

REVISTA DO
INSTITUTO
DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO



2014

140 Anos



EDITORA
IASP



EDITORA
IASP

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO

COORDENAÇÃO:
ELIAS FARAH

REVISTA DO
INSTITUTO
DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

2014

140 Anos

ANO 17 • **34** • JULHO - DEZEMBRO 2014

ISSN 1415-7683

Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo
Ano 17 / Nº 34 / JULHO - DEZEMBRO 2014

Edição e Distribuição da Editora IASP

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP

CNPJ: 43.198.555/0001-00

Rua Líbero Badaró, 377 - 26º andar - CEP 01009-000 São Paulo - SP - Brasil

Telefone: (55 11) 3106 - 8015

Site: www.iasp.org.br

E-mail: editora@iasp.org.br

Fundado em 29 de Novembro de 1874

Revisão: Instituto dos Advogados de São Paulo

Capa e Diagramação: Kriando / Brandium

Impressão: Orgrafic

Impresso no Brasil: [11-2014]

ESTA OBRA É LICENCIADA POR UMA LICENÇA CREATIVE COMMONS

Atribuição 4.0 Internacional

Você pode:

- copiar, distribuir, exibir e executar a obra;
- criar obras derivadas.

Sob as seguintes condições:



Atribuição. Você deve dar crédito ao autor original

Qualquer direito de uso legítimo (ou fair use) concedido por lei ou qualquer outro direito protegido pela legislação local não são em nenhuma hipótese afetados pelo disposto acima.

APRESENTAÇÃO

O Instituto dos Advogados de São Paulo, ao completar 140 anos de existência, apresenta esta edição especial da tradicional Revista do IASP concretizando o lançamento da Editora IASP.

A Revista do IASP nasceu em 15 de janeiro de 1892, quando foi publicado o primeiro número da Revista de Jurisprudência do Instituto dos Advogados de São Paulo, que tinha como redatores três membros do Instituto: o senador João Pereira Monteiro e os deputados do Congresso Paulista Paulo Egydio de Oliveira Carvalho e Aureliano de Sousa e Oliveira Coutinho.

O período era de efervescência com a Constituição Federal promulgada em 1891, inspirada no modelo dos Estados Unidos da América do Norte, que estabelecia uma separação entre os três poderes (executivo, legislativo e judiciário), o que impulsionou os advogados do IASP a participar da criação de um sistema judiciário paulista.

Estava em pauta a Lei Estadual nº 18, ou Lei de Organização Judiciária, que teve como elaboradores os redatores da Revista do IASP, pois se bradava pela independência do Poder Judiciário e contra a submissão ao Poder Moderador. A Lei nº 18 previu a criação do Tribunal de Justiça de São Paulo, e determinou que juízes fossem admitidos através de concurso.

Porém, não houve o respeito à Lei, tendo o redator da Revista do IASP Vicente Ferreira da Silva comentado: “Essa lei já havia sido regulamentada e estava em plena execução quando o Poder Executivo – pelo posso, quero e mando – a suspendeu, usando de um poder que não lhe confere a Constituição do Estado. A magistratura nomeada foi posta na rua e a que existe aí vegeta, como se vê, tendo pendente dos lábios de César sua vida ou sua morte”.

A Revista do IASP foi uma imensa janela para os grandes temas durante a década de 1890, como o federalismo. Sobre o tema, o associado Reynaldo Porchat apresentou o artigo “Posição dos Estados Federados diante do Estado Federal”, publicado na Revista do IASP, criticando os excessos do federalismo e a importação imprópria de ideais norte-americanos: “No Brasil, onde poucos anos conta de vida a forma republicana federativa [...]

é mister que, pelo menos, os cultores da ciência jurídica não descansem sobre as noções falsas que vão se acumulando”.

A essência do Instituto dos Advogados de São Paulo sempre foi o debate que ecoa e se pereniza com as publicações, como sempre defendeu o atual coordenador da Revista do IASP, o Conselheiro Elias Farah, que considera o nosso IASP um grande laboratório de pensamentos e estudos que devem ser levados ao conhecimento da sociedade.

A Revista do IASP foi relançada pelo saudoso ex-presidente Cláudio Antonio Mesquita Pereira em correspondência de 23 de janeiro de 1998.

Na apresentação do número especial de lançamento, Cláudio Antonio Mesquita Pereira destaca: “Quiseram os fados e a enorme capacidade de confiar dos associados, que novamente me fosse dada a oportunidade de dirigir esse glorioso Instituto, ao lado de uma diretoria atuante, jovem e disposta a dedicar-se. Surgiu, então a idéia: se o Boletim aí está marcando presença e atuação, por que não reviver a *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo* cumprindo-se, assim, o destino maior da Instituição, qual seja, o seu caráter eminentemente cultural, perseguindo o melhoramento técnico e humanístico da classe jurídica, com ênfase à advocacia?”

O esforço evidentemente vingou, e agora ganha uma nova dimensão com o lançamento da Editora IASP incentivada pelo nosso Diretor Financeiro, Jairo Saddi, que planejou os investimentos.

A Editora IASP nasce para atender a demanda de publicação de revistas especializadas com os trabalhos das Comissões de Estudos, de livros a partir da seleção de teses, dissertações, trabalhos e pesquisas de excelência, bem como a Revista do IASP.

Este número contou com a colaboração especial do Coordenador da Revista, o Conselheiro Elias Farah, juntamente com o Diretor Cultural, Diogo L. Machado de Melo, o Diretor de Assuntos Legislativos, Mário Luiz Delgado, o Diretor de Patrimônio, Alexandre Sansone Pacheco, e a Presidência, destacando-se o projeto gráfico desenvolvido pela Kriando por intermédio de Eduardo Pedro e José Carlos Pires Pereira.

O sumário bem retrata a pujança e a atualidade dos debates e ações do Instituto dos Advogados de São Paulo em benefício da ciência jurídica e da Advocacia.

A reflexão e crítica são imprescindíveis, bem como a lição de Norberto Bobbio para guiar o nosso trabalho, pois: “Aprendi a respeitar as idéias alheias, a deter-me diante do segredo de cada consciência, a compreender antes de discutir, a discutir antes de condenar.”

O IASP, completando 140 anos de existência, e sendo a mais antiga instituição jurídica do Estado de São Paulo, continua a escrever uma história profícua e inspiradora, nunca se esquecendo que o progresso é a consolidação das conquistas, como esta Revista é instrumento para que se possa olhar para o futuro com responsabilidade, responsabilidade essa que deve transcender mandatos e interesses particulares.

É nesse contexto que o Instituto dos Advogados de São Paulo colaborará para que políticas públicas garantam uma perspectiva de vida digna para a sociedade, pois o nosso país não deve e não pode estar abaixo das expectativas dos seus cidadãos.

O IASP continuará sendo a janela que ilumina a reflexão, os debates, guiado pelas premissas de servir, e não ser servido, de conduzir e não ser conduzido.

JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO

Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP

DIRETORES 2013.2014.2015

Presidente: José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro
Vice-Presidente: Paulo Henrique dos Santos Lucon
Diretora Secretária: Raquel Elita Alves Preto
Diretor Financeiro: Jairo Sampaio Saddi
Diretor Cultural: Diogo Leonardo Machado de Melo
Diretor de Comunicação: Fernando Calza de Salles Freire

**DIRETORES DOS ÓRGÃOS
COMPLEMENTARES**

Escola Paulista de Advocacia – EPA:
Renato de Mello Jorge Silveira
Comissão dos Novos Advogados – CNA:
Rodrigo Matheus
Câmara de Mediação e Arbitragem:
Marcos Rolim Fernandes Fontes

DIRETORES ADJUNTOS

Relações Internacionais: André de Almeida
Revista: Elias Farah
Relações Governamentais: Luiz Guerra
Núcleo de Pesquisa: Maria Garcia
Assuntos Legislativos: Mário Luiz Delgado
Letrado: Allan Moraes

ASSESSORES ESPECIAIS DA PRESIDÊNCIA

Fabiana Lopes Pinto
Fábio Carneiro Bueno Oliveira
Flávio Maia Fernandes dos Santos
Ivo Waisberg

DIRETORES DE RELAÇÕES INSTITUCIONAIS

Alex Costa Pereira
Alexandre Jamal Batista
Carla Rahal Benedetti
Carlos Linek Vidigal
Cassio Sabbagh Namur
Clarissa Campos Bernardo
Cláudio Gomara de Oliveira
Frederico Prado Lopes
José Marcelo Menezes Vigliar
Leonardo Augusto Furtado Palhares
Luiz Eduardo Boaventura Pacífico
Marco Antonio Fanucchi
Mauricio Scheinman
Miguel Pereira Neto
Milton Flávio de A. Camargo Lautenschläger
Ricardo Melantonio
Ricardo Peake Braga
Rodrigo Fernandes Rebouças
Ronaldo Vasconcelos
Zaiden Geraige Neto

DIRETOR DE PATRIMÔNIO

Alexandre Sansone Pacheco

DIRETOR DA BIBLIOTECA

Roberto Correia da Silva Caldas

DIRETOR DO PROGRAMA DE TV

Cesar Klouri

ASSESSORES DO VICE-PRESIDENTE

Carolina Barros de Carvalho
Daniel Battaglia de Nuevo Campos

ASSESSOR DA DIRETORIA CULTURAL

João Luis Zaratin Lotufo

CONSELHO 2013.2014.2015

EFETIVOS

Antonio de Souza Corrêa Meyer
Antonio José da Costa
Aparício Dias
Celso Cintra Mori
Edson Antonio Miranda
Eduardo de Mello
Jorge Lauro Celidonio
Oscavo Cordeiro Corrêa Netto
Paulo Faingaus Bekin
Regina Beatriz Tavares da Silva
Ruy Pereira Camilo Junior
Wagner Balera

COLABORADORES

Antonio Carlos Malheiros
Paulo Adib Casseb

CONSELHO 2015.2016.2017

EFETIVOS

Antônio Cláudio Mariz de Oliveira
Elias Farah
Eloy Franco de Oliveira Filho
Josefina Maria de Santana Dias
Luiz Antônio Sampaio Gouveia
Luiz Ignácio Homem De Mello
Manoel Alonso
Manuel Alceu Affonso Ferreira
Marcial Barreto Casabona
Maria Garcia
Oséas Davi Viana
Silmara Juny de Abreu Chinellato

COLABORADORES

Maria Cristina Zucchi
Ronaldo Alves de Andrade

CONSELHO 2014.2015.2016

EFETIVOS

Carlos Alberto Dabus Maluf
Décio Policastro
Geraldo Facó Vidigal
Lauro Celidonio Gomes dos Reis Neto
Lionel Zaclis
Lourival José dos Santos
Luiz Antonio Alves de Souza
Marcos Paulo de Almeida Salles
Marilene Talarico Martins Rodrigues
Renato de Mello Jorge Silveira
Renato Ribeiro
Silvânio Covas

COLABORADORES

Alberto Camiña Moreira
Marco Antonio Marques da Silva

ASSOCIADOS DO IASP

ACACIO VAZ DE LIMA FILHO
ACLIBES BURGARELLI
ADA PELLEGRINI GRINOVER
ADALBERTO SIMAO FILHO
ADELIA AUGUSTO DOMINGUES
ADEMIR DE CARVALHO BENEDITO
ADIB GERALDO JABUR
ADILSON ABREU DALLARI
ADRIANA CALDAS DO REGO FREITAS DABUS MALUF
ADRIANA DE ALMEIDA ORTE NOVELLI CALDEIRA
ADRIANA LAPORTA CARDINALI STRAUBE
ADRIANO FERRIANI
AFONSO COLLA FRANCISCO JUNIOR
AFONSO GRISI NETO
AFRANIO AFFONSO FERREIRA NETO
AGOSTINHO TOFFOLI TAVOLARO
AIRES FERNANDINO BARRETO
ALAMIRO VELLUDO SALVADOR NETTO
ALBERTO CAMINA MOREIRA
ALBERTO PIMENTA JUNIOR
ALBERTO SANTOS PINHEIRO XAVIER
ALBERTO ZACHARIAS TORON
ALCIDES JORGE COSTA
ALESSANDRA NASCIMENTO SILVA E F. MOURAO
ALESSANDRO ROSTAGNO
ALEX COSTA PEREIRA
ALEXANDRE ALVES LAZZARINI
ALEXANDRE DAIUTO LEAO NOAL
ALEXANDRE DE ALMEIDA CARDOSO
ALEXANDRE DE MENDONCA WALD
ALEXANDRE DE MORAES
ALEXANDRE H.M.THIOLLIER FILHO
ALEXANDRE JAMAL BATISTA
ALEXANDRE MAGNO DE MENDONCA GRANDESE
ALEXANDRE PALERMO SIMOES
ALEXANDRE SANSONE PACHECO
ALEXANDRE VIVEIROS PEREIRA
ALFREDO LUIZ KUGELMAS
ALLAN MORAES
ALMIR PAZZIANOTTO PINTO
ALOYSIO RAPHAEL CATTANI
ALVARO VILLACA AZEVEDO
AMERICO IZIDORO ANGELICO
AMERICO LOURENCO MASSET LACOMBE
ANA CAROLINA AGUIAR BENETI
ANA CLAUDIA AKIE UTUMI
ANA EMILIA OLIVEIRA DE ALMEIDA PRADO
ANA LUISA PORTO BORGES
ANA LUIZA BARRETO DE ANDRADE FERNANDES NERY
ANA MARIA GOFFI FLAQUER SCARTEZZINI
ANA PAULA PELLEGRINA LOCKMANN
ANDRE ALMEIDA GARCIA
ANDRE DE ALMEIDA
ANDRE DE CARVALHO RAMOS
ANDRE GUSTAVO DE OLIVEIRA
ANDRE WEISZFLOG
ANDRE ZONARO GIACCHETTA
ANDREA TEIXEIRA PINHO
ANGELA MARIA DA MOTTA PACHECO
ANIS KFOURI JUNIOR

ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ
ANTENOR BATISTA
ANTONIO ARALDO FERRAZ DAL POZZO
ANTONIO AUGUSTO DE MESQUITA NETO
ANTONIO BRAGANCA RETTO
ANTONIO CANDIDO DE AZEVEDO SODRE FILHO
ANTONIO CARLOS AGUIAR
ANTONIO CARLOS DE ARAUJO CINTRA
ANTONIO CARLOS DE OLIVEIRA FREITAS
ANTONIO CARLOS MALHEIROS
ANTONIO CARLOS MATHIAS COLTRO
ANTONIO CARLOS MATOS RUIZ FILHO
ANTONIO CARLOS MATTEIS DE ARRUDA
ANTONIO CARLOS MATTEIS DE ARRUDA JUNIOR
ANTONIO CARLOS MENDES
ANTONIO CARLOS MONTEIRO DA SILVA FILHO
ANTONIO CARLOS MORATO
ANTONIO CARLOS VIANNA DE BARROS
ANTONIO CELSO FONSECA PUGLIESE
ANTONIO CELSO PINHEIRO FRANCO
ANTONIO CEZAR PELUSO
ANTONIO CLAUDIO MARIZ DE OLIVEIRA
ANTONIO DE ALMEIDA E SILVA
ANTONIO DE PADUA SOUBHIE NOGUEIRA
ANTONIO DE SOUZA CORREA MEYER
ANTONIO FAKHANY JUNIOR
ANTONIO FERNANDES RUIZ FILHO
ANTONIO GALVAO PERES
ANTONIO IVO AIDAR
ANTONIO JACINTO CALEIRO PALMA
ANTONIO JORGE PEREIRA JUNIOR
ANTONIO JOSE DA COSTA
ANTONIO LUIZ CALMON TEIXEIRA
ANTONIO PENTEADO MENDONCA
ANTONIO PINTO MONTEIRO
ANTONIO RULLI NETO
ANTONIO SERGIO BAPTISTA
APARICIO DIAS
AREOBALDO ESPINOLA OLIVEIRA LIMA FILHO
ARI POSSIDONIO BELTRAN
ARMANDO CASIMIRO COSTA
ARMANDO LUIZ ROVAI
ARNALDO MALHEIROS
ARNOLDO WALD
ARNOLDO WALD FILHO
ARTHUR LUIS MENDONCA ROLLO
ARY OSWALDO MATTOS FILHO
ARYSTOBULO DE OLIVEIRA FREITAS
ASDRUBAL FRANCO NASCIMBENI
AUGUSTO NEVES DAL POZZO
AURELIA LIZETE DE BARROS CZAPSKI
BALMES VEGA GARCIA
BELISARIO DOS SANTOS JUNIOR
BENEDICTO CELSO BENICIO
BENEDICTO PEREIRA CORTEZ
BENEDICTO PEREIRA PORTO NETO
BENEDITO ANTONIO DIAS DA SILVA
BENEDITO DANTAS CHIARADIA
BENEDITO EDISON TRAMA
BENTO RICARDO CORCHS DE PINHO

BERENICE SOUBHIE NOGUEIRA MAGRI
BERNARDO STROBEL GUIMARAES
BRASIL DO PINHAL PEREIRA SALOMAO
BRAZ MARTINS NETO
BRUNO BALDUCCINI
BRUNO DANTAS NASCIMENTO
BRUNO FREIRE E SILVA
CAESAR AUGUSTUS FERREIRA S. ROCHA SILVA
CAETANO LAGRASTA NETO
CAIO CESAR VIEIRA ROCHA
CAMILA DA MOTTA PACHECO A.ARAUJO TARZIA
CAMILA WERNECK DE SOUZA DIAS
CANDIDO RANGEL DINAMARCO
CARLA AMARAL DE ANDRADE JUNQUEIRA CANERO
CARLA DOMENICO
CARLA RAHAL BENEDETTI
CARLO BARBIERI FILHO
CARLOS ALBERTO CARMONA
CARLOS ALBERTO DABUS MALUF
CARLOS ALBERTO FERRIANI
CARLOS ALBERTO MALUF SANSEVERINO
CARLOS DAVID ALBUQUERQUE BRAGA
CARLOS EDUARDO N. CAMILLO
CARLOS ELOI ELEGIO PERRELLA
CARLOS FIGUEIREDO MOURAO
CARLOS FRANCISCO DE MAGALHAES
CARLOS FREDERICO ZIMMERMANN NETO
CARLOS JOSE SANTOS DA SILVA
CARLOS LINEK VIDIGAL
CARLOS MARCELO GOUVEIA
CARLOS MARIANO DE PAULA CAMPOS
CARLOS MARIO DA SILVA VELLOSO
CARLOS MIGUEL CASTEX AIDAR
CARLOS PINTO DEL MAR
CARLOS RENATO DE AZEVEDO FERREIRA
CARLOS ROBERTO FORNES MATEUCCI
CARLOS ROBERTO GONCALVES
CARLOS ROBERTO HUSEK
CARLOS VIRGILIO LASALVIA
CASSIO DE MESQUITA BARROS JUNIOR
CASSIO SABBAGH NAMUR
CASSIO SCARPINELLA BUENO
CASSIO TELLES FERREIRA NETTO
CECILIA FRANCO MINERVINO
CELSO ALVES FEITOSA
CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO
CELSO AUGUSTO COCCARO FILHO
CELSO CINTRA MORI
CELSO DE SOUZA AZZI
CELSO JACOMO BARBIERI
CELSO LAFER
CELSO RENATO D'AVILA
CESAR AMENDOLARA
CESAR AUGUSTO GUIMARAES PEREIRA
CESAR CIAMPOLINI NETO
CESAR MARCOS KLOURI
CHARLES D. COLE
CHRISTIANE DE CARVALHO STROPPA
CIBELE MIRIAM MALVONE TOLDIO
CICERO JOSE DA SILVA
CID TOMANIK POMPEU

CID VIEIRA DE SOUZA FILHO
CLARISSA CAMPOS BERNARDO
CLAUDIA CARVALHO VALENTE
CLAUDIA ELISABETE SCHWERZ CAHALI
CLAUDIA NAHSSSEN DE LACERDA FRANZE
CLAUDIO FELIPPE ZALAF
CLAUDIO GOMARA DE OLIVEIRA
CLAUDIO JOSE LANGROIVA PEREIRA
CLAUDIO MAURICIO ROBORTELLA BOSCHI PIGATTI
CLAUDIO SALVADOR LEMBO
CLEMENCIA BEATRIZ WOLTERS
CLITO FORNACIARI JUNIOR
CLOVIS BEZNOS
CONSTANCA GONZAGA JUNQUEIRA DE MESQUITA
CORIOLANO AURELIO A.CAMARGO SANTOS
CRISTIANE MARREY MONCAU
CRISTIANO AVILA MARONNA
CRISTIANO DE SOUSA ZANETTI
CRISTOVAO COLOMBO DOS REIS MILLER
CUSTODIO DA PIEDADE UBALDINO MIRANDA
DALTON TOFFOLI TAVOLARO
DANIEL DE CAMARGO JUREMA
DANIEL MARTINS BOULOS
DANIEL PENTEADO DE CASTRO
DANIEL ZACLIS
DANIELA CAMPOS LIBORIO DI SARNO
DANTE BUSANA
DANTON DE ALMEIDA SEGURADO
DARIO ABRAHAO RABAY
DARMY MENDONCA
DAVID GUSMAO
DEBORA GOZZO
DECIO POLICASTRO
DECIO SEBASTIAO DAIDONE
DELICIO BALESTERO ALEIXO
DENISE VIANA NONAKA ALIENDE RIBEIRO
DILZIANE ENDO DA CUNHA FRANCO
DINORA ADELAIDE MUSETTI GROTTI
DIOGENES MENDES GONCALVES NETO
DIOGO LEONARDO MACHADO DE MELO
DIOGO RAIS RODRIGUES MOREIRA
DIRCEO TORRECILLAS RAMOS
DIRCEU ANTONIO PASTORELLO
DIRCEU AUGUSTO DA CAMARA VALLE
DIRCEU DE MELLO
DIVA PRESTES MARCONDES MALERBI
DJALMA BITTAR
DOMINGOS SAVIO ZAINAGHI
DONALDO ARMELIN
DUDLEY DE BARROS BARRETO FILHO
DURVAL FERRO BARROS
ECIO PERIN JUNIOR
EDDA GONCALVES MAFFEI
EDEVALDO ALVES DA SILVA
EDGARD HERMELINO LEITE JUNIOR
EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO
EDISON CARLOS FERNANDES
EDMO COLNAGHI NEVES
EDMO JOAO GELA
EDSON ANTONIO MIRANDA
EDSON COSAC BORTOLAI

EDUARDO ARRUDA ALVIM
EDUARDO AUGUSTO ALCKMIN JACOB
EDUARDO AUGUSTO ALVES VERA-CRUZ PINTO
EDUARDO AUGUSTO DE OLIVEIRA RAMIRES
EDUARDO AUGUSTO MUylaERT ANTUNES
EDUARDO CARVALHO TESS
EDUARDO CARVALHO TESS FILHO
EDUARDO DAMIAO GONCALVES
EDUARDO DE ALBUQUERQUE PARENTE
EDUARDO DE MELLO
EDUARDO DOMINGOS BOTTALLO
EDUARDO MOLAN GABAN
EDUARDO NELSON CANIL REPLE
EDUARDO REALE FERRARI
EDUARDO SILVEIRA MELO RODRIGUES
EDUARDO TELLES PEREIRA
EDVALDO PEREIRA DE BRITO
EID GEBARA
ELEONORA COELHO
ELIANA ALONSO MOYSES
ELIANA CALMON ALVES
ELIANA RACHED TAIAR
ELIANE CRISTINA CARVALHO TEIXEIRA
ELIANE TREVISANI MOREIRA
ELIANE YACHOUH ABRAO
ELIAS FARAH
ELIAS KATUDJIAN
ELIAS MARQUES DE MEDEIROS NETO
ELIO ANTONIO COLOMBO JUNIOR
ELISABETH V. DE GENNARI
ELIZABETH NANTES CAVALCANTE
ELIZABETH NAZAR CARRAZZA
ELOISA DE SOUSA ARRUDA
ELOY CAMARA VENTURA
ELOY FRANCO DE OLIVEIRA FILHO
EMERSON DEL RE
ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI
ERICKSON GAVAZZA MARQUES
ERNESTO ANTUNES DE CARVALHO
ERNESTO JOSE PEREIRA DOS REIS
ESTEVAO MALLETT
ESTEVAO PRADO DE OLIVEIRA CARVALHO
EUCLIDES BENEDITO DE OLIVEIRA
EUCLYDES JOSE MARCHI MENDONCA
EURIPEDES SALES
EVANE BEIGUELMAN KRAMER
EVELCOR FORTES SALZANO
EVELIN SOFIA ROSENBERG KONIG
EVERALDO AUGUSTO CAMBLER
FABIANA DOMINGUES CARDOSO
FABIANA LOPES PINTO
FABIANO CARVALHO
FABIANO SCHWARTZMANN FOZ
FABIO CARNEIRO BUENO OLIVEIRA
FABIO DE SA CESNIK
FABIO DE SOUZA RAMACCIOTTI
FABIO FERREIRA DE OLIVEIRA
FABIO GUIMARAES CORREA MEYER
FABIO LOPES VILELA BERBEL
FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO
FABIO MESSIANO PELLEGRINI

FABIO MOURAO SANDOVAL
FABIO NUSDEO
FABIO ROMEU CANTON FILHO
FABIO ROSAS
FABIO ULHOA COELHO
FABIOLA MARQUES
FABRICIO FAVERO
FATIMA CRISTINA PIRES MIRANDA
FATIMA FERNANDES RODRIGUES DE SOUZA
FATIMA NANCY ANDRIGHI
FELICE BALZANO
FELIPE EVARISTO DOS SANTOS GALEA
FELIPE LOCKE CAVALCANTI
FELIX RUIZ ALONSO
FERNANDA DE GOUVEA LEAO
FERNANDA GARCEZ LOPES DE SOUZA
FERNANDA MARQUES BAYEUX
FERNANDA TARTUCE SILVA
FERNANDO ANTONIO ALBINO DE OLIVEIRA
FERNANDO BERTAZZI VIANNA
FERNANDO BORGES VIEIRA
FERNANDO BRANDAO WHITAKER
FERNANDO CALZA DE SALLES FREIRE
FERNANDO CAMPOS SCAFF
FERNANDO CASTELO BRANCO
FERNANDO DANTAS MOTTA NEUSTEIN
FERNANDO DE OLIVEIRA MARQUES
FERNANDO FORTE
FERNANDO FRAGOSO
FERNANDO GASPAR NEISSER
FERNANDO JOSE DA COSTA
FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D ECA
FERNANDO PEREIRA
FERNANDO SACCO NETO
FLAVIA CRISTINA MOREIRA DE CAMPOS ANDRADE
FLAVIO ALBERTO GONCALVES GALVAO
FLAVIO FRANCO
FLAVIO JAHRMANN PORTUGAL
FLAVIO JOSE DE SOUZA BRANDO
FLAVIO LUIZ YARSELL
FLAVIO MAIA FERNANDES DOS SANTOS
FLAVIO MURILO TARTUCE SILVA
FLAVIO PEREIRA LIMA
FLAVIO YUNES ELIAS FRAIHA
FLORIANO CORREA VAZ DA SILVA
FRANCISCO ANTONIO BIANCO NETO
FRANCISCO ANTONIO FEIJO
FRANCISCO ANTUNES MACIEL MUSSNICH
FRANCISCO ARY MONTENEGRO CASTELO
FRANCISCO AUGUSTO DE J.V. FALSETTI
FRANCISCO AURELIO DENENO
FRANCISCO CESAR ASFOR ROCHA
FRANCISCO CESAR PINHEIRO RODRIGUES
FRANCISCO DE ASSIS E SILVA
FRANCISCO DE ASSIS VASCONCELOS P. DA SILVA
FRANCISCO GONCALVES NETO
FRANCISCO JOSE CAHALI
FRANCISCO JOSE F. DE SOUZA R. DA SILVA
FREDERICO PRADO LOPES
GABRIEL JORGE FERREIRA
GABRIEL MARCILIANO JUNIOR

GABRIEL SEIJO LEAL DE FIGUEIREDO
GASTAO ALVES DE TOLEDO
GENESIO CANDIDO PEREIRA FILHO
GEORGE WASHINGTON TENORIO MARCELINO
GEORGHIO ALESSANDRO TOMELIN
GERALDO DE FIGUEIREDO FORBES
GERALDO FACO VIDIGAL
GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTAO
GIL COSTA CARVALHO
GILBERTO BERCOVICI
GILBERTO DE CASTRO MOREIRA JUNIOR
GILBERTO HADDAD JABUR
GILBERTO ILDEFONSO FERREIRA CONTI
GILDA FIGUEIREDO FERRAZ DE ANDRADE
GILDO DOS SANTOS
GILSON HIROSHI NAGANO
GIOVANNA CARDOSO GAZOLA
GIOVANNI ETTORE NANNI
GLAUBER MORENO TALAVERA
GLAUCIA MARA COELHO
GLAUCO MARTINS GUERRA
GUILHERME ALFREDO DE MORAES NOSTRE
GUILHERME CARVALHO E SOUSA
GUILHERME MARTINS MALUFE
GUILHERME OCTAVIO BATOCHIO
GUSTAVO D ACOL CARDOSO
GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO
GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARO
GUSTAVO MILARE ALMEIDA
GUSTAVO NEVES FORTE
HAMILTON DIAS DE SOUZA
HAMILTON ELLIOT AKEL
HAMILTON PENNA
HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERCOSA
HELICIO HONDA
HELENA REGINA LOBO DA COSTA
HELENO TAVEIRA TORRES
HELIO PEREIRA BICUDO
HELIO RAMOS DOMINGUES
HELIO RUBENS BATISTA RIBEIRO COSTA
HERMES MARCELO HUCK
HOMERO ALVES DE SA
HORACIO BERNARDES NETO
HUGO FUNARO
IGNACIO MARIA POVEDA VELASCO
IGOR MAULER SANTIAGO
ILENE PATRICIA DE NORONHA NAJJARIAN
ISABEL DELFINO SILVA MASSAIA
ISABEL MARINANGELO
IVANA CO GALDINO CRIVELLI
IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
IVETTE SENISE FERREIRA
IVO WAISBERG
JAIR HABER
JAIR SAMPAYO SADDI
JANE GRANZOTO TORRES DA SILVA
JAQUES BUSHATSKY
JAYME PAIVA BRUNA
JERONIMO ROMANELLO NETO
JOAO ADELINO DE MORAIS ALMEIDA PRADO
JOAO ALBERTO SCHUTZER DEL NERO

JOAO ARMANDO MORETTO AMARANTE
JOAO BAPTISTA MORELLO NETTO
JOAO BIAZZO FILHO
JOAO BRASIL VITA
JOAO DANIEL RASSI
JOAO FRANCISCO RAPOSO SOARES
JOAO JOSE PEDRO FRAGETI
JOAO PAULO HECKER DA SILVA
JOAQUIM PORTES DE CERQUEIRA CESAR
JONATHAN BARROS VITA
JONES FIGUEIREDO ALVES
JORGE ELUF NETO
JORGE LAURO CELIDONIO
JORGE LUIZ DE MORAES DANTAS
JORGE SHIGUEMITSU FUJITA
JORGE TADEO FLAQUER SCARTEZZINI
JOSE ALBERTO COUTO MACIEL
JOSE ALBERTO WEISS DE ANDRADE
JOSE ALEXANDRE AMARAL CARNEIRO
JOSE ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO
JOSE ANCHIETA DA SILVA
JOSE ANTONIO DE ANDRADE MARTINS
JOSE ARNALDO VIANNA CIONE FILHO
JOSE ARTUR LIMA GONCALVES
JOSE AUGUSTO DELGADO
JOSE AUGUSTO RODRIGUES JUNIOR
JOSE CALIMERIO MUZZETTI
JOSE CARLOS BAPTISTA PUOLI
JOSE CARLOS DA SILVA AROUCA
JOSE CARLOS DE CARVALHO CARNEIRO
JOSE CARLOS DE MORAES SALLES
JOSE CARLOS DIAS
JOSE CARLOS FAGONI BARROS
JOSE CARLOS MAGALHAES TEIXEIRA FILHO
JOSE CARLOS MOREIRA ALVES
JOSE CELSO DE MELLO FILHO
JOSE DE ARAUJO NOVAES NETO
JOSE DE OLIVEIRA ASCENSAO
JOSE DE OLIVEIRA MESSINA
JOSE DEL CHIARO FERREIRA DA ROSA
JOSE DIOGO BASTOS NETO
JOSE EBRAN
JOSE EDUARDO DUARTE SAAD
JOSE EDUARDO GOMES PEREIRA
JOSE EDUARDO HADDAD
JOSE EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN
JOSE EDUARDO SOARES DE MELO
JOSE EDUARDO VERGUEIRO NEVES
JOSE FERNANDO CHRISTINO NETTO
JOSE FERNANDO SIMAO
JOSE FRANCISCO LOPES DE MIRANDA LEAO
JOSE FRANCISCO REZEK
JOSE FRANCISCO VIEIRA DE FARIA
JOSE GERALDO FERREIRA DE CASTILHO NETO
JOSE GUILHERME CARNEIRO QUEIROZ
JOSE HORACIO CINTRA GONCALVES PEREIRA
JOSE HORACIO HALFELD REZENDE RIBEIRO
JOSE INACIO GONZAGA FRANCESCHINI
JOSE JOAQUIM GOMES CANOTILHO
JOSE JORGE NOGUEIRA DE MELLO
JOSE JORGE TANNUS

JOSE LUIS DE SALLES FREIRE	LEO KRAKOWIAK
JOSE LUIS MENDES DE OLIVEIRA LIMA	LEO MEIRELLES DO AMARAL
JOSE LUIS RIBEIRO BRAZUNA	LEONARDO AUGUSTO FURTADO PALHARES
JOSE LUIZ PIRES DE OLIVEIRA DIAS	LEONARDO BAREM LEITE
JOSE LUIZ TORO DA SILVA	LEONARDO LINS MORATO
JOSE MACHADO DE CAMPOS FILHO	LEONARDO MASSUD
JOSE MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETO	LEONARDO SARTORI SIGOLLO
JOSE MANSSUR	LEONARDO SICA
JOSE MARCELO MENEZES VIGLIAR	LEONEL CESARINO PESSOA
JOSE MARIA DE ALMEIDA REZENDE	LEOPOLDO UBIRATAN CARREIRO PAGOTTO
JOSE MARIA DE MELLO FREIRE	LESLIE AMENDOLARA
JOSE MARIA SIVIERO	LIDIA VALERIO MARZAGAO
JOSE MARIA WHITAKER NETO	LIONEL ZAC LIS
JOSE MAURO MARQUES	LIVIO DE VIVO
JOSE NANTALA BADUE FREIRE	LOURIVAL JOSE SANTOS
JOSE NERI DA SILVEIRA	LUCIA MARIA BLUDENI
JOSE OSORIO DE AZEVEDO JUNIOR	LUCIANA GERBOVIC AMIKY
JOSE PAULO MOUTINHO FILHO	LUCIANA NUNES FREIRE
JOSE PAULO SEPULVEDA PERTENCE	LUCIANO ANDERSON DE SOUZA
JOSE RAIMUNDO GOMES DA CRUZ	LUCIANO DE SOUZA GODOY
JOSE RENATO NALINI	LUCIANO FERREIRA LEITE
JOSE REYNALDO PEIXOTO DE SOUZA	LUIGI MARIA JACOPO GHISLAIN CHIERICHETTI
JOSE RICARDO BIAZZO SIMON	LUIS ALEXANDRE BARBOSA
JOSE ROBERTO BATOCCHIO	LUIS ANDRE NEGRELLI DE MOURA AZEVEDO
JOSE ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE	LUIS ANTONIO SEMEGHINI DE SOUZA
JOSE ROBERTO OPICE BLUM	LUIS CAMARGO PINTO DE CARVALHO
JOSE ROBERTO PEIRETTI DE GODOY	LUIS CARLOS MORO
JOSE ROBERTO PERNOMIAN RODRIGUES	LUIS CESAR AMAD COSTA
JOSE ROBERTO PINHEIRO FRANCO	LUIS EDUARDO SIMARDI FERNANDES
JOSE ROBERTO ROCHA	LUIS FELIPE SALOMAO
JOSE RODRIGUES DE CARVALHO NETTO	LUIS OTAVIO SEQUEIRA DE CERQUEIRA
JOSE ROGERIO CRUZ E TUCCI	LUIS PAULO ALIENDE RIBEIRO
JOSE RUBENS SALGUEIRO MACHADO DE CAMPOS	LUIZ ANTONIO ALVES DE SOUZA
JOSE THEODORO ALVES DE ARAUJO	LUIZ ANTONIO GUERRA DA SILVA
JOSE YUNES	LUIZ ANTONIO SAMPAIO GOUVEIA
JOSEFINA MARIA DE SANTANA DIAS	LUIZ ARTHUR CASELLI GUIMARAES
JULIANA ABRUSIO FLORENCIO	LUIZ AUGUSTO AZEVEDO DE ALMEIDA HOFFMANN
JULIANA FERREIRA ANTUNES DUARTE	LUIZ AUGUSTO PRADO BARRETO
JULIANO SARMENTO BARRA	LUIZ CARLOS AMORIM ROBORELLA
JULIO KAHAN MANDEL	LUIZ CARLOS ANDREZANI
JUNIA VERNA FERREIRA DE SOUZA	LUIZ CARLOS DE AZEVEDO RIBEIRO
JUSSARA RITA RAHAL	LUIZ CARLOS FONTES DE ALENCAR
JUSTINO MAGNO ARAUJO	LUIZ CARLOS OLIVAN
KARINA PENNA NEVES	LUIZ CARLOS PACHECO E SILVA
KATIA BOULOS	LUIZ EDSON FACHIN
KAZUO WATANABE	LUIZ EDUARDO BOAVENTURA PACIFICO
KIYOSHI HARADA	LUIZ EDUARDO MARTINS FERREIRA
KLEBER LUIZ ZANCHIM	LUIZ FELIPE HADLICH MIGUEL
LAERCIO LAURELLI	LUIZ FERNANDO ALOUCHE
LAERCIO MONTEIRO DIAS	LUIZ FERNANDO DE CAMARGO PRUDENTE DO AMARAL
LAERCIO NILTON FARINA	LUIZ FERNANDO DO VALE DE ALMEIDA GUILHERME
LAERTES DE MACEDO TORRENS	LUIZ FERNANDO MARTINS KUYVEN
LAFAYETTE POZZOLI	LUIZ FERNANDO MUSSOLINI JUNIOR
LAIR DA SILVA LOUREIRO FILHO	LUIZ FLAVIO BORGES D'URSO
LAIS AMARAL REZENDE DE ANDRADE	LUIZ FLAVIO GOMES
LARISSA TEIXEIRA QUATTRINI	LUIZ FRANCISCO LIPPO
LAURO CELIDONIO GOMES DOS REIS NETO	LUIZ FUX
LAURO CESAR MAZETTO FERREIRA	LUIZ GONZAGA BERTELLI
LAURO MALHEIROS FILHO	LUIZ GUILHERME MOREIRA PORTO
LEANDRO SARCEDO	LUIZ IGNACIO HOMEM DE MELLO
LELIA CRISTINA RAPASSI DIAS DE SALLES FREIRE	LUIZ LEMOS LEITE

LUIZ OLAVO BAPTISTA
LUIZ PERISSE DUARTE JUNIOR
LUIZ RAFAEL DE VARGAS MALUF
LUIZ SERGIO MODESTO
LUIZ TZIRULNIK
MAIDA SILVESTRI
MAIRAN GONCALVES MAIA JUNIOR
MANOEL ALONSO
MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO
MANOEL GONCALVES FERREIRA FILHO
MANUEL ALCEU AFFONSO FERREIRA
MANUEL INACIO ARAUJO SILVA
MARCAL JUSTEN FILHO
MARCEL CORDEIRO
MARCEL LEONARDI
MARCELLO MARTINS MOTTA FILHO
MARCELO ANTONIO MOSCOGLIATO
MARCELO BOTELHO PUPO
MARCELO COSTA MASCARO NASCIMENTO
MARCELO GUEDES NUNES
MARCELO GUIMARAES DA ROCHA E SILVA
MARCELO LUCON
MARCELO MANHAES DE ALMEIDA
MARCELO ROSSI NOBRE
MARCELO TADEU ALVES BOSCO
MARCELO TERRA
MARCELO TESHEINER CAVASSANI
MARCELO THIOLLIER
MARCELO UCHOA DA VEIGA JUNIOR
MARCELO VIANA SALOMAO
MARCIA CONCEICAO ALVES DINAMARCO
MARCIA MARTINS MIGUEL
MARCIAL BARRETO CASABONA
MARCIO BELLOCCHI
MARCIO CALIL DE ASSUMPCAO
MARCIO CAMMAROSANO
MARCIO DO CARMO FREITAS
MARCIO KAYATT
MARCIO PESTANA
MARCIO THOMAZ BASTOS
MARCO ANTONIO FANUCCHI
MARCO ANTONIO INNOCENTI
MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA
MARCO AURELIO BRASIL LIMA
MARCO AURELIO GRECO
MARCO AURELIO MENDES DE FARIAS MELLO
MARCO FABIO MORSELLO
MARCO VANIN GASPARETTI
MARCOS DA COSTA
MARCOS DE AGUIAR VILLAS-BOAS
MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES
MARCOS ROLIM FERNANDES FONTES
MARCOS VINICIO RAISER DA CRUZ
MARCOS VINICIUS DE CAMPOS
MARCUS VINICIUS DOS SANTOS ANDRADE
MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO
MARCUS VINICIUS LOBREGAT
MARESKA TIVERON SALGE
MARIA AURORA CARDOSO DA SILVA OMORI
MARIA AUXILIADORA DE ALMEIDA MINAHIM
MARIA CECILIA DIAS DE ANDRADE SANTOS

MARIA CELESTE CORDEIRO LEITE SANTOS
MARIA CELESTE DE OLIVEIRA
MARIA CLARA DA SILVEIRA VILASBOAS ARRUDA
MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI
MARIA CRISTINA ZUCCHI
MARIA DE LOURDES PEREIRA CAMPOS
MARIA DO CEU MARQUES ROSADO
MARIA ELIZABETH QUEIJO
MARIA EUGENIA RAPOSO DA SILVA TELLES
MARIA FERNANDA VAIANO S.CHAMMAS
MARIA GARCIA
MARIA HELENA DINIZ
MARIA LUCIA GIANGIACOMO BONILHA
MARIA ODETE DUQUE BERTASI
MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO
MARIANA CONTI CRAVEIRO
MARIANA NADDEO LOPES DA CRUZ CASARTELLI
MARILENE TALARICO MARTINS RODRIGUES
MARILIA MURICY MACHADO PINTO
MARINA BEVILACQUA DE LA TOULOUBRE
MARINA PINHAO COELHO ARAUJO
MARIO ANTONIO FRANCISCO DI PIERRO
MARIO DE BARROS DUARTE GARCIA
MARIO FRANCO ENZO PUGLIESE
MARIO LUIZ DELGADO REGIS
MARIO LUIZ OLIVEIRA DA COSTA
MARIO SERGIO DE MELLO FERREIRA
MARIO SERGIO DUARTE GARCIA
MARIO SERGIO MILANI
MARLENE LAURO
MARTA MARIA RUFFINI PENTEADO GUELLER
MARTIM DE ALMEIDA SAMPAIO
MASATO NINOMIYA
MATHIAS ALEXEY WOELZ
MAUCIR FREGONESI JUNIOR
MAURICIO ASNIS
MAURICIO AVILA PRAZAK
MAURICIO BAPTISTELLA BUNAZAR
MAURICIO FERREIRA LEITE
MAURICIO GRANADEIRO GUIMARAES
MAURICIO SCHAUN JALIL
MAURICIO SCHEINMAN
MAURICIO TRALDI
MAURICIO ZANOIDE DE MORAES
MAURO AUGUSTO PONZONI FALSETTI
MAURO CARAMICO
MAURO DE MORAIS
MAURO DELPHIM DE MORAES
MAURO GRINBERG
MAURO LUCIANO HAUSCHILD
MAURO OTAVIO NACIF
MEJOUR DOUGLAS ANTONIOLI
MICHEL MIGUEL ELIAS TEMER LULIA
MIGUEL ALFREDO MALUFE NETO
MIGUEL PEREIRA NETO
MIGUEL REALE JUNIOR
MILENE CALFAT MALDAUN
MILTON FLAVIO DE A. CAMARGO LAUTENSCHLAGER
MILTON PAULO DE CARVALHO
MODESTO SOUZA BARROS CARVALHOSA
MOIRA VIRGINIA HUGGARD CAINE

