das demandas que geram conflitos, poderemos desenvolver melhor nossa atuação como advogados.¹⁸

(17) KICH, Bruno Canisio. *A família no Judiciário. In Direito de Família. Teoria, legislação, jurisprudência e prática*. Campinas: Agá Júris Editora, 1999, p. 29.

(18) CUNHA PEREIRA, Rodrigo. *Por que o direito se interessa pela psicanálise?*. Palestra proferida na Faculdade de Direito da UFMG, em 15/05/95. disponível in http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev06_rodrigo.html Acesso in 25 jul. 2007.

O princípio jurídico “o que não está nos autos não está no mundo jurídico” não pode ser usado nos litígios das Varas da Família, pois há certas verdades que não estão explicitadas nos autos, mas são relevantes ao processo. O não dito por meio das provas impulsiona os litigantes na demanda sem fim.

O discurso do magistrado e advogado deve ceder lugar ao discurso das partes, elas é que estão enfrentando as separações, cabendo a elas as decisões relacionadas à custódia e responsabilidades paternas.

A ruptura da vida conjugal é dolorosa, mesmo quando há consenso. É preciso que o acordo proferido ponha fim ao litígio e não apenas o estabilize.

Neste âmbito se insere o preceito de GISELDA HIRONAKA: “[...] mudam os costumes, os homens e a história, só não muda a atávica necessidade de cada um saber que, em algum lugar, se encontra o seu porto e se refúgio, vale dizer, o seio de sua família”.¹⁹

Ler as entrelinhas da demanda e prestar atenção no conjunto dos conteúdos não presentes no campo efetivo da consciência é um caminho para solucionar o conflito. A razão quer a separação, mas não quer a dor. Entretanto não é possível evitar a dor.

Neste sentido:

Mediação familiar é o lugar da palavra em que as partes, num face a face, sem outra testemunha, poderão verbalizar o conflito e assim tomar consciência de seu mecanismo e do que está em jogo. É também um lugar de expressão das emoções, que têm tão pouco tempo e lugar na Justiça. Para, mais adiante, concluir: A mediação é, assim, um trabalho sobre o reconhecimento e a reabilitação do outro, um lugar de alteridade e de respeito mútuo reencontrado: ela opera então um fenômeno de “conversão” dos estados de espírito: ao escutar as vivências e os sofrimentos do outro, a raiva decai, a confiança tem possibilidade de ser restaurada.²⁰

(19) HITONAKA. Maria Fernandes Novaes. **Família e casamento em evolução. Direito civil: estudos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 21.

(20) GANANCIA, Danièle. **Justiça e mediação familiar: uma parceria a serviço da parentalidade.** Revista do Advogado, n. 62, p. 7 e ss., mar. 2001.

Nesta esteira a psicanalista FRANÇOISE DOLTO sintetiza “Tudo o que busco é fazer os pais refletirem sobre o fato de que o sofrimento maior do ser humano é não se comunicar com os outros”.²¹

Esta é a síntese da mediação (sem banalização) a fala das partes no processo. O que os operadores do direito não sabem é que quando explicado às partes, muito de suas dificuldades encontram solução no decorrer da demanda. Acentua FERNANDA OTONIL BARROS que “a linguagem é o instrumento de transmitir as supostas regularidades do mundo, tentando imprimir ordem e compreensão à emergência do acaso, inventando palavras tranquilizadoras em torno desse ponto vazio [...]”.²²

Por se tratar do ramo do direito mais humano, considerando os temas por ele abordado, o direito de família deve ser visto nos múltiplos aspectos que acolhe, ante as formas variadas da família consoante as diferenças culturais.

De fato, aplicar o direito ao caso concreto nos julgamentos das questões familiares é olhar a família apenas pelo conceito natural (casamento/consangüinidade: pai, mãe, filho) esquecendo-se da estruturação psíquica, com lugar definido por cada um de seus membros. Mesmo porque requisitos como casamento e consangüinidade não são a aparência da família moderna.

Assim, veja-se:

Para se ocupar o lugar do pai, da mãe ou do filho, não é necessário laço biológico. Da mesma forma, a mãe ou o pai biológico podem não ocupar este lugar no momento em que entregam o filho para ser adotado, por exemplo. Pode ser também que, não obstante os laços formais e de consanguinidade, o pai ou a mãe não ocupem, por alguma dificuldade interna, o lugar de pai ou de mãe, tão necessário (essencial) à nossa estruturação psíquica e à nossa formação como seres humanos e sujeitos. Apenas para ilustrar, um

(21) DOLTO, Françoise. *Auto-retrato de uma psicanalista*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editô, 1990, contra-capã.

(22) BARROS, Fernanda Otonil. *Inimputabilidade perigosa: o retorno do pior. In: Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Coord. Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 74

canil, com macho, fêmea e filhotes, jamais constituirá uma família, embora naturalmente unidos, pois falta-lhes justamente a passagem da natureza para a cultura. Os cães podem até ter uma “certa inteligência” (escolher o caminho mais curto para se chegar ao alimento, por exemplo), mas são incapazes de reconhecer o erro. Para isso seria necessário o “simbólico”. Esse passo para o simbólico, só o homem deu, e é justamente isto que nos diferencia dos outros animais e que nos permite constituir uma família, ou melhor, compor uma estruturação familiar.²³

O reconhecimento dessa estrutura familiar trouxe para o direito de família a adoção da interdisciplinaridade, atuação do magistrado, psicólogo, assistente social, promotor de justiça e advogado, na solução de conflitos familiares. Resta claro que as soluções consensuais preservam a dignidade das pessoas envolvidas em contendas conjugais.

A interdisciplinaridade na mediação é uma ferramenta com a qual se organiza o conflito, por meio do saber emprestado de outras disciplinas, integrando o saber jurídico com outros conhecimentos, num nível hierarquicamente superior.

Somente por meio da interdisciplinaridade é possível se falar em mediação, uma vez que esta é o seu fundamento. É na interdisciplinaridade que se percebe as diferenças entre os pontos de vista, tão comuns nos litígios, e se compreende a complexidade do conflito. A partir dessa percepção há a possibilidade de transformação daquela realidade.

Conhecedor da interdisciplinaridade inerente ao direito de família, o Poder Judiciário do Estado de Rondônia disponibilizou curso de mediação familiar, com objetivo de aprimorar os trabalhos desenvolvidos pelos assistentes sociais e psicólogos deste Poder.

A mediação é um importante instrumento para a compreensão das relações e para a decodificação e melhoria da comunicação, utilizando-se dos conhecimentos de várias disciplinas como o Direito, Sociologia, Psicologia e Psicanálise, oferecendo um novo enfoque para os relacionamentos.

(23) [CUNHA PEREIRA, Rodrigo. *Concubinato e união estável*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 75.

2.1 Divergências Familiares

Os termos conflito e lide, embora pareçam sinônimos não o são. Lide²⁴ é “o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida”. É necessário que exista o conflito para que ocorra a lide, ou seja, que se resistida a pretensão. Ao direito cabe a solução do conflito, porque as normas jurídicas são editadas para ordenar, organizar as relações sociais.

Esclarecendo o pensamento:

[...] se, por qualquer razão, alguma parte, por exemplo, se curva diante da pretensão de outra, conflito de interesses pode ter existido, mas não gerou litígio, justamente pela falta do elemento indispensável deste, que vem a ser a resistência de um indivíduo à pretensão de outro.²⁵

A gama de sentimentos envolvida nos conflitos familiares aumenta os litígios no direito de família. “Os conflitos familiares se caracterizam pela intensidade e pela complexidade que os compõe, pois não se trata tão-somente de expectativas e interesses pessoais, mas de convergência de fortes emoções e sentimentos ocultos”.²⁶

Inúmeros são os casos de separação litigiosa que se arrastam nos Tribunais, não por vontade consciente das partes, pois ninguém gostaria de se separar. A separação é último caminho de um longo sofrimento, que mesmo sofrida significa a libertação. Mas por que a dificuldade?

Por questões culturais não se gosta de assumir fracassos. Álvaro de Campos, heterônimo de Fernando Pessoa²⁷, escreve em Poema linha reta: “Nunca conheci quem tivesse levado porrada [...]. Toda a gente que

(24) CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto procesuale civile*. t. I. Padova: Cedam, 1936, p. 12.

(25) THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 24. ed. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.30.

(26) BREITMAN, Stella; PORTO, Alice. *Mediação Familiar. Uma Intervenção em Busca da Paz*. Porto Alegre: Criação Humana, 2001, p. 97.

(27) PESSOA, Fernando. Poema em linha reta. In Poesia de Álvaro de Campos. Disponível em: nsite.com.br/art/pessoa/ficcoes/acampos/538.html. Acesso em 25.8.2007.

eu conheço e que fala comigo/ Nunca teve um ato ridículo, nunca sofreu enxovalho/ Nunca foi senão príncipe - todos eles príncipes - na vida..."

Ninguém casa pensando em separação. Daí a dificuldade de assumir o insucesso da relação. A sociedade enaltece a aparência do casal feliz, realizado. O ideal de família, bem como o cultivo à formação familiar tradicional representa um abrigo diante da insegurança do presente.

O processo judicial é um dos aspectos da separação. Ela começa bem antes de chegar ao Judiciário. E aí começa o deslocamento do sintoma: as reivindicações. Infinitas, elas se deslocam de um objeto para outro: continuar a usar o nome de casada, guarda dos filhos, bens, valor da pensão, entre outras. Tudo para não por fim ao conflito, idealizado na relação. E com a soma de recursos judiciais, a separação se prolonga, ao final as partes estão desgastadas financeira e emocionalmente.

MARIA BERENICE DIAS, a este propósito escreveu:

[...] as partes, no fundo, buscam que os lidadores do Direito de Família, mediante uma fórmula mágica, solvam os conflitos do relacionamento, remendem o casamento e refaçam o vínculo conjugal, segundo o modelo ideal construído na fantasia dos queixosos.²⁸

Aí é que entra a mediação, no sentido de apontar que a discussão significa manter a relação e não procurar solução justa sadia para eles e seus filhos. A coexistência do direito e da família como estruturas complementares.

A lei vem expressar para a sociedade a sua razão para viver no cotidiano. De fato, a família, como berço da sociedade é a primeira entidade a repassar as leis. Leis de convivência social, ensinadas em casa pelos pais aos filhos. Os modelos de boas maneiras e educação ensinados são as primeiras normas com as quais o homem se depara.

A Lei se insere na constituição familiar. É assim desde a criação do mundo: "Mas da árvore da ciência do bem e do mal, dela não comerás; porque no dia em que dela comeres, certamente morrerás"²⁹. "O caráter

(28) DIAS, Maria Berenice; SOUZA, Ivone M. C. Coelho. *Separação Litigiosa, na "esquina" do direito com a "psicanálise"*. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Nº 3. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, 1999, p. 42.

(29) BIBLIA. Português. *Bíblia Sagrada. Gênesis, cap. 2:17*. Tradução João Ferreira de Almeida. Santo André: Geográfica editora, 2005.

universal da família é dado pelas leis de sua constituição, caráter que contempla a natureza instintiva do ser humano e impede a realização imediata, irracional da sexualidade e agressividade, imprimindo-lhes razão de ser humano”³⁰. Não fosse a Lei reprimir os impulsos humanos ter-se-ia casos cada vez mais freqüentes de parricídio, homicídios e incesto.

É sob essa ótica que o processo judicial, envolvendo direito de família, deve ser considerado, servindo-se o Judiciário como garantidor das Leis. A mediação é um método auxiliar do Poder Judiciário. “A mediação Familiar tem sua especificidade, pois é voltada à condução de conflitos que envolvem níveis diversos de complexidade, em que o intrapsíquico e o intersubjetivo exercem papéis preponderantes”.³¹

A advogada e mediadora ÁGUA ARRUDA BARBOSA diz que a prática da mediação, associada ou não ao Poder Judiciário é procedimento adotado em diversos países, sendo bastante conhecidas as experiências Argentina e Canadense.³² Portanto, nada obsta que os conflitos surgidos com a flexibilização das relações sociais reconfigurem à Justiça, no que tange à questão familiar, com uma nova regulação, qual seja, a mediação.

3. OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

3.1 Arbitragem

A arbitragem é um processo legal que se decide fora do âmbito judicial e resulta numa decisão que gera obrigações para as partes, de forma muito semelhante a que advém do julgamento nas Cortes.

(30) GROENINGA, Giselle Câmara. **Família: Um caleidoscópio de relações.** In: **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia.** Coord. Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 134.

(31) NAZARETH, Eliana Riberti. **A prática da mediação.** In: **Família e Cidadania - O Novo CCB e a Vacatio Legis - Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família.** Belo Horizonte. IBDFAM/Del Rey, 2002, p.309.

(32) BARBOSA, Águeda Arruda. **A Política Pública da Mediação e a Experiência Brasileira.** In: **Família e Cidadania - O Novo CCB e a Vacatio Legis - Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família.** Belo Horizonte. IBDFAM/Del Rey, 2002, p.309, p. 317.

Para JOSÉ CARREIRA ALVIM:

A arbitragem é a instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por elas indicados ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis. Esta definição põe em relevo que a arbitragem é uma especial modalidade de resolução de conflitos; pode ser convencionalizada por pessoas capazes, físicas ou jurídicas; os árbitros são juízes indicados pelas partes, ou consentidos por elas por indicação de terceiros, ou nomeados pelo juiz, se houver ação de instituição judicial de arbitragem; na arbitragem existe o julgamento de um litígio por 'sentença' com força de coisa julgada.³³

Os indivíduos podem, no gozo de suas liberdades, derrogar a jurisdição ou a competência das autoridades judiciárias. Esta autoridade pode ser confiada a pessoas não escolhidas pelo Estado, mas pelos próprios interessados.³⁴

PONTES DE MIRANDA caracteriza o juízo arbitral como um juízo em que há um processo estatalmente ordenado, que segue disciplinas fundamentais traçadas pelo Estado.³⁵

GIUSEPPE SAREDO traça os elementos que configuram qualquer juízo:

- a) duas ou mais partes;
- b) uma coisa controvertida;
- c) uma juiz investido de jurisdição.³⁶

(33) ALVIM, José Carreira. *O Direito na Doutrina*. Curitiba: Juruá, 1998, p. 76.

(34) MATIROLLO, Luigi. *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*. 4ª ed., Turim: [s.e.], 1892, *apud* CAETANO, Luiz Anunes. *Arbitragem e mediação*. Rudimentos. São Paulo: Atlas, 2002, p. 193.

(35) PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Revista Forense, 1949, v. VI, p. 771.

(36) SAREDO, Giuseppe. *Istituzioni de procedura civile*. 3ª ed. Florença, 1887, v I, p. 126, n. 173.

Nesse caso, as partes decidem manter seu caso fora do terreno judiciário e eleger uma pessoa imparcial para a resolução de seus conflitos: ao invés do juiz, o árbitro.³⁷

As vantagens apontadas pelos autores, em relação à arbitragem é que por ser esta mais rápida, se torna também mais econômica e informal.

Cremos que tal afirmativa se enquadra bem nas situações em que o litígio não versa sobre as questões de família, porque farão coisa julgada, ou seja, não serão mais passíveis de discussão e serão direta e plenamente executáveis, em caso de descumprimento.

Outra vantagem apontada é a confidencialidade já que torna as questões restritas a um número definido de pessoas.

Parece ser uma tendência mundial a elaboração de leis que retirem do Judiciário a função de interferir na esfera familiar. Vários países têm legislação sobre Mediação e Arbitragem para sanar questões familiares. A exemplo da Austrália que, a partir de 1998, regula as disputas de divórcio por Arbitragem, com árbitro escolhido pelas partes ou por indicação deste pelo próprio juiz. Apenas chegam à Corte as disputas pela guarda.

O Brasil tem prevista a lei de arbitragem desde 1996 para tratar das lides relativas a direitos patrimoniais disponíveis. É inaplicável ao divórcio.

3.2 Mediação

A mediação tem crescido nos últimos anos e sido praticada por pessoas dotadas de treinamento informal, somente no início do século XX ela foi institucionalizada e convertida em uma profissão. A prática da mediação cresceu exponencialmente nos últimos vinte anos, sendo esse crescimento atribuído ao reconhecimento mais amplo dos direitos humanos, à expansão das aspirações pela participação em todos os níveis sociais e políticos, e em especial a uma maior tolerância na convivência com as

(37) A arbitragem é uma jurisdição voluntária, baseada no consenso, em que a vontade das partes confere a simples particulares a função de decidir sobre as divergências que se entremeiam entre as partes. Nela, importa a vontade das partes, que se envolvem neste ato jurídico no qual as partes escolhem "juízes árbitros" para decidirem sua questões. PAASHAUS, Gustavo Cintra. *Do juízo arbitral. Apêndice*. In CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação*. Rudimentos. São Paulo: Atlas, 2002, p. 175. Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil: Comentado*. 5ª ed. Rio de Janeiro: [s.n.], 1938. v. 4, p. 199. (art. 1037).

diversidades. Estas questões geram ainda uma crescente insatisfação com processos autoritários de tomada de decisões, acordos impostos em nome de “verdades” que não se relacionam adequadamente aos interesses genuínos das pessoas envolvidas nos conflitos.

Segundo CÉSAR PELUSO, a mediação em nada deve ser confundida com os chamados “métodos de fazer justiça”. Esta técnica não recorre a padrões externos e abstratos, ou seja, não se valem de autoritarismos, nem as abstrações externalizadas por normas jurídicas, já que a tarefa do mediador é a de permitir que haja um entendimento de que, na escala de cada conflito se transforme, se permita às pessoas uma reapropriação de suas vidas com a dignidade que se deva viver e decidir sobre seus rumos.³⁸

Incumbe ao mediador, conhecedor ou não do labor jurídico, depositário que é, da confiança das partes, buscar promover a compreensão das razões ocultas da divergência apresentada, comunicar-se com as partes a fim de que, num exercício de verdadeira liberdade, possam os envolvidos encontrar uma solução ou alternativas de vida para as diferentes “situações de confronto”.³⁹

Na visão de ÁGUIDA ARRUDA BARBOSA⁴⁰ o termo mediação é freqüentemente usado como sinônimo de reconciliação, dentre outros significados, limitando, sobretudo, ao vasto campo de atuação. Para muitos há confusão no significado da mediação, o que acarreta um distanciamento do que venha a ser a mediação.

A mediação vem se contrapor aos modelos tradicionais de gerenciamento de conflito, nos quais há dois pólos: do vencedor e do perdedor. Essa forma alternativa pressupõe uma lógica voltada para as diferenças, para o diálogo, possibilitando a criação acordo. Reconhecendo a diversidade e complexidade das disputas, mas buscando a sua unidade.

A prática judicial pressupõe o enquadramento do conflito na letra da lei, dominando o saber jurídico na construção de pontes

(38) PELUSO, Antônio Cezar. Prefácio. In CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação. Rudimentos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 12.

(39) Ibidem.

(40) Advogada, mediadora familiar, mestre em Direito pela USP, professora de Direito Civil e Mediação, diretora nacional da Comissão de Mediação do Instituto Brasileiro de Direito Familiar – IBDFAM, membro da Fédération Internationale des Femmes des Carrières Juridiques – PIFCJ.

universais. A mediação, enquanto técnica pauta-se na escuta, pela qual irá entender os pontos cegos⁴¹ e libertar as pessoas para o verdadeiro encontro com o outro.

O ponto cego da relação parece se localizar naquilo em que as partes não querem ver, tampouco escutar. Ao que parece a não escuta pode ser de algo que compromete ou que coloca em confronto com ele próprio, para que não reconheça um novo sentido e conseqüentemente mude de atitude.

O posicionamento das ciências que abrigam a mediação, psicanálise e psicologia, é pautado na escuta do que o outro tem a dizer, não escutando somente o que está nas palavras, mas também o que as palavras não dizem.

Em relação à mediação, ao abordar o ponto cego, ao mediador cabe administrar o conflito, na tentativa de construir com os litigantes o espaço para o diálogo, em que as adversidades falam por si na legitimidade da vindicação de seus direitos.

Tão antigo quanto o mundo, a mediação precede o direito. Os povos antigos já desenvolviam suas controvérsias por meio da mediação. Por ser técnica antiga, não está diretamente ligada a um campo do saber. Sua recente redescoberta a atrelou a psicologia/psicanálise, talvez pela busca destas ciências na compreensão psicossocial do homem, além da preocupação destas com as instituições do casamento e criação dos filhos.

Por assim entender, pode-se pacificar que a mediação é um meio alternativo e voluntário de resolução de conflitos independentemente se utilizado para solucionar situações de conflito entre pessoas físicas ou jurídicas. É um procedimento sigiloso, no qual a autoria das decisões negociadas cabe às partes envolvidas. Diferentemente da arbitragem e da conciliação (no processo judicial, ou antes, dele), na mediação as partes se mantêm autoras de suas próprias soluções. Não se pode simplificar a mediação colocando-a como conciliação, tampouco como arbitragem. A diferença esbarra

(41) Na definição oftalmológica, ponto cego ou mancha de Mariotte que o descobriu em 1668, é a única parte do olho que é insensível à luz. É descrito como uma depressão na retina, de modo que um objeto cuja imagem venha a cair nessa área esse não é visto. Trata-se de um escotoma normal, cujo campo visual não é prejudicado devido a visão binocular. (Cf. Enciclopédia Delta universal, Rio: Delta, 1982, p. 5865; Verbo-Encil. Luso-Brasileira de Cultura, p. 548; e Pieron, H. **Dicionário de psicologia**. Rio: Globo, 1951.

que na primeira há necessidade de se eliminar os pontos controvertidos entre as partes. No segundo, as partes elegem um terceiro para solucionar o conflito por elas. Assim:

[...] a mediação familiar pode ser definida como um acompanhamento das partes na gestão de seus conflitos, para que tomem uma decisão rápida, ponderada, eficaz, com solução satisfatória no interesse da criança, mas, antes, no interesse do homem e da mulher que se responsabilizam pelos variados papéis que lhe são atribuídos, inclusive de pai e mãe.⁴²

As partes, ou como ensina Águida Arruda Barbosa, mediandos possuem autonomia de vontade, eles decidem reconhecendo a responsabilidade de seus atos. Mediador não escolhe, não decide por eles. A transformação do conflito é o momento em que os mediandos entendem a dinâmica, os sentimentos e as expectativas que envolvem aquela situação. Não podendo ser feita apenas com os enfoques jurídicos. A mediação familiar enfoca o conflito e o gerencia, para que os envolvidos reconheçam suas responsabilidades.

Mas para que a mediação chegue a este nível, deve ser pensada em termos de interdisciplinaridade.

O conceito de interdisciplinaridade na visão de HILTON JAPIASSU, "A interdisciplinaridade define-se como axiomática comum a um grupo de disciplinas conexas e definidas no nível hierárquico imediatamente superior, introduzindo-se a noção de finalidade".⁴³

JONES FIGUEIREDO ALVES escreveu:

A importância de uma equipe técnica profissional e interprofissional nas Varas de Família, diante da sua revelada magnitude, reclama, destarte, tratamento próprio e adequado

(42) BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação familiar: Uma vivência interdisciplinar*. In: *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Coord. Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 339.

(43) JAPIASSU, Hilton. *Interdisciplinaridade e patologia do saber*. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1976, p. 72.

em termos da estrutura de serviços judiciários, não devendo, ademais, descuidar a lei a respeito, que deve cogitar da necessária intervenção dos profissionais da área psicossocial em tais processos.⁴⁴

A litigiosidade da separação consiste na reparação das perdas. Um dos cônjuges sempre acha que merece ser ressarcido das rupturas advindas da separação. Lamentar é o processo de adaptação das perdas de nossa vida. Lembrando sempre que não existe amor humano sem ambivalência.

O homem é um indivíduo reprimido pelo proibido e pelo impossível, que procura se adaptar aos seus relacionamentos extremamente imperfeitos. Vive de perder e abandonar, e de desistir. E mais cedo ou mais tarde, com maior ou menor sofrimento, todos nós compreendemos que a perda é, sem dúvida, “uma condição permanente da vida humana”.

[...] as relações familiares são intrincadas e complexas, pois comportam elementos objetivos (jurídicos e normativos), afetivos e inconscientes. Perceber as sutilezas que as entremeiam é transcender o elemento meramente jurídico, pra resolver de maneira menos traumática, mais rápida e menos onerosa os problemas que nessa área nos são apresentados [...].⁴⁵

Olhar as questões de família tão-somente sob a percepção jurídica é ver parte e não todo o conflito. A família como fenômeno está além do direito, que dirá então dos seus impasses? Antes do “boom” das separações, elas eram tratadas como problema familiar, onde os interventores do casal eram os parentes, vizinhos, amigos que, por meio da persuasão pelo diálogo, tentavam contornar a situação.

(44) ALVES, Jones Figueirêdo. Psicologia aplicada ao Direito de Família. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2740>>. Acesso em: 25 ago. 2007.

(45) CUNHA PEREIRA, Rodrigo. **Por que o direito se interessa pela psicanálise?** Palestra proferida na Faculdade de Direito da UFMG, em 15/05/95. disponível in http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev06_rodrigo.html Acesso in 25 jul. 2007.

A mediação examinada sob a ótica da técnica da comunicação, é um método fundamentado, teórica e tecnicamente, por meio do qual uma terceira pessoa, neutra e especialmente treinada, ensina os mediandos a despertarem seus recursos pessoais para que consigam transformar o conflito.⁴⁶

MICHEL FOUCAULT⁴⁷ dizia que as práticas jurídicas e as judiciais são importantes na determinação da subjetividade, visto possibilitarem as de relações entre os indivíduos (Lei), porque interferem e determinam as relações humanas. Logo, define a subjetividade dos indivíduos.

E adiante:

A subjetividade é a síntese singular e individual que cada um de nós vai construindo conforme vamos nos desenvolvendo e vivenciando as experiências da vida social e cultural; é uma síntese que nos identifica, de um lado, por ser única, e nos iguala, de outro lado, na medida em que os elementos que a constituem são experienciados no campo comum da objetividade social. Esta síntese – a subjetividade – é o mundo de idéias, significados e emoções construído internamente pelo sujeito a partir de suas relações sociais, de suas vivências e de sua constituição biológica; é, também, fonte de suas manifestações afetivas e comportamentais.⁴⁸

(46) BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação Familiar: Instrumento Transdisciplinar em Prol da Transformação dos Conflitos Decorrentes das relações Jurídicas Controvertidas**. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, abril/2003.

(47) FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 1974, p. 158.

(48) BOCK, A. M. B., FURTADO, O., TEIXEIRA, M. L. **Psicologias: uma introdução ao estudo de psicologia**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 23.

3.1.1 O mediador

A figura do mediador (re)surgiu na França, por volta de 1995, quando da necessidade do governo de evitar as dificuldades entre usuários e serviços, além de apreender os fatores de “insatisfação do público”.

Basta conferir:

[...] O primeiro-ministro pede aos ministros e aos prefeitos ‘designas’, nos ‘serviços’ ‘que estão em relação constante com os usuários’ ou ‘que acolhem o público’, ‘um funcionário encarregado da missão de mediação’. E o senhor Balladur explicita o papel: Este agente terá por papel explicar e, se a ocasião permitir, encontrar soluções para os problemas levantados, sem prejuízo dos serviços, o usuário dispondo sempre das vias de recursos habituais.⁴⁹

O mediador é um terceiro que vai servir aos interesses dos litigantes. É um terceiro imparcial, a decisão do litígio não está nas suas mãos, são as próprias partes que decidem o litígio, por meio do diálogo mediado e das técnicas empregadas a melhor solução para o conflito.

A postura do mediador é neutra e qualificada para uma escuta especializada, dando enfoque aos pontos controvertidos, restabelecendo o diálogo entre as os mediados.

Dessa orientação escreve JEAN-FRANÇOIS SIX:

[...] se o mediador não pudesse existir senão acompanhado de um genitivo, de um *de*, o genitivo se tornaria rapidamente totalitário e deixaria o mediador estritamente subalterno. Ele não seria mais mediador senão no nome; um vassalo com título honorífico sem consistência, um menor sob a dependência de seu tutor. [...] a figura própria do mediador cidadão, o mediador institucional seria confortado em seu papel, em sua capacidade real de exercer tal tarefa, não ao encontro da instituição, mas dentro de uma autonomia possível em relação a ela.⁵⁰

(49) SIX, Jean François. **Dinâmica da mediação**. Trad. De Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Ribert Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 26-7.

(50) SIX, Jean François, Op. cit., p. 207.

O mediador não é um conselheiro, tampouco deve fazer o papel de jurista ou ser aliado do advogado. Sua função é ímpar.

A formação esperada do mediador é da ciência do direito, pelo pensamento jurídico como resultado do trabalho elaborado pelo texto da Lei e o mundo real. Essa formação inclui também disciplinas que ofereçam conhecimento sobre os meios de comunicação oral e escrita, tais como psicanálise, enquanto método investigativo, e doutrinas destinadas a assuntos de guerra e conflitos.

Por falta de um corpo doutrinário próprio, a mediação empresta o saber de ciências como a psicanálise, sociologia, direito e filosofia. Daí a dificuldade de se definir quem seria o mediador, mas fácil definir quem não é.

Definitivamente não é o juiz. O advogado pode vir a ser, mas não de seus clientes, pode exercer a mediação em outros processos, contudo, necessita de formação.

[...] no caso de mediação familiar, seria uma mistura de psicologismo e juridicismo; a partir do momento em que se centra a mediação familiar sobre o divórcio e a separação, a mediação fica enquadrada de um lado pelo juiz ladeado do advogado, do outro pela assistente social acompanhada pelo psicólogo, fazendo às vezes de padrinhos obrigatórios, um em cada canto da cerimônia⁵¹.

O mediando que se queixa pode estar no caminho da cura, querendo a solução; enquanto o que se curva perante os conflitos corre o risco de deixá-lo permanecer. Há queixa não articulada na mediação que precisa ser ouvida. O mediador deve estar particularmente atento aos “sem-voz”, aos gritos surdos das pessoas, dos grupos, dos povos que não gritam mais, tanto que eles foram submersos no anonimato pelo não-reconhecimento do outro.⁵²

O refrão da música de Raul Seixas⁵³ “Por quem os sinos dobram” afirma: “[...] É sempre mais fácil achar que a culpa é do outro /Evita o

(51) GARCIA, Célia. *Dinâmica da mediação. In: Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Coord. Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 352.

(52) SIX, Jean François, *Op. cit.*, p. 137.

(53) SEIXAS, Raul. *Por Quem Os Sinos Dobram*. Warner Music, 1979.

aperto de mão de um possível aliado [...]”. Esse refrão demonstra exatamente o que ocorre nas audiências de separação. Os cônjuges sempre afirmam ser a culpa do outro, não se aliam para o aperto de mão do possível aliado. Essa aliança contribui para adaptação de seus membros na formação de uma nova família.

Na audiência de tentativa de conciliação, as partes expressam seus sentimentos, objetivando convencer o juiz de que a razão é sua (é sempre mais fácil achar que culpa é do outro). Entretanto, o pouco tempo dispensado as audiências não comporta toda a verdade das partes. A realidade da audiência de separação é a mesma de um campo de guerra: o paradigma ganhador/perdedor torna o ambiente hostil.

Na mediação, por sua vez, a audiência tem o condão de conhecer, escutar e resgatar a dignidade humana, conscientizando as partes do passo que estão dando e das implicações deste. A mediação é uma forma inovadora de fazer justiça. As partes são as responsáveis pela solução do conflito com ajuda de um terceiro imparcial que atuará como mediador.

Cumprir rituais, sair de uma posição de sofrimento, elaborar o luto, significa tomar as rédeas do próprio destino. É uma decisão entre ser sujeito ou permitir-se a ser objeto de desejo. Por isso os rituais exigem preparação, discernimento e coragem. Mas ao final, além de fazer uma passagem, uma transposição, eles podem também servir de elevação da alma, apesar da dor que, muitas vezes, os acompanha. Particularmente, o ritual da separação conjugal, que fará a passagem de um estado civil para o outro, apesar do sofrimento, traz consigo o mesmo sentido do casamento, ou seja, as pessoas se casam para serem felizes, e separam, também, à procura da felicidade.⁵⁴

A partir da angustiante elaboração do luto, os mediandos desenvolvem a base para recomeçar suas vidas. Assim, o constante

(54) PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Separação e rituais de passagem*. In: *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Coord. Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Imago, 2003, pp. 362-3.

reclames das partes na separação nada mais é do que um grito perante a experiência da ruptura, do abandono, do desenlace.

Sabe-se bem que a comunicação no cotidiano das pessoas é extremante falha, acarretando uma carência de escuta, de compreensão; o tecido social se desintegra na tendência de fazer cada um se fechar num casulo.

A característica básica da mediação é restaurar os laços, na medida em que um terceiro atua independentemente e sem poder, mas dando confiança à pessoa, convidando-a agir com responsabilidade, reconhecendo a dificuldade ou a infelicidade que o acomete naquele momento.

Ancora-se a mediação em três pontos: coragem, prudência e justiça. A coragem resume-se no recuo a toda situação, agindo com paciência para chegar ao resultado esperado, sem contudo, valorizar-se diante das partes. É preciso coragem para ser discreto, para se calar e não discursar. Os atores deste ato são as partes. É preciso coragem para assumir o risco: pode-se ter êxito, mas também malograr. O mediador tem a firmeza de espírito de não ter nenhum poder, encano ou sedução.

O segundo ponto é a prudência, virtude que leva o mediador a prever e evitar situações de risco. A prudência convida o mediador a ir Tateando o caminho com acuidade e criatividade, tendo noção de que de um bem, surja involuntariamente um mal. Além de adverti-lo quanto ao segredo e respeito pela identidade da parte.

Por fim, tem-se a justiça como o mecanismo de acesso a uma melhor convivência para si e para os outros. Lembrando-se sempre de provocar a liberdade entre os mediados para que estes cheguem à sua verdade, e não esperando do mediador a solução dos seus conflitos. O mediador deve suscitar nos mediados a capacidade de descobrirem suas saídas.

3.1.2 Recursos em mediação

Recursos como o genograma e o flip-chart são recomendáveis para as entrevistas de mediação.

O genograma consiste em modelo utilizado para desenhar as relações familiares. Ele oferece um resumo rápido que permite a visualização da estrutura familiar. Facilita a memorização dos nomes e dos padrões comportamentais, de modo que, a partir de um simples olhar, o mediador pode reconhecer a família.

O flip-shart é um recurso audiovisual composto por folhas superpostas fixadas num cavalete. Serve para explicar o que for necessário, permitindo uma melhor compreensão do que foi falado ou mencionado.

3.1.3 Procedimentos da Mediação

Não existe padrão quanto ao procedimento da mediação, pois depende da matéria a ser mediada, do estado psicológico das partes envolvidas e de outras circunstâncias peculiares de cada caso.

Não obstante, apresentam-se alguns aspectos atinentes à mediação:

3.1.3.1 Apresentação da mediação

É fundamental para o seu êxito que as partes obtenham, no primeiro contacto, todas as informações sobre o processo de mediação e sua relevância.

Encontro das partes e criação de estrutura e confiança.

O mediador deve apresentar suas regras, cuidando para dirimir quaisquer dúvidas. O mediador deve passar aos clientes a certeza da imparcialidade e do sigilo.

O mútuo respeito deve ser trabalhado nesse primeiro contato entre as partes, deixando claro que enquanto um fala o outro deve escutar com atenção, respeitando sempre a igualdade de oportunidades.

3.1.3.2 Depoimento das partes

Cada parte faz suas considerações, enquanto a outra apenas escuta e aguarda sua vez de falar.

As partes podem aprofundar-se em suas divergências, revelando interesses e idéias até então latentes.

3.1.3.3 Separação das questões apresentadas

O mediador fará um resumo de tudo o que foi dito e um ordenamento dos problemas, certificando-se com as partes que compreenderam exatamente o que quiseram dizer.

Indica questões que já estão claras e ressalta pontos de concordância.

3.1.3.4 Criação e desenvolvimento de opções

Nesta fase, poderão ou não ter encontrado soluções.

O mediador deve retornar a outras etapas, procurando ser bastante didático, usando de recursos expositivos para explicitar interesses, decompor problemas e opções decorrentes.

3.1.3.5 Resolução da disputa e redação do acordo

Os acordos devem ser realistas para que possam ser duradouros e evitar possíveis questionamentos futuros.

Esse acordo é assinado pelas partes, assessores e, se necessário, os advogados dos clientes redigirão uma petição, sem alterações do conteúdo, para homologação em juízo.

Estas são as técnicas básicas que requerem modificações e adaptações em cada caso concreto, de acordo com suas particularidades.

4. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Este capítulo descreve os procedimentos utilizados para o estudo dos Juizados Informais de Família do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.

4.1 Caracterização da pesquisa

Esta pesquisa é classificada como exploratória descritiva, pela limitação de estudos na área dos Juizados Informais de Família que visa a pacificação dos conflitos concernentes ao Direito de Família pelo uso da prática alternativa da mediação, consoante entendimento de MATTAR “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”.⁵⁵

Assim a pesquisa exploratória proporciona maior contato com o problema e torna-o explícito. A pesquisa descritiva expõe características de determinada população ou determinado fenômeno. Não tem compromisso de explicar os fenômenos que descreve, embora sirva de base para tal explicação.

(55) MATTAR, Fauje Nagib e SANTOS, Dilson. *Gerência de Produtos: como tornar seu produto um sucesso*. São Paulo: Atlas, 1986, p. 80.

Em relação a isso, TAKESHY descreve dados e informações coletados e tratados “é adicionalmente, analisar tais dados e informações descritos com o suporte teórico e conceitual da fundamentação teórica”.⁵⁶

4.2 Natureza da pesquisa

Empregar-se-á a pesquisa quantitativa e qualitativa, visando observações diretas nos procedimentos das atividades, proporcionando identificar as técnicas da mediação e do serviço psicossocial das Varas de Família do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, na Comarca de Porto Velho.

4.3 Procedimentos Metodológicos

Na primeira parte da investigação, serão colhidas referências bibliográficas a partir das diretrizes e normas que disciplinam os Juizados Informais de Família, no que tange à mediação. Partindo disto, tem-se a necessidade de colher dados com os responsáveis pelo processo de mediação nas Varas de Família da Comarca de Porto Velho, por meio de pesquisa no serviço psicossocial, analisando como é feita a mediação, o grau de eficácia e aceitação por parte dos magistrados.

A análise de dados será objetiva sendo utilizado o método comparativo, apontando os principais problemas encontrados e com base no referencial bibliográfico, apresentar sugestões de melhorias.

5. PROCEDIMENTO NOS JUIZADOS INFORMAIS DE FAMÍLIA

A característica da mediação nas questões relacionadas ao direito de família é constituir um novo modo de regulação das relações sociais.

Este modo de resolução de conflitos está começando a fazer parte do imaginário jurídico, opondo-se, aos poucos, ao tradicional sistema judiciário, pautado na oposição de interesses. É a construção de um novo equilíbrio.

(56) TACHIZAWA, Takeshy Mendes Gildásio. *Como Fazer Monografia na Prática*, 7ª ed. Rio de Janeiro: editora FGV, 2003, p. 58

A grande questão da medição é não retirar do Judiciário o poder de julgar, mas fazer com que o processo não retorne sob uma nova demanda. Não é estabilizar o conflito, mas eliminá-lo.

5.1 Atribuições do Serviço Psicossocial

O Setor Psicossocial da Comarca da Capital funciona no Fórum Cível, à Rua Lauro Av. Lauro Sodré, 1728 - Jardim América.

Originalmente formado por equipe interdisciplinar, atualmente tem o seu quadro constituído, exclusivamente, por quatro Assistentes Sociais, uma Psicóloga e duas Estagiárias do Curso de Graduação em Psicologia.

O objetivo principal do Setor Psicossocial é intervir nos Processos Cíveis de ações de Guarda, Separação e Busca e Apreensão de competência das Varas de Família.

Também é atribuição do Setor Psicossocial a orientação e o devido encaminhamento da população que procura a Vara de Família nas questões atinentes a sua competência.

5.2 Da Prática da Mediação na Comarca de Porto Velho

A Comarca de Porto Velho possui quatro Varas de Família, destas apenas a 1ª e 2ª Vara servem-se da mediação familiar. Ressaltando-se que a 2ª Vara de Família passou a adotar este procedimento nas ações que envolvem guarda apenas no mês de agosto de 2007. Enquanto a 1ª Vara de Família, há um ano encaminha processos ao serviço psicossocial, objetivando mediação nas ações de guarda e separação.

O prazo dado pelos magistrados nos processos encaminhados ao serviço psicossocial é de quinze dias. Ocorre que o serviço psicossocial não é destinado apenas ao serviço de mediação das Varas de Família. Há também as visitas domiciliares e entrevistas nos processos de guarda, bem como a elaboração do Parecer Social desses casos.

O pouco tempo destinado pelos magistrados dificulta a mediação, porque o número de ações encaminhadas é maior que o número de servidores deste setor.

O espaço físico também não possibilita o atendimento simultâneo, pela falta de privacidade na sala.

O serviço psicossocial está instalado numa sala de 16m², aproximadamente, subdivida em duas por meio de divisórias, permitindo o acesso a tudo que é dito na sala.

Falta ao local privacidade necessária para os casos ali discutidos, sendo este um dos motivos de não se realizar a mediação com todas as técnicas por ela permitida, mas apenas as principais, como dito pela equipe do serviço psicossocial: utiliza-se o espírito da mediação.

Dos processos encaminhados ao serviço psicossocial, 80% (oitenta por cento) obtiveram acordos, caindo consideravelmente o número de audiências de instrução e julgamento.

5.3 Do Procedimento

Após a audiência preliminar nos processos litigiosos, oferece-se às partes a possibilidade de uma audiência de mediação.

O processo fica suspenso enquanto as partes são atendidas. Na primeira audiência é esclarecido às partes o porquê de mediação.

Havendo acordo, os autos retornam ao juiz, que designa data para homologá-lo. Não havendo acordo, os autos retornavam para prosseguimento do feito.

Os processos encaminhados para o serviço psicossocial envolvem questões de separação e guarda.

Nos casos atendidos no serviço psicossocial, a mediação é feita de forma parcial, por falta de espaço físico adequado e profissionais, visto a equipe contar com uma psicóloga apenas.

5.4 Do Projeto

Há um projeto a ser implementado no Judiciário rondoniense, a partir de janeiro de 2008, objetivando a criação do Fórum da Família. Neste projeto está incluída a sala para o serviço psicossocial, onde, num local maior, com profissionais treinados, será posto em prática todas as técnicas da mediação na área da família.

O projeto é pautado no modelo criado pelo Judiciário de Santa Catarina.

O serviço de mediação familiar nas Varas deverá ser feito a partir do estabelecimento de parcerias, como o número de servidores não seja suficiente para executar tais ações.

A equipe será composta de funcionários do poder Judiciário, profissionais e estagiários voluntários, pessoas em fase de estágio curricular acadêmico e profissionais cedidos por outros órgãos.

Na seleção dos estagiários, voluntários ou funcionários, há que se observar à identificação e afinidade com assuntos da área da família.

A coordenação dos trabalhos terá um coordenador local, designado pelo juiz responsável pela implantação dos serviços de resolução alternativo de conflitos de família.

5.5 Local

O projeto funcionará nas dependências do Fórum da Família, a ser criado, diariamente ou em dias alternados.

O espaço físico necessário deverá contar com uma sala com dois ambientes no mínimo, sendo um para a recepção e outro para as sessões de mediação. Esta sala deve ter inteira privacidade, uma vez que o procedimento da mediação é confidencial.

Os equipamentos necessários são: computador, mesas redondas ou cadeiras com suporte para escrever, quadro com pincel atômico ou flip-chart, armários e material de expediente. O ambiente deverá ser diferenciado das salas de audiências, demonstrando um espaço mais descontraído, apropriado para o diálogo e desprovido de autoridade.

5.6 Capacitação

O Tribunal de Justiça pretende capacitar os estagiários e profissionais previamente selecionados, oferecendo cursos de técnicas e estratégias de mediação bem como sobre direito de família.

Atende questões familiares relacionadas à separação, divórcio, à pensão alimentícia, à dissolução de união estável, à divisão de bens, à regulamentação de visitas, à guarda e modificação de guarda, ao reconhecimento de paternidade, entre outras ações concernentes ao direito de família.

O método da mediação poderá ser aplicado não só nas questões de Família como também nas Varas da Infância e Juventude, nos casos que versam sobre disputa de guarda entre pais, avós ou responsáveis, entre outros.

Inicialmente é feita uma triagem nos processos, fazendo os encaminhamentos devidos a cada caso, quer para mediação, quer para outros serviços de apoio. Os casos que forem encaminhados para mediação lhe será exposta a proposta do serviço e, havendo concordância das partes será agendada uma data para a primeira sessão, com indicação do horário e nome do mediador.

Considerando que nesse primeiro momento a reclamação normalmente procede de um dos cônjuges, o outro será informado sobre o atendimento por correspondência específica, emitida pelo setor, que será entregue pelo próprio cônjuge reclamante.

Os termos do acordo serão redigidos pelos mediadores, devendo possuir uma estrutura padronizada. Elaborado o termo de acordo, pelas partes e mediador, este deverá ser levado ao conhecimento do advogado ou defensor público.

O acordo será estrutura com base nos pontos acordados, numa linguagem simples, clara e coerente.

O Poder Judiciário do Estado de Rondônia promoverá cursos de mediação familiar objetivando capacitar os outros servidores que trabalham nesta área, ou seja, nas Varas de Família e Juizado da Infância e Juventude. Diante do diagnóstico atual, percebemos claramente que no Judiciário rondoniense o emprego desta técnica é feito de forma precária.

Exemplificando: a maioria dos psicólogos e assistentes sociais do Judiciário rondoniense trabalham sozinhos nas suas Comarcas, o que os leva a questionar a operacionalização do serviço de mediação, em face à deficiência sistêmica de pessoal, no entanto, mesmo sendo o único da Comarca, na medida de suas possibilidades, o profissional tenta fazer uso de algumas técnicas de mediação familiar para o melhor andamento dos trabalhos.

Certos processos, complexos e traumáticos, exigem do técnico uma responsabilidade muito grande, além de ser necessário o domínio das técnicas que, na maioria das vezes, são inicialmente rejeitadas por uma das partes.

5.7 Etapas da Mediação Familiar⁵⁷

O Judiciário rondoniense definirá a atuação do programa de mediação familiar com as mesmas etapas implementadas no Judiciário de Santa Catarina, motivo pelo qual as etapas propostas a seguir também constam no programa de mediação familiar do Judiciário catarinense.

A intervenção do mediador será feita em seis etapas: a introdução ao processo de mediação, a verificação da decisão de separação ou de

(57) ÁVILA, Elédite Mattos. **Mediação Familiar: Formação de base**. rev. Christiane Monique Callado Silva e Eliane Cardoso de Melo. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, maio/2004.

divórcio, a negociação das responsabilidades parentais, a negociação da divisão dos bens, a negociação das responsabilidades financeiras e, por fim, a redação do projeto de acordo.

O processo seguirá uma ordem cronológica que não é rígida nem linear.

Em cada fase, admitem-se os seguintes elementos: a identificação dos itens em litígio; a coleta de informações; a criação de opções e a tomada de decisão.

As entrevistas do processo serão conjuntas, buscando privilegiar os princípios de comunicação que exigem a participação de ambos os cônjuges.

5.8 Introdução ao Processo de Mediação⁵⁸

A fase de introdução ao processo de mediação baseia-se no primeiro encontro, quando o mediador apresenta os objetivos e as exigências da mediação e explica o seu papel. O mediador avalia as solicitações das partes e estabelece então um quadro de trabalho. Após, obtém informações básicas a respeito dos cônjuges e de seus filhos.

O espaço físico deve configurar-se de modo a disponibilizar e tornar o mediador acessível para cada um dos cônjuges. Não é aconselhável em mediação dirigir uma entrevista por detrás de uma mesa: isso prejudicaria a comunicação, a qual perderia a fluidez e a eficiência.

Durante esta fase, o mediador deve criar um clima de confiança favorável à resolução dos conflitos, mesmo que os participantes estejam sob a influência de sentimentos de ira, decepção, frustração e vingança. Ele instaura a sua neutralidade e suscita a motivação do casal de modo a instalar uma colaboração no lugar da competição.

O mediador tem de identificar as expectativas dos participantes, deixando-os definir o que está em jogo. Ele não deve colocá-los na defensiva nem discutir diretamente sobre a posição de cada um, apenas facilitar a discussão, sempre mantendo o controle.

Finalmente, o mediador deve estabelecer as regras do processo. Com a aprovação da mediação, os cônjuges comprometem-se a respeitá-las. Essas regras determinam um clima de cooperação durante as entrevistas e o respeito pelo outro; a suspensão dos procedimentos judiciais durante a mediação; a divulgação de todas

(58) Idem.

as informações financeiras para as negociações sobre a divisão dos bens e a pensão alimentícia; privilegiar as crianças quando das discussões relativas a sua residência.

Por fim, a impossibilidade de obrigar o mediador a testemunhar perante o tribunal, e o sigilo sobre os encontros, as entrevistas e os dossiês. A falta de seriedade em relação a qualquer dessas regras pode causar a suspensão da mediação ou seu fim.

6. IDENTIFICAÇÃO DOS PRINCIPAIS PROBLEMAS DAS ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION⁵⁹

HAIM, entusiasta das formas de *Alternative Dispute Resolution*, identificou problemas que afetam as técnicas de resolução de conflitos na seara familiar.

Acredita o autor que as maiores críticas se dão por parte dos magistrados e se referem à utilização da mediação no divórcio.⁶⁰

Muitas críticas perpassam por dois pontos principais:

6.1 Pouca Idade dos Mediadores dos Divórcios

Geralmente os mediadores são profissionais em início de carreira, desprovidos de experiência, que muitas vezes não têm cursos direcionados, e quando sim, esses cursos não apresentam boas opções metodológicas. Estas condições podem acarretar em mediadores afoitos ou deveras idealistas⁶¹;

6.2 Promoção de Acordos Difíceis de Cumprir/ Durabilidade do Acordo

Quando a mediação for falha, o juiz terá de lidar com nossos processos, recursos ou apelações, o que não apresenta solução adequada para a solução quanto ao volume de processos nas Varas especializadas de Família ou à crise do processo, quanto ao quesito tempo. O resultado da mediação deve ser dirigido para uma solução duradoura, mas, uma vez frustrada a tentativa da mediação,

(59) Resolução Adequada da Disputa

(60) GRUNSPUN, Haim. *Mediação Familiar: o mediador e a separação de casais com filhos*. São Paulo: LTR, 2000, p. 116.

(61) *Ibidem*, p. 117.

difícilmente a parte que suportou o descumprimento terá ânimo para recorrer novamente à mediação, buscando o Judiciário. Isso ocorre com mais frequência com casais que tem filhos;⁶²

6.3 Dificuldades de Seleção de Demandas para a Mediação

Muitos mediadores têm dificuldades na análise dos casos que deverão ser objeto da mediação. “Não são todas as disputas que devem ser resolvidas por conciliação de interesses”. Processos judiciais, nas questões que envolvem poder, podem ser melhor resolvidos na esfera judicial, e não no processo de mediação baseado em reconciliação de interesses;

6.4 Incapacidade Técnica para Lidar com os Custos Relacionados ao Objeto da Mediação

Muitos mediadores não advertem as partes dos custos do processo, do tempo gasto, da possibilidade de prejuízo no emprego e o próprio custo emocional que as partes suportarão;

6.5 Dificuldades de Interatuação com as Partes e falha de Informações Fundamentais

O processo de mediação deve vencer as resistências das partes para que estas se sintam incorporadas no projeto de mediação, de forma a facilitar o processo. Alguns mediadores não estão preparados para lidar com a confidencialidade que resulta de conversas individuais, o que acaba por imprimir um efeito negativo no processo e sobre o ânimo das partes rumo à conciliação. Deve haver o consentimento dos participantes para o uso das informações que lhe foram confiadas.

(62) Ibidem, p 117.

CONCLUSÃO

Decorre de nosso sucinto estudo, algumas conclusões que passamos a elencar.

A mediação e arbitragem representam meios eficazes para o desvio do fluxo de demandas instaladas no conjunto social do Judiciário para as Câmaras e órgãos de solução de controvérsias.

Os Juizados Informais de Família instalados em alguns Estados visam, nesta linha de decisão compartilhada e de participação no provimento, desafogar a carga de demandas suportada pelo Poder Judiciário.

A mediação, enquanto método alternativo de solução do conflito, é uma prática que vêm ao encontro da tendência mundial de desenvolvimento de acesso à Justiça.

A mediação promove aproximação dos pontos de vista e dissipa os mal-entendidos, por meio da escuta atenta e qualificada. Esta escuta não tem o condão de ser clínica, mas direcionada ao sofrimento das partes, resgatando a comunicação perdida.

O litígio na separação aparece quando há conflito de interesses entre as partes, resistindo-se a determinada pretensão. Traz ao Judiciário a queixa do insucesso da relação, colocando o magistrado em posição toda poderosa: poderá resolvê-la. A solução nem sempre é a mais adequada. Iniciando-se, com a via recursal, a saga das disputas.

A função da mediação, nos Juizados Informais de Família, é ser a catalisadora desses conflitos. Não tem a função de diminuir o número de ações ajuizadas nas Varas de Família, mas pode fazer com que o fluxo de audiências de instrução e julgamento diminua.

A técnica da mediação apresenta eficácia, baixo custo, agilidade e sensibilidade, a chave da boa mediação.

O litígio na sociedade moderna é uma constante, o Poder Judiciário, para suprir essa demanda, necessita aumentar o número de Varas e Comarcas, onerando o orçamento público.

É cada vez mais freqüente o uso de meios alternativos para levar Justiça aos jurisdicionados: Mega Operação Justiça Rápida e Postos Avançados são dois exemplos do esforço do Judiciário rondoniense para efetivar a Justiça.

Com base em dados fornecidos pelo Tribunal de Justiça, observa-se que tramitavam nas Varas de Família nos anos de 1999 a 2002 cerca

de 23.524 processos. Com a efetivação da Mediação, enquanto prática alternativa de resolução de conflitos, esse número caiu para 1.125, na 1ª vara de Família e 1.156, na 2ª Vara de Família. Comparando com as duas Varas que não realizam a mediação, há uma queda de quase duzentos processos, visto estarem com 1.214 e 1.502 processos a 3ª e 4ª Varas de Família respectivamente.

Percebe-se que o objetivo da Mediação é celeridade e a individualização para àqueles que procuram resolver conflitos perante as Varas de Família, sem, contudo, prescindir da intervenção do Estado.

Antes de dar respostas às formulações feitas na introdução desse estudo, questiona-se: por que a mediação?

A viabilidade da mediação é decorrente dos novos modelos familiares. A parentalidade fruto da globalização criou o cenário para modificar o saber jurídico sem eliminá-lo: a mediação é a ponte entre os direitos individuais e os direitos do outro. É o retorno ao “naturalismo” sem esquecer do “positivismo”.

É, portanto, um importante enfoque para gerir conflito.

Respondida esta indagação, volta-se às demais: Existem formas de solução de conflitos por meio dos institutos da Mediação e Arbitragem na área do Direito de Família? Das práticas de resolução alternativa de conflitos – RAC – apenas a mediação pode ser usada na esfera de Direito de Família.

E, caso sejam viáveis, estas formas garantem um resultado duradouro, no sentido de se excluírem estas demandas da seara judicial? A pretensão da mediação é fazer com que as partes sejam responsáveis pelos seus acordos, eliminando o conflito, e não estabilizando-o por um curto espaço de tempo. Essa é a diferença da solução do conflito na mediação, a sua eliminação.

A ação do mediador nasceu da necessidade de se lidar com as contendas da sociedade, tanto no âmbito civil quanto no público.

Conclui-se, portanto, que o instituto em estudo, utilizado com o corpo técnico adequado é capaz de diminuir o número de demandas frente as Varas de Família eliminando o retorno da ação decorrentes do descumprimento do conteúdo acordado pelas partes.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueirêdo. **Psicologia aplicada ao Direito de Família . Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2740>>. Acesso em: 25 ago. 2007.

ALVIM, José Carreira. **O Direito na Doutrina**. Curitiba: Juruá, 1998.

ÁVILA, Eliedite Mattos. **Mediação Familiar: Formação de base**. rev. Christiane Monique Callado Silva e Eliane Cardoso de Melo. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, maio/2004.

BARBOSA, Águida Arruda. **A Política Pública da Mediação e a Experiência Brasileira**. In: **Família e Cidadania - O Novo CCB e a Vacatio Legis - Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte. IBDFAM/Del Rey, 2002, p.309.

_____. **Mediação familiar: Uma vivência interdisciplinar**. In: **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Coord. Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 339.

_____. **Mediação Familiar: Instrumento Transdisciplinar em Prol da Transformação dos Conflitos Decorrentes das relações Jurídicas Controversas**. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, abril/2003.

BARROS, Fernanda Otoni. **Inimputabilidade perigosa: o retorno do pior**. In: **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Coord. Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

BEVILAQUA, Clovis. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BIBLÍIA. Português. **Bíblia Sagrada. Gênesis, cap. 2:17**. Tradução João Ferreira de Almeida. Santo André:Geográfica editora, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOCK, A. M. B., FURTADO, O., TEIXEIRA, M. L. **Psicologias: uma introdução ao estudo de psicologia**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BREITMAN, Stella; PORTO, Alice. **Mediação Familiar. Uma Intervenção em Busca da Paz**. Porto Alegre: Criação Humana, 2001.

CAMPOS, Álvaro. Poema em linha reta.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del diritto procesuale civile**. t. I. Padova: Cedam, 1936.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma Teoria do Discurso Constitucional**. São Paulo: Landy Editora, 2002.

DIAS, Maria Berenice; SOUZA, Ivone M. C. Coelho. **Separação Litigiosa, na “esquina” do direito com a “psicanálise”**. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. Nº 3. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, 1999.

DIMITRIJKEVIC, Vojin. **Direitos humanos e a paz**. In SYMONIDES, Janusz (Org.). **Direitos Humanos: novas dimensões e desafios**. Brasília: UNESCO Brasil, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003.

DOLTO, Françoise. **Auto-retrato de uma psicanalista**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1990, contra-capas.

FLORES. Joaquín Herrera. *Apud* PRONER, Carol. **Os direitos humanos e seus paraxodos: análise do sistema americano de proteção**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

_____. **“Conjunto de generalidades” que todos poderiam compartilhar. Hacia una vision compleja de los derechos humanos**. Universidad de Granada. Disponível em <<http://www.ugr.es/~gijapaz/proyect1/pdf/vuelo%20de%20anteo.pdf>>. Acesso em 19 de março de 2007.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 1974.

FUSTER, Blanca. Apud ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. **Direitos humanos, dignidade, erradicação da pobreza: uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

GANANCIA, Danièle. **Justiça e mediação familiar: uma parceria a serviço da parentalidade**. Revista do Advogado, n. 62, mar. 2001.

GARCIA, Célia. **Dinâmica da mediação**. In: **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Coord. Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Família: Um caleidoscópio de relações**. In: **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Coord. Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

GRUNSPUN, Haim. **Mediação Familiar: o mediador e a separação de casais com filhos**. São Paulo: LTR, 2000.

HITONAKA, Maria Fernandes Novaes. **Família e casamento em evolução. Direito civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

JAPIASSU, Hilton. **Intercisciplinaridade e patologia do saber**. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1976.

KEKL, Maria Rita. **Em defesa da família tentacular**. In: **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Coord. Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

KICH, Bruno Canísio. **A família no judiciário**. In **Direito de Família. Teoria, legislação, jurisprudência e prática**. Campinas: Agá Júris Editora, 1999.

KOERNER, Andrei. **Ordem política e sujeito de direito no debate sobre direitos humanos**. São Paulo: Lua Nova., nº 57, 2002 Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452002000200005&lng=pt&nrm=iso&tlang=pt/#tx02>. Acesso em 12 de novembro de 2006. Pré-publicação.

MATIROLLO, Luigi. **Trattato di diritto giudiziario civile italiano**. 4ª ed., Turim: [s.e.], 1892 *apud* CAETANO, Luiz Anunes. **Arbitragem e mediação. Rudimentos**. São Paulo. Atlas, 2002.

MATTAR, Fauje Nagib e SANTOS, Dilson. **Gerência de Produtos: como tornar seu produto um sucesso**, São Paulo: Atlas, 1986.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Revista Forense, 1949, v. VI.

NAZARETH, Eliana Riberti. **A prática da mediação**. In: **Família e Cidadania - O Novo CCB e a Vacatio Legis - Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte. IBDFAM/Del Rey, 2002.

PAASHAUS, Gustavo Cintra. **Do juízo arbitral. Apêndice**. In CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e mediação. Rudimentos**. São Paulo. Atlas, 2002. BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil: Comentado**. 5ª ed. Rio de Janeiro: [s.n.], 1938. v. 4, p. 199. (art. 1037).

PELUSO, Antônio Cezar. Prefácio. In CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e mediação. Rudimentos**. São Paulo. Atlas, 2002.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Por que o direito se interessa pela psicanálise?**. Palestra proferida na Faculdade de Direito da UFMG, em 15/05/95. disponível in http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev06_rodrigo.html Acesso in 25 jul. 2007.

_____. **Concubinato e união estável**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

_____. **Separação e rituais de passagem**. In: **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Coord. Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

PERROT, Michelle. **Funções da família. In: História da vida privada: da revolução Francesa à Primeira Guerra.** Trad. Denise Bottman e Bernardo Joffily. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

PESSOA, Fernando. **Poema em linha reta.** In Poesia de Álvaro de Campos. Disponível em: site.com.br/art/pessoa/ficcoes/acampos/538.html. Acesso em 25.8.2007.

PLANAS, Javier Alvarado. **Fundamentación historicista de los derechos humanos. In Pasado, presente y futuro de los derechos humanos.** México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos; Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Revista Forense, 1949, v. VI.

PRONER, Carol. **Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do sistema americano de proteção.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

SAREDO, Giuseppe. **Instituzioni de procedura civile.** 3ª ed. Florença, 1887, v I.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEIXAS, Raul. **Por Quem Os Sinos Dobram.** Warner Music, 1979.

SIX, Jean François. **Dinâmica da mediação.** Trad. De Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Ribert Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TACHIZAWA, Takeshy Mendes Gildásio. **Como Fazer Monografia na Prática,** 7ª ed. Rio de Janeiro: editora FGV, 2003.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e autoridade parental.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 24. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. **Cidadania multidimensional na Era dos Direitos**. In MELLO, Celso de Albuquerque, et alli.. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

JUSTIÇA PREVENTIVANAS ESCOLAS

Deisy Cristhian Lorena de Oliveira Ferraz

Juíza de Direito no Estado de Rondônia

JUSTIÇA PREVENTIVA NAS ESCOLAS

Deisy Cristhian Lorena de Oliveira Ferraz

INTRODUÇÃO

O assunto tratado neste trabalho possui grande relevância na busca da compreensão de quais as dificuldades que a população enfrenta ao utilizar os serviços judiciais e quais as soluções que estão sendo criadas para minimizar este problema. Além disso, cabe ressaltar a preocupação em investigar se, de fato, o Poder Judiciário cumpre seu papel social junto ao cidadão brasileiro, como previsto na Constituição Federal de 1988.

O acesso à justiça é um problema extremamente complexo que envolve diversos interesses políticos, econômicos e sociais. Seus reflexos são percebidos diretamente no dia-a-dia da sociedade, tais como o descrédito na justiça, o aumento da violência, a busca de outros caminhos para a resolução de conflitos, entre outros.

Na área econômica, encontra-se dificuldade de recursos públicos para a criação de novos espaços, dentre outros investimentos que seriam necessários para otimizar a prestação jurisdicional.

Entretanto, a área social é sem dúvida a mais importante, pois a população de baixa renda está totalmente à margem da justiça, devido a uma série de fatores, tais como a falta de informação, os grandes gastos processuais, a falta de órgãos e tribunais especiais voltados para o atendimento da população mais carente, a ausência de políticas públicas que assegurem os direitos fundamentais de cada brasileiro.

Esta dificuldade no acesso à justiça acarreta problemas para os próprios advogados, que têm péssima imagem perante a sociedade e possuem a difícil tarefa de explicar para o seu cliente o inexplicável, como a demora, os valores judiciais cobrados, etc.

Os juízes também têm sua parcela de culpa, pois na sua maioria, do alto de seu vasto conhecimento jurídico, fazem questão de manter uma grande distância da população. Esta atitude gera medo e o conseqüente distanciamento entre a população e os tribunais.

Já o Supremo Tribunal Federal, situado no ápice do Poder Judiciário, encarregado de dirimir grandes questões da nação, não pode deixar de analisar os reflexos de suas decisões. Faz-se urgente que o

STF cumpra o seu compromisso com o povo, ora barrando a sede dos demais Poderes, ora dando eficácia aos direitos e garantias fundamentais.

O Capítulo 1 deste trabalho tem o objetivo de situar teoricamente a evolução da sociedade, o surgimento da justiça e, por último, o significado da palavra Democracia. Este tripé: Sociedade – Justiça – Democracia é a base para toda a formação da nação e consolidação da cidadania.

O Capítulo 2 toma a discussão acerca de Cidadania – seu significado, sua origem e como ela se constrói. Os três elementos descritos no Capítulo 1 são fundamentais para a formação e manutenção da Cidadania, como se verá adiante.

No Capítulo 3, serão avaliados a função social do Poder Judiciário e o acesso público aos instrumentos jurídicos. Serão apresentados os meios alternativos de resolução de conflitos já implementados e uma proposta para solução do acesso à justiça e prevenção de conflitos para implementação perante o TJ/RO.

Ao analisar os elementos aqui discutidos, perceber-se-ão quais as reais possibilidades de garantia de cidadania oferecida pelo Poder Judiciário.

1. SOCIEDADE, JUSTIÇA E DEMOCRACIA: DISCUTINDO CONCEITOS, REVENDO SURGIMENTOS.

1.1 Evolução da Sociedade

A sociedade surgiu em decorrência de uma necessidade humana de viver em grupos. O homem por natureza é um ser social, não conseguindo sobreviver isoladamente.

Além dessa natureza social, outros fatores foram determinantes para o surgimento das primeiras sociedades ainda na “época das cavernas”, como a segurança na defesa do seu território, onde todos defendiam a sua aldeia e não apenas as suas casas individualmente e a divisão das tarefas, em que cada indivíduo atuava em prol da coletividade.

Vivendo em coletividade, o homem sentiu a necessidade de criar regras de convivência para que todos vivessem em harmonia, pois muitas vezes os interesses individuais se conflitavam entre si, ou ainda, se conflitavam com os interesses coletivos. Foi o surgimento da idéia do bem comum e do nascimento do Direito. Neste sentido afirma Dallari:

A disciplina jurídica da vida social é uma necessidade da própria natureza humana, pois os homens têm diferentes opiniões e aptidões, gerando preferências diversas, muitas vezes até conflitantes, sendo necessária a existência de normas sociais que possam ser impostas à obediência de todos.¹

Na mesma esteira, Rodrigues também entende que a necessidade de regras sociais surgiram espontaneamente devido à natureza humana, pois historicamente esta necessidade sempre existiu independente do povo, época, local ou cultura, assim afirmando:

Historicamente o ser humano, pelos mais variados motivos, organizou-se em grupos sociais. Esses grupamentos foram e são diferenciados entre si dependendo do povo, época, do local e da cultura que os compõem. No entanto eles sempre possuíram algo em comum: a existência de regras sociais de convivência. A liberdade em seu estado puro é incompatível com a convivência harmoniosa entre pessoas necessariamente diferentes.²

1.2 Noções de Justiça

Toda sociedade, independente de local ou forma de organização, necessita de regras para nortear e regulamentar a vida social. Sem estas regras a sociedade não conseguiria existir pacificamente e ocorreria o caos social, de forma que cada pessoa poderia fazer o que melhor lhe aprouvesse sem a preocupação com as conseqüências de seus atos para com as outras pessoas. Diante dessa hipótese seria admissível que qualquer pessoa saísse às ruas atirando e matando quem encontrasse pela frente, sem que nada pudesse ser feito para impedi-la. Isto não ocorre graças ao *DIREITO POSITIVO*. O conjunto de regras de condutas impostas pelo Direito, através das leis, é a garantia de sobrevivência pacífica das pessoas em sociedade, e tem por objetivo principal a manutenção da paz social.

(1) DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Renascer do Direito: Direito e Vida Social, Aplicação do Direito, Direito e Política*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 03.

(2) RODRIGUES, Horácio Wanderley. *Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 37.

O Direito, portanto, origina-se de uma necessidade natural da sociedade para regular a vida das pessoas, não sendo possível, portanto, conceber uma sociedade sem o Direito. (1997:54-55)³. Entretanto, o Direito se manifesta através das normas que expressam as condutas que devem ser seguidas. Sendo assim, as pessoas sabem que só podem fazer o que a lei permite ou o que ela não proíbe.

Difícil libertar o conceito de Direito da idéia de justiça, porque a tendência ideológica é de dar aparência de justiça ao Direito positivo. “Se Direito e justiça são identificados, se apenas uma ordem justa é chamada de Direito, uma ordem social que é apresentada como Direito é – ao mesmo tempo – apresentada como justa, e isso significa justificá-la moralmente”. O ideal de justiça não está sujeito à cognição, pois é tida como uma metafísica do Direito. Se considerado cognitivo existirá apenas interesses e, via de consequência, conflitos de interesses. Partindo de um conceito mais moderno, justiça possui o significado de legalidade, pois seria justo aplicar uma regra geral em todos os casos em que, de conformidade com seu conteúdo, tal regra deva ser aplicada; de outro prisma é injusto aplicar uma regra a um caso e não aplicá-la a outro similar. O termo justiça, por vezes, também é utilizado no sentido de “legal” ou “ilegal” (KELSEN).

Pode-se deduzir, portanto, que o ideal de justiça é parte indispensável ao bom funcionamento do Direito e, por consequência, da sociedade. O Direito deve ser capaz de dirimir todos os conflitos sociais que surjam, fazendo cumprir as normas de condutas e aplicando punições aos infratores. Desta forma a eficiência das leis está diretamente ligada à manutenção da ordem e da paz social.

De maneira indireta pode-se afirmar que a eficiência da lei e a certeza da imposição de sanção inibem a transgressão da lei. Se o indivíduo tem certeza de que será punido pelos seus atos infracionais, a tendência é que não os cometa. De maneira inversa uma justiça ineficiente contribui para o aumento das infrações. Se o indivíduo tem certeza que não será punido poderá sem medo fazer o que quiser. Esta situação leva ao caos

(3) GUSMÃO, Paulo Dourado. Introdução ao Estudo do Direito. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

social já comentado anteriormente. Assim surge a impunidade, fator social de descrédito tão combatido atualmente, já que uma das finalidades da aplicação da pena é a prevenção dos delitos.⁴

Além da impunidade, outro fator de descrédito que pode ocorrer é a morosidade da justiça, o que provoca na população uma repulsa natural à sua utilização. As pessoas preferem buscar as soluções para seus conflitos de outras maneiras, muitas vezes na ilegalidade. Surge o que popularmente se conhece como “fazer justiça com as próprias mãos”. Ou ainda, para as pessoas mais acomodadas, a morosidade judicial causa um conformismo em algumas situações nas quais o indivíduo prefere perder algum direito que não seja muito importante a ter que ingressar em juízo e o problema arrastar-se durante anos. O maior exemplo disso são dívidas de pequeno valor, em que o transtorno e a burocracia judicial é mais danoso do que não receber aquele pagamento desejado.

Diante desses fatores pode-se afirmar que a credibilidade e a confiança que a sociedade deposita no Poder Judiciário são essenciais para que esta cumpra o seu papel e possa atender às necessidades da população. Para que a justiça atenda às necessidades da população, é preciso que toda a população tenha acesso aos mecanismos judiciais de maneira igualitária e democrática, como preconiza a Carta Magna Brasileira.

1.3 Democracia e acesso à Justiça

A Democracia pode ser definida como governo do povo para o povo. Entretanto esta democracia direta, onde o povo exerce seu poder plenamente, decidindo os rumos do país, somente foi utilizada nas antigas civilizações.

O primeiro exemplo de democracia direta vem de Atenas, na Grécia, onde o povo decidia tudo em assembléias, sem necessidade de representantes. Porém, estas assembléias gregas não representavam, na verdade, todo o povo grego, porque não incluíam as mulheres, os estrangeiros, os libertos, os artesãos e os escravos.⁵

(4) MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual do Direito Penal Vol 1. 15ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 1999, p. 245.

(5) REALE, Miguel. O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 26.

Historicamente, no início das civilizações, a jurisdição era individual, ou seja, cada pessoa cuidava de seus interesses da maneira que lhe conviesse. Com o passar do tempo, o Estado avocou o poder jurisdicional, proibindo as chamadas vinganças privadas, que inevitavelmente geravam abusos e injustiças. Entretanto, ao assumir o poder de julgar, o Estado passou a ter o dever de atender, indistintamente, a todos que precisavam de soluções para seus conflitos. Juntamente com esta obrigação estatal surgiu o fundamento da Assistência Jurídica Gratuita aos que não poderiam pagar.⁶

Desde o Código de Hamurabi já existia proteção especial para algumas pessoas em razão de sua fragilidade como: viúvas, órfãos e outros. Na civilização egípcia, o poder público já tinha o dever de proteger os fracos, assim como em Roma, com o Imperador Constantino, na Inglaterra de Henrique VII e na Revolução Francesa. No Brasil, a primeira proteção jurídica aos pobres surgiu com as Ordenações Filipinas, que concediam o benefício da gratuidade de justiça mediante a certidão de pobreza, exigência essa que foi dispensada posteriormente.⁷

Outro aspecto importante é o conceito de acesso à justiça que sofreu modificações substanciais ao longo do tempo. Nos séculos XVIII e XIX, os Estados liberais burgueses protegiam apenas os direitos individuais de maneira formal, sem dar abrangências aos chamados direitos naturais, por entender que estes não necessitariam de proteção estatal, como o direito ao trabalho, à dignidade, a saúde e outros. Porém, com o crescimento das sociedades os direitos coletivos tornaram-se cada vez mais importantes e passaram a ser não só garantidos pelo Estado como providos por ele. Deste modo, o direito ao acesso à justiça tornou-se muito mais amplo, pois é a partir dele que se puderam exigir outros direitos.⁸

Neste sentido, Dallari afirma que nenhum Estado moderno poderá ser considerado democrático se não confiar ao Poder Judiciário a garantia dos direitos. É por isso que as constituições modernas introduzem no seu texto uma relação de direitos e dispõem os meios necessários para a efetivação deles.⁹

(6) ROBERT, Cinthia. Direitos Humanos, acesso à Justiça: Um Olhar da Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 151.

(7) ROBERT, op. cit. p. 152/155.

(8) CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 9/13.

(9) DALLARI, op. cit. p. 52.

A Constituição Federal garante a todos o acesso à justiça ao dispor em seu art. 5º, LXXIV, a obrigação do Estado de prestar assistência jurídica gratuita integral aos que não puderem pagar por este serviço¹⁰. No entanto somente isso não garante o acesso integral à justiça, pois não só o dinheiro, mas vários outros fatores dificultam esse acesso judicial. Este é mais um dos inúmeros direitos que a Constituição concede ao cidadão e que na prática não é exercido como deveria. O acesso à justiça também é garantido pela Constituição Federal no art. 5º, inciso XXV, que garante a apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direito, ou seja, qualquer cidadão que queira ver seu problema solucionado pelo Poder Judiciário poderá fazê-lo e este está obrigado por força constitucional a apreciá-lo.

O exercício da democracia depende diretamente do acesso à justiça. Não é possível que o povo exerça seus direitos se não forem conferidos aos cidadãos meios que garantam efetividade deles frente aos abusos e arbitrariedades que tentam impedir o seu exercício. Ainda assim, segundo Dallari, o exercício destes direitos muitas vezes é negligenciado inconscientemente, pois estes só são lembrados quando são violados, isto é, quando se nega um direito ou impede o seu exercício é que se percebe que não houve o devido cuidado. Portanto, o povo possui um comodismo natural no exercício de seus direitos, o que gera um aumento da necessidade do acesso aos meios legais.¹¹

Apesar das inúmeras dificuldades do acesso à justiça, várias medidas estão sendo tomadas para minimizar este problema com intuito de popularizar a justiça. No entanto, isto está acontecendo de forma paulatina, pois esbarra na cultura do povo que não tem o hábito de utilizar os meios judiciais para solucionar os seus problemas. Aliado a esta falta de hábito, é extremamente difícil livrar-se do rótulo de ineficiente e burocrática. Será preciso demonstrar e convencer a sociedade do contrário e isso é um processo lento e gradativo.

O Poder Judiciário já tomou consciência que este problema é um círculo vicioso, onde as dificuldades de acesso à justiça possuem como consequência o descrédito na instituição e, assim, provoca o

(10) "(...) LXXIV - O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; (...)". Ver também: Assistência Judiciária: Lei 1.060, de 05/02/50; Defensoria Pública: Lei Complementar no. 80, de 12/01/94.

(11) DALLARI, op. cit. p. 11/12.

afastamento da população, inibindo ainda mais a utilização dos meios judiciais para a resolução dos conflitos. Partindo do princípio de que o Estado tomou para si a jurisdição, a população tem direito a ver seus problemas apreciados e decididos pelo órgão imparcial correspondente, porque o acesso à justiça, além de constitucional, diz respeito à dignidade humana e à própria cidadania.

2.CIDADANIA: HISTÓRIA, DEFINIÇÃO CONCEITUAL E SEU EXERCÍCIO

A palavra **cidadania** tornou-se, principalmente durante o século XX e agora, no século XXI, uma expressão muito utilizada para definir a pessoa e seus direitos. Nunca se falou tanto em cidadania quanto nos últimos trinta anos, em consequência da abertura política ocasionada pelo fim do golpe militar e a redemocratização do país. Mesmo assim, as definições da palavra cidadania apresentam divergências, pois estão intimamente ligadas ao contexto social vivenciado, às diferenças de condições sócio-econômicas, tempo histórico, lugar político, adquirindo características próprias.

2.1. Cidadania: Histórico do termo

A cidadania é o direito a ter direitos, pois a igualdade em dignidade e direitos dos seres humanos não é um dado. É um construído da convivência coletiva, que requer o acesso ao espaço público. É este acesso ao espaço público que permite a construção de um mundo comum através do processo de asserção dos direitos humanos.¹²

A origem da palavra “cidadania” vem da Roma antiga, do latim *civitas*, cujo significado é **cidade**. É uma palavra derivada de cidadão, ou *civitate*. Era utilizada para indicar a situação política de uma pessoa e os direitos que essa pessoa tinha ou podia exercer. Ou seja, cidadania é a qualidade de cidadão, e cidadão é o habitante de uma cidade, possuidor de plenos direitos políticos perante o Estado. A palavra cidadão ainda possui um correlato grego na palavra *politikos*,

(12) ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 7.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

que significa **aquele que habita na cidade**. Portanto, de sua origem, cidadania, cidade e cidadão são palavras cujos significados são semelhantes e se unificam de forma ordenada numa única acepção.

A cidade era a comunidade organizada politicamente. Era considerado cidadão a pessoa que estava integrada na vida política da cidade. Com isso, percebe-se que a noção de cidadania estava intimamente ligada à idéia de privilégio, já que os direitos de cidadania eram explicitamente restritos a determinadas classes e grupos. No sentido ateniense do termo, cidadania é o direito da pessoa em participar das decisões nos destinos da Cidade através da *Ekklesia*¹³ na *Ágora*¹⁴.

Dentro desta concepção, surge a democracia grega, onde somente 10% da população determinava os destinos de toda a Cidade. Ainda, assim, excluía-se os escravos, mulheres e artesãos que não possuíam direito a voto ou participação política. Nas lições de Dallari:

A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social.¹⁵

De se perceber que a concepção de cidadania e de cidadão justifica o significado do termo, mas na prática apenas o termo cidade é realístico, designando uma povoação que é superior a de uma vila. O cidadão, portanto, não é apenas o habitante de uma cidade, mas simboliza o indivíduo de direito, aquele que cumpre seus direitos para com o Estado, que paga seus impostos, que trabalha dignamente, que possui família estruturada, ou seja, um homem de bem, não apenas no sentido do caráter honesto, mas de preferência de “posse”, que possui bens. Sem estes requisitos o indivíduo permanece à margem dos privilégios que, em realidade, são direitos sociais, não sendo, portanto, cidadãos, na acepção do termo.

(13) *Ekklesia* significa “reunião dos chamados de dentro para fora”.

(14) *Ágora* era a praça pública, onde os cidadãos organizavam-se para deliberar sobre decisões de comum acordo.

(15) DALLARI, Dalmo. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998, p. 14.

A exclusão social impediria o indivíduo do povo de ser um cidadão, porque seus direitos básicos não lhes são assegurados, como por exemplo, direito à moradia condigna, à educação de boa qualidade, à assistência a saúde, etc. Cabe ressaltar que tal exclusão social não é consequência da opção deste indivíduo, mas consequência de um processo de marginalização social desencadeada por mecanismos econômico, social e político. De acordo com o Dicionário Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, "cidadania é a qualidade ou estado do cidadão"; e cidadão é "o indivíduo no gozo dos direitos civis e políticos de um estado, ou no desempenho de seus deveres para com este".

Com o surgimento dos direitos civis, no decorrer do século XVIII – chamado Século das Luzes –, consolida-se o surgimento da **cidadania** enquanto um processo em constante construção histórica, sob a forma de direitos de liberdade, mais precisamente, a liberdade de ir e vir, de pensamento, de religião, de reunião, pessoal e econômica, rompendo-se com o feudalismo medieval. A concepção moderna de cidadania surge, então, quando ocorre a ruptura com o *Ancien Régime*, em virtude de ser ela incompatível com os privilégios mantidos pelas classes dominantes, passando o ser humano a deter o *status* de cidadão.

A famosa *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*¹⁶, de 1789, sob a influência do discurso burguês, cindiu os direitos do **Homem** e do **Cidadão**, passando a expressão **Direitos do Homem** a significar o conjunto dos direitos individuais, levando-se em conta a sua visão extremamente individualista, cuja finalidade da sociedade era a de servir aos indivíduos, ao passo que a expressão **Direitos do Cidadão** significaria o conjunto dos direitos políticos de votar e ser votado, como institutos essenciais à democracia representativa.¹⁷

Com o triunfo do liberalismo, sufocou-se, então, a idéia de democracia, que só ocorre quando todas as camadas da sociedade

(16) Trad. "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão."