MOISES AKSELRAD
MORVAN MEIRELLES COSTA JUNIOR
MURILO MAGALHAES CASTRO
NANCY TANCSEK DE OLIVEIRA
NELSON KOJRANSKI
NELSON MANNRICH
NELSON NERY JUNIOR
NELSON RENATO PALAIA RIBEIRO DE CAMPOS
NELSON TABACOW FELMANAS
NEWTON DE LUCCA
NEWTON JOSE DE OLIVEIRA NEVES
NEWTON SILVEIRA
NEY PRADO
NILSON LAUTENSCHLEGER JUNIOR
NILTON SERSON
NORMA JORGE KYRIAKOS
ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO
ORLANDO MALUF HADDAD
OSCAVO CORDEIRO CORREA NETTO
OSEAS DAVI VIANA
OSWALDO CHADE
OSWALDO SANT'ANNA
OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR
OVIDIO ROCHA BARROS SANDOVAL
PATRICIA ROSSET
PAULA MARCILIO TONANI DE CARVALHO
PAULA RIBEIRO MARAGNO
PAULO ADIB CASSEB
PAULO AFONSO PINTO DOS SANTOS
PAULO AMADOR THOMAZ ALVES DA CUNHA BUENO
PAULO AYRES BARRETO
PAULO CELSO BERGSTROM BONILHA
PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO
PAULO DE BARROS CARVALHO
PAULO EDUARDO DE CAMPOS LILLA
PAULO EGIDIO SEABRA SUCCAR
PAULO FAINGAUS BEKIN
PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO
PAULO HAMILTON SIQUEIRA JUNIOR
PAULO HENRIQUE CREMONEZE PACHECO
PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON
PAULO JOSE DA COSTA JUNIOR
PAULO LUCENA DE MENEZES
PAULO MAGALHAES NASSER
PAULO MIGUEL DE CAMPOS PETRONI
PAULO NAPOLEAO N. BASILE NOGUEIRA SILVA
PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA SCHMIDT
PAULO ROBERTO JOAQUIM DOS REIS
PAULO ROBERTO SARAIVA DA COSTA LEITE
PAULO SALVADOR FRONTINI
PAULO SERGIO V. PEREIRA
PEDRO ALBERTO DO AMARAL DUTRA
PEDRO ALCANTARA SILVA L.FILHO
PEDRO AUGUSTO DE FREITAS GORDILHO
PEDRO DA SILVA DINAMARCO
PEDRO DE ABREU MARIANI
PEDRO LUCIANO MARREY JUNIOR
PEDRO PAULO DE REZENDE PORTO FILHO
PEDRO PAULO TEIXEIRA MANUS
PERSIO THOMAZ FERREIRA ROSA
PHILIP ANTONIOLI

PLINIO BOLIVAR DE ALMEIDA
PRISCILA MARIA PEREIRA CORREA DA FONSECA
PRISCILA SANTOS ARTIGAS
PRISCILA UNGARETTI DE GODOY WALDER
RACHEL FERREIRA ARAUJO TUCUNDUVA
RAFAEL MARINANGELO
RAPHAEL GARCIA FERRAZ DE SAMPAIO
RAQUEL ELITA ALVES PRETO
REGINA AFFONSO DOS SANTOS FONSECA RIBEIRO
REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA
REGINA LUCIA SMITH DE MORAES ARAUJO
REGINA SAHM
REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA
RENAN LOTUFO
RENATA ALONSO
RENATA DE ARRUDA BOTELHO DA VEIGA TURCO
RENATA SILVA FERRARA
RENATO AFONSO GONCALVES
RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA
RENATO LUIZ DE MACEDO MANGE
RENATO MACEDO BURANELLO
RENATO MULLER DA SILVA OPICE BLUM
RENATO RIBEIRO
RENATO RODRIGUES TUCUNDUVA JUNIOR
RENATO XAVIER DA SILVEIRA ROSA
RENNAN FARIA KRUGER THAMAY
RENZO LEONARDI
RICARDO ALVES BENTO
RICARDO BARRETO FERREIRA SILVA
RICARDO CHOLBI TEPEDINO
RICARDO DAGRE SCHMID
RICARDO DOS SANTOS CASTILHO
RICARDO HASSON SAYEG
RICARDO JOSE MARTINS
RICARDO LISBOA JUNQUEIRA
RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA
RICARDO MELANTONIO
RICARDO PEAKE BRAGA
RICARDO PENTEADO DE FREITAS BORGES
RICARDO PEREIRA DE FREITAS GUIMARAES
RICARDO TEIXEIRA BRANCATO
RIVADAVIA PEREIRA GOMES
ROBERTA JARDIM DE MORAIS
ROBERTO CORREA
ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS
ROBERTO DE SIQUEIRA CAMPOS
ROBERTO DELMANTO JUNIOR
ROBERTO GARCIA LOPES PAGLIUSO
ROBERTO LATIF KFOURI
ROBERTO MALICHESKI FERREIRA
ROBERTO PARAHYBA DE ARRUDA PINTO
ROBERTO PODVAL
ROBERTO QUIROGA MOSQUERA
ROBERTO ROSAS
ROBERTO SENISE LISBOA
ROBERTO SOARES ARMELIN
ROBERTO TEIXEIRA
RODOLFO DA COSTA MANSO REAL AMADEO
RODRIGO BERNARDES DIAS
RODRIGO FERNANDES REBOUCAS
RODRIGO GAGO FREITAS BARBOSA

RODRIGO JORGE MORAES
RODRIGO MATHEUS
RODRIGO OTAVIO BARIONI
RODRIGO ROCHA MONTEIRO DE CASTRO
ROGERIA PAULA BORGES GIEREMEK
ROGERIO BORGES DE CASTRO
ROGERIO IVES BRAGHITTONI
ROGERIO MOLICA
ROGERIO VIDAL GANDRA DA SILVA MARTINS
ROMEU GIORA JUNIOR
ROMULO DE SOUZA PIRES
RONALDO ALVES DE ANDRADE
RONALDO VASCONCELOS
RONY VAINZOF
ROQUE ANTONIO CARRAZZA
ROSIMARA RAIMUNDO VUOLO
RUBENS APPROBATO MACHADO
RUBENS BECAK
RUBENS CARMO ELIAS
RUBENS CARMO ELIAS FILHO
RUBENS DECOUSSAU TILKIAN
RUBENS FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA
RUBENS NAVES
RUBENS TARCISIO FERNANDES VELLOZA
RUBENS TAVARES AIDAR
RUDI ALBERTO LEHMANN JUNIOR
RUI CELSO REALI FRAGOSO
RUI FERREIRA PIRES SOBRINHO
RUI GERALDO CAMARGO VIANA
RUY MARTINS ALTENFELDER SILVA
RUY PEREIRA CAMILO JUNIOR
RUY ROSADO DE AGUIAR JUNIOR
SALVADOR HUMBERTO GRISI
SANDRA REGINA COMI
SANDRO DANTAS CHIARADIA JACOB
SANTO ROMEU NETTO
SEBASTIAO BARBOSA DE ALMEIDA
SERGEI COBRA ARBEX
SERGIO BERMUDEZ
SERGIO BUENO
SERGIO DE FREITAS COSTA
SERGIO DE MAGALHAES FILHO
SERGIO FERRAZ
SERGIO GONINI BENICIO
SERGIO MARTINS RSTON
SERGIO PINHEIRO MARCAL
SERGIO QUINTELA DE MIRANDA
SERGIO ROSENTHAL
SHIRLEY FERNANDES MARCON CHALITA
SIDNEI AGOSTINHO BENETI
SIDNEI TURCZYN
SIDNEY GRACIANO FRANZE
SILMARA JUNY DE ABREU CHINELLATO
SILVANA BUSSAB ENDRES
SILVANO COVAS
SILVANO ANDRADE DO BOMFIM
SILVIA DA GRACA GONCALVES COSTA
SILVIO DE SALVO VENOSA
SILVIO SIMONAGGIO
SONIA MARIA GIANNINI MARQUES DOBLER
SONIA STERMAN

SUSETTE GOMES
SUSY GOMES HOFFMANN
SYDNEY SANCHES
SYLVIO CESAR AFONSO
SYLVIO JOSE DO AMARAL GOMES
TAIS BORJA GASPARIAN
TALES CASTELO BRANCO
TALLULAH KOBAYASHI DE ANDRADE CARVALHO
TANIA AOKI CARNEIRO
TATIANA DRATOVSKY SISTER
TERCIO CHIAVASSA
TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR
TERESA CELINA DE ARRUDA ALVIM WAMBIER
THEREZA CELINA DINIZ DE ARRUDA ALVIM
THIAGO RODOVALHO DOS SANTOS
THOMAS BENES FELSBURG
TIAGO ASFOR LIMA
UBIRATAN MATTOS
ULISSES BUTURA SIMOES
ULYSSES DE OLIVEIRA GONCALVES JUNIOR
UMBERTO LUIZ BORGES D'URSO
VALTER EUSTAQUIO FRANCO
VANESSA VILARINO LOUZADA
VANIA MARIA RUFFINI PENTEADO BALERA
VERA LUCIA ANGRISANI
VERA LUCIA DE MELLO NAHRA
VERA MARIA CALDAS WILKINSON
VICENTE MAROTA RANGEL
VICTOR LUIS DE SALLES FREIRE
VINICIUS BAIRAO ABRAO MIGUEL
VINICIUS LOBATO COUTO
VITOR RHEIN SCHIRATO
VITOR WEREBE
VITORINO FRANCISCO ANTUNES NETO
VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA
WAGNER BALERA
WALFRIDO JORGE WARDE JUNIOR
WALTER CENEVIVA
WALTER PIVA RODRIGUES
WALTER VIEIRA CENEVIVA
WANESSA DE CASSIA FRANCOLIN
WILSON LUIS DE SOUSA FOZ
WILSON RODRIGUES DE FARIA
WLADIMIR DE OLIVEIRA DURAES
WOLF GRUENBERG
YARA MARTINEZ DE CARVALHO E SILVA STROPPA
ZAIDEN GERAIGE NETO
ZELMO DENARI

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
DIRETORIA DO IASP	8
CONSELHO DO IASP	9
ASSOCIADOS DO IASP	10
PARECERES E CONTRIBUIÇÕES DO IASP	
DA LEGITIMIDADE DO IASP COMO <i>AMICUS CURIAE</i> CASSIO SCARPINELLA BUENO	23
DO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS ADA PELLEGRINI GRINOVER	55
INCLUSÃO DAS NOTIFICAÇÕES EXTRAJUDICIAIS COMO CAUSA DE INTERRUPTÃO DE PRESCRIÇÃO JOSÉ FERNANDO SIMÃO	91
MANIFESTAÇÃO PELA AMPLIAÇÃO DA ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	101
CONTRIBUIÇÃO DA COMISSÃO DE ESTUDOS DE COMÉRCIO INTERNACIONAL DO IASP SOBRE A ANÁLISE DE INTERESSE PÚBLICO NAS MEDIDAS DE DEFESA COMERCIAL	105
SOBRE A SOCIEDADE INDIVIDUAL DO ADVOGADO	
ANTEPROJETO APRESENTADO PELO INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO PARA A OAB	121
PARECER IVES GANDRA DA SILVA MARTINS	127
PARECER FÁBIO ULHOA COELHO	137

SOBRE O DIREITO DE DESCANSO DO ADVOGADO

REQUERIMENTO CONJUNTO DA OABSP, AASP E IASP	143
PROVIMENTO 2.216/2014	147

SOBRE O PARALEGAL

PROJETO DE LEI 5.749/2013	151
MANIFESTO CONTRA O PARALEGAL DO COLÉGIO DE PRESIDENTES DE INSTITUTOS DOS ADVOGADOS DO BRASIL	155
PARECER DA COMISSÃO DOS NOVOS ADVOGADOS DO IASP SOBRE O PROJETO DE LEI 5.749/2013	159
ENTREVISTA SOBRE O POLÊMICO PROJETO DE LEI DO PARALEGAL	165

SOBRE A CRISE PENITENCIÁRIA

OFÍCIO DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO REQUERENDO PROVIDÊNCIAS PARA BANIR AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS	173
RESPOSTA DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA	175
A PERENE “CRISE” PENITENCIÁRIA MIGUEL REALE JÚNIOR	203

DOCTRINA NACIONAL

A UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES	213
TRIBUTO DO PROFESSOR MIGUEL REALE AO DIREITO CIVIL CARLOS ALBERTO FERRIANI	229
PREMISSAS PARA INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS DE ADESAO EM RELAÇÕES DE NÃO-CONSUMO DIOGO L. MACHADO DE MELO	241

CONTRATO DE EMPREITADA E INEXECUÇÃO: ASPECTOS CONTROVERTIDOS ENVOLVENDO PRAZOS DO EXERCÍCIO DE PRETENSÕES E DIREITOS ALEXANDRE JUNQUEIRA GOMIDE	253
<i>HABEAS CORPUS CIVIL</i> PAULO ADIB CASSEB	283
O RECURSO ESPECIAL E A IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIAÇÃO DE MATÉRIA FÁTICA EDUARDO ARRUDA ALVIM	291
<i>MANUS INJECTIO</i> : O PROCESSO DE EXECUÇÃO NO PERÍODO ARCAICO DO DIREITO ROMANO JOÃO PAULO HECKER DA SILVA	305
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE É VEDADO AO CNJ ALEXANDRE DE MORAES	327
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: SEUS REQUISITOS, FASES PROCESSUAIS E INVALIDADES ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS	335
DO REGIME JURÍDICO DA APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR WAGNER BALERA	359
O TRABALHO E A SOCIEDADE DE ADVOGADOS FÉLIX RUIZ ALONSO	399
O NOVO CÓDIGO DEONTOLÓGICO ITALIANO: COMO SURTIU E O QUE O DISTINGUE COMO MARCO EFICIENTE E EFICAZ JAYME VITA ROSO	409
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO: 140 ANOS DE HISTÓRIA JUSTINO MAGNO ARAÚJO	419

DOCTRINA INTERNACIONAL

<i>CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS Y BUEN GOBIERNO CORPORATIVO</i> FERNANDO CARBAJO CASCÓN	449

PALESTRAS: REUNIÃO-ALMOÇO DO IASP

10 ANOS DA REFORMA DO JUDICIÁRIO: AVANÇO E DESAFIOS FLÁVIO CROCCE CAETANO	467

20 ANOS DO ESTATUTO DA ADVOCACIA: A DIMENSÃO DAS PRERROGATIVAS PROFISSIONAIS MARCOS DA COSTA	481
SUPERSIMPLES E OS BENEFÍCIOS PARA A ADVOCACIA GUILHERME AFIF DOMINGOS	495
REFLEXÕES SOBRE O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA SÉRGIO ROSENTHAL	507

MANIFESTAÇÕES E DISCURSOS

JUSTIÇA MILITAR : SINÔNIMO DE SEGURANÇA JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO	517
11 DE AGOSTO JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO	521
A MAGNITUDE DO PROCESSO ELEITORAL JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO	525
SOLENIDADE DE POSSE DOS MAGISTRADOS APROVADOS NO 184º CONCURSO DE PROVAS E TÍTULOS PARA INGRESSO NA MAGISTRATURA RICARDO CHOLBI TEPEDINO	529
ORAÇÃO AOS MEUS AMIGOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PAULO BOMFIM	535
AGRADECIMENTO NA HOMENAGEM PRESTADA PELA FIESP NEWTON DE LUCCA	539
AGRADECIMENTO PELA MEDALHA RUI BARBOSA PAULO ROBERTO DE GOUVÊA MEDINA	551
CARTA DA XXII CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS BRASILEIROS MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO E EDUARDO SEABRA FAGUNDES	555

PARECERES E CONTRIBUIÇÕES DO IASP

DA LEGITIMIDADE DO IASP COMO *AMICUS CURIAE*

CASSIO SCARPINELLA BUENO

Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da PUCSP
Associado Efetivo do IASP

SUMÁRIO

1. A Consulta; 2. Considerações gerais sobre o *amicus curiae*, 2.1. Origens, 2.2. Referenciais do instituto no direito brasileiro, 2.3. Generalizando o *amicus curiae* no direito processual civil brasileiro, 2.4. Confronto com paradigmas do direito processual civil tradicional, 2.5. Conclusões parciais; 3. O IASP como *amicus curiae*, 3.1. Especificamente as finalidades institucionais do IASP; 4. Fechamento; 5. Bibliografia.

1. A CONSULTA

Trata-se de honrosa consulta formulada pelo **Dr. JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO**, Eminente Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo, e pelo **Dr. DIOGO LEONARDO MACHADO DE MELO**, Eminente Diretor Cultural daquela mesma Instituição, sobre a legitimidade daquela Instituição para pleitear seu ingresso na qualidade de *amicus curiae* em processos jurisdicionais, administrativos e legislativos.

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O *AMICUS CURIAE*

Para enfrentar o instigante tema proposto, é indispensável fixar algumas premissas.

2.1. ORIGENS

A tradução literal da expressão “*amicus curiae*” para o português — “amigo do tribunal” — é absolutamente vazia de significação jurídica.

Primeiro porque a expressão “amigo do tribunal” não guarda nenhuma relação com outras figuras conhecidas pelo nosso direito processual civil. A palavra “amigo” só aparece no nosso Código de Processo Civil (CPC) para atestar casos de *suspeição* do magistrado (art. 135, I, do CPC) e, por extensão, dos auxiliares da Justiça (art. 138) e, ainda, de *suspeição* de testemunha (art. 405, § 3º, III). Definitivamente, nenhuma relação há com o tema aqui em discussão.

Segundo porque, apesar da expressão latina, é muito pouco claro que o instituto tenha efetivamente surgido e se desenvolvido no direito romano. Quem o afirma são os historiadores e os romanistas em geral. Alguns chegam a dizer que, no máximo, no direito romano haveria algo próximo ao *amicus curiae*, o *consiliarius*¹. Não há, contudo, maior desenvolvimento a respeito do assunto na doutrina que se voltou sobre o tema, brasileira e estrangeira.

1. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 111-113. Consultar com proveito, também, as considerações de Ricardo Carlos Köhler, *Amicus curiae: amigos del tribunal*, p. 1-4 e de Isabel da Cunha Bisch, *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*, p. 17-19.

O que é certo é no antigo direito inglês, o *amicus curiae* comparecia perante as cortes em causas que não envolviam interesses governamentais na qualidade de “attorney general” ou, mais amplamente, de *counsels*. Nessa qualidade, o *amicus* tinha como função apontar e sistematizar, atualizando, eventuais precedentes (*cases*) e leis (*statutes*) que se supunham, por qualquer razão, desconhecidos para os juízes. É comum, a respeito, falar que uma das primeiras funções desempenhadas pelo *amicus curiae* era a de “shepardizing”. Essa palavra, empregada até hoje, significa a função de identificar os precedentes de cada caso, sua *ratio decidendi* e sua evolução².

Tendo presente, ainda, o direito inglês, a doutrina menciona a figura expressamente no Século XVII, mais precisamente no ano de 1686, em caso envolvendo Sir George Treby, que foi convocado em um processo para se manifestar sobre o que havia decidido a respeito da aprovação de uma dada lei em que ele havia participado do processo legislativo. Um outro caso, ainda do Direito Inglês é *Coxe vs. Phillips* (1736), em que o *amicus curiae* aparece como um verdadeiro informante de que um dado casamento era fraudulento e que por isso um determinado legado não podia ser concedido³. O interessante deste caso para o direito processual civil brasileiro atual é que ele pouco se assemelha ao que, em geral, é tratado como *amicus curiae*. Para nós, uma “lide fraudulenta” impõe para o magistrado a extinção do processo com base no art. 129 do CPC ou, se transitada em julgado, o ajuizamento de uma “ação rescisória” com fundamento no art. 485, III, do mesmo Código, hipótese em que cabe a lembrança quanto a estar legitimado para tanto o Ministério Público (art. 487, III, “b”, do CPC). A dificuldade é, contudo, como o juiz ou Ministério Público sabe que estão diante de uma lide fraudulenta. O assunto, nessa perspectiva, seria tratado como meio de prova, ao menos para o nosso direito atual. Nunca, contudo, como “intervenção de terceiro”. Menos ainda como *amicus curiae*.

Isabel da Cunha Bisch narra, a propósito, as alterações para “reavaliar e normatizar o *amicus curiae*” no sistema jurídico inglês a partir de 2001, iniciativa que deu origem ao “*Amicus curiae protocol working group*”. Por intermédio daquele ato, o *amicus curiae* converteu-se em “Advocate to the Court”⁴.

2. Cf. *Black’s Law Dictionary*, p. 1381.

3. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 114-115.

4. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*, pp. 30-31. A transcrição do texto referido está nas páginas 169-171 do trabalho.

No direito norte-americano, as origens do *amicus curiae* podem ser divididas em dois grupos. No primeiro grupo estão dois casos em que, a nossos olhos, o *amicus curiae* agiu como “advogado do Estado”. Em ambos, o representante judicial do Estado ingressou no processo para a buscar a proteção de determinadas posições jurídicas do próprio Estado. A referência é feita aos casos *The Schooner Exchange vs. McFadden* (1812) e *Green vs. Biddle* (1823). No segundo grupo, já no século XX, sobretudo a partir dos anos 1970, o *amicus curiae* sofre uma importante mutação. Já não se admite apenas o “*amicus curiae* público (ou governamental)” mas também o “*amicus curiae* privado”. Privado no sentido não só de ser pessoa de direito privado (e não um representante do Estado como nos outros casos mencionados) mas também de buscar a tutela de interesses próprios. Muitos criticam tais intervenções, dada sua *parcialidade*. A admissão da intervenção pelos Tribunais, contudo, dá-se porque de alguma forma, entende-se que os interesses em jogo não estão suficientemente representados em juízo ao mesmo tempo em que não se cogita de outra modalidade de intervenção de terceiros ou, ainda, a impossibilidade de o processo passar a tramitar como *class action*. Os casos indicados, em geral, pela doutrina são os seguintes: *Wyatt vs. Stickney* (1972), *EEOC vs. Boeing Co.* (1985) e *United States vs. Michigan* (1987)⁵.

Para contornar os problemas derivados da *parcialidade*, há diversas regras de contenção, inclusive relativas à necessidade de o interveniente declarar o financiador (ou patrocinador) de sua intervenção. Variados Estados americanos, tanto quanto no plano federal, possuem leis próprias para disciplinar esta modalidade interventiva⁶.

2.2. REFERENCIAIS DO INSTITUTO NO DIREITO BRASILEIRO

O confessadamente breve histórico anterior já permite lançar algumas questões que merecem a devida atenção: o que é (ou pode ser), para o direito brasileiro, *amicus curiae*? Qual é (ou pode ser) a sua função processual? O que faz (ou pode fazer) o *amicus curiae*? Temos necessidade de incorporar essa figura do direito estrangeiro?

A última questão é, para fins desta breve exposição, a mais pertinente de todas: temos mesmo necessidade de incorporar aquele instituto para o Direito Brasileiro? A resposta só tem sentido de extremarmos a figura do *amicus curiae* de outras figuras de intervenção de terceiro que conhecemos e que não são tão diversas daquelas admitidas pelos Códigos

5. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 116-128.

6. Sobre o tema, v. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 125-126.

de Processo Civil que foram influenciados na sua origem pelas leis espanholas. E nesta tarefa é absolutamente insuficiente querer estudar *amicus curiae* traduzindo a expressão para o vernáculo sem levar em conta qual é a função que, no direito estrangeiro, é por ele desempenhado. Também é insuficiente querer catalogar a hipótese como uma intervenção de terceiro *sui generis*, diferenciada das demais, uma verdadeira “intervenção *anômala*”. Tais passos são importantes na empreitada cognitiva da figura como um todo, não há por que negar, mas não bastam para responder às questões formuladas.

Para tanto, a maior parte dos referenciais de direito brasileiro que merecem exame mais detido sequer se encontram no CPC que, no que diz respeito às modalidades de intervenção de terceiro, é bastante hermético e, sem dúvida alguma, confessadamente *privatista* e *individualista*. Certamente, não é bastante relembrar da “assistência”, da “oposição”, da “nomeação à autoria”, da “denúnciação da lide” ou do “chamamento ao processo”. Ainda que queiramos alargar esse rol para outras figuras codificadas que tratam de intervenção de terceiros — como é o caso do “recurso de terceiro prejudicado”, dos “embargos de terceiro” e, até mesmo, das diversas formas de intervenção de terceiro na execução — tudo isso, insisto, é insatisfatório para compreender a função que pode ser desempenhada pelo *amicus curiae* no direito brasileiro.

Assim, o que cabe destacar são as seguintes previsões legislativas que se afastam, por completo, daquelas modalidades “tradicionais” de intervenção de terceiro:

O art. 31 da Lei n. 6.385/1976 admite a intervenção da CVM (Comissão de Valores Mobiliários) em processos relativos ao mercado de capitais⁷.

Os *capi* dos arts. 57, 118 e 175, Lei n. 9.279/1996 tratam da possibilidade de intervenção do INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial) nos processos em que se questione

7. É a seguinte a redação do dispositivo legal: “Art. 31. Nos processos judiciais que tenham por objeto matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de 15 (quinze) dias a contar da intimação. § 1º. A intimação far-se-á logo após a contestação, por mandado ou por carta com aviso de recebimento, conforme a Comissão tenha, ou não, sede ou representação na comarca em que tenha sido proposta a ação. § 2º. Se a Comissão oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, será intimada de todos os atos processuais subsequentes, pelo jornal oficial que publica expediente forense ou por carta com aviso de recebimento, nos termos do parágrafo anterior. § 3º. À Comissão é atribuída legitimidade para interpor recursos, quando as partes não o fizerem. § 4º. O prazo para os efeitos do parágrafo anterior começará a correr, independentemente de nova intimação, no dia imediato àquele em que findar o das partes”.

nulidade de patente, de registro de desenho industrial e de marca, respectivamente⁸.

O art. 118 da Lei n. 12.529/2011 trata da intervenção do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) em todos os processos relativos a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica⁹.

O art. 49 da Lei n. 8.906/1994 admite a intervenção da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) para questionar em juízo (e fora dele) a escoreita aplicação do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e da Advocacia¹⁰.

O art. 5º da Lei n. 9.469/1997 disciplina a intervenção de pessoas jurídicas de direito público (federais) “independentemente da demonstração de interesse jurídico” para esclarecer questões de fato e de direito, juntar documentos e memoriais e, ainda, recorrer¹¹.

No âmbito do controle de constitucionalidade, há duas regras importantes. O art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/1999 segundo o qual “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”. Os §§ 1º a 3º do art. 482 do CPC, nele introduzidos por iniciativa da mesma Lei n. 9.868/1999, preveem, de forma mais ou menos similar, a possibilidade daquela intervenção nos casos em que a constitucionalidade é discutida incidentalmente no processo¹².

8. Todos os dispositivos legais têm a seguinte redação: “A ação de nulidade de patente será ajuizada no foro da Justiça Federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito”.

9. “Art. 118. Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente”.

10. É a seguinte a redação do dispositivo legal: “Art. 49. Os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB têm legitimidade para agir, judicial ou extrajudicialmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições ou os fins desta Lei. Parágrafo único. As autoridades mencionadas no *caput* deste artigo têm, ainda, legitimidade para intervir, inclusive como assistentes, nos inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos, os inscritos na OAB”.

11. “Art. 5º. A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autores ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais. Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes”.

12. É a seguinte a redação dos precitados dispositivos codificados: “§ 1º. O Ministério Público e as pessoas jurídicas

O art. 14, § 7º, da Lei n. 10.259/2001 também prevê a intervenção de “terceiros” na uniformização de jurisprudência que tem lugar nos Juizados Especiais Federais¹³, regra que vinha repetida — coerentemente — no art. 19, § 4º, da Lei n. 12.153/2009 para os Juizados Especiais das Fazendas Públicas, vetada, contudo, quando da promulgação daquela Lei¹⁴.

O art. 3º, § 2º, da Lei n. 11.417/2006 admite intervenção de “terceiros” no *processo* que objetiva a edição, revisão e cancelamento de Súmula perante o Supremo Tribunal Federal¹⁵.

O § 7º do art. 543-A do CPC, introduzido pela Lei n. 11.418/2006, aceita a intervenção de “terceiros” na identificação da repercussão geral dos recursos extraordinários¹⁶, novidade introduzida no direito brasileiro pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

Similarmente e, com esta informação o rol conclui-se, o § 3º do art. 543-C do CPC, novidade trazida pela Lei n. 11.672/2008, admite a intervenção de “terceiros” nos chamados “recursos especiais *repetitivos*”¹⁷.

de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal. § 2º. Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos. § 3º. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”.

13. “Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias”.

14. A redação do dispositivo era a seguinte: “§ 4º. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar no prazo de 30 (trinta) dias.”. A despeito do veto, o melhor entendimento é que a previsão da Lei n. 10.259/2001 seja suficiente para reger a hipótese em todo o *microssistema* dos Juizados Especiais. A respeito, v. o meu *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 215-216 e nota 146.

15. Eis a redação do dispositivo: “§ 2º. No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.”.

16. É a seguinte a redação do dispositivo: “§ 6º. O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.”.

17. É a seguinte a redação do dispositivo legal: “§ 3º. O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.”.

É possível — e necessário — distinguir dois grupos diversos nas diversas previsões normativas mencionadas.

Nos casos enumerados das letras “a” a “e”, os intervenientes lá previstos podem ingressar no processo alheio fazendo-o em nome de sua própria razão *institucional* de ser. Atuam, por assim dizer, para demonstrar as especificidades de um ramo do direito, de uma questão jurídica, para, enfim auxiliar o juiz a proferir uma decisão que leve em consideração as peculiaridades daquela causa. Tanto que — e coerentemente — o interveniente é expressamente nominado (previsto) pela própria norma jurídica que a autoriza.

Para cá, importa tecer algumas observações acerca da previsão do art. 49 da Lei n. 8.906/1994.

A OAB, nos termos daquele dispositivo legal, intervém em processos para defender prerrogativas de advogado, demonstrar qual é a sua dinâmica e como elas devem ser observadas (ou não) em cada caso concreto. Não atua propriamente em prol do advogado, mas de suas prerrogativas. O interesse que informa a intervenção não é (e não pode ser) um interesse próprio do advogado. Fosse assim, e estaríamos a tratar das modalidades tradicionais de intervenção de terceiro.

Em todos os casos apontados nas letras “a” a “j”, aliás, cabe distinguir com precisão, que nada impede que a CVM, o INPI, o CADE, a OAB e as pessoas de direito público sejam *autores* ou *réus* nas mais variadas situações. Contudo, em tais casos, a sua atuação como *parte* afasta, por definição, a sua atuação como *terceiro* e, conseqüentemente, nada haverá para ser destacado com relação ao tema proposto. Definitivamente, as dificuldades anunciadas a título de *amicus curiae* não se põem naqueles casos.

Nas demais hipóteses, indicados nas letras “f” a “j”, a previsão legislativa não é clara sobre *quem* pode intervir, limitando-se a admitir a intervenção genérica de *terceiros*. E quem é o *terceiro* que atuará no controle da constitucionalidade, na fixação de teses jurídicas no âmbito dos Juizados Especiais na identificação da repercussão geral ou, ainda, nos recursos especiais repetitivos? As regras não esclarecem. E seriam estes intervenientes *amici curiae*? A resposta parece ter que ser positiva. Até por exclusão: se não forem *amici curiae*, o que seriam? Meros terceiros? A resposta é, claramente, insatisfatória. Em tais casos, a bem da verdade, o *sujeito* ou *ente* que pretenderá intervir fará toda a diferença para justificar a razão de ser daquela intervenção. Com as devidas ressalvas e cuidados, sempre

necessários, quando se pretende “importar” figuras do direito estrangeiro para o direito nacional, são hipóteses similares que a doutrina inglesa e norte-americana tratam quando expõem a força dos precedentes. A fixação (ou definição) dos precedentes pressupõe alguns autores, a discussão exaustiva dos argumentos favoráveis ou desfavoráveis de uma tese e, por isto, quanto mais desses argumentos fizerem-se *representar* em juízo, tanto melhor¹⁸.

Tais casos são explicitamente mais amplos do que os anteriores até pela falta de identificação do interveniente. É constatar, aliás, a quantidade de intervenções que, àquele título, são diariamente pleiteadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. A única ressalva que me parece fundamental de ser feita em relação às intervenções no âmbito do Supremo Tribunal Federal (em especial com relação à identificação da repercussão geral) diz respeito ao chamado “Plenário Virtual”. O emprego das mais recentes tecnologias não podem alijar os pretendentes à intervenção do *processo* decisório. Mesmo que em ambiente virtual, eles têm o *direito* de participar — e participar no sentido de *influenciar* — a decisão que será proferida em um sentido ou em outro. Assim, o chamado “Plenário Virtual” tem que permitir as intervenções a tempo de todos os Ministros terem acesso a elas e, por isso, levar em consideração os argumentos favoráveis e os argumentos desfavoráveis num sentido e no outro.

2.3. GENERALIZANDO O *AMICUS CURIAE* NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

A esta altura da exposição, novas perguntas se apresentam: É possível (ou desejável) generalizar a previsão das regras já destacadas? São, todas elas e indistintamente, hipóteses de intervenção de *amicus curiae*? Há alguma relação entre o que é descrito na Inglaterra há quatrocentos anos e aquilo que está ocorrendo no direito brasileiro da atualidade?

Para enfrentar as novas questões, é pertinente fixar duas premissas.

A primeira é a constatação, que não me parece possível de ser seriamente contestada, de que a concepção que se passou a ter da *norma jurídica* e do papel da interpretação dos dias de hoje é muito diversa da que era a tradicional de outrora. É que alguns setores da doutrina vêm chamando (corretamente) de “crise do legalismo”. De forma extremamente

18. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 528-533.

simplificada, esta crise deve ser entendida como a concepção de que o texto da lei não corresponde à *norma* jurídica, esta sempre dependente de necessária e prévia interpretação. Assim, o dogma tradicional de que “o juiz é a boca da lei” cai por terra¹⁹. A *valoração* passa a ser elemento integrante (e consciente) da interpretação (criação) da norma jurídica. E como garantir que os valores pessoais do magistrado ou da magistrada não influenciem a interpretação a ser dada à norma jurídica? Ou eles podem influenciar, desde que o façam de maneira virtuosa?

A segunda premissa é o papel que, gradativamente, os “precedentes judiciais” vêm ocupando no direito brasileiro. Não que estejamos migrando em direção a *common law*, afirmação tão simplista como comum de ser feita nos dias hoje, definitivamente não me parece ser este o fenômeno aqui identificado. O que cabe relevar, *independentemente* da existência, ou não, desta migração ou, quando menos, de uma maior influência do sistema jurídico típico dos ordenamentos de *common law*, é que o direito constitucional e o direito infraconstitucional brasileiro passaram a admitir, de maneira expressa, o caráter *vinculante* de determinadas decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal. E de forma mais ampla e mais generalizada, o caráter *persuasivo* das decisões de todos os demais Tribunais têm sido uma constante nas mais recentes reformas empreendidas no atual CPC²⁰. Esta tendência, a meu ver, conduz ao que consta do Projeto de novo CPC que estipula como *diretriz* que “Os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte: (...) III – a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados; IV – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia;”²¹.

19. São diversos os autores que se debruçaram sobre o tema. Por todos, v. Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 235-236, e Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 379-389, 406-413 e 445-450 e, nas letras mais recentes, Eros Roberto Grau, *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios)*, p. 32-33 e 61-65. De minha parte, tomo a liberdade de enviar o leitor ao que expus em meu *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 49-73.

20. Essa distinção é bem desenvolvida por José Rogério Cruz e Tucci, *Precedente judicial como fonte do direito*, p. 304-312 e, mais recentemente, em “Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial”, p. 11, e Rodolfo de Camargo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 426-447.

21. O texto corresponde ao art. 882 do PLS n. 166/2010, aprovado no Senado Federal. No Projeto aprovado na Câmara dos Deputados, ele reaparece no art. 521, com modificações e em contexto diverso: não mais inserido na disciplina dos Tribunais, mas ao lado da sentença. Para o confronto entre as duas proposições, v. o meu *Projetos de novo Código de Processo Civil: comparados e anotados – Senado Federal (PLS n. 166/2010) e Câmara*

É evidente que ambas as premissas convidariam, a todos nós, a polemizá-las, questioná-las e, até mesmo, a negá-las. Para cá, contudo, basta destacá-las e aceitá-las como dado do nosso atual sistema jurídico. Aceitação *acrítica*, é certo, mas aceitação. Feita esta ressalva e expostas as premissas, cabe enfrentar as questões formuladas.

O fato é que o aporte de elementos “valorativos” ou, quando menos, *informativos*, e os impactos da fixação de um precedente ou até mesmo a existência de outros dispersos pelo sistema é função que, bem entendidas as origens do *amicus curiae* na Inglaterra e nos Estados Unidos, eram por ele desempenhadas na já mencionada função do “shepardizing”.

Por incrível que pareça, esta é uma função que as previsões normativas apontadas nas letras “f” a “j” do item 3, *supra*, querem autorizar. É certo que a tecnologia atual facilita — e muito — a identificação de julgados e de precedentes. Mas o problema não é só de *identificação*, mas, muito mais do que isto, de *aplicação*; de *interpretação* das normas jurídicas em geral, inclusive diante de eventuais precedentes, até para verificar se eles se aplicam ou não ou se devem ser mantidos ou não. E esta função, a de *aplicação* e de *interpretação* ainda releva a importância de ser feita por alguém que não necessariamente sejam as *partes* ou o próprio magistrado.

Assim, os *terceiros* identificados naquelas previsões legislativas acabam, de alguma forma, *colaborando* com a produção dos “precedentes” da nossa jurisprudência, cientes que tais *precedentes*, porque o são, poderão ser empregados em casos futuros atingindo um número sem fim de pessoas e situações que não necessariamente têm condições de ser avaliados no julgamento do caso concreto. É como se tais pessoas ou situações ganhassem, com a efetiva participação de tais *terceiros*, uma voz no processo atual e pendente, uma voz que permitirá uma mais adequada, porque mais discutida, mais pensada, mais valorada, interpretação das normas jurídicas diante das diversas situações e pessoas que ela quer disciplinar.

É nesse contexto — e com os olhos voltados ao direito brasileiro — que cabe enfatizar o que venho chamando de “modelo constitucional do direito processual civil” e a necessidade de toda a dogmática do direito processual civil ser reformulada, quiçá reconstruída, a partir da Constituição Federal²². Neste sentido, o “princípio do contraditório” ganha novos

dos Deputados (PL n. 8.046/2010), p. 441-443.

22. É esta a proposta que anima a construção de meu *Curso sistematizado de direito processual civil*. Expresso

contornos, uma verdadeira atualização, transformando-se em “colaboração”, “cooperação” ou “participação”²³. E “colaboração”, “cooperação” ou “participação” no sentido de propiciar, em cada processo, condições ideais de decisão a partir dos diversos elementos de fato e de direito trazidos perante o magistrado para *influenciar* sua decisão. Um contraditório *substancial*, portanto; não um contraditório como (mero) sinônimo de defesa ou de resistência, um contraditório *formal*, como mera posição jurídica processual. Contraditório, é o caso de enfatizar, como possibilidade de *participação* para *influenciar* na convicção do magistrado ou da magistrada. Influenciar no melhor sentido do Estado Democrático de Direito. Não no sentido de buscar a unanimidade do pensamento mas o *consenso* sobre os temas postos para discussão. Nesse sentido, o *nosso amicus curiae* é (só pode ser) um agente do contraditório no sentido de “colaboração”. Um *agente* que aporta elementos de fato e de direito para *dentro* do processo para viabilizar uma decisão que leve em conta tais elementos; um *agente* da valoração inerente à interpretação da norma jurídica; um *agente* voltado à construção discutida de precedentes judiciais.

Vejo o *amicus curiae*, por tais razões, com um ponto de contato entre a dicotomia usualmente feita pela nossa doutrina entre o “direito processual *individual*” e o “direito processual *coletivo*”.

Com efeito, no “direito processual civil *individual*”, entre Caio e Tício, são previstas e aceitas diversas modalidades de intervenção de terceiro. No entanto, Tércio, quando pretende intervir nestes processos pretende a tutela de um direito seu, ainda que os contornos de *seu* direito dependam da definição de um direito *alheio*. São intervenções nitidamente egoísticas, voltadas à tutela (sempre no sentido de *proteção*) de direito próprio.

No “direito processual *coletivo*”, o fenômeno ocorre de maneira diversa. E nem poderia ser diferente pela necessária diferenciação do direito material quando existente como tal no plano material ou, quando menos, tratado de forma coletiva. Desta forma, é concebível modalidades de intervenção diferentes sem a preocupação *individualista* de proteção de direito próprio. Pode-se pensar em tutelar “direito alheio” que sequer pode ser subjetivado em alguém em determinado instante. É esta a grande chave de compreensão do problema da *legitimação* no âmbito do direito processual coletivo e que afeta, evidentemente, não

no sentido do texto é o que consta das p. 119-244 do vol. 1, dedicado à construção da teoria geral do direito processual civil, que venho denominando *neoconcretista*.

23. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 84-90.

só a identificação de quem pode ser *condutor* do processo (no sentido tradicional de *autor*) mas também — e em idêntica proporção — quem pode pretender intervir naquele processo e a que título.

2.4. CONFRONTO COM PARADIGMAS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL TRADICIONAL

É usual, repito, a afirmação de que o *amicus curiae* é intervenção *sui generis* ou “anômala” de terceiros. Isto, contudo, é, antes de tudo, mera constatação. Pouco científica, aliás. Só merece respeito na medida em que consegue distinguir uma ou mais figuras de outra. É necessário, contudo, ir além. Ser *sui generis* ou “anômalo” é, neste sentido, meio do caminho, não ponto de chegada. É o caso de chegar aonde o caminho quer (ou, quando menos, pode querer) nos levar.

Tão mais importante é a lembrança desta “meia conceituação” diante do que acabei de acentuar. A distinção entre o “direito processual *individual*” e o “direito processual *coletivo*” e o ponto de contato anteriormente destacado ficam mais evidentes quando comparamos as informações até aqui disponibilizadas com alguns referenciais existentes no nosso direito processual civil, alguns “paradigmas de análise”, portanto.

De todas as comparações possíveis de serem feitas no âmbito do direito processual civil brasileiro, a mais proveitosa para o tema é com relação à função de “fiscal da lei” ou *custos legis* desempenhada tradicionalmente pelo Ministério Público (arts. 81 a 85 do CPC).

Particularmente, estou convencido de que não me parece coincidência a tradição do direito inglês e do direito norte americano não conhecerem, pelo menos com os contornos do nosso, figura próxima ao *custo legis*. Lembrando de um dos casos reputados como “precedentes” para as origens e desenvolvimento do *amicus curiae* (v. item 1, *supra*), o da colusão das partes para enganar o marido, o papel por ele desempenhado é típico caso de intervenção do *custos legis* para nós. O nosso direito admite, até, repito, a legitimidade para o Ministério Público para ação rescisória na hipótese de haver colusão das partes (art. 487, II, “b”, do CPC). A proximidade das duas figuras, pelo menos em tais casos, é impressionante.

Iria além: se coubesse à doutrina norte-americana examinar a função desempenhada pelo nosso Ministério Público no seu mister de “fiscal da lei” ele certamente seria classificado como “*amicus curiae* publico ou governamental” em oposição ao que lá é chamado de

*"amicus curiae privado"*²⁴. E certamente chamariam a atenção as hipóteses acima arroladas nas letras "a" a "e", levando em conta as finalidades interventivas previstas em cada um daqueles dispositivos legais.

Quanto às variadas intervenções de terceiro que conhecemos, a sua distinção com o *amicus curiae* repousa mais — e por mais paradoxal que possa parecer — no direito *material* do que no direito *processual*.

Sim, porque o *interesse jurídico* que justifica a intervenção de um assistente (o simples ou o litisconsorcial) é um interesse *próprio*, verdadeiramente *egoístico*. O assistente intervém para defender interesse próprio. E se destacamos a circunstância de ele atuar em prol de uma das partes e em detrimento da outra, o que o move a fazê-lo é o *seu* próprio direito, ainda que o direito dependa da existência de outro direito perante outro sujeito²⁵. Ele, o assistente, não é altruísta; muito pelo contrário²⁶. Fosse e certamente não teria legitimidade para intervir no processo. Não, ao menos, na perspectiva do "direito processual civil *individual*".