(17) SILVA, José Afonso da. *Faculdades de Direito e Construção da Cidadania*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 138/139.

têm as mesmas **oportunidades** de participação no processo econômico. Não era esta a preocupação da burguesia do Estado Liberal no século XVIII. O Prof. José Afonso da Silva explica:

A idéia de representação, que está na base do conceito de democracia representativa, é que produz a primeira manifestação da cidadania que qualifica os participantes da vida do Estado – o cidadão, indivíduo dotado do direito de votar e ser votado –, oposta à idéia de vassalagem tanto quanto a de soberania aparece em oposição à de soberania. Mas, ainda assim, nos primeiros tempos do Estado Liberal, o discurso jurídico reduzia a cidadania ao conjunto daqueles que adquiriam os direitos políticos. Então, o cidadão era somente aquela pessoa que integrasse o corpo eleitoral. Era uma cidadania “censitária”, porque era atributo apenas de quem possuísse certos bens ou rendas.¹⁸

A idéia de **cidadão** que, na Antigüidade Clássica, conotava o habitante da cidade – o *citadino* – firma-se significando aquele indivíduo a quem se atribuem os direitos políticos, ou seja, o direito de participar ativamente na vida política do Estado onde vive. Na Constituição Federal Brasileira de 1824, por exemplo, estava previsto nos arts. 6.º e 7.º a expressão **cidadãos brasileiros**, para significar o nacional, ao passo que nos arts. 90 e 91 o termo **cidadão** aparece designando aquele que pode votar e ser votado. Estes últimos eram chamados de **cidadãos ativos**, porque gozavam de direitos políticos. Aqueles que, por sua vez, pertenciam à classe dos **cidadãos inativos** eram destituídos dos direitos de eleger e ser eleito. Faziam parte, nas palavras de Silva, de uma “cidadania amorfa”, uma vez que abstratos e alheios a toda uma realidade sociológica, sem referência política¹⁹.

Assim, **Homem e Cidadão** receberam significados diversos. O **Cidadão** teria um *plus* em relação àquele, consistente na titularidade

(18) SILVA, op. cit. p. 139.

(19) *Idem*.

de direitos na ordem política, na participação da vida da sociedade e na detenção de riqueza, formando, assim, uma casta especial e mais favorecida, distinta do resto da grande e carente massa popular, considerados simples indivíduos.²⁰

A idéia de cidadão ligada a privilégios civis, entretanto, vai sendo gradativamente modificada, quando do início do processo de internacionalização dos direitos humanos, iniciado com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Passa-se a considerar como **Cidadãos**, a partir daí, não somente aqueles detentores dos direitos civis e políticos, mas todos aqueles que habitam o âmbito da soberania de um Estado e deste recebem uma carga de direitos (civis, políticos, sociais, econômicos e culturais) e também deveres dos mais variados.

2.2. Cidadania e a Constituição Federal Brasileira de 1988

A Constituição Brasileira de 1988 consagra, desde o seu Título I (Dos Princípios Fundamentais), esta nova concepção de cidadania, iniciada com o processo de internacionalização dos direitos humanos. Deste modo, ao contrário do que ocorria no constitucionalismo do Império, hoje, em face da Constituição vigente, aquela doutrina da **cidadania ativa e passiva** não possui mais nenhuma procedência.

(20) Nas palavras de Loraine Slomp Giron: *"Hegel demonstra que na nova sociedade o indivíduo não nasce cidadão, para tornar-se cidadão ele deve participar do mundo do trabalho. No mundo do trabalho livre a cidadania só é conquistada por aquele que pode participar da produção. Os que estão fora dos setores produtivos são apenas indivíduos e não cidadãos: condição de produtor e de participante de uma corporação (sindicato) é que garante ao homem sua condição de membro de um estado (sic), portanto de cidadão. O enfraquecimento do Estado Nacional corresponde - de uma certa forma - ao enfraquecimento da cidadania. O surgimento dos Mega Estados renova a dicotomia entre os direitos do indivíduo e do Estado. A antiga querela sobre o confronto entre o indivíduo e o estado (sic), que ocupou o pensamento iluminista, volta a atualidade. Na Comunidade Européia os cidadãos dos pequenos países - como os gregos e os portugueses - terão os mesmos direitos que os dos grandes países como aos da França e da Inglaterra? Dentro do NAFTA os cidadãos mexicanos terão os mesmos direitos que os norte-americanos? Ou alguns serão mais cidadãos que os outros?"* (Prefácio ao livro de Charles Antonio Kieling, **Manifesto da cidadania**, p. 14).

Para bem se compreender o significado dessa nova concepção de cidadania introduzida pela Carta de 1988, entretanto, é importante tecermos alguns comentários sobre a gênese do processo de internacionalização dos direitos humanos, iniciado com o pós-Segunda Guerra, que culminou na Declaração Universal de 1948, revigorada pela segunda Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, ocorrida em Viena, no ano de 1993.

No Brasil, o conceito de cidadania está intimamente ligado ao processo de redemocratização e a Constituição de 1988, principalmente após a conquista do voto popular. Por isso, incide a predominância de uma visão reducionista da cidadania, ou seja, votar, e de forma obrigatória, pagar os impostos, etc. No Direito Constitucional brasileiro, aparece o conceito, comumente, relacionado à **nacionalidade** e aos **direitos políticos**. Já na Teoria Geral do Estado, aparece ligado ao elemento **povo** como integrante do conceito de Estado. Dessa forma, fácil perceber que no discurso jurídico dominante, a cidadania não apresenta um estatuto próprio, pois à medida que se relaciona a estes três elementos (nacionalidade, direitos políticos e povo), apresenta-se como algo ainda indefinido.²¹

2.3. Conceito Brasileiro de Cidadania e sua construção cotidiana

Existem muitas barreiras culturais e históricas para a vivência da cidadania brasileira, pois, culturalmente, cidadania está ligada a direitos sociais enquanto privilégios, o que nos desabilita a exigí-los, não os concebendo enquanto conquistas, mas como benefícios sociais conferidos.

(21) O dicionarista Pedro Nunes, assim define o cidadão: "*Pessoa que goza dos direitos civis e políticos de um Estado, devendo, entretanto, obrigações atinentes aos mesmos. Cidadão brasileiro - nacional que usufrui esses direitos; o estrangeiro, quando naturalizado. Tal qualidade pode também verificar-se pelo jus soli, quando a pessoa nascida num Estado toma nacionalidade deste, ou em virtude do jus sanguinis, se se origina por vínculo de sangue e neste caso o filho segue a nacionalidade dos pais. O qualificativo cidadão é empregado nos países de regime republicano. Corresponde a súdito, termo usado nos Estados monárquicos. No passado, apenas os ricos e nobres eram considerados cidadãos em alguns Estados, e, noutros, excluía também as mulheres. Diz-se também do habitante de uma cidade. Cidadino.*" (Dicionário de tecnologia jurídica, p. 173).

A cidadania brasileira, contudo, não é objeto dado, mas construído e conquistado a partir da nossa capacidade de organização, participação e intervenção social. Portanto, cidadania não é apenas simples qualidade de cidadão, mas sim um direito a ser conquistado, principalmente ao analisarmos o quadro sócio-econômico brasileiro, em que nem todo indivíduo é cidadão.

Nas lições de Severino, o conceito de cidadania transcende o sentido objetivo do termo e é explicitado pela filosofia da seguinte forma:

A cidadania é uma qualificação do exercício da própria condição humana. O gozo dos direitos civis, políticos e sociais é a expressão concreta deste exercício. O homem, afinal, só é plenamente homem se for cidadão. Não tem, pois, sentido falar de humanização, de humanismo, de democracia e de liberdade se a cidadania não estiver lastreando a vida real deste homem.²²

Severino afirma ainda que a existência humana, sendo construída no tempo histórico, só adquire sentido se for ordenada por mediações sócio-históricas. “[...] *Só se é homem nessas condições*[...]”.²³ Ao explicar tais mediações histórico-sociais, Severino procura dividi-las em três configurações que são dependentes entre si, sendo cristalizadas em bens materiais, bens simbólicos e bens sociais. O autor indica, ainda, que a cidadania exige o efetivo compartilhamento dessas mediações. Vejamos a abordagem explicativa do autor, sobre as configurações que simbolizam esse processo histórico das mediações:

O homem precisa compartilhar desses bens, como o indivíduo precisa recompor seu organismo biológico, caso contrário, não poderá ser considerado um cidadão. Ele precisa, por exemplo, do trabalho que o faça usufruir desses bens materiais, entre eles o da própria alimentação, conservando, como cita o autor, “[...] a sua própria existência material[...]”.²⁴

(22) SEVERINO, Antônio Joaquim. *A escola e a construção da cidadania*. In: Severino Martins (org.). *Sociedade Civil e Educação*. São Paulo: Papirus, 1992, p. 10.

(23) *Ibidem*, p. 11.

(24) *Idem*.

Compartilhar dos bens simbólicos – neste diapasão o autor propõe que o homem é um ser subjetivo e não poderá se realizar plenamente, caso não possua uma relação permanente “[...] com a esfera dos valores culturais, âmbito de abrangência de sua subjetividade[...]”. O homem precisa se apropriar e usufruir a vida cultural para não ser relegado a condição pré-humana, este **direito** corresponde também a um exercício pleno da cidadania. A dimensão da subjetividade é um elemento fundamental para promover a perpetuação da qualidade de vida do homem e sua relação com o meio social.²⁵

Compartilhar dos bens sociais corresponde à esfera do poder político. Segundo o autor, o compartilhamento dos bens materiais e simbólicos é mediado pela participação do homem na esfera política, na qual deve ocorrer a repartição do poder. Nesse caso, a cidadania torna-se uma conquista que deve ser, nas considerações do Prof. Severino, construída e instaurada. Nesta condição de construção da cidadania, pode-se sugerir que se trata de um atributo desempenhado pelos movimentos sociais.²⁶

A cidadania representa, deste modo, a participação do homem nas relações sociais, apropriando-se de bens, usufruindo direitos e executando deveres, compartilhando de decisões, vivenciando na prática social um ato político. Até mesmo no compartilhar dos bens simbólicos, o homem não apreende valores e crenças aleatoriamente. Este compartilhar é lastreado por opiniões, opções e identificações. Pode-se sugerir, ainda, que o compartilhamento destes bens simbólicos para os agentes que participam de movimentos sociais, principalmente pelos que reivindicam acesso à justiça de forma igualitária, indica o direito de inová-los ou de perpetuá-los.

(25) Idem.

(26) Idem.

A participação no ambiente social é o que define a **cidadania**, pois ser cidadão "... significa ser sujeito de direitos e deveres. Cidadão é, pois, aquele que está capacitado a participar da vida da cidade literalmente e, extensivamente, da sociedade".²⁷ Por isso a questão da cidadania está atrelada à questão da participação do ator social, ou melhor, esta última define a primeira. Ser cidadão é participar ativamente da sociedade e ser apto a realizar, dentro do Estado, um projeto pessoal de autonomia e de bem estar.

Assim sendo, construir cidadania é também construir novas relações e consciências. A cidadania é algo que se aprende com a convivência, na vida social e pública. É no convívio do dia-a-dia que se exercita a cidadania plenamente, através das relações que é estabelecida com as pessoas, com a coisa pública e o próprio meio ambiente, sendo perpassada por temáticas como a solidariedade, a democracia, os direitos humanos, a ecologia, a ética.

Enquanto seres inacabados, o ser humano sempre estará buscando, descobrindo, criando e tomando consciência mais ampla de seus direitos. Não se pode entregar a tarefa pronta, pois novos desafios na vida social surgirão, demandando novas conquistas e, portanto, mais cidadania.

Cidadania é a reunião das liberdades e direitos sociais, políticos e econômicos, ainda que não totalmente consolidados pela legislação. E o exercício da Cidadania é o usufruto dessas liberdades e direitos prometidos ou garantidos, devendo-se sempre reivindicar o cumprimento do que é justo, lícito e útil para todos os indivíduos.

Tal exercício implica respeitar os limites. Procure-se o que é bom, desde que não seja ruim ao próximo, e, de preferência, que esse algo também seja de proveito a esse outro indivíduo, e melhor será se a atitude em pauta for benéfica a toda a sociedade. Por isso, cidadania é bem compartilhado, e ter a sensibilidade, a percepção do que é certo e o que deve e pode ser realizado ou evitado. Para isso contribuem a educação (a qual deve começar na própria família e continuar nas escolas), a vivência e a experiência de vida. Assim, torna-se fundamental a noção do que é ético e moral. Por isso surge, para o bem de todos, a responsabilidade individual.

(27) SAVIANI, Demerval. *Educação, Cidadania e transição democrática*. In: COVRE, Maria de Lourdes (org). *A Cidadania que não temos*. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 73.

É fato que, modernamente, uma vasta quantidade de direitos já está estabelecida pela legislação. Direitos esses que alcançam todos os indivíduos, sem restrições. Porém, o que ocorre, na verdade, é que, embora garantidos pela Constituição Federal de 1988 e pelas leis infraconstitucionais, o que se verifica na prática é uma reiterada e ostensiva inobservância desses direitos de cidadania contra a maioria da população excluída dos bens e serviços desfrutados pelas elites. O grande desafio é, portanto, além de incorporar novos direitos aos já existentes, integrar cada vez um número maior de indivíduos ao gozo dos direitos reconhecidos.

Podemos então, para arrematar, definir Cidadania como um conjunto de direitos e liberdades políticas sociais e econômicas, já estabelecidos ou não pela legislação. Já exercício da Cidadania é a forma de fazer valer os direitos garantidos. Exigir a observância dos direitos e zelar para que não sejam desrespeitados.

3. O PODER JUDICIÁRIO E SEU PAPEL SOCIAL

3.1. O Poder Judiciário e seu Papel Social: algumas considerações

A garantia de um atendimento digno ao jurisdicionado mais carente: essa é a preocupação e o principal papel social do Poder Judiciário, principalmente no que tange assegurar os direitos fundamentais do cidadão previstos pela Constituição Federal, além do próprio acesso à justiça. De acordo com o art. 5º da Constituição Federal - "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)". "LXXIV – O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".

Ao Poder Judiciário cabe o papel de órgão pacificador dos conflitos de interesses, prezando pela paz social e fazendo prevalecer o direito, buscando atender aos fins sociais da norma e às exigências do bem comum. Com isso, busca-se realmente tratar todos os cidadãos com igualdade, independente de classe social, etnia, gênero, idade, religião, posição política e financeira.

A ordem jurídica consagrada pela Constituição de 1988 representa os ideais para a instituição de um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a

justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Ao Poder Judiciário, tribunal do povo no seu relevante papel, foi reservado no quadro constitucional o papel de inflexível guardião da lei e da cidadania, garantia permanente do Estado de direito e dos postulados democráticos. Para que cumpra seu papel social, previsto na Magna Carta, o Poder Judiciário precisa se desburocratizar e se aproximar cada vez mais de seus jurisdicionados. Seu papel não é só resolver conflitos, atividade fim deste Poder, mas evitar que os conflitos se instalem.

Com iniciativa de projetos que implementem a facilitação de resolução dos conflitos e de informações que orientam a população acerca de seus direitos e obrigações, que possam funcionar nas escolas, ou seja, em um centro de formação pessoal e profissional, certamente aproximará as pessoas do Judiciário e conseqüentemente prevenirá ajuizamento de demandas que poderiam facilmente ser solucionadas via autocomposição extrajudicial.

Podemos citar a lei do juizado especial (lei n. 9.099/95), a qual trouxe à baila a possibilidade de resolver questões de pequena monta, de forma célere e informal, com vistas a superar o óbice do acesso à justiça e a morosidade da justiça comum.

3.1.2. Juizados Especiais

Previsto na Constituição, a implantação dos juizados especiais para o julgamento de causas de pequeno valor é de extrema importância para o cumprimento do papel social do Poder Judiciário. A sociedade, exigente em termos de qualidade e rapidez dos serviços, passou a clamar por justiça eficaz e célere, que atenda as suas crescentes necessidades.

Por isso, os Juizados Especiais seguem a idéia reformista do modo de atuação do Poder Judiciário, sendo o centro de preocupação a eficácia e celeridade do processo, sentindo-se a necessidade de instrumentalizá-lo em substância, mediante o emprego da oralidade, simplicidade e economia, nas questões cíveis de menor complexidade e nas infrações penais de menor potencial ofensivo.

Os juizados especiais têm inspiração na *Common law* e foram objeto de normatização do direito constitucional, mediante a Lei n. 7.244, de 7.11.1984, criando-se o que se denominou Juizados de Pequenas Causas, que funcionaram em alguns Estados da Federação.

A Constituição de 1988, no art. 98, inciso I, nomeou esses órgãos jurisdicionais de juizados especiais, cuidando o legislador, por meio da Lei n. 9.099, de 26.09.1995, de regulamentar a vontade do constituinte. Em consonância com a Norma Fundamental, e dever-se-iam criar, para fins de processamento e julgamento, juizados especiais, podendo os cargos desses órgãos jurisdicionais ser providos não só por juízes togados, mas também por juízes togados e leigos, com competência para dirimir as causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, e também propugnar pela conciliação, admitindo-se, expressamente, a transação.

Recorreremos ao tema mais adiante.

3.1.3. Enfim, e o acesso à Justiça?

Parece que o ponto que é mais aviltado em termos de asseguramento de direitos fundamentais seja o acesso à justiça, justamente para que se possa reivindicar todos os outros direitos previstos na Constituição. O desamparo que as partes recebem da máquina estatal e da sociedade civil vitima os excluídos do sistema judicial

Se de um lado a parte que não possui recursos para ajuizar sua pretensão não recebe atenção adequada do sistema, por outro a própria sociedade não se preocupa em ampará-la, chegando muitas vezes a incentivá-la a manter-se no anonimato. Não existe cidadania se não é proporcionado ao povo o mesmo **tratamento assistencial** que o Estado recebe quando da prática de um crime, pois o indivíduo, como cidadão, é o elemento estrutural do Estado Democrático de Direito. Será analisada, por oportuno, a parte mais falha do papel social do Poder Judiciário, que é justamente o acesso à justiça.

3.2. Dificuldades de acesso à Justiça

Existem diversos obstáculos de acesso à justiça, principalmente quando a demanda provém das camadas mais pobres da população. A seguir, serão apresentados alguns desses problemas, e, por conseguinte, algumas soluções possíveis.

3.2.1. Falta de informação

O primeiro obstáculo ao acesso judicial é a falta de informação da população com relação aos seus direitos e como exercê-los. Entretanto, a falta de informação deve ser analisada sob vários aspectos. Nas lições do Prof. Rodrigues:

Há pelo menos três elementos que devem ser considerados: o sistema educacional, os meios de comunicação e a quase inexistência de instituições encarregadas de prestar assistência jurídica preventiva e extrajudicial.²⁸

A educação brasileira vive uma grave crise com a desvalorização do professor, a conseqüente queda na qualidade do ensino e o crescimento dos índices de analfabetismo, influenciado pelos meios de comunicação, que prestam um desserviço ao país, pois fazem apologia à violência e não prestam nenhum tipo de informação que busque educar a população. E, por último, o aspecto da falta de órgãos de consultoria jurídica para que a população possa tirar as suas dúvidas e se informar de como proceder juridicamente, avilta os princípios magnos da Constituição.

Segundo Rodrigues, esses três elementos deveriam exercer um duplo papel na melhoria da informação. Além de esclarecer os direitos da população e divulgar os meios de exercê-los, estes três vetores de informação deveriam criar uma mentalidade de busca dos seus direitos, conscientizando a população de que para se exercer efetivamente a cidadania é necessário o conhecimento de seus direitos.²⁹

Cappelletti também reconhece a falta de informação como sendo um grave obstáculo para o acesso à justiça, afetando principalmente a classe baixa da população brasileira, em especial na hora de ajuizar uma demanda. Sua preocupação se resume na seguinte maneira:

Na medida em que o conhecimento daquilo que está disponível constitui pré-requisito da solução do problema da necessidade jurídica não atendida, é preciso fazer muito mais para aumentar o grau de conhecimento do público a respeito dos meios disponíveis e de como utilizá-los.³⁰

Sobre o problema da desinformação, parece haver unanimidade não só entre os doutrinadores, mas até mesmo dentro do próprio Poder judiciário, como afirma o juiz Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, ex-presidente da Associação dos Magistrados do Brasil – AMB:

(28) RODRIGUES, Horácio Wanderley. Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 37

(29) RODRIGUES, op. cit. p. 38.

(30) CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 29.

É preciso que a sociedade esteja efetivamente informada, mas há, na verdade, um enorme vazio – resultante da grande desinformação acerca do Judiciário, de sua natureza e estrutura, da possibilidade de correto esclarecimento pelos meios de comunicação, pelo próprio Judiciário e pelos advogados.³¹

3.2.2. Custos Processuais

Os altos custos da atividade judiciária acabam afastando a população de baixa renda dos tribunais. O tema acesso à justiça é aquele que mais diretamente equaciona as relações entre o processo e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade sócio-econômica. Em função do alto grau de miserabilidade, a maioria da população brasileira está fora dos padrões financeiros que lhe assegurem um amplo acesso ao Poder Judiciário, de modo a poderem reclamar seus direitos. Mesmo com a excessiva oferta de advogados o direito teórico de possuir um defensor transforma-se, na prática, em privilégio. Excluídos que são, essa maioria da população não possui nem o suficiente para sobrevivência e sofre violações de seus direitos sem saber como se defender.

Segundo Cappelletti, além das altas custas judiciais, o Brasil ainda adota o ônus da sucumbência, onde o vencido deve reembolsar ao vencedor os gastos com honorários advocatícios e outras despesas processuais. Ora, a menos que o indivíduo esteja certo de ir vencer a batalha judicial, o que é extremamente raro em direito, correrá um sério risco de perder duplamente. Este fato é ainda mais grave em lides de pequeno valor onde, muitas vezes, os gastos são maiores que o valor da causa.³²

Este problema também é apontado por Rodrigues, o qual afirma ser o Brasil um dos países com maior disparidade de renda do mundo. Este fato, além de impedir o acesso à justiça, afeta diretamente o princípio da igualdade das partes, desequilibrando a balança da justiça. Mesmo que, com extrema dificuldade, o pobre consiga ter acesso aos órgãos jurisdicionais, não disputará a lide em igualdade de condições com a parte contrária. A igualdade formal prevista na lei sucumbe diante da desigualdade material das partes.³³

(31) AMERJ. *Cidadania e Justiça, discursos e palestras do Juiz Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, Presidente da AMERJ*. Rio de Janeiro: 1997, p. 26.

(32) CAPPELLETTI. Op. cit, p. 32

(33) RODRIGUES, p. 36.

Cappelletti também reconhece esta desigualdade material ao afirmar que: “[...] pessoas e organizações que possuam recursos financeiros consideráveis possuem vantagens óbvias ao propor ou defender demandas [...]”.³⁴

3.2.3. Burocracia e morosidade

Outro grave entrave, cujo posicionamento da doutrina é unânime, é o fato do Poder Judiciário apresentar-se burocrático e moroso. Rodrigues, por exemplo, afirma: “[...] A presença de determinados procedimentos a para a prática de atos processuais de demasiadas formalidades e possibilidades de recursos emperam e burocratizam a prestação jurisdicional [...]”.³⁵

Rodrigues considera enquanto entraves ao acesso à justiça, dentre outros procedimentos burocráticos: o grande número de recursos, muitas vezes utilizados apenas com efeitos protelatórios; a grande complicação do processo de execução, não obstante as recentes reformas; o próprio procedimento sumário, que na prática não possui nada de sumário; e ainda o excesso de formalismo na produção de provas e nas citações e intimações.³⁶

Já Cappelletti acrescenta que a morosidade torna a lide extremamente dispendiosa e muitas vezes obriga os menos favorecidos a abandonar a causa ou a fazer acordos por valores muito aquém daqueles a que teriam direito.³⁷

Dentro da classe dos advogados também existe uma vasta maioria alertando quanto a esse problema. Sobrinho constatou que 81,6% de seus entrevistados consideram que existe um formalismo exagerado, e conseqüente demora no andamento dos processos, e ainda, grande parte dos entrevistados (cerca de 30%) considerou que os juízes fomentam este formalismo em detrimento da solução rápida das lides.³⁸

(34) Ibidem, p. 33.

(35) RODRIGUES, op. cit. p. 45.

(36) Idem.

(37) CAPPELLETTI, op. cit., p. 20.

(38) SOBRINHO, Noeli Correa de Melo. O Advogado e a Crise na Administração da Justiça. Rio de Janeiro: OAB-RJ, 2000, p. 35.

Outro fator levantado por Sobrinho, que contribui para a morosidade da Justiça, é o acúmulo de serviços e o pequeno número de Varas com servidores capacitados. Isto gera atraso nos andamentos dos processos e o não-cumprimento dos prazos processuais.

3.2.4. Descrédito no Poder Judiciário

Outro problema considerado sem dúvida um dos mais graves neste assunto é o descrédito no Poder Judiciário. Isto representa a perda da legitimidade do poder, ou seja, o cidadão não reconhece mais o Poder Judiciário como uma instituição democrática. E esse descrédito demonstra uma crise de legitimidade das classes dominantes.³⁹

Rodrigues considera este descrédito como fator simbólico e cultural que já está arraigado ao povo brasileiro. A imagem popular do Poder Judiciário traduz um sentimento de medo, insegurança e inferioridade diante da figura imponente do juiz. Este conjunto de sentimentos gera no povo a certeza de que a justiça não vai solucionar o seu problema e, em consequência, acabam conformando-se com as injustiças ou buscando outros caminhos.⁴⁰

Cappelletti também entende que alguns fatores psicológicos influenciam no descrédito da justiça brasileira. Segundo o autor, estudos afirmam que parte significativa da população tem verdadeira aversão a advogados e sentem no ambiente judicial uma atmosfera de opressão e medo. Este sentimento de inferiorização afasta a população dos tribunais e aumenta o descrédito na justiça.⁴¹

Sobrinho entende que a corrupção é outro fator decisivo para o descrédito da justiça brasileira. Esta ocorre em função de vários fatores, dentre eles: o excesso de burocracia e a morosidade nos andamentos processuais, como já foi citado; e ainda, aos baixos salários dos serventuários da justiça. Entretanto, este professor ressalta que somente os baixos salários dos serventuários não são suficientes para haver a corrupção, pois esta não existe se não houver o corruptor. Isto quer dizer que os advogados têm uma parcela de culpa na corrupção, pois são estes

(39) *Ibidem*, p. 63.

(40) RODRIGUES, Horácio Wanderley. *Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 49.

(41) CAPPELLETTI, *op. cit.* p. 23/24.

que em geral a provocam. Além disso, não se pode garantir que aumentando os salários dos serventuários o problema acabará. Trata-se de uma questão de ordem moral e não financeira. (2000:46/49)⁴²

Dallari aborda outro tipo de corrupção mais comum nos altos escalões do Poder Judiciário, que é a corrupção política, que ocorre devido a falta de independência da magistratura, que não raramente se submete às pressões políticas das classes que detém o poder e decidem conforme estes interesses. Dallari reforça que não adianta apenas existir mecanismos legais para garantir esta independência, é fundamental a postura dos magistrados em não aceitar nenhum tipo de interferência nas suas decisões. Este problema gera um dano maior do que o mero descrédito do Poder Judiciário, afetando a própria democracia e independência dos poderes. Dallari resume seu pensamento através da seguinte situação:

Quando um tribunal ou juiz, sentindo-se atacado ou ofendido, ou então querendo ser agradável aos detentores do poder supremo, solicita, provoca ou facilita a atuação de uma força arbitrária, está entregando sua própria independência. Em primeiro lugar, porque os detentores da força irão perceber a existência de uma subserviência ou de uma fraqueza que servirá de estímulo para novas e mais ousadas ações arbitrárias, inclusive contra a própria magistratura. Além disso, porque ninguém mais julgará digna de respeito e de confiança a magistratura que, traindo sua missão constitucional, ajuda a subversão da ordem jurídica, por temor ou conveniência.⁴³

3.3. Soluções existentes para o acesso à Justiça

Diante de tantos problemas graves não se poderia admitir que o sistema judiciário ficasse impassível. Surgiram, portanto, algumas tentativas de minimizar esta série de obstáculos já apresentados. Algumas destas propostas obtiveram sucesso, outras nem tanto. Porém, este processo é lento e gradativo, ou seja, a cada dia surgem novas idéias que precisam ser testadas e a comprovação da ineficiência de outras devem ser

(42) SOBRINHO, op. cit. p. 46/49.

(43) DALLARI, op. cit. p. 58/59.

abandonadas. O que não pode acontecer é ocorrer uma desistência no sentido de se enfrentar a questão, o que parece ser de consenso geral dentro e fora do Poder Judiciário. O primeiro passo para resolver qualquer problema é admitir que ele existe.

3.3.1. Assistência jurídica gratuita

Uma das primeiras soluções surgidas foram os programas de assistência judiciária que estão melhorando cada vez mais, não só o acesso à justiça, como também a divulgação e a conscientização da população acerca de seus direitos. Entretanto, esse processo ainda está muito deficiente devido a grande demanda e pelos altos custos destes programas ao Estado.⁴⁴

Vale ressaltar que, segundo Robert, a assistência deve ser judiciária e não judicial, ou seja, não deve ela se restringir apenas ao processo, mas também ao preparo de pareceres e demais serviços extrajudiciais que o processo possa exigir, pois se a pessoa não pode arcar com os gastos processuais, lógico está que também não poderá fazê-lo nos gastos extrajudiciais⁴⁵. O autor faz esta distinção da seguinte maneira:

A assistência jurídica consiste no benefício concedido ao necessitado de, gratuitamente, utilizar os serviços profissionais de um advogado e demais auxiliares da justiça e movimentar o processo contencioso. Já a justiça gratuita é isenção de emolumentos de serventuários, custas e taxas. Assistência judiciária é o gênero e justiça gratuita é a espécie. Assim o mesmo uso terminológico é um equívoco, tomando-se os conceitos indistintamente, inclusive na legislação.⁴⁶

Rodrigues também concorda com esta distinção e lembra que a Constituição Federal, no seu art. 5º, inciso LXXIV, se refere a assistência jurídica integral e gratuita. Portanto, segundo este autor, o legislador

(44) CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 47/67.

(45) ROBERT, Cinthia. Direitos Humanos, acesso à Justiça: Um Olhar da Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 158/159.

(46) Idem.

estendeu o benefício não só para o ajuizamento de demandas, como também para as assessorias preventivas e extrajudiciais. Além disso, ao utilizar a palavra integral, o legislador assegurou a gratuidade antes, durante e após o processo judicial, e também nas hipóteses em que este não seja necessário, como nos processos administrativos.⁴⁷

No entanto, nada adianta criar esta assistência jurídica gratuita se não houver meios de exercê-la. Pensando nisso, o próprio legislador constituinte criou as Defensorias Públicas através do art. 134 e posteriormente tiveram suas funções definidas pela lei complementar 80/94, constituindo a principal ferramenta para aplicação deste benefício:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, na forma do art. 5º, LXXIV.

Parágrafo único. Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos de classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurados a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

A regulamentação prevista no parágrafo único foi formalizada pela lei complementar 80/94. Entretanto, ainda hoje, as Defensorias Públicas ainda não estão funcionando em todos os Estados da Federação. E mesmo nos Estados em que foram implantadas, as Defensorias Públicas funcionam precariamente, seja pelos mínimos recursos financeiros, seja pelo acúmulo de processos.⁴⁸ Apesar de ser o principal meio de aplicação da gratuidade judiciária, as Defensorias Públicas têm muitas dificuldades em desempenhar seu importante papel no contexto jurídico, dada à falta de recursos. Neste sentido este autor afirma:

(47) RODRIGUES, op. cit. p. 58/59.

(48) ROBERT, op. cit. p. 171/172.

A pobreza de alguns órgãos da Defensoria Pública no Estado do Rio de Janeiro é franciscana, as vezes dispondo de uma única máquina, quebrada, para atender ao Defensor e seus estagiários. Faltam até mesas e cadeiras para os que estão trabalhando e para os que buscam assistência tenham o conforto e a dignidade impõe a nobre missão que está sendo cumprida.⁴⁹

Esta situação financeira das Defensorias é reconhecida pelo próprio judiciário nas palavras de Carvalho:

Diversos estados da federação ainda não estruturaram, como impõe a Carta da República, suas Defensorias Públicas, enquanto outros – valendo aqui lembrar da inversão de valores de regra e exceção – relegam a notável instituição a uma situação de abandono similar à da massa de carentes que incumbe atender.⁵⁰

Robert comenta, ainda, que, além da atuação processual, o Defensor Público exerce um papel essencial de informação e conscientização da população no que se refere a seus direitos, e ainda exerce uma função conciliadora quando busca o acordo ainda na fase pré-processual. Desta forma, a Defensoria Pública diminui o número de processos judiciais que podem ser resolvidos de forma consensual.⁵¹

Neste mesmo raciocínio, de que o papel da Defensoria Pública ultrapassa a esfera processual, afirma Rodrigues:

Pode-se então salientar que o texto constitucional de 1988, ao referir-se à assistência jurídica, estabelece-a em dois planos distintos: a assistência jurídica judiciária que deve ser prestada pela Defensoria Pública, podendo também ser patrocinada por profissionais liberais nos termos da lei n. 1060/50 de n. 8906/94; e as assistências jurídicas preventivas e extrajudiciais, que devem ser prestadas pela Defensoria Pública.⁵²

(49) Idem.

(50) AMERJ, op. cit. p. 59.

(51) Ibidem. p. 182.

(52) RODRIGUES, op. cit. p. 60

Cappelletti também defende a necessidade da Defensoria Pública de maneira indireta, através de seu programa de advogados remunerados pelos cofres públicos, porém com algumas adaptações. Este sistema, segundo o autor, visa defender os interesses dos pobres enquanto classe. Entretanto, não consegue ser eficiente, pois o número de advogados (defensores) sempre será insuficiente:

A solução de manter equipes de advogados assalariados, se não for combinada com outras soluções, é também limitada em sua utilidade pelo fato de que não é possível manter advogados em número suficiente para dar atendimento individual de primeira categoria a todos os pobres com problemas jurídicos.⁵³

Esta assistência tem recebido grande reforço com os Escritórios Modelos das Faculdades de Direito e da própria OAB, que conseguiram unir o serviço da gratuidade de justiça com a prática jurídica necessária à formação do bacharel em Direito. Assim estas entidades exercem hoje papel fundamental no acesso à justiça. Robert descreve este trabalho da seguinte forma:

Visando suprir a exigência de estágio forense e preparar o aluno para o exercício profissional e o exame da ordem, as faculdades de direito passaram a adotar o Escritório Modelo. Este último contribuiu para o esclarecimento de direitos, conscientização da cidadania do povo e do alunado, função social da educação e do papel social que o advogado desempenha na sociedade.⁵⁴

Estes escritórios modelos ajudam a minorar o grande volume de trabalhos das Defensorias Públicas, tornando-se mais um vetor para permitir a assistência judiciária gratuita.

(53) CAPPELLETTI, op. cit. p. 42/43.

(54) ROBERT, op. cit. p. 164.

Cappelletti complementa que a assistência judiciária gratuita, apesar de ser uma boa solução para facilitar o acesso à justiça, possui grandes limitações, que são: a necessidade de grande número de advogados com dedicação integral para atender a demanda e a decorrente necessidade de grandes dotações orçamentárias por parte do governo:

Existem limites sérios na tentativa de solução pela assistência judiciária. Antes de mais nada, para que o sistema seja eficiente, é necessário que haja um grande número de advogados, um número que possa até exceder a oferta, especialmente em países em desenvolvimento. Em segundo lugar, mesmo presumindo que haja advogados em número suficiente no país, é preciso que eles se tornem disponíveis para auxiliar aqueles que não podem pagar por seus serviços. Isso faz necessárias grandes dotações orçamentárias, o que é o problema básico dos esquemas de assistência judiciária. (1988:47)⁵⁵

Este autor comprova essas limitações diante da seguinte constatação:

A Suécia, onde os índices de pobreza são mínimos, e que tem, talvez, o sistema de assistência judiciária mais dispendiosa do mundo, foi considerada, por um observador, como o único país que realmente logrou oferecer assistência judiciária a qualquer pessoa que não possa enfrentar os custos dos serviços jurídicos.⁵⁶

Diante dos posicionamentos citados, é possível afirmar que os programas de assistências jurídicas gratuitas juntamente com as Defensorias Públicas representam um importante incentivo ao acesso à justiça, mas ainda insuficientes diante da grande demanda dos processos e com muitos problemas estruturais, e só resistem pelo esforço pessoal de seus integrantes que, embora não reconhecidos, sabem do papel que representam para a sociedade.

(55) CAPPELLETTI, op. cit., p. 47

(56) Ibidem, p. 48.

3.3.2. Juizados Especiais

A primeira norma que dispôs sobre a criação dos Juizados Especiais foi a Lei 7.244 de 7.11.1984, instituindo os Juizados Especiais de Pequenas Causas (JEPC). Posteriormente, a Lei 9099/95 transformou estes juizados nos atuais Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

O surgimento destes Juizados ocorreu no Rio Grande do Sul, por iniciativa do Tribunal de Justiça gaúcho e da Associação de Magistrados através dos Conselhos de Conciliação e Arbitramento. Posteriormente, o Estado de São Paulo criou os Juizados Informais de Conciliação, sendo seguido por outras iniciativas semelhantes dos demais Estados da Federação. Destas experiências surgiu a Lei 7.244/84 criando os Juizados Especiais de Pequenas Causas. Através destas experiências iniciais provou-se que a conciliação e o arbitramento trouxeram resultados satisfatórios diminuindo o número de processos judiciais.⁵⁷ Entretanto, o mais relevante no tocante ao acesso à justiça foram os motivos que levaram a sua criação e suas principais conseqüências.

O principal motivo que levou à criação destes juizados foi a necessidade de instrumentos informais para a solução dos conflitos que envolviam pequenos valores. Por isso a ênfase na conciliação e no arbitramento, de modo que a solução fosse imediata, tornando desnecessária a utilização do processo judicial.

Cappelletti afirma que muitas vezes os custos do processo judicial comum podem até exceder o valor da causa, tornando inviável a procura da solução judicial e seu entendimento é comprovado através de exemplos práticos:

Se o litígio ser decidido por processos judiciários formais, os custos podem exceder o montante da controvérsia, ou, se isso não acontecer, podem consumir o conteúdo do pedido a ponto de tornar a demanda uma futilidade.

Na Alemanha, por exemplo, as despesas para intentar uma causa cujo valor corresponda a U\$ 100, no sistema judiciário regular, estão estimadas em R\$ 150, mesmo que seja utilizada

(57) RODRIGUES, Horácio Wanderley. Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 54/55.

apenas a primeira instância, enquanto os custos de uma ação de U\$5000, envolvendo duas instâncias, seria de aproximadamente, U\$4200.⁵⁸

Todos estes fatores levaram a criação dos JEPC, através da Lei 7.244/84, como órgão da Justiça competente para o julgamento das causas cujo valor não excedesse a 20 salários mínimos. E dispôs ainda que este processo deveria primar pela oralidade, simplicidade, informalidade, celeridade e economia processual, ou seja, o oposto do que vinha sendo até então, mediante as regras da justiça comum.

Entretanto, a principal inovação foi a criação de uma fase pré-processual de conciliação, onde equipes de conciliadores ou o próprio juiz, deveriam buscar um acordo entre as partes de modo a evitar que se iniciasse o processo. Não havendo possibilidade de conciliação, teria início o processo judicial com audiência de instrução e julgamento no mesmo dia sempre que possível, ou no máximo nos dez dias seguintes. Desta forma, de acordo com a lei, o prazo entre o pedido e a solução da lide não deveria ultrapassar vinte dias, já que a audiência de conciliação, deveria ser marcada no prazo máximo de dez dias a partir do pedido.

Com a edição da Lei 9.099/95, os JEPC foram transformados em Juizados Especiais Cíveis e Criminais e, com isso, abordando apenas o juizado especial cível, algumas modificações foram introduzidas, como: o aumento do valor da causa de 20 para 40 salários mínimos, sendo dispensada assistência de advogado nas causas de valor até 20 salários mínimos; o prazo para a audiência de instrução e julgamento passou de 10 para 15 dias contados da audiência de conciliação.

Batista, em sua obra, lista quais os princípios que regem os Juizados Especiais. Isto demonstra que a criação desses Juizados realmente foi um grande passo no sentido de aumentar o acesso à justiça. Dentre os princípios, destacam-se: o princípio da efetividade, economia processual, simplicidade, informalidade, oralidade, contraditório e devido processo legal. Segundo o autor, o princípio da efetividade consiste em alcançar os fins para os quais foi instituído. E para que se tenha a efetividade é indispensável a celeridade processual. A solução processual somente será efetiva se

(58) CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 19

for prestada com um mínimo de rapidez.⁵⁹ Sobre a economia processual, o autor afirma que: “[...] A agilização do provimento, formas seguras e não solenes de implementação das providências aptas a afastar o estado de periclitção, são corolários da economia processual [...]”.⁶⁰ Demonstrando a simplicidade e a informalidade nos Juizados Especiais o autor cita vários trechos da Lei 9.099/95, tais como: pedido simples em linguagem acessível (art. 14, inciso 1°); citação por oficial de justiça independente de mandato (art. 18, III); as testemunhas comparecerão independente de intimação (art. 34); a sentença pode ser concisa (art. 38); dentre outros.⁶¹ Quanto ao princípio da oralidade, o autor afirma que os procedimentos devem ser predominantemente orais, evitando assim o excesso de documentos e manifestações escritas. Este princípio implica também na concentração de procedimentos numa única audiência, onde deve ocorrer toda a instrução do processo.⁶² Quanto aos princípios do contraditório e do devido processo legal, o autor afirma que não é exclusividade dos Juizados Especiais, pois são princípios constitucionais e devem ser respeitados por todos os seguimentos do Poder Judiciário. Vale ressaltar, no entanto, que o contraditório não pode ser negligenciado sob alegação da celeridade processual.⁶³

AAMERJ, através do seu ex-presidente, reconhece os Juizados Especiais como uma ferramenta importante nesta desformalização da justiça. Neste sentido afirma Carvalho:

Está aí os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, sucessores legítimos dos Juizados de Pequenas Causas criados pela Lei n. 7.244/84, representando uma tentativa ponderável de desformalização, um desafio que tem de ser enfrentado porque não basta atender ao julgamento de conflitos acerca de direitos difusos ou coletivos, tendo-se como evidente a premência de atendimento aquelas necessidades do cidadão comum.⁶⁴

(60) Ibidem, p. 93.

(61) Ibidem, p. 94/95.

(62) Ibidem, p. 96.

(63) BATISTA, op. cit. p. 97/99

(64) AMERJ, op. cit., p. 43.

3.3.3. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069/90, veio substituir o antigo e ultrapassado Código de Menores. A principal e mais importante mudança foi a maneira diferente de tratar a criança e o adolescente. No Código anterior o “menor” era tratado como objeto, ao qual o Estado deveria tutelar. Com o advento do ECA foi extinto o termo “menor” e passou-se a diferenciar a criança do adolescente. Estes passaram a ser titulares de direitos e não mais meros objetos. Como titulares de direito foram garantidos também o acesso à justiça e dedicado para essas garantias um título inteiro da nova lei com 84 artigos.

A nova lei é muito mais abrangente do que a anterior. Agora todas as crianças e adolescentes estão sujeitos ao ECA e não somente as que vivem em situação irregular. Isto quer dizer que, diferente da lei anterior, as crianças e adolescentes que possuem família e vivem em ótimas condições também passam a ter seus direitos garantidos.

Estas mudanças de enfoque no tratamento das crianças e dos adolescentes têm grande relevância no acesso à justiça, pois cria mecanismos de defesa de seus direitos inclusive com acesso à Defensoria Pública, vedado o processamento de um ato infracional cometido por um adolescente, sem que haja defensor. Ou seja, o processo de um ato infracional passou a ser encarado, do ponto de vista do direito de defesa, como um processo criminal comum e não mais um procedimento de menor importância.

Neste sentido, afirma Rodrigues:

A criança e o adolescente passaram a ser vistos como sujeitos de Direito e não mais como meros objetos passivos da tutela dos responsáveis ou do Estado. A eles é garantido o acesso à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário.⁶⁵

Além disso, o ECA traz uma grande inovação no tocante à busca do interesse da criança e do adolescente e não dos interesses de seus pais. Portanto, o art. 142, parágrafo único, prevê a curatela especial nos

(65) RODRIGUES, op. cit. p. 67.

casos de conflitos de interesse entre aqueles e os pais, de modo a preservar os direitos e interesses da criança e do adolescente quando os interesses deste conflitam com os interesses de seus pais ou representantes legais.

O ECA também traz uma preocupação com os interesses difusos e coletivos das crianças e adolescentes e com isso cria meios judiciais para protegê-los. Dentre esses direitos, podemos destacar: o ensino obrigatório especial para os portadores de deficiência e noturno regular (art. 208, incisos I, II e IV); atendimento em creche e pré-escola para as crianças de zero a seis anos de idade (art. 208, III); programas suplementares de assistência à saúde e de material didático e transporte escolar para o ensino fundamental (art. 208, V); serviço de assistência social (art. 208, VI); acesso às ações e serviços de saúde (art. 208, VII), dentre outros.

Para fazer valer esses direitos, o ECA instituiu a legitimidade ativa concorrente entre o Ministério Público, os Estados e Municípios, além das associações de defesa de crianças e adolescentes, para proporem a referida ação judicial em defesa desses direitos difusos e coletivos, além de autorizar a isenção do pagamento de custas e honorários, ressalvadas as hipóteses de litigância de má-fé. Além disso dispensa o preparo dos recursos, tornando o Juizado da Infância e Juventude um exemplo e uma solução no tocante ao problema do acesso à justiça.

3.3.4. Código de Defesa do Consumidor (CDC)

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), lei 8078/90, trouxe grandes avanços no tocante ao acesso à justiça. A lei garante a defesa dos consumidores de modo amplo, permitindo inclusive ações coletivas para a defesa dos direitos difusos, individuais, homogêneos e coletivos.

Nestas ações coletivas o CDC legitimou também o Ministério Público, a União, os Estados e Municípios, além das associações de defesa dos consumidores para proporem ações civis públicas na defesa de tais direitos. Em ações desta natureza, sendo autora uma associação de defesa dos consumidores, não haverá condenação em honorários advocatícios e custas processuais, salvo se comprovada a litigância de má-fé.

Outro aspecto muito importante, principalmente no esclarecimento e educação da população, foi a imposição do CDC de que uma vez intentada a ação coletiva, tal fato deve ser publicado em edital e divulgado amplamente pelos meios de comunicação social, de modo a permitir que outros consumidores lesados possam ingressar na mesma

ação como litisconsortes. Isto tem um duplo efeito, pois além de permitir que outros consumidores lesados possam ingressar na mesma ação, causa um grande impacto na imagem da empresa que cometeu a irregularidade, e de maneira indireta, inibe a violação e o abuso dos direitos dos consumidores por parte de outras.

Quanto aos efeitos da sentença nas ações coletivas, estas fazem coisa julgada ultraparte, limitando-se a classe, grupo ou categoria. Ou seja, um consumidor que não integrou a ação, mas se enquadra nas mesmas condições, terá seu direito reconhecido. Entretanto, se houver a improcedência por insuficiência de provas é possível o ingresso de nova ação, desde que haja novas provas.⁶⁶ O CDC também previu a criação de varas especializadas em direito do consumidor, só que isto nunca saiu do papel. Na prática, as ações são propostas, na sua maioria, nos Juizados Especiais Cíveis.

Cappelletti, no entanto, entende que a defesa do consumidor deve ser feita por um sistema integrado composto de vários aspectos. A criação de tribunais especializados é apenas um desses aspectos. Estes tratariam das causas que se transformassem em lides, entretanto, uma série de outras medidas extrajudiciais podem ser muito mais eficazes do que o próprio tribunal especializado. Dentre outras medidas, pode-se apontar a solução através da imprensa, ou seja, os meios de comunicações tornariam públicas as lides e tentariam persuadir as empresas a promoverem acordos. Como já foi dito, a grande arma do consumidor nestes casos seria a propaganda negativa a que recairia sobre as empresas que não solucionassem os problemas de seus produtos ou serviços. Fatalmente muitos poucos casos chegariam as vias judiciais.⁶⁷ Na verdade algumas vezes a imprensa realiza esse tipo de atividade e quase sempre obtém sucesso, entretanto, deveria haver uma constância maior desta atividade, pois sua eficácia é notória.

Outro aspecto desta defesa integrada seriam as arbitragens privadas ou governamentais. As privadas têm grandes limitações pelas dificuldades de persuadir as grandes empresas a participarem de um juízo arbitral privado. Entretanto, esta arbitragem pode ter mais sucesso na esfera governamental,

(66) RODRIGUES, Horácio Wanderley. Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 67.

(67) CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 121.

através das agências reguladoras que já exercem uma fiscalização funcional das empresas e apenas acumularia a função de tentar equacionar estes conflitos munidos de grande persuasão devido ao poder de fiscalização.⁶⁸ Outro exemplo de arbitragem estatal são os órgãos destinados a atender as reclamações dos consumidores. Esse tipo de instituição é utilizada em vários países, dentre eles o Brasil através dos PROCON's. Este método, assim como a imprensa, possui grande eficácia graças à propaganda negativa que estes órgãos podem provocar. Desta forma, embora legalmente não exista uma obrigação por parte das empresas em aceitar esse tipo de intermediação, a propaganda negativa as obriga indiretamente.⁶⁹

Apesar de tudo, o Código de Defesa do Consumidor é considerado um dos melhores do mundo e tem conseguido fazer um trabalho de conscientização, tanto da população como das empresas, de modo que estes direitos sejam reconhecidos e respeitados por todos, sem que sejam necessárias ações judiciais. Deste modo, o CDC está conseguindo aos poucos diminuir as demandas judiciais e aumentar o número de acordos, principalmente, através dos órgãos de defesa do consumidor. Isto, sem dúvida, contribuiu diretamente para a melhora do acesso à justiça por parte da sociedade.

3.4. Novas soluções

3.4.1. Núcleos de Orientação e Conciliação

Esta solução foi idealizada à vista das propostas de Cappelletti buscando um maior auxílio judiciário para as classes menos favorecidas. Este auxílio seria prestado por conciliadores contratados, conciliadores leigos e estagiários de faculdades de direito, porém, com o propósito de educação, orientação e autocomposição extrajudicial de conflitos prestados à população que estão à margem do acesso à justiça. Trata-se de um programa de conscientização e orientação e não simplesmente um trabalho para proposição de ações.

O principal objetivo segundo Cappelletti é despertar o interesse da população em conhecer, avaliar e utilizar as vias judiciais para resolução de seus conflitos. É, portanto, uma tentativa de aproximação entre a população carente e o Poder Judiciário.

(68) Ibidem, p. 127.

(69) Ibidem, p. 128/130

Este sistema permite uma melhor defesa dos interesses dos pobres enquanto classe, principalmente com relação aos direitos difusos e coletivos. Entretanto, este sistema se parece muito com as nossas Defensorias Públicas ou o que se espera delas. Porém, a proposta prevê uma atuação muito maior do que a existente hoje nas Defensorias Públicas. É necessário que estes núcleos existam de forma permanente nas escolas, no mínimo, um por bairro, para que o trabalho seja efetivo e alcance seu objetivo, qual seja: atrair uma demanda reprimida, mas ao mesmo tempo prevenir o ajuizamento de ações que poderiam ser resolvidas por meio de uma orientação correta, conscientização e quiçá uma autocomposição extrajudicial.

Este projeto, que é factível para ser implantado pelo TJ/RO em todo o Estado de Rondônia, dada sua responsabilidade constitucional em tornar os meios judiciais acessíveis à população em geral, e, ademais, o imperativo de seu papel social. Trata-se de um projeto de baixo custo, onde somente serão alocados uma estrutura lógica e, no mínimo, um conciliador por núcleo, já que este poderá ser auxiliado por estagiários dos cursos de Direito, Administração e Psicologia, além da utilização de espaço físico já existente, quais sejam, os próprios prédios escolares com toda sua estrutura.

Além das soluções apresentadas para a resolução do problema do acesso à justiça, no tocante às causas de pequeno valor, direitos do consumidor e criança e adolescente, a criação de um núcleo de orientação e composição instituído pelo Poder Judiciário é de extrema importância no sentido de aproximar a população da esfera judicial como um todo e torná-la mais consciente de seus direitos. E isto poderia ser implementado com auxílio do Ministério Público, Defensoria Pública, conciliadores leigos e estagiários das faculdades.

Os trabalhos circunscrever-se-iam, principalmente, na orientação da população quanto aos seus direitos e à conscientização das perspectivas de uma futura lide judicial, e paralelamente a resolução de conflitos já instalados através de composições extrajudiciais, tendo como terceiro imparcial um conciliador auxiliado por magistrado previamente designado ou membro do Ministério Público, até para formalizar o acordo e, por conseguinte, torná-lo exequível.

Trata-se de uma alternativa vantajosa, tanto para o Poder Judiciário, que implementaria seu papel social ao despertar uma demanda reprimida e ao mesmo tempo não abarrotar as varas judiciais com novas

ações, como beneficiária a população em geral, mediante a facilitação de acesso à orientação e resolução de seus conflitos, sem que, para tanto, torne-se necessária a propositura de demanda judicial.

A conciliação, como forma paralela de atuação dos núcleos propostos, se traduz em solução menos onerosa e mais satisfativa para as partes, dada a inexistência de vencedores e vencidos, o que, via de regra, torna a decisão muito mais aceitável pelas partes.

A exemplo da solução proposta, podemos citar uma alternativa que vem sendo utilizada em diversos países do mundo, como os EUA, China, dentre outros, são os chamados Tribunais Vicinais ou de Vizinhança. Estes Tribunais são compostos por membros leigos escolhidos pela própria comunidade para solucionar pequenos conflitos que surjam entre os moradores. O objetivo principal é atender aquelas lides de pequeno valor que não justificariam uma ação judicial mesmo nos tribunais especiais.⁷⁰

É uma atividade totalmente informal baseada não nos dogmas jurídicos, mas na convivência social pacífica. As lides não seriam propriamente julgadas, mas sim pacificadas, com a atuação dos conciliadores, ou seja, pessoas capacitadas que utilizariam o bom senso e as experiências pessoais para buscar um acordo. Na verdade esses núcleos seriam uma popularização e uma regionalização dos conciliadores.

Não obstante a importância ímpar e de efeitos concretos dos projetos já implementados da Justiça Rápida, Operação Registro, Justiça Itinerante e Postos Avançados, eis uma proposta factível e de fácil implementação pelo TJ/RO em nosso Estado, cuja população é tão carente de acessibilidade ao conhecimento de seus direitos de cidadãos e conseqüente resolução destes por uma via simples e rápida, de modo a atender suas expectativas e promover a paz social.

(70) CAPPELLETTI, op. cit. p. 114.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução das sociedades humanas, a complexidade das organizações sociais, a experiência com várias formas de governo, tudo isso influi para uma modernização do Estado.

O país foi invadido por uma onda de menosprezo à ética e à justiça, a corrupção que infecta o Estado é uma contribuição à decadência pública, é visível a inversão de valores; tudo isso leva à desconfiança, à insegurança e a falta de atenção à lei.

As recentes pesquisas publicadas em jornais de grande circulação vem demonstrando a baixa credibilidade por que passa o Estado, principalmente o Poder Judiciário. Uma posição justa revigora no povo a confiança nas instituições, e é importante para a formação da opinião pública.

Necessitamos de uma justiça atenta e vigilante para acorrer prontamente a todos quantos toquem o "sino da justiça". Aí sim, não teremos morosidade, não ouviremos falar de mau funcionamento da máquina, pois todos estarão envolvidos na democratização do Poder Judiciário.

Qualquer sociedade moderna e democrática necessita de uma justiça eficiente. Essa justiça deve ser capaz de solucionar as lides de sua população, bem como preveni-las, a fim de que possa haver a paz social.

Diante de tudo que foi apresentado neste trabalho foi possível comprovar que o Poder Judiciário brasileiro ainda não consegue cumprir as suas atribuições constitucionais de maneira satisfatória e permitir um efetivo acesso à justiça para toda a população, em especial a de baixa renda. Pode-se perceber que grande parte da nossa sociedade vive à margem do acesso às vias judiciais, tendo que resolver seus problemas sozinhos.

É preciso promover mudanças estruturais e o Poder Judiciário tem que resgatar a confiança e o respeito da população. Esta tarefa é muito mais difícil do que fazer a reforma do Judiciário e só vai acontecer se os juizes, advogados e demais integrantes da justiça tomarem consciência do papel fundamental que exercem na sociedade, e trabalharem realmente na busca incessante da justiça, deixando de lado vaidade e outros interesses pessoais.

Entretanto, o primeiro passo para solucionar o problema é tomar consciência de que ele existe. Os integrantes do Poder Judiciário reconhecem o problema e estão tentando minimizá-lo. Como foi visto, várias soluções já foram tomadas. Algumas com mais sucesso do que outras, mas o importante é tentar cada vez mais aprimorá-las e buscar novas soluções. Algumas dessas novas soluções foram abordadas e uma nova solução foi proposta neste trabalho para ser implementada pelo Tribunal de Justiça de Rondônia, que se efetivamente acatada, pode ajudar neste processo de melhora e aproximação da população menos favorecida, uma vez que deram bons resultados em outros países.

A educação e informação da população são essenciais nesse processo. Portanto, é necessário que cada setor da sociedade faça a sua parte, ou seja, os meios de comunicação, as escolas, as demais entidades governamentais, todos juntos no intuito de informar e educar toda a sociedade, o que de fato já vem acontecendo.

Entretanto, é importante afirmar que, diante da complexidade do problema, não existe solução milagrosa, e sim um conjunto de medidas que busquem orientar e conscientizar a população acerca de seus direitos e propósitos. E, se necessário, trabalhar com a conciliação extrajudicial via conciliador leigo, no sentido de apresentar aos contendores uma solução mais justa para resolução do conflito e, assim, evitar a propositura de demandas judiciais, promovendo a paz social. Por fim, é preciso retomar o lugar de chancelador da Constituição, da cidadania e do respeito aos direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AMERJ. **Cidadania e Justiça, discursos e palestras do juiz Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, Presidente da AMERJ.** Rio de Janeiro: AMERJ, 1997.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda, MARTINS, Maria Helena Pires. **Temas de Filosofia.** São Paulo: Moderna, 1992.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro.** 5.^a ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

_____. **A Condição Humana.** 7.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

AURÉLIO, Júlio e LOPES, Vianna. **Democracia e Cidadania: o novo Ministério Público Brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

BARBOSA, Osmar. **Dicionário de Sinônimos e Antônimos.** 18.^a ed. Rio de Janeiro: Sindicato Nacional dos Editores de Livros, 2001.

BATISTA, Weber Martins. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão condicional do processo penal.** Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao Direito.** 5.^a ed. São Paulo: Letras & Letras, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 7.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CABEDA, Luiz Fernando. **A Justiça Agoniza.** São Paulo: Esfera, 1998.

CAPPELETTI, Mauro. **Acesso a Justiça.** Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASTILHO, Ela Wiecko de. **O Ministério Público Federal e a Administração da Justiça no Brasil.** São Paulo: IDESP, 1998.

CASTRO, Flavia Lages de. **História do Direito Geral e Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ática, 1997.

COSTA, Cristina. **Sociologia - Introdução à Ciência da Sociedade**. 2a ed. São Paulo: Moderna, 1997.

COVRE, Maria de Lourdes M. **A Cidadania que não temos**. São Paulo: Brasiliense, 1986. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

_____. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. **O Renascer do Direito: Direito e Vida Social, Aplicação do Direito, Direito e Política**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

DELGADO, Maurício Godinho. **Democracia e Justiça - Sistema Judicial e Construção Democrática no Brasil**. São Paulo: LTR, 1993.

DEZEN JUNIOR, Gabriel. **Direito Constitucional**. 5a ed. Brasília, DF: Vest-Com, 1977.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GARAPON, Antonie. **O Juiz e a Democracia**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GUIMARÃES, J. C. de Macedo Soares. **Realidade Brasileira**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Manual de Sociologia**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução ao Estudo do direito**. 21ª ed. Rio de Janeiro, 1997.

HOUAISS, Antonio; VILAR, Mauro de Salles. **Dicionário da Língua Portuguesa**, Instituto Antonio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa SC LTDA; Rio de Janeiro, 2001

LEÃO, Alfredo. **Justiça: Realidade ou Utopia?** São Paulo: LTR, 1996.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O Supremo Tribunal Federal na Crise Institucional Brasileira**. Fortaleza: ABC, 2001.

MALUF, Sahid. **Curso de Direito Constitucional**. 2 v. 6, ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1972.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 17ª ed. Atualizada pelo Prof. Miguel Alfredo Maluf Neto. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1986.

MARKY, Thomas. **Curso Elementar de Direito Romano**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Funções institucionais do Ministério Público**. Série Cadernos Informativos APMP. São Paulo: APMP, 1991.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discrecionalidade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal vol. 1**. 15 ed. Rio de Janeiro. Atlas, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de História do Direito**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NETO, Silveira. **Teoria do Estado**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

NUNES, Pedro. **Dicionário de Tecnologia Jurídica**. 12ª ed., 3.ª tir. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1994.

OLIVEIRA, João Batista Araújo e. **Desburocratização e Democracia**. Campinas: Papirus, 1984.

PAUPERIO, A. Machado. **Teoria do Estado Democrático**. Rio de Janeiro: Presença, 1968.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

_____. **O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROBERT, Cinthia. **Direitos Humanos, acesso à Justiça: um Olhar da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RODRIGUES, Horacio Wanderlei. **Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

RUSCHEL, Ruy Ruben. **Direito Constitucional em Tempos de Crise**. 1ª ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1997.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Direito, Política e Justiça na Contemporaneidade**. Campinas: Edicamp, 2002.

SAVIANI, Demerval. *"Educação, Cidadania e Transição Democrática"*. In Covre, Maria de Lorde (org). **A Cidadania que não temos**. São Paulo: Brasiliense, 1986.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *"A Escola e a construção da cidadania"*. In Severino & Martins (org). **Sociedade Civil e Educação**. São Paulo: Papirus, Cedes: Anped, Ande, 1992.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Faculdades de Direito e Construção da Cidadania**. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SOBRINHO, Noeli Correa de Melo. **O Advogado e a Crise na Administração da Justiça**. Rio de Janeiro: OAB RJ, 2000.

SUNFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do Direito Público**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

**EFETIVIDADE AOS PROVIMENTOS
JUDICIAIS EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA
COLETIVA CONTRA O ESTADO PARA
CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE
FAZER NA REALIZAÇÃO DE DIREITOS E
GARANTIAS FUNDAMENTAIS
INDIVIDUAIS E SOCIAIS**

Edenir Sebastião Albuquerque da Rosa

Juiz de Direito no Estado de Rondônia

EFETIVIDADE AOS PROVIMENTOS JUDICIAIS EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA COLETIVA CONTRA O ESTADO PARA CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER NA REALIZAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS E SOCIAIS

Edenir Sebastião Albuquerque da Rosa

1. INTRODUÇÃO

A inação ou ação deficiente do Estado revela omissão ou carência no atendimento de direitos e garantias individuais e sociais essenciais (fundamentais) cuja satisfação inúmeras vezes são intentadas por intermédio de ações judiciais, notadamente ações civis públicas que são por vezes acolhidas, obtendo provimento favorável à realização do direito reclamado contra o Estado e contra a execução do comando judicial é oposta resistência inerente à complexidade dessa relação jurídica.

A proposta deste discurso jurídico refere-se à concretização dos Direitos Fundamentais Sociais por interposição do Poder Judiciário na implementação das prestações por omissão ou negativa pelo Poder Público.

O tema tem suscitado inúmeras abordagens de profundidade e consistência por diversos juristas, conferindo releitura do Estado contemporâneo e da reorganização da sociedade em miríades de unidades coletivas de interesses solidários como redutos pró-ativos na persecução de objetivos comuns.

É pretensão confirmar a legitimidade dos provimentos judiciais em ações coletivas como instrumento de afirmação de direitos coletivos e difusos e reconhecer ao Poder Judiciário parcela do poder de concretizar mandamentos normativos resistidos pelo Estado Administração.

Intenta-se caracterizar os integrantes sociais, destinatários dos Direitos Fundamentais Individuais e Sociais pela Constituição Federal, como elementos estruturante da própria formação e existência do Estado e, nessa condição, expressamente contemplados com a prerrogativa de provocar o Poder Judiciário, Poder integrante do Estado, para obter implementação de Direitos Fundamentais essenciais omitidos ou negados pelo Poder Público.

Nesse propósito, em primeiro estágio, considera-se a extensão e prerrogativa jurisdicional para interferir e conferir prestações individuais e coletivas a partir do exame da constituição e estrutura orgânica do Estado e a distribuição de poderes ou atribuições de funções e as reservas de competência no plano normativo. Em segundo estágio, as implicações normativas e condicionamentos da realidade política, econômica e social e suas implicações na realização do provimento jurisdicional. Em terceiro estágio, considerar os instrumentos normativos e condições materiais de impor a realização das prestações.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 - Constituição Federal. Estrutura do Estado. Poderes e Funções. Garantia dos Direitos Fundamentais. Elemento de Coalizão Social. Legitimação.

No exame das relações jurídico-sociais entre os indivíduos e o poder, a Filosofia do Direito investiga a transposição do estado individual primário do instinto e intuição ao da razão - estudo da impulsividade intuitiva e da impulsividade racional. Teoriza-se sobre o processo de consolidação cognitivo-racional do indivíduo, destacando a passagem para a consciência e apreensão da realidade, o processamento das informações, as transformações em idéias e pensamentos e as indagações sobre a sua própria existência, da comunidade e sua inserção e submissão à convenção do grupo social, com destaque aos condicionamentos aferidos pela Moral e pelo Direito. A investigação tem a virtude de intentar apreender qual o fator ou os fatores e que condições são elementos essenciais ou condições necessárias à vida comunitária.

Ressalta-se a consciência do ser e a racionalidade como atributos individuais elementares que estabeleceram nova percepção dos valores próprios e interferentes na sua convivência comunitária, constituindo fator determinar da instauração de um novo tipo de relacionamento grupal. Assim, novos fundamentos e regras condicionaram os comportamentos do indivíduo e, por conseqüência, da sociedade a partir da inserção na comunidade sob novos parâmetros de exigências que se renovam, os integrantes da vida social com valores e interesses próprios que reclama sejam examinados para propiciar a apreensão dos limites de tolerâncias individuais possíveis de serem exigidos ou aceitos em prol da vida em comunidade.

É possível dizer que no processo histórico as inter-relações entre os membros das comunidades e, assim também, a estruturação do poder e do governo convivem em tensões e ajustes/acomodações de interesses com concessões ou submissões dos seus integrantes. Nessa perspectiva, a vida social é revelação da formação histórica de agregação de valores e interesses complexos e em evolução, em contínua renovação do processo de tensão e ajustamentos entre os seus integrantes, com alguns sobressaltos ou rupturas quando as condições se tornam insustentáveis ou inadequadas a essa convivência.

Dá dizer que a construção do Estado moderno consolida essa complexa formação de interações individuais, coletivas e institucionais, produto, resultado das tensões acomodadas em regras sociais de convivência admitidas pelos seus integrantes, enquanto garantidas bases sustentáveis a essa vida coletiva e institucional.

A sociedade e o Estado são construções históricas consolidadas em assentimentos ou propósitos recíprocos de seus integrantes para convivência em um ambiente coletivo de tolerância possível.

Dessa forma, porque representa processo e resultado de evoluções coerentes à sua própria base, a formação do Estado Moderno contemporâneo contempla estágios e concepções diversas de estruturas institucionais e da sociedade e a partir desta forma o Estado, regime de governo, organização política, atribuição e distribuição do poder de governo.

O Estado Moderno ocidental tem sido considerado, em essência, produto do compartilhamento de seu próprio processo histórico e do pensamento e ideais apreendidos da formação de outras comunidades que se revelam ótimos ou adequados a servirem de base ou fundamento de convivência de sua própria comunidade, no relacionamento interno entre os cidadãos, destes com o seu governo e ainda com as demais comunidades. Desenha-se então a figura do Estado nas suas relações bases de convivência, constituindo estas a própria essência de sua existência enquanto comunidade organizada e possível de ser distinguida de meros agrupamentos aleatórios. É dizer: o Estado é decorrente e é ele próprio a regra da qual sobrevive.

A regra de sobrevivência do Brasil é exposta e proposta na Constituição Federal, essencialmente, no Título I e II, dos Princípios Fundamentais e das Garantias Fundamentais.

Assim, a Constituição Federal do Brasil define: no art. 1º e incisos I a V, a identificação do Estado brasileiro e sua forma de governo “República Federativa do Brasil” e a organização política pela “União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal”, sob regramento de “Estado Democrático de Direito” tendo como fundamentos “a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político”.

A base fundante do Estado, portanto, é República Federativa e Estado Democrático de Direito, assegurando, grosso modo, que o governo e o exercício do poder de Estado é constituído e renovado mediante processo participativo popular. Fixa então a Constituição Federal, no parágrafo único do art. 1º, legitimação de origem e regra da essência rede de sua formação e existência: “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Se assim, a leitura do Estado a partir de seu conteúdo normativo não demandaria maior risco em se afirmar que a sua essência é a busca da satisfação àquele que o legitima e dele reclama as condições do exercício de suas prerrogativas: o povo.

Essa percepção ressalta-se mais carregada ao investigar os fundamentos expressos na estruturação do Estado e fixado no artigo 3º e incisos I a IV, a dispor que os “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Como regra de relacionamento de poder e de governo a Constituição Federal dispõe no art. 2º: “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, havendo diversidade forma de acesso aos órgãos dos Poderes, decorrendo de representação popular no Legislativo e Executivo e concurso público no Judiciário.

Neste ponto, anota-se que a construção clássica e a transformação estrutural e funcional da divisão de Poderes na organização do Estado decorrem da formatação histórica na evolução e exercício das prerrogativas dos indivíduos na transformação de súditos a cidadãos e na

expansão da participação na vida comunitária horizontal e verticalmente (expansão espacial, interações extras locais, e de qualidade de relações, ascensões sociais) e de interferência na sua organização funcional.

A germinação do processo coletivo de interferência dos indivíduos sociais na organização do governo comporta referência à Magna Carta de João Sem-Terra (*Magna Charta Libertatum*, 1215), na Inglaterra, restringindo o poder do monarca e instituindo algumas garantias, ainda que somente a classes específicas, e posteriores concessões de outros direitos (Petição de Direitos, de 1628, Declaração de Direitos, de 1689), prenunciando o movimento social contrário ao arbítrio, ao despotismo, reclamando previa definição de regramentos para a vida comunitária – regras do jogo – que vinculasse não-somente as relações entre os indivíduos sociais, mas também e especialmente os limites ao próprio governo, ressaltando a prevalência da lei e teorizando a separação dos poderes como elementar necessária ao equilíbrio da soberania popular, afirmada esta como força legitimadora distinta e superior às ilações do poder pelas divindades, instituindo os valores da legalidade, da soberania popular e separação de poderes como formatação ideal embrionária do Estado Moderno.

Em resumo histórico anotam-se antecedentes de transformação social (européia) na configuração de Otto Mayer (MOREIRA, 2005, p. 117/122) retratando em síntese três períodos: da supremacia pessoal do príncipe, pelo controle e possessões territoriais; do Estado de Polícia, pela autoridade do governante representante do Estado com poderes diretivos arbitrários sobre bens e coisas, e; do Estado de Direito, este em três estágios, o primeiro, pela concepção do Estado como pessoa jurídica distinta da pessoa física do soberano, passando pela teoria do fisco, com intervenção dos juizes na aplicação de leis gerais e distinguindo o Estado no que administra patrimônio (fisco) em relação privada com os súditos e por disposição do próprio governante; o segundo, o da independência dos juizes, com resistência dos governantes e; o terceiro, da separação das funções e supremacia das leis emitidas por parlamento representativo da vontade popular.

Nessa estruturação, a impulsão social racional, transportada à atualidade, assenta aversão ao sistema que contemple ou permita ser contemplado o absolutismo, tendendo o Estado ocidental moderno a exaltar a “despersonalização” do poder, substituindo a histórica vontade individual soberana pela instituição e validação de normas gerais e abstratas que,

em decorrência, se qualificam como marco de uma estrutura organizacional abstrata, imparcial e permanente, desvinculada e acima dos agentes políticos que a representam. Nesse propósito, a supremacia do Estado, que se afirma então estrutura superior e transcendente aos agentes que o representa, é legitimada na distribuição das funções.

Assim, a separação de Poderes confere essência à coalizão social, transportado o poder personalista e arbitrário pelo governante, legitimado primariamente por função divina ou por ascendência histórico-cultural, dando origem à vida sócia na preexistência de um regramento abstrato e impessoal cuja edição passa a ser atribuído ao Poder Legislativo que haure essa prerrogativa da representatividade que é formalmente validada na vontade popular, instituindo assim o enlace de legitimação circular: a sociedade se estrutura em regras autorizadas pela supremacia do Estado e este, por sua vez, estrutura as regras presumidamente haurida na vontade social.

É certo que o estudo dos valores que informam a existência da norma jurídica e que orientam a sua finalidade comporta extenso e profundo debate. Mesmo noções ótimas como o decantado “bem estar social”, a despeito da aparente perfeição e adequação à vida comunitária suscitam indagações e controvérsias. Dentre outras, é possível controverter-se sobre quais os referenciais ou valores que definiram esse “bem estar”, sob perspectiva de quais interesses, quais parcelas sociais satisfaz. Ademais, não se olvida da tensão preexistente e raramente conciliada na definição dos regramentos sociais privilegiando ou desprestigiando valores e interesse (colisão de interesses, predominância de forças, acomodações necessárias, concessões úteis...). Enfim, não se desconhece a multiface da norma e, assim, do Direito considerando a própria essência humana e da vida social.

A despeito disso, a rejeição da submissão da sociedade ao arbítrio pessoal do governante e o estabelecimento de regramento prévio a sinalizar as condutas dos indivíduos e depois do próprio Estado é a evolução marco histórico essencial à vida coletiva moderna. Na pretensão de ser aferida qual o fator ideal ao vínculo comunitário na justa preservação dos interesses envolvidos é teorizada a concepção de uma “ordem justa”.

A ordem justa é objeto histórico de investigação, desde Sócrates (a “pólis” e lei como valores supremos a serem conservados pelos cidadãos) Platão (a justiça da ordem), Aristóteles (distinção entre justiça corretiva e justiça atributiva) Maquiavel (A ordem “justa” é imposta pelo

Estado segundo seis ditames), Hobbes (o Estado para impedir os egoísmos e a destruição mútua, absoluto, duríssimo em seu poder, a ordem do soberano é, enquanto tal, justa, ordem justa é a imposta pelo soberano, e injusto todo aquele que profbe), J. Locke (injusto para Locke é quem oprime os súditos, e não quem se rebela contra um poder opressor), Rousseau (ordem justa pois, para Rousseau, é a expressão da vontade geral que deve imprimir a ação política estatal), E. Kant (justiça é liberdade, o ideal do direito, conciliação da liberdade do arbítrio de um com a liberdade de outro segundo uma lei universal), K. Marx (base relações de produção específicas e determinantes das idéias das classes dominantes), conforme relato de (SABÓIA, 1996, p. 263/279).

Os discursos intentam estabelecer qual a exata medida de conciliação do regramento que contemple a liberdade e realização pessoal do indivíduo e progresso da coletividade e garanta a estabilidade e a atuação diretiva do Estado na consecução de tais propósitos.

Teoriza-se a distinção entre interesses próprios da Administração que somente a ela aproveita é designado interesse secundário, e o interesse definido pela finalidade da coalizão comunitária, designado interesse primário, na concepção de existência do interesse público, haurido dos valores e diretivas do bem comum e proveito geral (ALESSI, p. 184).

Do antecedente histórico é apreendido que a distribuição funcional do Poder de Estado entre o Legislativo, com atribuição essencial legislativa, o Executivo, com atribuição essencial administrativa, e Judiciário, com atribuição essencial jurisdicional, resulta de tensões e conquistas consolidadas, constituindo o Estado em formatação que preserva garantias sociais a partir de regramento de contenções internas contra ingerências abusivas ou arbitrárias na condução da sua administração ou na interferência na sociedade, no que se teoriza o sistema de “freios e contrapesos” (checks and balance).

Assenta-se então que a separação de poderes é elemento fundacional do Estado, inexistindo entre eles hierarquia, sendo uno e indivisível o “poder político”, representado pelo governo que distingue sim distribuições de funções, congregadas e em equilíbrio constituindo verdadeiramente cláusula de segurança em prol da vida comunitária. Fixa-se que a distribuição das funções não é aferida na perspectiva de interesses específicos dos órgãos do poder do Estado, mas da própria subsistência

do modelo democrático moderno, reconhecidamente fixado no Estado de Direito, revelando a premissa mínima da coalizão individual à vida comunitária identificada na garantia e na expansão de direitos fundamentais aos cidadãos.

De todo o discurso a partir da base histórica é possível haurir que a instituição do Estado e o seu regramento é, essencialmente, garantia do cidadão comunitário no propósito de garantir a sua realização e o progresso, em comunidade.

2.2. Constituição Federal. Direitos Fundamentais. Direitos Individuais e Sociais.

Já assentado que é regra fundante ou estruturante do Estado brasileiro aquelas definidas no Título I e II, da Constituição, no que assenta o regramento, a vida, do Estado e Governo, e as que asseguram à Sociedade condições base de vida comunitária, assim, contemplando os Direitos e Garantias Fundamentais.

A Constituição Federal, no Capítulo I do Título II dos Direitos e Garantias Fundamentais, atribui, com qualificativo de Direito Individual e Coletivo, no art. 5º, XXXV, também insuscetível de alteração normativa (art. 60, § 4º, IV) a garantia que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Ao Poder Judiciário, órgão do Estado; a Constituição Federal reserva, precipuamente, a função jurisdicional, com assinalação de independência e harmonia aos demais, Poder Executivo e Legislativo, consignando gravame de ser insuscetível de alteração normativa essa distribuição funcional do governo, consoante previsão do art. 60, § 4º, III, a dispor que “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III - a separação dos Poderes”.

Na premissa proposta no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal que reconhece e declara que todo poder emana do povo, cidadão (art. 1º, II), e por ele será exercido por meio de seus representantes ou diretamente apreende-se que a garantia do art. 5º, XXV, de acesso direto pelo cidadão a um dos poderes do Estado, o Poder Judiciário, para apreciar lesão ou ameaça de direito”, evidencia a sua qualificação de instrumento essencial e inafastável ao exercício

da cidadania para acesso e interação, diretamente, à ordem normativa. A jurisdição é, assim, elementar de validação dos direitos fundamentais ao tempo em que certifica validação também à estruturação normativa e assim ao Estado.

Importa anotar que a previsão do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, sem maior discussão, no que institui direitos e garantias em relação à inviolabilidade à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos contornos delineados nos seus incisos, confere direitos subjetivos sindicáveis judicialmente contra o Poder Público.

Noutro ponto, o art. 6º da Constituição Federal atribui “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”. Na redação originária contemplou: “a educação, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”, antes da Emenda Constitucional n. 26, de 15.02.2000.

A previsão da Constituição Federal do art. 6º quanto aos direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, previdência social, proteção à maternidade, à infância, compõe-se do regramento complementar inscrito nas disposições do Capítulo VII, Da Ordem Social.

Assim, a Ordem Social, Título VIII, da Constituição Federal, compreende: Capítulo II, a Seguridade Social, englobando a saúde, a previdência e assistência social, como dever do Estado na garantia de acesso universal e igualitário; Capítulo III, Da Educação, da Cultura e do Desporto, na educação a garantia de ensino fundamental gratuito e universal, progressiva universalização e gratuidade do ensino médio, incentivo às manifestações culturais e desportivas; Capítulo IV, trata da Ciência e Tecnologia, com diretriz de incentivo; Capítulo V, da Comunicação Social, a regulamentação da atuação na perspectiva social; Capítulo VI, Do Meio Ambiente, garantindo a todos direito ao meio ambiente saudável, : Capítulo VII, da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso, e; Capítulo VIII, dos Índios.

A investigação primeira é de ser feita sobre as qualificações históricas dos Direitos Fundamentais de modo a conceber a sua estatura jurídica a partir dos dados reais de sua construção, assim como se consolidou anteriormente que a construção do Estado é formação histórica da coalizão indissociável de cidadão – sociedade - governo organizado. É sobre o que se discorre em seguida.

Direitos e garantias são premissas jurídicas de relação normativa assegurando meios e condições de acesso concreto ao conteúdo da norma e realização de seus efeitos. As garantias estão em grau de segurança e proteção jurídica e os direitos em grau de atribuição concreta de efeitos normativos realizáveis.

Os Direitos Fundamentais estão fixados, em essência, na base material e jurídica da garantia da “dignidade da pessoa humana”, elementar da vida em sociedade, constituindo ponto sensível da estabilidade da vida social. A garantia é de preservação e de compromisso de elevação das condições materiais na convivência comunitária.

Não há univocidade conceitual ao conteúdo constitucionalmente protegido na denominação de “direitos fundamentais”, comportando admitir sob o mesmo efeito denominações como “direitos fundamentais da pessoa humana” ou “direitos humanos”. Assim, da leitura ao conteúdo de diversas Cartas Políticas nacionais é possível aferir a diversidade de abordagem, de definição e atribuições e de condições de exercício. Confirma-se o conteúdo de direitos individuais e sociais diversos nas Constituições do Brasil, da República Popular de Angola, Argentina, Áustria, Bulgária, Cabo Verde, Chile, China, Coréia do Sul, Costa Rica, Cuba, Dinamarca, El Salvador, Equador, Espanha, Estados Unidos da América, Filipinas, Finlândia, França, Guiné-Bissau, Hungria, Irã, Itália, Japão, México, Moçambique, Nicarágua, Paraguai, Peru, Polônia, Portugal, Romênia, São Tomé e Príncipe, Suécia, Suíça, Suriname, Uruguai e Venezuela. (*In Direitos Humanos, declaração de Direitos e Garantias, Constituições do Brasil e Constituições Estrangeiras, edição Senado Federal, Secretaria de Documentação e Informação, Brasília, 1996, 2ª edição).

É recepcionada a proposta, atribuída ao jurista francês Karal Vasak (PIOVESAN, 1998, p. 28.) que inspirado nos postulados da Revolução Francesa, definiu “três gerações de direitos humanos”: a primeira geração, os direitos de liberdade, em especial os direitos civis e políticos; a segunda geração, os direitos econômicos, sociais e culturais; e a terceira geração, os novos direitos de solidariedade, assim o direito ao desenvolvimento e ao meio ambiente sadio. Censura-se a designação “geração” por comportar vinculação de sentido temporal, adotando-se o designativo “dimensão”, por representar qualificativo de profundidade e essência, sem maior restrição à classificação.