Idêntica orientação cabe para as demais modalidades de intervenção de terceiro classificadas como tais pelo CPC. É a situação de direito material própria que justifica, em todos os casos, a intervenção. O terceiro intervém para a tutela de direito próprio ainda que, que isso fique bem claro, a tutela de *seu* direito dependa da tutela do direito *alheio*. Mesmo em tais casos, contudo, de direitos *próprios*, *subjetivados*, se está tratando.

A conclusão é igual para as modalidades de intervenção de terceiro *dispersas* no CPC

24. . Sobre esta classificação na doutrina norte-americana, v. o meu *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 471-476.

25. . Questão interessante, aliás, é a que distingue a "assistência *simples*" da "assistência *litisconsorcial*" na intensidade do direito discutido em juízo entre as partes. Quando a influência é indireta (mediata), a hipótese é de "assistência *simples*". Quando a influência é direta (imediata), a hipótese é de "assistência *litisconsorcial*". Demorei-me nessa demonstração em outros trabalhos, aos quais envio o interessado: *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, p. 164-167 e, mais resumidamente, em meu *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 2, tomo I, p. 461-462.

26. . Raciocínio similar é desenvolvido por Ricardo Carlos Köhler (*Amicus curiae: amigos del tribunal*, p. 236) para o direito argentino, distinguindo o *interesse* do *amicus curiae* do interesse que justifica a "intervención voluntaria y adhesiva" daquele direito. "Esa situación en nada se asemeja a la del *amicus curiae*, quien además sólo (según la legislación vigente) interviene en causas donde a priori existe un interés público, o al menos general, y siempre ajeno, mientras que el tercero, al incorporarse al proceso, en adelante sostendrá una posición en defensa de un interés propio."

que mencionei anteriormente: recurso de terceiro prejudicado, embargos de terceiro e as intervenções durante a execução (adjudicação por terceiro, concurso de credores, intimação de credores com garantia de direito real e assim por diante).

É hora de expor duas conclusões.

A primeira: a comparação do *custos legis* e do *amicus curiae* é a única que viabiliza maior reflexão. O desafio que se põe para nós, contudo, é não confundirmos a *função* do *custos legis* com função a ser desempenhada pelo Ministério Público. Menos ainda em caráter de *exclusividade*. O que quero dizer com a afirmação é que para a comparação renda frutos, precisamos deixar de entender que o Ministério Público é o único órgão que pode ser *custos legis*. Qualquer entidade pública pode desempenhar aquele papel para a tutela de interesses que justifiquem a sua intervenção em situações similares, em consonância com suas finalidades institucionais.

A mim me parece muito claro que o *mesmo* papel tradicionalmente reservado para o Ministério Público para atuar na qualidade de *custos legis* pode (e deve) ser desempenhado (passar a ser desempenhado) por outros entes com a mesma vocação altruísta do Ministério Público. É neste contexto que a intervenção da CVM, do INPI, do CADE e, o que mais interessa para cá, da OAB nos termos dos dispositivos legais destacados merece ser reexaminada ou, atrevo-me a afirmar, *reconstruída*. A intervenção das próprias pessoas de direito público nos termos do art. 5º da Lei n. 9.469/1997 não pode ser descartada para esse mesmo fim, ainda que seja relevante distinguir, em tais casos, os chamados “interesses públicos *primários*” dos “interesses públicos *secundários*”²⁷.

Não se trata de tirar nada do Ministério Público e, muito menos, de apear aquela instituição. Longe disto. Trata-se, bem diferentemente, de reconhecer que há valores diversos e dispersos na sociedade civil organizada e no Estado brasileiro — cujo modelo é Democrático de Direito — e que há mais de um *legítimo portador* de tais valores, inclusive para o ambiente jurisdicional. Há, é esta a verdade, outros atores sociais e governamentais que devem atuar ao lado do Ministério Público e sem prejuízo de sua própria atuação. É a interpretação que mais se afina ao “modelo constitucional do direito processual civil”. É solução que, não coincidentemente, harmoniza-se com a chamada “legitimação

27. Para essa discussão, v., por todos, Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 32-33.

concorrente e disjuntiva", típica do nosso "direito processual coletivo"²⁸.

A segunda conclusão: a *qualidade* do interesse que justifica a intervenção do *amicus curiae* é totalmente diversa daquela que justifica todas e quaisquer modalidades de intervenção de terceiro que o nosso direito processual civil conhece. O *amicus curiae* é (tem que ser) altruísta. É o que basta para extremar a razão de sua intervenção com a do assistente e demais intervenientes nos moldes tradicionais.

A diferença geralmente negligenciada pela nossa doutrina entre "interesses" e "direitos" pode (e deve) ser mais bem examinada a este propósito²⁹. Aceitando o que até aqui expus, o *amicus curiae* aparece como portador de verdadeiros *interesses* e não de *direitos* propriamente ditos. Justamente porque ele, o *amicus curiae*, não defende, por definição, direito seu, uma situação jurídica própria sua, que ele próprio possa usufruir direta ou indiretamente. A afirmação mostra-se bastante acertada na análise da doutrina norte-americana que entende que a intervenção do *amicus curiae* justifica-se para suprir, de alguma maneira, um problema de sub-representação de interesses que podem ser afetados com a decisão a ser tomada.

Nesse sentido, o *interesse* do *amicus curiae* não é (e nem pode ser) um "*interesse jurídico*" no sentido que conhecemos para as intervenções de terceiro em geral, destacadamente nos casos de assistência. Mas também não é (ou pode não ser) bastante para ser um "*interesse coletivo*" porque, fosse assim, o *amicus curiae* promoveria, ele próprio, uma "ação coletiva". Só que, se assim fosse, ele seria *autor* e não *terceiro* que pretende intervir. É esta a razão pela qual proponho que compreendamos o *interesse* que autoriza a intervenção do *amicus curiae* de maneira diversa, como "*interesse institucional*", que se localiza a meio termo entre o "*interesse jurídico*" e o "*interesse coletivo*"³⁰. Por isso a referência que fiz há pouco sobre o interesse do *amicus curiae* representar um ponto de contato entre o "direito processual individual" e o "direito processual coletivo". Não se trata, evidentemente, de querer inventar rótulos ou expressões para se sobrepor a outras. Não há, na iniciativa,

28. Legitimação concorrente e disjuntiva porque qualquer um dos legitimados pode tomar a iniciativa de demandar em juízo independentemente da concordância ou ciência dos demais. Para o assunto, v. Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação civil pública*, p. 117-120.

29. Para formulações recentes dessa distinção na doutrina estrangeira, v. Osvaldo A. Gozaini, *La legitimación en el proceso civil*, p. 217-255.

30. Para essa demonstração, v. o meu *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 412-467.

nenhum ânimo de inventar modismos ou neologismos. Trata-se, antes e muito mais profundamente, de dar nomes novos a realidades jurídicas totalmente novas. A proposta quer, por isso mesmo, ser a mais científica possível.

Em suma, o que caracteriza a intervenção do *amicus curiae* é um “interesse institucional”, qualitativamente diverso do “interesse jurídico”, típico das modalidades tradicionais de intervenção de terceiro do direito processual civil brasileiro. E, confirmando o que já acentuei, a enorme distinção entre uma e outra classe de interesses reside no plano *material* e não no *processual*³¹. Por isto, aliás, a aproximação com o “direito processual coletivo” mostra-se tão relevante e tão importante. O *contexto* de análise dos institutos processuais no âmbito do “direito processual coletivo” é mais adequado para o estudo do *amicus curiae*. Pelo menos para a construção da figura no direito brasileiro.

Chegando a este ponto, resta uma última pergunta a ser respondida: é possível *generalizar* o instituto para além das previsões normativas já destacadas?

A resposta só pode ser positiva. A intervenção do *amicus curiae*, bem entendida a sua razão de ser, deriva direta e imediatamente do “princípio do contraditório” devidamente compreendido e reconstruído a partir do “modelo constitucional do direito processual civil”, levando-se em conta, como não pode deixar de ser, os valores ínsitos ao modelo de Estado brasileiro, Democrático e de Direito.

2.5. CONCLUSÕES PARCIAIS

O *amicus curiae*, tal qual tem sido *vivenciado* na prática forense cotidiana do direito processual civil brasileiro, em especial no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, tem muito pouco do que é descrito em suas origens do direito inglês ou do direito norte-americano.

Duas são — e têm sido — as funções que o *amicus curiae* têm desempenhado entre nós: a primeira é a de fornecer subsídios para a interpretação valorativa (*conscientemente* valorativa) do direito. A segunda é a de fomentar o debate exaustivo dos argumentos

31. Até porque, do ponto de vista *processual*, nada há de errado, muito pelo contrário, segundo penso, em adotarmos, enquanto não há lei própria para disciplinar a intervenção do *amicus curiae* a disciplina que o próprio CPC reserva para o assistente para aquela mesma finalidade. Para essa discussão, v. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 482-485.

favoráveis e desfavoráveis de uma dada tese jurídica naqueles casos em que, com ou sem efeitos vinculantes, são gerados precedentes. A *qualidade* do precedente depende de vários aspectos, mas também — e em primeiro plano —, da sua adequada, necessária e exaustiva fundamentação e de sua capacidade de eliminar problemas pretéritos e futuros³².

O *amicus curiae* já tem se mostrado um importante agente processual no desempenho de tais tarefas. Ele faz as vezes de um “representante” de toda uma massa de *interesses* dispersos na sociedade civil e no próprio Estado perante o Poder Judiciário. Típica forma de manifestação em um Estado Democrático de Direito, portanto.

O *amicus curiae*, nesse sentido, apresenta-se como verdadeiro interlocutor hermenêutico, no sentido de viabilizar o inafastável diálogo que deve existir na *construção* da norma jurídica a partir de seu *texto*.

Tanto mais importante a conclusão anterior na medida em que se constata que nossas leis mal são aprovadas pelo Congresso Nacional e sancionadas pelo(a) Presidente da República e são questionadas, quanto à sua constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal. O mesmo raciocínio é pertinente para os diplomas legislativos anteriores à Constituição de 1988 tendo em conta a finalidade que tem sido reconhecida às arguições de descumprimento de preceito fundamental. O Supremo Tribunal Federal, nesse contexto, tem sido insistentemente procurado para declarar de que maneira, em que sentido ou em que extensão o *texto* normativo anterior à Constituição atual foi por ela recepcionado e, sob seus ditames, deve ser *interpretado* para ser *aplicado*.

Não é desarrazoado, portanto, entender que há um nítido deslocamento do debate político do Legislativo e do Executivo para o Judiciário. Para o que interessa para o presente ensaio, o *amicus curiae* tem condições de realizar, perante o Estado-juiz, a mesma representação que, direta e indiretamente, faz-se perante o Estado-legislador e o Estado-administração. O mesmo *lobby* — no sentido corretamente contextualizado, lícito e

32. No particular, sugeri em uma das reuniões de que participei na Câmara dos Deputados a respeito do Projeto de novo Código de Processo Civil que fosse inserida regra exigindo que todos os argumentos favoráveis e desfavoráveis a determinada tese fossem expressamente enfrentados para fins de fixação do precedente. É o que está no art. 994, § 3º, do Projeto aprovado na Câmara dos Deputados, para o “incidente de resolução de demandas repetitivas”, que tem a seguinte redação: “O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos concernentes à tese jurídica discutida.”. Para uma primeira análise daquela proposição, v. o meu *Projetos de novo Código de Processo Civil: comparados e anotados – Senado Federal (PLS n. 166/2010) e Câmara dos Deputados (PL n. 8.046/2010)*, p. 471.

ético da palavra, evidentemente —, que é desejável que se faça perante o Legislador e o Administrador Público é feito (passa a ser feito) perante o Judiciário³³. Os mesmos grupos de pressão que agem perante aqueles Poderes passam a agir e querer agir perante o Judiciário. A intervenção do *amicus curiae* permite e viabiliza o exercício dessa legítima pressão política. Ela tem o condão de *canalizar* a discussão dos interesses contrapostos e que existem dispersas na sociedade civil e no próprio Estado.

E se é certo que as intervenções de *amicus curiae* avolumam-se no Supremo Tribunal Federal e sua intervenção encontrou lugar perfeito para bem se realizar nas audiências públicas, cuja designação é expressamente prevista no art. 9º da Lei n. 9.868/1999³⁴, que disciplina a “ação direta de inconstitucionalidade” e a “ação declaratória de constitucionalidade”³⁵, suas possibilidades não se esgotam naqueles casos. Todo o Judiciário, desde sua primeira instância, já é hoje chamado a interpretar *valorativamente* a norma jurídica. É lembrar dos diversos casos em que o Judiciário é convocado para controlar políticas públicas ou para interferir em contratos de massa. Todo ele, desde a primeira instância, gera precedentes que querem, em alguma medida, influenciar casos futuros. É lembrar do art. 285-A do CPC e da atuação admitida do Relator no âmbito dos Tribunais, por exemplo, pelo art. 557 do CPC. Isso sem falar do controle *incidental* de

33. A comparação é conhecida da doutrina norte-americana como evidencio em meu *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 585-587. Também Isabel da Cunha Bisch, *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*, p. 141-147, debruça-se no estudo do tema dessa perspectiva.

34. “Art. 9º. Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento. § 1º. Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. § 2º. O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição. § 3º. As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.”

35. Os exemplos são muito variados e todos, sem exceção, pertinentíssimos. Basta, para fins ilustrativos, lembrar da questão do aborto dos fetos anencéfalos, da pesquisa de células tronco e da importação de pneus usados. Em todos estes casos, houve diversas intervenções de *amicus curiae* e em todos eles realizaram-se audiências públicas com representantes bem definidos dos interesses contrapostos em discussão. Das mais recentes, merece destaque a audiência pública designada pelo Ministro Luiz Fux nas ações diretas de inconstitucionalidade voltadas para questionar dispositivos da Lei n. 12.485/2011 que regulamenta a comunicação audiovisual de acesso condicionado (ADIs 4.679, 4.747 e 4.756), oportunidade em que foram ouvidos trinta especialistas sobre o mercado de TV por assinatura.

constitucionalidade, da identificação de repercussão geral no recurso extraordinário e dos “recursos especiais *repetitivos*”. Nesse sentido, a evolução já experimentada pelo direito processual civil brasileiro, impõe a admissão do *amicus curiae* como agente de *legitimação* de tais decisões jurisdicionais.

O Projeto de novo CPC generaliza a admissão do *amicus curiae* em todos os níveis de atuação do Poder Judiciário, apresentando uma disciplina bem completa do instituto que permitirá a consecução de seus fins, razão única de ser de sua intervenção³⁶. Mesmo sem qualquer inovação legislativa e, mais do que isso, antes mesmo dela — é para essa demonstração, aliás, que se volta o trabalho de minha autoria referido ao longo de todo esta Opinião —, não há como perder de vista que o *amicus curiae* já é uma realidade no direito processual civil brasileiro³⁷.

O *amicus curiae*, assim, permite um diálogo constante (e indispensável) entre a sociedade civil, o Estado e o Poder Judiciário. O juiz tem que ouvir a sociedade civil e os outros setores do Estado para bem decidir a norma jurídica hoje produzida, inclusive por

36. O texto aprovado no Senado Federal é o seguinte: “Art. 322. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação. Parágrafo único. A intervenção de que trata o *caput* não importa alteração de competência, nem autoriza a interposição de recursos.”. No Projeto aprovado pela Câmara dos Deputados, a proposta tem o seguinte teor: “Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação. § 1º. A intervenção de que trata o *caput* não implica alteração de competência, nem autoriza a interposição de recursos, ressalvada a oposição de embargos de declaração. § 2º. Caberá ao juiz ou relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção de que trata este artigo, definir os poderes do *amicus curiae*. § 3º. O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.”. Para o confronto entre as duas proposições, v. o meu *Projetos de novo Código de Processo Civil: comparados e anotados – Senado Federal (PLS n. 166/2010) e Câmara dos Deputados (PL n. 8.046/2010)*, p. 185-186.

37. O que é positivo dos textos propostos — e o mérito de sua proposição encontra-se desde o Anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas presidida pelo Ministro Luiz Fux e relatada pela Professora Teresa Arruda Alvim Wambier — é que sua aprovação eliminará a descrença dos mais céticos quanto a ser o *amicus curiae* uma realidade entre nós, mesmo fora e longe das previsões normativas já existentes. Uma vez aprovado o novo CPC, mesmo aqueles que não entendem bastante compreender que as diretrizes e estruturas fundamentais do direito processual civil decorrem diretamente da Constituição Federal, não terão escolha senão admitir a possibilidade da intervenção do *amicus curiae*.

causa de sua predisposição a fixar precedentes. Talvez ele precise ouvir a sociedade civil e variadas parcelas do Estado até para ter não só maior *conhecimento* (no sentido *técnico* da palavra), mas também maior *conforto* (no sentido *comum* do termo) para decidir. Para, em suma, *interpretar* devida e legitimamente a norma jurídica³⁸.

O resultado dessas intervenções e de sua inegável (e inadiável) generalização é o melhor funcionamento do sistema jurídico (e não somente judiciário) como um todo. É buscar maior segurança e previsibilidade jurídicas e, conseqüentemente, uma maior *efetividade do direito*. Não se trata, cabe o destaque, de efetividade do *processo*. A expressão, bem pensada, está equivocada (e sempre esteve), está fora de contexto (e sempre esteve), apesar de consagradíssima na nossa doutrina e na estrangeira. A efetividade é (só pode ser), na perspectiva que realmente interessa, do direito *material*. Os atributos e qualidades do processo são de ordem diversa. O *amicus curiae* é, indubitavelmente, instrumento da efetividade do *direito* orgânica e sistematicamente pensado e, nessa medida, é instrumento da *eficiência* processual. O que se quer não é celeridade pura e simplesmente, celeridade como fim em si mesma considerada; mas *qualidade* da prestação da tutela jurisdicional; não um tempo mínimo, quiçá irreal, de resolução dos conflitos.

É esta forma de entender e aplicar, no atual estágio do direito processual civil brasileiro, o *amicus curiae*. Não há por que negligenciá-la e não há porque querer um processo mais rápido, pura e simplesmente, mais rápido sem a necessária *qualidade* da decisão judicial — sempre e invariavelmente um *precedente*? — que a participação do *amicus curiae* nos mais variados processos, em todos os graus de jurisdição, pode viabilizar. É esta *qualidade* que tem o condão de mais adequadamente impor os ditames do *direito material* perante a sociedade civil e o próprio Estado, estimulando sua *previsibilidade* e a *segurança jurídica*.

38. “Se todo texto é suscetível de uma leitura ideológica, que lhe dá sentido real, se se pode atribuir intenções semânticas a quem o criou, a tarefa interpretativa deve ir ao encontro dessas práticas históricas e reais, recuperando o sentido ideológico do texto, para nele revelar o que está encoberto, descobrir onde se situam social e historicamente aqueles que falam pela lei, enfim, para descortinar a quem ela está destinada a servir — revelar o *processo da vida* que lhe dá sentido, rompendo com a alienação. Só assim se logrará a emancipação política do ser humano, destinatário de todas as leis, em seu processo de desenvolvimento e de dignificação da vida natural, integrante de um mundo plural, diverso e biodiverso.” (Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, “Estado de Direito e decisão jurídica: as dimensões não jurídicas do ato de julgar”, p. 119-120).

3. O IASP COMO *AMICUS CURIAE*

Após todas as considerações teóricas que ocupam os números anteriores — e que querem justificar de forma resumida mas escorreita, o atual estágio do instituto em foco no direito brasileiro —, cabe a reflexão que justifica a presente manifestação. Pode o IASP postular seu ingresso na qualidade de *amicus curiae* em processos jurisdicionais e administrativos?

A resposta, no meu sentir, é positiva.

No trabalho tantas vezes referido ao longo desta exposição, tive oportunidade de concluir que todo aquele que, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, tem legitimidade para o ajuizamento de “ações coletivas” tem também legitimidade para atuar na qualidade de *amicus curiae*.

Mas não só. Todo aquele, pessoa jurídica ou natural, que demonstrar ser um *adequado portador de interesses institucionais* pode pretender sua intervenção na qualidade de *amicus curiae*, ainda que não possa ostentar o status de legitimado para as “ações coletivas”. Assim, por exemplo, um professor, em função do respeito acadêmico que possui na academia e na sua área de atuação; um jurista; uma Organização Não-Governamental e uma entidade governamental não prevista nas previsões normativas destacadas, inclusive no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O que é necessário para admitir a intervenção é que aquele que pretende intervir mostre-se adequado portador de interesses institucionais “fora” do plano processual e demonstre a importância de aqueles mesmos interesses interferirem, em alguma medida, no que está posto para discussão perante o Estado-juiz, administrador ou legislador.

Medida importante para aquilatar o “interesse institucional” é a *imparcialidade* do *amicus curiae*. A hipótese é de *imparcialidade*, vale a pena frisar, e não de *neutralidade*. Neutro quem *deve ser* é o magistrado e só ele. O *amicus curiae* deve ser *imparcial* no sentido de que o processo não o afeta (e não deve afetar) diretamente; no sentido de que não afeta (e não deve afetar) *direito* seu. É evidente que o *amicus curiae* pretende ver tutelado o interesse (institucional) que justifica sua intervenção. Não há como desconsiderar essa realidade e, menos ainda, negar que a intervenção se dê justamente diante da existência, que pode ser mais ou menos discreta, deste interesse. O que não pode haver é *direito seu*, do próprio *amicus curiae*, no processo em curso. Se houver, a hipótese é de intervenção

de terceiro nas modalidades tradicionais e, a depender da intensidade do *direito*, de o interveniente pretender seu ingresso em juízo como *parte*. A imparcialidade deve ser compreendida, assim — e sem receio de empregar um neologismo nem a tautologia — como *institucionalidade*.

A doutrina norte-americana é bastante fecunda a respeito do tema e propõe a distinção dos “*amici curiae* públicos (governamentais)” dos “*amici curiae* privados”. Nestes, o grau de neutralidade deve ser identificado de uma forma; naqueles, de outra. Também é medida a ser empregada para avaliar a existência desta imparcialidade a circunstância de o *amicus curiae* ser “convidado” a intervir ou tomar a iniciativa de fazê-lo³⁹. Nada há que impeça, muito pelo contrário, que adotemos medidas de controle de representação adequada similar àquelas.

A conclusão a que cheguei naquela sede, no que diz respeito ao presente momento da exposição, é a seguinte:

“Assim, não vemos como recusar que quaisquer outras pessoas jurídicas ou físicas, mesmo que não admitidas, pela lei brasileira, como legitimadas para a propositura de ações coletivas, possam pretender desempenhar a função de *amicus curiae*. Contudo, à falta de norma genérica para o assunto — e como o art. 339 do Código de Processo Civil é amplo demais ao se referir a que “ninguém” se escusa de colaborar como Judiciário, e o art. 341 é pouco esclarecedor no que diz respeito a quem pode ser o “terceiro” a que ele se refere —, parece-nos que o referencial necessário a ser observado é o do art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99.

O que destacamos a propósito desse dispositivo de lei é que ele traz, na medida certa, o ‘filtro’ indispensável para contrastar, a um só tempo, a utilidade da manifestação do *amicus* (‘relevância da matéria’) e, o que nos interessa mais de perto para este item, a sua específica ‘representatividade adequada’ (a ‘representatividade dos postulantes’) que deve, sempre, presidir a intervenção desse terceiro. O que escrevemos, a propósito do tema, no item 2.1.2 do Capítulo 4, tem total aplicação aqui.

39. É bastante útil, a propósito, classificar a intervenção do *amicus curiae* em “provocada” ou “espontânea”, a exemplo, aliás, do que parcela da doutrina propõe para as modalidades tradicionais de intervenção de terceiro. A respeito do assunto, colacionando a decisiva contribuição ao tema de Athos Gusmão Carneiro, v. o meu *Amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 476-479.

Não há como negar, de resto, que a verificação da ocorrência do que chamamos de interesse *institucional* será, em qualquer caso, decisivo para definir sobre quem pode e quem não pode ser aceito como *amicus curiae*. O confronto entre as aptidões, qualidades, reputação, fins institucionais, tempo de existência, atuação nos mais diversos campos da vida e do direito em suas diversas facetas e o objeto da ação será sempre de fundamental importância. Esses elementos são imprescindíveis para a aferição de ser ou não o ente que pretende atuar na qualidade de *amicus curiae* um ‘adequado representante’ dos interesses que já estão postos ou precisam ser bem postos em juízo para o proferimento de melhor decisão jurisdicional, uma decisão ótima.

Para constatar a ocorrência concreta do interesse *institucional*, escrevemos isto no item 2.1 do Capítulo 7, o juiz poderá realizar diligências para verificar que ‘tipo’ de interesse move o *amicus* para dentro do processo, porque é ele que deve se convencer da oportunidade da manifestação do *amicus curiae*. Por isso mesmo é que, para o nosso direito, a concordância das partes (mesmo que formal) não será fator suficiente para a admissão do *amicus*, ao contrário do que se dá no direito norte-americano (v. item 3 do Capítulo 3, em especial as notas 26 e 27).

Ademais, o referencial ‘aberto’ do art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99 parece-nos bastante adequado para, a partir de uma necessária construção doutrinária e jurisprudencial tirada da experiência forense, discernir sobre aqueles que se sensibilizarão para intervir nessa qualidade. Se uma das razões para discutir a figura do *amicus curiae* entre nós dá-se pela necessidade de transportar ao Estado-juiz valores dispersos pela sociedade e pelo próprio Estado, não haveria sentido algum em reduzir, *ab initio*, a admissibilidade de seu ingresso em juízo pela perspectiva do “adequado portador” daqueles direitos e interesses. O que o nosso sistema de ações coletivas tem a oferecer sobre o assunto deve ser entendido como um referencial importantíssimo mas não suficiente e, muito menos, exaustivo.

O que fazemos questão de acentuar é que não descartamos que o indivíduo *uti singuli* possa ser admitido na qualidade de *amicus curiae*. Não nos esqueçamos de que ele é, desde a Constituição Federal, considerado um ‘portador legítimo’ de interesses ao Estado-juiz, quando seu art. 5º, LXXVII, empresta-lhe ‘legitimidade’ para a ação popular. E, mais amplamente, o ‘direito de petição’, de que trata o art. 5º, XXXIV, *a*, é expresso ao reconhecer a ‘todos’ a possibilidade de se voltar aos Poderes Públicos ‘em defesa de direitos’.

Nesses casos, reconhecida a demonstração do interesse *institucional*, que deve nortear

toda a reflexão relativa ao *amicus curiae*, não há por que negar a atuação, naquela qualidade, do indivíduo, mesmo que o ser ‘cidadão’ possa ser empregado — justamente por força da lembrança da ação popular — como referencial de ‘representatividade dos postulantes’. Para essas situações, ademais, fica bem evidenciado o que acentuamos no início deste item. Não se ‘é’ *amicus curiae*, mas pode se agir ‘como’ *amicus curiae*, demonstrando, concretamente, a razão pela qual se tutelarão adequadamente, em juízo, determinados interesses ou direitos.”⁴⁰.

Diante destas observações, cabe evidenciar que o que importa fundamentalmente é verificar o que quer justificar a postulação de alguém para supedanear sua intervenção na qualidade de *amicus curiae*.

No caso em exame, a resposta está *in re ipsa*: ela é dada pelo exame das finalidades institucionais do próprio IASP, e no reconhecimento de que aquela Instituição, centenária e de participação ímpar em diversos episódios da história não só da cidade e do Estado de São Paulo mas também do próprio Brasil, é de utilidade pública nos âmbitos federal, estadual e municipal desde 1968.

É este o objetivo do número seguinte.

3.1. ESPECIFICAMENTE AS FINALIDADES INSTITUCIONAIS DO IASP

Cabe evidenciar, diante do que foi relatado no fecho do número anterior, as finalidades institucionais do IASP. Elas estão no art. 2º do Estatuto daquele Instituto:

- “I – o estudo do Direito, a difusão dos conhecimentos jurídicos e o culto à Justiça;
- II – a sustentação do primado do Direito e da Justiça;
- III – a defesa do estado democrático de direito, dos direitos humanos, dos direitos e interesses dos advogados, bem assim da dignidade e do prestígio da classe dos juristas em geral;
- IV – a colaboração com o Poder Público no aperfeiçoamento da ordem jurídica e das práticas jurídico-administrativas, especialmente no tocante à organização e à administração da Justiça, direitos e interesses de seus órgãos;
- V – o aperfeiçoamento do exercício profissional das carreiras jurídicas;

40. Cassio Scarpinella Bueno, *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 581-583, com a supressão das notas de rodapé do original.

VI – a representação judicial ou extrajudicial, de seus associados, bem como a admissão em feitos de interesse dos associados na qualidade de *amicus curiae*;

VII – a participação em eventos de caráter nacional ou internacional, no âmbito de suas finalidades.

VIII – a guarda e a estrita observância das normas da ética profissional por seus associados e pelos demais profissionais das carreiras jurídicas;

IX – a colaboração e desenvolvimento de atividades com a Ordem dos Advogados do Brasil e outras entidades afins, sem limite territorial;

X – a promoção de cursos e conferências sobre temas jurídicos e de interesse público, e a contribuição para o aperfeiçoamento do ensino jurídico;

XI – a outorga de prêmios e honrarias a pessoas ou instituições que tenham sido distinguidas em concursos ou atividades nas áreas da Cultura, Ciências Humanas e, em particular, no Direito;

XII – a promoção dos interesses da nação, da igualdade racial, da dignidade humana, do meio ambiente, dos consumidores e do patrimônio cultural, artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a defesa da Constituição e da legalidade;

XIII – a prestação de serviços à comunidade em áreas de cunho jurídico e cultural, inclusive ligadas à divulgação da legislação e da jurisprudência;

XIV – a mediação e a arbitragem, com a criação de Comissões e Câmaras de Árbitros específicas, reguladas por regimento próprios.”.

O art. 3º, em continuação, dispõe acerca do atingimento daquelas finalidades, da seguinte maneira:

“Art. 3º. Para a realização de seus fins, o Instituto deverá:

I – discutir assuntos jurídicos e sociais, em reuniões de quaisquer naturezas, em publicações e por quaisquer outros meios de divulgação;

II – representar os poderes públicos quanto à organização e à administração da justiça, às práticas jurídico-administrativas e à atividade legislativa;

III – promover a defesa dos interesses dos advogados e dos juristas em geral;

IV – promover pesquisas e emitir pareceres, referentemente a assuntos pertinentes a seus fins;

V – manter, para consulta pública, e, especialmente, dos seus membros, centro de documentação e de memória social, biblioteca, museu, arquivo histórico e órgãos de divulgação;

VI – fazer-se representar nas reuniões, assembleias e solenidades de caráter cívico,

científico ou literário e também em eventos que não contrariem seus objetivos sociais; VII – celebrar convênios e contratos com entidades públicas e privadas.”.

Como se pode verificar, as “finalidades *institucionais*” do IASP são inequívoca e expressamente vocacionadas à defesa do Direito em sentido amplo, amplíssimo, como se pode verificar, em especial, dos incisos I a IV do referido art. 2º. É o que se deve esperar, aliás, de uma associação que agrega advogados, exercentes, todos eles, de função essencial à administração da justiça, nos precisos termos do art. 133 da Constituição Federal⁴¹. Não por coincidência, aliás, tais finalidades são plenamente harmônicas com o disposto no inciso I do art. 44 da Lei n. 8.906/1994 que reserva para a Ordem dos Advogados do Brasil a finalidade de “defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;”.

O próprio inciso IX do referido art. 2º é claro quanto a este ponto: a atuação *colaborativa* do IASP com a OAB — sem prejuízo de sua atuação ao lado de “outras entidades afins, sem limite territorial — é necessária na perspectiva da pluralidade de ideias e da defesa do Estado Democrático de Direito⁴².

O elo associativo que justifica o IASP — não é demais lembrar que se trata de instituição que, neste ano de 2014, comemora 140 anos de existência, declarada de utilidade pública nos âmbitos federal, estadual e municipal desde 1968 e de fundamental importância na história da cidade e do Estado de São Paulo e do próprio País⁴³ — é plenamente harmônico com o que estatui o já mencionado art. 133 da Constituição Federal.

41. Para uma compreensão ampla das “funções essenciais à administração da Justiça” dentro do “modelo constitucional do direito processual civil”, v. o meu *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 1, p. 205-244. Com relação ao tema desenvolvido no texto e ao papel que *deve-ser* desempenhado pela advocacia naquele contexto, v., em especial, p. 226-231 e p. 233-235.

42. Prova segura do acerto da conclusão do texto é a circunstância de a Associação dos Advogados de São Paulo ter sido admitida como *amicus curiae* em Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil voltada à declaração de inconstitucionalidade do art. 19 da Lei n. 11.033, de 21 de dezembro de 2004, segundo o qual o levantamento de valores depositados a título de precatórios depende da apresentação de certidões negativas por parte do credor (ADIn 3.453/DF, rel. Min. Ellen Gracie, j. 15.6.2005, DJ 23.6.2005, p. 7). No meu *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 568-569, também destaco a atuação daquela prestigiosa Associação na modificação do enunciado da Súmula 309 do STJ.

43. A este respeito, a consulta ao trabalho organizado pelo próprio Instituto, intitulado *Memórias do IASP e da advocacia – de 1874 aos nossos dias*, é essencial.

O paralelo acima indicado e a (falta de) coincidência entre as finalidades institucionais do IASP e as da OAB, tais quais se verifica do art. 44, I, da Lei n. 8.906/1994, também destacada linhas atrás, merecem uma reflexão mais detida.

É que, com o art. 133 da Constituição Federal de 1988, é impositiva a compreensão de que a advocacia passou a ser (*dever-ser*) tratada como função essencial à Administração da Justiça. Os advogados, públicos ou privados, ao lado dos magistrados, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública devem ser compreendidos como colaboradores da edificação do Estado brasileiro⁴⁴. Quando reunidos em Instituição como o IASP — cujos quadros, convém dizer, não se limitam a membros da advocacia, mas é extensiva aos exercentes das demais funções essenciais da administração da Justiça⁴⁵ — é irrecusável que sua voz mereça ser ouvida, mediante os canais, jurisdicionais, administrativos e legislativos, disponíveis para os fins e pelos motivos já *destacados* no n. 2.5, *supra*, notadamente pela importância de *pluralização* do debate jurídica. Ser *amicus curiae* e atuar naquela qualidade é pretender a sua oitiva e a consideração que ela merece para colaborar com a (re)construção e o aperfeiçoamento da ordem jurídica.

É irrecusável que a projeção coletiva das finalidades institucionais do IASP conduza à conclusão aqui defendida, de “interesse *institucional*” pleno para os fins de admissão ampla

44. É este o motivo pelo qual já tive oportunidade de destacar a importância da atuação da OAB na qualidade de *amicus curiae*: “É por essa razão que, consoante escrevemos no item 9.5 do Capítulo 4, a OAB tem tudo para assumir, justamente por causa de suas finalidades institucionais, que não se limitam à tutela das prerrogativas do advogado (art. 44, I e II, da Lei n. 8.906/94), papel de destaque, verdadeiramente diferenciado, no exercício da função de *amicus curiae* nas mais amplas situações, dando voz ativa aos mais variados anseios espalhados pela sociedade civil — e não apenas aos relativos à classe dos advogados —, e que ela, OAB, tem condições de capturar (de *ouvir*) no plano externo ao processo e fazê-los representar, por isso mesmo, adequadamente em juízo, viabilizando, com tal iniciativa, *melhor* decisão jurisdicional.” (*Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, p. 576-577).

45. O art. 4º do Estado do IASP reconhece quatro classes de associados: efetivos, colaboradores, honorários e eméritos. Somente o primeiro é privativo de advogado. Todos os demais são destinados, conscientemente, a não advogados que com renome e destaque na sua atuação no campo do Direito como um todo. É ler as seguintes previsões estatutárias, todas extraídas do mesmo art. 4º, autoexplicativas: “§ 2º. São colaboradores os associados regularmente graduados em direito, legalmente incompatibilizados para o exercício da advocacia, que preencham os requisitos acima, com exceção do inciso III, e comprovem o exercício de atividades jurídicas há mais de 5 (cinco) anos.”; “§ 3º. São honorários as personalidades nacionais ou estrangeiras de notável merecimento e elevado saber jurídico, com relevantes serviços prestados ao Brasil ou à Ciência Jurídica, comprovados com trabalhos publicados em qualquer área do conhecimento.” e “§ 4º. São eméritos os regularmente graduados em Direito, que prestarem relevantes serviços ao Instituto, à classe jurídica, ao estudo e aprimoramento do Direito ou à melhor distribuição da Justiça.”.

daquela instituição como *amicus curiae*.

Neste contexto, a previsão do inciso VI do art. 2º do Estatuto do IASP deve ser entendida amplamente para franquear àquele Instituto a legitimidade de seu ingresso na qualidade de *amicus curiae* em todos aquelas situações, judiciais ou administrativas, em que o aprimoramento das instituições jurídicas é questão chave e que a *colaboração* entre entidades organizadas e plurais da sociedade civil importa para fins de definição da interpretação ótima do ordenamento jurídico.

4. FECHAMENTO

O *amicus curiae* é uma realidade no direito brasileiro. É correto e é seguro afirmar que a sua *prática* antecipa o que, a seu respeito, passará a ser direito positivo no “novo Código de Processo Civil”, ainda em trâmite na Câmara dos Deputados.

O que importa para fins de admissão do *amicus curiae* é a identificação de seu “interesse institucional”, norte seguro para fins de “representatividade adequada” daquele interveniente que quer *colaborar* com o Estado, em todos os seus níveis e funções, na fixação das pautas de conduta normativa. Seja por colaborar na *valoração* das normas jurídicas e, pois, na sua *criação* para os mais diversos casos concretos, seja desenvolvendo o que *já foi pertinentemente* chamado de “contraditório coletivo”⁴⁶ — e que pelas razões expostas ao longo do trabalho, bem pode ser chamado de “contraditório institucionalizado” — todas as vezes em que aquela pauta de conduta terá o condão de influenciar diretamente um sem número de relações jurídicas.

As finalidades institucionais do IASP são fonte segura, verdadeiramente paradigmática, que revelam o *quid* diferencial do interesse que justifica esta modalidade interventiva. A circunstância de se tratar de entidade centenária, com participação decisiva em diversos momentos da história do Estado de São Paulo e do país, declarada de utilidade pública desde 1968 nos âmbitos federal, estadual e municipal são bastantes, por si só, para revelar a “representatividade adequada”.

46. A expressão é de William Santos Ferreira, “Súmula vinculante — solução concentrada: vantagens, riscos e a necessidade de um contraditório de natureza coletiva (*amicus curiae*)”, p. 821.

Aliada esta circunstância à melhor compreensão do art. 133 da Constituição Federal e ao papel que o advogado deve ter como “função essencial à Administração da Justiça”, *é irrecusável, em aliança aos elementos já destacados, a compreensão de que o IASP é ator fundamental para atuar junto ao Estado como amicus curiae*. Atuando naquela qualidade terá condições plenas de desempenhar suas funções institucionais e, assim, colaborar na *legitimação* do processo decisório do Estado.

Neste sentido, é corretíssima a r. decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes no RE 639.856/RS admitindo, com fundamento no art. 323, § 3º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o IASP como *amicus curiae* para ampliar o debate acerca do chamado “fator previdenciário”, permitindo, com isto, a apresentação de alentado Parecer da lavra do Eminentíssimo Professor Titular de Direito Previdenciário da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e associado daquele Instituto, Dr. Wagner Balera, sobre o tema.

A noção, corretíssima, subjacente àquela admissão é a de viabilizar que instituições canalizadoras de manifestação de pensamento das funções essenciais à Administração da Justiça possam *contribuir* para o aperfeiçoamento da ordem jurídica nacional e, em idêntica proporção, para o fortalecimento das instituições públicas e privadas brasileiras.

A última palavra da presente Opinião, nem poderia ser outra, é no sentido de que a admissão do IASP como *amicus curiae*, tal qual a noticiada, multiplique-se. Não só no sentido de reconhecer àquela Instituição legitimidade para *pleitear aquela modalidade interventiva* mas também — e em exata proporção — para viabilizar a efetiva oitiva, análise e ponderação dos elementos que o IASP, com sua experiência mais que centenária, tem condições plenas de reunir e apresentar como fator consciente e inarredável de *legitimação* do processo decisório em todas as suas vertentes.

É esta a minha Opinião para a honrosa Consulta que me foi encaminhada.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2014.

Cassio Scarpinella Bueno

OAB/SP 128.328

5. BIBLIOGRAFIA

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999.

Black's Law Dictionary.

BISCH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Estado de Direito e decisão jurídica: as dimensões não jurídicas do ato de julgar. In: *Decisão judicial: a cultura brasileira na transição para a democrática*. Madri/São Paulo: Marcial Pons, 2012.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico* 8ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Tradução de J. Baptista Machado.

FERREIRA, William Santos. "Súmula vinculante — solução concentrada: vantagens, riscos e a necessidade de um contraditório de natureza coletiva (*amicus curiae*)". In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et alli (coord.). *Reforma do Judiciário — primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOZAINI, Osvaldo A. *La legitimación en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediar, 1996.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6ª edição do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2013.

KÖHLER, Ricardo Carlos. *Amicus curiae: amigos del tribunal*. Buenos Aires: Astrea, 2010.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciencia do direito*. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste

Gulbenkian, 1997. Tradução de José Lamego.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINO, Ana Lucia de Almeida Gonzaga; AMBROSINI, Diego Rafael; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. *Memórias do IASP e da advocacia – de 1874 aos nossos dias*. Campinas: Millenium, 2006.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, vol. 1. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum (ordinário e sumário)*, vol. 2, tomo I. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Projetos de novo Código de Processo Civil: comparados e anotados – Senado Federal (PLS n. 166/2010) e Câmara dos Deputados (PL n. 8.046/2010)*. São Paulo: Saraiva, 2014.

PARECERES E CONTRIBUIÇÕES DO IASP

DO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

ADA PELLEGRINI GRINOVER

Professora Titular de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Associada Efetiva do IASP

SUMÁRIO

1. Introdução: Direitos fundamentais sociais, políticas públicas e controle jurisdicional; 2. O controle jurisdicional de políticas públicas e o princípio da separação dos poderes; 3. Controle jurisdicional de políticas públicas: o controle do mérito do ato administrativo; 4. A jurisprudência brasileira; 5. Limites à intervenção do Judiciário nas políticas públicas: A razoabilidade; 6. Análise do caso concreto: falta de razoabilidade da decisão condenatória, 6.1. Julgamento extra petita, 6.2. Desarraçoabilidade da condenação. Possível modificação da situação fática, social, econômica e jurídica após 9 anos, 6.3 . A desarraçoabilidade dos números fixos de vagas a serem preenchidas; 7. Controle jurisdicional de políticas públicas. Mas que controle?; 8. Os conflitos de interesse público e sua tutela jurisdicional adequada. Características de um novo processo; 9. Conclusões.

Honra-me o Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, por seus eminentes Presidente e Vice-Presidente, Doutores José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro e Paulo dos Santos Lucon, com consulta e pedido de parecer a respeito do AGRADO DE INSTRUMENTO n. 854.007 - RIO DE JANEIRO, em que é Agravante o Município do Rio de Janeiro e Agravado o Ministério Público do Rio de Janeiro, sendo que a Relatora, Ministra Carmen Lúcia, deu provimento ao agravo, nos termos dos 3º e 4º do art. 544 do Código de Processo Civil, determinando sua conversão em recurso extraordinário eletrônico, nos termos do arts. 29, 1º, e 30 da Resolução n. 427/2010.

O Ministério Público do Rio de Janeiro ajuizou Ação Civil Pública, com pedido de antecipação de tutela, em face do Município do Rio de Janeiro, formulando os seguintes pedidos:

a) seja citado o réu para que, querendo, conteste a presente demanda;

b) seja, após oitiva do demandado em 72h, concedida a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, nos moldes em que formulada no tópico anterior, devendo a medida ser mantida até que se torne possível a implementação das providências alinhadas no pedido principal;

c) seja o réu, ao final, condenado nas seguintes obrigações de fazer, caso não haja número suficiente de médicos aprovados em concurso público aguardando somente nomeação e posse;

c.1) abertura de concurso público de provas e títulos para provimento dos cargos vagos de médico existentes na estrutura do HOSPITAL MUNICIPAL SALGADO FILHO, a fim de suprir o déficit de pessoal mencionado no demonstrativo encaminhado pela própria direção do hospital;

c.2) alternativamente, em caso de inexistirem cargos vagos na estrutura do referido hospital, seja o réu condenado a promover a abertura de concurso público de provas e títulos para o provimento dos cargos vagos de médico existentes na estrutura da Secretaria Municipal de Saúde, determinando-se o seu posterior remanejamento para o HOSPITAL MUNICIPAL SALGADO FILHO, a fim de suprir o déficit de pessoal mencionado no demonstrativo encaminhado pela própria direção do hospital;

c.3) sejam efetivamente nomeados e empossados ou contratados os profissionais aprovados no concurso mencionado no item anterior;

d) Caso já haja médicos, em número suficiente, aprovados em concurso público aguardan-

do somente nomeação e posse, requer o Parquet seja o Estado condenado a promover sua imediata nomeação e posse a fim de que supram, prioritariamente, as necessidades do HOSPITAL MUNICIPAL SALGADO FILHO;

e) Sejam corrigidos os procedimentos e sanadas as irregularidades elencados pelo relatório do Conselho Regional de Medicina, conforme acima exposto;

f) sejam nomeados e empossados ou contratados funcionários técnicos em número suficiente para atender a necessidade revelada pela própria direção do hospital, observadas as cautelas alinhadas no item c do pedido principal;

g) seja a verba sucumbencial destinada ao Fundo Especial do Ministério Público, regulamentado pela Lei Estadual n. 2819/97 e pela Resolução GPGJ n. 801/98.