Fala-se, hodiernamente, em direitos de quarta dimensão, representado, segundo visão do insigne jurista Paulo Bonavides, no direito à democrática direta, à informação e ao pluralismo. (SARLET, 2005, p. 60/61).

Os direitos fundamentais interagem às transformações históricas e sociais, determinados pela variação do ambiente, cultura, economia, religião e demais fatores, caracterizados essencialmente pela definição normativa que assim os reconheça ou por valores sociais e individuais intrínseco à existência do indivíduo ou grupo, não comportando fixação quantificada, mas qualificada pela essência, podendo dizer são “limitados pelo império da convivência” (MARINHO, p. 05).

Conquanto preeminentes na ordem jurídica e política, os direitos e garantias fundamentais não tem caráter nem valor absoluto. Superiores diante dos mecanismos de poder, do Estado ou dos indivíduos e de suas criações, estão sujeitos, na sua projeção e eficácia, aos limites naturais decorrentes do tecido social. Todo direito é relativo, por sua origem e sua finalidade social. A natureza fundamental de certos direitos não pode negar ou desfazer traço essencial das relações humanas, como o da coexistência regulada.

Em páginas de intensa clareza e objetividade, o Professor Gomes Canotilho, embora analisando o problema à base preponderante da Constituição de Portugal, fixa conceitos e diretrizes de alcance geral. Distinguindo os direitos fundamentais especificadamente declarados nas Constituições e os “dispersos” no contexto básico, bem assim os de “natureza análoga” e os atribuídos “a pessoa coletivas e organizações”, situa o homem como “ponto central da titularidade de direitos”. Examina, porém, a delimitação dos direitos fundamentais sob vários ângulos, inclusive pelo confronto entre o homem e o cidadão de países diferentes e pela consideração dos textos em sua totalidade. Com assinável prudência, admite uma “sistemática de limites”. Sem aceitar, de plano, as “limitações”, realçou, como exemplo, a restrição à “greve total nos serviços de saúde, em salvaguarda do direito à vida” (CANOTILHO, 1991, pp. 529-639, esp., 566-567, 615, 620-621.), obviamente por ser direito de todos.

Como assentado, a construção do Estado moderno, e assim a República Federativa do Brasil, fixa-se e decorre do processo evolutivo na organização social que definiu historicamente parâmetros mínimos de reservas e garantias de direitos aos cidadãos contra as ingerências dos Governos como condição de subsistência da coalizão comunitária.

Induvidoso que a construção jurídica natural seja a expansão dos direitos e não a sua negação, a concluir-se que o retrocesso é intolerável e a implementação dos direitos consagrados é a diretriz a ser observada pelo governante.

Dentre essas proposições normativas – constituindo garantias e fundamentos da relação Governo-Cidadão - os direitos fundamentais individuais e sociais são a essência estrutural do Estado. É dizer: os direitos fundamentais são cláusulas estruturantes do Estado. Nesse sentido, são elencadas como cláusulas ou princípios estruturantes: o Regime Democrático, o Estado de Direito, Federalismo, a República, a Separação dos Poderes, os Direitos Individuais, a Livre Concorrência e Iniciativa e Voto Universal. (SILVEIRA, 1999, p. 45).

Portanto, os Direitos Fundamentais são referências de proteção e salvaguarda da “dignidade humana”, realizando-se por prestações disponibilizadas individual ou coletivamente, e, ainda que se reconheça distinção de intensidade e qualidade dentre aqueles consagrados na Constituição Federal de nenhum deles é possível destacar a qualificação “estruturante”. Repisa-se que os Direitos Fundamentais são consolidações que se agregam à personalidade do cidadão, individual ou coletivamente, coerente ao estágio evolutivo e ao ambiente em que inserido.

Dessa forma, conclusivo que os Direitos Fundamentais porque princípio estruturante do Estado, a tanto que o art. 36, VII, “b” e “e” e art. 35, III, da Constituição Federal, dispõem sobre intervenção da União nos Estados e destes nos Municípios por violação aos direitos da pessoa humana e por não aplicação do mínimo de receita destinada ao ensino.

2.3 Direitos Fundamentais. Poder Judiciário. Poder de Estado. Concretização de Direitos Sociais.

Fixada a relevância estrutural dos Direitos Fundamentais, comporta examinar a viabilidade de o Poder Judiciário ser acionado para responder às prestações denominadas “direitos sociais”, inseridos nos direitos fundamentais, de modo a impor a prestação pelo Estado.

A discussão é intensa, pois é apresentada, ao confronto, a pretensão coletiva de realização material da prestação e, de outro lado, a resistência do Poder Público, sob fundamentos diversos.

É possível observar que inexistente homogeneidade em relação ao conteúdo ou a forma de positivação dos direitos sociais pela Constituição Federal, comportando admitir que a efetivação de direitos sociais é de

conformar-se no máximo e mais próximo às condições da realidade, sem desconsiderar as condicionantes de resistência em graus de ponderações e prevalências quanto à qualificação da prestação reclamada. Assim, interessa assentar o discurso jurídico de legitimação também sob perspectiva lógico-formal.

O ponto central da discussão agora diz respeito a viabilidade de ser acionado o Poder Judiciário para reclamar a imposição de implementação dos Direitos Sociais.

A discussão tem suscitado reflexões de inúmeros juristas, valendo destacar a atuação avançada de Ingo Wolfgang Sarlet na coordenação de vários ambientes nesse propósito, consolidando coletâneas de juristas de vanguarda e de intensa expressão no conhecimento do tema, no intento de “maximizar a eficácia” dos direitos fundamentais. Dentre as inúmeras abordagens coletadas e expressas, pela substância jurídica e autoridade dos juristas, duas perspectivas, a primeira de Andréas Jochim Krell (*Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa. Organizador Ingo Wolfgang Sarlet. – Constituição Concretizada, construindo pontes com o público e o privado – vários artigos – Livraria do Advogado editora, Porto Alegre, 2000); e segunda a de Rogério Gesta Leal (*O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. Coordenação. Ingo Wolfgang Sarlet – Jurisdição e Direitos Fundamentais – Ajuris Escola Superior da Magistratura, Livraria do Advogado editora, Porto Alegre, 2005).

Em magistral artigo, assenta-se que “os Direitos Fundamentais Sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais”, prometidas normativamente e para isso aparelhado, aduzindo que as normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais constituem metas e finalidades ao legislador ordinário de elevá-las a um nível adequado de concretização, porém não se tratando de meras recomendações ou preceitos morais com eficácia meramente diretiva, mas Direito direta e imediatamente aplicável. Anota que a concretização depende da satisfação de pressupostos de índole econômica, política e jurídica e que, na doutrina de Karl Loewenstein, a Carta Brasileira representaria uma constituição nominal, cujas normas ainda acompanham o processo político dinâmico, enfoca, porém, o risco

de a impossibilidade de realização de promessas constitucionais exageradas inspirarem o sentimento de “frustração constitucional”. (KRELL, 1990, p. 239/260).

Observa que a Constituição Alemã não incorporou direitos sociais, recusando, deliberadamente, a outorga de direitos subjetivos as prestações ao descrédito de sua não efetivação “constituição de frases”, anotando as posições da “reserva do possível” de Canotilho e a da defesa de uma interpretação progressiva dos Direitos Fundamentais Sociais na qualidade de direitos subjetivos perante o Poder Público, representando “mandados de otimização”, “negado pelo Estado somente temporariamente em virtude de uma impossibilidade material evidente e comprovável” e fixada a doutrina do mínimo social como autorização para concretização judicial das prestações.

Discorrendo sobre a resistência ou afinamento da jurisdição à concepção lógico-formal Andréas J. Krell assenta:

O Judiciário não quer assumir o papel de arquiteto social e ser responsabilizado por uma possível convulsão financeira nos orçamentos públicos. No entanto, podemos observar um progresso de erosão da rigidez lógico-formal em razão das exigências de justiça distributiva e, por consequência, dos imperativos de racionalidade material.

Destaca-se que os juízes de muitos países têm assumido a posição de negar o caráter preceptivo, ou *self-executing*, de leis ou direitos programáticos de cunho social, que normalmente se limitam a definir finalidades, princípios gerais. No entanto, o Poder Judiciário, mais cedo ou mais tarde, teria que “aceitar a realidade da transformação da concepção do direito e da nova função do estado, do qual constituem também, afinal de contas, um ramo”. Para tal fim, os juízes devem controlar e exigir o cumprimento do dever do Estado de intervir ativamente na esfera social. “Na Europa Continental nos últimos dois séculos, o ideal de uma rígida separação dos poderes, ao invés de recíprocos controles e contrapesos, teve como consequências um Judiciário perigosamente débil e confinado aos conflitos privados, o que levou à existência de Poderes Legislativo e Executivo praticamente não controlados, até a criação de sistemas de justiça administrativa”. A atividade de interpretação e realização das normas sociais na Constituição implica, necessariamente, um alto grau de criatividade do juiz, o que, por si, não o torna um “legislador”. (CAPPELLETTI, nota 94, p. 41, 53, 67, 74ss.).

A argúcia jurídica do jurista Rogério Gesta Leal define política pública como ação estratégica que visa atingir fins previamente determinados por finalidades, objetivos e princípios de natureza pública, marcada por alto nível de racionalidade programática em médias organizacionais e de planejamento.

Observa o afastamento da sociedade na gestação e promoção das políticas públicas ao fato de o Governo insular-se da Sociedade Civil, sem propiciar espaço para interação, arvorando-se em detentor de prerrogativas desvinculada não somente da origem popular legitimadora quanto do regramento que garante a própria estrutura que o sustenta, “independente de sua matriz criadora e fundante: a própria soberania popular”. Anota que é instituído o aleijamento social na condução das políticas públicas pelo Executivo, instaurando passividade e indiferença e restringindo o legítimo exercício do cidadão e resistindo à expansão da politização social que ganha novos contornos de interferência pelas entidades coletivas e formas e instrumentos de suas inserções sócio-políticas que passam a serem atores desse processo. Prossegue no cenário a anotar a perversa marginalização social do processo de política pública.

Acentua, então, o jurista que a conformação de valores sociais indissociáveis e fixação do mínimo existencial referenciado na dignidade da pessoa humana e invocando indicadores constitucionais parametrizantes, ressalta intransigente a necessidade de subserviência do governante ao comando normativo, teorizando a existência de Políticas Públicas Constitucionais Vinculantes (PPCV).

Em meio a tantas incertezas e problemas, algumas diretrizes, as quais passo a chamar de indicadores constitucionais parametrizantes do mínimo existencial, estão postos e não podem ser desconsiderados em quaisquer ações - públicas ou privadas - que se destinem ao atendimento das situações anteriormente desenhadas. Tais indicadores, em síntese, dizem respeito à construção de uma Sociedade livre, justa e solidária; à garantia o desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, bem como à redução das desigualdades sociais e regionais; à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Se isto é verdade, quero sustentar que qualquer política pública no Brasil tem como função nuclear a de servir como esfera de intermediação entre o sistema jurídico constitucional (e infraconstitucional) e o modo de vida Republicano, Democrático e Social que se pretende

instituir no país. Em outras palavras, é através de ações estatais absolutamente vinculadas/comprometidas com os indicadores parametrizantes de mínimo existenciais previamente delimitados, que vai se tentar diminuir a tensão entre validade e faticidade que envolve o Estado e a Sociedade Constitucional e o Estado e a Sociedade Real no Brasil.

Para cada plexo de garantias outorgadas à responsabilidade estatal vistas, necessitam advir políticas públicas concretizadoras, que se operam em diversos níveis de efetivação, tais como as elaboração, constituição formal, execução e avaliação das ações necessárias, contando para tanto com a máxima participação da comunidade alcançada por elas. Tais ações é que denomino de políticas públicas constitucionais vinculantes, independentes da vontade ou discricionariedade estatal para que venham a acontecer, porque conduzentes a direitos indisponíveis e da mais alta importância e emergência comunitárias, perquirindo imediata materialização, sob pena de comprometer a dignidade humana e o mínimo existencial dos seus carecedores.

Aqui faço a proposição em simetria com a perspectiva gadameriana – de se efetivar uma fusão especial de horizontes republicano-constitucionais, conciliando o conceito - tipo de Estado e Sociedade Democráticos de Direito (cuja fonte matricial é a popular), com os instrumentos e mecanismos inexoravelmente servientes à sua efetivação (Poderes Estatais, instituições públicas e privadas, organizações e associações civis etc.).

Dessas considerações é possível confirmar que a concepção a ser haurida do sistema normativo é o da coerência com a finalidade, justificando a preferência à proteção dos Direitos Fundamentais, unidade conciliadora no fundamento essencial de proteção: “dignidade humana”. Neste caso, as prestações não realizadas comportam vindicações por intermédio dos processos legítimos disponibilizados aos cidadãos aos poderes, assim, no processo eletivo, pela escolha de governantes e legisladores – Poderes Executivo e Legislativo - comprometidos com a realização da prestação e assim também por interposição do Poder Judiciário.

Com acerto, não olvida o jurista Rogério Gesta Leal de consignar a visão plasmática da Constituição, assentando a necessidade de ser reconhecida a procedência conflituosa de interesses políticos inerente às normas. Com efeito, a partir da premissa que a sociedade é integrante ela própria da Estrutura do Estado, construindo e reconstruindo internamente

o sistema de convivência e condições mínimas de subsistência, não é possível admitir a dissociação dessa condicionante no exame do cabimento da implementação de prestações sociais de modo a prestigiar cegamente opções do governante tão-só em prestígio de sua condição de representante eleito dessa própria sociedade.

É incoerente admitir que o representante possa ignorar os interesses e necessidades dos seus representados e, sob invocação da legitimação dessa mesma representação, promova ou adote medidas ou opções dissociadas de um vínculo minimamente ético dessa relação. Reportando-se à lição de Rogério Gesta Leal, comporta admitir a censura contrária a tais propósitos.

O jurídico é antes de mais nada político; o direito positivo não é uma dimensão autônoma do político e um fundamento do Estado, mas uma forma constitutiva do mesmo e submetido a suas determinações gerais. Neste particular, o culto da lei e a separação dos Poderes se interpõem como véus ideológicos que dissimulam e invertem a natureza eminentemente política do direito.

Com tal perspectiva eminentemente formalista e neutra, há uma tendência ainda majoritária entre os juristas pátrios de se reduzir o modelo de Estado de Direito a uma vinculação e controle do ordenamento jurídico vigente, sem, portanto, dar-se atenção ao processo legislativo como um foro de enfrentamento ideológico e político, mas tão-somente técnico; ou perceber-se que, do mesmo modo, o Estado denominado de Direito, ou o próprio Direito e a Lei representam uma forma condensada das relações de forças entre os grupos sociais que determinam a sua origem, seu conteúdo e a lógica de seu funcionamento.

Daqui resulta que o Poder Judiciário (ou qualquer outro poder estatal) não tem o condão de *make public choices*, mas pode e deve assegurar aquelas escolhas públicas já tomadas por estes veículos, notadamente as insertas no texto político, demarcadas dos objetivos e finalidades desta República Federativa.

Assenta-se aqui a vinculação do governo com a definição normativa sobre os propósitos de projetos sociais cuja realização a ele são atribuídos. É dizer: ao governo não é possível ignorar a diretriz constitucional no que impõe a realização de prestações em benefício da sociedade, não sendo razoável conceber que os contemplados não detenham qualquer direito de vindicar a efetivação do comando constitucional.

A atuação do Poder Judiciário não se legitima somente pelo exame e aprovação sobre a “justiça” ou correção de suas decisões sob perspectiva religiosa, moral ou de apreensão humanista pela sociedade, nos casos concretos a ele submetidos, mas pela conformação mínima ou razoável do ato ao padrão normativo vigente que certifica de validade estrutural e habilita o comando judicial à representação da ordem do sistema.

A supremacia do Estado se legitima na estrutura que define para a comunidade social por ele contemplada, acenando que a resistência ou negação de adesão do indivíduo à sua ordem implica risco de ruptura da composição vital da tessitura comunitária e ruína da própria coletividade no que se propõe a vincular os integrantes a um ordenamento que propicie a vida comunitária.

Assim, a jurisdição é ato de Estado e ostenta na supremacia desse Ente a validade das suas intervenções que subordinam os agentes sociais ao seu comando. Ao mesmo tempo, o processo de jurisdição também convalida essa supremacia ao demonstrar regeneração e adaptabilidade normativa suficiente para atender às necessidades decorrentes da dinâmica social, expondo e revelando uma utilidade real à sociedade.

Dai, a decisão judicial também materializa o poder do Estado, expressando a sua superioridade e induzindo confiabilidade social na concepção da supremacia e “virtude da mobilidade” normativa, legitimando-se para e no ordenamento social.

Nessa perspectiva, a atividade de julgar é institucionalizada como afirmação de poder do Estado componente de uma ordem que lhe impõe atendimento a determinados requisitos para ser reconhecido como tal e, dessa forma, condiciona a sua própria validação interna e externa à conformação aos elementos do sistema jurídico.

Em um ambiente formalmente apto a ser validado pela estrutura do Estado, todos os elementos – agentes do Estado, partes, causa, objeto, fatores internalizados – são também contemplados pela legitimação. É dizer, em um processo judicial existente (considerando a divisão dos atos jurídicos nos planos da existência, validade e eficácia) a relação jurídica, mesmo viciada, é reconhecida como atuação do Estado.

A legitimação do ato decisório judicial reclama a sua realização em um ambiente estruturalmente estatal e formalmente técnico jurídico, observando a disposição normativa. A atuação do julgador é de se revelar conforme o poder que lhe confere a prerrogativa desse exercício (legitimação/validação), adequando-se à forma delineada na estrutura do Estado.

A despeito disso, porque o sistema jurídico necessita revelar a adequação e a adaptação à mobilidade e dinâmica social, o julgador é contemplado com fórmulas abertas e densidade normativa, recepcionando convicções decisórias permeadas de elementos subjetivos, evidentemente consolidados em apropriações da realidade a partir de experiências individuais.

Portanto, a vinculação da decisão judicial ao parâmetro normativo definido pelo Estado não é fixada como mera intervenção para conformação das situações de crises sociais aos preceitos do ordenamento jurídico e satisfazer. A atuação jurisdicional, em essência, é orientada na e para validação da própria estrutura do Estado, contemplando adaptações e ajustamentos necessários na perspectiva de coerência legitimação à ordem normativa imposta e da qual não lhe é permitido afastar. É afirmar então que as condicionantes da legitimação estatal recusam fundamento decisório fixado em carga essencialmente subjetiva, assim a arbitrariedade se e quando dissociada do padrão mínimo de vinculação ao sistema normativo. O ordenamento jurídico pátrio rejeita ou limita o arbítrio decisório porque não acolhe o personalismo.

Conquanto o sistema normativo se qualifique como geral e abstrato a atuação jurisdicional é revelada exatamente pela intervenção concreta nas relações dos agentes da sociedade, apreendendo e interferindo na realidade e dinâmica social. A história não se realiza em padrões abstratos e insensíveis e no processo decisório judicial a configuração do contexto real dos fatos ou da dinâmica social em discussão é aferida no procedimento probatório.

Ora, essa vinculação normativa não é somente imposta ao Poder Judiciário, mas aos demais integrantes funcionais do Estado, como exaustivamente assentado. A transgressão de valores ou regras estruturantes do Estado por qualquer dos agentes civis ou dos Poderes, seja a incidência no plano normativo, sede primária de atuação da função jurisdicional, no controle da compatibilidade formal e substancial, seja no plano material confere prerrogativa de atuação ao Poder Judiciário, não somente para solução ou ajustamento da tensão emergente, mas também, e fundamentalmente, para certificar o processo de validação da sua legitimação e da preservação da estrutura, última análise, da sua própria preservação.

Disso resulta a conclusão que o Poder Judiciário haure legitimidade de Poder de Estado do sistema normativo e ao qual se vincula,

não comportando afastamento arbitrário sob pena de negar o próprio fundamento de existência. Daí, a integridade do sistema normativo é referência de subsistência da Jurisdição.

A omissão ou indiferença de qualquer dos demais Poderes no que incorra em risco ao sistema normativo ou à estabilidade social em que se sustenta e que o sustenta, induzindo risco de desequilíbrio funcional ou de aniquilação do próprio sistema constitui violação constitucional.

O Governante não detém prerrogativa de suprimir direitos fundamentais essenciais do cidadão, no que aniquila de forma visceral a condição de cidadania danos pontuais reflexos incontornáveis. Do quadro evolutivo exposto é fixado que tal imposição constitui retrocesso intolerável a um estágio evolutivo que, também transportado ao retrocesso, deslegitimaria o próprio exercício pelo Governante.

Lamentavelmente, não poucas vezes, o poder público atua de forma temerária não intencional ou deliberadamente com política pública oficial influenciada pelo "risco calculado", deixando de contemplar necessidades e interesses prementes e legítimos que deixa perecer em proveito de opções formalmente ajustadas em benefício ou proveito pessoal indireto, em verdadeira fraude ao mandamento normativo (ALBERTO, 1999, p. 87/105).

Induvidoso que a concepção da sociedade moderna sobre ordem justa, por mais conservadora que se possa admitir não incide em retrocesso que desprestige os qualificativos de dignidade humana compatível ao ambiente atual.

Assim, é reconhecida a extensão da prerrogativa ao Poder Judiciário para interferir e conferir prestações individuais e coletivas a partir do exame da constituição e estrutura orgânica do Estado e da distribuição de poderes ou atribuições de funções haurindo do sistema normativo a reserva dessa competência e da própria ação de auto preservação.

Insta considerar então implicações normativas e condicionamentos da realidade política, econômica e social e suas implicações na realização do provimento jurisdicional. Revelam-se condicionantes negativas (desfavoráveis) externas por limitações econômico-financeira, pela inexistência de disponibilidade financeira para a realização da prestação ou pelo potencial risco de comprometimento às outras destinações, também, públicas e relevantes além da condicionante da confrontação de prerrogativa considerando ser administração da política pública prerrogativa do Poder Executivo. Revelam-se ainda condicionantes

negativas (desfavoráveis) internas pelas limitações decorrentes do rigoroso controle normativo do orçamento e na gestão dos recursos públicos (limitações regulamentares).

Na vertente das condicionantes de resistência, comporta admitir a substância dos fundamentos opostos, mesmo que suscitado sob enfoque marcadamente lógico-formal, para exame e superação, assim confirmar a validação mesmo ao enfoque da reserva do possível, da reserva de coerência, da reserva de consistência, e da reserva normativa conformação orçamentária (MARMELSTEIN, 2007).

A reserva de consistência fincada na necessidade de demonstrar-se o desacerto da escolha do Poder detentor da prerrogativa primária de implementação do direito.

Induvidoso que essa condicionante é de ser superada, de modo a revelar inexistir mera interposição do Poder Judiciário em concorrência de gestão com o Poder Executivo em usurpação das suas atribuições. A interferência jurisdicional é excepcional e não admissível pela simples discordância subjetiva do julgador quanto às opções do administrador de modo a configurar indevida usurpação de atribuição. Por isso legitima a resistência que se oponha a esse propósito e, para tanto, é imperativo que resulte evidente que a imposição judicial da prestação decorra de levantamento de elementos completos a demonstrar que a falta decorre de má gestão voluntária ou não do administrador, pois não é admissível que, a pretexto de intentar promover a efetivação de direitos sociais, o Poder Judiciário se transforme em governante e gestor da política pública.

Neste ponto, é imperativo que, para afastamento da reserva de consistência, seja revelada de forma exauriente a necessidade da intervenção jurisdicional para a realização da prestação e ainda que seja factível não somente no plano de compatibilidade normativa, mas essencialmente no plano da realidade, sob pena de transtornar o equilíbrio entre os Poderes e efeito negativo de igual ou maior dano a outros indivíduos ou parcela social no que transfira as disponibilidades para alocação no objeto da prestação.

No que trate de “reserva de coerência”, que reclama decisões semelhantes aos casos semelhantes, é inerente ao primado formal da jurisdição, nenhuma restrição ou censura comportando aos que a reclame como condicionante de efetivação da prestação.

Das condicionantes, a de maior consistência é a da “reserva” do possível, interessando reportar-se a Andréas J. Krell ao anotar que a

Corte Constitucional Alemã já assentou que esses direitos a prestações positivas (Teilhaberechte) “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo de maneira racional, pode esperar da sociedade”, o que impossibilita exigências acima de um certo limite básico social.

Anota o jurista o reposicionamento de Gomes Canotilho sobre o tema a conceber condicionamento de realização dos direitos sociais, econômicos e culturais à reserva do possível, porque dependentes dos recursos econômicos, verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais, advogando “um constitucionalismo moralmente reflexivo (u. preuss) em virtude do descrédito de utopias e da falência dos códigos dirigentes, que causariam a preferência de modelos regulativos típicos da subsidiariedade, de autodireção social estatalmente garantida”.

A assertiva não configura argumentação fincada em conceitos subjetivos de conservadorismo e resistência, mas elementos jurídicos e materiais também apreendidos no coletivo contemporâneo. Não se ignora que o Brasil é nação de proporção continental com diversidades culturais intensas no plano do estrato social, de concepções valorativas de prioridades comuns a determinadas regiões, níveis de desenvolvimento econômico, intelectual e de acesso a elementos de influências externas e, fundamentalmente, considerando a previsão nuclear do art. 1º da Constituição Federal que define a formação de Estados Federados, formado pela União, Estados, Distrito Federal, e incluindo os Municípios, na estrutura federativa como entidade política dotada de autonomia política, legislativa, administrativa e financeira, descentralizado o Poder e atribuindo capacidade de auto-organização, auto-governo e auto-administração com limitações por simetria, e competências legislativas e materiais privativa ou exclusiva, concorrente ou residual, assentando no Título III da Constituição Federal (VELLOSO, 1994, p. 361/397).

A complexidade estrutural normativa e material não comporta ser ignorada no que se intente invocar prestações relativas a direitos fundamentais sociais diretamente Constituição Federal sem exame acurados das particularidades da realidade do ambiente. Aliás, decorrente da própria diversidade, valores e prestações de Direitos Fundamentais sociais também distintos são reclamados. Certo que a universalização dos Direitos Fundamentais é premissa válida e inquestionável, contudo, a realização material de provimentos judiciais não se institui sem base real viável, comportando não incorrer na mesma premissa vazia de se confrontar tensões tão-somente na perspectiva do plano normativo ou de carências sem aferir o contraponto de base que configurado nas condições reais do ambiente.

Assim, a reserva normativa de conformação orçamentária ressalta-se como fator de superação jurídico formal a reclamar processo de ajustamento ou sensibilização da prestação a padrão mínimo de coerência. Novamente, com Andréas J. Krell, é possível assentar:

Um orçamento público, quando não atende aos preceitos da Constituição, pode e deve ser corrigido mediante alteração do orçamento consecutivo, logicamente com a devida cautela. Em casos individuais, pode ocorrer a condenação do Poder Público para a apresentação de determinado serviço público básico ou o pagamento de serviço privado (exemplo: reembolso das despesas em hospital particular) (BARROSO, p. 150s.).

Este o primeiro ponto a ser objeto de efetivo acompanhamento, pois institui o padrão de confronto sob a perspectiva lógico-formal e legítima o discurso do contraditório já nesta instância.

Definido que a reserva do possível é condicionante de resistência válida normativa e materialmente à pretensão de implementação de políticas públicas, interessa considerar as validações desses fundamentos.

Nesse sentido, a Constituição Federal define as competências materiais nas prestações que inclui no seu art. 6º, distribuindo entre os Entes da Federação (Capítulos II a V), atribui ingressos financeiros (Título VI, Capítulo I) e condiciona a utilização dos recursos públicos ao exame de verificação de planejamento e organização orçamentária (Título VI, Capítulo II).

No Título VI, Capítulo II, da Constituição Federal é imposta a vinculação orçamentária, na pretensão de a Administração Pública promover gestão planejada, já que este o propósito do art. 165, e incisos I a III, ao definir que projeção de política pública de longo prazo pela elaboração de plano plurianual (PPA), diretrizes orçamentária (LDO) e orçamento anual (LOA) tendo ainda como balizamento de execução e de imputação de penalidade pela Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar n. 101/200 que prenuncia no seu artigo 1º: “a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas...”.

É de se dizer que o compromisso formal prestado no PPA e na LDO não é comum de ser confirmado e menos real ainda é a realização da previsão do art. 1º, comportando anotar que a ampla discricionariedade usualmente conferida ao governante na escolha das alternativas, como prerrogativa de política institucional.

O certo é que não é possível desconsiderar a condicionante orçamentária, pois instituída também no plano normativo constitucional e também é regramento dotado de interesse público primário, pois prenuncia destinações que, em tese, poderia e deveria ser certificada pela sociedade. O exame comporta ser aferido sob perspectiva de ponderação de valores constitucionais, já que sob conteúdo de regramento o questionamento de prevalência hierárquica não se revelaria com força discursiva eficiente para negar aplicação aos preceitos.

Insta, porém, definir que a reserva do possível é condicionante válida essencialmente tratar-se de pleito de implementação de direito social de repercussão e relevância econômica e não resultar em confronto com necessidades individuais urgentes e inadiáveis em risco à vida e a saúde do cidadão.

Essa concepção, aliás, não tem comportado maior dissidência, consenso de numerosa doutrina e precedentes, valendo apontar decisão do egrégio Supremo Tribunal Federal, no Agravo de Instrumento n. 564978/RS – Rio Grande do Sul, relator Ministro Joaquim Barbosa, publicado no Diário da Justiça de 06/12/2005, com referência a inúmeros precedentes daquela corte assentando:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A Interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa

constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Oportuno assentar a percepção de Marcelo Neves a discorrer sobre o processo de desconstitucionalização material pela negativa ou supressão na implementação de suas regras: "Quando ocorre, porém, concretização desconstitucionalizante, não há uma relação consistente entre o texto e a atividades concretizantes. O texto constitucional é uma referência distante dos agentes estatais e cidadãos, cuja práxis desenvolve-se freqüentemente à margem do modelo textual de Constituição".

Além dos intérpretes *stricto sensu* (agentes técnico-jurídicos de interpretação/aplicação constitucional), "Nos processos de interpretação da Constituição, estão potencialmente envolvidos todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos" (HABERLE, 1980: 79s.).

A concretização desconstitucionalizante não deve ser lida com base na dicotomia clássica "Constituição formal versus Constituição material". Os bloqueios políticos, econômicos e "relacionais" do processo de concretização normativo-jurídico do texto constitucional não implicam, então, congruente generalização de expectativas normativas em torno das relações políticas fundamentais. Há uma tendência particularista e difusa, impedindo a própria construção de constitucionalidade jurídica material, que exigiria critérios normativos generalizáveis. E isso significa, como já observamos acima, uma miscelânea autodestrutiva e heterodestrutiva de códigos de comportamento, atingindo a própria autonomia/identidade da(s) esfera(s) de juridicidade. Desconstitucionalização fática apresenta-se, portanto, como forma principal de desjuridicização no processo concretizador.

A conclusão evidente é de que na interpretação de demandas destinadas a realização de direitos fundamentais individuais ou coletivos e diretrizes interpretativas, é de fixar-se essencialmente na ponderação de princípios.

Anota-se com o jurista Rogério Gesta Leal a essência do bem lançado fundamento da excelência do Ministro Celso de Melo no exame da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45 ao incursionar sobre a dimensão política da jurisdição constitucional:

... que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam, enquanto direito de segunda geração, com liberdades positivas, reais ou concretas, sob pena do poder público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional.

Com efeito, a ordem do art. 5º, XXXV, que confere ao Poder Judiciário a prerrogativa da jurisdição aos direitos fundamentais reclama garantia de “acesso à Justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação de justiça e também ao acesso à ordem jurídica justa”, conforme assenta Kazuo Watanabe (Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (TEIXEIRA, 1996, p. 41), esta a “missão” institucional devendo deter capacidade de produzir respostas eficientes e efetivas a alcançar o resultado proposto na norma jurídica (Direito).

Portanto, no caso de omissão relevante ou negativa de prestação de Direitos Fundamentais que se revela sensível à subsistência da regra do art. 2º da Constituição Federal ou que constitua denegação de direitos fundamentais que aniquile premissa essencial da vida comunitária ao cidadão, tenha ele características de direito individual ou social, é de consequência que o Poder Judiciário intervenha para restaurar a ordem normativa.

Nessa condição, revelam-se determinantes de impulsão da realização das prestações inerentes à jurisdição e à proteção social. Determinantes positivas (favoráveis) externas reveladas no que afirma a atuação jurisdicional, qualificando e legitimando o Poder Judiciário como Poder de Estado e elementar de salvaguarda e resistência social contra violação de direitos e determinantes positivas internas revelados na indução à gestão administrativa participativa por intermédio de intervenções jurisdicionalizadas e pontualizações de soluções a expectativas coletivas e difusas urgentes.

No exame, apresentam-se determinantes favoráveis de impulsão pela realização das prestações de natureza difusa ou coletiva, transindividual, como realização de prestação constitucionalmente prometida, ou assegurada – como fatores inerentes à “Realidade de Jurisdição” e de proteção social.

A realização da Jurisdição instaura-se na atuação do Poder Judiciário mediante provocação para solução de tensões de

características essencialmente individuais, mesmo plurimas, tendo referência a direitos individualizados ou individualizáveis, destacáveis subjetivamente, e preponderância de intervenções com finalidade restauradora de lesões ocorridas.

Nessas tensões civis, ou de relações privadas, o Poder Judiciário interpõe-se assimetricamente e em relação de superioridade aos litigantes e, nessa senda, a realização da jurisdição não revela conflito de ordem estrutural ou tensões sobre atribuições de prerrogativas ou funções internas entre os Poderes do Estado.

Daí, as demandas na configuração clássica individuais de relação de direito subjetivo individual de caráter patrimonial, não tem suscitado controvérsia relevante. Em ações de rito comum ordinário ou sumário ou mesmo especiais que contenha objeto determinado ou quantia certa ou nela convertida, não revela maior dissenso de viabilidade ou de concretização da jurisdição mesmo contra o Estado. Como anotado, o regramento da jurisdição nacional solidifica-se em conceitos e práxis de dissensos individuais e privados porque voltados às soluções de tensões, essencialmente, com essas características: individual e patrimonial.

A perspectiva privatista destaca o exame de legitimação ativa fixada em base conceitual jurídica de “direito subjetivo” apreendida como relação de pertinência ou de apropriação subjetiva dos agentes contemplados pelo ordenamento jurídico, uma com o direito de reclamar a restauração em razão da lesão sofrida contra a outra parte que tem o dever de sujeitar-se à carga da relação jurisdicional instaurada.(BARROS, 1996).

Resta sedimentado aos operadores do direito os conceitos de partes, objetos assim como definidos os provimentos jurisdicionais possíveis para a realização das prestações imediatas e mediatas reclamadas pela parte orientadas para satisfação de forma direta e específica pelo próprio obrigado ou substituição coativa judicial. Admite-se assim que os procedimentos e meios necessários e adequados à atuação judicial são suficientemente fixados pelo regramento processual.

Assentada em fortes linhas a legitimação do Poder Judiciário para correção de omissões ou negativas de prestações configuradas como Direitos Fundamentais Sociais, comporta confirmar a fórmula instrumental de efetivação da prestação. De início, em breves considerações, é possível anotar críticas ao instrumento processual clássico para solução de demandas coletivas na realização de direitos sociais.

Aponta-se a insuficiência do procedimento clássico, acentuadamente formalista. Consigna-se a incompatibilidade do instrumento a partir da limitação formal de acesso, que reclama legitimação restrita da parte que deve demonstrar uma relação direta de pertinência subjetiva ao objeto, na perspectiva de deter prerrogativa de apropriação ou interferência direta ou iminente sobre o bem. O regramento processual civil clássico é essencialmente compartimentado em fases que se consolidam em atos específicos e determinados a serem ali produzidos ou concluídos com fechamentos (preclusões) e impedimento de retrocesso à fase anterior, salvo ocorrência de vício, não permitindo variações de ajustes. Assim, instaurada a ação e estabilizada a relação fixa-se objeto preciso e incontornável nos estritos limites do pedido (art. 128 e 460, Código de Processo Civil), não se permitindo ajustamentos. Da mesma forma, em sequência, a fase probatória é instaurada também de forma compartimentada. A formatação da realização probatória também se revela insuficiente, marcadamente formalista e reducionista aos contornos do objeto e dos efeitos em relação às partes processuais (minimalista e de impulsão necessária).

Assim, o regramento processual é fixado em uma ordem lógico-formal, aparentando ter preocupação maior em demonstrar ter sido concedido o espaço para jurisdicalização da controvérsia que para a sua solução efetiva.

A Constituição Federal institui os instrumentos processuais constitucionais de *habeas corpus*, mandado de segurança e a ação popular, e ainda o mandado de segurança coletivo, o *habeas data* e o mandado de injunção (art. 5º, incisos LXIX a LXXIII). Contudo, esses instrumentos não se revelam adequados a comportar a jurisdicalização de pretensão de implementação de políticas públicas dada a especialidade e limitação do objeto.

A ação civil pública, criada pela Lei n. 7.347/1985 é instituída como instrumento processual orientado para a defesa de direitos transindividuais e indivisíveis e coletivos, contemplando medidas preventivas, cominatórias, reparatórias e cautelares. O instrumento deu alargamento do acesso à Jurisdição, com deslocamento das disputas privadas entre indivíduos ao equacionamento de lides transindividuais de interesses coletivos de larga abrangência social e forte peso político.

A caracterização dos interesses e direitos difusos, transindividual e coletivo é revelada no art. 81, § 1º, I, II e III, da Lei 8.078/90: interesses ou direitos difusos, os transindividuais de natureza indivisível, de que sejam

titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; interesses ou direitos coletivos, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e, interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. José Carlos Barbosa Moreira torna fácil a compreensão das distinções entre os direitos e interesses mencionados (*A Ação Civil Pública", in Revista de Processo, n. 31, julho-setembro/83, página 225):

São coletivos, por exemplo, os interesses (de objeto indivisível) comuns aos partícipes de um consórcio, ou aos contribuintes de determinado tributo, ou aos estudantes matriculados em certa universidade; são difusos os interesses (também de objeto indivisível) comuns aos habitantes de região sujeita a vicissitudes naturais, ou aos aficionados de um esporte, ou aos freqüentadores da mesma zona turística. Nesta segunda espécie, ao contrário do que ocorre na primeira, em vez da comunhão em vínculo jurídico, a unir os interessados entre si ou com terceiro, o que se configura é mera identidade de circunstâncias de fato, a envolver todos aqueles.

A ação civil pública propõe-se à legitimação ativa pelo Ministério Público e por pessoas jurídicas de direito público interno e entidades e associações que tenham entre suas finalidades institucionais a proteção de direito ou interesses a ser demandado em juízo e se presta a qualquer espécie de tutela, inclusive a condenatória de obrigação de pagar, de fazer e de não fazer. É prevista a condenação em dinheiro, a ser revertido a um Fundo gerido por um Conselho, com a participação do Ministério Público, e será utilizado para recompor as lesões causadas.

Nessa breve apresentação dos contornos da ação civil pública é de se confirmar que tem sido ela o instrumento que conferiu nova tendência de jurisdicionalização não alcançada pela ação popular (Lei 4.717/65) de conteúdo e procedimento restrito. Empresto de Josaphat Marinho (oc., p. 95) o bem resumido contorno da Ação Civil Pública.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma: a) direitos coletivos e difusos são transindividuais (TACITO, 1989), e indivisíveis, não podendo ser satisfeito ou lesado senão em forma que afete todos os possíveis titulares; já os direitos individuais, mesmo quando homogêneos em relação a outros, não deixam de ter dono certo, continuam sendo direitos subjetivos individuais; b) o legislador criou mecanismos para defesa de direitos coletivos e difusos (ação civil pública e ação popular), e mecanismos para defesa coletiva de direitos individuais (mandado de segurança coletivo e ação civil coletiva), que, pela sua tipicidade e configuração, são inconfundíveis e impróprios para finalidades diversas das que lhes foram destinadas; c) na defesa de direitos coletivos, a substituição processual é a regra, dada a indeterminação dos titulares; na defesa de direitos individuais, no entanto, a substituição processual é exceção, e como tal tem interpretação estrita, sendo admissível apenas nos casos e nos limites previstos em lei; d) a técnica adotada pelo legislador para tornar viável a defesa coletiva de direitos individuais, é a da substituição processual autônoma, com características e limites próprios para cada um dos mecanismos processuais criados.

A despeito disso, é de se reconhecer a insuficiência do instrumento para a realização de prestação de direitos sociais de maior complexidade contra a Administração Pública, pois mesmo a Ação Civil Pública se não concebida sob contornos de maior amplitude interpretativa quanto aos poderes implícitos na Jurisdição. Inúmeros artigos e obras tratam do instrumento, sem maior campo para discurso que efetivamente possa efetivamente inovar no exame.

A execução pode ser realizada por meios executivos diretos ou por sub-rogação, pelo próprio juízo ou seus auxiliares, independentes da participação do executado, e indiretos ou por coerção ao devedor, imputando penalidades ou sanções. O cumprimento de prestações referidas como obrigações de dar ou entregar, denominadas materiais, e fazer ou não fazer, denominadas pessoais (Título II, artigos 612 a 735, do Código de Processo Civil, Lei 51869, 11.01.73).