A demanda foi julgada improcedente em primeiro grau de jurisdição, mas o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu provimento à apelação do Ministério Público, constando do dispositivo do Acórdão a seguinte condenação:

“Ante o exposto, DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO PARA JULGAR PROCEDENTES OS PEDIDOS, determinando ao Município do Rio de Janeiro, os suprimentos do déficit de pessoal mencionado no demonstrativo encaminhado pela própria direção do hospital, através da realização de concurso público de provas e títulos para provimento dos cargos de médico e funcionários técnicos, com a nomeação e posse dos profissionais aprovados no certame, bem como corrigidos os procedimentos e sanadas as irregularidades expostas no Cartório do Conselho Regional de Medicina (fls.193/352), no prazo de 6 (seis) meses, sob pena de multa diária de R\$5.000,00 (Cinco Mil Reais). Condena-se ainda, o réu ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em R\$2.000,00 (Dois Mil Reais), nos termos do artigo 20, § 4º do CPC, a serem revertidos ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (artigo 13 da Lei nº 7.347/85). Sem custas, em razão do que dispõe o artigo 17 da lei nº 3350/99”.

Negado seguimento ao Recurso Extraordinário interposto pelo Estado do Rio de Janeiro, foi dado provimento ao agravo de instrumento, convertido em Recurso Extraordinário eletrônico.

Eis a consulta, em apertada síntese.

Bem examinados os documentos e argumentos da causa, passo a proferir meu Parecer.

PARECER

1. INTRODUÇÃO: DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, POLÍTICAS PÚBLICAS E CONTROLE JURISDICIONAL

Os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição, aos quais correspondem obrigações prestacionais do Estado – e que, segundo a Constituição brasileira, têm eficácia imediata – envolvem a necessidade de prestações positivas do Estado, sendo por isso mesmo também chamados de direitos fundamentais prestacionais. A fruição de direitos como à saúde, à educação, à habitação, ao trabalho, ao meio ambiente sadio dependem, assim, da organização do Estado, que fixa e implementa *políticas públicas*, (igualitárias e universais por natureza) por intermédio da função legislativa (leis) e da função administrativa (planejamento e ações de implementação). Mas os poderes políticos (e principalmente a Administração) frequentemente se omitem, permanecendo inertes, ou executam políticas públicas inadequadas para satisfazer a previsão constitucional (art. 6º da Constituição brasileira) ou os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º da Constituição). É neste momento, ou seja sempre *a posteriori*, que a função jurisdicional, desde que provocada, pode entrar em ação, exercendo o controle da constitucionalidade da política pública e até intervindo, para implementá-la ou corrigi-la.

Para tanto, o ordenamento brasileiro prevê instrumentos processuais constitucionais específicos, como a ação direta de controle da constitucionalidade, a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, a ação de cumprimento de preceito fundamental e o mandado de injunção. No entanto, como no Brasil o controle de constitucionalidade não se faz apenas pela forma direta, mas também pela forma difusa, cabe também à Justiça ordinária, de primeiro grau, exercer o controle da constitucionalidade de políticas públicas, implementando-as ou corrigindo-as, por meio de ações coletivas, as quais, por sua própria natureza, são de caráter igualitário e universal, como as políticas públicas, levando a uma coisa julgada que em princípio atua *erga omnes*

Esta idéia, que é hoje pacificamente aceita pela jurisprudência e grande parte da doutrina brasileiras, não teve adesão tranquila. Opunha-se a ela a *teoria da separação dos poderes* e o *princípio da insindicabilidade da atividade discricionária da Administração*.

É o que se passa a verificar.

2. O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Montesquieu condicionara a liberdade à separação entre as funções judicial, legislativa e executiva, criando a teoria da separação dos poderes¹ e afirmando que a reunião de poderes permite o surgimento de leis tirânicas, igualmente exequíveis de forma tirânica².

Vale lembrar, com Dalmo Dallari³, que a teoria foi consagrada em um momento histórico – o do liberalismo – em que se objetivava o enfraquecimento do Estado e a restrição de sua atuação na esfera da liberdade individual. Era o período da primeira geração de direitos fundamentais, ou seja das liberdades ditas negativas, em que o Estado só tinha o dever de abster-se, para que o cidadão fosse livre de fruir de sua liberdade. O modelo do constitucionalismo liberal preocupou-se, com exclusividade, em proteger o indivíduo da ingerência do Estado.

Na teoria clássica da separação dos poderes, o juiz era considerado “la bouche de la loi”. Isto já representava um notável avanço, pois eliminava o arbítrio, sujeitando o juiz ao império da lei, ou seja à norma geral e abstrata proveniente do Poder Legislativo.

Mas já em 1891, os Estados Unidos da América haviam introduzido em seu sistema a *judicial review*, a partir do controle da constitucionalidade inaugurado pelo juiz Marshall no famoso caso *Madison versus Marbury*, em que se afirmou a supremacia da Constituição, a ser aferida em relação à lei, que poderia assim ser fulminada. E não será demasiado lembrar que o sistema constitucional brasileiro tem suas raízes no norte-americano.

Outro dado que mudou o enfoque do juiz como “bouche de la loi” foi o fenômeno histórico da Revolução Industrial, ocorrido no início do séc. XX, em que as massas operárias assumiram relevância social, aparecendo no cenário institucional o primeiro corpo intermediário, porta-voz de suas reivindicações: o sindicato.

A transição entre o Estado liberal e o Estado social promove alteração substancial na concepção do Estado e de suas finalidades. Nesse quadro, o Estado existe para atender

1. Montesquieu, Do espírito das leis, Livro V, Cap. II.

2. Montesquieu, Do espírito das leis, Livro XI, Cap. V.

3. Dallari, Dalmo de Abreu, Elementos de Teoria Geral do Estado, São Paulo, Saraiva, 26ª ed., 2007.

ao bem comum e, consequentemente, satisfazer direitos fundamentais e, em última análise, garantir a igualdade material entre os componentes do corpo social. Surge a segunda geração de direitos fundamentais – a dos direitos econômico-sociais –, complementar à dos direitos de liberdade. Agora, ao dever de abstenção do Estado substitui-se seu dever a um *dare, facere, praestare*, por intermédio de uma atuação positiva, que realmente permita a fruição dos direitos de liberdade da primeira geração, assim como dos novos direitos. E a função de controle do Poder Judiciário se amplia.

A Constituição de 1988 configura mais uma transição: do Estado social ao Estado democrático de direito, ou seja – na visão da ciência política – do Estado que atua sobre a realidade social, para modificá-la. Com efeito, no art. 3º são fixados os **objetivos fundamentais** da República Federativa do Brasil, da seguinte maneira:

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

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

E, para atingir esses **objetivos fundamentais** (aos quais se acresce o princípio da prevalência dos direitos humanos: art. 4º, II, da CF), o Estado tem que se organizar no *facere e praestare*, incidindo sobre a realidade social. É aí que o Estado social de direito transforma-se em Estado democrático de direito.

Mas, como operacionalizar o atingimento dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro? Responde Oswaldo Canela Junior⁴:

“Para o Estado social atingir esses objetivos, faz-se necessária a realização de metas, ou programas, que implicam o estabelecimento de funções específicas aos Poderes Públicos, para a consecução dos objetivos predeterminados pelas Constituições e pelas leis⁵. Desse modo, formulado o comando constitucional ou legal, impõe-se ao

4. Esta idéia, assim como as que se seguem, são extraídas do brilhante trabalho apresentado à USP para qualificação de doutorado por Oswaldo Canela Junior, “A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição” (orientador Kazuo Watanabe), inédito, pp. 17-19.

5. Cf. Bonavides, Paulo, Do Estado liberal ao Estado social, Rio de Janeiro, Forense, 4ª ed., 1980.

Estado promover as ações necessárias para a implementação dos objetivos fundamentais. E o poder do Estado, embora uno, é exercido segundo especialização de atividades: a estrutura normativa da Constituição dispõe sobre suas três formas de expressão: a atividade legislativa, executiva e judiciária”.

Afirma o Autor, com toda razão, que as formas de expressão do poder estatal são, por isso mesmo, meros instrumentos para a consecução dos fins do Estado, não podendo ser consideradas por si só. O primeiro dogma do Estado liberal a ser quebrado foi o da atividade legislativa, como sendo a preponderante sobre os demais poderes. E, acrescente-se: o segundo dogma, foi o da atividade jurisdicional prestada por um juiz que represente apenas *la bouche de la loi*.

Continua Oswaldo Canela Junior:

“E assim a teoria da separação dos poderes (art. 2º da CF brasileira) muda de feição, passando a ser interpretada da seguinte maneira: o Estado é uno e uno é seu poder. Exerce ele seu poder por meio de formas de expressão (ou Poderes). Para racionalização da atividade estatal, cada forma de expressão do poder estatal exerce atividade específica, destacada pela Constituição. *No exercício de tais funções é vedado às formas de expressão do poder estatal interferência recíproca*: é este o sentido da **independência** dos poderes”.

Mas os poderes, além de independentes, devem também ser **harmônicos** entre si. Logo, os três poderes devem harmonizar-se para que os objetivos fundamentais do Estado sejam alcançados. Por isso, ainda segundo Oswaldo Canela Junior, **“cabe ao Poder Judiciário investigar o fundamento de todos os atos estatais a partir dos objetivos fundamentais inseridos na Constituição (art. 3º da CF brasileira)”** – grifei.

Tércio Sampaio Ferraz Junior ⁶ lembra que, no Estado democrático de direito, o Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar numa *neutralização de sua atividade*. Ao contrário, o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal.

Ainda no conceito irrepreensível de Oswaldo Canela Junior:

6. Ferraz Jr., Tércio Sampaio, O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência, in Revista USP, n. 21, março/abril/maio de 1994, p. 14.

“Por política estatal – ou políticas públicas – entende-se o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado”.

“Como toda atividade política (políticas públicas) exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação e desde que provocado, o que se convencionou chamar de “atos de governo” ou “questões políticas”, sob o prisma do atendimento aos fins do Estado (art. 3º da CF)”,

ou seja, em última análise à sua constitucionalidade.

O controle da constitucionalidade das políticas públicas pelo Poder Judiciário, assim, não se faz apenas sob o prisma da infringência frontal à Constituição pelos atos do Poder Público, mas também por intermédio do cotejo desses atos com os fins do Estado.

E continua o Autor:

“Diante dessa nova ordem, denominada de *judicialização da política*, contando com o juiz como co-autor das políticas públicas, fica claro que sempre que os demais poderes comprometerem a integridade e a eficácia dos fins do Estado – incluindo as dos direitos fundamentais, individuais ou coletivos – o Poder Judiciário deve atuar na sua função de controle”.

3. CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O CONTROLE DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO

Uma das questões fundamentais no tratamento do tema do controle jurisdicional da Administração diz respeito à extensão ou alcance da atuação do Judiciário. Em primeiro lugar será tratada a questão geral do controle restrito e do controle amplo, centrada especialmente nos aspectos de legalidade, mérito e discricionariedade.

Sem adentrar com profundidade nesses aspectos, por fugir aos objetivos deste trabalho, cabe ponderar que, em essência, legalidade é a conformação da atividade da adminis-

tração às normas jurídicas que a norteiam; mérito significa apreciação pertinente a conveniência e oportunidade de algum ato ou medida adotada; discricionariedade diz respeito à possibilidade de escolha de uma solução dentre duas ou mais ou escolha entre agir e não agir ou escolha do momento de agir.

De acordo com essa linha, no controle do ato administrativo inicialmente se entendeu que o judiciário apreciaria somente matéria relativa à competência, forma e licitude do objeto. Tratando-se de ato de governo, este escaparia ao controle.

Mas, em face do princípio do controle de constitucionalidade das leis, a invocação do princípio da separação de poderes para limitar a apreciação jurisdicional da conduta administrativa foi perdendo grande parte de sua força.⁷

No Direito pátrio, na vigência da Constituição de 1946, as posições marcantes de Seabra Fagundes em voto proferido na Ap. Cível 1.422, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, (in RDA/ 14, 1948), Victor Nunes Leal (Comentários ao citado acórdão, in RDA/14, 53 e ss., 1948) e Caio Tácito (O desvio de poder em matéria administrativa, 1951) assinalaram um passo importante na ampliação do controle jurisdicional, além da competência e forma do ato administrativo, para adentrar nos motivos e no fim, como integrantes da legalidade e não da discricionariedade ou mérito.

Hely Lopes Meirelles, antes da Constituição de 1988, já afirmava que por legalidade “se entende, não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo, indissociáveis de toda atividade pública. Tanto é ilegal ou ilegítimo o que desatende a lei, como o que violenta a moral da instituição ou se desvia do interesse público, para servir a interesses privados de pessoas, grupos ou partidos favoritos da Administração”.

Linha semelhante adotava Celso Antônio Bandeira de Mello nas considerações seguintes: “Não haverá indevida intromissão judicial na correção do ato administrativo, se o critério ou opção do administrador houverem sido insustentáveis, desarrazoados, manifestamente impróprios ante o plexo de circunstâncias reais envolvidas, resultando, por isso, na eleição de providência desencontrada com a finalidade legal a que o ato deveria servir. Sucede que, para chegar-se a tal conclusão, que deveria levar o juiz a abster-se de fulminar

7. Control Judicial de la Administración Pública, vol. I, p.18.

o ato ou, pelo contrário, a fazê-lo, é indispensável: a) que pleitos, envolvendo ampla discricção normativa, sejam admitidos; b) que perante eles o judiciário investigue amplamente os fatos e que não titubeie em controlar a legitimidade destes atos, coibindo-se de assumir posição demasiado cautelosa pelo receio de invadir esfera de discricção administrativa”.⁸

No Brasil, durante muito tempo os tribunais auto-limitaram-se, entendendo não poder adentrar o mérito do ato administrativo. Diversas manifestações do Poder Judiciário, anteriores à Constituição de 1988, assumiram essa posição⁹.

No entanto, a Lei da Ação Popular abriu ao Judiciário brasileiro a apreciação do mérito do ato administrativo, ao menos nos casos dos arts. 4º, II, b e V, b, da Lei n. 4717/65, elevando a lesão à condição de causa de nulidade do ato, sem necessidade do requisito da ilegalidade. E José Afonso da Silva preconizava que sempre se possibilitasse a anulabilidade do ato por simples lesividade¹⁰.

Mas foi a Constituição de 1988 que trouxe a verdadeira guinada: em termos de ação popular, o art. 5º, inc. LXXIII introduziu a seguinte redação:

Art. 5º, inc. LXXIII: “Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, **à moralidade administrativa**, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência” (grifei).

Ora, o controle, por via da ação popular, da **moralidade administrativa** não pode ser feito sem o exame do mérito do ato guerreado. Trata-se, aqui, de mera lesividade, sem o requisito da ilegalidade.

8. “O controle judicial dos atos administrativos”, in RDA 152/15, abr.-jun./1988.

9. Vejam-se, exemplificativamente, STJ, RMS 15.959/MT, Sexta Turma, julgado em 07.03.06, DJ 10.04.2006, p. 299; RMS 18.151/RJ, Quinta Turma, julgado em 02.12.04, DJ 09.02.05, DJ 09.02.2005, p. 206; MS 12.629/DF, Terceira Seção, julgado em 22.08.07, DJ 24.09.2007, p. 244. O STF, na década de 60, aprovou em Sessão Plenária a Súmula 339, com o seguinte enunciado: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores sob o fundamento da isonomia”.

10. Apud Gonçalves Filho, Manoel Ferreira, Grinover, Ada Pellegrini e Ferraz, Anna Cândida da Cunha, *Liberdades Públicas, Parte Geral*, São Paulo, Saraiva, 1978, p. 478.

Cândido Dinamarco¹¹ também entende que foi a ação popular que abriu o caminho do Judiciário em relação ao controle do mérito do ato discricionário, devendo-se a ela a **“desmistificação do dogma da substancial incensurabilidade do ato administrativo”**, provocando **“sugestiva abertura para alguma aproximação ao exame do mérito do ato administrativo”**.

Assim é que a atuação, mesmo que discricionária da Administração, como a contida no princípio da moralidade e no princípio da impessoalidade, está submetida ao controle do Judiciário. O princípio da publicidade, por sua vez, impõe transparência na atuação administrativa, o que permite maior controle. E a ação popular, como visto, pode ter como um dos seus fulcros a anulação de ato lesivo à moralidade administrativa, independentemente de considerações referentes à estrita legalidade.

Mas, aqui cabe uma referência, que será retomada no inc. deste parecer: ou seja, a de que é preciso ter em mente a importante e judiciosa observação de Odete Medauar¹²:

“Evidente que a ampliação do controle jurisdicional não há de levar à substituição do administrador pelo juiz; culminará com a anulação de atos, a obrigação de fazer, a abstenção de agir, etc.” (grifei).

III PARTE – A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS, NOTADAMENTE DO STF

4. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Nossos tribunais assim têm feito: O Supremo Tribunal Federal reconheceu o dever do Estado de fornecer gratuitamente medicação a portadores do vírus HIV, sob o fundamento de que *os poderes públicos devem praticar políticas sociais e econômicas que visem aos objetivos proclamados* no art. 196 da CF, invocando precedentes consolidados da Corte¹³.

11. Dinamarco, Cândido Rangel, Discricionariedade, devido processo legal e controle jurisdicional dos atos administrativos, in Fundamentos do processo civil moderno, São Paulo, Malheiros, 3º ed., 2000, vol. I, p. 434.

12. Medauar, Odete, Controle da Administração Pública, São Paulo, RT, 1991, p. 175.

13. RE 271.286 e AgRg 271.286.

O mesmo entendimento foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça em diversas oportunidades, salientando-se o direito à integralidade da assistência à saúde a ser prestado pelo Estado, de forma individual ou coletiva¹⁴. O Tribunal, em outra decisão, afirmou que a Administração Pública se submete ao império da lei, até mesmo no que toca à conveniência e oportunidade do ato administrativo: uma vez demonstrada a necessidade de obras objetivando a recuperação do solo, cumpre ao Poder Judiciário proceder à outorga da tutela específica para que a Administração destine verba própria do orçamento para esse fim¹⁵.

Também o Tribunal de Justiça de São Paulo mostrou-se preparado na discussão a respeito da suposta interferência do Poder Judiciário nos demais poderes. Em ação civil pública ajuizada pelo MP em face da municipalidade paulistana, objetivando a restauração do conjunto arquitetônico do Parque da Independência, a Corte manifestou-se no sentido de que pode e deve o Judiciário atuar na omissão administrativa. O Tribunal paulista decidiu que a omissão da administração pode ser enfrentada pelo Judiciário, em decorrência do controle que este exerce sobre os atos administrativos, não se tratando de interferência na atividade do Poder Executivo¹⁶.

Mas o posicionamento mais representativo a favor da intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas vem do Supremo Tribunal Federal, na ADPF 45-9, sendo representado pela decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, que assim se pronunciou:

“É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer,

14. REsp 212346 no Ag. 842866; REsp 814076; REsp 807683; AgRg no REsp 757012; REsp 684646; REsp 658323; REsp 625329, MS 8895; REsp 509753 MS8740; REsp 430526; REsp 338373.

15. RSTJ 187/219, 2ª Turma.

16. Apel. 152.329.5/4.00-SP.

com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “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 do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel.Min. CELSO DE MELLO)”

(...)

“Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas”. (...)

“A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, **cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade**, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, **condições materiais mínimas de existência**. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estarão estabelecendo exatamente os **alvos prioritários** dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. **O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.**” (grifei)

“Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa - , traduzem-se em um **binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade-financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas**”.(grifei) (...)

“É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com

a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma **injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental**, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, **justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado**” (grifei).

Mais recentemente, o Ministro Celso de Mello chegou a afirmar que, em se tratando de mínimo existencial, não cabe sequer opôr à pretensão a reserva do possível, considerando-o, assim, limite dos limites (RE n. 482.611 Santa Catarina, j. aos 23 de março de 2010). Transcreva-se a Ementa:

“EMENTA: CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO E/OU EXPLORAÇÃO SEXUAL. DEVER DE PROTEÇÃO INTEGRAL À INFÂNCIA E A JUVENTUDE. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO. PROGRAMA SENTINELA-PROJETO ACORDE. INEXECUÇÃO, PELO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS / SC, DE REFERIDO PROGRAMA DE AÇÃO SOCIAL CUJO ADIMPLEMENTO TRADUZ EXIGÊNCIA DE ORDEM CONSTITUCIONAL.

CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO. DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADA POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819).

COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL (RTJ 185/974-796). **IMPOSSIBILIDADE DE INVOCÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL SEMPRE QUE PUDE RESULTAR, DE SUA APLICAÇÃO, COMPROMETIMENTO DO NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197). CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS.** PLENA LEGITIMIDADE JURÍDICA DO CONTROLE DAS OMISSÕES ESTATAIS PELO PODER JUDICIÁRIO. A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLI-

CAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687- RTJ 175/1212/1213 – RTJ 199/1219-1220). RECURSO EXTRAORDINÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL CONHECIDO E PROVIDO.”

A partir desses pronunciamentos, que podem ser considerados, por sua completude, os *leading cases* do STF a respeito do controle jurisdicional de políticas públicas, a mais alta Corte do país tem mantido a mesma posição em inúmeros julgados. Mencionem-se, antes de tudo, os arestos abaixo transcritos, que fazem referência a vários precedentes:

“Este Tribunal tem reconhecido, em termos de políticas públicas, que não há falar em ingerência do Poder Judiciário em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo, porquanto se revela possível ao Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de tais políticas públicas constitucionalmente previstas. Nesse sentido, o RE 463.210-AgR/SP, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, unânime, DJ 03.02.2006; RE 384.201-AgR/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, unânime, DJe 03.8.2007; o RE 600.419/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJe 28.9.2009; e o citado RE 193.175-AgR/RS. Menciono, também, o RE 482.741/SC, rel. Min. Eros Grau, DJe 08.02.2010, o qual apreciou controvérsia semelhante envolvendo o Município de Florianópolis, cujo trecho dessa decisão destaco: “O Supremo decidiu que “[e]mbora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional” [RE n. 474.704, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 14.3.06]. 5. O Pleno deste Tribunal, no julgamento da ADPF n. 45-MC, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 29.4.04, fixou o seguinte entendimento: “EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA

‘RESERVA DO POSSÍVEL’. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO EXISTENCIAL’. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)”. Destaque-se também um dos fundamentos do AI 562.561/RS, no qual se tratou do tema em relação ao direito a saúde, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.12.2005: “Ademais, a falta de prévia dotação orçamentária não serve como justificativa para inviabilizar o direito do agravado ao recebimento de medicamentos necessários à sua sobrevivência; “o direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele.” (RREE 226.835, Ilmar Galvão, 1a T, DJ 10.03.2000; 207.970, Moreira Alves, 1a T, DJ 15.09.2000; e 255.086, Ellen Gracie, 1a T, DJ 11.10.2001)”. 5. Diante do exposto, dou provimento ao recurso extraordinário, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC, para restabelecer a sentença originalmente proferida. Publique-se. Brasília, 22 de outubro de 2010. Ministra Ellen Gracie Relatora (RE 552168, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, julgado em 22/10/2010, publicado em DJe-211 DIVULG 03/11/2010 PUBLIC 04/11/2010)

E outro aresto:

Segura a orientação jurisprudencial firmada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no exame da matéria (RTJ 171/326-327, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – RE 195.192/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 198.263/RS, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – RE 237.367/RS, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – RE 242.859/RS, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – RE 246.242/RS, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – RE 279.519/RS, Rel. Min. NELSON JOBIM, v.g.): “PACIENTE COM HIV/AIDS – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) – PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, 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 INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO) Sendo assim, e pelas razões expostas, conheço do presente recurso extraordinário, para negar-lhe provimento. Publique-se. Brasília, 07 de dezembro de 2012. Ministro CELSO DE MELLO Relator (RE 713231, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 07/12/2012, publicado em DJe-022 DIVULG 31/01/2013 PUBLIC 01/02/2013) .

Finalmente, a título ilustrativo, mencionem-se as seguintes Ementas:

EMENTA DIREITO ADMINISTRATIVO. SEGURANÇA PÚBLICA. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. OFENSA NÃO CONFIGURADA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 04.11.2004. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido. (RE 628.159 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 25/06/2013, DIVULG 14-08-2013 PUBLIC 15-08-2013)

EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Ação civil pública. Ampliação da atuação da Defensoria Pública. Relevância institucional. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes, inserto no art. 2º da Constituição Federal. 2. Agravo regimental não provido. (AI 835956 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 07/05/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 28-06-2013 PUBLIC 01-07-2013)

EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público. Ação civil pública. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo, de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. Agravo regimental não provido. (AI 809018 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 25/09/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 09-10-2012 PUBLIC 10-10-2012)

EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Ação civil pública. Obrigação de fazer. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 2. Agravo regimental não provido. (AI 708667 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 28/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 09-04-2012 PUBLIC 10-04-2012) No mesmo sentido: ARE 635679 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 06/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-025 DIVULG 03-02-2012 PUBLIC 06-02-2012; AI 750768 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI,

Primeira Turma, julgado em 25/10/2011, DJe-226 DIVULG 28-11-2011 PUBLIC 29-11-2011 EMENT VOL-02635-02 PP-00212.

EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125)

Mas, o que vale realçar agora, é que a posição do STF, manifestada por um de seus mais sensíveis Ministros, é a de que são necessários alguns requisitos, para que o Judiciário intervenha no controle de políticas públicas, até como imperativo ético-jurídico: **(1) o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; (2) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e (3) a existência de disponibilidade-financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.**

E o que nos interessa, para efeitos deste parecer e do caso concreto, é o limite da **razoabilidade**.

5. LIMITES À INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS: A RAZOABILIDADE

Os lindes entre o razoável ou irrazoável, em termos jurídicos, devem ser buscados no princípio da proporcionalidade.¹⁷

A proporcionalidade, utilizada para a solução da colisão de princípios, deve advir de um juízo de ponderação entre os valores em jogo, mas há de ser sempre entendida como **justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados**. Assim, segundo a doutrina, a proporcionalidade deve levar em conta os seguintes dados:

(i) **adequação**, ou seja a aptidão da medida para atingir os objetivos pretendidos; (ii) **necessidade**, como exigência de limitar um direito para proteger outro, igualmente relevante; (iii) **proporcionalidade estrita**, como ponderação da relação existente entre os meios e os fins, ou seja, entre a restrição imposta (que não deve aniquilar o direito) e a vantagem conseguida¹⁸, o que importa na (iv) **não excessividade**¹⁹.

Sobre o tema, José Joaquim Gomes Canotilho sustentou que o princípio da proporcionalidade em sentido amplo comporta subprincípios constitutivos: a) princípio da conformidade ou adequação de meios (*Geeignetheit*), que impõe que a medida seja adequada ao fim; b) princípio da exigibilidade ou da necessidade (*Erforderlichkeit*) ou princípio da necessidade ou da menor ingerência possível, que impõem a idéia de menor

17. Embora não se desconheça a diferença entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não cabe aqui aprofundar a distinção. Basta lembrar que, para alguns, o princípio da proporcionalidade é uma faceta da razoabilidade (cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, **Curso de direito administrativo**, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 68), enquanto para outros a razoabilidade determina a consideração das condições pessoais e individuais dos sujeitos envolvidos (exame concreto), e a proporcionalidade demanda a análise de dois bens jurídicos protegidos pela Constituição e a medida adotada para sua proteção (exame abstrato) (cf. Humberto Bergmann Ávila, "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade" in Revista de Direito Administrativo, v. 215, pp. 173/176, com jurisprudência do STF e, ainda, Suzana de Toledo Barros, **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos**, Brasília, Brasília Jurídica, Brasília, 1.996, *passim*).

18. Cf. Luiz Roberto Barroso, **Interpretação e aplicação da Constituição**, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 209.

19. Humberto Bergman Ávila, op. cit., p. 159.

desvantagem possível ao cidadão; c) princípio da proporcionalidade em sentido restrito (*Verhältnismässigkeit*) importando na justa medida entre os meios e o fim.²⁰

Caio Tácito lembra que, no direito alemão, fala-se do princípio da proporcionalidade ou da **proibição do excesso**, ao mesmo se conferindo **“a natureza de norma constitucional não escrita, que permite ao intérprete aferir a compatibilidade entre meios e fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais”**²¹ (grifei) E, nessa linha de raciocínio, Raquel Denize Stumm ressalta a atribuição, ao princípio da proporcionalidade, da natureza constitucional de princípio jurídico geral fundamental:

“Em sendo um princípio jurídico geral fundamental, o princípio da proporcionalidade pode ser expresso ou implícito à Constituição. **No caso brasileiro, apesar de não expresso, ele tem condições de ser exigido em decorrência da sua natureza**”.²² (grifei)

Como lembra Paulo Bonavides, com apoio em autorizada doutrina, ocorre arbítrio toda vez que violado esse princípio quando os meios não são apropriados ao fim:

“Entende Muller que **há violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta**.”²³ (grifei)

Aliás, sob esse aspecto, vale lembrar o pensamento de Karl Larenz, para quem, **“Não se trata aqui de outra coisa senão da idéia de justa medida, do ‘equilíbrio’, que está indissociavelmente ligada à idéia de justiça”**²⁴ (grifei).

20. Cf. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 3ª edição, reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, Portugal, pp. 264/265. Confira-se, também, Paulo Bonavides, **Curso de direito constitucional**, 5ª edição, revista e ampliada, Editora Malheiros, São Paulo, 1994, p. 360.

21. Cf. “A razoabilidade das leis”, in Revista de Direito Administrativo 204: 1-7, abr./jun. 1996, p. 2.

22. Cf. **Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**, livraria do Advogado editora, São Paulo, 1995, p. 121.

23. Cf. op. Cit., p. 357.

24. Cf. **Metodologia da ciência do direito**, 3ª edição, Serviço de Educação Fundação Calouste Gulbenkian,

O princípio da proporcionalidade, ou da razoabilidade, tem sido amplamente reconhecido e aplicado pelo Supremo Tribunal Federal.

Ainda sob a égide da Constituição de 1967, com Emenda de 1969, o Supremo aplicou o princípio da proporcionalidade, embora sem esse nome, como critério para a limitação de restrições de direitos, deixando assentado que as medidas restritivas de direito não podem conter limitações inadequadas, desnecessárias e desproporcionais²⁵. Referência expressa ao princípio, com a denominação de “**critério de razoabilidade**”, ocorreu no voto proferido pelo Ministro Rodrigues Alkmin, considerado o *leading case* em matéria de aplicação do princípio: ao manifestar-se sobre a Lei n. 4116/62, que estabelecia exigências para o exercício da profissão de corretor de imóveis, ficou assentado que o legislador somente poderia estabelecer condições de capacidade respeitando o critério de razoabilidade, devendo o Poder Judiciário aferir se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público²⁶. E em 1984, dois outros julgados do Supremo pautaram-se pelo princípio da proporcionalidade: as Representações n. 1077 e n. 1054, sendo relator o Ministro Moreira Alves. Na primeira, tratava-se da elevação da Taxa Judiciária no Estado do Rio de Janeiro, sob o prisma da razoabilidade, entendendo-se que o poder de tributar não pode ser exercido de forma excessiva²⁷. Na segunda, cuidava-se da constitucionalidade do art. 86 da Lei n. 5681, de 1971, que vedava o exercício da advocacia aos juízes, membros do Ministério Público e servidores públicos civis e militares, durante o período de dois anos a contar da inatividade ou disponibilidade. Aqui também, a questão foi decidida com suporte no princípio da proporcionalidade, sustentando-se que a restrição estabelecida era desarrazoada²⁸. Em termos mais recentes, a Suprema Corte editou relevantes julgamentos a respeito da proporcionalidade, notabilizados pela abrangência material que outorgaram a esse princípio.

Importante marco decisório configurou o julgamento do *Habeas Corpus* 76.060/SC²⁹. Na oportunidade, a controvérsia reportava-se à investigação de paternidade e à possibilidade, ou não, de submissão compulsória do demandado ao fornecimento de sangue para

Tradução de José Lamego, Portugal – Lisboa, 1997, 684.

25. HC 45.232, Rel. Min. Themístocles Cavalcanti, 1968 (RTJ 44/322).

26. Rep.n. 930/DF, Rel. Min. Rodrigues Alkmin, DJU de 2.9.1977.

27. Rep. n. 1077, Rel. Min. Moreira Alves (RTJ 112/34).

28. Rep. n. 1054, Rel. Min. Moreira Alves (RTJ 110/967).

29. HC 76.060/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 15/5/1998.

o exame de DNA. A Primeira Turma do STF decidiu que, à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, “[...] se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação [do demandado] na perícia substantivaria”.

Merece igual atenção a linha hermenêutica consolidada pela Suprema Corte pela qual estabeleceu interações entre a proporcionalidade e outros princípios aportados à nossa ordem com a promulgação da Constituição da República. Ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.425/DF³⁰, o Tribunal Pleno decidiu a respeito da prioridade do pagamento, até certo limite, de precatórios devidos a titulares idosos ou que sejam portadores de doença grave. De acordo com os fundamentos do aresto, a fixação da prioridade do pagamento do precatório àqueles titulares promoveria, **com razoabilidade**, a dignidade da pessoa humana, assim também a proporcionalidade, “[...] situando-se dentro da margem de conformação do legislador constituinte para a operacionalização da novel preferência subjetiva criada pela Emenda Constitucional n. 62/2009”.

No Direito Administrativo sancionador, a Suprema Corte não se tem afastado do critério da proporcionalidade – mesmo nas hipóteses em que o exame da adequação da medida sancionadora dependa da reavaliação probatória ou configure ofensa reflexa à Constituição. Nessa esteira, o Supremo Tribunal, exercendo o múnus constitucional que lhe compete, não se abstém de tornar notória a sua orientação segundo a qual, no âmbito do processo administrativo disciplinar, “O controle pelo Poder Judiciário de ato administrativo eivado de ilegalidade ou abusividade não viola o princípio da separação dos poderes, podendo-se aferir a razoabilidade e a proporcionalidade da sanção aplicável à conduta do servidor”³¹.

No campo da responsabilidade civil – nomeadamente da *quantificação do dano* –, há múltiplos registros de que o Supremo Tribunal Federal invocou a observância dos juízos de proporcionalidade e razoabilidade como critério decisório a ser adotado pelos Tribunais brasileiros. No acórdão proferido para o Agravo Regimental no Agravo no Recurso Extraordinário 721.793/RS³², a Corte, apesar do enunciado da Súmula 279/STF, deixou sublinhado ser recomendável que o valor da indenização deve se mostrar adequado, ao propósito de atender aos objetivos da compensação do dano e o caráter pedagógico, “levando-se em

30. ADI 4.425/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, DJe 19/12/2013.

31. RE 634.900/PI AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 22/5/2013.

32. ARE 721.793/RS AgR, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 15/5/2013.

conta, ainda, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”. A mesma postura foi confirmada, ainda, no julgamento do Agravo Regimental no Agravo no Recurso Extraordinário 722.179/RJ³³, bem como no aresto proferido para o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 717.894/SC³⁴.

E, em relação exatamente ao tema *sub examine*, as políticas públicas também ensejaram a incidência do princípio em tela. No julgamento proferido para a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101/DF³⁵, a Suprema Corte dedicou-se ao tema da importação de pneus e aos reflexos verificados no âmbito da saúde pública. A controvérsia cingia-se à constitucionalidade de atos normativos proibitivos da citada importação. No decisório, o Tribunal Pleno considerou legítima a atuação estatal preventiva, moldada, sobretudo, na razoabilidade da adoção de políticas públicas que evitem causas do aumento de doenças graves ou contagiosas.

6. ANÁLISE DO CASO CONCRETO: FALTA DE RAZOABILIDADE DA DECISÃO CONDENATÓRIA

6.1. JULGAMENTO EXTRA PETITA

Comparando os pedidos do autor com a decisão condenatória, verifica-se, em primeiro lugar, que esta atuou *extra petita*. Não se limitou a atender aos pedidos formulados, que previam a hipótese de os concursos já terem sido realizados, requerendo nesse caso apenas a nomeação dos aprovados (item c). Mas determinou categórica e exclusivamente “os suprimientos do déficit de pessoal mencionado no demonstrativo encaminhado pela própria direção do hospital, através da realização de concurso público de provas e títulos para provimento dos cargos de médico e funcionários técnicos, com a nomeação e posse dos profissionais aprovados no certame, bem como corrigidos os procedimentos e sanadas as irregularidades expostas no Cartório do Conselho Regional de Medicina (fls.193/352)”. Pela petição inicial do Ministério Público, ao contrário, “a abertura de concurso público de provas e títulos para provimento dos cargos vagos de médico existentes na estrutura do HOSPITAL MUNICIPAL SALGADO FILHO, a fim de suprir o déficit de pessoal mencionado no demonstrativo encaminhado pela

33. ARE 722.179/RJ AgR, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 15/5/2013.

34. ARE 717.894/SC AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 1º/8/2013.

35. ADPF 101/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 4/6/2012.

própria direção do hospital, constituía apenas um pedido alternativo, caso não se pudesse cumprir o pedido anterior.

Julgamento *extra petita*, portanto, e consequentemente nulo.

Veja-se a posição de nossos Tribunais.

- RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. JULGAMENTO EXTRA PETITA.

- A SENTENÇA DEVE ATER-SE AS QUESTÕES POSTAS PELAS PARTES.

INDISPENSÁVEL VINCULAR A CAUSA DE PEDIR AO PEDIDO, CASO CONTRÁRIO, SERA “CITRA”, “ULTRA” OU “EXTRA PETITA”. ESTA SIGNIFICA QUE O JULGADO DECIDIU MATÉRIA ESTRANHA AO PEDIDO.

- RECURSO CONHECIDO PELA LETRA “A” E PROVIDO.

(REsp 61.714/SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/10/1996, DJ 02/12/1996, p. 47696)

RESP - PROCESSO CIVIL - JULGAMENTO “EXTRA PETITA” - A SENTENÇA DEVE ATER-SE AS QUESTÕES POSTAS PELAS PARTES. **INDISPENSÁVEL VINCULAR A CAUSA DE PEDIR A AO PEDIDO. CASO CONTRÁRIO, SERA “CITRA”, “ULTRA” OU “EXTRA PETITA”. ESTA SIGNIFICA QUE O JULGADO DECIDIU MATÉRIA ESTRANHA AO PEDIDO.**

(REsp 75.490/MG, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEXTA TURMA, julgado em 14/11/1995, DJ 06/05/1996, p. 14485)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. MULTA. APLICAÇÃO DA LEI MAIS BENÉFICA. INOVAÇÃO DO PEDIDO EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

I - **É o autor que fixa, na petição inicial, os limites da lide, sendo que o julgador fica adstrito ao pedido, juntamente com a causa de pedir**, sendo-lhe vedado decidir aquém (**citra ou infra petita**), fora (extra petita) ou além (ultra petita) do que foi pedido, nos termos do artigo 460 do CPC.

.....
V - Recurso especial provido.

(REsp 658.715/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2004, DJ 06/12/2004, p. 233).

E nem se diga que a questão do julgamento *extra petita* não é de índole constitucional, mas legal, porquanto a congruência entre o pedido, a causa de pedir e a sentença é garantia que diz respeito ao contraditório e à ampla defesa, a qual é deduzida justamente em face do pedido, circunscrito pelo autor.

6.2. DESARRAZOABILIDADE DA CONDENAÇÃO. POSSÍVEL MODIFICAÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA, SOCIAL, ECONÔMICA E JURÍDICA APÓS 9 ANOS

O demonstrativo a que se refere o dispositivo da decisão condenatória remonta ao ano de 2003, e diversos cargos podem ter sido providos no período de 9 anos. As circunstâncias fáticas, jurídicas, econômicas e até jurídicas podem ter se alterado, sendo irrazoável que a condenação engesse a atuação da administração conforme se apresentava 9 anos antes, impondo uma obrigação de fazer que pode não corresponder à atual necessidade. Aqui, mais uma vez, vem a pelo a “proibição do excesso”, contida no princípio da proporcionalidade.

Muito a propósito vem um aresto do STF sobre a necessária adequação da norma, em concreto, à situação real.³⁶

36. “Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. **O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. 3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993.** A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de se contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de se avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem

6.3. A DESARRAZOABILIDADE DOS NÚMEROS FIXOS DE VAGAS A SEREM PREENCHIDAS

Resulta da condenação, em última análise, que a administração estatal deverá abrir concursos públicos, no prazo de 6 (seis) meses, para os seguintes cargos, a serem lotados no Hospital Municipal Salgado Filho:

- 79 (setenta e nove) cargos médicos das mais variadas especialidades;
- 03 (três) odontólogos;
- 89 (oitenta e nove) enfermeiros;
- 112 (cento e doze) técnicos e auxiliares de enfermagem.

Esse número fixo, surgido de um relatório de 9 anos atrás, é completamente fictício e nada indica que se trataria do número necessário e suficiente, para preencher hoje as necessidades de atendimento do Hospital Municipal Salgado Filho;

Só a administração hospitalar e o Estado poderão apresentar um planejamento do números de cargos efetivamente necessários e do prazo necessário para preenchê-los.

A condenação configura, em última análise, a substituição da atividade do administrador pela atividade do juiz, o que deve ser evitado a todo custo no controle jurisdicional de políticas públicas. Mais uma vez, recorde-se a advertência de Odete Medauar, ao admitir o controle jurisdicional da atividade administrativa discricionária³⁷:

“Evidente que a ampliação do controle jurisdicional não há de levar à substituição do administrador pelo juiz; culminará com a anulação de atos, a obrigação de

programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. **O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade de do critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).** 4. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 567985, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 02-10-2013 PUBLIC 03-10-2013)

37. Medauar, Odete, Controle da Administração Pública, São Paulo, RT, 1991, p. 175.

fazer, a abstenção de agir, etc. ” (grifei).

A obrigação de fazer há de ser razoável e equilibrada, e construída de comum acordo com a Administração. É o que se passa a verificar.

7. CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. MAS QUE CONTROLE?

A co-participação do juiz na arena política, com a possibilidade de interferir na atividade legislativa e administrativa, sobretudo em matéria de políticas públicas, não está isenta de críticas dirigidas ao chamado *ativismo judicial*.

As principais consistem na alegada falta de legitimação democrática do juiz, que não é eleito, e na ausência de especialidade do magistrado, que não estaria preparado como o administrador para realizar escolhas políticas.

Mas justamente o fato de o juiz não ser eleito o torna muito mais imune às pressões políticas que são exercidas sobre os poderes majoritários e que acabam por influir sobre suas escolhas. Num sistema majoritário, como o nosso, a voz das minorias é sufocada e só pode se fazer ouvir por intermédio do Judiciário. É inegável que o juiz está obrigado a ouvir reclamos e a canalizá-los por intermédio de um processo dialético, a assumir responsabilidades pessoais por suas decisões e a justificá-las com base em razões socialmente aceitáveis. A função jurisdicional tem conteúdo essencialmente público que, além de resolver conflitos, consiste em conferir significado e expressão concreta aos valores públicos que definem uma sociedade e lhe conferem identidade e coerência. Por outro lado, a legitimidade democrática do Judiciário, se não vem das urnas, vem exatamente dos princípios e garantias que regem o exercício da função jurisdicional: a imparcialidade, o contraditório, a ampla defesa, a motivação das decisões, a publicidade, o controle interno e até o controle político

Quanto ao despreparo do juiz pelo desconhecimento de questões técnicas, como as orçamentárias ou até mesmo o planejamento da administração para as políticas públicas de determinada área e de sua implementação progressiva, que devem servir de norte para decisões coerentes, equilibradas, justas e exequíveis, reconhece-se que hoje, principalmente no Brasil, o juiz está mal informado, isolado, sem assessorias especializadas, dis-

tante da administração e até mesmo de outros juízes ou tribunais que enfrentam questões semelhantes.