Não se revela maior complexidade na obtenção de prestação que se realize ou possa se converter em pecúnia ou de dar ou de entregar, assim por meios diretos, podendo o juiz substituir a parte e assim também possível de aplicação ao Estado. Nas condenações contra o Estado (Fazenda Pública), condenada em pecúnia ou nela convertida, é rito o do art. 730, Código de Processo Civil, sendo citada para opor embargos e

ser determinado o pagamento por precatório (artigo 100) ou por requisição de pequeno valor, conforme art. (artigo 100 e § 3º) da Constituição Federal. A ordem do precatório é de ser observada, sob pena de seqüestro (art. 731, Código de Processo Civil).

A pretensão doravante é definir as medidas que propiciem enfrentamento de resistência do agente público ao cumprimento das obrigações de fazer decorrente de provimentos condenatório nas ações civis públicas.

Onde já foi implantado serviço público necessário para a satisfação de um direito fundamental, a sua não-prestação em descumprimento da lei ordinária pode ser atacada com o mandado de segurança. A situação se torna mais complicada onde o Poder Público mantém-se inerte, não instalou os serviços necessários ou onde os mesmos funcionam precariamente (omissão parcial ou total - ex.: hospitais públicos) (KRELL).

Em princípio, a estrutura do Poder Judiciário é relativamente inadequada para dispor sobre recursos ou planejar políticas públicas. Ele também carece de meios compulsórios para a execução de sentenças que condenam o Estado a cumprir uma tarefa ou efetuar uma prestação omitida; não há meios jurídicos para constranger o legislador a cumprir a obrigação de legislar (SILVA, p. 92, 128).

De tudo o que se examina aos argumentos de resistência contra a implementação de direitos sociais por intermédio do Poder Judiciário, é de se concluir que a atuação jurisdicional clássica ou sob suas premissas é inadequada e configura fator negativo à realização de avanços na pretensão de se assegurar exercício ou disponibilidade de Direitos Fundamentais Sociais, reclamando revisão de paradigmas e, fundamentalmente, comprometimento com uma jurisdição integral, sem fixação de premissas facilitadoras se disso decorrer como consequência oportunidades ou causas de resistência ou de inviabilidade de efetivação do provimento judicial de afirmação como agente de integração na concreção da política pública e, nessa situação, ao invés de evolução, caminhará em retrocesso, desqualificando-se pelo paradoxo da inutilidade.

Este o ponto essencial a ser observado, pois as intervenções judiciais que se proponha a fazer o melhor (eficiência, eficácia ou efetividade) não é de ser fixada em procedimentos formais e clássicos de jurisdição a contentar-se com reservas de impulsos e consistência probatória provocados essencialmente pelas partes. Ao contrário, no que

intenta interferir e invadir prerrogativa de outro Poder, é imprescindível que a jurisdição tenha deslocado o ponto de equilíbrio e da atividade para os atos essencialmente do magistrado que passa a concentrar em toda a extensão admissível e também “deve” se utilizar no mais alto grau possível de toda a prerrogativa de instrução, construindo, desde a fase de conhecimento, os elementos viabilizadores de concreção do provimento de modo a não fazer emanar decisão que se revele ineficaz ou converta o processamento da execução em fonte intolerável de obstruções normativamente coerentes. A relevância do objeto, contrapondo valores sensíveis ao Estado – estruturantes – é impositivo afirmar que concepções clássicas de objeções processuais, como efeito preclusivo interno de fases procedimentais ou presunções de mérito para justificar abreviações que impeçam a compreensão integral do objeto, indisponível, e das medidas adequadas e coerentes à sua consecução.

É de se reconhecer ainda a deficiência de estrutura organizacional do Poder Judiciário. A crônica indisponibilidade de recursos e de aparelhamento suficiente para fixar a operacionalidade necessária. Nesse sentido, também se reconhece a incapacidade do Órgão de Jurisdição para controlar e supervisionar realização de grande número de condutas que não se esgotam instantaneamente.

A perspectiva processual é imantada do dogma liberal e o Poder Jurisdicional é como instrumento de fortalecimento do indivíduo (“empowerment”) (SALLES, 1999).

A visão do processo é de ser aquela expressa por Giuseppe Chiovenda que “o processo deve dar, quando for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”.

A pretensão doravante é definir as medidas que propiciem enfrentamento de resistência do agente público ao cumprimento das obrigações de fazer decorrente de provimentos condenatórios nas ações civis públicas.

Onde já foi implantado serviço público necessário para a satisfação de um direito fundamental, a sua não-prestação em descumprimento da lei ordinária pode ser atacada com o mandado de segurança. A situação se torna mais complicada onde o Poder Público mantém-se inerte, não instalou os serviços necessários ou onde os mesmos funcionam precariamente (omissão parcial ou total - ex.: hospitais públicos). (Krell, 1998, p. 67).

É de se reconhecer ainda a deficiência de estrutura organizacional do Poder Judiciário. A crônica indisponibilidade de recursos e de aparelhamento suficiente para fixar a operacionalidade necessária. Nesse sentido, também se reconhece a incapacidade do Órgão de Jurisdição para controlar e supervisionar realização de grande número de condutas que não se esgotam instantaneamente.

A estrutura do Poder Judiciário é relativamente inadequada para dispor sobre recursos ou planejar políticas públicas. Ele também carece de meios compulsórios para a execução de sentenças que condenam o Estado a cumprir uma tarefa ou efetuar uma prestação omitida; não há meios jurídicos para constranger o legislador a cumprir a obrigação de legislar (SILVA, José Afonso da. op. cit. nota 7, p. 92, 128.).

Com razão o Jurista no que se refere ao incontornável óbice em ser judicialmente determinada edição de norma pelo Legislativo. Nesse sentido o e. Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente decidido situações em que reconhece e declara a omissão e mora legislativa sem avançar para estabelecer regramento suplementar (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2507/AL, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Ilmar Galvão. j. 18.03.2002, unânime, DJU 19.04.2002, p. 45).

A viabilidade de impor o processo legislativo efetivamente não se mostra viável em relação a ações que pretenda realizar prestações de direitos sociais, na consideração que a decisão judicial tenha por finalidade entregar o próprio bem da vida na premissa de não se tratar de norma constitucional que reclame interposição legislativa. Nesse sentido, não se revela viável admitir acolhimento a ação judicial que pretenda impor ao legislador a obrigação de editar leis que se tenha por condição necessária ao exercício de direito social, pois caracterizaria negação de todo o fundamento de ser imanente e transcender da própria Constituição Federal.

No que se refere a execução contra o Administrador Público, gestor do erário, já se fixou em precedente judicial resistência contra exigência implemento sob despesas não prevista no orçamento. Assim, em caso em que foi concedida vantagem na falta de autorização específica, o e. Supremo Tribunal Federal decidiu na ADIN n. 129, Ministro Ilmar Gavão (DJ 15.09.95):

É, portanto, inegável que, segundo o regime instituído pelo art. 169 da CF, não basta a existência de recursos orçamentários para autorizar o pagamento de vantagem funcional, sendo, ao revés, ato afrontoso ao

princípio da moralidade administrativa e suscetível de constituir grave irregularidade, que pode chegar às raias do ilícito penal, o pagamento de despesa dessa natureza que não tenha sido objeto de autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias.

A matéria disse sobre vantagem, o que se insere nas obrigações pecuniárias, refugindo ao ponto crítico em debate que é a resistência à execução de obrigação de fazer, contudo, a relevância do precedente instala-se na observação da resistência em conferir validade a despesa sem orçamento, matéria que, repita-se, é de ser enfrentada suficientemente no processo de formação do título, sob pena de reinstalar a lide sob o aspecto da existência ou não do direito.

Portanto, na execução da obrigação de fazer concernente à prestação de direitos sociais é de estar definida a viabilidade ou não poder ocorrer execução direta, ou seja, o Juízo, por atos judiciais sub-rogar-se no ato omissivo e promover a prestação à sua revelia. A atuação judicial supletiva é admitida, na forma do art. 11 da Lei 7347/85. Comporta aqui discorrer sobre as regras da execução definidas pela Lei 7347/85, expostas nos arts. 11 e 13:

Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

(...)

Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

A proposta normativa para a execução é fixada, como se observa, no art. 11, em obrigação, específica de fazer sendo determinado o cumprimento da obrigação, sob pena de multa ou de obrigação específica de fazer ou não fazer e, no art. 13, em caso de condenação de dinheiro pelo recolhimento ao Fundo inerente ao objeto da ação. Definidas as formas de execução, comportam anotar as críticas e sinalizar as vias possíveis, na conjugação do instrumento processual para ser realizada a prestação.

Assenta-se a premissa que o discurso é o de medidas que se efetive na entrega específica da prestação inerente ao direito social.

A regra do art. 13 da Lei 7347/85, no que impõe destinação de recursos ao Fundo para a recomposição do bem lesado tem se revelado medida inócua e de efeito dissociado da efetivação real no procedimento. A distribuição do recurso pelo Fundo não está vinculada especificamente à reparação do dano sofrido ou implementar a prestação objeto da ação. Ao largo disso, a crise é mesmo antecedente à destinação de recursos ao fundo previstos na Lei 7347/85.

Anote-se que as ações prestacionais não são direcionadas contras as pessoas dos Administradores, o que se comporta em mandado de segurança, mas sim contra o Ente ou entidade pública cuja obrigação da prestação é atribuída. A imputação de pagamento ou de multa imposta é direcionada contra o Ente Público sem efeito algum ao administrador, pois, detentor de cargo eletivo, deixa o cargo sem qualquer responsabilidade sobre a incidência. Também é esse o destino do valor das multas imputadas ao Estado. Resultado: sem efetividade. O demandante não reclama multa ou indenização, pois as ações prestacionais são prospectivas. Há crítica ao § 2º do art. 12 da Lei 7347/85 no que prevê a exigibilidade da multa liminar somente após o trânsito em julgado da ação, o que não tenho que mereça maior reforço, à vista da ineficácia.

O magistrado federal (SILVA, 1998, p. 249/257) discorre sobre as medidas possíveis de serem imputadas no intento de cumprimento de decisões judiciais. Observa que dos crimes elencados no Capítulo III, Dos Crimes contra a Administração da Justiça (artigos 338 a 359), do Código Penal, nenhum é compatível à coação contra resistência ao cumprimento de decisão judicial, ressalvada o art. 359, "Exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus, de que foi suspenso ou privado por decisão judicial; que se preste a tornar compatível ao *contemp of court* anglo-saxão. Nos crimes contra a Administração Pública suscita controvérsia na aplicação do art. 319 de prevaricação Prevaricação – "Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal", anotando a inexistência de dolo se o servidor entende ilegal a ordem.

Tratando-se de execução específica, na previsão do art. 11 e, por força do art. 19 da Lei 7347/85, o art. 461, § 3º, do Código de Processo Civil, a incidência maior nas demandas prestacionais são de natureza individual, como fornecimento de medicamentos ou tratamento de saúde,

valendo assentar que essa obrigação de fazer é essencialmente de entregar, tem comportado provimentos alternativos como bloqueios de valores ou de prisão por desobediência. O bloqueio de valores para aquisição de medicamentos tem sido admitido pelo Superior Tribunal de Justiça. A imputação de desobediência tem determinado a prisão de agentes públicos, no entanto, é controversa a compatibilidade do tipo ao fato, na anotação de Ricardo Perligeiro reportando-se à decisão do e. Superior Tribunal de Justiça no HC n. 2.6128-4, relator Ministro Vicente Cernicchiaro que já rejeitou essa imputação na observação de que o agente do delito de desobediência previsto no art. 330, do Código Penal, é do particular contra a Administração, não se aplicando ao servidor público.

A despeito disso, medida de maior eficácia é a que se imputa pessoalmente ao agente público. Nesse ponto, pela extensão, é possível invocação do art. 14, V, e parágrafo único, do Código de Processo Civil (art.19 da Lei 7347/85).

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

A extensão do parágrafo único do art. 14 do Código de Processo Civil deixa ver a possibilidade de imputação, inclusive e direta e pessoalmente ao agente público resistente, ao crédito da Fazenda Pública, o que se revela de maior legitimidade. A condicionante do limite ao valor da causa comporta considerar que o valor da causa dever corresponder ao conteúdo econômico da demanda, ainda que assim não tenha procedido a parte e indicando valor diverso.

De igual forma, a imputação do crime de responsabilidade comporta ser aferido, na regra das: Do Presidente da República e Ministros de Estados Leis 1.079/50 (art. 4º, II; 6º, 5 e 6; 12); Dos Governadores de Estado e Secretários (art. 74, 1.079/50); do Governador do Distrito Federal

e Secretários (art. 1º, 7.106/83); Dos Prefeitos Municipais (201/67. Art. 1º, XIV). Também decorrem os efeitos

Por fim, também comporta examinar o fato a partir dos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/92 (arts. 9º a 11) Improbidade Administrativa, no que incidem no art. 11.

Impõe observar a existência "Código Modelo de Processo para Ibero-America" pretendendo instituir base processual adequada às demandas coletivas com intensa contribuição dos juristas nacionais Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, dentre outros grandes juristas latinos. No Brasil é apresentado Projeto para Código Brasileiro de Processos Coletivos, com inúmeros avanços, especialmente por definir expressamente possibilidade de medidas executivas atípicas. Contudo, o procedimento mantém a destinação dos recurso ao fundo e, lamentavelmente, no anteprojeto perante o Ministério de Justiça, não constou a proposta de ser possível ao Juízo definir destinação dos recurso para atendimento de prestação específica de modo a fazer concreta a decisão especialmente na localidade e na destinação reclamada. Extensa matéria sobre tema é conferido no Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe).

De tudo o que se examina aos argumentos de resistência contra a implementação de direitos sociais por intermédio do Poder Judiciário é de se concluir que a atuação jurisdicional clássica ou sob suas premissas é inadequada e configura fator negativo à realização de avanços na pretensão de se assegurar exercício ou disponibilidade de Direitos Fundamentais Sociais, reclamando revisão de paradigmas e, fundamentalmente, comprometimento com uma jurisdição integral, sem fixação de premissas facilitadoras se disso decorrer como consequência oportunidades ou causas de resistência ou de inviabilidade de efetivação do provimento judicial de afirmação como agente de integração na concreção da política pública e, nessa situação, ao invés de evolução, caminhará em retrocesso, desqualificando-se pelo paradoxo da inutilidade.

Este o ponto essencial a ser observado, pois as intervenções judiciais que se proponha a fazer o melhor (eficiência, eficácia ou efetividade) não é de ser fixada em procedimentos formais e clássicos de jurisdição a contentar-se com reservas de impulsos e consistência probatória provocados essencialmente pelas partes. Ao contrário, no que

intenta interferir e invadir prerrogativa de outro Poder, é imprescindível que a jurisdição tenha deslocado o ponto de equilíbrio e da atividade para os atos essencialmente do magistrado que passa a concentrar em toda a extensão admissível e também “deve” se utilizar no mais alto grau possível de toda a prerrogativa de instrução, construindo, desde a fase de conhecimento, os elementos viabilizadores de concreção do provimento de modo a não fazer emanar decisão que se revele ineficaz ou converta o processamento da execução em fonte intolerável de obstruções normativamente coerentes. A relevância do objeto, contrapondo valores sensíveis ao Estado – estruturantes – é impositivo afirmar que concepções clássicas de objeções processuais, como efeito preclusivo interno de fases procedimentais ou presunções de mérito para justificar abreviações que impeçam a compreensão integral do objeto, indisponível, e das medidas adequadas e coerentes à sua consecução.

Acolhendo informações jurídicas do insigne jurista (SALLES, 1999), reportando-se aos preceitos indicados por David M. Trubeck, importar indicar diretrizes ao melhor exame dos casos submetidos para apreensão em completude do objeto e dos agentes não somente integrantes do processo, mas que por ele possa ser atingido de forma direta ou indireta. Assim, as anotações: 1. Conhecimento técnico científico sobre a matéria em exame; Variável grau de incerteza científica; 2. Apreciação de risco é sempre difícil, lidando com variáveis graus de percepção; 3. Grande número de pessoas envolvidas. Como vincular à decisão?; 4. A solução pode impor uma dentre muitas alternativas. Qual a melhor; 5. Pode envolver vários órgãos com poder decisório sobre a matéria ambiental, levando a junção de esquemas complexos de competência material e legislativa. Como impor condutas?; 6. Há efeitos distributivos a serem sopesados. Encargos transprocessuais.

Importante assentar ainda que o processo judicial perde relevo enquanto formatação rígida de processo na busca de solução representada essencialmente em provimento com poder de se impor em execução. Ao ser proposta nova dimensão à atuação jurisdicional não é de se ignorar as facilitações à solução da tensão. Assim, é de serem verificadas alternativas mesmo concorrentes, vinculadas ou não ao objeto. A afirmação do Poder Judiciário na implementação de prestações omitidas não se realiza pelo simples comando impositivo de sua execução à revelia dos efeitos negativos ou danosos que possa causar. Não se olvide que o recurso público é apenas gerido pelo Administrador a ele não pertence, e os regramentos prévios como a observância ao processo orçamento e assim

também ao processo seletivo de aquisição de bens valores ou serviços públicos para permitir a confrontação pela sociedade.

Nessa linha, medidas coativas como bloqueio de bens ou valores públicos ou dos agentes, imposições ou ameaças de sanções políticas, civis ou penais, ainda que se revelem de maior tendência de eficácia devem provir da convicção que o objeto da ação foi conhecido em sua totalidade e que a medida adota atenda os mesmos requisitos que se exigem do Administrador: eficiência – eficácia e efetividade. Estes atributos devem ser inerentes também às decisões judiciais no que se investem sobre recursos públicos para determinar destinações excepcionais.

De se ver que efetividade implica em consideração de meios e fins, atingindo a finalidade, considerando o conjunto de objetivos implícitos no direito material e a totalidade da repercussão da atuação judicial. Essa base executiva é imprescindível: o processo de conhecimento que reúna informações suficientes e eficientes para orientação das medidas executivas adequadas.

A observação de maior relevância, na verdade, não é de recair sobre a fase de execução da medida, mas da avaliação prévia de sua viabilidade. Em verdade, se o Poder Judiciário tem pretensão de se impor ao Administrador por omissão de gestão, não é razoável que se refira também de forma planejada e antevendo os efeitos integrais possíveis de sua decisão. A unidade humana é essência da vida social que organizada e cria o Estado como facilitador da convivência e nesse propósito de origem se vincula. A vinculação tem como essência corpo e alma: governo e povo. Nessa simbiose a dignidade humana: a essência mínima do próprio Estado vivo, conferido em Direitos Fundamentais, sobrevida do corpo e da alma. O Poder Judiciário é Estado e dele sobrevida. Não lhe é possível furtar-se à sobrevivência.

O discurso pretendeu demonstrar a vida do Estado moderno e da estrutura de governo e de poder que fora fixada no elemento mínimo: cidadão e da sua reunião - a sociedade. E, dessa premissa, afirmar que a origem e finalidade do Poder e do Governo e assim do Poder Judiciário é o povo, tributário dos direitos sociais que legitimidade tem a prerrogativa de vindicar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luiz R. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas, p.150s.

BRASIL, Constituição da República, Brasília: Senado Federal, 1988.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Livraria. Almedina, 1991, pp. 529-639, esp., 566-567, 615, 620-621.

KRELL, Andréas Jochim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos/ uma visão comparativa. Organizador Ingo Wolfgang Sarlet. – Constituição Concretizada, construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado/Editora, 2000.

LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. Coordenação. Ingo Wolfgang Sarlet – Jurisdição e Direitos Fundamentais - Ajuris Escola Superior da Magistratura. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MARINHO, Josaphat. Direitos e Garantias Fundamentais. Revista de Informação Legislativa, n. 127, 05.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. Brasília: Revista de Informação Legislativa, Senado Federal, outubro/dezembro, 1996, ano 33 n. 132, p. 321/330.

PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 28.

SABÓIA, Marcelo Rocha. Algumas questões acerca das noções de ordem pública e ordem justa. Brasília: Revista de Informação Legislativa, outubro/dezembro, 1996, 33, n. 132, p. 263/279).

SALLES, Carlos Alberto. Execução Judicial em matéria ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 87/105.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. Eficácia dos Direitos Fundamentais, Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2005, p. 60/61.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes. Conflito Aparente de Normas no descumprimento de ordem judicial pela Administração Pública, Brasília: Revista de Informação Legislativa, outubro/dezembro, 1998, ano 35, n. 140, p. 249/257.

SILVEIRA, Paulo Fernando. Freios e Contrapesos (Cheks and Balances), Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.45/v.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 890441/RS, 1ª Turma do STJ, Rel. José Delgado. j. 13.03.2007, unânime, DJ 02.04.2007.

DEPOIMENTO SEM DANO
Viabilidade Jurídica, Eficácia segundo as
Ciências Afins e a Necessidade de sua
Implantação no Judiciário Rondoniense

Emy Karla Yamamoto Roque
Juíza de Direito no Estado de Rondônia

DEPOIMENTO SEM DANO

Viabilidade Jurídica, Eficácia segundo as Ciências Afins e a Necessidade de sua Implantação no Judiciário Rondoniense

Emy Karla Yamamoto Roque

INTRODUÇÃO

“Depoimento sem Dano” é o nome dado ao projeto já implantado no Rio Grande do Sul - estado federativo conhecido por seu pioneirismo na proposta de soluções para os problemas jurídicos e administrativos enfrentados pelo Judiciário brasileiro - que trata da adoção de procedimento especializado na oitiva de crianças e adolescentes em Juízo, seja como vítima, seja como testemunha.

Observou-se, naquele Estado, que as normas processuais penais aplicadas no depoimento da vítima e/ou testemunha, quando estas ainda não atingiram a maioridade, são deficitárias por deixar de proteger o infante/adolescente dos danos que o seu próprio testemunho pode causar-lhes. Fazer uma criança relatar os abusos sexuais que sofreu significa, muitas vezes, fazê-la vítima de novo trauma – este vivenciado na sala de audiências do fórum.

Para corrigir tal falha, o estado gaúcho implementou novas regras para a oitiva de menores, não feita em sala de audiência, diretamente pelo Juiz, na presença do Promotor de Justiça e do advogado de defesa. Sendo peculiares as características das crianças e adolescentes, a elas deve ser dispensado um tratamento diferenciado quando da prestação de seus depoimentos em processo criminal. Nos processos criminais do Rio Grande do Sul ouve-se o relato dos menores extraído de entrevista com psicólogos e assistentes sociais, que fazem as perguntas formuladas pelo magistrado e também pelo membro do Ministério Público e advogado, tudo através de ponto. Essa entrevista pode ser assistida por meio de vidro espelhado. Busca-se, com isso, preservar o infante, evitando novos traumas, e a extração da verdade, muitas vezes ocultadas pela vergonha ou medo sentidos pelo menor.

O Judiciário rondoniense comunga do mesmo entendimento acerca da busca da proteção da criança concomitantemente à necessidade da extração da verdade real para prolação de decisão justa em casos tão graves como o da violência sexual contra crianças e adolescentes. Por

isso, decidiu-se implantar na Vara Especializada em Delitos contra a Criança e Adolescente, o moderno sistema de oitiva de menores. Tal sistema ainda não está em funcionamento, por questão de logística – aguarda-se a instalação dos equipamentos e adequação de sala própria para sua realização.

Aborda-se aqui três questões: a) a legalidade do novo procedimento, diante das normas processuais penais, da Constituição Federal e da legislação brasileira como um todo; b) a eficácia do procedimento especializado, tanto na extração da verdade, como na preservação do emocional da criança/adolescente; e c) a necessidade da adoção de tal procedimento em Rondônia, especificamente na Comarca de Porto Velho, em sua Vara Especializada em Delitos contra a criança e Adolescente.

Como já dito, trata-se de um procedimento novo, implementado diante da constatação da imensa dificuldade que se tem na oitiva de menores em Juízo. Embora a necessidade da adoção desse novo proceder seja mais evidente quando a criança/adolescente encontra-se no papel de vítima de abuso sexual, tal método não deve ser limitado apenas a estes casos. Inclui-se nele também a oitiva de menores quando testemunhas, e relativamente a outros crimes, muitas vezes igualmente traumatizantes, como homicídio, roubo, seqüestro, dentre outros.

Para verificarmos a necessidade da adoção do “Depoimento sem Dano” na Comarca de Porto Velho, aferir-se-á a quantidade de sentenças proferidas nos processos criminais em que foram vítimas crianças/adolescentes no decorrer do ano de 2006, discriminando a espécie dos crimes bem como a resolução dos autos – se houve condenação, absolvição e os seu motivos.

Os crimes de abuso sexual, assim considerados, dentre outros, o estupro e o atentado violento ao pudor, estão entre os mais graves existentes na legislação penal brasileira. Suas penas são altíssimas – mínimo de seis e máximo de dez anos, podendo ser aumentada em determinados casos. Estão arrolados entre os crimes tidos por hediondos e, por consequência, seus autores, quando condenados, não fazem jus a uma série de benefícios disponíveis para outros apenados ou possuem regras mais rígidas, tais como a progressão do regime de cumprimento de pena com exigência de percentual diferenciado, conforme o art. 2º da lei dos Crimes Hediondos, com a atual redação dada pela lei 11.464/07. A par disso, existe a pena imposta não pelo Estado, mas pelos colegas de prisão. É cediço que os apenados não poupam os condenados pelos crimes de abuso sexual, e impingem a eles penas há muito banidas dos Estados democráticos de Direito.

E desta forma é porque o crime de abuso sexual, muito além das seqüelas físicas, ocasiona danos emocionais, jamais esquecidos pelas vítimas. Comumente elas levam consigo os traumas, que muitas vezes as impedem de ter uma vida sexual saudável, prejudicando a sua vida amorosa e até social.

A situação se agrava ainda mais quando a vítima, ao invés de uma pessoa adulta, é uma criança ou adolescente. Além de ser despida de qualquer tipo de defesa contra atos tão infames, proporcionando maior facilidade ao seu algoz, o abuso traz conseqüências ainda mais graves ao emocional do infante, que muitas vezes nem entendia ainda o caráter sexual do ato a que foi submetido.

Desta forma, a ocorrência desta espécie de delito causa indignação e revolta na sociedade, gerando a necessidade de pronta resposta a um crime tão horrendo. Esta resposta deve ser dada pelo Estado que, no afã de saciar a sede de vingança originada pelo delito, pode se precipitar na condenação do suposto autor do fato.

Quando a vítima de um crime sexual é uma pessoa adulta, em geral ocorre por violência real, uma vez que a vítima possui discernimento e certa força física para, ao menos, tentar impedir o intento do criminoso. Ademais, é capaz de reconhecer o autor do delito, por meio de suas características físicas e voz. Ainda, comumente o delito é consumado através da penetração, produzindo prova material uma vez que a penetração deixa vestígios, demonstrados por exame pericial médico, o chamado exame de corpo de delito.

Já quando a vítima é uma criança e/ou adolescente, na maioria dos casos a consumação se dá não com a penetração. O autor lança mão do que usualmente denomina-se “preliminares”, satisfazendo, assim, sua lascívia. Tal conduta não viola menos a criança e a ausência de prova material da ocorrência do delito gera dificuldades na comprovação da ocorrência do delito.

Como se verá no desenvolver do tema, os autores desta espécie de crime, quando a vítima é criança e/ou adolescente, é não um estranho, mas sim uma pessoa próxima da família, sendo considerado de confiança dela e da própria vítima. Isso propicia situações favoráveis ao autor, como estar sozinho com a criança. Amigos, vizinhos, tios, padres, pastores, professores, padrinhos, padastos e até pais encontram-se frequentemente no rol dos acusados da perpetração destes crimes que tanta repulsa causa a todos.

Assim, ao invés da violência real, esta entendida como a força física, os autores usam ardis psicológicos, oferecendo brinquedos e doces para as vítimas, e/ou deixando-as com medo, afirmando que os pais irão brigar com ela ou que irá matar seus entes queridos se ela ousar contar o fato para alguém.

Dessa forma, na maioria dos casos, o delito ocorre de forma continuada, ou seja, o autor comete o abuso não apenas uma vez, mas várias vezes, comumente nos mesmos locais e da mesma maneira, em dias próximos, sendo o fato descoberto apenas muito tempo depois.

A par dos terríveis traumas que esta situação causa na vítima, para a averiguação da verdade dentro do processo criminal, isto gera a problemática da produção probatória para fins de gerar a condenação.

Ora, sem prova material do ocorrido, resta apenas a prova testemunhal. Pela natureza do delito, este é realizado não na presença de outras pessoas, mas apenas entre o autor e a vítima. Por óbvio o autor nega sua realização. O que temos então, como prova da ocorrência e da autoria do crime? A palavra da vítima – uma criança e/ou adolescente por demais traumatizada.

Em obediência às regras processuais penais vigentes no Brasil, a oitiva das vítimas e testemunhas, sejam elas adultas ou crianças, ocorrem da seguinte maneira. Em sala de audiência, na presença do Promotor de Justiça e do advogado de defesa – que, na maioria das vezes, concorda com a dispensa da presença do acusado – o juiz faz as perguntas para o depoente, que as responde. À acusação e à defesa é permitida a formulação de perguntas, deferidas ou não pelo magistrado, e feitas por ele ao depoente. Ainda, há a presença do secretário, responsável pela digitação do termo da audiência. Quando se trata de depoente menor, faz-se presente um responsável, que pode ser a representante legal ou um assistente social.

Ao imaginar a cena, pode-se concluir o resultado do depoimento da criança, vítima do abuso sexual: novo trauma, causado agora pelo nervosismo e constrangimento de se ver obrigada a relatar aquilo de que tanto se envergonha, que lhe causa tanta dor, e que tanto luta para esquecer. Ora, se o depoimento em Juízo, nos recintos dos fóruns, é causa de stress a um adulto comum, o que acontecerá ao emocional de uma criança vitimizada sexualmente?

Outro problema advindo desta situação constitui-se no valor probatório do depoimento da vítima. Como explicitado alhures, em razão das peculiaridades dos casos de abuso sexual infantil, muitas vezes a

palavra da vítima torna-se o alicerce da produção probatória para se chegar a uma decisão – ou pela condenação ou pela absolvição do réu.

Ocorre que, além das pressões muitas vezes sofridas no seio familiar, a ambientação formada para a tomada de seu depoimento não é propícia para a extração do relato mais fiel possível do ocorrido. Ao contrário, muitas vezes o cenário da audiência faz com que o emocional da criança se feche, obstando o externamento de qualquer dado relacionado ao abuso. Quando isso acontece, os elementos para a condenação do autor do fato simplesmente desaparecem. Embora ainda se possa embasar a decisão em relatos de mães, tias e amigas, que ouviram a história da vítima – o que, muitas vezes, tem sido feito – a palavra da vítima é de suma importância para se averiguar a verdade.

Não se pode olvidar que a necessidade de se verificar qual a verdade num processo criminal não reside somente na importância da responsabilização do autor de delito do abuso infantil. Como esta espécie de delito costuma não deixar vestígios e o autor, em regra, não possui características de ser um criminoso contumaz e perigoso, condenar uma pessoa baseado no depoimento da vítima e testemunhas que ouviram dela o relato do abuso torna-se algo melindroso.

A condenação de um inocente pelo crime de abuso sexual infantil é, sem o uso de exagero lingüístico, acabar com a vida da pessoa. Não só pelo tempo que passará privado de sua liberdade. Comparado com as outras sanções extra legais a ele impingidas, tal pena se torna a mais amena. A pena imposta pelos colegas de cárcere, como já mencionado, é uma das piores, mais ultrajantes e humilhantes. E a pecha de abusador sexual de crianças cercará a pessoa pelo resto de sua vida, quando e se sair da prisão.

Todo o acima explanado faz com que o julgamento de um caso de abuso sexual se torne extremamente pesado e penoso ao magistrado. O que constituiria maior tragédia, maior erro na decisão do juiz? Condenar um inocente a uma pena tão atroz ou absolver um culpado, proporcionando a ele a oportunidade de abusar de outras vítimas, deixando, ainda, a sensação de impunidade e injustiça para sua vítima e familiares?

Para tentar solucionar tais questões é que foi proposta a realização do depoimento da criança e/ou adolescente de forma diferenciada – o “Depoimento sem Dano”.

O que se pretende aqui é a colheita de dados para se confirmar a necessidade da adoção deste procedimento especializado. Dados extraídos da Vara de Delitos de Trânsito e Crimes contra Crianças e Adolescentes, da Comarca de Porto Velho.

Busca-se, também, a verificação da legalidade de tal procedimento, diante das normas que regem o processo penal atualmente.

Por fim, necessário é que se averigüe a eficácia do procedimento proposto e já em funcionamento no Rio Grande do Sul, com eventual proposta de alteração ou aperfeiçoamento dele.

Para facilitar o entendimento bem como a escrita, neste trabalho, utilizaremos o termo “Depoimento sem Dano” ou a sigla “DSD”, para referirmo-nos ao procedimento especializado para oitiva de menores em Juízo, implementado na capital do Rio Grande do Sul. A sigla ASI, por sua vez, referir-se-á ao abuso sexual infantil.

A pesquisa realizada se deu em livros, trabalhos e artigos que abordam o tema abuso sexual, a psicologia infantil, o processo penal no Brasil bem como os direitos e garantias das crianças e adolescentes. Utilizou-se também a pesquisa em dados armazenados em Cartório da Vara Especializada em Crimes contra a Criança e Adolescente da Comarca de Porto Velho, Rondônia, além de entrevistas com o magistrado titular dessa desde a sua especialização, e com psicólogo e assistente social afetos à área.

1. ABUSO SEXUAL INFANTIL

1.1. CONCEITO

O abuso sexual infantil (ASI) é definido, segundo o médico psiquiatra ANDRÉ SALAME SEABRA¹, como a exposição de uma criança a estímulos sexuais impróprios para sua idade, seu nível de desenvolvimento psicossocial e seu papel na família. A vítima é forçada fisicamente ou coagida verbalmente a participar da relação sem ter, necessariamente, a capacidade emocional ou cognitiva para consentir ou julgar o que está acontecendo.

(1) SEABRA, André Salame. Abuso Sexual na Infância. **Jornal Existencial On Line**, Edição Especial, Caderno de Psiquiatria, 1999, pág. 01. Disponível em <<http://www.existencialismo.org.br/jornalexistencial/andreseabraabusossexual.htm>>. Acesso em 01 ago 2007.

Pode ser conceituado como relação libidinosa violenta (sendo a violência física ou somente de cunho psicológico) empreendida por uma pessoa contra crianças e adolescentes. Dispõe SAFIOTTI² com veemência sobre o tema:

...No ASI, ao contrário, há uma vontade – a do adulto ou do mais velho – que se sobrepõe a uma outra – a da criança ou do mais novo. Há, na relação, o exercício da coerção, pois ela é díspar, não-par. É permeada pelo poder. Não é necessário que haja ameaça para que se exerça coação. O adulto, freqüentemente, induz a criança a entrar numa relação libidinosa com ele, sem uso ou ameaça de usar violência....

Considerando o abuso sexual infantil uma doença, LUCIANA PARISOTTO³ o denomina pedofilia, sendo esta:

...um transtorno parafilico, onde a pessoa apresenta fantasia e excitação sexual intensa com crianças pré-púberes, efetivando na prática tais urgências, com sentimentos de angústia e sofrimento. O abusador tem no mínimo 16 anos de idade e é pelo menos 5 anos mais velho que a vítima... .

1.2. CLASSIFICAÇÃO

O abuso sexual infantil pode ser classificado em intrafamiliar e extrafamiliar. Entende-se por ASI extrafamiliar qualquer forma de atividade sexual entre um não membro da família e uma criança. Na maioria dos casos de ASI extrafamiliar, o adulto é conhecido da criança.

(2) SAFIOTTI, Heleieth. Abuso Sexual pai-filha. Biblioteca virtual do Conselho Latino-Americano de Ciências Sociais, 2002, in MORAES, Ana Luisa Zago de. Os delitos de abuso sexual incestuoso . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 901, 21 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7688>>. Acesso em 07 ago. 2007, pág. 01.

(3) PARISOTTO, Luciana. Abuso Sexual. *ABC da Saúde*, 01 de novembro de 2001, Disponível em: <<http://www.abcdasaude.com.br/artigo.php?5>> acesso em 17 jan 2007, pág. 01.

O agressor normalmente tem acesso à criança na condição de visitante (por exemplo: o amigo do pai, vizinho) ou na qualidade de alguém a quem se confiou o infante (babás, professores, religiosos, médicos).

Há, ainda, casos de ASI extrafamiliar em que o abusador é desconhecido da vítima ou sua família. Tais episódios são únicos e ocorrem com maior frequência fora do âmbito familiar, incluindo atos sem violência física, como a pedofilia, ou até os atos violentos como o estupro. Uma vez que não há envolvimento direto da família, os pais e a criança com frequência procuram rapidamente atendimento do profissional de saúde, relatando uma história clara de abuso.

O ASI intrafamiliar, por sua vez, é de mais difícil detecção e, por consequência, de interrupção e responsabilização. Apesar de possuir pontos comuns com o incesto, diferencia-se deste uma vez que usa da coerção. No incesto há a convergência de vontades. Segundo ANDRÉ SALAME SEABRA⁴, as relações incestuosas são subdivididas em cinco: pai-filha, irmão-irmã, mãe-filha, pai-filho, mãe-filho. A espécie mais relatada é entre pai e filha (75% dos casos). Mãe-filho é considerado o tipo mais patológico, sendo frequente sua associação com psicose.

Quanto ao envolvimento pai-filha, MARIA REGINA FAY DE AZAMBUJA⁵ enumera três tipos de relações familiares incestuosas presentes na literatura: tipo intrafamiliar, tipo multiproblemático e tipo acidental. No tipo multiproblemático, o problema do ASI é mais facilmente identificado, pois é mais um aspecto a somar, na total desorganização familiar, que muitas vezes incluem o alcoolismo, violência, abuso físico, delinquência e doença mental. A estrutura familiar é caótica, sendo a relação próxima entre seus membros inexistente. Assim, a criança tanto pode ser vítima do abuso físico quanto sexual. No denominado tipo acidental, o pai, normalmente alcoolizado, pratica o ASI que, na maioria das vezes, não envolve o coito propriamente dito. Esta forma de abuso sexual pode ocorrer em famílias estáveis, nas quais existem boa relação pai-filha. Em geral, acontecem uma única vez, e o genitor abusador é assolado por sentimentos como culpa e remorso.

(4) SEABRA, André Salame. *Op. cit.*, nota 1, pág. 01.

(5) AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Violência Sexual Intrafamiliar: É Possível Proteger a Criança?** 1. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004, pág. 105.

Contudo, afirma o autor⁶ que o tipo mais comum é o intrafamiliar. Segundo ele, o diagnóstico é de difícil obtenção, uma vez que a família se apresenta normal e tranqüila perante os demais. Contudo, tanto o pai quanto a mãe não conseguem desempenhar seus papéis. Inicia-se normalmente em período de estresse ou angústia para o pai, tais como problemas financeiros ou conjugais. Representa, mais do que desejo sexual, necessidade de afeto, que encontra sua satisfação na relação libidinosa com sua filha, começando com meras carícias até completar o ato sexual. A mãe, por sua vez, comumente também sofreu abuso sexual quando criança, e repete com sua filha a relação desarmoniosa que tinha com sua mãe. Muitas vezes, tem ciência do abuso, mas ignora-o ou chega a incentivá-lo. Neste tipo, o incesto dura, em média, vários anos, com uma média de seis meses a sete ou oito anos.

Como se a situação não fosse angustiante o bastante para a criança, no ASI intrafamiliar muitas vezes prepondera também a questão econômica. Geralmente o abusador é o provedor e a mãe e demais membros da família, ao perceber que, sendo ele preso, não haverá quem supra as necessidades materiais da casa, passam a pressionar a vítima para que desminta o relato de abuso, imputando à ela responsabilidade que não lhe cabe. O Estado, por sua vez, com seus poucos recursos, não dispõe de estrutura para auxiliar e dar acolhida a esta família, chancelando o temor daqueles que preferem sacrificar a criança a se ver sem perspectivas de suprimento de suas necessidades.

1.3. O AGRESSOR

Quanto ao gênero do abusador, estudos mencionados por ANA LUISA ZAGO DE MORAES⁷ revelam que 99% das agressões são cometidas por homens, embora se suspeite que os casos de mães abusadoras sejam sub-diagnosticados.

Existem 4 faixas etárias de abusadores, segundo refere LUCIANA PARISOTTO⁸: jovens até 18 anos de idade, que aprendem sexo com suas vítimas; adultos de 35 a 45 anos de idade que molestam

(6) SEABRA, André Salame. *Op. cit.*, nota 1, pág. 02.

(7) MORAES, Ana Luisa Zago de. Os delitos de abuso sexual incestuoso. **Jus Navigandi**, Tercsina, ano 10, n. 901, 21 dez. 2005, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7688>>. Acesso em 07 ago. 2007. pág. 05.

(8) PARISOTTO, Luciana. *Op. cit.*, nota 03, pág. 01.

seus filhos ou os de seus amigos ou vizinhos; pessoas com mais de 55 anos de idade que sofreram algum estresse ou alguma perda por morte ou separação, ou mesmo com alguma doença que afete o Sistema Nervoso Central; e aqueles que, independentemente da idade, sempre foram abusadores por toda uma vida.