Por isso mesmo, o próximo número tratará da institucionalização de um novo processo, adequado para solucionar os chamados conflitos de interesse público, como técnica adequada à superação dos problemas acima apontados.

8. OS CONFLITOS DE INTERESSE PÚBLICO E SUA TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA. CARACTERÍSTICAS DE UM NOVO PROCESSO

Os conflitos de interesse público ou estratégicos são os que se destinam à implementação de direitos fundamentais coletivos, implicando colocar em debate a atuação de grandes instituições ou serviços públicos – como sistemas escolares, estabelecimentos carcerários, instituições e organismos destinados à saúde pública, acesso ao transporte, moradia, saneamento, mobilidade urbana. Derivam daí os litígios de interesse público, desenvolvidos a partir da década dos '50 do século passado no direito norte-americano.

Amplamente conhecido é o emblemático caso “Brown vs. Board Education of Topeka”, conduzido pela Corte Warren,, juntamente com outros precedentes que permitiram o desenvolvimento da doutrina. Mauro Cappelletti, foi o grande propulsor dessas idéias, em 1976³⁸. E entre nós, apontando as transformações apontadas por Chayes ³⁹, manifestou-se Fábio Konder Comparato sobre as características da chamada *public law litigation*⁴⁰

38. Cappelletti, Mauro, Vindicating the Public Interest Through the Courts: A Comparativist's Contribution, 25 Buffalo L. Rev., 643, 1976

39. Chayes, Abram, The role of the judge in Public Law Litigation, Harvard Law Review, vol.89, 1975-1976, p. 1284.

40. Comparato, Fábio Konder, Novas funções judiciais no Estado Moderno, Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, São Paulo, RT, vol 4, maio de 2011, p.720. Eis as características do novo processo, magistralmente traçadas pelo mestre: “Observou-se, assim, que a sua estrutura diferia do processo tradicional em vários pontos. Os autores não litigam por interesse próprio, mas agem sem mandato na defesa de interesses coletivos. O objetivo da demanda não é resolver um litígio composto de fatos já acontecidos, mas editar normas de conduta para guiar o comportamento do réu no futuro. O provimento judicial não é necessariamente imposto, mas com frequência negociado entre as partes. O juiz não decide questões de direito sobre a interpretação de normas jurídicas, mas soluciona problemas de natureza econômica ou social, com o auxílio dos mais diferentes expertos, para criar normas gerais a partir dos fatos presentes e da evolução previsível.”

E assim foi se afirmando o reconhecimento da existência de uma importante categoria de litígios de direito público, que deve ser diferenciado não só da tutela processual destinada a solucionar conflitos privados, mas até da maioria da tutela coletiva, pois agora o diálogo que se estabelece no processo tem natureza institucional, envolvendo outros “poderes” estatais. A decisão não mais versa sobre fatos passados aos quais aplicar a lei, mas projeta-se para o futuro, numa dimensão prospectiva. A ordem do juiz não deve ser mais a de “pague”, ou “faça”, mas uma mera indicação dos passos a serem empreendidos para que se chegue ao resultado pretendido pela sentença.

E esta sentença deve ser construída pelo diálogo entre as partes e sobretudo entre os poderes, abrindo-se o contraditório também mediante audiências públicas e a intervenção de terceiros como o *amicus curiae*. A cognição do juiz deve ser ampliada, servindo-se ele de assessorias especializadas e das próprias informações da administração para que, se não houver acordo, o juiz se dê conta dos efeitos de sua decisão e esta possa ser justa, equilibrada e exequível. O cumprimento da sentença, por sua vez, deve ser flexibilizado, com a participação da administração mediante planejamentos aprovados pelo juiz, que deve acompanhar a execução, podendo servir-se para tanto de um terceiro independente, pertencente a órgãos públicos ou privados, que se ocupe do cumprimento da sentença, sempre em comunicação estreita com o juiz e sob seu comando.

Este novo processo, que demanda grande ativismo judicial e a ampliação dos poderes do juiz, bem como o chamado *método dialogal*, com o diálogo entre os Poderes, maior publicidade, participação e transparência, ainda não existe formalmente. Mas a jurisprudência de diversos países tem sabido criá-lo, modificando os esquemas processuais clássicos.

Um caso emblemático e um bom exemplo a ser seguido foi o “Beatriz Mendonça”, que correu perante a Suprema Corte da Argentina, em que compareceram como demandantes grupos de indivíduos afetados, diversas associações ambientalistas e o Defensor do Povo. Demandados foram o Estado Nacional, a Província de Buenos Aires, a Cidade Autônoma de Buenos Aires e um grupo de 44 empresas que supostamente vertiam substâncias poluentes no rio ⁴¹. A Corte utilizou livremente seus poderes ordenatórios, flexibilizou o princípio preclusivo, pediu aos Estados a apresentação peremptória de um planejamento integrado e completo baseado no princípio da progressividade, para a obtenção de objetivos de forma gradual segundo um cronograma. Em julho de 2008 a sentença julgou definitivamente

41. Ver Berizonce, Roberto, Los conflictos de interes público, pp 3/32, disponível em www.direitoprocessual.org.br

a questão, destacando que os efeitos da decisão se projetam para o futuro e fixando os critérios gerais para seu cumprimento, mas respeitando a maneira de cumpri-la, dentro da discricionariedade da administração. Na execução, previu a participação cidadã no controle do cumprimento do plano de saneamento e do programa fixado, encomendando ao Defensor do Povo a coordenação dessa participação, mediante a formação de um colegiado integrado pelas organizações não governamentais intervenientes na causa. A execução da sentença está ainda sendo cumprida de forma gradual e progressiva, observando o cronograma apresentado.

No Brasil, os tribunais não têm tido o mesmo cuidado, e após a sentença condenatória, rígida e fixa, seu cumprimento tem sido muito difícil e frequentemente inexecutável. O diálogo com a administração se mostra imprescindível. Mais recentemente, numa ação coletiva movida pelo Ministério Público em face do Município de São Paulo, que versava sobre a necessária disponibilização de milhares de vagas em creches, houve ao menos audiências públicas e a condenação baseou-se no plano de metas apresentado pelo Prefeito de São Paulo, quando candidato. Melhor fora, no entanto, que a condenação não fosse rígida mas que implicasse a necessidade de a Prefeitura apresentar seu planejamento completo, a ser aprovado e executado progressivamente.

Melhor ainda seria regular, legislativamente, um novo processo destinado a disciplinar o controle jurisdicional de políticas públicas, com as características supra indicadas, o que daria maior equilíbrio no embate entre os poderes, com o compromisso da busca de soluções consensuais, propiciando mais segurança ao juiz para chegar a decisões que não dirimam o conflito olhando para o passado, mas que se projetem para o futuro ⁴²

Mas o que fazer, *de lege lata*? E o que fazer, no caso concreto?

Nada mais do que fez a Corte Suprema da Argentina. Ouça-se a descrição de Roberto Berizonce⁴³:

"1. Características típicas.

42. Projeto de Lei nesse sentido foi preparado pelo Cebepej – Centro Brasileiro de Pesquisas e Estudos Judiciais, criado por Kazuo Watanabe e atualmente presidido por Ada Pellegrini Grinover, submetido a debates e que deve em breve ser apresentado ao Congresso Nacional (in “O controle jurisdicional de políticas públicas”, coord. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, Rio, Gen-Forense, 2ª ed., apêndice).

43. Berizonce, Roberto, Los conflictos de interes público, in www.direitoprocessual.org.br, pp.10/13

Los Conflictos de interés público presentan notas singulares al menos en cuanto:

a) la ordenación e instrucción de la causa, caracterizada por el activismo procedimental y la ampliación de los poderes del juez, y especialmente por la posibilidad del dictado de medidas de urgência;

b) em consonancia todo ello con la tutela procesal diferenciada que corresponde a los derechos fundamentales en juego. En el modelo estructural, el principal instrumento de que se valen los jueces son los mandamus o injunctions; y, por otro lado, se replantea la estructura de las partes y de la legitimación en los procesos colectivos, basada principalmente en los grupos sociales.

c) El método dialogal impulsado por el tribunal en un marco de mayor publicidad y transparencia del procedimiento en general, que "expone" a las partes y las compromete en la búsqueda de soluciones, consensuadas al diferendo y, por otro, reserva a aquel la función arbitradora entre los intereses en conflicto. El dialogo público entre las partes, se alienta con la esperanza que sea fructífero, especialmente por la participación habitual de organismos administrativos o grandes corporaciones públicas o privadas; y se enriquece con la intervención de terceros, Amicus Curiae, que expresan sus aportes con mira a la salvaguarda del interés general de la comunidad. Se trata -como se ha señalado- de un modelo normativo basado en la institucionalización de procedimientos democráticos, um verdadero paradigma cooperativo de administración de justicia.

d) la decisión judicial no se agota en un "trancher" que dirima el conflicto hacia el pasado, sino que comúnmente se proyecta hacia el futuro y habitualmente tiende a incidir en las políticas públicas del sector involucrado. Sea para proponer nuevas o diferentes prácticas institucionales, o modificaciones en las estructuras burocráticas, que van mucho más allá del caso sometido a decisión. En ese sentido la jurisdicción asume una función remedial, porque la decisión está encaminada más hacia la búsqueda de "remedios" para la situación compleja que involucra fuertes intereses encontrados, de cara al futuro, que a dirimir el conflicto de base com criterios tradicionales: más que a la subsunción apunta a la ponderación de los principios y valores en disputa.

En la doctrina constitucional se alude corrientemente, para clasificar los diversos tipos de intervenciones, a categorías tales como sentencias exhortativas, "apelativas" o "com aviso", aditivas o intermedias. La sentencia exhortativa agrega a la declaración del derecho, una "exhortación" para que se haga efectiva, dirigida a quien está obligado a cumplirla. Se

consagra una obligación jurídica indeterminada, de valor político. No hay derecho a exigir su cumplimiento y su finalidad es llamar la atención fortaleciendo el debate público sobre el tema. El pronunciamiento también puede contener mandatos inyuntivos (injunctions) dirigidos a la Administración para hacer o no hacer, de acuerdo a un modelo orientado al "diálogo", al cabo de la sentencia, pervive y se profundiza para facilitar el cumplimiento o la ejecución de lo decidido, mientras el tribunal escalona sus pronunciamientos con esse objetivo. En el litigio estructural la etapa de los "remedios" prácticamente no finaliza hasta que el objetivo final sea alcanzado. Dicha etapa implica una larga y continua relación entre el juez y las partes durante la cual se van creando y diseñando los medios para renovar las condiciones que amenazan los valores constitucionales. El diseño del remedio determina nada menos que el tribunal resulte involucrado en la reorganización de la institución o servicio em funcionamiento, a través de una intervención constante y persistente. La ejecución pasa a constituirse em una etapa de continua relación entre el juez y las partes, un vinculo de supervisión a largo plazo que perdura hasta la satisfacción efectiva de los reconocidos en la sentencia. El juez participa, de ese modo, en un "diálogo" con los otros poderes del Estado para la concreción del programa jurídico-político de la Constitución.

e) La actuación judicial en la etapa de ejecución de sentencia no habrá de consistir en la imposición compulsiva de uma condena, entendida como una orden detallada y autosuficiente, sino en el seguimiento de una instrucción fijada em términos más o menos generales, cuyo contenido concreto habrá de ser construido a partir del diálogo que necesariamente se producirá entre las partes, incluyendo a la autoridad pública, y el tribunal. Em consecuencia, en la etapa de ejecución correponderá a la autoridad pública demandada (y vencida) determinar el modo más adecuado de cumplir con la sentencia de condena y, por su parte, el tribunal actuante controlará la adecuación de las medidas concretas a la orden que ha impartido".

E não só a Alta Corte Argentina assim procedeu: na Colômbia, a Corte Constitucional, que se destacou pelo ativismo na proteção de direitos fundamentais coletivos, elaborou uma rica doutrina jurisprudencial que aplicou no problema carcerário⁴⁴ e em relação ao direito à saúde⁴⁵, cunhando um novo processo. Seguindo os mesmos princípios, diversos países hoje acolhem a possibilidade de controle jurisdicional de políticas públicas por

44. Sentença T-183, de 1998: apud Berizonce, op. cit., p. 20.

45. Sentença SU 760, de 1998: idem, ibid. Ver também: Balanta Medina M.P., El juez como protagonista de las políticas públicas, in 30 Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, ULC, 2009, pp. 462-464.

intermédio do chamado processo de interesse público, como a Índia e a África do Sul. E não é por acaso que a necessidade de controle se faça mais necessário em países emergentes, onde Legislativo e Executivo são frequentemente omissos e os direitos fundamentais sociais menos respeitados.

9. CONCLUSÕES

É tempo de concluir. De tudo que se disse, decorre que:

1 – O controle jurisdicional de políticas públicas, exercido a posteriori e sempre mediante provocação, não fere o princípio da separação do Poderes, apenas assegurando ao Judiciário o poder-dever de analisar a existência e a compatibilidade das políticas públicas criadas e implementadas pelo Legislativo e pelo Executivo, respectivamente, com a Constituição, bem como o respeito dos direitos fundamentais prestacionais que esta assegura;

2 – Nesse papel de co-protagonista de políticas públicas, o Judiciário pode adentrar o mérito da atividade administrativa, sobretudo na hipótese de omissão, aferindo a finalidade, a motivação, os motivos e a observância da moralidade administrativa, num sentido amplo de legalidade que não se resume a vícios formais;

3 – Nesses casos, o ativismo do juiz é plenamente justificado mas deve ser submetido a limites capazes de não levá-lo a substituir completamente, com sua atividade, a própria do exercício de outras funções;

4 – Um desses limites está na observância do critério de razoabilidade, entendido como justo equilíbrio entre a assecuração de valores e fins e proibição do excesso;

5 – A tutela jurisdicional adequada aos chamados conflitos de direito público, envolvendo a atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, deve se servir de um novo processo, de natureza dialogal, com contraditório e cognição ampliada, servindo-se o magistrado da assessoria dos mais diversos expertos, e que acabe fixando aos demais Poderes ordens abertas, a serem cumpridas segundo planejamento a ser oferecido pela administração, aprovado pelo juiz e executado progressivamente, sob a fiscalização deste;

6 – No caso concreto, a decisão condenatória deve ser anulada, na parte em que faz

referência à aplicação rígida de uma tabela de abertura de concursos públicos, por não ser razoável, por invadir atribuição específica da administração e por configurar até mesmo julgamento *extra petita*;

7 – A condenação à obrigação de fazer que substituirá a anulada deve possibilitar à administração municipal a apresentação, em prazo a ser fixado, do planejamento apto a criar ou preencher vagas necessárias e suficientes para atender às necessidades de oferecimento do direito à saúde devido pelo Hospital Salgado Filho;

8 – A execução desse planejamento, a ser discutido em audiências públicas e aprovado pelo juiz, deverá ser acompanhada pelo próprio Ministério Público, em estreito contato com o juiz, podendo atuar também como fiscal da execução o *amicus curiae*, até o cumprimento final da(s) ordem(s) da sentença, que pode se desdobrar em várias etapas.

É o parecer.

São Paulo, 7 de abril de 2014

Ada Pellegrini Grinover

Professora Titular de Direito Processual da

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

PARECERES E CONTRIBUIÇÕES DO IASP

INCLUSÃO DAS NOTIFICAÇÕES EXTRAJUDICIAIS COMO CAUSA DE INTERRUPÇÃO DE PRESCRIÇÃO

JOSÉ FERNANDO SIMÃO

Professor Associado do Departamento de Direito Civil da USP
Associado Efetivo do IASP

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. O regime das prescrições no Novo Código Civil; 3. As causas de interrupção da prescrição; 4. Novas causas interruptivas da prescrição: interpelação ou Notificação Extrajudicial; 5. Interpelação e Notificação Extrajudicial como causas interruptivas da prescrição: Seu Impacto No Ordenamento Jurídico Brasileiro; 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP) solicita-nos um parecer acerca de projeto de lei propondo alteração no inciso III do artigo 202 da Lei n. 10.406 de 10 de Janeiro de 2002 – Código Civil – incluindo as notificações extrajudiciais como causa de interrupção da prescrição. A redação apresentada pelo projeto de lei é a seguinte:

“Art. 202:.....
III – por protesto cambial, interpelação ou notificação extrajudicial
.....”

Para fazermos essa análise explanaremos, então, o regime das prescrições no Código Civil de 2002, a teleologia consubstanciada nas causas de interrupção da prescrição e, por fim, um estudo sobre o impacto e a importância que apresentam-se neste projeto de lei.

2. O REGIME DAS PRESCRIÇÕES NO NOVO CÓDIGO CIVIL

Seria deveras presunçoso de nossa parte tentar, dentro do escopo de um parecer, estabelecer todos os traços debuxados pelo Código Civil de 2002 no que concerne ao instituto jurídico da prescrição¹, o que faremos será apenas um relevo nos assuntos essenciais à compreensão dos valores incorporados ao ordenamento jurídico, via o novo regime legal, com a mudança do tratamento dos prazos prescricionais.

De fato, há importante modificação legislativa quando se compara a disciplina da prescrição no Código Civil de 1916 frente ao Código atual. O Código Civil de 1916 não trouxe a lume a distinção entre prescrição e decadência, embora a doutrina o tenha feito. Distinção esta que o insigne redator do projeto que veio a ser o Código revogado, Clóvis Beviláqua, chegou mesmo a apontar em seus comentários ao diploma vetusto: “O Código Civil não distinguiu a prescrição dos prazos extintivos, que operam a decadência ou caducidade dos direitos. No entanto, a doutrina estabelece diferenças entre as duas figuras jurídicas. O prazo extintivo opera a decadência do direito, objetivamente, porque o direito é conferido para ser usado num determinado prazo; se não for exercido, extingue-

1. Para maiores referências de nossa interpretação acerca do tema, recomendamos uma leitura mais aprofundada: SIMÃO, José Fernando. Prescrição e decadência: início dos prazos. São Paulo: Atlas, 2013.”

se. Não se suspende nem se interrompe o prazo; corre contra todos, e é fatal. Termina na hora pré-estabelecida”².

Percebemos, então, a grave ausência técnica demonstrada pelo pai do Código Civil de 1916³. Se temos efeitos distintos, temos, também, institutos distintos. Com efeito, a prescrição, mais adequadamente tratada pelo Código atual, veio a ter sua natureza refinada. Podemos defini-la como a ineficácia da pretensão ocasionada pela inércia de seu exercício da parte do titular de seu direito. Ao passo que a decadência fulmina o próprio direito, potestativo que é.

Um aspecto importante não se alterou com o advento do diploma de 2002, foi este o valor subjacente aos dois diplomas. A segurança jurídica, por certo, não é valor absoluto do ordenamento jurídico, mas goza de ampla aceitação e respeito, tanto porque importa num critério de estabelecimento do tratamento isonômico, quanto pela previsibilidade que propicia, facilitando, até mesmo, o estabelecimento dos riscos no mercado negocial. Encontra-se, nela, portanto, o grande alicerce inspirador dos institutos. Pois a pretensão do titular do direito subjetivo não pode ficar, *per saecula saeculorum*, sob a cabeça do devedor, como a espada de Dâmocles.

Não é outra a ideia que está por trás da decadência. Fulminando o próprio direito potestativo, sem submeter-se à interrupção, tem efeitos ainda mais drásticos, dado que é da característica do direito potestativo a imposição de um estado de sujeição à outra parte, que, a respeito disso, nada poderá fazer.

O novel Código, então, fez bem ao, ainda que percebendo as suas semelhanças, distinguir seus efeitos com base na diferença própria de suas naturezas jurídicas.

3. AS CAUSAS DE INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO

A prescrição está sujeita a duas espécies de fatores alteradores de seu prazo, são eles

2. BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. vol. I Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956, p. 351.

3. Importa notar o valor do trabalho doutrinário feito durante a vigência do Código Civil de 1916 que fez muito ao especificar as diferenças necessárias de tratamento jurídico dos institutos. Dentre outros, o trabalho clássico do preclaro de Agnelo Amorim Filho (AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. RT, v. 300, p. 7-37, 1960).

a suspensão e a interrupção. Nos dizeres de Câmara Leal, “interrupção da prescrição é a cessação de seu curso em andamento, em virtude de alguma das causas a que a lei atribui esse efeito.

“Difere, como já tivemos oportunidade de dizer, a interrupção, da suspensão da prescrição. Três são os principais característicos diferenciais entre essas duas figuras preclusivas da prescrição: a) o fundamento da suspensão é a impossibilidade ou dificuldade, reconhecida pela lei, para o exercício da ação, de modo que a inércia do titular não pode ser atribuída à negligência; e o fundamento da interrupção é o exercício do direito, posto judicialmente em atividade, cessando, assim, a inércia do titular; b) a suspensão paralisa, apenas, o curso da prescrição, de modo que, cessada a causa que a determinou, o seu curso anterior prossegue; ao passo que a interrupção faz cessar o curso já iniciado e em andamento, não o paralisando, apenas, de maneira que, cessada a causa interruptiva, o seu curso anterior não prossegue, mas se inicia um novo curso, começando a correr novamente a prescrição; c) as causas suspensivas independem da vontade das partes, são fatos objetivos que ocorrem sem que essas tenham para isso cooperado; as causas interruptivas, pelo contrário, dependem da vontade das partes, são fatos subjetivos, provocados e determinados, diretamente, por essas”⁴.

Vemos, destarte, que o fundamento da interrupção da prescrição está na demonstração inequívoca, pelo titular do direito, do exercício de sua pretensão. A interrupção, dessa forma, impede que o titular que não se queda inerte veja, ao propor ação, seu prazo prescrito. Por isso mesmo, o prazo prescricional reinicia-se com essa demonstração de atividade da parte do titular da pretensão.

O artigo 202 do Código Civil de 2002 arrola as causas interruptivas do prazo prescricional, é a sua redação atual:

Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

- I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;
- II - por protesto, nas condições do inciso antecedente;
- III - por protesto cambial;

4. CÂMARA LEAL, Antônio Luis da. Da prescrição e da decadência. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 172-173.

IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores;

V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.

Algumas considerações devem, todavia, ser feitas a respeito do disposto no art. 202, bem como do ensinamento, por nós citado, de Câmara Leal.

Primeiramente, quanto ao artigo, em seu caput, há a previsão de uma das características da interrupção, qual seja, a possibilidade de que se perfaça uma única vez. Essa característica importa, contudo, uma ressalva. O despacho⁵ do juiz é causa interruptiva da prescrição que, excepcionalmente, cumula-se com qualquer uma das demais causas dispostas no artigo sub analise. Isto porque, ao mover ação contra o devedor, o credor não pode ver, no decorrer do processo, sua pretensão extinta, dado que iniciou-o dentro do prazo, disso decorre o parágrafo único do mesmo artigo, ou seja, cada ato processual interrompe a prescrição que começa a correr do último ato que a interromper. Quanto às outras causas interruptivas, estas, sim, não se acumulam, ocorrendo uma vez apenas.

Em segundo lugar, a respeito do ensinamento do ilustre Câmara Leal, grande antecessor iuris no que concerne à presente matéria, que afirma ser o fundamento da interrupção “o exercício do direito, posto judicialmente em atividade, cessando, assim, a inércia do titular”⁶. Mas, diante do novo Código Civil, que inclui em seu rol o protesto cambial, não mais se verifica a necessidade de que o exercício do direito seja feito judicialmente. O fundamento da interrupção da prescrição é, portanto, o desaparecimento de sua causa primeira, qual era, a inação do titular do direito subjetivo, seja ela judicial ou extrajudicial.

5. Despacho este, cabe dizer, que só terá o condão de interromper a prescrição caso ocorra a citação válida do réu, conforme o disposto no Código de Processo Civil.

6. CÂMARA LEAL, Antônio Luis da. Da prescrição e da decadência. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 172-173.

4. NOVAS CAUSAS INTERRUPTIVAS DA PRESCRIÇÃO: INTERPELAÇÃO OU NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL

O presente projeto de lei que a nós é posto sob análise prevê, como causas adicionais a interromper a prescrição, a notificação ou interpelação extrajudicial. Antes de analisarmos a conveniência dessa inclusão ao artigo 202, cumpre-nos uma apresentação breve de ambos os institutos.

A interpelação extrajudicial pode ser definida como “o ato pelo qual o credor reclama do devedor, de modo formal e categórico, o cumprimento da obrigação, sob determinadas cominações, inclusive e principalmente a de ficar constituído em mora”⁷.

Sem dúvida, o principal efeito da interpelação é a constituição do devedor em mora, nos casos em que esta, por certo, não seja *ex re*, mas sim *ex persona*. Quando *ex re*, já dizia o velho brocardo romano, *dies interpellat pro homine*, com isto se quer dizer que a mora constitui-se com o simples inadimplemento ou com a ocorrência do ato ilícito e, como ela, a pretensão passa a ser exigível e, por conseguinte, o prazo prescricional também se inicia. Temos, então, que, nas obrigações com prazo, o prazo prescricional iniciar-se-á com, no dizer de Pontes de Miranda, o desencobrimento da pretensão a contar do vencimento do prazo para o adimplemento. De outra forma, nas obrigações sem prazo, a prescrição começará a correr a partir da interpelação.

A notificação, em contrapartida, é “forma de manifestar ou participar a alguém, diretamente ou por intermédio de terceiro, alguma resolução, (...) no direito privado é a notificação a manifestação ou a participação dirigida a uma pessoa, de qualquer forma, não necessariamente por ato de serventário da justiça”⁸.

A notificação extrajudicial, desse modo, tem o efeito de explicitar, ao devedor, o interesse do credor que a obrigação seja adimplida. Pode ser realizada tanto nas obrigações com mora *ex re*, bem como nas que possui mora *ex persona*. Mas evidencia sua maior aplicação naquelas, do que nestas últimas, por não constituir em mora o devedor, papel este da interpelação.

7. LIMONGI FRANÇA, Rubens (org.) et alii. Enciclopédia Saraiva do direito. vol. XLV. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 436.

8. LIMONGI FRANÇA, Rubens (org.) et alii. Enciclopédia Saraiva do direito. vol. LV. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 32-33.

Retomaremos, a partir de agora, tudo o que já fora exposto, para que seja possível captar o impacto da mudança legislativa ora proposta.

5. INTERPELAÇÃO E NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL COMO CAUSAS INTERRUPTIVAS DA PRESCRIÇÃO: SEU IMPACTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Já se teve a oportunidade de dizer que o valor subjacente à prescrição é a segurança jurídica, bem como à inércia do titular da pretensão em exercê-la. Mas, em um momento em que o próprio Judiciário, dado o alto volume de demandas, num fenômeno contemporâneo por alguns marcado sob a alcunha de “judicialização dos conflitos”, suplica pela economia processual, por novos meios de solução de conflitos⁹, submeter a interrupção do prazo prescricional à atividade jurisdicional vem na contramão de tudo o que se verifica no contexto social, isto sem contar que o próprio Código, ao introduzir novo inciso¹⁰ no artigo 202, quando de sua promulgação, já mostrava sua tendência a não afastar a atividade extrajudicial do titular da pretensão como digna de ser tutelada pelo instituto da interrupção da prescrição. Não podemos nos esquecer, de qualquer modo, que um dos valores do Código Civil atual é o da socialidade, na conveniente advertência do mestre Miguel Reale¹¹.

Podemos citar, apenas como exemplo, os dissídios resolvidos por arbitragem. Nos casos em que há cláusula de arbitragem no contrato, como resolvemos a ausência de despacho judicial para a interrupção do prazo prescricional? Deve, primeiramente, o credor mover ação para, em seguida, arguir compromisso arbitral? Por óbvio que não será essa a solução e uma interpretação análoga do processo judicial, feito face ao arbitral, já resolveria o problema. Mas, sem inequívocos, a introdução do presente inciso vem por bem para explicitar o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de um interesse nos modos de solução de conflitos fora do âmbito judicial, seja por mediação, conciliação, ou, ainda, como no nosso exemplo, por arbitragem.

9. Exemplos já bem conhecidos que podemos, no presente estudo citar, são a arbitragem, a mediação e a conciliação.

10. O do protesto cambial.

11. REALE, Miguel. História do novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 35.

Como pode ser visto, o presente projeto mostra-se consonante com a tendência contemporânea de “desjudicialização dos conflitos”. Tendência esta que já foi fundamento para outros novos institutos do direito privado, tais como o inventário e a partilha extrajudiciais. Corroboramos, aqui, o entendimento de Francisco Cahali, de ser “extremamente benéfica a opção trazida pela lei para os próprios jurisdicionados, pois a rotina forense na capital paulista tem demonstrado a dificuldade e significativa demora na solução judicial de questões simples, meramente homologatórias de acordo”¹²

Ademais, a segurança jurídica não é valor único do nosso ordenamento e deve coordenar-se com outro valor tão importante quanto, o valor da justiça social¹³. De modo que, conforme exposto em trabalho¹⁴, há evidente diferença quanto à contagem dos prazos nos casos de responsabilidade contratual e extracontratual.

Nos casos de responsabilidade contratual, a questão por nós já levantada da divisão entre *moras ex re* e *ex persona* evidencia e esclarece a contagem do prazo prescricional. Diferentemente ocorre quanto à responsabilidade extracontratual. Nesta, há necessidade de estabelecer distinção entre dano-evento e dano-prejuízo, conforme lição de Antônio Junqueira de Azevedo¹⁵. Como já dissemos, no trabalho ora citado, não seria justo estabelecer como início da contagem do prazo prescricional o dano-evento quando a ciência do dano pode ser verificada apenas com o surgimento do dano-prejuízo, o qual não necessariamente surge juntamente com o dano-evento.

O Código Civil, todavia, deixou de disciplinar de forma clara a questão e a controvérsia continua. Vemos, então, mais um alcance do presente projeto, pois, ao estabelecer a possibilidade para o credor de interromper a prescrição, ainda que tenha começado quando do dano-evento, consegue o reestabelecimento do prazo prescricional no momento que exsurge o dano-prejuízo, bastando que seja feita, é claro, a notificação ou interpelação extrajudicial. Dá-se com isso, conciliação dos valores segurança jurídica e justiça, tão caros

12. CAHALI, Francisco José. Inventário e partilha extrajudiciais – Lei 11.441/2007. In CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria F. N. Direito das sucessões. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 425.

13. Cf. sobre o assunto a exposição feita em SIMÃO, José Fernando. Prescrição e decadência: início dos prazos. São Paulo: Atlas, 2013, p. 202.

14. SIMÃO, José Fernando. Prescrição e decadência: início dos prazos. São Paulo: Atlas, 2013, p. 215.

15. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33.

ao nosso ordenamento.

Por tudo o que fora exposto, então, recomendamos a aprovação do presente projeto de lei.

É o nosso parecer.

São Paulo, 8 de junho de 2014.

José Fernando Simão

6. BIBLIOGRAFIA

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. RT, v. 300, p. 7-37, 1960

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria F. N. Direito das sucessões. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

CÂMARA LEAL, Antônio Luis da. Da prescrição e da decadência. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

LIMONGI FRANÇA, Rubens (org.) et alii. Enciclopédia Saraiva do direito. vols. XLV e LV. São Paulo: Saraiva, 1980.

REALE, Miguel. História do novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SIMÃO, José Fernando. Prescrição e decadência: início dos prazos. São Paulo: Atlas, 2013.

PARECERES E CONTRIBUIÇÕES DO IASP

MANIFESTAÇÃO PELA
AMPLIAÇÃO DA ARBITRAGEM NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

São Paulo, 11 de agosto de 2014.

Excelentíssimo Senhor Doutor Ministro Luis Felipe Salomão

Digníssimo Presidente da Comissão Especial Externa criada com a finalidade de elaborar Anteprojetos de Lei de Arbitragem e de Lei de Mediação do Senado Federal

Excelentíssimo Senhor Doutor Ministro Luis Felipe Salomão,

Buscando contribuir para o valioso trabalho de aprimoramento da Lei 9.307/96 ("Lei de Arbitragem"), vimos **externar nossa preocupação frente à Emenda ao § 1º do artigo 1º desse diploma legal**, conforme votação ocorrida na Comissão Especial da Câmara dos Deputados recentemente, no âmbito do **Projeto de Lei nº 7108/14** (PLS nº 406/13, no Senado Federal). A Emenda pretende sujeitar a utilização da arbitragem pela Administração Pública à previsão desse mecanismo no edital ou nos contratos da administração, "*nos termos do regulamento*", e está na contramão das recentes conquistas da arbitragem em nosso país.

A arbitragem envolvendo a Administração Pública já é uma realidade em nosso país. Há décadas, ela é reconhecida expressamente por diversos diplomas legais, além da jurisprudência dos Tribunais Superiores. Nenhuma dessas leis requer regulamentação adicional, e sua aplicação é amplamente aceita pela jurisprudência. Na prática, estão em curso diversos procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública nos mais diversos níveis federativos.

Na arbitragem, são sempre asseguradas as garantias processuais das partes, notadamente os princípios da igualdade, contraditório, imparcialidade e livre convencimento, nos termos do artigo 21, §2º, da Lei 9.307/96. A Lei também prevê todos os mecanismos para assegurar a legalidade do procedimento e, em particular, as partes tem à disposição eventual ação de anulação contra a sentença arbitral que viole requisitos da Lei 9.307/96. A Lei já confere, portanto, ampla garantia aos direitos das partes que utilizam a arbitragem.

Respeitados os requisitos legais e garantias processuais, bem como a ordem pública e bons costumes, as partes são livres para pactuar quaisquer critérios que entendam pertinentes no que diz respeito ao procedimento arbitral, escolha dos árbitros, local da arbitragem, idioma, leis aplicáveis etc. É o princípio da autonomia das partes, favorecido largamente pela Lei brasileira.

Não há nenhum óbice ou impedimento legal para que a Administração Pública, direta ou indireta, nos diversos níveis federativos, estabeleça critérios próprios em relação a cada um desses elementos para a utilização da arbitragem nos editais ou contratos que celebra, salvo os requisitos previstos na Constituição Federal e legislação aplicável. A rigor, nem há necessidade desses elementos fazerem parte dos editais. Menos ainda, dos contratos, onde a opção pela arbitragem deverá estar inserida.

Como se percebe, do ponto de vista técnico, não há, portanto, necessidade de qualquer exigência de “regulamentação”, a ser incluída na Lei 9.307/96. Mas, além de não ser necessária, entendemos que essa inclusão também é prejudicial para o direito brasileiro.

Preocupa-nos, em particular, a insegurança jurídica que essa emenda trará para a realidade atual, para procedimentos arbitrais em curso envolvendo a Administração Pública, em seus diferentes níveis, e também para contratos celebrados ou editais publicados em que já existe a escolha da arbitragem. Certamente, haverá instabilidade e incerteza que prejudicará a todos, Estado, empresas e sociedade civil.

Ademais, a regulamentação única prevista na emenda fere o pacto federativo. A criação de um regulamento unificado nacional usurpa dos entes federativos sua competência para definir seus próprios regulamentos. Nesse sentido, eventual ato do Poder Executivo federal não poderá ser aplicado nos Estados e Municípios. Cada unidade federativa poderá dispor de regulamento próprio a partir de ato de seu Poder Executivo. Esse cenário certamente trará dificuldades não só para a disciplina da arbitragem, mas também para o Erário. Acrescente-se que essa ‘regulamentação’ pode não ser editada de imediato, impedindo então que a arbitragem envolvendo a Administração Pública direta e indireta possa ser realizada até essa edição, num efetivo retrocesso em relação ao que já temos hoje.

Acreditamos que as alterações feitas à Lei de Arbitragem devem buscar aperfeiçoá-la, nos estritos pontos em que tal aperfeiçoamento se mostra necessário. A nosso ver, este não é o caso dessa Emenda proposta pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados. Por todo o exposto, esperamos contar com a colaboração de V. Exa. em nosso trabalho de conscientização dos Senadores da República para que **rejeitem** a Emenda proposta na Câmara dos Deputados.

Atenciosamente,

**Entidades signatárias da correspondência de 11 de agosto de 2014 ao
Exmo. Sr. Dr. Ministro Luis Felipe Salomão para externar preocupação frente
à Emenda relativa ao § 1º do artigo 1º da lei 9.307/96 no Projeto de Lei nº 7108/14
(PLS nº 406/13)**

Comitê Brasileiro de Arbitragem

Lauro Gama Jr.
Presidente

**Entidades signatárias da correspondência de 11 de agosto de 2014 ao
Exmo. Sr. Dr. Ministro Luis Felipe Salomão para externar preocupação frente
à Emenda relativa ao § 1º do artigo 1º da lei 9.307/96 no Projeto de Lei nº 7108/14
(PLS nº 406/13)**

Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem

Roberto Pasqualin
Presidente

**Entidades signatárias da correspondência de 11 de agosto de 2014 ao
Exmo. Sr. Dr. Ministro Luis Felipe Salomão para externar preocupação frente
à Emenda relativa ao § 1º do artigo 1º da lei 9.307/96 no Projeto de Lei nº 7108/14
(PLS nº 406/13)**

Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP

José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro
Presidente

PARECERES E CONTRIBUIÇÕES DO IASP

CONTRIBUIÇÃO DA COMISSÃO DE ESTUDOS DE COMÉRCIO INTERNACIONAL DO IASP SOBRE A ANÁLISE DE INTERESSE PÚBLICO NAS MEDIDAS DE DEFESA COMERCIAL

SUMÁRIO

Proposta de Regimento Interno do Grupo Técnico de Avaliação de Interesse Público -- GTIP, Do GTIP, Da solicitação de avaliação de interesse público, Da análise prévia quanto à solicitação de avaliação de interesse público, Da abertura e da duração do processo, Da habilitação dos interessados, Do acesso aos autos, Da solicitação e oferecimento de informações após a instauração, Da audiência, Da conclusão do processo, Disposições gerais.

Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP**Comissão de Direito do Comércio Internacional****Grupo de Trabalho sobre Procedimentos para Avaliação do Interesse Público na Aplicação de Medidas de Defesa Comercial****REF.: MINUTA DE PROPOSTA DE REGIMENTO INTERNO PARA O GRUPO TÉCNICO DE AVALIAÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO – GTIP:**

Prezados(as) Senhores(as),

A minuta em anexo visa a apresentar contribuição da Comissão de Direito do Comércio Internacional do IASP à discussão sobre os procedimentos aplicáveis à análise de interesse público sobre a aplicação de medidas de defesa comercial.

Avaliações de interesse público têm ganhado espaço entre os procedimentos afeitos à defesa comercial no Brasil. Neste contexto, o art. 12 da Resolução CAMEX 13/12, alterado pela Resolução CAMEX 38/12, prevê que “[o] GTIP submeterá proposta de Regimento Interno a ser analisada e aprovada pelo Conselho de Ministros da CAMEX, ouvido previamente o GECEX.”

Considerando, por um lado, que o art. 12 da Resolução CAMEX 13/12, ainda não foi objeto de regulamentação e considerando, por outro lado, o crescente recurso ao GTIP no contexto da defesa comercial brasileira, a Comissão de Direito do Comércio Internacional do IASP entendeu pertinente formar de um grupo de trabalho para estudar e sugerir possibilidades de regulamentação dos procedimentos aplicáveis ao GTIP.

O resultado das discussões no Grupo de Trabalho é a minuta de proposta de regimento interno do GTIP, que segue em anexo. É importante ter em conta que a minuta em anexo buscou ater-se aos aspectos procedimentais da análise de interesse público, evitando adentrar em questões atinentes ao mérito das solicitações. Foram eleitos temas prioritários para tratamento tais como participação e habilitação para participar do processo, poder de requisição de informações pelo GTIP e prazos correspondentes, modalidades de acesso à informação e acesso aos autos e possibilidade de audiência. Estes são os principais temas objeto da minuta em anexo.

De forma geral, houve consenso entre o grupo de participantes do trabalho que a regulamentação dos procedimentos do GTIP seria, em princípio, positiva. Por outro lado, também houve consenso de que seria importante evitar cristalizar os procedimentos de forma muito específica, considerando a variedade de interesses porventura em causa e a falta de experiência quanto ao tema, tanto no Brasil como em outras jurisdições.

A minuta em anexo é resultado de um trabalho coletivo. Reconhece-se o esforço e contribuição para a elaboração desta minuta, em seus diversos estágios, de Ana Carolina Estevão, Adriana Dantas, Claudia Marques, Fernando Jablonski Amaral, Ingrid Bandeira Santos, Leonor Cordovil, Luciana Dutra Oliveira Silveira, Luís Lima, Maria Cecília Andrade, Milena da Fonseca Azevedo e Ricardo Inglez de Souza. Eventuais erros devem ser atribuídos exclusivamente ao relator. As contribuições refletidas nesta minuta foram oferecidas a título pessoal e não representam opinião jurídica, nem a posição de escritórios de advocacia e tampouco de seus clientes.

Espera-se que a minuta possa contribuir para o debate acerca dos procedimentos para avaliação de interesse público.

Atenciosamente,

José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro
Presidente

Carla Amaral de Andrade Junqueira Canero
Presidente da Comissão de Direito do Comércio Internacional

Luiz Eduardo Ribeiro Salles
Coordenador do Grupo de Trabalho e Relator da Minuta

PROPOSTA DE REGIMENTO INTERNO DO GRUPO TÉCNICO DE AVALIAÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO -- GTIP¹

CAPÍTULO I. DO GTIP:

Artigo 1º. O Grupo Técnico de Avaliação de Interesse Público – GTIP analisa a pertinência da suspensão ou alteração de medidas antidumping e compensatórias definitivas, bem como da não aplicação de medidas antidumping e compensatórias provisórias, por razões de interesse público.

Artigo 2º. Compõem o GTIP representantes dos Ministérios que integram a CAMEX.

§ 1º . Os Ministérios que integram a CAMEX indicarão representantes titulares e suplentes, para participação no GTIP.

§ 2º. No caso do Ministério do Desenvolvimento Indústria e Comércio Exterior – MDIC, além dos representantes indicados, um representante do Departamento de Defesa Comercial da Secretaria de Comércio Exterior – DECOM/SECEX participará como convidado das reuniões, com vistas a fornecer os antecedentes não confidenciais que forem necessários à análise.

Artigo 3º. A presidência do GTIP incumbe à Secretaria Executiva da CAMEX e a Secretaria do GTIP incumbe à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE/MF.

§ 1º. Compete à Presidência do GTIP, por meio de sua secretaria:

I. convocar as reuniões do GTIP, bem como representantes de outros órgãos e entidades do Governo Federal quando a pauta incluir matéria de suas respectivas esferas de atuação;

II. convocar as audiências com a participação dos interessados, nos termos do disposto no artigo 26.

1. Relator: Luiz Eduardo Salles. Contribuíram durante a elaboração desta minuta, a título pessoal, Ana Carolina Estevão, Adriana Dantas, Claudia Marques, Fernando Jablonski Amaral, Ingrid Bandeira Santos, Leonor Cordovil, Luciana Dutra Oliveira Silveira, Luís Lima, Maria Cecília Andrade, Milena da Fonseca Azevedo e Ricardo Inglez de Souza. Eventuais erros devem ser atribuídos exclusivamente ao relator.

§ 2º. A SEAE proverá os meios necessários ao funcionamento do GTIP e, para tanto:

I. receberá solicitações de avaliação do interesse público na aplicação de direitos antidumping e medidas compensatórias, ou informações para que tal avaliação possa ser realizada, autuando-as e analisando as manifestações recebidas, se for o caso, solicitando informações e esclarecimentos complementares;

II. rejeitará sumariamente as solicitações, na hipótese do artigo 11;

III. apresentará suas considerações ao GTIP para fins de abertura do processo, por meio de nota técnica e esclarecimentos orais nas reuniões do GTIP;

IV. promoverá a condução do processo de avaliação;

V. conduzirá as audiências públicas com a participação dos interessados;

VI. apresentará suas considerações ao GTIP para fins de conclusão do processo, por meio de nota técnica e esclarecimentos orais nas reuniões do GTIP.

Artigo 4º. As conclusões do GTIP terão como base os aportes apresentados pelos seus membros.

Artigo 5º. Previamente à sua submissão ao Conselho de Ministros, o resultado da análise do GTIP deverá ser avaliado pelo Comitê Executivo de Gestão da Câmara de Comércio Exterior – GECEX.