MARIA BERENICE DIAS⁹ afirma que em 90% dos casos os delitos têm como autores homens de confiança da vítima, pessoas que elas amavam e respeitavam. Da mesma forma, BALLONE¹⁰ informa que, geralmente, quem abusa sexualmente de crianças são pessoas de seu conhecimento e que, de alguma maneira, podem controlá-las. Segundo o autor, de cada 10 casos registrados, em 8 o abusador é conhecido da vítima.

Chocante é a informação ofertada por MARIA BERENICE DIAS¹¹ de que 69,6% dos agressores é o pai biológico da vítima, sendo que em 29,8% o abusador é o padrasto, e apenas em 0,6% dos casos o agressor é o pai adotivo. A autora ainda afirma não existir registro de abuso sexual por parte de pais homossexuais.

1.4. A VÍTIMA

A violência intrafamiliar contra mulheres, crianças e adolescentes ainda é um fenômeno social grave, como apontam os diversos estudos referidos por MARIA DE FÁTIMA ARAÚJO¹², dentre eles Azevedo & Guerra, 1989 e 1993; Saffioti, 1997; Almeida, 1998. Segundo a autora, todas as pesquisas apontam como principal alvo da violência intrafamiliar as mulheres e crianças do sexo feminino.

Tal afirmação, continua a autora¹³, não significa que meninos não sofram violência: eles sofrem, mas isso ocorre em menor proporção, principalmente quando se trata de abuso sexual infantil dentro da família.

(9) DIAS, Maria Berenice. A Justiça e a invisibilidade do incesto . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1122, 28 jul. 2006, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8692>>. Acesso em 07 ago. 2007.,

pág. 01.

(10) BALLONE GJ. Abuso Sexual Infantil. in. **PsiquWeb**, Internet, 2003, Disponível em <<http://www.virtualpsy.org/infantil/abuso.html>> Acesso em 18 jan. 2007.pág. 02.

(11) DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, nota 09, pág. 01.

(12) ARAÚJO, Maria de Fátima. Violência e Abuso Sexual na Família. **Psicologia em Estudo**, vol. 07, n. 02, Maringá jul./dez. 2002, pág. 04.

(13) ARAÚJO, Maria de Fátima. *Op. cit.*, nota 12, pág. 04.

A incidência maior do ASI em face de meninos ocorre de forma extra familiar, em geral perpetrado por adultos não parentes. Essa informação é repisada pelo estudo realizado por ANA MARIA ZAGO DE MORAES¹⁴, afirmando que 93% das vítimas de ASI intrafamiliar é do sexo feminino. Conforme relata ainda tal autora, a faixa etária da maioria das vítimas é de 7 a 10 anos, sendo bem menos expressiva o percentual de vítimas com idade entre 12 e 15 anos (apenas 18,9%).

1.5. *MODUS OPERANDI DO ABUSO*

O sexo praticado com crianças, conforme aduz LUCIANA PARISOTTO¹⁵, geralmente é oro-genital, sendo menos freqüente o contato gênito-genital ou gênito-anal.

ANDRÉ SALAME SEABRA¹⁶ afirma existir um curso padrão até o atingimento do abuso sexual infantil. A primeira etapa é a da aproximação, na qual o abusador tem acesso à vítima e oportunidade para colocar em prática atitudes indevidas. Ele articula situações a fim de conseguir estar sozinho com a criança. Esta pode sofrer ameaças ao recusar participação ou recebe prêmios se cooperar. VELEDA DOBKE¹⁷ descreve com precisão a atuação inicial do agressor:

...Na primeira fase, o abusador manipula a dependência e a confiança da criança, incitando-a a participar dos atos abusivos, ao mesmo tempo em que a faz crer que se tratam de brincadeira ou comportamentos normais entre pais e filhos, sob promessa de recompensa; prepara o momento e o lugar para a prática e toma precauções para não ser descoberto... .

O estágio seguinte é o da atividade sexual em si. Nela, o agressor pode evoluir do mero voyerismo (olhar) para os toques, chegando a praticar atos mais invasivos, como o coito em si ou sexo orogenital.

(14) MORAES, Ana Luisa Zago de. *Op. cit.*, nota 07, pág. 05.

(15) PARISOTTO, Luciana. *Op. cit.*, nota 03, pág. 01.

(16) SEABRA, André Salame. *Op. cit.*, nota 1, pág. 03.

(17) DOBKE Velela. **Abuso Sexual**: A inquirição das crianças uma abordagem interdisciplinar. 1. ed. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001, pág. 29.

Nesta fase, costuma-se formalizar o pedido de segredo, exigindo silêncio e cumplicidade da vítima, e os obtêm ao responsabilizá-la pela manutenção da estrutura familiar e pela sua própria liberdade. Manipula a criança afirmando que sua mãe ficará com ciúmes, uma vez que ama mais a vítima, preterindo a mãe, sendo que os demais não entenderão a forma especial de amor existente entre eles. Outras vezes usa de ameaça, dizendo que passará a abusar das irmãs menores da vítima. Surgem as ameaças de perda das recompensas ou o uso da violência física, como sanção pelo relato da criança acerca do segredo que deve permanecer apenas entre ela e o abusador. A fim de persuadir a vítima a manter silêncio, os agressores costumam ameaçar machucar a criança ou a si próprios, além de afirmar que a família será desintegrada, sendo a criança obrigada a viver em abrigos ou com estranhos. Assim, o agressor usa de todas as formas o medo que incute no infante para mantê-lo calado: medo da desintegração da família, medo de ser castigado, medo de ser colocado em abrigo, medo de ser castigado, entre outros.

A próxima etapa é a da revelação. Nesta, conforme refere ANDRÉ SALAME SEABRA¹⁸, o abuso passa a ser conhecido, ou propositalmente ou por acidente. Segue-se a fase de supressão, em que a vítima se retrai acerca do abuso, em consequência das ameaças sofridas, e também diante da negação dos pais e até pressão familiar para negar o abuso. A vítima ainda mescla sentimentos de vergonha intensa com vontade de proteger o abusador. Enfim, o abuso se interrompe e inicia-se a fase de resolução.

1.6. MOTIVAÇÃO

A doutrina ainda não é pacífica em relação aos fatores psicológicos que fazem com que uma pessoa adulta pratique o abuso sexual incestuoso – ASI. Concordam os doutrinadores que não se cuida de atração sexual no sentido leigo do termo, uma vez que em muitos casos as vítimas possuem menos de 04 (quatro) anos de idade. Safiotti, referido por ANA MARIA ZAGO DE MORAES¹⁹ elucidou muito bem a questão da motivação de tão brutal crime:

(18) SEABRA, André Salame. *Op. cit.*, nota 1, pág. 03.

(19) SAFIOTTI, Helcieth. *Op. cit.* in MORAES, Ana Luisa Zago de. *Op. cit.*, nota 02, pág. 03.

...Se tomarem casos de vítimas com idade entre 4 e 10 anos, obtêm-se 71, 1%, (...) Isso revela que não são as mudanças sofridas pelo corpo púbere que despertam o desejo do agressor. Este “deseja” a criança, inclusive a muito pequena como a de 4 anos. O “desejar” foi posto entre aspas, porque não se tem certeza de que o impulso para abusar sexualmente da filha, da enteada, da sobrinha, deriva do desejo sexual e das relações de poder ou somente destas últimas. Tende-se a acreditar mais na mescla do desejo sexual como o desejo de afirmação de poder... .

Conforme refere MÁRCIO PECEGO HEIDE²⁰, há especialistas da área da psiquiatria que entendem que tais impulsos sexuais anormais se devem a problemas na formação de caráter do ofensor, traumas de infância, formas de criação etc. Outra corrente espousa a teoria de que os praticantes de ASI sofrem de doenças mentais ou psicopatias, denominadas parafilias. Profissionais afetos à área da neuroquímica alegam que o problema é químico, relacionado à excessiva quantidade de hormônios masculinos no organismo destes ofensores, em especial a testosterona.

Há ainda os que relacionam o abuso a distúrbios hormonais gerados pela ingestão de carne bovina, afirmando que o impacto da larga utilização de hormônios na bovinocultura no organismo humano ainda não foi devidamente identificado.

1.7. SEQUÊLAS

As conseqüências emocionais para a criança são bastante graves, tornando-as inseguras, culpadas, deprimidas, com problemas sexuais e problemas nos relacionamentos íntimos na vida adulta. Os danos gerados pelo ASI podem ser classificados em danos imediatos e seqüelas que perduram até a vida adulta. Os danos imediatos constituem-se nos sofridos pela vítima logo após a ocorrência do abuso, ou mesmo durante seu percurso, quando o abuso se prolonga no tempo.

(20) HEIDE, Márcio Pecego. Castração química para autores de crimes sexuais e o caso brasileiro . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1400, 2 maio 2007, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9823>>. Acesso em 07 ago. 2007. pág. 04.

BALLONE²¹ afirma que justamente porque a criança não está preparada no aspecto psicológico para o contato sexual, na grande maioria das vezes desenvolve problemas emocionais depois de sofrer o abuso. O infante cuja idade gira em torno dos cinco anos, em geral conhece e estima a pessoa do abusador, e mesmo assim é tomada pelo conflito entre a lealdade exigida pela figura do agressor e o sentimento de que os atos em que é forçada ou persuadida a realizar ou a deixar que o abusador realize, não são nada agradáveis, causando-lhe repulsa.

Em se tratando de ASI intrafamiliar, a vítima teme que a descoberta do abuso origine vinganças do abusador, e reflete sobre a vergonha que sentirá perante os demais familiares, considerando-se responsável pela desintegração da família. Isso tudo faz com que o infante se sinta sozinho e abandonado, pois não há com quem compartilhar a situação e se vê desprotegida por todos.

Afirma BALLONE²² que, quando o abuso sexual se prolonga no tempo, comumente a criança desenvolve auto-estima baixíssima, e passa a enxergar o sexo de forma deturpada. A vítima se retrai, desconfiando dos adultos em geral, e considera, inclusive, a possibilidade do suicídio como o fim de seu sofrimento, em especial se o abusador ameaçar usar violência física caso não seja atendido em seus vis anseios. Constituindo os danos psíquicos as principais seqüelas do ASI, o tal autor²³ cita os quadros psiquiátricos francos relacionados a ele, tais como:

...o Transtorno do Estresse Pós-traumático, a depressão, disfunções sexuais (aversão a sexo), quadros dissociativos ou conversivos (histéricos), dificuldade de aprendizagem, transtornos do sono (insônia, medo de dormir), da alimentação, como por exemplo, obesidade, anorexia e bulimia, ansiedade e fobias....

Já na idade adulta, as vítimas de abuso sexual na infância continuam a apresentar traumas psíquicos dele decorrentes. Assim afirmou ANDRÉ SALAME SEABRA²⁴:

(21) BALLONE GJ. *Op. cit.*, nota 10, pág. 01.

(22) BALLONE GJ. *Op. cit.*, nota 10, pág. 01.

(23) BALLONE GJ. *Op. cit.*, nota 10, pág. 08.

(24) SEABRA, André Salame. *Op. cit.*, nota 1, pág. 06.

...A sintomatologia de adultos, vítimas de abusos na infância varia e frequentemente preenche critérios para várias categorias diagnósticas, segundo o CID- 10, tais como: transtorno depressivo, abuso de álcool ou outras substâncias, transtorno de personalidade (ressaltando o transtorno borderline), reações de ajustamento, dissociação, transtornos psicóticos e somatização... .

Dentre todas as horríveis seqüelas produzidas pelo ASI, talvez a pior delas seja a tendência a repetir o abuso, conforme descreveu MARIA DE FÁTIMA ARAÚJO²⁵:

Mulheres que sofreram abuso sexual na infância tornam-se mais vulneráveis para estabelecer relações com homens abusivos e, conseqüentemente, mostram-se menos capazes de proteger suas próprias filhas do abuso sexual. A repetição do abuso sexual com suas filhas é estatisticamente significativa (Fuks, 1998; Hirigoyen, 2000; Soares, 1999). Essa repetição se observa também na história de vida de homens abusadores (Miller, 1994; Islas, 2000; Kaufman Jr., 1994 e Gramm, 1997), muito frequentemente eles foram vítimas de abuso na infância...

BALLONE²⁶ igualmente refere que algumas crianças que sofreram abuso sexual podem se transformar em adultos abusadores de outras crianças, e até se inclinarem para a prostituição.

Conforme refere MARIA ROSI DE MEIRA BORBA²⁷, cerca de 20 a 30% das crianças maltratadas tornam-se adultos violentos, perpetuando o ciclo no qual a vítima de hoje é o agressor de amanhã, corroborando a afirmativa de que o abuso sexual é um fenômeno transgeracional.

(25) ARAÚJO, Maria de Fátima. *Op. cit.*, nota 12, pág. 07.

(26) BALLONE GJ. *Op. cit.*, nota 10, pág. 02.

(27) BORBA, Maria Rosi De Meira. O duplo processo de vitimização da criança abusada sexualmente: pelo abusador e pelo agente estatal, na apuração do evento delituoso. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3246>>. Acesso em 07 ago. 2007. pág. 02.

1.8. O ABUSO SEXUAL INFANTIL NO MUNDO

Nos Estados Unidos, as pesquisas recentes realizadas pela The American Humane Association, referidas por ANDRÉ SALAME SEABRA²⁸, concluíram que pelo menos 450 mil crianças sofrem abuso sexual por ano, sendo que tal número não representa a realidade, uma vez que se considera que a maioria dos casos não são denunciados, em razão das peculiaridades que permeiam o ASI, e porque, quando a vítima é do sexo masculino, deixam de notificar o abuso temendo a pecha de homossexual. Segundo esses estudos, de cada três mulheres, uma sofre abuso sexual infantil, e de cada seis homens, um é vítima deste abuso. Os estudos norte-americanos informam, ainda, que em 80% dos casos de abuso sexual infantil, as vítimas conhecem seus agressores, sendo que 68% deles são familiares. A maioria esmagadora dos agressores são homens – 80%. Em se tratando de ASI intrafamiliar, em 75% dos casos ocorrem entre pai e filha (incluindo padrastos, namorados da genitora morando na mesma casa, ou outros que tenham papel paternal), indicando que vítimas do sexo feminino sofrem o abuso por membro da família, sendo que quando as vítimas são sexo masculino, em geral o abusador é desconhecido.

1.9. O ABUSO SEXUAL INFANTIL NO BRASIL

No que se refere ao Brasil, os estudos realizados apontam as mesmas características do ASI ocorridos nos Estados Unidos, demonstrando que o abuso sexual não possui padrão de raça, cultura ou classe social. Em âmbito nacional, conforme refere ANDRÉ SALAME SEABRA²⁹, o Serviço de Advocacia da Criança (SAC), entidade ligada à Ordem dos Advogados do Brasil, levantou dados tendo com fonte processos registrados em 1988, 1991 e 1992, concluindo que das 20.400 denúncias de maus-tratos ao infante que chegam anualmente ao conhecimento da Justiça, 13% referem-se a situações de abuso sexual, o que resulta em 2.700 novos casos a cada 12 meses.

Segundo consta do texto de MARIA BERENICE DIAS³⁰, somente de 10 a 15% dos casos de incesto são revelados, ao passo que 20% das mulheres e de 5 a 10% dos homens foram vítimas de abuso sexual na infância ou adolescência.

(28) SEABRA, André Salame. *Op. cit.*, nota 1, pág. 01.

(29) SEABRA, André Salame. *Op. cit.*, nota 1, pág. 01.

(30) DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, nota 09, pág. 01.

Na área da psiquiatria e psicologia, segundo BALLONE³¹, alguns trabalhos afirmam que pelo menos uma a cada cinco mulheres adultas e um a cada 10 homens adultos se lembra de abusos sexuais durante a infância.

A denúncia de tais crimes torna-se mais difícil ainda em razão de medos provenientes da própria situação, e da característica peculiar da infância. Teme a criança de não acreditarem em sua palavra, de ser acusada de sedução do agressor. Isso porque, afora o abuso, o agressor em geral constitui um homem honesto e trabalhador, provedor da família e muito respeitado pelos demais adultos.

2. LEGISLAÇÃO E ABUSO SEXUAL INFANTIL

2.1. ABUSO SEXUAL INFANTIL COMO CRIME

O abuso sexual infantil é considerado crime no Brasil, pois a conduta do abusador se amolda, dentre outros, nos tipos penais descritos nos arts. 213 e 214 do Código Penal, cumulados com o art. 224, “a” do mesmo diploma legal, conforme se pode ver nos dispositivos abaixo transcritos:

Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

(...)

Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima:

a) não é maior de 14 (quatorze) anos;³²

GUILHERME DE SOUZA NUCCI³³ explicita muito bem as causas dessa presunção:

(31) BALLONE GJ. *Op. cit.*, nota 10, pág. 03.

(32) BRASIL. Código Penal Brasileiro. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

(33) NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pág. 803.

A pessoa menor de 14 anos, diante da flagrante imaturidade, não tem condições de discernir a respeito do caminho ideal a seguir, quando decide manter uma relação sexual. Ainda que consinta no ato, portanto, presume a lei que o fez sem aquiescência válida. Ora, se não podia consentir, logo, o ato foi violento (contra a vontade válida da vítima)...

Quando o ASI é praticado por quem tem algum tipo de ascendência sobre a vítima, aplica-se causa de aumento de pena constante no art. 226 do mesmo diploma legal. Além de majorar a pena, sendo o ASI praticado por genitor/a, pode ensejar a perda do poder familiar, conforme dispõe o art. 92, inciso II daquele *codex*:

Art. 226. A pena é aumentada: (Redação da LEI Nº 11.106 \ 28.03.2005)

I – (...)

II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela; (Redação da LEI Nº 11.106 \ 28.03.2005)

Art. 92 – São também efeitos da condenação:

I – (...)

II – a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado;

III – (...)

Parágrafo único – Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.³⁴

Aplica-se, ainda, a lei n. 8.072/90, que em seu artigo 1º, incisos V e VI, considera o estupro e o atentado violento ao pudor crimes hediondos, tanto na forma consumada quanto tentada³⁵.

(34) BRASIL. Código Penal Brasileiro. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

(35) BRASIL. Lei dos Crimes Hediondos. Lei 8.072, de 25 de julho de 1990.

2.2. DENÚNCIA DO ABUSO SEXUAL INFANTIL

O Estatuto da Criança e Adolescente – Lei n 8.069/90 – trata da proteção integral à criança, e em especial, normatiza a denúncia de atos praticados contra eles em seu art. 245, fazendo sua omissão configurar infração administrativa:

Art. 245. Deixar o médico, professor ou responsável por estabelecimento de atenção à saúde e de ensino fundamental, pré-escola ou creche, de comunicar à autoridade competente os casos de que tenha conhecimento, envolvendo suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência³⁶.

Assim, o ECA, embora contemple a obrigatoriedade de denúncia por parte de certos profissionais, ainda é tímido quanto à notificação por parte dos profissionais de saúde. Estes, em geral, consideram a violência doméstica e sexual questões a ser resolvidas pela Justiça, não a entendendo como problema afeto à saúde pública.

Alia-se a essa falta de consciência acerca do problema o temor em assumir a condição de denunciante, com as retaliações que podem advir deste ato, tanto por parte do agressor em si, quanto por parte de sua família. Titubeiam, também, por não querer se envolver com investigações criminais e processos judiciais. Tudo isso enseja a subnotificação dos abusos cometidos contra as crianças.

ANÍBAL GAUDÊNCIO³⁷ informa que por volta de 10% das crianças que dão entrada em serviços de urgência/emergência por trauma, são vítimas de maus-tratos. Quando não é realizado acompanhamento multidisciplinar, as estatísticas demonstram que ao menos 5% delas chegarão a óbito em razão de violência praticada por seus agressores. Ainda, dados levantados revelam que nos casos fatais em que a criança é

(36) BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.

(37) GAUDÊNCIO, Aníbal. Sociedade Brasileira de Pediatria. Disponível em <www.sbp.com.br/show_item2.cfm?id_categoria=52&id_detalhe=1055&tipo=D>. Acesso em 18 jan. 2007.

vítima de maus tratos, esta já havia passado por cerca de cinco atendimentos em salas de urgência/emergência pela mesma causa, demonstrando que, se disponibilizado o tratamento adequado, tal morte poderia ter sido evitada.

Desta feita, ao profissional da saúde compete abandonar essa postura omissa, assumindo seu dever se denunciar os casos de abuso infantil, em especial o sexual.

Para tanto, necessário é que tais profissionais estejam habilitados para identificar os casos de ASI, principalmente os ASI intrafamiliares, em que muitas vezes não há evidência física, mas encontra-se repleto de indícios captados pela conduta da vítima e de sua família.

Segundo ANDRÉ SALAME SEABRA³⁸, são três os modos pelos quais o ASI chega ao conhecimento dos profissionais da saúde, sendo eles a queixa específica, formulada pela vítima ou familiares; por não familiares, que perceberam indícios da ocorrência do abuso; ou como causa subjacente à queixa principal da consulta, diagnosticada somente após avaliação pormenorizada. Esta última forma é a mais usual e, por isso, muitas vezes o ASI não é detectado já que para tanto seria necessário tempo e equipe multidisciplinar dotada de integração e treinamento especializado.

2.3. CASTRAÇÃO QUÍMICA

Os crimes sexuais sempre despertaram e continuam a causar enorme comoção social. Tanto é assim que países desenvolvidos como os Estados Unidos adotam, em alguns de seus estados confederados, a pena corpórea da castração química. No Brasil, inclusive, há projeto propondo alteração dos arts. 213 e 214 do Código Penal, cominando tal pena para os casos de estupro e atentado violento ao pudor.

Não se trata apenas de cominar tal pena em razão do caráter retributivo da pena, a *vindita*. A castração seria, na realidade, um meio para evitar a prática de novos crimes.

Para tanto, existem tipos diversos de castração, referidos por MÁRCIO PECEGO HEIDE³⁹. Numa das formas, injeta-se substância que destruiria as válvulas que controlam a entrada e saída do sangue nos

(38) SEABRA, André Salame. *Op. cit.*, nota 1, pág. 03.

(39) HEIDE, Márcio Pecego. *Op. cit.*, nota 20, pág. 04.

corpos cavernosos do pênis, impedindo sua ereção. Embora irreversível, tal método apenas impede a ereção, não influenciando nos impulsos sexuais, que poderiam voltar a cometer delitos usando como instrumento os dedos, a língua e a boca, além de outros artefatos.

Há também a remoção cirúrgica dos testículos, responsáveis pela produção de 95% da testosterona, sendo irreversível e acarretando diversos efeitos colaterais⁴⁰.

A castração química em vigor nos Estados Unidos atualmente é feita com aplicação do medicamento Depo-Provera (acetato de medroxyprogesterona), inibidor da produção de testosterona, uma vez que é o hormônio progesterona sintetizado, causador da redução do apetite sexual. Seu efeito não é permanente, devendo o abusador ser submetido a novas aplicações, a fim de manter os hormônios nos níveis desejáveis⁴¹.

A favor da aplicação da castração química estão os dados estatísticos, com redução da reincidência de 75% para 2% dentre aqueles submetidos ao tratamento⁴².

Conforme a lei no estado da Califórnia – EUA, o condenado por prática de violência sexual a vítima maior de 13 anos, estando em liberdade condicional, *poderá* submeter-se ao tratamento de castração. Se reincidente, *será* submetido. Pode optar o agressor, ainda, pela submissão espontânea de cirurgia de permanente remoção dos testículos.

MÁRCIO PECEGO HEIDE⁴³ relata que a Lei Californiana repercutiu em outros estados, a exemplo do Texas e atualmente está em discussão na Flórida. Leis com dispositivos semelhantes já estão em vigor na Suécia, Itália e Alemanha.

O projeto brasileiro em muito difere dos moldes americanos, impondo a castração como única pena ao condenado pelos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Ignora tal projeto que muitos dos abusadores perpetram o crime motivados por razões outras que não neuroquímicas⁴⁴.

(40) Idem, Ibidem.

(41) Idem, Ibidem.

(42) Idem, pág. 05.

(43) Idem, pág. 06.

(44) HEIDE, Márcio Pecego. *Op. cit.*, nota 20, pág. 07.

De toda forma, tanto a vigência de norma relativa à castração química nos Estados Unidos quanto a existência do projeto acerca da mesma no Brasil corroboram o entendimento de que os crimes sexuais causam repúdio à sociedade, merecendo maior preocupação do Governo e dos operadores do Direito no que concerne ao seu combate repressivo e preventivo.

2.4. A PROTEÇÃO CONFERIDA À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

No Brasil, a cidadania das crianças foi declarada pela Constituição Federal promulgada em 1988, seguida do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90. A partir de então, segundo a lei, as crianças passaram a ter prioridade absoluta, inclusive sobre os adultos. Com isso, reconheceram-se as características peculiares da infância, atentando-se para o fato de que as crianças de hoje serão os adultos de amanhã.

Como já dito, o ASI é um problema gravíssimo e muito mais comum do que aparenta, sendo merecedor de esforços conjuntos do Estado e da sociedade em busca de resolubilidade, não apenas repressiva mas também e, principalmente, preventiva. Para isso, o foco não deve se limitar na responsabilização criminal do abusador, mas sim abranger tratamento da vítima, de sua família e, inclusive, do próprio agressor.

Sendo os instrumentos legais disponíveis ainda arcaicos – o Código Penal é de 1940 e o Código de Processo Penal de 1941 –, mesmo com a Constituição Cidadã, os operadores do direito vêem-se limitados em sua atuação na proteção da criança e no tratamento de sua família.

Na tentativa de concretizar os direitos das crianças e adolescentes, já declarados e reconhecidos pela Constituição Federal e ECA, têm sido aprovadas algumas leis federais e resoluções, como a Norma Técnica do Ministério da Saúde, de 1998, para Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes, referidas por ANA MARIA ZAGO DE MORAES⁴⁵.

Informa ainda a autora⁴⁶ que quase todas as Constituições dos Estados Federais fazem menção à coibição da violência no âmbito doméstico e familiar, à exceção de Alagoas, Pernambuco e Roraima - segundo dados obtidos no ano de 1999.

(45) MORAES, Ana Luisa Zago de. *Op. cit.*, nota 07, pág. 08.

(46) *Idem*, *Ibidem*.

Portanto, a edição de algumas normas aqui e ali buscando levar a efeito a proteção da criança e do adolescente preconizada pela Lei Maior, mostra-se insuficiente, o que leva à conclusão de que o vislumbre de resolução do problema só ocorrerá com real intensificação dos esforços para conferir abordagem multidisciplinar ao assunto, sem limitar a questão ao âmbito jurídico, já que a responsabilização do autor do delito não basta, devendo ser buscada a reestruturação do lar do infante, com atuação de profissionais de outras áreas.

Assim, embora a proteção aos direitos das crianças e adolescentes conste de leis e até da nossa Lei Maior, além da ausência de normas que efetivem a proteção à criança, as leis ora existentes ensejam, se aplicadas literalmente, novos danos ao infante. A solução de tais situações deve ser buscada invocando-se os princípios sobre os quais está embasado nosso Estado Democrático de Direito.

Exemplo típico dessa circunstância refere-se ao procedimento legal para oitiva de crianças e adolescentes em Juízo, em especial quando vítimas de alguma espécie de abuso – sexual, físico, abandono – justamente porque tais atos constituem crimes e o Estado busca sua punição para que não voltem a acontecer. A razão de ser deste *jus puniendi* do Estado, a par da *vindita*, inerente ao nosso sistema penal, é a repressão ao crime, a fim de que eles não voltem a acontecer, na tentativa de proteger as crianças.

Desta feita, incoerente é a situação desencadeada pelo nosso sistema processual penal, ao revitimizar a criança, causando-lhe, muitas vezes, traumas maiores ainda ao fazê-la relatar o abuso nos moldes tradicionais preconizado pelo Código de Processo Penal – promulgado em 1941, como se verá a seguir.

2.5. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O Código de Processo Penal⁴⁷, em seus arts. 201 e parágrafo único, dispõe acerca da oitiva do ofendido em Juízo. Nos artigos seguintes, de 202 a 225, trata o referido diploma legal da prova testemunhal, contemplando desde o modo de sua colheita até regras para mudança de residência da testemunha.

(47) BRASIL, Código de Processo Penal Brasileiro. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941.

Contudo, não há uma linha sequer acerca da tomada de depoimento de menores. Cuidou-se dos surdos-mudos, das pessoas investidas em cargos públicos e dos enfermos. Esqueceu o legislador da época dessas pessoas, cidadãs também dotadas de características peculiares. Coerente a lei editada em 1941, bem anterior à Constituição Federal de 1988, reconhecedora da cidadania dos menores.

Defasada, insuficiente e arcaica, no entanto, tais regras, em relação ao nosso tempo, em que se confere – ou se deve atribuir, ao menos – às crianças e adolescentes seu devido valor e proteção.

Como solucionar então a falta de norma específica para a oitiva dos menores em Juízo? A edição de nova lei tratando do assunto, sem dúvida, seria a solução mais adequada. Contudo, enquanto a nova legislação não vem a lume – sendo o processo legislativo dotado de complexidade conhecida de todos – que devem fazer os operadores do direito?

A resposta encontra-se na adoção de métodos alternativos de colheita do depoimento dos infantes em Juízo, de forma a proporcionar o máximo da extração da verdade e, ao mesmo tempo, preservar as vítimas, já terrivelmente traumatizadas, de novos danos emocionais.

Nos próximos tópicos, detalhar-se-á tal método, denominado de “Depoimento sem Dano”.

3. A INFÂNCIA E SUAS PECULIARIDADES

3.1. A INFÂNCIA E A CRIANÇA

O adultocentrismo tem permeado a sociedade desde seu surgimento, havendo clara hierarquia entre adultos e crianças. Há não muito tempo atrás não se cogitava acerca dos direitos das crianças, e nada havia normatizado sobre elas. Assim como as mulheres, as crianças não eram consideradas cidadãs.

A partir de 1988, com a promulgação da Constituição Federal, e a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, reconheceu-se legalmente que a infância é mais que mera etapa para se alcançar a idade adulta, conforme ensinam a psicologia e psiquiatria. Nesse sentido, a definição de PATRÍCIA RANGEL⁴⁸:

(48) RANGEL, Patrícia Calmon. Abuso Sexual – intrafamiliar recorrente. 1 Ed., 2 tiragem. Curitiba: Juruá, 2002, pág. 86

...A infância possui especificidades próprias, que diferem das da idade adulta. Considerá-la apenas uma fase da vida humana passa, ainda que implicitamente, a impressão de que questões referentes à criança são idênticas às do adulto no qual se transformará, o que não é verdade. Considerando a infância como categoria estrutural, podemos perceber que ela se encontra em permanente interação como as demais categorias sociais, como não podia deixar de ser... .

Durante a infância, não se difere entre o que seja contato para externar afeto do contato sexual. Nisto reside a diferença entre o abuso sexual contra a mulher do perpetrado em face da criança e do adolescente. Contudo, o tratamento dado a ambos os abusos é o mesmo, desconsiderando-se suas peculiaridades, ocorrendo o que PATRÍCIA RANGEL⁴⁹ denomina **perda da perspectiva intergeracional**.

Segundo ANA MARIA ZAGO DE MORAES⁵⁰, o infante constitui-se num indivíduo em formação, dotada de características peculiares, como a total dependência da família, em especial para o sustento e segurança. Esta possui em relação à criança imensurável poder, que resulta na complexa e conflitante escolha da criança entre romper com sua família e aceitar os atos sexuais a ela impostos.

O adolescente, por sua vez, conforme a mesma autora⁵¹, é dotado de noções a respeito de sua sexualidade e já tem alguma capacidade de defesa. Embora o agressor não use de brinquedos e guloseimas para atraí-lo, como muitas vezes ocorre com a criança, usa métodos persuasivos de modo lento e gradativo, até culminar na prática sexual desejada.

O abusador, ciente da sua “condição” de adulto, e da relação hierarquizada existente entre ele e a criança e o adolescente, utiliza deste fato para alcançar seu objetivo que é o abuso sexual. Assim, a maior credibilidade dada à palavra do adulto, bem como sua maior capacidade de discernimento, aliada à dependência financeira e emocional nutrida pela

(49) Idem, Ibidem.

(50) MORAES, Ana Luisa Zago de. *Op. cit.*, nota 07, pág. 03.

(51) MORAES, Ana Luisa Zago de. *Op. cit.*, nota 07, pág. 03.

criança em relação ao parente agressor, engendram situação mais que favorável a este, deixando a vítima acuada e sem perspectiva para evitar ou interromper o abuso, conclui ANA MARIA ZAGO DE MORAES⁵².

Afora os tabus existentes acerca da sexualidade - sendo assunto quase nunca tratado com naturalidade com os infantes - o desvalor atribuído à palavra das crianças, consideradas, muitas vezes, fantasiosas, enseja o silêncio por parte das vítimas, corroborando para a reiteração do ASI.

Tal situação é comum quando o ASI é intrafamiliar, pois quando o abuso ocorre fora do âmbito da família, perpetrado por um desconhecido, normalmente restringe a episódio único, sendo prontamente revelado e levado a conhecimento das autoridades competentes.

Por outro lado, não se pode desconsiderar que o imaginário infantil é muito rico, sendo que a psiquiatria, nos dizeres de BALLONE⁵³, relata casos em que crianças ou adolescentes portadores de Transtorno de Conduta severo fantasiam e criam falsos relatos de abuso sexual.

Ainda, situações oblíquas podem se transformar num suposto ASI, devido principalmente à susceptibilidade das crianças, sendo facilmente induzidas por questões mal formuladas, propositalmente ou não.

A mesma manipulação utilizada pelo abusador pode servir para o adulto usar a criança como instrumento da Síndrome da Alienação Parental, também chamada "implantação de falsas memórias". Ocorre em geral em casos de separação conjugal, na qual um dos cônjuges, comumente a varoa, não aceita bem a ruptura do laço matrimonial, e, em consequência, busca de todas as formas vingar-se do ex-parceiro. Sem atentar para o mal que está causando à sua própria prole, decide afastar os filhos do cônjuge, buscando a rejeição e ódio do filho/a pelo pai. usando de todo artifício para impedir a convivência entre eles, culminando na assertiva de ter sido o filho vítima de abuso sexual. MARIA BERENICE DIAS⁵⁴ relata com precisão como ocorre a manipulação:

A narrativa de um episódio durante o período de visitas que possa configurar indícios de tentativa de aproximação incestuosa é o que basta. Extrai-se deste fato, verdadeiro ou

(52) Idem, Ibidem.

(53) BALLONE GJ. *Op. cit.*, nota 10, pág. 02.

(54) DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, nota 09, pág. 01.

não, denúncia de incesto. O filho é convencido da existência de um fato e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Nem sempre a criança consegue discernir que está sendo manipulada e acaba acreditando naquilo que lhes foi dito de forma insistente e repetida. Com o tempo, nem a mãe consegue distinguir a diferença entre verdade e mentira. A sua verdade passa a ser verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência, implantando-se, assim, falsas memórias.

Muitas vezes a informação é levada ao médico-pediatra, e percorre-se o caminho até o Judiciário. Instaura-se então o dilema: identificar a verdade do relato, sem causar maiores traumas para a criança que, de um modo ou de outro, foi vítima de manipulação, atentando-se para o fato de que a condenação do réu, sem dúvida, ensejará a morte profissional e social do suposto abusador.

Diante de tantas peculiaridades que permeiam a infância e adolescência levam à conclusão de que não podem ser consideradas como um adulto, em especial quando se trata da tomada de seu depoimento, a fim da extração da verdade.

3.2. ENTREVISTA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Para se obter sucesso em entrevista com crianças e adolescentes, deve-se tomar mudança postural acerca da infância e da adolescência, considerando-as categorias sociais com suas especificidades próprias e submetidas a relações assimétricas com os adultos, advindas do fenômeno chamado adultocentrismo, já referido.

Embora a vontade inicial da criança seja relatar o abuso, a fim de interrompê-lo, muitas vezes são compelidas a silenciar, usando o abusador de todas as artimanhas psicológicas, como oferta de recompensas, atribuição de culpa à vítima e até ameaças das mais graves.

Em razão disso, quando consegue externar algo acerca do abuso que vem sofrendo, não raras vezes apresenta relato confuso e incoerente, não devendo, contudo, ser descartado ou ignorado.

Segundo orientações do psiquiatra ANDRÉ SALAME SEABRA⁵⁵, a entrevista deve ser iniciada pelo adulto que levou a criança, devendo ocorrer separadamente, para registrar dados concernentes ao

(55) SEABRA, André Salame. *Op. cit.*, nota 1, pág. 03.

relato do abuso, bem como para aferir o senso de percepção dele, e seu estado emocional diante dos fatos. A seguir, vem a entrevista individual do infante, em que as perguntas sobre o fato em si deve ser precedida de intróito com questões acerca da vida familiar e escolar, sendo gradual os questionamentos, até alcançar o assunto do abuso sofrido.

Essencial é a regra referida por ANDRÉ SALAME SEABRA⁵⁶ segundo a qual as primeiras perguntas não devem ser feitas de modo direto, com o fito de estimular relatos espontâneos sobre o acontecido. Em contrapartida, normalmente as crianças necessitam de perguntas mais específicas para trazer a lembrança dos fatos e externar detalhes.

Como se pode notar, trata-se de tarefa complexa, sendo ténue a linha que difere o questionamento minucioso do indutivo, e que, portanto, requer alta capacitação, que foge às habilidades das quais um magistrado é dotado.

Nesse sentido, precisa a assertiva de MARIA ROSI DE MEIRA BORBA⁵⁷ :

A busca do equilíbrio em nominar o abuso sexual de forma clara e transparente, sem parecer à criança que o profissional que a interroga teme dizer as expressões em seu contexto, e a sensibilidade do inquiridor para não fazer colocações desnecessárias e abusivas é a ténue linha sobre a qual devemos caminhar quando questionamos sobre abuso sexual infantil.

BALLONE⁵⁸ enumera algumas sugestões para aproximação e entrevista com crianças e adolescentes, em caso de suspeita de ocorrência de ASI, formuladas pela American Academy of Child and Adolescent Psychiatry:

1. Incentivar a criança a falar livremente o que se passou, sem externar comentários de juízo.

(56) Idem, Ibidem.

(57) BORBA, Maria Rosi De Meira. *Op. cit.*, nota 27, pág. 06.

(58) BALLONE GJ. *Op. cit.*, nota 10, pág. 06.

2. Demonstrar que estamos compreendendo a angústia da criança e levando muito a sério o que esta dizendo. As crianças e adolescentes que encontram quem os escuta com atenção e compreensão, reagem melhor do que aquelas que não encontram esse tipo de apoio.

3. Assegurar à criança que fez muito bem em contar o ocorrido pois, se ela tiver uma relação muito próxima com quem a abusa, normalmente se sentirá culpada por revelar o segredo ou com muito medo de que sua família a castigue por divulgar o fato.

4. Dizer enfaticamente à criança que ela não tem culpa pelo abuso sexual. A maioria das crianças vítimas de abuso pensa que elas foram a causa do ocorrido ou podem imaginar que isso é um castigo por alguma coisa má que tenham feito.

Relata o autor⁵⁹ que não se deve apressar de modo insensível a criança, a fim de que ela relate tudo prontamente, ao passo em que é preciso estimulá-la a falar livremente acerca do acontecido. Afirmo ainda que o entrevistador deve responder a questionamentos realizados pelo infante, esclarecendo suas dúvidas e sempre deixar claro que a responsabilidade é do abusador e nunca da criança.

Não é necessário profundo conhecimento teórico e prático acerca do modo como se dá a tomada de depoimento em Juízo para perceber que o procedimento tradicionalmente adotado não contempla os quesitos acima descritos, não estando os magistrados, na maioria das vezes, capacitados para tanto.

Destaque deve ser dado à orientação de BALLONE⁶⁰ acerca do reconhecimento do abusador:

Quando a criança tem que testemunhar sobre a identidade de seu agressor, deve-se preferir métodos indiretos e especiais sempre que possível, tais como o uso de vídeo, afastamento de expectadores dispensáveis ou qualquer outra opção de não ter que encarar o acusado.

(59) Idem, Ibidem.

(60) Idem, pág. 07.

A American Medical Association (AMA), referida por ANDRÉ SALAME SEABRA⁶¹ formulou roteiro para orientar a entrevista de criança supostamente vítima de abuso sexual:

FAÇA

1. Conduza a entrevista em particular.
2. Tente estabelecer um relacionamento empático e de confiança.
3. Em caso de abuso sexual e físico grave, faça com que a criança seja entrevistada pelo profissional mais experiente disponível.
4. Explique o propósito da entrevista em linguagem apropriada ao nível de desenvolvimento da criança.
5. Pergunte se a criança tem alguma dúvida e responda.
6. Cuidadosamente explique à criança a razão e a natureza de removê-la de sua casa, se a hospitalização for iminente.
7. Utilize os termos próprios da criança.
8. Reconheça que a situação deve Ter sido difícil para a criança e que não foi culpa dela.
9. Sente-se próximo à criança, não em frente a uma mesa ou escrivaninha.
10. Sente-se ao nível dos olhos da criança.
11. Faça perguntas diretas e sem julgamento.

NÃO FAÇA

1. Sugerir resposta à criança
2. Pressionar a criança para respostas que ela não seja capaz de dar.
3. Criticar a escolha das palavras pela criança.
4. Sugerir que a criança deva sentir-se envergonhada ou culpada pela situação.
5. Deixar a criança sem atenção ou com pessoas desconhecidas.
6. Demonstrar choque ou horror em relação à criança ou à situação.