Parágrafo único. As conclusões do GTIP poderão ser submetidas diretamente ao Conselho de Ministros nos casos em que, após a reunião do Grupo Técnico de Defesa Comercial – GTDC, houver uma reunião do Conselho antes de uma reunião do GECEX.

Artigo 6º. A Secretaria Executiva da CAMEX dará conhecimento aos membros do GTIP dos pedidos de alterações da Tarifa Externa Comum, temporárias ou definitivas, de produtos sob investigação, ou sujeitos a medidas antidumping ou compensatórias.

Artigo 7º. O GTIP poderá receber outras atribuições definidas pela CAMEX.

CAPÍTULO II. DA SOLICITAÇÃO DE AVALIAÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO:

Artigo 8º. Qualquer pessoa, qualquer membro do GTIP, ou de outro órgão da Administração Pública Federal poderá solicitar, a qualquer tempo, por meio de documento contendo informações e justificativas, avaliação do GTIP acerca de qualquer medida de defesa comercial definitiva vigente, ou investigação em curso.

§ 1º. No caso de solicitação por particular, a solicitação será instruída com os elementos de fato e de direito que a fundamentem, de acordo com roteiro de solicitação disponibilizado no sítio eletrônico da CAMEX ou SEAE, sempre que possível, acompanhada dos documentos comprobatórios, fontes e bases de dados utilizadas e sempre em duas vias, uma impressa e outra registrada em meio magnético.

§ 2º. No caso de solicitação realizada por membro do GTIP, ou órgão da Administração Pública Federal, a solicitação orientar-se-á, no que couber, pelo roteiro de solicitação disponibilizado no sítio eletrônico da CAMEX ou SEAE.

CAPÍTULO III. DA ANÁLISE PRÉVIA QUANTO À SOLICITAÇÃO DE AVALIAÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO:

Artigo 9º. Recebida a solicitação, a SEAE a analisará e apresentará suas considerações ao GTIP.

§ 1º. A SEAE poderá requerer informações complementares à solicitante, que deverão ser fornecidas sempre que lhe estiverem razoavelmente disponíveis.

§ 2º. Recebidas informações consideradas suficientes para a identificação dos interesses em questão, a SEAE elaborará Nota Técnica e a Presidência convocará, por meio da SEAE, reunião do GTIP.

Artigo 10. Recebidas as considerações da SEAE, o GTIP deliberará em reunião acerca da pertinência da abertura de processo de análise de interesse público [e recomendará, ou não, ao GECEX ou ao Conselho de Ministros, conforme o caso, a abertura de processo de avaliação de interesse público. Nota: a inclusão do excerto entre colchetes depende da definição sobre quem instaura a análise, vide artigo 12.]

Artigo 11. Não ensejará instauração de avaliação de interesse público a solicitação que não apresente informações de natureza qualitativa e quantitativa que estejam razoavelmente disponíveis à solicitante e sejam minimamente necessárias à adequada identificação do interesse alegado pela solicitante.

§1º. A SEAE poderá rejeitar sumariamente a solicitação que não contenha elementos suficientes para a identificação dos interesses em questão.

§2º. O não oferecimento de informações requeridas no roteiro de solicitação de avaliação de interesse público disponibilizado no sítio eletrônico da CAMEX ou SEAE, quando tais informações estiverem razoavelmente disponíveis à solicitante no formato requerido e forem consideradas indispensáveis para a identificação dos interesses em questão, poderá ensejar rejeição sumária nos termos do parágrafo 1º.

§ 3º. Não será imposto ônus desproporcional à solicitante de avaliação de interesse público e as limitações quanto às informações disponíveis à solicitante serão levadas devidamente em consideração, em atenção a este princípio.

Artigo 12. A definição quanto à instauração da análise de interesse público é do Conselho de Ministros da CAMEX.

[Redação alternativa: A definição quanto à instauração da análise de interesse público é do GTIP. Nota: Neste caso, deverão ser alterados o capítulo I e II, para prever essa possibilidade.].

[Redação alternativa: A definição quanto à instauração da análise de interesse público é da SEAE. Nota: Neste caso, deverão ser alterados o capítulo I e II, para prever essa possibilidade.].

CAPÍTULO IV. DA ABERTURA E DA DURAÇÃO DO PROCESSO:

Artigo 13. Aceita a solicitação, a CAMEX fará publicar Resolução iniciando o processo de avaliação do interesse público.

[Redação alternativa: Aceita a solicitação, a SEAE fará publicar Circular iniciando o processo de avaliação do interesse público.].

Artigo 14. O GTIP terá prazo de 4 (quatro) meses, a partir da instauração da análise, para submeter ao Conselho de Ministros suas conclusões quanto à conveniência de se suspender ou alterar medidas antidumping ou compensatórias definitivas, bem como de não se aplicar medidas antidumping e compensatórias provisórias, por razões de interesse público.

§ 1º. O prazo de que trata o caput poderá ser prorrogado pelo GTIP com base em decisão fundamentada.

Artigo 15. O processo de análise do GTIP não poderá prejudicar os prazos da investigação do DECOM/SECEX, nem a aplicação de medidas antidumping ou compensatórias pela CAMEX.

Artigo 16. Na hipótese de o GTIP iniciar sua análise ainda durante a fase de investigação conduzida pelo DECOM/SECEX, as conclusões do Grupo não serão levadas à apreciação do GECEX ou do Conselho de Ministros da CAMEX antes que a recomendação final de aplicação de medidas antidumping ou compensatórias, provisórias ou definitivas, esteja à consideração do Comitê ou do Conselho.

CAPÍTULO V. DA HABILITAÇÃO DOS INTERESSADOS:

Artigo 17. É facultado a qualquer pessoa habilitar-se junto à SEAE para acompanhar o procedimento de análise de interesse público na aplicação de medidas de defesa comercial.

§ 1º. Com exceção da(s) solicitante(s), daqueles que forem convocados para fornecer informações e das partes listadas nos incisos (a) a (g) do artigo 20, as partes terão 20 dias, contados da publicação da Resolução da CAMEX [redação alternativa: Circular SEAE] correspondente, para habilitar seus representantes nos termos do caput.

§ 2º. O descumprimento do prazo de habilitação estabelecido no parágrafo 1º implica inadmissibilidade das informações fornecidas espontaneamente pela parte correspondente.

CAPÍTULO VI. DO ACESSO AOS AUTOS:

Artigo 18. Vistas à versão pública dos autos serão concedidas exclusivamente por agendamento, em resposta à solicitação de interessado dirigida à SEAE.

§ 1º. A solicitação será feita por escrito ou correio eletrônico e será respondida por este ou aquele meio, sendo desnecessária a apresentação de original por escrito, no caso de solicitação por correio eletrônico dos habilitados, ou dos representantes das partes listadas nos incisos(a) a (g) do artigo 20.

§ 2º. A SEAE poderá dispor sobre o acesso eletrônico à versão pública dos autos do processo.

CAPÍTULO VII. DA SOLICITAÇÃO E OFERECIMENTO DE INFORMAÇÕES APÓS A INSTAURAÇÃO:

Seção I. Da solicitação de informações pelo GTIP:

Artigo 19. Para o cumprimento de suas atribuições, o GTIP poderá requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas.

§ 1º. Será concedido prazo razoável para a apresentação das informações e documentos requisitados pelo GTIP, dependendo da natureza e complexidade da requisição.

§ 2º. O prazo para cumprimento de requisição do GTIP não será superior a 20 (vinte) dias, prorrogáveis, no máximo, uma vez, por até 10 (dez) dias, desde que justificado.

I. Os pedidos de prorrogação, quando admitidos, só poderão ser conhecidos se apresentados antes do vencimento do prazo original e o primeiro dia do prazo prorrogado será o dia subsequente ao do vencimento do prazo original.

II. O prazo de prorrogação acresce ao original, sendo o prazo total resultante contado ininterruptamente do início do prazo original.

III. É facultado às partes realizar o pedido de prorrogação de prazo exclusivamente por meio eletrônico.

[§ 3º. A recusa, omissão ou retardamento injustificado no fornecimento das informações ou documentos requeridos pela SEAE a qualquer pessoa constituirá infração punível com multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), podendo ser aumentada em até 20 (vinte) vezes, se necessário para garantir a eficácia da requisição.]

§ 4º. A recusa, omissão ou retardamento injustificado no fornecimento das informações ou documentos requeridos pela SEAE à solicitante do processo de avaliação de interesse público poderá ensejar o arquivamento do processo sem análise de mérito.

§ 5º. A recusa, omissão ou retardamento injustificado no fornecimento das informações ou documentos requeridos pela SEAE à peticionária da medida de defesa comercial poderá ensejar conclusão, pelo GTIP, quanto à falta de interesse da peticionária na aplicação da medida de defesa comercial em questão.

§ 6º. Não será imposto ônus desproporcional à parte a quem se solicitam informações e as limitações quanto às informações disponíveis à parte serão levadas devidamente em consideração em atenção a este princípio.

Seção II. Do oferecimento espontâneo de informações:

Artigo 20. Sem prejuízo da convocação, de ofício, pelo GTIP, para o oferecimento de informações, as seguintes partes farão jus a participar do procedimento de análise de interesse público, sendo legitimadas a apresentar informações por escrito no prazo disposto no artigo 21, independentemente da habilitação requerida no artigo 17:

- a. A peticionária na investigação de defesa comercial correspondente ao produto objeto da análise de interesse público;
- b. Os produtores, em território brasileiro, do produto objeto da análise e entidade de classe que os represente;
- c. Os produtores, em território brasileiro, de matérias-primas para o produto objeto da análise e entidade de classe que os represente;
- d. Compradores do produto objeto de análise e entidade de classe que os represente;
- e. Os produtores, em território brasileiro, de produto afetado pela aplicação, ou possível aplicação, de medida de defesa comercial e entidade que os represente;
- f. Compradores de produto afetado pela aplicação, ou possível aplicação, de medida de defesa comercial e entidade de classe que os represente;

g. As representações oficiais do governo do país ou grupo de países cujas exportações forem afetadas pela aplicação, ou possível aplicação, da medida de defesa comercial objeto de análise;

h. Outras partes que comprovem, a critério do GTIP, serem afetadas pela aplicação, ou possível aplicação, de medida de defesa comercial, desde que devidamente habilitadas nos termos do artigo 17.

Artigo 21. Serão consideradas pelo GTIP no âmbito do correspondente processo de avaliação de interesse público as informações oferecidas espontaneamente e recebidas em até 60 (sessenta) dias da publicação da instauração da avaliação no Diário Oficial da União.

Seção III. Da confidencialidade:

Artigo 22. Informações confidenciais serão juntadas aos autos confidenciais do processo.

§ 1º. Serão tratadas como informações confidenciais aquelas devidamente identificadas como tais pelas partes, desde que o pedido seja devidamente justificado, não podendo, nesse caso, serem reveladas as informações sem autorização expressa da parte que a forneceu.

I. Não serão consideradas adequadas justificativas de confidencialidade para documentos, dados e informações, entre outros:

a. quando tenham notória natureza pública no Brasil, ou sejam de domínio público, no Brasil ou no exterior; ou

b. quaisquer contratos celebrados por escritura pública ou arquivados perante notário público ou em junta comercial, no Brasil ou no exterior; e

c. demonstrações patrimoniais, financeiras e empresariais de companhia aberta; companhia equiparada à companhia aberta; ou de empresas controladas por companhias abertas, inclusive as estrangeiras, e suas subsidiárias integrais, que devam ser publicadas ou divulgadas em virtude da legislação societária ou do mercado de valores mobiliários.

§ 2º. Informações e documentos protocolados sem indicação “confidencial” poderão ser tratados como públicos. A indicação de confidencialidade dos documentos apresentados é de responsabilidade da parte interessada e deverá constar de todas as suas páginas, centralizada no alto e no pé de cada página, em cor vermelha.

§ 3º. As partes que apresentem informações confidenciais apresentarão simultaneamente uma versão confidencial e uma versão não confidencial da peça correspondente.

I. As justificativas ao pedido de tratamento confidencial de informação não constituirão informação confidencial.

II. Informações e documentos confidenciais omitidos da versão pública apresentarão resumos públicos que permitam adequada compreensão dos mesmos e dos argumentos deles derivados, sob pena de ser tratada como pública a informação confidencial. Nos casos em que não seja possível a apresentação do resumo, as partes justificarão por escrito tal circunstância.

III. O resumo restrito relativo a informações numéricas confidenciais passíveis de sumarização deverá ser apresentado em formato numérico, na forma de números-índice, entre outros.

§ 4º. As informações e documentos, em todas as suas versões, devem ser apresentados simultaneamente para o cumprimento dos prazos e das obrigações estabelecidos neste instrumento.

I. No caso de informação confidencial requerida pelo GTIP, a não apresentação de versão pública simultaneamente à versão confidencial constitui infração punível nos termos dos parágrafos [3º,] 4º e 5º do artigo 19, sem prejuízo de intimação para apresentação de versão pública, no prazo máximo de 5 (cinco) dias.

II. No caso de informação confidencial oferecida espontaneamente, a não apresentação de versão pública simultaneamente à versão confidencial enseja a nulidade da manifestação, que será juntada aos autos confidenciais em apartado, apenas para fins de preservação do protocolo, e não será avaliada pelo GTIP.

Seção IV. Dos meios de transmissão de informações e intimações:

Artigo 23. É permitido às partes a utilização de correio eletrônico para o fornecimento de informações ao GTIP.

§ 1º. A não ser quando este instrumento disponha de forma diversa, a utilização da faculdade descrita no *caput* objetiva assegurar o cumprimento dos prazos, devendo os originais serem entregues no setor de protocolo da SEAE, necessariamente, até cinco dias após a entrega da versão eletrônica, sob pena de ser considerado intempestivo o protocolo, inclusive eletrônico.

§ 2º. No caso de transmissão de peças ou documentos por correio eletrônico, a parte responsável pela informação se responsabilizará pela qualidade e fidelidade do material transmitido, bem como pela confirmação do seu efetivo recebimento pela SEAE.

§ 3º. Sempre que possível, a Resolução CAMEX [redação alternativa: Circular SEAE] que instaurar a análise fornecerá o endereço eletrônico específico para o exercício da faculdade disposta neste artigo.

Artigo 24. Respeitados os requisitos dispostos no artigo 26 da Lei 9.784/1999, a intimação dos atos processuais será feita por qualquer meio que assegure a certeza da ciência do interessado, inclusive por correio eletrônico.

Parágrafo único. Para os fins do disposto neste artigo, as intimações poderão ser realizadas no endereço eletrônico indicado expressamente pela parte em manifestação por escrito, ou no endereço eletrônico utilizado pela parte para a realização do protocolo eletrônico de documentos, nos termos dispostos no artigo 23.

Artigo 25. A SEAE poderá requerer o envio, em meio eletrônico, de informações escritas que constem dos autos, com o objetivo de facilitar a análise e o processamento das informações para o trabalho do GTIP.

CAPÍTULO VIII. DA AUDIÊNCIA:

Artigo 26. Mediante pedido justificado de um ou mais interessados, aprovado pelo GTIP, ou por iniciativa do GTIP pode ser realizada uma audiência, a fim de permitir ao GTIP a obtenção de esclarecimentos de fato e de direito em relação às informações constantes do processo.

§ 1º. As partes deverão solicitar a audiência dentro do prazo estipulado no artigo 21 e somente poderá ser deferido o pedido de parte que tenha contribuído com informações dentro deste prazo.

§ 2º. As partes habilitadas e que tenham fornecido informações durante o processo serão notificadas da realização da audiência e dos temas a serem tratados com antecedência mínima de quinze dias.

§ 3º. Faculta-se a qualquer membro do GTIP a elaboração e a realização de perguntas aos participantes da audiência.

§ 4º. A audiência será gravada e o GTIP poderá utilizar as manifestações orais feitas pelas partes interessadas na elaboração de suas conclusões.

§ 5º. As gravações ou as respectivas transcrições serão anexadas aos autos.

Artigo 27. O número de representantes por parte na audiência poderá ser limitado, quando esta medida for necessária para viabilizar a realização de audiência.

Artigo 28. A realização de audiência não prejudicará os prazos estabelecidos neste instrumento.

CAPÍTULO IX. DA CONCLUSÃO DO PROCESSO:

Artigo 29. Decorrido o prazo para o fornecimento espontâneo de informações e concluídos os prazos para cumprimento das intimações para o recebimento de informações pelo GTIP, poderá ser encerrada a fase de instrução do processo da avaliação de interesse público.

Artigo 30. Após o encerramento da fase de instrução, a SEAE elaborará Nota Técnica contendo suas considerações aos membros do GTIP e a Presidência convocará, por meio da Secretaria, reunião do GTIP para deliberar sobre o resultado do processo.

§ 1º. Será respeitado o prazo mínimo de 15 (quinze) dias entre a transmissão das considerações da SEAE aos membros do GTIP e a reunião disposta no *caput*.

Artigo 31. Concluída a reunião objeto do artigo 30, a SEAE terá 10 (dez) dias para

submeter à Presidência do GTIP Nota Técnica contendo os aportes apresentados pelos demais membros do GTIP.

Artigo 32. O resultado da análise será avaliado nos termos do disposto nos artigos 30 e 31.

Artigo 33. Nos casos em que o Conselho de Ministros decidir:

I. suspender a aplicação de medidas antidumping e compensatórias definitivas recomendadas pelo DECOM/SECEX, a CAMEX publicará ato determinando a aplicação das referidas medidas, com sua imediata suspensão.

II. aplicar medidas antidumping e compensatórias definitivas, mas alterando o valor da medida recomendado pelo DECOM/SECEX, a CAMEX publicará ato determinando a aplicação da medida já com o valor alterado.

III. não aplicar medidas provisórias recomendadas pelo DECOM/SECEX, a CAMEX publicará ato correspondente.

Parágrafo único. As publicações objeto dos incisos I, II e III acima conterão a motivação das respectivas decisões.

CAPÍTULO X. DISPOSIÇÕES GERAIS

Artigo 34. Os prazos previstos neste instrumento serão contabilizados de forma corrida, excluindo-se o dia do início e incluindo-se o dia do vencimento.

§ 1º. A contagem de prazos começa no primeiro dia útil subsequente à publicação do ato ou à expedição da correspondência, quando houver.

§ 2º. Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil seguinte, se o vencimento cair em dia em que não houver expediente ou este for encerrado antes da hora normal.

Artigo 35. Os prazos fixados em meses contam-se de data a data.

Parágrafo único. Se no mês do vencimento não houver o dia equivalente àquele do início do prazo, tem-se como termo o último dia do mês.

Artigo 36. As disposições deste Regimento Interno entram em vigor em 180 dias. Antes do termo inicial de vigência das disposições deste Regimento, as partes e o GTIP se orientarão, no que couber, pelas disposições deste Regimento.

PARECERES E CONTRIBUIÇÕES DO IASP SOBRE A SOCIEDADE INDIVIDUAL DO ADVOGADO

ANTEPROJETO APRESENTADO PELO
INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO
PAULO PARA A OAB

JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO

Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP

SUMÁRIO

1. A Sociedade Individual do Advogado; 2. Anteprojeto de Lei.

1. A SOCIEDADE INDIVIDUAL DO ADVOGADO

Em 2012, por iniciativa do associado Fabio Carneiro Bueno Oliveira, o Instituto dos Advogados de São Paulo elaborou um primeiro anteprojeto concebendo a figura da sociedade individual para o advogado.

Após os necessários debates internos, o IASP teve a oportunidade de debater o anteprojeto com a Associação dos Advogados de São Paulo, com expressivo aprimoramento da redação, contando também com o apoio da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo.

Em 2013, o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Marcus Vinicius Furtado Coêlho, cria a Coordenação da Sociedade Individual do Advogado, nomeando o Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo para presidi-la, coordenação essa que também é composta por Luiz Carlos Levenzon (Vice-Presidente), Fabio Carneiro Bueno Oliveira (Secretário), Marcelo Rossi Nobre, Mario Luiz Delgado Régis, Miguel Pereira Neto, Milton Flávio de Almeida C. Lautenschlager e Roberta Maria Rangel.

É de se ressaltar que Luiz Carlos Levenzon, já em 2009, pretendia a equiparação tributária da pessoa jurídica para o advogado que exercia sua profissão individualmente, sendo de grandia valia essa iniciativa, à época também aprovada pelo Conselho Federal da OAB, para que o projeto atual tivesse sua evolução.

Com a fundamental participação do Vice-Presidente Cláudio Lamachia, após intensos trabalhos da Comissão Nacional de Legislação, presidida por Francisco Esgaib, da Comissão Especial de Acompanhamento Legislativo, presidida por Carlos Eduardo Gomes Pugliesi, e da Comissão Nacional de Sociedades de Advogados, presidida por André Godinho, em reunião mensal realizada em 15 de setembro de 2014, o Conselho Federal da OAB aprovou os subsídios apresentados pela Coordenação da Sociedade Individual do Advogado, objetivando aprimorar a redação dos artigos 15, 16 e 17 da lei nº 8.096/94 (Estatuto da Advocacia) que versam sobre a sociedade de advogados para permitir a constituição da “sociedade individual do advogado”, pessoa jurídica com os mesmos benefícios e tratamento jurídico da sociedade de advogados.

A Lei nº 12.441 de 11 de julho de 2011 já havia alterado a Lei nº 10.406/2002 (Código Civil) para permitir a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada

(EIRELI). Entretanto, os advogados não puderam beneficiar-se dessa alteração, porquanto regidos pela Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) que somente contempla a hipótese de sociedade de advogados, não havendo previsão expressa que permita a constituição e o registro de uma sociedade individual do advogado.

Tal situação gerou uma discriminação indevida, pois todos podem constituir sociedades unipessoais, menos os advogados que são regidos por lei especial, razão pela qual se faz justo e necessário a inclusão formal da sociedade individual do advogado na Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia).

A redação sugerida no anteprojeto não modifica o regime de responsabilidade ilimitada do advogado no exercício da sua profissão estabelecido no art. 17 da Lei nº 8.906/94 que prevê: “além da sociedade, o sócio e o titular da sociedade individual do advogado respondem subsidiária e ilimitadamente pelos danos causados aos clientes por ação ou omissão no exercício da advocacia, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar em que possa incorrer.”

Em conclusão, ao eliminar a discriminação indevida para permitir que a sociedade individual do advogado possa ser utilizada pelos advogados, a alteração legislativa dará plena eficácia ao comando constitucional de que o advogado é indispensável à administração da Justiça (CF art. 133).

Assim sendo, a sociedade individual do advogado poderá ser adotada por milhares de advogados que exercem individualmente sua profissão e, assim, fomentar a organização e o desenvolvimento da classe profissional, além de permitir a diminuição da informalidade com todos os benefícios decorrentes do empreendedorismo.

José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro
Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo
Presidente da Coordenação da Sociedade Individual do Advogado da OAB

2. ANTEPROJETO DE LEI

Dá nova redação ao título do capítulo IV e aos artigos 15, 16 e 17 da Lei n. 8.906/94 de 4 de julho de 1994, para permitir a constituição da sociedade individual do advogado.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei altera a redação do *caput* e dos parágrafos 1º, 2º, 4º e 5º e acrescenta o parágrafo 7º ao artigo 15; altera a redação do *caput* e acrescenta o parágrafo 4º ao artigo 16; altera o artigo 17 e o título do capítulo IV, todos da Lei nº 8.906/94 de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia), de modo a permitir a constituição da pessoa jurídica “sociedade individual do advogado”, nas condições que especifica.

Art. 2º A Lei nº 8.906/94, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia), passa a vigorar com as seguintes alterações:

CAPÍTULO IV

Da Sociedade de Advogados e da Sociedade Individual do Advogado

Art. 15. Os advogados podem reunir-se em sociedade civil de prestação de serviços de advocacia ou constituir sociedade individual do advogado, na forma disciplinada nesta lei e no regulamento geral.

§ 1º A sociedade de advogados e a sociedade individual do advogado adquirem personalidade jurídica com o registro aprovado dos seus atos constitutivos no Conselho Seccional da OAB em cuja base territorial tiver sede.

§ 2º Aplica-se à sociedade de advogados e à sociedade individual do advogado o Código de Ética e Disciplina, no que couber.

§ 3º

§ 4º Nenhum advogado pode integrar mais de uma sociedade de advogados, constituir mais de uma sociedade individual do advogado, ou integrar, simultaneamente, uma sociedade de advogados e uma sociedade individual do advogado, com sede ou filial na mesma área territorial do respectivo Conselho Seccional.

§ 5º O ato de constituição de filial deve ser averbado no registro da sociedade e arquivado junto ao Conselho Seccional onde se instalar, ficando os sócios, inclusive o titular da sociedade individual do advogado, obrigados à inscrição suplementar.

§ 6º

§ 7º A sociedade individual do advogado pode resultar da concentração por um advogado das quotas de uma sociedade de advogados, independentemente das razões que motivaram tal concentração. (NR)

Art. 16. Não são admitidas a registro, nem podem funcionar, todas as espécies de sociedades de advogados que apresentem forma ou características mercantis, que adotem denominação de fantasia, que realizem atividades estranhas à advocacia, que incluam sócio ou titular da sociedade individual do advogado não inscrito como advogado ou totalmente proibido de advogar.

§ 1º

§ 2º

§ 3º

§ 4º A denominação da sociedade individual do advogado deve ser obrigatoriamente formada pelo nome do seu titular, completo ou parcial, com a expressão “Sociedade Individual do Advogado”.(NR)

Art. 17. Além da sociedade, o sócio e o titular da sociedade individual do advogado respondem subsidiária e ilimitadamente pelos danos causados aos clientes por ação ou omissão no exercício da advocacia, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar em que possam incorrer.

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

PARECERES E CONTRIBUIÇÕES DO IASP SOBRE A SOCIEDADE INDIVIDUAL DO ADVOGADO

PARECER IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito de Direito Econômico da Universidade Mackenzie, Presidente da Academia
Internacional de Direito e Economia, Presidente do Conselho de Estudos Jurídicos
da Federação do Comércio do Estado de São Paulo
Conselheiro Nato do IASP

São Paulo, 15 de Agosto de 2014.

Prezado Presidente Dr. JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO:

Recebi a consulta do IASP, formulada pelo eminente amigo, que transcrevo e passo a responder:

“Ref. Sociedade de Advocacia Individual

Na qualidade de Presidente da Coordenação de Sociedade Individual dos Advogados, nomeado pelo Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Dr. Marcus Vinicius Furtado Coêlho, submeto à vossa apreciação a presente consulta com base no anexo anteprojeto de alteração do Estatuto da Advocacia para criação da sociedade de advocacia individual.

O anteprojeto, que segue anexo, é fruto de profundos estudos e intenso debate no seio do Instituto dos Advogados de São Paulo, sendo certo que o grupo formado pela Coordenação nomeada, também ofereceu suas sugestões, para o encaminhamento do assunto na forma em que propomos.

Não há dúvida sobre a imperiosa necessidade de criação do tipo societário que permita ao Advogado exercer individualmente sua profissão, permitindo-lhe utilizar-se dos benefícios tributários decorrentes da constituição de uma pessoa jurídica, bem como proporcionando um desenvolvimento no exercício da Advocacia.

Assim sendo, pede-se a opinião de Vossa Excelência acerca dos seguintes quesitos:

1 - É necessária a alteração do Estatuto da Advocacia, que se apresenta com o anexo anteprojeto, pelo fato dos Advogados serem regidos por lei especial? Existiria outro encaminhamento da matéria que pudesse atender, com segurança jurídica, os requisitos legais para a Receita Federal aceitar a inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica?

2 - O Código Civil (Art. 980-A) foi alterado criando a empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI). Tal fato consolida o entendimento da possibilidade da constituição de uma sociedade unipessoal, com apenas um sócio? Há diferença no

tratamento tributário se comparada a sociedade unipessoal com as sociedades com mais de um sócio?

3 - É constitucional e legal a pretensão de constituição de uma sociedade de advocacia individual, ou seja, uma sociedade unipessoal com apenas um sócio?

4 - A sociedade de advocacia individual pode ser considerada uma espécie de pessoa jurídica?

5 - Definida a forma correta de previsão legal da sociedade de advocacia individual, há algum óbice para que a Receita Federal aceite a inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica?

6 - Sendo a sociedade de advocacia individual uma espécie de pessoa jurídica, ela estaria sujeita a todos os regimes tributários existentes, ou que vierem a serem instituídos? A sociedade de advocacia individual teria o mesmo tratamento jurídico tributário próprio das sociedades de advogados?

7 - A sociedade de advocacia individual poderia ser enquadrada na Lei Complementar 147/2014 que instituiu o Supersimples?

8 - Há necessidade de estipular um capital social mínimo a ser integralizado para a constituição da sociedade de advocacia individual?

9 - A nomenclatura utilizada (sociedade de advocacia individual) apresenta-se consentânea com o conceito técnico que indica o exercício individual da advocacia? Quais outras expressões poderiam indicar sem equívoco tal espécie de sociedade?"

Li o anteprojeto de lei que altera o Estatuto do Advogado, não vendo, do ponto de vista formal, qualquer inconstitucionalidade, antes verificando uma adaptação necessária às formas de exercício profissional ou empresarial, jurisdicizadas em decorrência do próprio dinamismo das relações da sociedade atualmente.

O fato de utilizar-se o vocábulo "sociedade" quanto a entidade de uma única pessoa não afeta o anteprojeto, pois, no mundo do direito, as ficções jurídicas são comuns. Assim, por exemplo, embora não haja operação de circulação de mercadorias, na denominada "substituição tributária para a frente" - quando o tributo é recolhido, mesmo sem que haja

qualquer transferência de posse ou propriedade, que poderá, inclusive, nunca ocorrer, recaindo, pois, o tributo sobre operação futura e incerta - de rigor, o tributo incide sobre uma "não circulação". E apesar de não haver circulação, a ficção legal (§ 7º do artigo 150 da C.Federal) é que ela ocorreu, admitindo a Constituição apenas, que se nunca vier a ocorrer, poderá haver a devolução do tributo. Está o dispositivo assim redigido:

"§ 7.º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.(Incluído pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)".

As ficções jurídicas são, portanto, admitidas amplamente no direito, inclusive, no direito tributário.

Uma outra rápida observação é que as EIRELs estão no capítulo das empresas, não sendo a sociedade de advogados uma empresa, mas uma sociedade de prestação de serviços profissionais. Não pratica o advogado atos de mercancia, mas de atuação profissional. Como o anteprojeto é de lei ordinária, assim como o é o Código Civil (art. 980-A), pode uma nova lei estabelecer o mesmo critério adotado pela legislação vigente para as EIRELs.

Passo, agora, a responder, rapidamente, as questões formuladas:

1) É necessária a alteração do Estatuto da Advocacia, que se apresenta com o anexo anteprojeto, pelo fato dos Advogados serem regidos por lei especial? Existiria outro encaminhamento da matéria que pudesse atender, com segurança jurídica, os requisitos legais para a Receita Federal aceitar a inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica?

Considero o anteprojeto constitucional, atendendo a necessidade de adaptação da estrutura legal do exercício advocatício, com a formação de "sociedades" individuais. A terminologia adotada é uma ficção jurídica possível, nos moldes das EIRELs do Código Civil. Não poderá a Receita Federal impedir que gozem as "sociedades" de advogados, de tais características e condições, se a proposta for transformada em lei, pois, pelos artigos 109 e 110 do CTN, assim redigidos:

“Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias”,

não tem competência, o legislador tributário, para alterar conformações jurídicas de direito privado.

2) O Código Civil (Art. 980-A) foi alterado criando a empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI). Tal fato consolida o entendimento da possibilidade da constituição de uma sociedade unipessoal, com apenas um sócio? Há diferença no tratamento tributário se comparada a sociedade unipessoal com as sociedades com mais de um sócio?

Entendo que sim. Trata-se de uma empresa profissional nos moldes das EIRELIs. O vocábulo “sociedade” pode ser usado, como ficção jurídica, para empresa profissional de um só sócio. E, à evidência, se for tida por uma “sociedade individual”, o tratamento tributário deverá ser o mesmo das sociedades com mais de um sócio.

3) É constitucional e legal a pretensão de constituição de uma sociedade de advocacia individual, ou seja, uma sociedade unipessoal com apenas um sócio?

Da mesma forma que a legislação civil criou as EIRELIs, com a incorporação de mais um artigo ao Código Civil, poderá criar o tipo de entidade proposto no anteprojeto. O artigo 980-A está assim redigido:

“Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011) (Vigência)

§ 1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão “EIRELI”

após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011) (Vigência)

§ 2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011) (Vigência)

§ 3º A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011) (Vigência)

§ 4º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011) (Vigência)

§ 5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011) (Vigência)

§ 6º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011) (Vigência)”.

Ora, o anteprojeto, se transformado em projeto de lei e por fim em lei, estará criando, sem nenhuma maculação à Carta Magna, uma “sociedade” advocatícia de um só sócio, nos moldes do artigo 980-A do C.C.

4) A sociedade de advocacia individual pode ser considerada uma espécie de pessoa jurídica?

Pelos argumentos atrás apresentados a sociedade de advocacia individual, será, tal qual ocorreu com as EIRELs, considerada, por lei, pessoa jurídica e terá o mesmo tratamento jurídico voltado à advocacia, que as EIRELs ostentam.

5) Definida a forma correta de previsão legal da sociedade de advocacia individual, há algum óbice para que a Receita Federal aceite a inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica?

A questão não é de haver óbice. A Receita está proibida de criar óbice. Não pode desconhecer que os artigos 109 e 110 do CTN impedem qualquer alteração do direito civil pela lei tributária, muito embora possa dar a seus institutos, efeitos tributários. Por efeitos tributários, todavia, não se pode pretender, por exemplo, dar tratamento desigual a situações equivalentes, por força do que estabelece o artigo 150, inc. II da lei suprema, estando o dispositivo assim redigido:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

.....

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

6) Sendo a sociedade de advocacia individual uma espécie de pessoa jurídica, ela estaria sujeita a todos os regimes tributários existentes, ou que vierem a serem instituídos? A sociedade de advocacia individual teria o mesmo tratamento jurídico tributário próprio das sociedades de advogados?

Sim, estaria sujeita a todos os regimes jurídicos tributários a que as sociedades de advogados existentes estão, visto que, para efeitos da lei, a “sociedade” individual de advogados será idêntica à sociedade de vários advogados, por ficção jurídica legalmente criada. De rigor, na minha pessoal visão, poderia ser chamada “empresa profissional”, linguagem do Código Civil, já que entendo não ser a “empresa profissional” uma “empresa mercantil” nem ter objeto assemelhado, mas uma empresa prestadora de serviços com características pertinentes às peculiaridades da advocacia. Por esta razão, seu tratamento jurídico teria que ser rigorosamente igual ao das sociedades de advogados.

7) A sociedade de advocacia individual poderia ser enquadrada na Lei Complementar 147/2014 que instituiu o Supersimples?

Poderia, por força do § 5º-I do artigo 18, inciso XII, da LC 147/2014, cuja redação é a seguinte:

“§ 5º-I. Sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 17 desta Lei Complementar, as seguintes atividades de prestação de serviços serão tributadas na forma do Anexo VI desta Lei Complementar: (Produção de efeito)

.....

XII - outras atividades do setor de serviços que tenham por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, desde que não sujeitas à tributação na forma dos Anexos III, IV ou V desta Lei Complementar”,

visto que se trata de atividade de natureza profissional técnica.

8) Há necessidade de estipular um capital social mínimo a ser integralizado para a constituição da sociedade de advocacia individual?

O capital social já está determinado no anteprojeto, que, se transformado em lei, terá que ser respeitado pela Receita Federal.

9) A nomenclatura utilizada (sociedade de advocacia individual) apresenta-se consentânea com o conceito técnico que indica o exercício individual da advocacia? Quais outras expressões poderiam indicar sem equívoco tal espécie de sociedade?”.

Como disse na introdução, uma sociedade individual é uma ficção jurídica, pois as sociedades deveriam ter mais de uma pessoa participante. Em direito tributário, todavia, as ficções são possíveis. Coordenei, neste sentido, Simpósio de Direito Tributário no Centro de Extensão Universitária – CEU, em que a matéria foi tratada como possível. No caso do IPI, por exemplo, temos estabelecimentos interdependentes, que são varejistas ou distribuidores, equiparados a indústrias, para efeitos de incidência do imposto, verdadeira ficção jurídica para um tributo que tem natureza de industrialização e não de comércio.

Poder-se-ia utilizar o termo “empresa profissional” ou “empresa advocatícia”, dada a ausência da característica de atividade mercantil, denotada pela própria adjetivação de advocacia. Não sou, todavia, contrário ao termo “sociedade individual de advocacia”. O Simpósio a que me referi assim concluiu a questão nº 1:

“1ª. questão: Em que as presunções se distinguem das ficções jurídicas e dos indícios? Compatibilizam-se presunções com os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação?”

.....

Na ficção a lei atribui a determinado fato, coisa, pessoa ou situação característica ou natureza que, no mundo real, não existem nem podem existir”¹.

10) Ao criar a figura da “sociedade unipessoal” para uma profissão não empresária mas regulamentada (Advogados) estaria o legislador ferindo o artigo 150, II da Constituição Federal? Em caso positivo, não seria o caso desta sociedade unipessoal também se estender a todos aqueles que exercem profissão intelectual de natureza científica, literária e artística?

Entendo que não, pois o artigo é destinado aos efeitos da lei tributária, e não à conformação da lei civil, que é ampla, no que concerne à conformação de seus princípios, institutos e normas. Nada impediria, todavia, que se criassem sociedades da mesma conformação nas outras áreas. O que a lei tributária, todavia, tem que respeitar, pelo princípio da equivalência do inciso II do artigo 150, é a igualdade entre a sociedade que se criou e as EIRELs.

S.M.J.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

1. Caderno de Pesquisas Tributárias nº 10 – Taxa e preço público, Co-edição CEEU/Resenha Tributária, 1985, p. 353/4.

PARECERES E CONTRIBUIÇÕES DO IASP SOBRE A SOCIEDADE INDIVIDUAL DO ADVOGADO

PARECER FÁBIO ULHOA COELHO

FÁBIO ULHOA COELHO

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da PUCSP
Associado Efetivo do IASP

São Paulo, 25 de agosto de 2014

Excelentíssimo Senhor Doutor José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro
DDº Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo

Senhor Presidente,

Honrou-me V.Exa. ao solicitar opinião acerca do Anteprojeto de alteração do Estatuto da Advocacia, destinada a introduzir no direito brasileiro e disciplinar a sociedade unipessoal de advocacia. Referido Anteprojeto foi elaborado no âmbito da Coordenação de Sociedade Individual dos Advogados do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, presidido por V.Exa., a partir de contribuição inicial do Instituto dos Advogados de São Paulo.

Desde logo, cumprimento V.Exa., bem como o Excelentíssimo Senhor Presidente do Conselho Federal da OAB, Dr. Marcus Vinicius Furtado Coêlho, pela oportuna iniciativa de dotar o advogado de mais este instrumento para o exercício profissional: a sociedade de advocacia individual (S.A.I.).

Está já assentada, na doutrina comercialista, há vários anos, a plena juridicidade da sociedade unipessoal. A partir da formulação original de Tulio Ascarelli, identificando o contrato de sociedade como *plurilateral* (*Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945, pgs. 273/332), a doutrina evoluiu consistentemente para a teoria do *contrato-organização*, desenvolvida, entre nós, percutientemente por Calixto Salomão Filho (*O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 1998, pgs. 33/40). A constituição de uma sociedade por meio de declaração unilateral de vontade do seu único sócio é decorrência lógica inafastável desta evolução doutrinária, que logo foi abraçada pelo legislador.

A sociedade unipessoal existe em vários direitos, como no dos Estados Unidos e de todos os países da Comunidade Europeia. A rigor, o brasileiro, ao admitir, a partir de julho de 2011, a “Empresa Individual de Responsabilidade Limitada” - EIRELI (Código Civil, art. 980-A) filiou-se tardiamente ao movimento de reforma legislativa, iniciada em 1926 em Liechtenstein, de superação do pluralismo de sócios como exigência para a formação de sociedade (meu *Curso de direito comercial*. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, vol. II, pgs. 45/46).

Mesmo antes da EIRELI, o direito brasileiro já conhecia a figura da sociedade unipessoal. Desde 1976, a Lei n. 6.404 disciplina a *subsidiária integral* (art. 251); e, em 2003, o Código Civil autorizou a sociedade de um único sócio, desde que incidental e transitória a unipessoalidade (art. 1.033, IV). Daí à aceitação plena da sociedade unipessoal foi um passo: se não há empecilho a que ela exista regularmente durante certo tempo, por que haveria em ela existir, desde o início, com um sócio apenas?

Por certo, o advogado não pode constituir uma EIRELI. O exercício da nossa profissão é cercado de especificidades, que afastam a incidência da regra geral do Código Civil. Em suma, a advocacia não é uma “empresa”, embora possa circunstancialmente aproximar-se, em certos casos, da atividade empresarial. Deste modo, apenas o Estatuto da Advocacia pode disciplinar a sociedade unipessoal de advogados.

A oportunidade do Anteprojeto, portanto, é patente. Assim como as EIRELIs visavam, entre outros objetivos, desestimular a admissão de sócios com mínima participação no capital social, apenas para composição da dualidade, também a S.A.I. contribuirá para o fim daqueles acertos ocasionais, em que advogados se associam não porque pretendam realmente constituir uma sociedade, mas apenas para poderem usufruir de regime tributário mais condizente com a realidade econômica do país.

E não há dúvidas de que a S.A.I., sendo pessoa jurídica classificada como sociedade unipessoal, não poderia ser submetida a qualquer regime tributário diverso do vigente para as demais pessoas jurídicas classificadas como sociedades (entre as quais as “sociedades de advogados”, disciplinada no nosso Estatuto). Submetê-la a regime diferente importaria em flagrante desrespeito ao princípio da igualdade tributária.

Senhor Presidente, examinei o Anteprojeto e o considero interia, perfeita e plenamente adequado ao propósito de criação da sociedade unipessoal de advocacia no direito brasileiro.

Permitir-me-ia apenas duas observações, a título de contribuição para o seu eventual aprimoramento.

Proponho a supressão do capital social mínimo. Mesmo no caso da EIRELI, trata-se de exigência desnecessária. O alegado objetivo do legislador teria sido o de “impedir fraudes”. Mas para os especialistas em direito societário, não se vislumbra como a exigência formal

de capital mínimo poderia ter tal efeito.

Mas ainda que tal exigência contribua (de algum modo não perceptível aos olhos dos especialistas) para a coibição de fraudes, diante da inexistência de qualquer mecanismo de controle da realidade do capital social, os órgãos registrários simplesmente não têm como impedir a regular constituição de EIRELI com capital simulado.

Como a OAB poderia controlar a realidade do capital social declarado no ato constitutivo da S.A.I.? Apenas mediante a ulterior exibição, pelo requerente, da conta bancária aberta em nome da pessoa jurídica, com o primeiro lançamento correspondendo ao depósito do capital integralizado.

Ora, como para a abertura da conta bancária, a S.A.I. deve antes estar registrada na OAB e inscrita no CNPJ, a realidade do capital social somente poderia ser controlada *a posteriori*. Em suma, a exigência legal resultaria apenas na contingência de cada Seccional criar novos procedimentos de controle burocrático, de modo a verificar se o responsável pela S.A.I. providenciou o depósito do capital social como primeiro movimento financeiro da nova pessoa jurídica.

Isto sem falar que a prova da realidade do capital social, no caso de constituição da S.A.I. por concentração de quotas (art. 15, § 8º) exigiria do requerente que exibisse à OAB o primeiro extrato da primeira conta bancária da pessoa jurídica, logo após sua constituição, para conferir se o primeiro lançamento coincide com o capital social declarado no ato constitutivo. Submeter os colegas a esta providência, sem que disto resulte qualquer proveito real, é desaconselhável.

Até mesmo porque este único meio de controle da realidade do capital social (primeiro lançamento na conta bancária) é totalmente inócuo. Nada impede que o titular da EIRELI ou da S.A.I. reembolse, no dia seguinte, a quase totalidade do montante depositado.

Minha primeira sugestão, assim, é a eliminação da exigência de capital mínimo.

A segunda contribuição a que me permito diz respeito à denominação da S.A.I.. Sugiro que o § 5º do art. 16 do Estatuto da Advocacia passe a ter a seguinte redação: “A denominação da sociedade de advocacia individual deve ser obrigatoriamente formada pelo nome de seu titular, completo ou parcial, seguido da expressão ‘sociedade de advocacia

individual' ou 'advocacia individual', ou, ainda, da sigla 'S.A.I.'". Nos papéis, cartões, sites e em qualquer outro instrumento de apresentação do profissional, pode ser proveitoso ele poder contar com outras alternativas mais simples de identificação.

Ponho-me à inteira disposição de V.Exa. para o que puder ser útil, relativamente ao Anteprojeto.

Saudações

Fábio Ulhoa Coelho

**PARECERES E CONTRIBUIÇÕES DO IASP
SOBRE O DIREITO DE DESCANSO DO ADVOGADO**

REQUERIMENTO CONJUNTO DA
OABSP, AASP E IASP

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, a Associação dos Advogados de São Paulo e o Instituto dos Advogados de São Paulo vêm, perante Vossas Excelências, reiterar o pedido que seja estabelecido a suspensão de prazos e audiências, que não forem urgentes, de 7 a 20 de janeiro de 2015, requerendo que a questão seja analisada na sessão de 07 de outubro de 2014, do E. Conselho Superior da Magistratura, com direito à sustentação oral, aduzindo os seguintes argumentos:

O pedido deve ser acolhido, pois:

1) é constitucional;

2) obedece a Declaração Universal dos Direitos do Homem;

3) é da competência do E. Conselho Superior da Magistratura, sem nenhuma restrição imposta pelo Conselho Nacional de Justiça;

4) diversos outros Tribunais acataram esse pedido, tais como, exemplificativamente, os Tribunais de Justiça do Distrito Federal, Mato Grosso, Santa Catarina, Piauí, Rio Grande do Sul, o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª. Região e o Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo;

5) se coaduna com a legislação em perspectiva com o advento do novo Código de Processo Civil;

6) não serão mais duas semanas que ocasionarão lentidão ou denegação de Justiça aos cidadãos que são representados pelos Advogados;

7) representa a sensibilidade e o respeito desse E. Tribunal com os Advogados para que possam ter o seu merecido período de descanso, invariavelmente com a família e os filhos em período de recesso escolar.

A primeira análise deve ser ocorrer no âmbito da constitucionalidade.

Nesse sentido, o direito pleiteado para os Advogados tem seu fundamento no direito social constitucional à saúde, previsto no *caput* do art. 6º da Constituição Federal, cuja proteção deve ocorrer no âmbito físico e mental. A partir de tal premissa, o inciso XVII garante o gozo de férias anuais para os trabalhadores.

Ainda, o direito ao descanso anual é coroado pelo art. 24 da Declaração Universal dos Direitos do Homem ao estabelecer que “Toda a pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres e, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e a férias periódicas pagas.”

O merecido descanso, que é direito de todo trabalhador, garantido pela Constituição Federal e pela Declaração Universal dos Direitos do Homem é uma realidade distante para a maioria dos 350 mil Advogados do Estado de São Paulo que trabalham sozinhos, sem nenhuma estrutura societária, bastando verificar que há cerca de 19 mil sociedades de advogados registradas na OAB.

Diante da ausência de disposição legal uniforme sobre o assunto, alguns tribunais brasileiros, mesmo que não integrantes da Justiça Federal, adotam o comando do art. 62, I, da lei 5.010/66, como parâmetro para a fixação do recesso de final de ano, que estabelece: “Além dos fixados em lei, serão feriados na Justiça Federal, inclusive nos Tribunais Superiores: os dias compreendidos entre 20 de dezembro e 6 de janeiro, inclusive”.

Pelo texto do novo CPC, PL 8.046/10, cujo substitutivo já foi aprovado no plenário da Câmara e encontra-se para análise no Senado, **em vias de aprovação**, os prazos ficarão suspensos de 20/12 a 20/01, o que garantirá, por consequência, um período de férias para os Advogados, *verbis*:

“Art. 220. Suspende-se o curso do prazo processual nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, inclusive.

§ 1º Ressalvadas as férias individuais e os feriados instituídos por lei, os juízes, os membros do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia Pública e os auxiliares da Justiça exercerão suas atribuições durante o período a que se refere o *caput*.

§ 2º Durante o prazo a que se refere o *caput*, não serão realizadas audiências nem

julgamentos por órgão colegiado.”

Sendo de inegável competência desse Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e considerando o exemplo de inúmeros outros Tribunais, como: os Tribunais de Justiça do Distrito Federal, Mato Grosso, Santa Catarina, Piauí, Rio Grande do Sul, o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª. Região e o Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo (documentos anexos); o período solicitado coincide com a época de menor demanda no Judiciário.

Nesse contexto, dentre todas as carreiras jurídicas e pessoas que integram a administração da Justiça, somente os Advogados não têm período de férias, pois a maioria tem seu calendário de trabalho vinculado às intimações judiciais dos mais de 20 milhões de processos que tramitam na Justiça Bandeirante.

Tal ocorre pela evidente vinculação que o Advogado tem com a causa, decorrente do mandato que recebe do seu cliente, cuja duração é longa e imprevisível, havendo intimações de decisões judiciais que demandam cumprimento de prazos peremptórios.

Assim sendo, os Advogados, por via oblíqua dependem desse E. Conselho Superior da Magistratura, para dentro da competência de regulamentar o expediente forense, estabelecer o adequado funcionamento que lhes garanta um período de descanso das atividades laborais, como qualquer outro trabalhador, seja do setor público, seja da iniciativa privada.

Isso posto, pelos argumentos supra expostos, cujo fundamento jurídico salta aos olhos, e para o desempenho satisfatório das atividades do Advogado que exerce função social e é considerado indispensável à administração da Justiça, nada mais justo estabelecer a suspensão de prazos e audiências, que não forem urgentes, de 7 a 20 de janeiro de 2015.

ITA SPERATUR.

MARCOS DA COSTA – Presidente da OABSP

SÉRGIO ROSENTHAL – Presidente da AASP

JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO – Presidente do IASP

**PARECERES E CONTRIBUIÇÕES DO IASP
SOBRE O DIREITO DE DESCANSO DO ADVOGADO**

PROVIMENTO 2.216/2014

Dispõe sobre a suspensão de prazos processuais do Foro Judicial de Primeira e Segunda Instâncias do Estado de São Paulo, no período de 7 a 18 de janeiro de 2015.

O CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA, no uso de suas atribuições legais, CONSIDERANDO pedido conjunto e expresso formulado pela ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, Secção de São Paulo, pela ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO e pelo INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO, no sentido da suspensão dos prazos processuais em período certo do mês de janeiro de 2015;

CONSIDERANDO que o pedido está assentado nos artigos 6.º e 7.º, inciso XVII, da Constituição Federal, que estabelecem o direito à saúde e ao gozo de férias anuais aos trabalhadores;

CONSIDERANDO que a suspensão dos prazos processuais em período curto não ensejará prejuízos aos jurisdicionados, notadamente porque o Poder Judiciário do Estado de São Paulo estará em atividade plena, em Primeiro e Segundo graus, e não atuará nos dias úteis em sistema de plantão;

RESOLVE:

Artigo 1.º - No período de 7 de janeiro a 18 de janeiro de 2015, consistente em 8 dias úteis, ficam suspensos os prazos processuais de qualquer natureza e a realização de audiências e sessões de julgamento, em Primeiro e Segundo graus.

Parágrafo 1.º - O expediente das Unidades do Tribunal de Justiça, em Primeiro e Segundo graus, será normal.

Artigo 2.º - O disposto no artigo 1.º deste Provimento não se aplica às ações envolvendo réus presos, às ações envolvendo o interesse de menores e as ações cautelares de qualquer natureza, tampouco a prática de ato processual de natureza urgente em ação de qualquer natureza.

Artigo 3.º - Este Provimento entra em vigor na data de sua publicação.

REGISTRE-SE. PUBLIQUE-SE. CUMPRA-SE.

São Paulo, 13 de outubro de 2014.

JOSÉ RENATO NALINI, Presidente do Tribunal de Justiça, EROS PICELI, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, HAMILTON ELLIOT AKEL, Corregedor Geral da Justiça, SÉRGIO JACINTHO GUERRIERI REZENDE, Decano, ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO, Presidente da Seção de Direito Privado, GERALDO FRANCISCO PINHEIRO, Presidente da Seção de Direito Criminal, RICARDO MAIR ANAFE, Presidente da Seção de Direito Público.

PARECERES E CONTRIBUIÇÕES DO IASP
SOBRE O PARALEGAL

PROJETO DE LEI 5.749/2013

PROJETO DE LEI Nº 5.749, DE 2013

Altera a Lei 8.906, de 04 de julho de 1994, dispondo sobre a criação da figura do paralegal.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. Esta Lei institui a figura do paralegal e estabelece os requisitos necessários à inscrição na OAB sob essa designação.

Art. 2º. O Art. 3º, §2º, da Lei 8.906/94, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 3º

§1º

§ 2º O estagiário de advocacia e o paralegal, regularmente inscritos, podem praticar os atos previstos no art. 1º, na forma do regimento geral, em conjunto com advogado e sob responsabilidade deste.” (NR)

Art. 3º. Fica acrescido o art. 9º-B à Lei 8.906/94, com a seguinte redação:

“Art. 9º-B: Para a inscrição como paralegal é necessário:

I – capacidade civil;

II – diploma ou certidão de graduação em Direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada;

III – título de eleitor e quitação do serviço militar, se brasileiro;

IV – não exercer atividade incompatível com a advocacia;

V – idoneidade moral;

VI – prestar compromisso perante o Conselho.

§1º A inscrição do paralegal deve ser feita no Conselho Seccional em cujo território pretende o interessado estabelecer o seu domicílio profissional.

§2º. A inscrição como paralegal será deferida por tempo indeterminado, sendo automaticamente cancelada em caso de obtenção de inscrição como advogado.

§3º Além da hipótese de cancelamento prevista no artigo anterior, cancela-se a inscrição do paralegal que:

I – assim o requerer;

II – falecer;

III – passar a exercer, em caráter definitivo, atividade incompatível com a advocacia;

IV – perder qualquer um dos requisitos para a inscrição.

§4º. Ocorrendo uma das hipóteses dos incisos II e III, o

cancelamento deve ser promovido, de ofício, pelo Conselho competente ou em virtude de comunicação por qualquer pessoa.

§5º. Na hipótese de novo pedido de inscrição, que não restaura o número de inscrição anterior, deve o interessado fazer prova dos requisitos dos incisos I, IV, V e VI do art. 2º.” (NR)

Art. 4º. Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

JUSTIFICATIVA

As estatísticas apontam a existência de cerca de 5 (cinco) milhões de bacharéis em Direito no Brasil, potenciais candidatos à inscrição dos quadros da OAB. Os atuais 750 (setecentos e cinquenta) mil advogados já colocam o Brasil no ranking dos três países com maior número desses profissionais, tanto em números absolutos quanto per capita, ao lado de Estados Unidos e Índia.

Esse verdadeiro exército de bacharéis que, sobretudo por não lograrem êxito no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil, ficam fora do mercado de trabalho, vive um legítimo drama social. Após dedicarem cinco anos de suas vidas, com grande investimento pessoal e financeiro, descobrem-se vítimas de verdadeiro estelionato educacional. A reprovação do Exame de Ordem mostra que, mesmo após tanto esforço, a faculdade não lhes forneceu o necessário conhecimento para o exercício da advocacia.

Assim, com a inscrição de estagiário já expirada (o prazo é de 2 (dois) anos a partir do terceiro ano do curso de Direito), e sem a inscrição como advogado, esse bacharel se vê em um verdadeiro limbo profissional, sem poder exercer legitimamente a atividade para a qual buscou se preparar.

A solução para esse problema, no entanto, não pode ser a extinção desse Exame, como por vezes se aventa.

Ainda que sejam vítimas do sistema educacional, a reprovação no exame de ordem

mostra que o candidato ainda não está preparado para assumir a responsabilidade perante a sociedade exigida do advogado. O Advogado lida com vidas, patrimônio, saúde, e deve estar bem preparado para não acabar prejudicando a tutela dos direitos daqueles que representa.

A solução que ora se aventa parece mais razoável: conferir status jurídico, perante a OAB, ao bacharel que ainda carece desse requisito fundamental à sua inscrição como advogado: a aprovação no Exame de Ordem.

Para tanto, confere-se a ele a possibilidade de se inscrever como paralegal, com direitos, prerrogativas e deveres, semelhantes ao do estagiário de direito, exceto que tal inscrição não seria limitada no tempo. A criação dessa função, que já convive de forma profícua com as demais profissões jurídicas nos Estados Unidos da América, parece ser a solução intermediária ideal para, de um lado, resguardar o interesse da sociedade e, de outro, retirar do limbo profissional esses milhões de bacharéis que hoje carecem de status jurídico.

Diante da relevância da matéria, peço aos nobres Pares o apoio e aprovação da proposição.

Sala da Comissão,
Deputado SERGIO ZVEITER
PSD/RJ

PARECERES E CONTRIBUIÇÕES DO IASP
SOBRE O PARALEGAL

MANIFESTO CONTRA O PARALEGAL DO
COLÉGIO DE PRESIDENTES DE INSTITUTOS
DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Manifestação de repúdio ao Projeto 5.479/2013, que propõe a criação da categoria profissional de paralegais, apresentado ao Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil, proposta pelo Dr. José Anchieta da Silva, Ex-Presidente do Colégio de Presidentes e Membro Nato do Conselho Superior do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, na sessão realizada em Porto Alegre, no dia 04 de setembro de 2014.

O Colégio de Presidentes acolheu, à unanimidade, a proposição abaixo, redigida pelo proponente, com acréscimos apresentados pelos presentes, que entenderam que o projeto também prejudica a atuação dos estagiários que ficaria limitada. Estiveram presentes na referida reunião do Colégio de Presidentes os Doutores: Sulamita Santos Cabral, Presidente do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul e Presidente do Colégio de Presidentes; José Anchieta da Silva, Membro Nato e representante do Instituto dos Advogados de Minas Gerais e Ex-Presidente do Colégio de Presidentes; Tércio Lins e Silva, Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros; Fernando Fragoso, Membro Nato do IAB e Ex-Presidente do Colégio de Presidentes; José Horácio H. Rezende Ribeiro, Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo; Evandro F. de Viana Bandeira, Presidente do Instituto dos Advogados do Mato Grosso do Sul; Ricardo José da Rosa, Vice-Presidente do Instituto dos Advogados de Santa Catarina; Carlos Mário da Silva Velloso Filho, Presidente do Instituto dos Advogados do Distrito Federal; Antônio Mário de Abreu Pinto, Conselheiro Representante do Instituto dos Advogados de Pernambuco; Silvino Joaquim Lopes Neto, Membro Nato e Presidente do Conselho Superior do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul; Maria Isabel Pereira da Costa, 2ª Diretora Financeira, designada como Secretária da Sessão.

BACHAREL EM DIREITO NÃO É “PARALEGAL”

Tramita no Congresso Nacional, em Brasília, o equivocado projeto de lei nº 5.479/2013 que, a pretexto de criar a categoria profissional dos “paralegais”, atribui esse rótulo aos bacharéis em direito malsucedidos no “Exame da Ordem”. Assim, aqueles que reprovados pela Ordem dos Advogados do Brasil estariam, automaticamente, acomodados dentro dessa nova profissão: dos “paralegais”.

O Brasil não conhece, por tradição, a profissão dos “paralegais”. Poderá, todavia, vir a conhecê-la. Mas esta não é a questão. Ocorre que bacharel em Direito não é um “paralegal”. Os cursos de direito não conferem a seus bacharéis essa qualificação. Com a péssima formação que o ensino jurídico dedica aos estudantes em geral – e ressaltamos, há ilhas de excelência de ensino jurídico no Brasil – já são mais de um milhão de pessoas reprovadas

no exame da OAB. Este número cresce, geometricamente, a cada nova edição desse exame de habilitação, indispensável, no Brasil, à admissão como advogado.

A solução simplista e equivocada de abrigar esses bacharéis como “paralegais” leva a questão à situação do inusitado. Nas provas e nos concursos em geral, de aferição de conhecimento, premia-se o saber dos vencedores. Com esses “paralegais”, seria, o Brasil, o único lugar no mundo onde a pessoa, é promovida, ganhando uma profissão. Na maioria dos casos, esses pobres bacharéis já foram enganados por uma vez, ao frequentarem cursos desprovidos de condições mínimas de ensino. Não podem, com rótulo novo, ser enganados mais uma vez.

Na medida em que tal projeto se convolve em lei – vade retro – os próximos passos, já se antevê: esses mais de um milhão diplomados nos cursos de direito, reprovados no Exame de Ordem (exatamente os que demonstraram inaptidão para o exercício da advocacia) formariam um “sindicato” ou algo do gênero. Em seguida, viria uma pressão sobre a OAB e assim, de novo, se reabre a demanda sobre a manutenção do Exame de Ordem. O risco de se comprometer a advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil é maior do que parece.

É falsa a argumentação de que esse contingente de bacharéis estaria nos escritórios de advocacia. Ao contrário, a esses escritórios só interessa o profissional capaz, habilitado na Ordem dos Advogados do Brasil. De outro modo, a qualidade de seus serviços estaria posta em cheque, já que realizado por mãos inabilitadas.

É preciso trazer a texto que a função dos “paralegais” não pode se confundir com a função do advogado. O radical “para”, de origem grega, corresponde a estar ao lado, não no mesmo lugar. Para o exercício de suas funções, necessariamente auxiliares, presume-se, a pessoa deve deter habilidades variadas, como a organização da agenda, o manuseio de computadores e sistemas de comunicação, a confecção de relatórios; são trabalhos que reclamam outro tipo de formação. Dessa equivocadamente pretendida acomodação do exercito de bacharéis frustrados como “paralegais”, resultaria, na verdade, uma humilhação desse contingente, a todos ludibriando, inclusive a si próprio.

O Brasil detém, hoje, aproximadamente 1.260 Faculdades de Direito, e o resto do mundo, somado, possui 1.100 (dados da OAB/SP). Está aí, certamente, a origem do problema. É preciso impedir que esse projeto, que já venceu a etapa da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, em Brasília, se transforme em lei.

A proposta compromete e conspira contra a lei que rege o estágio profissional. Também como proteção à cidadania, urge a rejeição à esse projeto, tendo em vista os prejuízos que a atuação desses bacharéis reprovados no Exame da OAB, poderiam causar à Sociedade.

PARECERES E CONTRIBUIÇÕES DO IASP SOBRE O PARALEGAL

PARECER DA COMISSÃO DOS NOVOS
ADVOGADOS DO IASP SOBRE O PROJETO
DE LEI 5.749/2013

SUMÁRIO

1. Relatório; 2. Fundamentação; 3. Conclusão.

PARECER SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 5.749/2013

PL. Nº 5.749/2013. INCLUSÃO DA FIGURA DO PARALEGAL NO ESTATUTO DA OAB (LEI Nº 8.096/94). DESNECESSIDADE. DESESTÍMULO À MELHORA DO ENSINO JURÍDICO.

1. RELATÓRIO

Aos 27 de Agosto de 2014, em reunião ordinária da Comissão de Novos Advogados, foi trazido à discussão o Projeto de Lei nº 5.749/2013, de autoria do deputado Sergio Zveiter, que altera o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.096/94, para instituir a figura jurídica do paralegal e estabelecer os requisitos e procedimentos necessários à inscrição nos quadros da OAB sob tal designação.

Pela proposta, todo bacharel em Direito sem registro como advogado poderá inscrever-se como paralegal para exercer as mesmas atividades do estagiário de Direito, que pode trabalhar na área desde que esteja em conjunto com advogado e sob responsabilidade deste.

Como justificativa, o autor do projeto sustenta que existem no Brasil cerca de cinco milhões de bacharéis em Direito que ainda não lograram aprovação no Exame da OAB, os quais se encontram em um “limbo profissional”, pois perderam sua inscrição como estagiário e ainda não podem atuar como advogados, ficando, portanto, fora do mercado de trabalho. O autor acrescenta que a função seria criada sem limitação no tempo, como já ocorre nos Estados Unidos da América, sendo, em seu entendimento, a melhor forma de incluir os referidos bacharéis no mercado de trabalho.

No entanto, em negociações na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, prevaleceu o entendimento pela limitação da atuação do paralegal por um prazo de até três anos, período após o qual o bacharel em Direito precisará ser aprovado no exame da OAB para poder continuar praticando os atos descritos no art. 1º do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil.

Nesta trilha, a coordenação da CNA solicitou a elaboração do presente, com uma análise crítica da matéria ora relatada, sobre a qual passo a opinar.

2. FUNDAMENTAÇÃO

De início, observa-se que a estimativa do número de bacharéis em Direito sem registro na OAB carece de qualquer pesquisa ou indicador capaz de comprovar a existência de contingente tão expressivo, na ordem de cinco milhões de bacharéis, o que coloca em dúvida a verossimilhança deste dado.

Outrossim, mesmo se admitido tal número, forçoso de se reconhecer que a estatística é precária na medida em que se baseia em número absoluto, sem desconsiderar quem optou por exercer as demais atividades ligadas à área jurídica que vão além da advocacia, menos ainda quem decidiu por mudar de carreira ou até mesmo em empreender em um novo negócio.

Não obstante estas incorreções, há de se reconhecer que existe de fato uma preocupação na sociedade brasileira com relação aos bacharéis que não logram êxito no Exame da Ordem, sendo esta uma questão frequentemente em pauta na mídia e nos meios acadêmicos.

Contudo, é inegável que a raiz deste problema foi a banalização do ensino jurídico no país, onde os cursos nesta área se proliferaram de forma descontrolada, passando de, aproximadamente, 200 na década de 1990, para os mais de 1300 existentes segundo os últimos levantamentos. Neste ponto, vale lembrar que há no Brasil mais faculdades de Direito do que a soma de todas as presentes nos demais países do mundo¹.

Feita esta constatação, resta analisar se o projeto idealizado atingirá a sua finalidade de regular nova carreira jurídica ou se será mera medida com efeito paliativo para tirar os bacharéis do mencionado “limbo profissional”. Para tanto, faz-se necessário o estudo da realidade americana na qual o projeto foi inspirado.

Consta do site da American Bar Association, equivalente à OAB nos Estados Unidos, que um *“paralegal é uma pessoa qualificada por formação, treinamento ou experiência de trabalho, empregada por um advogado, escritório jurídico, corporação, agência governamental ou outra entidade, que desempenha especificamente trabalho legal delegado, pelo qual*

1. Disponível em < <http://www.oab.org.br/noticia/20734/brasil-sozinho-tem-mais-faculdades-de-direito-que-todos-os-paises>>. Acesso em 15/09/2014.

o advogado é responsável”.

De mais a mais, verifica-se que *“geralmente, paralegais não podem representar os clientes nos tribunais, tomar depoimentos, ou assinar petições”*².

Ou seja, o paralegal nos Estados Unidos da América não pode exercer atividades privativas dos advogados, como postular em juízo e prestar consultoria, ainda que esteja sob a supervisão de um advogado. Vê-se, portanto, que o projeto em análise fugiu do modelo americano e atribuiu aos paralegais poderes que vão além daqueles que seriam necessários para o exercício de uma função de assessoramento.

Note-se ainda que nos EUA a função de paralegal foi regulamentada como uma carreira profissional, sem exclusividade aos bacharéis em Direito, tampouco limite no tempo, de modo que não se trata de categoria intermediária ou provisória para quem ainda não tenha logrado êxito no Exame da Ordem.

Esta questão é de extrema relevância ao passo que o projeto em análise foi modificado para limitar por até três anos a atuação do paralegal no Brasil, o que faz cair por terra a justificativa de que estaria sendo criada mais uma opção para os profissionais da área jurídica.

Deste modo, o modelo proposto desvirtuou a figura original do paralegal, pois se pretende criar situação jurídica temporária e não uma carreira profissional, que sequer resolverá a situação dos bacharéis, os quais permanecerão no “limbo profissional” se não conseguirem êxito no Exame da Ordem ao final do terceiro ano como paralegal.

Acrescente-se ainda que a figura também foi desvirtuada pelo seu exercício ter sido restringido aos bacharéis em Direito, que ainda terão poder de postular em juízo, em total contradição com a carreira que inspirou o projeto. Isto, pois nos EUA qualquer pessoa devidamente capacitada como paralegal pode exercer a função para auxiliar o advogado nas atividades que não lhe são privativas.

Em outras palavras, após uma análise da realidade americana em conjunto do modelo proposto no referido projeto, denota-se claramente a finalidade do projeto para o

2. Disponível em <http://www.americanbar.org/groups/paralegals/resources/information_for_lawyers_how_paralegals_can_improve_your_practice.html> . Acesso em 15/09/2014.

bacharel em Direito exercer, não a função de paralegal ou de assistência jurídica, mas a própria de advogado (ainda que supervisionada).

E, neste tocante, vale frisar que o “limbo profissional” em que se encontram os referidos bacharéis é resultado da precarização do ensino jurídico brasileiro, tendo em vista que as faculdades não fornecem o mínimo de conteúdo para a formação técnica; todavia, em que pese a negligência do sistema educacional, o resultado do exame demonstra que não estão preparados para assumir a responsabilidade de lidar com a vida, a saúde e o patrimônio dos jurisdicionados.

Finalmente, ressalta-se que a negativa ao projeto não significa, em nenhuma hipótese, excluir os bacharéis em Direito do mercado de trabalho, pois se tornam cada vez mais populares as vagas para assistentes jurídicos, que nada mais são do que vagas para profissionais com conhecimento técnico-jurídico, geralmente decorrente de graduação em direito, com a finalidade de auxiliar os advogados nas atividades acessórias que envolvem o exercício da advocacia, contudo, sem a possibilidade de postular em juízo nem os demais direitos dispostos no art. 1º da Lei nº 8.096/94.

3. CONCLUSÃO

Pelo exposto, opino no sentido de que o Projeto de Lei nº 5.749/2013 não trará melhorias, muito menos soluções, para o “limbo profissional” no qual se encontram os bacharéis de Direito, sem registro na OAB, o qual será extinto ou reduzido apenas quando forem adotadas medidas com foco no aprimoramento da qualidade do ensino jurídico no Brasil, eis que pela atual redação do projeto haverá tão somente a postergação por mais três anos do referido “limbo profissional”.

Além disso, a proposta de criação da figura do paralegal é contraditória na medida em que a ideia concebida criará, na prática, um advogado e não um assistente nos moldes do paralegal americano, que servira como inspiração ao Autor do projeto, cuja proposta se demonstra ainda mais desnecessária quando se tem em mente que já existe figura análoga na realidade brasileira sob a denominação mais comum de “assistente jurídico”, pela qual os bacharéis brasileiros podem prestar assistência aos advogados tal como ocorre com os paralegais nos EUA, excetuando-se os atos privativos dos advogados.

É o parecer.

São Paulo, 16 de setembro de 2014.

Víctor Alexandre Esteves de Castro

Ciente e de acordo. Coordenação da Comissão de Novos Advogados do IASP

PARECERES E CONTRIBUIÇÕES DO IASP
SOBRE O PARALEGAL

ENTREVISTA SOBRE O POLÊMICO
PROJETO DE LEI DO PARALEGAL

O POLÊMICO PROJETO DE LEI 5.479/2013

ENTREVISTADOR: CATIA SANTANA DATA: 07-10-2014

ENTREVISTADO: JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO

O Projeto de Lei 5.479/2013, aprovado na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, este ano, gerou polêmica ao propor a criação da carreira de paralegal sob o argumento de que seria necessário solucionar um problema social ao dar alternativa de colocação profissional a cerca de cinco milhões de bacharéis em direito reprovados no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil. Em entrevista ao **Jus Econômico**, o presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), especialista em responsabilidade civil, contratos e processo civil, professor da FGV Online, **José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro** criticou os argumentos que fundamentam o Projeto de Lei ao dizer que o projeto visa simplesmente acomodar os bacharéis não aprovados na OAB como paralegais como um prêmio de consolação. “Não temos, nem por experiência e nem por cultura, no Brasil, e a preocupação que notamos é que a justificativa do Projeto de Lei é a de que existem mais de cinco milhões de bacharéis que foram reprovados no exame de ordem e isso tem um clamor social e por essa razão deveriam ter algum tipo de espaço no mercado. Isso só mostra como se está acomodando pessoas que foram reprovadas no exame de ordem e dando um prêmio de consolação sem nenhum tipo de estruturação para isso”. **José Horácio** falou, ainda, sobre a importância do estágio, que sofre riscos de ser desprestigiado caso o PL seja aprovado, criticou a baixa qualidade do ensino jurídico no Brasil e ressaltou que a aprovação no exame da OAB “é a garantia que se dá ao cidadão de uma qualificação mínima para que o direito dele possa ser bem atendido”.

Jus Econômico- O manifesto do Colégio de Presidentes dos Institutos de Advogados do Brasil cita: “como proteção à cidadania, urge a rejeição a esse projeto, tendo em vista os prejuízos que a atuação desses bacharéis reprovados no Exame da OAB, poderiam causar à Sociedade”. Quais seriam esses prejuízos?

José Horácio – Em primeiro lugar é preciso estabelecer a premissa correta: na verdade, o Projeto de Lei não cria a profissão do paralegal. Ele acomoda as pessoas que não foram aprovadas no exame de Ordem como paralegais. O que é uma diferença abissal entre uma coisa e a outra. O modelo norte-americano que é o mais conhecido em que realmente existe a figura do paralegal há um treinamento específico, existe uma técnica, inclusive, de tarefas comuns que os paralegais exercem nos escritórios de advocacia e assim são reconhecidos.

Aí fica muito clara uma distinção entre quem é o advogado, o consultor e o paralegal. Não temos isso, nem por experiência e nem por cultura no Brasil e a preocupação que notamos é que a justificativa do Projeto de Lei é que existem mais de cinco milhões de bacharéis que foram reprovados no exame de ordem e isso tem um clamor social e por essa razão deveriam ter algum tipo de espaço no mercado. Isso só mostra como se está acomodando pessoas que foram reprovadas no exame de ordem e dando um prêmio de consolação sem nenhum tipo de estruturação para isso. Os prejuízos em relação a isso é que como não existe essa estruturação da profissão do paralegal o que vai acontecer é que essa pessoa vai acabar atuando em muitas circunstâncias atendendo clientes como um advogado porque na prática, e isso se sabe muito bem, que quando um cliente vai a um escritório de advocacia e ele é apresentado se não se faz uma distinção e, normalmente, em reuniões só são colocados advogados para atender ele receberá orientação, consultoria de uma pessoa que não está habilitada para isso. O que não deve ser feito, provavelmente, vai ser feito porque se vai depender muito da postura de cada estrutura de não colocar o paralegal em contato com o cliente porque ele é uma figura que trabalha no *back office*, que subsidia com trabalhos específicos, como trabalhos de diligências, digamos, menos intelectuais, do que o trabalho intelectual que é o trabalho primordial do advogado. Nossa preocupação é a seguinte: se o que se pretende fazer é uma evolução em termos de estruturação da advocacia, muito bem. Mas não dessa maneira, como um prêmio de consolação para quem não teve sucesso no exame de ordem. Além disso, há dois problemas graves, um, mais de estrutura. Hoje há 850 mil advogados inscritos no Brasil inteiro e se imaginarmos que vamos pegar esse contingente – agora o Projeto de Lei tem uma vedação de três anos- ao fazermos uma conta, grosso modo, estamos falando de um contingente de não aprovados de cerca um milhão de pessoas. Imagine dobrar a estrutura de atendimento em termos de registro e organização dessas pessoas. É um inchaço do ponto de vista estrutural que preocupa até as estruturas de cada seccional do Brasil mas aí, é um ponto mais interno do que externo. O outro ponto que em termos de cidadania é um prejuízo muito grande é que se vai, e isso é muito fácil de observar, desprestigiar o estágio porque se é possível ter pelo mesmo valor, sem restrições de horário - hoje a lei do estágio estabelece seis horas - essas pessoas vão acabar ocupando o lugar de grande parte daqueles que fazem estágio. O estágio, esse sim, regulamentado pela Ordem [dos Advogados do Brasil] em que o estagiário tem uma carteira que lhe confere algumas das atividades específicas do advogado, é reconhecida pela ordem, nos 4º e 5º anos. Nesse momento é que ele define como vai se encaminhar profissionalmente num escritório de advocacia, num departamento jurídico, isso no âmbito privado, se vai prestar concurso público porque não gostou da advocacia, se vai ficar num escritório, se vai abrir o próprio escritório, se vai trabalhar num departamento jurídico de

empresa, ou no direito penal ou com consultoria com contratos. É um dos ambientes mais importantes para a formação dos advogados das novas gerações, a realização do estágio. Nesse aspecto, o fato de se colocar esse contingente enorme, como eu disse, numa conta a grosso modo, em três anos estamos falando em um milhão de pessoas, é mais do que se tem de advogados inscritos. Não consigo enxergar nenhum tipo de benefício. As pessoas que realmente queiram exercer a profissão devem se qualificar para tanto e prestarem o exame de ordem e obterem sucesso.

Jus Econômico - A diferenciação entre o paralegal e o estagiário seria mínima?

José Horácio - Eu diria que a diferença é grande porque o estagiário é reconhecido pelos quadros da Ordem dos Advogados e que pode, por exemplo, fazer carga de processo e praticar alguns atos dentro do processo que o paralegal não vai poder praticar, já começa daí uma diferença muito grande. O que acontece é que para essa figura faz expedientes mais braçais e não tão intelectuais, o paralegal vai acabar ocupando esse espaço que é do estágio. O estágio não só se presta para quem vai tomar pé da situação desde conhecer onde fica o fórum fisicamente, se habituar às estruturas, como é um atendimento, como se participa de uma audiência. Vai desde essas coisas formais mais elementares até mesmo de que forma ele procede os estudos e as pesquisas para a defesa do interesse de um cliente e o estabelecimento de uma estratégia. Então diferença entre o estágio e o paralegal é muito grande, mas como existem restrições legais ao estágio pela lei do estágio, em tese, a figura do paralegal que estaria fora do espectro dessa lei do estágio, do ponto de vista financeiro, seria mais vantajoso para os escritórios e acabaria ocupando o espaço do estágio.

Jus Econômico - Do ponto de vista do exercício das funções existe uma grande diferença entre o estagiário e o paralegal?

José Horácio - Sim, se fizer uma consulta vai observar que há muitos escritórios que tem trabalhado com a figura do paralegal, mas são escritórios muito bem estruturados que segmentam muito bem essa função. Esse paralegal tem os estagiários dedicados a trabalhos de pesquisa, de estudo internamente, no escritório, e deixam para o paralegal essa função mais externa como ir a fóruns. Mas vai haver também, uma grande mudança, não a curto prazo, mas com o Processo Judicial Eletrônico vai acontecer uma mudança de funções porque não será mais necessário ir fisicamente a lugares, mas vai precisar coletar essas informações. O paralegal faz um trabalho de secretariado, mas com uma noção das implicações que aquilo tem *num* contexto jurídico, ele conhece melhor do que um auxiliar

administrativo como funciona a parte jurídica para poder trazer as informações. Também é bom destacar que a experiência, principalmente, a americana tem um sistema de coleta de provas feito para um processo judicial que é o chamado Discovery e, nesse processo, essa figura do paralegal é muito importante porque é uma pessoa que faz intermediação e contato, um trabalho muito específico nesse sentido, coisa que não é nossa experiência aqui. Nosso sistema é totalmente diferente que demanda muito menos desse tipo de atividade.

Jus Econômico - Já existe em alguns países a figura do paralegal, no Brasil, tenta-se criar a carreira. A profissão funcionaria no Brasil?

José Horácio -Pela nossa cultura, a função do paralegal acaba sendo muito mais limitada hoje, o trabalho é o mesmo que um auxiliar administrativo poderia fazer. Ao invés do paralegal, usa-se um portador para devolver um processo num fórum fisicamente. Na verdade, se precisa de uma pessoa que tenha a capacidade única e exclusiva de levar um documento de um lugar para o outro, nada além disso. Ele não precisa de nenhum tipo de ação, interferência ou conhecimento específico para realizar aquilo. Então colocar isso dentro de um guarda-chuva, porque é essa nossa maior preocupação, dentro da estrutura da Ordem dos Advogados é algo que realmente depende de um amadurecimento e não me parece que tem que ser de cima para baixo, principalmente, com essa justificativa do projeto que ela é equivocada, como já disse. O ponto central da discordância no sentido de que tem que se acomodar as pessoas que não tiveram sucesso no exame de ordem.

Jus Econômico - Estima-se que haja cinco milhões de bacharéis em direito no Brasil que ainda não foram aprovados no exame da OAB. A que o senhor atribui o número tão alto?

José Horácio - Não tenho a menor dúvida de que isso decorre do péssimo nível de ensino jurídico que temos no país. Temos no Brasil mais faculdades do que o mundo inteiro tem somado, o que já mostra aí um verdadeiro absurdo do ponto de vista comparativo. E especialmente, em razão dessa proliferação de faculdades o que ocorre, de uma maneira indiscriminada se vendeu para o mercado uma possibilidade de melhoria de condições salariais, muito mais do que o exercício da própria profissão, então as pessoas procuravam fazer uma faculdade de direito para ter o diploma para melhorar o seu currículo e não necessariamente para exercer a profissão ou ainda para poder estar habilitado para fazer um concurso público. Evidentemente a pessoa termina a faculdade e faz o exame de

ordem, mesmo que ela não vá advogar, ter a carteira do advogado dá uma perspectiva de cenário inclusive de possível ganho ou trabalho no futuro. Então essa má qualidade do ensino jurídico, as faculdades abertas sem nenhum tipo de estrutura, sem professores qualificados, sem especialmente um vestibular adequado que faça o filtro inicial e aí joga no mercado essas pessoas que não tem a menor qualificação para tanto.

Jus Econômico - Em 2013, foi rejeitada definitivamente, na Câmara dos Deputados, a proposta do fim do Exame da OAB. Fale sobre a importância do bacharel ser aprovado no exame da Ordem.

José Horácio – Essa tentativa na verdade de acabar com exame da ordem acontece já há algum tempo. Algumas foram essas tentativas, mas o conselho federal da Ordem dos Advogados tem sido muito diligente em evitar que isso tudo ocorra. O exame de ordem foi criado nos anos 1970 e a importância dele decorre exatamente do fato de como o advogado representa o cidadão, o advogado é o instrumento que o cidadão tem para ingressar no poder judiciário é muito importante que aja pela Ordem dos Advogados que é a entidade, do ponto de vista legal, que representa essa profissão que possa atestar àquele que procura o advogado que ele tenha as condições mínimas para exercer aquela profissão. A importância do exame de ordem é a garantia que se dá ao cidadão de uma qualificação mínima para que o direito dele possa ser bem atendido tanto que quando ele vai discutir desde as questões menores do ponto de vista econômico, mas que são as maiores em termos de importância da vida das pessoas como quando elas vão discutir sua situação pessoal, familiar, numa separação, no estabelecimento de alimentos, numa locação esse profissional é o que vai estar habilitado para poder defender o interesse dela perante o poder judiciário e aí dar toda a orientação necessária. A Ordem dá essa chancela reconhecendo que aquele profissional.

Jus Econômico- Há possibilidade de inconstitucionalidade no PL que cria a carreira de paralegal?

José Horácio – A partir do momento que se considera que o artigo 133 da Constituição Federal que a advocacia é indispensável à administração da justiça é prerrogativa, na verdade da advocacia estabelecer essa organização de trabalho. Eu não diria que talvez haja alguma inconstitucionalidade no projeto mas haveria aí, de fato, uma ilegalidade porque cabe à Ordem propor e organizar a profissão.

Jus Econômico - Há argumentos de que a aprovação da carreira de paralegal poderia criar desestímulo para a obtenção da OAB e que exercer essa função poderia prejudicar o futuro profissional desses bacharéis. Comente esses argumentos.

José Horácio- Como falamos anteriormente, por que existe esse número enorme de pessoas que não passam no exame de ordem? Por conta de uma má qualificação jurídica. Se a pessoa tem esse problema de base e ela não vai recuperar isso, e só consegue recuperar isso como estudo, ela não vai conseguir passar no exame de ordem que é o mínimo que se exige para ela poder exercer a profissão, se ela começa a trabalhar numa função de paralegal que diferentemente do estágio, que tem o conceito de aprendizado, e, inclusive, uma limitação de horários então a pessoa só pode fazer seis horas, exatamente para que ela possa fazer a faculdade e se prestigiar da faculdade, ela, como paralegal não vai ter nenhum tipo de limitação de horário, com isso, que tempo iria sobrar para ela poder estudar? Quase que nenhum. Então ela vai se afundando cada vez mais e diminuindo a perspectiva dela, nesse caso. Realmente só com muito esforço ela conseguiria fazer as duas coisas ao mesmo tempo.

<http://www.juseconomico.com.br/entrevistas-ler/id/31>

**PARECERES E CONTRIBUIÇÕES DO IASP
SOBRE A CRISE PENITENCIÁRIA**

OFÍCIO DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO REQUERENDO
PROVIDÊNCIAS PARA BANIR AS
VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

São Paulo, 07 de janeiro de 2014

Excelentíssima Senhora Presidente da República

O INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO – IASP, declarado de utilidade pública pelo Decreto Federal nº 62.480/68, Decreto Estadual nº 49.222/68 e Decreto Municipal nº 7.362/68, associação civil de fins não econômicos, é a instituição jurídica mais antiga do Estado de São Paulo, fundado em 29 de novembro de 1874.

A história do Brasil e de São Paulo confunde-se com a história do IASP, cujo quadro associativo congrega atualmente 905 associados, dentre os principais juristas, professores, advogados, magistrados e membros do Ministério Público do país, dedicando-se ao estudo do Direito, a difusão dos conhecimentos jurídicos, a sustentação do Estado Democrático de Direito, bem como a colaboração com o Poder Público no aperfeiçoamento da ordem jurídica.

A partir dessas premissas históricas de atividade, o **Instituto dos Advogados de São Paulo** manifesta sua indignação com a segurança pública noticiada no Estado do Maranhão. As notícias relatam uma situação de caos, muito além dos problemas de infraestrutura dos presídios.

A despeito do relatório do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) haver concluído que o governo estadual tem sido incapaz de coibir a violência, a situação obriga que as autoridades competentes tomem as providências para banir as violações de direitos humanos absolutamente incompatíveis com a democracia e o atual estágio de desenvolvimento econômico e social nacional, representando um efetivo prejuízo para a sociedade e para o país internacionalmente.

Renovamos nossos mais sinceros e respeitosos cumprimentos.

JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO
Presidente

Excelentíssima Senhora
DILMA ROUSSEFF
Presidente da República Federativa do Brasil
Brasília – DF

**PARECERES E CONTRIBUIÇÕES DO IASP
SOBRE A CRISE PENITENCIÁRIA**

RESPOSTA DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

OFÍCIO Nº 171 2014 – GM

Brasília, 20 de maio de 2014.

Ao Senhor Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo

José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro

R. Líbero Badaró, 377 – 26º andar – Centro

CEP: 01009-906 – São Paulo – SP

ASSUNTO: RESPOSTA ÀS CONSIDERAÇÕES SOBRE A SEGURANÇA PÚBLICA NO ESTADO DO MARANHÃO

Senhor Presidente,

Em consideração às preocupações manifestadas na correspondência enviada pelo Instituto, afirmamos que o Governo Federal tem acompanhado a execução de um Plano de Ação para Pacificação das Prisões em São Luís, elaborado em Janeiro de 2014.

2. Nesse sentido, enviamos, em anexo, o balanço de sua execução até Abril de 2014

3. Agradecemos o contato e reiteramos o intento do Ministério da Justiça de manter permanente diálogo com a sociedade civil e suas lideranças.