(61) SEABRA, André Salame. *Op. cit.*, nota 1, pág. 04.

7. Fazer qualquer promessa que não possa ser cumprida (por exemplo: tudo que você me disser será confidencial; ou você nunca mais será machucada novamente).

Acerca da linguagem adequada para se abordar o assunto do abuso sexual com a vítima criança, sendo esta essencial para a colheita de depoimento fidedigno, afirma MARIA ROSI DE MEIRA BORBA⁶² que constitui quesito basilar para que o infante rompa o silêncio a adoção dos apelidos usados por ele relativos aos órgãos genitais.

Verifica-se, destarte, que a condução de entrevista com criança e adolescente requer alta capacitação técnica, preparo emocional e sensibilidade.

4. O ABUSO SEXUAL EM PORTO VELHO – RO

4.1. DADOS GERAIS DE PORTO VELHO

Sabe-se que o abuso sexual infantil ocorre no mundo todo, sem raça, cor, classe social ou cultural definidos. Em Rondônia, especificamente na capital Porto Velho, a quantidade de casos relatados de abuso sexual em geral, e em especial o infantil, causam preocupação.

Para ALESSANDRA FOELKEL⁶³ a situação da violência sexual e doméstica em Rondônia é trágica. Ela relata que, nesse Estado, cerca de 50 mil crianças sofrem violência física doméstica; sendo que 30% destas são menores de 07 anos e em 40% dos casos os agressores são os próprios pais. Em torno de 80% das vítimas são do sexo feminino e 50% dos estupro são incestuosos. A maioria dos casos de abuso sexual intra-familiar ocorre com crianças: 61,3% entre a idade de 7 a 13 anos.

A Secretaria Municipal de Assistência Social (Semas) de Porto Velho, tem como objetivo prevenir e coibir a violência doméstica e sexual, orientando as famílias das vítimas através de psicólogos e

(62) BORBA, Maria Rosi De Meira. *Op. cit.*, nota 27, pág. 06.

(63) RELATÓRIO ÚMIDAS/2000, in FOELKEL, Alessandra. *Violência Sexual e Doméstica contra as Mulheres no Brasil: o Quadro Atual e a Atuação de IPAS Brasil*. 2004. IPAS. Disponível em <http://www.ipas.org.br/arquivos/Foelkel2004_violencia.doc> Acesso em 18 jan. 2007.

assistentes sociais. Segundo dados colhidos por este órgão, no ano de 2005 foram atendidas 93 famílias, das quais 72 enfrentaram casos de abuso sexual e 21 de exploração sexual⁶⁴.

Em razão do alto número de ASI ocorrentes na capital rondoniense, foi assinado o 1º Protocolo de Prevenção e Combate à Violência, Abuso e Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes com o fito de normatizar e fixar medidas a serem tomadas em conjunto pelo Governo do Estado, Prefeitura de Porto Velho, Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, Rede Municipal de Enfrentamento a Violência e Exploração de Crianças e Adolescentes e Ministério Público do Estado de Rondônia⁶⁵.

4.2. VARA DE DELITOS CONTRA A CRIANÇA E ADOLESCENTE

Uma das maneiras de fortalecer o combate aos crimes de abuso sexual infantil, segundo MARIA ROSI DE MEIRA BORBA⁶⁶, é a criação de varas especializadas nesta espécie de delito.

Realmente, embora os números da produtividade da vara não sejam destoantes, em relação às varas criminais genéricas - em razão da subnotificação concernentes aos crimes de abuso sexual contra a criança -, a concentração, equilíbrio emocional e tempo despendidos na resolução deste tipo de processo é significativamente maior do que num processo criminal comum.

O magistrado e demais operadores atuantes na vara devem possuir sensibilidade aguçada, e capacitação diferenciada para lidar com as questões subjetivas a todo tempo presente no desenrolar do processo, que envolve seres tão frágeis e já por demais machucados como as crianças.

(64) Prefeitura intensifica combate à violência sexual contra crianças e adolescentes. **Porto Velho**. Disponível em <http://www.portovelho.ro.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=467&Itemid=178> acesso em 21 abr. 2006.

(65) Prefeito assina protocolo de prevenção a violência sexual contra adolescentes. **Porto Velho**, 11 de outubro de 2006. Disponível em <http://www.portovelho.ro.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=137&Itemid=178>

(66) BORBA, Maria Rosi De Meira. *Op. cit.*, nota 27, pág. 09.

A especialização da vara criminal, para atendimento prioritário de crimes contra a criança e adolescente ocasiona desprendimento conjunto de todos os servidores, em equipe, no firme propósito de aprimorar, sempre mais, a condução do processo, de modo a extrair a verdade para a justa responsabilização do abusador, ou sua absolvição quando inocente e, principalmente, para tornar cada vez menos penosa a imprescindível participação do infante.

Neste ponto, a comarca da capital de Rondônia está a um passo adiante da maioria dos outros locais. Em todo o Judiciário brasileiro, segundo o Juiz Álvaro Kálix Ferro, titular da Vara de Delitos de Trânsito e Crimes contra Crianças e Adolescentes de Porto Velho, só existem três varas especializadas em crimes contra crianças e adolescentes, sendo uma delas instalada em Porto Velho. Tal vara foi criada pela Resolução 08/01/PR, de 11 de junho de 2001.

Assim, desde 2001 os processos de crimes contra crianças e adolescentes são recebidos, analisados e decididos por essa Vara especializada, o que trouxe maior agilidade na tramitação processual justamente por não receber processos que apuram outros tipos de crimes.

Em levantamento realizado na Vara de Delitos de Trânsito e Crimes contra a Criança e Adolescente de Porto Velho – RO, extrairam-se os seguintes dados, relativos ao ano de 2006: foram proferidas trinta sentenças relativas a abuso sexual infantil, sendo que 90% referem-se a crimes de estupro e/ou atentado violento ao pudor. Houve condenação em mais de 76% dos casos, com absolvição por falta de provas em cerca de 16%. Quanto às vítimas, 90% são do sexo feminino, sendo que em torno de 56% têm até 10 anos de idade. Em relação aos abusadores, 50% deles eram conhecidos da família, pessoas de confiança, como vizinhos e parentes, dentre eles inclusive pais, avós e padrastos⁶⁷.

A Vara de Crimes contra Crianças e Adolescentes tem corpo técnico especializado próprio, formada pelo psicólogo Celso Cornélio Pereira e assistente social Maria Inês Soares de Oliveira, que atua na elaboração de laudos e relatórios psicossociais, contribuindo na busca da verdade real em cada caso. Além disso, realiza trabalho diferenciado acolhendo e encaminhando a vítima e sua família para programas sócio-terapêuticos.

(67) Levantamento realizado pela autora, utilizando dados colhidos dos Livros de Sentenças de n. 77 a 87, que contêm as sentenças proferidas no ano de 2006.

Esta equipe, justamente por trabalhar constantemente com esse tipo específico de delito, tem notado detalhes que parecem pequenos, mas que produzem impacto fortíssimo no emocional não só das crianças mas também de seus familiares e até do próprio abusador⁶⁸.

Dentre eles, o próprio ambiente do fórum, com cores escuras e neutras, guarnecido por móveis de madeira pesada, sem nenhum atrativo ou elemento com o qual a criança se identifique, já é mais que suficiente para amedrontar o infante. Some-se a isso a atribulação de pessoas – na maioria figuras hostis para ela, como policiais escoltando réus presos, advogados, testemunhas do processo e até o próprio abusador – passando o tempo todo pelos corredores, onde a vítima fica, normalmente, a aguardar a colheita de seu depoimento.

Outra circunstância importante é o estado físico da criança, que, muitas vezes, percorreu longo caminho até o fórum, e não foi alimentada, nem pôde fazer suas necessidades fisiológicas.

Assim, na primeira vez em que vai até o fórum, para falar de assunto que só lhe causa sentimentos negativos, esse é o cenário encontrado pela vítima.

Como se tais circunstâncias não bastassem, na sala de audiências, diante da figura austera do juiz, do promotor de justiça e advogado de defesa – que, por maior esforço empreendido, esta é a impressão retida pela criança, sendo adultos engravatados que representam autoridade –, a vítima é então questionada acerca do abuso.

Para fazer cessar tais problemas, por iniciativa da equipe multidisciplinar da Vara de Delitos de Trânsito e Crimes contra a Criança e Adolescente, em comunnhão com o magistrado titular da vara e demais servidores, algumas pequenas mas significativas mudanças foram operadas e outras estão em fase de implementação.

A fim de que a criança se sinta menos assustada, diante de ambiente hostil e desconhecido, sem a presença de nenhuma pessoa em que, no seu íntimo, possa depositar confiança, a primeira alteração ocorreu no trâmite do processo.

(68) Detalhes e soluções relatados em PEREIRA, Celso Cornélio e OLIVEIRA, Maria Inês Soares de. *A Atenção e o Cuidado com Crianças Vítimas de Violência Sexual no Atendimento Judicial*. Porto Velho, 2007.

Comumente, os autos percorrem caminho que vai do interrogatório para a oitiva de testemunhas e, só então, para a produção de laudo psicossocial.

Nesta vara especializada, inverteu-se tal caminho, sendo realizado como primeira prova o laudo psicossocial. Não se restringem à criança, sendo também ouvida sua família e inclusive o abusador, com o fito de obter anamnese quanto ao ambiente familiar e possíveis causas do abuso.

Assim, a criança vai até o fórum para entrevista com psicólogo e assistente social que, sendo profissionais capacitados, conduzem a conversa de modo a extrair a verdade da criança, sem causar-lhe novos traumas. Para tanto, tem sido utilizada o recurso Sandy Play – a criança retrata os acontecimentos através de bonecos e outros brinquedos dentro de uma caixa de areia – e tem sido de grande valia para investigar-se a veracidade do relatado verbalmente. Registra-se tudo em fotografias que integram o laudo.

ANDRÉ SALAME SEABRA⁶⁹ refere especificamente sobre a contribuição de desenhos, jogos e brincadeiras com bonecas anatômicas na confirmação do abuso sexual contra as crianças.

Atentos aos referidos “detalhes”, a equipe multidisciplinar explica à criança noções sobre o processo e como se dará a audiência, para que esta não permaneça, durante todo o tempo de espera entre a entrevista e sua oitiva em Juízo, a imaginar como esta ocorrerá, sendo fonte de enorme angústia.

Finalmente, no dia designado para colheita de seu depoimento, a criança é conduzida não para algum banco no corredor do fórum, mas sim para o serviço psicossocial, onde é atendida por pessoa já conhecida durante a entrevista, que averiguará seu estado físico e emocional, tomando as providências para acalmá-la, oferecendo, inclusive, algo para se alimentar. Durante a espera, são disponibilizados brinquedos e materiais para pintar ou desenhar, além de filme infantil, para não tornar tal tempo um tormento.

Na tomada de seu depoimento perante o Juiz, o infante, se quiser, pode ser acompanhado de um membro da equipe multidisciplinar – e, na maioria das vezes, assim acontece.

(69) SEABRA, André Salame. *Op. cit.*, nota 1, pág. 04.

Com tudo isso, nas palavras de CELSO CORNÉLIO PEREIRA e MARIA INÊS SOARES DE OLIVEIRA⁷⁰:

Com estes procedimentos, ao retornar ao Fórum para a audiência, a criança sabe que poderá contar com a atenção de um profissional que conhece, estará familiarizada com o ambiente, sabendo o que vai ocorrer e com quem irá conversar. Obviamente, deparar-se-á mais uma vez com dores e dificuldades, mas estará fortalecida, pois foi aceita, validada, ouvida, cuidada, respeitada, independente do que disse ou não quis dizer. Experimentou um ambiente solidário, afetivo, apropriado à sua idade. Pode fazer pequenas, mas significativas escolhas... .

Esses procedimentos são os atualmente adotados na referida Vara. Pequenas mudanças que resultam em significativo impacto positivo tanto para a criança quanto para o processo, uma vez que, sendo o infante dotado de maior tranquilidade e segurança, seu depoimento em Juízo torna-se muito mais produtivo.

Contudo, as modificações não cessam aí. Fruto justamente dos bons resultados alcançados por tais mudanças, a Vara em breve ganhará novas instalações, em fase de acabamento. Seus recintos são pintados em cores apropriadas para as crianças, e situa-se em local apartado das demais varas criminais genéricas, não havendo circulação de pessoas dispensáveis. Principalmente, a sala equipada para a realização do Depoimento Sem Dano, proposta pela equipe multidisciplinar, está praticamente pronta.

O Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia já adotou o sistema de videoconferência para oitiva de menores em Juízo, sendo iminente sua implementação da Vara de Crimes contra Crianças e Adolescentes.

Vejamos, então, os detalhes procedimentais desse inovador método.

(70) PEREIRA, Celso Cornélio e OLIVEIRA, Maria Inês Soares de. *A Atenção e o Cuidado com Crianças Vítimas de Violência Sexual no Atendimento Judicial*. Porto Velho, 2007, pág. 08.

5. O DEPOIMENTO SEM DANO

5.1. MÉTODOS

Pelo método que se convencionou chamar Depoimento Sem Dano, a colheita do depoimento judicial da criança ou do adolescente, é realizada por meio de interlocutor capacitado, sendo um psicólogo ou assistente social. Em outro recinto permanecem as demais partes do processo, assistindo a tudo por meio de equipamentos eletrônicos ou vidro espelhado unidirecional.

De qualquer forma, o magistrado, com discernimento e humildade para reconhecer não possuir as habilidades necessárias para a realização da oitiva da vítima menor, delega a tarefa a profissional de outra área que não jurídica, estando ele apto a extrair o máximo do depoimento do infante, sem causar-lhe dano secundário. Nesse sentido, o entendimento de esposado por TILMAN FURNISS⁷¹ segundo o qual:

...o abuso sexual da criança é um problema maior do que o esforço, as capacidades e as responsabilidades que uma única profissão consegue abranger. Ele é uma questão verdadeiramente multidisciplinar e metassistêmica...

5.1.1. Equipamentos Eletrônicos

Neste procedimento, há emprego de equipamentos de áudio e vídeo de tecnologia avançada interligando a sala de audiência a um ambiente reservado, onde as inquirições são realizadas com acompanhamento de psicólogos ou assistentes sociais.

Juiz, Promotor de Justiça e Defensor ou Advogado de Defesa seguem o depoimento pelo sistema, e enviam perguntas ao técnico que estiver trabalhando como interlocutor através de ponto eletrônico. Observe-se que o próprio réu também pode assistir a audiência. Simultaneamente é realizada a gravação de som e imagem em CD, que será anexado aos autos do processo judicial. Um aparelho de televisão e zoom oferece melhor qualidade de imagem e som. Da sala de audiência, pode-se usar também controle remoto para movimentar a câmera instalada no local onde são feitos os questionamentos. Existe ainda a possibilidade de colocação de legenda na gravação.

(71) FURNISS, Tilman. *Abuso Sexual da Criança: uma abordagem multidisciplinar*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993, pág. 98.

JOSÉ ANTÔNIO DALTOÉ CEZAR⁷² observa que este método foi adotado na Comarca de Porto Alegre – RS, porque as condições estruturais dos fóruns do Poder Judiciário gaúcho obstaculizavam a instalação das chamadas Câmaras de Gesel, a seguir descritas. Por fim, o uso de equipamentos eletrônicos para a transmissão das imagens, ao proporcionar a gravação completa do depoimento, abarcando imagem e som, mostrou ser, além de opção viável, também a melhor e mais desejável.

5.1.2. Câmaras de Gesel

Outra opção para o mesmo método seria a utilização de câmara de Gesel. Na realidade, originariamente, a proposta feita por VELEDA DOBKE⁷³ para o que depois foi nominado Depoimento sem Dano, era baseada neste instrumento.

Ao invés de equipamentos eletrônicos para filmagem da entrevista, com transmissão simultânea para a sala de audiências, o depoimento é realizado em uma sala na qual permanecem apenas a criança e o profissional capacitado, separada por vidro espelhado unidirecional da de audiência, onde se encontram o magistrado, o membro do Ministério Público e a Defesa. As perguntas e respostas são ouvidas e enviadas por ponto eletrônico. A desvantagem desta variante é que não há registro de imagem para posterior análise, se necessário. Nada impede que se filme também a audiência, contudo tal situação gera duplo custo – um para a instalação do vidro espelhado e outro para a filmagem.

MARIA ROSI DE MEIRA BORBA⁷⁴ considera este método o ideal para a colheita de depoimento de forma não traumatizante para a criança, afirmando que tal procedimento garante ao acusado seu direito constitucional ao devido processo legal. Quanto às despesas advindas da implementação deste procedimento, para diminuí-lo, a autora⁷⁵ sugere a instalação de Câmaras de Gesel em Comarcas Pólos, em que um magistrado com conhecimento da dinâmica do abuso sexual, assistido por

(72) CEZAR, José Antônio Daltoé. Depoimento Sem Dano – Uma Alternativa para Inquirir Crianças e Adolescentes nos Processos Judiciais. 1. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007, pág. 61

(73) DOBKE Velela. *Abuso Sexual: A inquirição das crianças uma abordagem interdisciplinar*. 1. ed. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

(74) Borba, Maria Rosi de Meira. *Op. cit.*, nota 27, pág. 08.

(75) Idem, *Ibidem*.

psicólogo com formação específica na área, realizariam a oitiva, locomovendo-se as vítimas para tomada de seu depoimento por Carta Precatória. Tal sugestão estende-se também para o método que utiliza apenas equipamentos eletrônicos.

5.1.3. Método Adotado pela VDTCCA

A Vara de Crimes contra Crianças e Adolescentes de Porto Velho adotou o sistema de vídeo-conferência, utilizando equipamentos eletrônicos e não o vidro espelhado unidirecional. Para o Juiz titular da Vara, Álvaro Kalix Ferro, isso possibilita a gravação da audiência em CD, uma vez que, se houver recurso para a 2ª Instância, há possibilidade dos Tribunais terem contato efetivo com a prova colhida.

Como se pode extrair do já exposto, o método Depoimento Sem Dano não se restringe à colocação do infante em ambiente separado, com aquisição e instalação de equipamentos eletrônicos de alta tecnologia. Embora tais recursos materiais sejam imprescindíveis, igualmente necessária é a realização da colheita do depoimento por pessoa altamente capacitada e constantemente preparada. Não só o interlocutor mas também as partes que assistem a tudo na sala de audiências devem ter o mesmo espírito – a busca da verdade real com o mínimo de danos secundários causados à vítima.

Fundamental, então, a sensibilidade no trato com as crianças, por parte de todos aqueles que se propõe a atuar em processos dessa espécie. Deve-se buscar sempre capacitação, agregando conhecimento para a lida com os infantes, e estar disposto a investir tempo, carga emocional e concentração para a realização de cada oitiva.

5.2. DEFESA JURÍDICA DO DEPOIMENTO SEM DANO

Segundo nosso sistema processual penal, em obediência aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, todos constantes na Constituição Federal, em seu art. 5º, incisos LIV e LV, o magistrado necessita de provas para atestar a existência do delito, a fim de responsabilizar seu suposto autor e, para a produção destas provas, deve-se seguir rito anteriormente previsto em lei.

Em tal premissa se funda o Estado Democrático de Direito, que assegura a todos os cidadãos participantes da sociedade brasileira regras para que não sejam arbitrariamente julgados e condenados.

Em âmbito criminal, tais regras encontram-se dispostas no Código de Processo Penal, de 1941. As normas nele constantes, repisa-se, não contempla as características peculiares das crianças, quando trata da oitiva de vítimas e testemunhas de crimes, ou porque esqueceu-se o legislador de que muitos delitos são contra elas praticados, ou porque foi considerada desnecessária sua oitiva, diante do pouco crédito conferido à sua palavra na época em que editado o referido diploma legal. O que se vê, contudo, nas Varas Criminais, é o significativo número de processos em que as vítimas são crianças, sendo, na maioria das vezes, relativos a crimes sexuais - ASI.

Como em muitos casos de ASI não há prova material, uma vez que, na maioria das vezes, não há vestígios físicos, comumente a produção probatória resume-se à testemunhal, sendo que o delito normalmente ocorre às escondidas, na presença apenas do agressor e da vítima. Tal situação faz com que à palavra da vítima se atribua peso demasiado, sendo seu depoimento essencial para o desfecho do processo, já que, em muitos casos, se deixa de dar o devido valor aos laudos sociais e psicológicos que são conclusivos quanto aos danos psíquicos constituírem prova cabal da ocorrência do crime. Consequentemente, quando da oitiva da vítima não consegue extrair relato lógico e coeso, o resultado é a absolvição por falta de provas.

O modo como se dá a oitiva das crianças, que em nada difere do procedimento dispensado a um adulto comum – entenda-se, sem necessidades especiais ou prerrogativas – contribui para a retração dos infantes, dificultando a tomada de seu depoimento. Ora, se a participação em audiência judicial é causa de estresse e temor por parte de muitos adultos, muito maior o impacto que tal situação produz no infante. A figura do juiz togado a questionar-lhe sobre assuntos que procura esquecer, a presença do Promotor de Justiça e Advogado de Defesa, todos estranhos à criança, aliados ao nada amistoso ambiente da sala de audiências, configuram óbices muitas das vezes intransponíveis para a abertura e revelação da criança acerca daquilo que foi pressionada a esconder.

Nesse sentido, a assertiva de MARIA ROSI DE MEIRA BORBA⁷⁶:

(76) Borba, Maria Rosi de Meira. *Op. cit.*, nota 27, pág. 04

É factível notar que o sistema presidencial, onde o Juiz, colocando-se numa posição física superior a da vítima e circundado pelo Representante do Ministério Público e o Defensor do Réu, questionando diretamente a criança sobre o evento delituoso, apesar de validar as garantias constitucionais do Denunciado, traz, na maioria das vezes, danos psicológicos que podem de ser de igual ou maior monta que o próprio abuso sexual sofrido.

Seguindo o trajeto que normalmente ocorre nos casos de ASI, a vítima é inquirida não apenas mais de uma vez, mas inúmeras vezes: pela mãe, pela professora, diretora da escola, conselheiros tutelares, delegado, médico-perito e, por fim, pelo juiz, que faz ainda perguntas formuladas pelo Promotor e advogado de defesa. Desta feita, é constrangida a relatar fatos cuja lembrança causa vergonha, repugnância, tristeza e revolta a pessoas estranhas, que não são de seu círculo de confiança. Pior, na grande maioria das vezes, pessoas incapacitadas par realizar tal entrevista. A cada relato, revivencia a vítima os fatos, sofrendo nova violência. Ao cabo de tudo isso, cansada de repetir a história que tanto quer esquecer, muitas vezes cai em contradição, o que gera a absolvição do réu, e, tão ou mais grave que a soltura de um culpado, a sensação de impunidade, descrédito e injustiça.

Assim, o método tradicional de oitiva de crianças quando vítimas em crimes de natureza sexual não atende aos princípios da busca da verdade real, nem da dignidade da pessoa humana, em especial da criança, cuja prioridade absoluta consta da Carta Magna. Em contrapartida, poder-se-ia argumentar que a utilização de procedimentos não constantes no Código de Processo Penal e em nenhuma outra lei fere o princípio do devido processo legal e da legalidade.

Como resolver o impasse enquanto não há edição de normas que contemplem as peculiaridades da infância e adolescência em relação à oitiva judicial? A solução encontra-se na aplicação dos princípios, tanto constitucionais, como os afetos ao processo criminal, a fim de harmonizar os direitos assegurados ao réu com a proteção devida à vítima criança ou adolescente.

Aliás, não será a primeira vez que tal artifício é adotado, já que a promulgação da nossa atual Lei Maior, moderna e pioneira em inúmeros aspectos, não foi acompanhada pela legislação ordinária, levando o operador do direito a interpretar as normas, valendo-se dos pilares do Direito – os princípios.

Desta feita, minimiza-se o princípio da legalidade, para atribuir o valor devido ao princípio da dignidade humana e da proteção integral e da prioridade absoluta da criança, sem deixar de obedecer aos princípios do contraditório e ampla defesa, sobre os quais está embasado o processo judicial. Assim, a constitucionalidade da utilização de métodos alternativos para oitiva de menores em Juízo não é passível de questionamentos.

Neste ponto, é preciso esclarecer que a recente decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, por sua 2ª Turma, em relação à videoconferência⁷⁷, não se aplica ao método Depoimento sem Dano.

Primeiro, há que se identificar os dois institutos, enumerando seus pontos em comum e suas dessemelhanças. Ambos são métodos inovadores afetos ao processo penal, não previstos no direito positivado, que buscam a resolução de problemas detectados na prática forense. Mas as similitudes cessam aí.

No procedimento que se convencionou chamar “teleaudiência” ou “interrogatório por videoconferência”, objeto da decisão do Supremo Tribunal Federal que anulou o processo em razão de sua aplicação⁷⁸, realiza-se o interrogatório do réu por meio eletrônico. O réu permanece no estabelecimento prisional, onde, assistido por um advogado, participa ativamente do interrogatório, respondendo às perguntas feitas pelo juiz. Na sala de audiência do fórum, permanecem o juiz, o promotor de justiça e a defesa, pois a comunicação entre o réu e os demais é feita por transmissão áudio visual por equipamentos eletrônicos. O conteúdo do interrogatório é registrado e arquivado em *compact disc*. Há canal reservado para entrevista reservada entre réu e defesa. O advogado que acompanha o réu no estabelecimento prisional assina termo como fiscalizador do registro do interrogatório. Os motivos justificadores para adoção da videoconferência são, principalmente, a celeridade no trâmite processual, com redução de custos e garantia da segurança, obtidos com a não locomoção do réu do estabelecimento prisional até o fórum.

(77) BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* n. 99.914-0 SP, 2ª Turma, Relator Min. Cezar Peluso, 14 de agosto de 2007, Brasília.

(78) Idem.

A metodologia batizada de “Depoimento Sem Dano”, por sua vez, propõe forma especializada para colheita do depoimento de crianças em juízo, em especial quando vítimas crimes, como o de abuso sexual. Pode ser realizada por meios eletrônicos ou por câmaras de Geisel – na qual uma sala é separada da outra por vidro espelhado. Na sala de audiência comum permanecem o magistrado, o promotor de justiça e o advogado de defesa. Em outra sala, especialmente preparada, a criança é entrevistada por um psicólogo ou assistente social, que fazem as perguntas formuladas pelo juiz, ou pelo Ministério Público e Defesa, sendo por ele deferidas, sendo a comunicação feita por ponto eletrônico. Este ato também pode ser gravado para posterior conferência e análise. As razões para aplicação deste método, em contraposição ao procedimento tradicional, como já dito e repisado, vão desde a proteção da criança ou adolescente, buscando evitar sua revitimização, pelos danos emocionais que sua oitiva pode lhe causar, até a extração máxima da verdade real.

Feito tal esclarecimento, resta averiguar porque a decisão proferida no *Habeas Corpus* 88.914-0/São Paulo, cujo relator foi o Ministro Cezar Peluso, em nada afeta o Depoimento sem Dano.

Além de tratar-se de institutos diversos, veja-se que os fundamentos embasadores para a nulidade de processo em razão da adoção de interrogatório por videoconferência são a ausência de humanidade, a frieza, a distância entre o acusado e o juiz, consectários da teleaudiência. Tal circunstância afetaria a defesa, que perderia sua amplitude, ocasionando limitação vedada pelos princípios que norteiam o processo penal. Mais, tornaria a justiça mecânica e insensível. A esse respeito, assim escreveu PELUSO em seu voto:

...A perda do contato pessoal com os partícipes do processo torna, em termos de humanidade, asséptico o ambiente dos tribunais, fazendo mecânica e insensível a atividade judiciária. E, todos sabemos, “*o exercício da magistratura é tarefa incômoda. Deve ser exercitada com todos os riscos inerentes ao ministério*”....⁷⁹

(79) BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* n. 99.914-0 SP, 2ª Turma, Relator Min. Cezar Peluso, 14 de agosto de 2007, Brasília.

Sensibilidade e humanização é o foco principal almejado com a adoção do Depoimento Sem Dano para oitiva de menores em juízo. Quando se trata de colheita de depoimentos de crianças que foram vítimas de abuso sexual, a manutenção do método tradicional e positivado para sua realização é que redundaria na frieza e insensibilidade da justiça. Repisa-se, as características peculiares da infância, aliadas às circunstâncias traumatizantes pós-abuso, fazem com que seja necessário dispensar tratamento diferenciado aos infantes, para não causar-lhes danos emocionais secundários.

Outro argumento utilizado na decisão em questão foi a violação ao princípio da publicidade, pois restringe que qualquer do povo presencie o ato processual⁸⁰. Em se tratando de oitiva de menor acerca de abuso sexual sofrido, ou de outra espécie de crime do qual tenha sido vítima ou testemunha, a presença de pessoas estranhas é legitimamente limitada. E mais, na quase totalidade dos casos, o réu é excluído da sala de audiências, invocando-se para tanto o art. 217 do Código de Processo Penal:

Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu, pela sua atitude, poderá influir no ânimo da testemunha, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará retirá-lo, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. Neste caso deverão constar do termo a ocorrência e os motivos que a determinaram⁸¹.

A vantagem trazida pela adoção do Depoimento Sem Dano é que, com a criança oitivada em sala separada, o réu pode acompanhar a audiência no recinto junto ao juiz, promotor de justiça e advogado de defesa ou defensor público. Desta feita, o princípio da ampla defesa é atendido com mais eficácia e abrangência neste tipo de procedimento.

Não se pode olvidar, é claro, da maior das vantagens para a defesa. Com o Depoimento Sem Dano privilegia-se a busca pela verdade real, extraindo-se do depoimento da vítima relato pormenorizado do ocorrido, não só através de suas palavras, mas sobretudo das impressões registradas pelo psicólogo bem como pelas partes que acompanham tudo da sala de audiências.

Muito mais garantido ao réu, assim, a ampla defesa, sem prejuízo do contraditório, e com preservação da criança, que deve ser tutelada pelo Estado, como prioridade absoluta assegurada pela Constituição Federal.

(80) BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* n. 99.914-0 SP, 2ª Turma, Relator Min. Cezar Peluso, 14 de agosto de 2007, Brasília.

(81) BRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941.

CONCLUSÃO

O abuso sexual infantil, conforme comprovam inúmeros levantamentos citados ao longo deste trabalho, está longe de se restringir a poucos e aleatórios casos. Ao contrário, em razão da sub-notificação causada pelas peculiaridades que esta espécie de crime envolve, os números, infelizmente, devem ser muito maiores dos que os apresentados nas pesquisas. Isso porque a grande maioria dos casos de abuso sexual de crianças e adolescentes ocorre no âmbito familiar – o denominado ASI intrafamiliar, sendo perpetrado por membro da família, muitas vezes pelo pai ou padrasto.

Contudo, deve ser evitada a dedução precipitada de que os pais ou homens em geral são os únicos algozes dos infantes, quanto a este tipo de delito. É que estudos realizados na área da psiquiatria e psicologia demonstram que a mãe, principalmente nos casos de ASI intrafamiliar em muito contribui para sua ocorrência e perpetuação, por meio de sua omissão e também do incentivo. Tal circunstância é reflexo de uma dentre as piores e mais atroz seqüelas originadas pelo ASI na vítima: a tendência à repetição, quando adulto, do que sofrera na infância, agora na condição de algoz.

Conclui-se daí que a resolução da problemática do abuso sexual infantil exige envolvimento de vários setores, sendo a responsabilização do agressor apenas parte dessa resolubilidade. A interdisciplinaridade, mais que desejável, constitui-se fator fundamental para que se obtenha sucesso na repressão, diminuição e prevenção deste fenômeno social tão grave.

Por isso, o ASI não pode ser visto tão-somente como um delito, sobre o qual deve recair o *jus puniendi* – direito de punir – do Estado, como forma repressiva do ato, a fim de que o agressor e toda a sociedade seja desestimulada a realizar condutas semelhantes. Esta premissa, que configura uma das bases do Direito e do Estado Democrático de Direito, revela-se deficitária neste caso.

As ciências afins, como a psiquiatria e a psicologia, além de serviços como o da assistência social, mais que mero auxílio, configuram peças-chaves para a resolubilidade dos problemas que envolvem o ASI – desde suas causas até suas seqüelas.

Assim é que o Poder Judiciário, em alguns Estados conhecidos por seu pioneirismo como o Rio Grande do Sul, tem colocado em prática projetos resultantes dessa interdisciplinaridade, como o Depoimento sem Dano.

A colheita do depoimento da vítima em Juízo, neste caso, envolve dois complicadores: a validade e credibilidade dada à palavra da criança e o cuidado para não causar novos traumas ao infante que foi submetido ao abuso sexual. Mesmo que os magistrados de todo o país se submetessem à capacitação para adquirir aptidão a fim de realizar a oitiva de crianças e adolescentes, especialmente para os casos de ASI, ainda assim o aspecto austero do ambiente e das figuras do Juiz, Promotor de Justiça e Advogado de Defesa ou Defensor Público, configurariam obstáculo ao rompimento do silêncio pelo depoente. Este o entendimento esposado pela psiquiatria e psicologia.

Justifica-se, então, a adoção de método alternativo para a oitiva de menores em Juízo, em que um interlocutor, em regra psicólogo ou assistente social, realiza a colheita do depoimento, enquanto tal entrevista é assistida por todas as partes inerentes ao processo criminal em outra sala, por meio de equipamentos eletrônicos ou vidro espelhado unidirecional. Mais que ouvir o conteúdo da conversa, às partes é dado participar, uma vez que o Juiz pode formular perguntas ao interlocutor por meio de ponto eletrônico.

Ao exame dessa pesquisa percebe-se que este procedimento é instrumento de grande valia na busca da verdade real, ao passo que evita novos traumas emocionais à criança.

Poder-se-ia argumentar acerca da constitucionalidade e legalidade deste método, uma vez que não previsto em lei processual penal. Contudo, esta possibilidade restou rechaçada, diante da harmonização dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da proteção conferida à criança e adolescente pela Lei Maior, com relação ao da legalidade, isso sem deixar de obedecer aos princípios do contraditório e ampla defesa.

Nada impede e seria desejável, inclusive, que o Legislativo editasse lei positivando e tornando obrigatória a aplicação deste método em todo e qualquer caso em que se faça necessária a oitiva de crianças e adolescentes em Juízo.

Embora seja inegável a enorme contribuição do Depoimento sem Dano na repressão e prevenção ao ASI, não se pode deixar de observar que este não é suficiente para a resolução do mesmo.

Nesse sentido é que vem trabalhando a equipe interdisciplinar afeta à Vara de Delitos de Trânsito e Crimes contra a Criança e o Adolescente de Porto Velho – RO. Pequenas mas significativas mudanças

na condução e concretização dos atos processuais têm causado grande impacto nas crianças, seus familiares e até nos próprios abusadores, refletindo na credibilidade da Justiça. Dentre elas, a realização do laudo psicossocial antes da oitiva do menor, dando ao magistrado maior subsídio para realizar a colheita de seu depoimento, bem como conferindo, dentro do possível, tranquilidade ao infante, preparando-o para o ato, demonstra que, com sensibilidade e vontade, muito pode ser feito.

E muito há ainda a fazer. Uma das grandes barreiras para a abertura da criança, a fim de que relate o abuso - relato muitas vezes fundamental para o deslinde do feito, sem o qual se dificulta muito a condenação, por ausência de provas - é a questão financeira. Não é raro que o abusador seja também o provedor e, desta feita, sua prisão interrompe o abuso, mas, ao mesmo tempo, faz cessar a fonte de subsistência daquele núcleo familiar.

Como o Estado não dispõe de estrutura para abrigar e auxiliar a família nestes casos, elas se vêem obrigadas a, sozinhas, angariar recursos para sua manutenção. Assim é que, na maioria, a mãe e os demais membros da família realizam campanha para que o menor desminta em Juízo o relato do abuso, imputando-lhe responsabilidade pelo destino de toda a família. Nova violência é perpetrada contra o menor. Agora, a violência econômica, que se sobrepõe à sexual.

Ainda, as feridas emocionais causadas não só na criança, mas em toda a família, em casos de ASI, e as existentes no abusador, são de tal monta e gravidade que fazem, como já dito, com que se repita o fenômeno quando adulto. Imprescindível então que seja disponibilizado tratamento para esta família como um todo.

De todo o exposto e pesquisado, conclui-se que a adoção do método Depoimento Sem Dano pelo Judiciário rondoniense, a iniciar pela Vara de Delitos de Trânsito e Crimes contra a Criança e o Adolescente é necessária e em muito contribuirá para a pacificação social neste Estado.

De modo algum, no entanto, sua implementação significa a resolução completa dos problemas oriundos do abuso sexual infantil.

A erradicação desse tão grave fenômeno social demanda constante esforço, concentração, aperfeiçoamento, vontade e, principalmente, sensibilidade, por parte de todos aqueles que se propõe ou deve com ele lidar.

BIBLIOGRAFIA

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Violência Sexual Intrafamiliar: É Possível Proteger a Criança?** 1. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004.

ARAÚJO, Maria de Fátima. Violência e Abuso Sexual na Família. in **Psicologia em Estudo**, vol. 07, n. 02, Maringá jul./dez. 2002. Disponível em <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-73722002000200002&lng=pt&nrm=iso-60k> acesso em 03 jul 2007.

BALLONE GJ. Abuso Sexual Infantil. in. **PsiquWeb**, Internet, 2003. Disponível em <<http://www.virtualpsy.org/infantil/abuso.html>> Acesso em 18 jan. 2007.

BORBA, Maria Rosi De Meira. O duplo processo de vitimização da criança abusada sexualmente: pelo abusador e pelo agente estatal, na apuração do evento delituoso. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3246>>. Acesso em 07 ago. 2007.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil.

BRASIL. Código Penal Brasileiro. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

BRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.

BRASIL. Lei dos Crimes Hediondos. Lei 8.072, de 25 de julho de 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* n. 99.914-0 SP, 2ª Turma, Relator Min. Cezar Peluso, 14 de agosto de 2007, Brasília.

CEZAR, José Antônio Daltoé. **Depoimento Sem Dano – Uma Alternativa para Inquirir Crianças e Adolescentes nos Processos Judiciais**. 1ª. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.

DIAS, Maria Berenice. A Justiça e a invisibilidade do incesto . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1122, 28 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8692>>. Acesso em 07 ago. 2007.

DIAS, Maria Berenice. Síndrome da alienação parental, o que é isso? . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1119, 25 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8690>>. Acesso em 07 ago. 2007.

DOBKE Velela. **Abuso Sexual: A inquirição das crianças uma abordagem interdisciplinar**. 1ª. ed. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

FURNISS, Tilman. **Abuso Sexual da Criança: uma abordagem multidisciplinar**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

FOELKEL, Alessandra. Violência Sexual e Doméstica contra as Mulheres no Brasil: o Quadro Atual e a Atuação de IPAS Brasil. 2004. **IPAS**. Disponível em <www.ipas.org.br/arquivos/Foelkel2004_violencia.doc>. Acesso em 18 jan. 2007.

GAUDÊNCIO, Aníbal. Sociedade Brasileira de Pediatria. Disponível em <www.sbp.com.br/show_item2.cfm?id_categoria=52&id_detalhe=1055&tipo=D>. Acesso em 18 jan. 2007.

HEIDE, Márcio Pecego. Castração química para autores de crimes sexuais e o caso brasileiro . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1400, 2 maio 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9823>>. Acesso em 07 ago. 2007.

MORAES, Ana Luisa Zago de. Os delitos de abuso sexual incestuoso . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 901, 21 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7688>>. Acesso em 07 ago. 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 5ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PARISOTTO, Luciana. Abuso Sexual. **ABC da Saúde**, 01 de novembro de 2001, Disponível em: <<http://www.abcdasaude.com.br/artigo.php?5>> acesso em 17 jan 2007.

PEREIRA, Celso Cornélio e OLIVEIRA, Maria Inês Soares de. *A Atenção e o Cuidado com Crianças Vítimas de Violência Sexual no Atendimento Judicial*. Porto Velho, 2007.

RANGEL, Patrícia Calmon. *Abuso Sexual – intrafamiliar recorrente*. 1 Ed., 2 tiragem. Curitiba: Juruá, 2002.

SAFIOTTI, Heleieth. *Abuso Sexual pai-filha*. Biblioteca virtual do Conselho Latino-Americano de Ciências Sociais, 2002.

SEABRA, André Salame. *Abuso Sexual na Infância*. **Jornal Existencial On Line**, Edição Especial, Caderno de Psiquiatria, 1999. Disponível em: <<http://www.existencialismo.org.br/jornalexistencial/andreseabraabusosexual.htm>>. Acesso em 01 ago 2007.

ENVIO DE ARTIGOS PARA PUBLICAÇÃO

A Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia é uma publicação do Tribunal de Justiça. Sua periodicidade é semestral, e ela tem por objetivo divulgar artigos de juristas e estudiosos nas diversas áreas do Direito.

Os textos devem ser apresentados em arquivo eletrônico, formatado no programa Word, fonte Times New Roman, tamanho 12, em espaço duplo.

O autor precisa identificar-se após o título do artigo, inserindo o nome e o minicurrículo, no qual deverá constar uma breve descrição de suas atividades profissionais.

Os artigos devem ser encaminhados para:
Escola da Magistratura do Estado de Rondônia – EMERON
Secretaria da EMERON – Tribunal de Justiça
Av. Rogério Weber, n. 1872 – Centro
Porto Velho – RO – CEP. 76801-030
Fone: (69) 3217-5034, 5033 e 5032.
E-mail: emeron@tj.ro.gov.br.