Atenciosamente,

JOSÉ EDUARDO CARDOZO

Ministro de Estado da Justiça

ANEXO

PLANO DE AÇÃO PARA PACIFICAÇÃO DAS PRISÕES EM SÃO LUIS

Balanço - 09/01 a 10/04

Linha do tempo:

09/01 - Reunião do Ministro da Justiça com a Governadora, a Presidenta do TJ-MA, a Procuradoria-Geral de Justiça e o Defensor-Geral do MA, com anúncio de 11 medidas de pacificação das prisões (Anexo I)

10/01 - Instalação do Comitê de Gestão da Crise, denominado Comitê de Gestão Integrada do Plano de Pacificação das Prisões em São Luis, formalizado em Decreto

- Elaboração do Plano de Pacificação, desdobrando as 11 medidas em ações/responsáveis/prazos e inserindo algumas medidas adicionais

- Elaboração de metodologia de monitoramento da crise pela Governadora, para acompanhamento diário do status de cada ação

13/01 a 16/01 - Realização de reuniões de elaboração de medidas estruturantes e implementação de ações emergenciais, conforme previsto no Plano

13/01 – Envio de reforço da PRF para operação especial de controle nos principais acessos à capital

14/01 – Edição de Resolução Conjunta do Sistema de Justiça do Maranhão para organizar mutirão de defensores, promotores e juízes para processos de execução penal (TJ, MP-MA, DPE)

16/01 e 17/01 – Visita do Ministério da Saúde e Depen-MJ para apoio e implementação da Política nacional de Atenção Integral à Saúde da pessoa privada de liberdade no sistema prisional (PNAISP)

16/01 - Reunião da Governadora com Presidenta do CONSEJ, Maria Tereza Uille, com pauta sobre relevância de integração de sistemas de tecnologia da informação que se relacionam à população carcerária (SEJAP, SSP, sistema de justiça)

17/01 - 2a Reunião do Comitê de Gestão Integrada (Anexo II)

18/01 – Envio de reforço da Força Nacional

18/01 – Primeira transferência de presos para o sistema penitenciário federal

18/01 a 22/01 - Realização de reuniões de elaboração de medidas estruturantes e implementação de ações emergenciais, conforme previsto no Plano

23/01 - 3a Reunião do Comitê de Gestão Integrada (Anexo III)

24/01 a 28/01 - Realização de reuniões de elaboração de medidas estruturantes e implementação de ações emergenciais, conforme previsto no Plano

27/01 – Início da Força Nacional da Defensoria Pública

29/01 a 31/01 - Inspeções das unidades do Complexo de Pedrinhas pela Ouvidora-Geral do DEPEN, Valdirene Daufemback, por conselheiro do CNPCP, Luiz Lanfredi, e representantes da Força Nacional da Defensoria Pública

30/01 - Reunião da Governadora com a Ouvidora-Geral do DEPEN e com o Coordenador da Força Nacional da Defensoria, André Giroto, para que o Governo Estadual ouvisse recomendações emergenciais

30/01 - 4a Reunião do Comitê de Gestão Integrada (Anexo IV) – Assinatura de diversos atos normativos de formalização das medidas estruturantes

03/02 – Fim da primeira etapa do plano (realização de ações das medidas emergenciais e elaboração de medidas estruturantes) e início de segunda etapa do Plano (execução das medidas estruturantes e finalização das medidas emergenciais)

05/02 – Reunião do Conselho Estadual dos Direitos Humanos, para discutir Plano de Assistência Humanitária para o sistema prisional maranhense, reformulação do Conselho Penitenciário Estadual e ações do Comitê de Gestão Integrada

11/02 – Reunião com entidades da sociedade civil sobre as ações do Plano de Assistência Humanitária

12/02 – Segunda transferência de presos para o sistema penitenciário federal

13/02 – Terceira transferência de presos para o sistema penitenciário federal

13/02 - 5a Reunião do Comitê de Gestão Integrada (Anexo X)

14/02 - Instituição do Grupo condutor estadual da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Pessoa Privada de Liberdade no Sistema Prisional

21/02 – Edição de Medida Provisória criando onze novos cargos de Defensores Públicos Estaduais

24/02 – Convocação de 113 novos agentes penitenciários concursados (104 atenderam à convocação e iniciaram imediatamente curso de formação)

26/02 – Reunião com entidades de direitos humanos peticionárias no caso Pedrinhas, com representantes do Governo Federal e Estadual

10/03 – Inauguração do Núcleo de Atendimento aos Familiares dos Presos

10/03 – Reunião com entidades de direitos humanos peticionárias no Caso Pedrinhas, com proposta de agenda de monitoramento mensal das ações relacionadas à crise do sistema penitenciário

13 e 14/03 – Realização da I Conferência de Políticas Penitenciárias da Escola de Gestão Penitenciária do Maranhão

18/03 – 6ª Reunião do Comitê de Gestão Integrada (Anexo XII)

24/03 – Inauguração de sala de aula na Unidade Prisional de Rosário, com 15 vagas vinculadas ao Programa Brasil Alfabetizado e que atenderão presos provisórios

24 a 28/03 – Realização de semana de documentação no Complexo Penitenciário de Pedrinhas

25/03 – Publicação que regulamenta o acesso de integrantes da Sociedade Maranhense de Direitos Humanos – SMDH às Unidades Prisionais do Estado do Maranhão sob coordenação da SEJAP

07/04 – Início do Curso Avançado de Gestão Prisional para os diretores das Unidades Prisionais de São Luís, promovido pela Escola de Gestão Penitenciária, com duração de 180 hora, abordando disciplinas como Gerenciamento de Crise, Gestão de Recursos Humanos, Inteligência Prisional, Mediação de Conflitos, entre outras

08 e 09/04 – Realização de capacitação para 100 técnicos que atuam no Sistema Penitenciário do Maranhão, abordando temas como a Lei de Execuções Penais, Direitos Humanos, entre outros

10/04 – 7ª Reunião do Comitê de Gestão Integrada (Anexo XIII)

Plano de Pacificação das Prisões em São Luis

O Plano de Pacificação foi elaborado na concepção de que a gestão da crise depende de:

Eixo de DIREITOS HUMANOS (medidas emergenciais e estruturantes)

Eixo de SEGURANÇA (medidas emergenciais e estruturantes)

Primeira etapa (09/01 a 31/01):

- execução das ações das medidas emergenciais
- elaboração das ações das medidas estruturantes e formalização em atos normativos

Monitoramento: Secretaria-Geral do Comitê, exercida por Clarice Calixto, Assessora Especial do Ministro da Justiça e Helena Haickel, Procuradora-Geral do Estado do MA

Segunda etapa (a partir de 03/02):

- finalização de algumas medidas emergenciais ainda em curso
- execução das ações das medidas estruturantes

Monitoramento: Secretaria-Geral do Comitê, exercida por Assessor Direto da Governadora, com reuniões periódicas com entidades da sociedade civil, inclusive peticionários da CIDH.

Balanco das medidas do Eixo de Direitos Humanos

1- EMERGENCIAL: Realização da Força Nacional da Defensoria Pública

Ações: Avaliação dos processos e atendimento presencial dos presos provisórios e definitivos de todas as unidades do Complexo de Pedrinhas.

Observações: A ação ocorreu de 27/01 a 10/02. A articulação foi realizada por SRJ-MJ, CONDEGE (Colégio Nacional de Defensores Gerais) e DPE-MA. Participaram 55 defensores: 3 da DPU, 21 da DPE-MA e 31 das DPEs

de 7 outros Estados brasileiros. Houve suporte logístico do TJ e do MP Estadual, além do compromisso desses órgãos de tornar o mais ágil possível a análise e decisão desses processos. Os resultados foram: 3240 processos analisados e 1309 atendimentos presenciais (detalhamento no Anexo XI). O relatório final da Força Nacional da Defensoria Pública foi apresentado em 10/04 ao Comitê de Gestão Integrada, em sua 7ª Reunião, com uma lista de recomendações para melhoria do sistema prisional.

2 - EMERGENCIAL: Apoio Psicológico para policiais e agentes penitenciários

Ações: A SENASP-MJ está coordenando uma ação de atendimento psicológico aos profissionais que estão trabalhando diretamente com o sistema prisional maranhense: policiais (primeira etapa da ação, de 10/02 a 10/03) e aos agentes penitenciários (segunda etapa da ação, prevista para julho de 2014, após nomeação dos novos agentes). Os atendimentos são realizados por psicólogos de outros Estados brasileiros, com financiamento pela SENASP-MJ. Na primeira semana, de 10/02 a 14/02, foram atendidos 123 policiais da PM. Na segunda semana, foram atendidos 175 policiais da PM e 10 policiais da Força Nacional. Além disso, foi realizado grupo de reflexão com 55 policiais da Força Nacional.

Observações: O objetivo dessa ação é fornecer suporte psicológico para profissionais submetidos a elevada pressão em ambiente de crise, evitando transtornos físicos e mentais, bem como situações de abusos decorrentes de excesso de violência.

3 - ESTRUTURANTE: Adesão à Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Pessoa Privada de Liberdade no Sistema Prisional e criação da Política Estadual de Atenção Integral à Saúde da Pessoa Privada de Liberdade no Sistema Prisional

Ações: Depois de reuniões com DEPEN-MJ e Ministério da Saúde e de visitas técnicas, decidiu-se pela adesão do Maranhão à Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Pessoa Presa (primeiro Estado a fazer essa adesão), incluída a adesão ao serviço de avaliação e acompanhamento das medidas terapêuticas aplicáveis à pessoa com transtorno mental em conflito com a lei. A partir dessa adesão, foi assinado pela Governadora um Decreto com Política Estadual de Atenção Integral à Saúde da Pessoa Privada de Liberdade no Sistema Prisional (Anexo V). Além disso, foi formalizada em 14/02 a criação do Grupo Condutor Estadual para a implementação das ações.

Observações: Há relatos de pessoas que trabalham nas unidades prisionais que indicam que algumas mortes no sistema prisional em 2013 e 2014 podem estar relacionadas a presos que fazem uso abusivo de drogas e a presos com quadro de transtorno mental. Nesse contexto, alguns atos de violência bárbaros, como as decapitações, podem de alguma forma ter relação com problemas de saúde mental.

4 - ESTRUTURANTE: Regramento pelo Poder Judiciário da aplicação e acompanhamento de medidas terapêuticas cautelares

Ações: O TJ-MA está elaborando provimento que disciplina o procedimento para a execução, a avaliação e o acompanhamento das medidas terapêuticas cautelares, aplicáveis à pessoa com transtorno mental em conflito com a lei, considerando as diretrizes do SUS, da Política Antimanicomial, da Resolução CNPCP 04/2010 e da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional. A previsão é de que o provimento seja editado no mês de abril de 2014.

5- ESTRUTURANTE: Criação de Política Estadual de Alternativas Penais e Monitoramento Eletrônico, com suporte da Política Nacional de Alternativas Penais

Ações: Depois de várias reuniões com o DEPEN, foi elaborado Pacto Estadual com uma Política Estadual de Alternativas Penais e Monitoramento Eletrônico, assinado pela governadora, TJ-MA, MP-MA e DPE-MA em 30/01 (Anexo VI). O objetivo é incentivar a aplicação e o acompanhamento das alternativas penais.

Observações: Uma das ações da política é o monitoramento eletrônico, sendo 200 tornozeleiras financiadas por convênio com o DEPEN, com assinatura prevista para o mês de abril de 2014. Pelos termos do Pacto, a execução da política é de co-responsabilidade do Executivo e do Judiciário.

6 - ESTRUTURANTE: Implementação da Escola de Gestão Penitenciária do Estado do Maranhão

Ações: Depois de várias reuniões com o DEPEN, foram elaborados Medida Provisória e Decreto que estruturam a Escola e criam cargos comissionados, assinados em 30/01 (Anexo VII). Essa Escola já tem espaço físico devidamente organizado (conforme vistoria feita pelo DEPEN), com equipamentos que foram adquiridos em 2013 com recursos do DEPEN (R\$ 155 mil).

Observações: A nova Escola visa aumentar e qualificar a capacitação dos servidores penitenciários, inserida num contexto de mudanças para a valorização dos servidores penitenciários como profissionais que devem estar aptos a trabalhar para uma adequada custódia e ressocialização das pessoas presas.

7 - ESTRUTURANTE: Reformulação do Conselho Penitenciário Estadual

Ações: A partir de sugestão apresentada em visita realizada no Maranhão pela Presidenta do Colegiado de Secretários de Justiça - CONSEJ, Maria Tereza Uile, o Ministério Público Federal - MPF propôs novo formato para estrutura e atividades do Conselho Penitenciário. Os debates a esse respeito estão em curso, envolvendo todos os setores governamentais e da sociedade civil envolvidos. O novo regimento do Conselho, em que constará sua reformulação, será editado provavelmente no mês de abril de 2014.

8 - ESTRUTURANTE: Plano de Assistência Humanitária nas Prisões

Ações: Foi assinado em 30/01 Decreto que institui o Plano de Assistência Humanitária nas Prisões (Anexo VIII), com a criação de núcleos de assistência religiosa, educação, atenção à mulher, assistência social, capacitação profissional e inserção no mercado de trabalho. Está prevista também, a partir de março de 2014, a potencialização do programa Começar de Novo, com a realização de "semanas de documentação" em todas as unidades prisionais existentes no Estado do Maranhão, por meio de ações do TJ-MA e das unidades moveis do "Viva cidadão" com parceiros.

Observações: O público-alvo do Plano é não apenas os presos, mas também suas famílias e as vítimas de crimes ocorridos na capital decorrentes de distúrbios nas prisões, com as respectivas famílias. A Semana de Documentação ocorreu nas Unidades CDP, PSL 1, PSL 2, CADET, CCPJ Pedrinhas, Penitenciária de Pedrinhas (PP) e no Presídio Feminino durante o mês de fevereiro, com a emissão de 127 carteiras de identidade, entre outros documentos. No mês de março, foram realizadas emissões de carteira de identidade nas unidades prisionais dos bairros Olho D'água e Anil, e no município de Rosário.

9 - ESTRUTURANTE: Ampliação do acompanhamento das pessoas que estão em regime semi-aberto e dos egressos do sistema prisional

Ações: Ampliação do número de equipes do Núcleo de Monitoramento dos Egressos em Geral (NUMEG), de seis para dez equipes. As equipes são compostas por assistentes sociais e agentes prisionais, responsáveis por acompanhar o cumprimento das condições de prisão domiciliar, de penas restritivas de direito, livramento condicional e das condições de medidas cautelares.

10 - ESTRUTURANTE: Nomeação de novos defensores públicos estaduais

Ações: Em fevereiro e março foram editados atos de criação de vinte novos cargos de defensores públicos, para fortalecer a assistência jurídica da população carcerária. Todos os novos defensores atuarão diretamente no Complexo de Pedrinhas ou nas comarcas do interior do Estado, nas quais tramitam processos de grande parte dos presos que estão no Complexo de Pedrinhas.

Observações: Como decorrência de solicitação do Comitê de Gestão Integrada de 13/02, a Defensoria divulgou calendário de atendimento regular nas unidades do Complexo de Pedrinhas.

11 - ESTRUTURANTE: Combate à superlotação carcerária por meio da construção e ampliação de unidades prisionais

Ações: O detalhamento das obras encontra-se no Anexo IX.

12 - ESTRUTURANTE: Termo de compromisso do Governo do Estado do Maranhão com o Conselho Nacional de Justiça

Ações: Está prevista assinatura para abril de 2014, abrangendo um amplo conjunto de ações contidas neste Plano de Pacificação. O conteúdo do termo está em análise do CNJ.

13 - ESTRUTURANTE: Criação de Núcleo Educacional para referência e capacitação de mulheres em Situação de Prisão: Projeto "Juntando os Pedacos"

Ações: Foi criado um Núcleo Educacional para capacitação das mulheres presas, com investimento de R\$ 519 mil (com apoio de recursos da Secretaria de Políticas para Mulheres da Presidência da República). Esse Núcleo realizará ações de capacitação profissionalizante: cabeleireira, informática, manicure, depilação e corte/costura, além de palestras sobre diversos assuntos. Serão capacitadas 150 mulheres e as palestras terão 400 vagas, distribuídas entre assuntos motivacionais, gestão do tempo, qualidade de vida e gestão de negócios, entre outros.

14 - ESTRUTURANTE: Ampliação das estruturas de educação nas unidades prisionais

Ação: Foi inaugurada em março de 2014 uma sala de aula na Unidade Prisional de Rosário, com 15 vagas vinculadas ao Programa Brasil Alfabetizado, que atenderão presos provisórios.

15 - ESTRUTURANTE: Criação de Núcleo Atendimento aos Familiares de pessoas presas

Ação: A secretaria de Estado da Justiça e da Administração Penitenciária inaugurou na manhã de segunda-feira (10/03), o Núcleo de Assistência à Família das Pessoas Privadas de Liberdade e Egressos (NAF). Em parceria com a secretaria de Estado de Trabalho e Economia Solidária (Setres) também foi inaugurado um posto avançado do Sine.

Observação: O NAF visa garantir assistência social, psicológica, jurídica e religiosa contínua à Família dos internos, fortalecendo o seio familiar e dando apoio ao ente custodiado pelo estado, garantindo assim mais conforto no atendimento aos parentes dos internos. Já o Sine será voltado ao encaminhamento para o mercado de trabalho e capacitação profissional das famílias, internos e egressos.

Balanco das Medidas do Eixo de Segurança

1 - EMERGENCIAL: Reforço da Força Nacional de Segurança Pública

Ações: O reforço da Força Nacional de Segurança Pública ocorreu por meio do envio de novo contingente, de 16/01 a 18/01, tendo sido enviados apenas policiais com capacitação intensa em direitos humanos.

2 - EMERGENCIAL: Operação especial da Polícia Rodoviária Federal nas estradas de acesso a São Luis

Ações: Após o envio de reforço de contingente em janeiro de 2014 (35 policiais, 15 viaturas e 20 motocicletas), aumentaram em todos os acessos à capital as vistorias de veículos e as revistas.

Observações: Resultados da operação: 861 veículos fiscalizados, 18 veículos retidos, 1 veículo recuperado, 892 pessoas fiscalizadas, 5 pessoas detidas, 183 autos de infração, 19 documentos (CRLV/CNH) recolhidos.

3 - EMERGENCIAL: Transferências de Presos para o sistema penitenciário federal

Ações: Foram realizadas três transferências. A primeira ocorreu em 20/01, com 9 presos, a segunda ocorreu em 12/02, com 8 presos, e a terceira em 13/02, com 9 presos.

4 - ESTRUTURANTE: Convocação de 113 novos agentes penitenciários estaduais concursados

Ações: Iniciou-se em 24/02 o curso de formação dos 104 novos agentes penitenciários que atenderam à convocação do concurso. Ministrado pela nova Escola de Gestão Penitenciária, o curso terá carga horária de 575 horas, com matriz curricular que contempla disciplinas sobre segurança e disciplinas especificamente voltadas para direitos humanos.

5 - ESTRUTURANTE: Fortalecimento da Inteligência Prisional, com criação de equipe especializada para trabalhar com inteligência dentro das prisões

Ações: O DEPEN-MJ ofereceu curso de inteligência prisional em São Luís a uma turma de agentes penitenciários e policiais, de 27 a 31 de janeiro de 2014. Além disso, foi apresentada pelo Ministério da Justiça ao Comitê de Gestão Integrada em 13/02 uma proposta de estruturação de um núcleo de inteligência prisional dentro da SEJAP-MA, com criação de cargos em comissão e com definição clara de atribuições de inteligência, contra-inteligência e monitoramento, por meio de ferramentas de tecnologia da informação e da realização de operações. Há previsão de criação do núcleo até o fim de abril de 2014.

6 - ESTRUTURANTE: Integração da Inteligência Prisional com a Inteligência Policial, com criação de Agência Integrada de Inteligência e Segurança Pública

Ações: Foi apresentada ao Comitê de Gestão Integrada em 13/02 pelo Ministério da Justiça uma proposta de criação de agência específica, com reuniões mensais: MP-MA, SSP-MA (PM e PC), SEJAP-MA, PF, PRF. Sua criação visa integrar as ações de inteligência policial (federal e estadual) e prisional de modo que a troca de informações facilite a prevenção de atos de violência dentro das prisões (entre presos ou mesmo praticados por agentes públicos) e evitar que seja orquestrada de dentro das prisões a realização de crimes na cidade de São Luís. Foi realizada em março/14 uma visita técnica à Superintendência da PF em São Paulo, juntamente com os Superintendentes da PRF-MA e PF-MA. O objetivo da visita foi conhecer a experiência da agência integrada ali em funcionamento. Já se encontra em análise, para formalização, um ato de criação dessa agência, previsto para abril de 2014.

7 - ESTRUTURANTE: Implementação de um ambiente prisional "MODELO", na nova unidade "Penitenciária São Luís"

Ações: Foi apresentada ao Comitê de Gestão Integrada em 13/02 uma proposta de suporte técnico do DEPEN-MJ na implementação desse novo ambiente "modelo", com capacitação específica de agentes penitenciários e com a criação e implementação de protocolos e manuais de procedimento. A previsão é de que essa implementação ocorra no segundo semestre de 2014, após o fim do curso de formação dos novos agentes penitenciários.

8 - EMERGENCIAL: Acompanhamento das investigações dos homicídios ocorridos dentro das prisões e das denúncias de abusos cometidos por agentes públicos

Ações: Foi designada equipe especial no Estado responsável por realizar as investigações composta por 1 delegado, 2 escrivães e 3 investigadores de polícia para atuarem na investigação de todos os crimes ocorridos dentro do sistema prisional. Além disso, no âmbito da Senasp-MJ, há determinação de investigar denúncias relacionadas à atuação da Força Nacional de Segurança Pública.

ANEXO I**11 MEDIDAS ANUNCIADAS****09/01**

1. Criação de um Comitê de Gestão Integrada da Crise
2. Transferência de presos para o sistema penitenciário federal
3. Reforço do contingente da Força Nacional
4. Reforço da atuação da Polícia Rodoviária Federal nos acessos à capital
5. Apoio psicológico aos agentes penitenciários e policiais que atuam no Complexo de Pedrinhas
6. Realização de Força Nacional da Defensoria Pública
7. Fortalecimento da inteligência prisional
8. Estímulos à aplicação de alternativas penais e criação de um programa de monitoramento eletrônico dos presos
9. Fortalecimento da assistência humanitária aos presos e suas famílias, envolvendo educação, assistência, liberdade religiosa, trabalho e questões de gênero
10. Fortalecimento da atenção à saúde dos presos
11. Construção e reforma de unidades prisionais

ANEXO II**PAUTA DA 2ª REUNIÃO DO COMITÊ DE GESTÃO INTEGRADA****17/01**

- TJ (Nelma Sarney): Relato da Corregedora-Geral sobre elaboração da Resolução Conjunta TJ-MP-DPE
- ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO (Carla Georgina): Relato sobre a definição de estratégia de comunicação conjunta e orientações sobre relação com a mídia na gestão da crise
- SEDIC (Luiza Oliveira): Relato das reuniões de elaboração do Plano de Assistência Humanitária nas Prisões, com criação de núcleos de educação, assistência religiosa, atenção à mulher, assistência social, capacitação profissional e inserção no mercado de trabalho
- SSP (Aluísio Mendes): Apresentação do planejamento das ações de Apoio Psicológico para policiais e agentes penitenciários

ANEXO III**PAUTA DA 3ª REUNIÃO DO COMITÊ DE GESTÃO INTEGRADA****23/01**

- DEFENSORIA: Apresentação ao Comitê de Gestão Integrada de planejamento do mutirão de defensores, com estratégia de priorização de processos e estabelecimento de metas
- MP-MA: Apresentação ao Comitê de Gestão Integrada de planejamento do mutirão de promotores, com estratégia de priorização de processos e estabelecimento de metas
- TJ-MA: Apresentação ao Comitê de Gestão Integrada de planejamento do mutirão de juízes, com estratégia de priorização de processos e estabelecimento de metas

- TJ-MA: Apresentação de proposta de Política de Aplicação de Alternativas Penais e Monitoramento Eletrônico
- SES-MA: Apresentação da proposta de Política Estadual de Atenção Integral à Saúde da

Pessoa Presa e adesão à Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Pessoa Presa
SEJAP-MA: Relato sobre o estágio das construções de novas unidades prisionais

ANEXO IV

PAUTA DA 4ª REUNIÃO DO COMITÊ DE GESTÃO INTEGRADA

30/01

- Proposta de assinatura do Pacto Estadual para Instituição de Política de Alternativas Penais e criação de Câmara de Apoio à Aplicação de Alternativas Penais
- Assinatura do Decreto com instituição de uma Política Integral de Assistência Humanitária nas Prisões
- Assinatura do Decreto com instituição de um Programa Estadual de Atenção à Saúde nas Prisões
- Assinatura da Medida Provisória e do Decreto relacionado à organização de Escola de Gestão Penitenciária
- Segunda etapa do Plano de Ação de Pacificação das Prisões:
 - Reuniões mensais do Comitê de Gestão Integrada do Plano
 - Criação de Assessoria de Monitoramento do Sistema Prisional no Gabinete da Governadora (indicadores, monitoramento e avaliação das ações do plano de assistência humanitária nas prisões; da inteligência prisional; da política estadual de saúde no âmbito prisional; de valorização/capacitação dos agentes penitenciários; da aplicação de alternativas penais e construções e reformas de unidades prisionais)
 - Reestruturação da SEJAP
 - Execução das medidas estruturantes e finalização das medidas emergenciais

ANEXO V

POLÍTICA DE SAÚDE NAS PRISÕES

DECRETO Nº 29.777, DE 31 DE JANEIRO DE 2014

Institui o Programa Estadual de Atenção à Saúde nas Prisões e dá providências correlatas

A GOVERNADORA DO ESTADO DO MARANHÃO, no uso de suas atribuições legais, Decreta:

Art. 1º Fica instituído o Programa Estadual de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional.

Art. 2º Entende-se por pessoas privadas de liberdade no sistema prisional aquelas com idade superior a 18 (dezoito) anos e que estejam sob a custódia do Estado em caráter provisório ou sentenciados para cumprimento de pena privativa de liberdade ou medida de segurança.

Art. 3º O Programa Estadual de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional será regido pelos seguintes princípios: I - respeito aos direitos humanos e à justiça social; II - integralidade da atenção à saúde da população privada de liberdade no conjunto de ações de promoção, proteção, prevenção, assistência, recuperação e vigilância em saúde, executadas nos diferentes níveis de atenção; III - equidade, em virtude de reconhecer as diferenças e singularidades dos sujeitos de direitos; IV - promoção de iniciativas de ambiência humanizada e saudável com vistas à garantia da proteção dos direitos dessas pessoas; V - corresponsabilidade interfederativa quanto à organização dos serviços segundo a complexidade das ações desenvolvidas, assegurada por meio da Rede de Atenção à Saúde no território; e VI - valorização de mecanismos de participação popular e controle social nos processos de formulação e gestão de políticas para atenção à saúde das pessoas privadas de liberdade.

Art. 4º Constituem-se diretrizes do Programa Estadual de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional:

I - promoção da cidadania e inclusão das pessoas privadas de liberdade por meio da articulação com os diversos setores de desenvolvimento social, como educação, trabalho e segurança; II - atenção integral resolutiva, contínua e de qualidade às necessidades de saúde da população privada de liberdade no sistema prisional, com ênfase em atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - controle e/ou redução dos agravos mais frequentes que acometem a população privada de liberdade no sistema prisional; IV - respeito à diversidade étnico-racial, às limitações e às necessidades físicas e mentais especiais, às condições econômicosociais, às práticas e concepções culturais e religiosas, ao gênero, à orientação sexual e à identidade de gênero; V - intersetorialidade para a gestão integrada e racional e para a garantia do direito à saúde.

Art. 5º É objetivo geral do Programa Estadual de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional garantir o acesso das pessoas privadas de liberdade no sistema prisional ao cuidado integral no SUS.

Art. 6º São objetivos específicos do Programa Estadual de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional:

I - promover o acesso das pessoas privadas de liberdade à Rede de Atenção à Saúde, visando ao cuidado integral; II - garantir a autonomia dos profissionais de saúde para a realização do cuidado integral das pessoas privadas de liberdade; III - qualificar e humanizar a atenção à saúde no sistema prisional por meio de ações conjuntas das áreas da saúde e da justiça; IV - promover as relações intersetoriais com as políticas de direitos humanos, afirmativas e sociais básicas, bem como com as da Justiça Criminal; e V - fomentar e fortalecer a participação e o controle social.

Art. 7º Os beneficiários do Programa Estadual de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional são as pessoas que se encontram sob custódia do Estado inseridas no sistema prisional ou em cumprimento de medida de segurança.

§ 1º As pessoas custodiadas nos regimes semiaberto e aberto serão preferencialmente assistidas nos serviços da rede de atenção à saúde.

§ 2º As pessoas submetidas à medida de segurança, na modalidade tratamento ambulatorial, serão assistidas nos serviços da rede de atenção à saúde.

Art. 8º Os trabalhadores em serviços penais, os familiares e demais pessoas que se relacionam com as pessoas privadas de liberdade serão envolvidos em ações de promoção da saúde e de prevenção de agravos no âmbito do Programa Estadual de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional, conforme plano de ação.

Art. 9º As ações de saúde serão ofertadas por serviços e equipes interdisciplinares, assim definidas:

I - a atenção básica será ofertada por meio das equipes de atenção básica das Unidades Básicas de Saúde definidas no território ou por meio das Equipes de Saúde no Sistema Prisional (ESP), observada a pactuação estabelecida; e II - a oferta das demais ações e serviços de saúde será prevista e pactuada na Rede de Atenção à Saúde.

Art. 10. Compete ao Estado do Maranhão:

I - por intermédio da Secretaria de Estado da Saúde:

a) executar, no âmbito da atenção básica, as ações de promoção, proteção e recuperação da saúde em todas

as unidades prisionais, referenciadas em sua pactuação;

b) coordenar e implementar o Programa Estadual de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional, no âmbito do seu território, respeitando suas diretrizes e promovendo as adequações necessárias, de acordo com o perfil epidemiológico e as especificidades regionais e locais;

c) elaborar o plano de ação para implementação do Programa Estadual de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional junto com a Secretaria de Estado de Justiça e a Administração Penitenciária, considerando as questões prioritárias e as especificidades regionais, de forma contínua;

d) implantar e implementar protocolos de acesso e acolhimento como instrumento de detecção precoce e seguimento de agravos, viabilizando a resolutividade no acompanhamento dos agravos diagnosticados;

e) participar do financiamento para o desenvolvimento das ações e serviços em saúde de que tratam este Decreto;

f) prestar assessoria técnica e apoio institucional aos Municípios e às regiões de saúde no processo de gestão, planejamento, execução, monitoramento e avaliação do Programa Estadual de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional;

g) desenvolver mecanismos técnicos e estratégias organizacionais de capacitação e educação permanente dos trabalhadores da saúde para a gestão, planejamento, execução, monitoramento e avaliação de programas e ações no âmbito estadual, consoante o Programa Estadual de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional, respeitando as especificidades locais; e

h) promover, no âmbito de sua competência, as articulações intersetorial e interinstitucional necessárias à implementação das diretrizes do Programa Estadual de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional;

II - por intermédio da Secretaria de Estado da Justiça e da Administração Penitenciária:

a) executar, no âmbito da atenção básica, as ações de promoção, proteção e recuperação da saúde em todas as unidades prisionais sob sua gestão;

b) assessorar os Municípios, de forma técnica, junto à Secretaria Estadual de Saúde, no processo de discussão e implantação do Programa Estadual de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional;

c) considerar estratégias de humanização que atendam aos determinantes da saúde na construção e na adequação dos espaços das unidades prisionais;

d) garantir espaços adequados nas unidades prisionais a fim de viabilizar a implantação e implementação do Programa Estadual de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional e a salubridade dos ambientes onde estão as pessoas privadas de liberdade;

e) adaptar as unidades prisionais para atender às pessoas com deficiência, idosas e com doenças crônicas;

f) apoiar, técnica e financeiramente, a aquisição de equipamentos e a adequação do espaço físico para implantar a ambiência necessária ao funcionamento dos serviços de saúde no sistema prisional, seguindo as normas, regulamentos e recomendações do SUS, do Conselho Penitenciário e do CNPCP;

g) atualizar e compartilhar os dados sobre a população privada de liberdade com a Secretaria de Estado da Saúde e com a Secretaria Municipal de Saúde;

h) participar do financiamento das ações e serviços previstos na Política;

i) garantir o acesso, a segurança e a conduta ética das equipes de saúde nos serviços de saúde do sistema prisional;

j) apoiar intersetorialmente a realização das ações de saúde desenvolvidas pelas equipes de saúde no sistema prisional;

k) garantir o transporte sanitário e a escolta para que o acesso dos presos aos serviços de saúde internos e externos se realize em tempo oportuno, conforme a gravidade;

- l) participar do planejamento e da realização das ações de capacitação de profissionais que atuam no sistema prisional; e
- m) viabilizar o acesso de profissionais e agentes públicos responsáveis pela realização de auditorias, pesquisas e outras formas de verificação às unidades prisionais, bem como aos ambientes de saúde prisional, especialmente os que tratam do Programa Estadual de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional.

Art. 11. O monitoramento e a avaliação do Programa Estadual de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional, dos serviços, das equipes e das ações de saúde serão realizados pela Secretaria de Estado da Saúde e pela Secretaria de Estado da Justiça e da Administração Penitenciária.

Art. 12. Será instituído Grupo Condutor do Programa Estadual de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional formado pela Secretaria de Saúde e pela Secretaria de Estado de Justiça e Administração Penitenciária, pelo Conselho Penitenciário e pelo Conselho Estadual de Saúde, que terá como atribuições:

I - mobilizar os dirigentes do SUS e dos sistemas prisionais em cada fase de implantação e implementação do Programa Estadual de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional; II - apoiar a organização dos processos de trabalho voltados para a implantação e implementação do Programa Estadual de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional; III – identificar, apoiar e apontar a solução de possíveis pontos críticos em cada fase de implantação e implementação do Programa Estadual de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional; e IV - monitorar e avaliar o processo de implantação e implementação do Programa Estadual de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional.

Art. 13. As pessoas privadas de liberdade poderão trabalhar nos serviços de saúde implantados dentro das unidades prisionais, nos programas de educação e promoção da saúde e nos programas de apoio aos serviços de saúde.

§ 1º A decisão de trabalhar nos programas de educação e promoção da saúde do SUS e nos programas de apoio aos serviços de saúde será da pessoa sob custódia, com anuência e supervisão do serviço de saúde no sistema prisional.

§ 2º Será proposta ao Juízo da Execução Penal a concessão do benefício da remição de pena para as pessoas custodiadas que trabalharem nos programas de educação e promoção da saúde do SUS e nos programas de apoio aos serviços de saúde.

Art. 14 - Este decreto entra em vigor na data de sua publicação.

ANEXO VI

POLÍTICA DE ALTERNATIVAS PENAIS E MONIT. ELETRÔNICO

PACTO ESTADUAL PARA INSTITUIÇÃO DE POLÍTICA DE ALTERNATIVAS PENAIS E CRIAÇÃO DE CÂMARA DE APOIO À APLICAÇÃO DE ALTERNATIVAS PENAIS

Considerando a necessidade de criar estruturas adequadas ao monitoramento das penas e medidas alternativas,

Considerando a evidência de mecanismos diversificados de resolução de conflitos como mediação e justiça restaurativa;

Considerando a introdução na legislação brasileira de novos mecanismos de intervenção não privativa de liberdade, como as medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha e as medidas cautelares da Lei 12.403/2011;

Considerando a percepção de que o modo de atuação das polícias e o modelo procedimental processual adotado pelo sistema de justiça interferem diretamente nos resultados alcançados no desenvolvimento do programa, apontando caminhos para o aperfeiçoamento da política alternativa à prisão;

Considerando que a política de alternativas penais é uma política de Segurança Pública e de Justiça que busca promover a qualidade de vida de todos os cidadãos e que, além de ser dever do Estado, é também responsabilidade de todos e deve ser pensada e consolidada em conjunto com a sociedade civil;

A Governadora do Estado do Maranhão, a Presidente do Tribunal de Justiça, a Procuradora Geral de Justiça e o Defensor Público Geral do Estado, no uso de suas atribuições legais, definem o presente PACTO, segundo as cláusulas seguintes, instituidoras da POLÍTICA ESTADUAL DE ALTERNATIVAS PENAIS E CRIAÇÃO DE CÂMARA DE APOIO À APLICAÇÃO DE ALTERNATIVAS PENAIS:

CLÁUSULA PRIMEIRA. O objeto do presente PACTO é a instituição da Política Estadual de Alternativas Penais no âmbito do Estado do Maranhão.

CLÁUSULA SEGUNDA. A Política de Alternativas Penais é uma política de segurança pública e de justiça, que busca incentivar e promover meios alternativos de punição, assim como construir formas de pacificação e mitigação de conflitos.

CLÁUSULA TERCEIRA. Para os fins deste Pacto, as Alternativas Penais abrangem:

I- transação penal; II- suspensão condicional do processo; III- suspensão condicional da pena privativa de liberdade; IV- condenações criminais em que a pena é suspensa ou substituída por restritivas de direitos, incluindo as previstas na Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 (Lei de Entorpecentes); V- conciliação, mediação, programas de justiça restaurativa, realizados por meio dos órgãos do sistema de justiça e por outros mecanismos extrajudiciais de intervenção; VI- medidas cautelares diversas da prisão; VII- medidas protetivas e cautelares da Lei Federal nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha);

CLÁUSULA QUARTA: Os participantes desenvolverão ações alternativas análogas às previstas neste Pacto, direcionadas às crianças e adolescentes em conflito com a lei, respeitada a especificidade da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

CLÁUSULA QUINTA: Os princípios e valores almejados pelas Alternativas Penais devem estar em consonância com as normas constitucionais e a legislação aplicável a todo o sistema de proteção aos direitos da pessoa humana.

CLÁUSULA SEXTA: São objetivos da Política Estadual de Alternativas Penais:

I- Articular com órgãos responsáveis pela condução da política de justiça e cidadania, segurança pública, direitos humanos e execução penal, incluindo o Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Poder Executivo da União, Estados e Municípios; II- Propor alterações legislativas voltadas para a garantia da sustentabilidade e efetividade da política de alternativas penais; III- Estabelecer mecanismos de participação da sociedade na formulação e execução das políticas de alternativas penais; IV – Fomentar a capacitação e a participação de todos os órgãos da Execução Penal previstos na Lei de Execução Penal e da Rede Social de Apoio na condução da Política de Alternativas Penais; V – Desenvolver projetos multidisciplinares, que permitam a adoção de mecanismos específicos de alternativas penais para os diferentes tipos de infração penal; VI- Estabelecer uma coexistência entre os serviços do Poder Executivo e do Sistema de Justiça Criminal, de modo a evitar a ocorrência de sobreposição e o conflito de atribuições; VII – Estimular a criação de mecanismos de mediação de conflitos e de justiça restaurativa, incentivando soluções participativas e ajustadas às realidades das partes envolvidas; VIII – Pactuar com os Municípios a implantação de políticas municipais de alternativas penais para viabilizar o acesso às políticas municipais de assistência social, saúde, educação, cultura, direitos

humanos e geração de trabalho e renda aos cumpridores de alternativas penais; IX – incentivar a realização de pesquisas científicas voltadas à Política Estadual de Alternativas Penais; X - Promover fóruns de debates políticos e científicos para divulgação das boas práticas e experiências adquiridas; XI – Promover o tratamento igualitário das dimensões de gênero, orientação sexual, deficiência, origem social, raça e faixa etária na aplicação, execução e acompanhamento das alternativas penais.

CLÁUSULA SÉTIMA: São características da Política Estadual de Alternativas Penais: I- Reconstrução das relações sociais e prevenção da prática de novos crimes, com respeito à dignidade humana e às garantias individuais; II- Incentivo à participação do Conselho da Comunidade na execução penal na administração do sistema de justiça criminal, como forma de fortalecer os vínculos entre cumpridores, família e sociedade; III - O fortalecimento intersetorial do trabalho em rede.

CLÁUSULA OITAVA: O Tribunal de Justiça do Maranhão, juntamente com as Varas de Execuções Penais e a Secretaria de Estado da Justiça e da Administração Penitenciária são os responsáveis pela gestão da Política de Alternativas Penais do Estado do Maranhão.

CLÁUSULA NONA: Fica instituída Câmara de Apoio à Aplicação de Alternativas Penais, com funções consultiva, propositiva e de monitoramento, composta pelo Tribunal de Justiça, pelo Ministério Público Estadual, pela Defensoria Pública Estadual, pela Secretaria de Estado da Justiça e da Administração Penitenciária, pela Secretaria de Estado de Direitos Humanos, Assistência Social e Cidadania e pela sociedade civil organizada, permitindo o auxílio no acompanhamento da Política Estadual de Alternativas Penais.

§1º. Os órgãos públicos mencionados no caput deste artigo indicarão um representante cada, com notório saber jurídico na área criminal.

§2º. O representante da sociedade civil organizada será escolhido pelo Conselho Estadual de Direitos Humanos.

CLÁUSULA DEZ: São atribuições do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão:

I. Promover a articulação entre os diversos entes públicos para a integração de programas, projetos e ações visando fortalecer as unidades executoras de alternativas penais; II. Criar parcerias com as universidades e centros de estudos especializados em políticas públicas, cidadania, segurança pública e justiça para a produção de saber científico e estatísticas que contribuam com as políticas públicas; III. Implantar Núcleos Regionais de Alternativas Penais, vinculadas às unidades executoras, bem como serviços de responsabilização e medidas educativas, especialmente para os casos de violência doméstica, drogas e trânsito; IV. Incentivar junto aos municípios a implantação de políticas municipais de alternativas penais para viabilizar o acesso às políticas públicas de assistência social, saúde e educação, cultura, direitos humanos, geração de trabalho e renda aos cumpridores; V. Incentivar a criação e a implantação de uma rede estadual de apoio às alternativas penais, vinculada às unidades executoras, estabelecendo parcerias para a efetivação de suas ações; VI. Implementar programas de capacitação da rede social de apoio, que recebe os cumpridores das alternativas penais; VII. Fomentar projetos de justiça restaurativa e de mediação de conflitos; VIII. Incentivar a adoção de metodologias e procedimentos processuais que visem a celeridade, autodisciplina e responsabilização, bem como favorecendo o cumprimento das intervenções adotadas; IX. Elaborar e encaminhar programas e projetos aos Municípios e ao Estado para a obtenção de financiamento por meio de parceria ou cooperação;

CLÁUSULA ONZE: São atribuições da Secretaria de Estado da Justiça e da Administração Penitenciária:

I. Promover em consonância com o Tribunal de Justiça a articulação entre os diversos entes públicos para a integração de programas, projetos e ações visando fortalecer as unidades executoras e alternativas penais; II. Criar parcerias para a produção de saber científico e estatísticas que contribuam com as políticas voltadas às alternativas penais; III. Implantar centros de monitoramento eletrônico de presos e cumpridores de medidas cautelares diversas da Prisão e Medidas Protetivas previstas na Lei Maria da Penha para o acompanhamento, a fiscalização, o monitoramento e a execução de atividades voltadas ao cumprimento de determinações judiciais neste sentido; IV. Articular em parceria com o Tribunal de Justiça o acesso às políticas estaduais e federais de assistência social, saúde e educação, cultura, direitos humanos, geração de trabalho e renda aos

cumpridores das Alternativas Penais.

CLÁUSULA DOZE – DO NÃO REPASSE DE RECURSOS FINANCEIROS.

O presente pacto não prevê a transferência de recursos financeiros entre os partícipes. O desempenho de atividades que requeiram transferência de recursos financeiros públicos entre as partes implicará na elaboração de instrumentos específicos.

PÁRAGRAFO ÚNICO. A Secretaria de Estado da Justiça e da Administração Penitenciária disponibilizará estrutura administrativa para funcionamento da Câmara.

CLÁUSULA TREZE – DA UTILIZAÇÃO DE PESSOAL.

O pessoal utilizado pelos Partícipes na execução deste Pacto, na condição de servidores, empregados, autônomos, empreiteiros ou outros, nenhuma vinculação ou direito terão em relação à outra Parte, ficando a cargo exclusivo da respectiva Parte que os contratou a integral responsabilidade concernente aos seus direitos, mormente os trabalhistas e previdenciários, inexistindo qualquer solidariedade ou subsidiariedade dentre os Partícipes.

CLÁUSULA QUATORZE - DA LOGÍSTICA DOS RESULTADOS.

Os resultados serão analisados através de relatórios semestrais contendo avaliação de resultados e seus reflexos, vistorias de campo e reunião de informações técnicas geradas, os quais serão devidamente aprovados pelas partes.

CLÁUSULA QUINZE - DA EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE.

Os vínculos jurídicos, financeiros ou de qualquer natureza assumidos singularmente por uma das partes são de sua exclusiva responsabilidade, não se comunicando a título de solidariedade ou subsidiariamente ao outro partícipe.

CLÁUSULA DEZESSEIS - DA VIGÊNCIA.

O presente Pacto terá vigência por 05 (cinco) anos, a contar da data de sua publicação, podendo ser prorrogado se as partes assim o desejarem, mediante termo aditivo com, no mínimo, 30(trinta) dias antes do término da vigência.

CLÁUSULA DEZESSETE- DO ADITAMENTO.

O presente Pacto poderá, mediante concordância das partes e quando necessário, ser alterado através de Termo Aditivo respectivo, excetuando-se o seu objeto.

CLÁUSULA DEZOITO - DA PUBLICAÇÃO.

O presente Pacto será publicado no Diário Oficial do Estado.

CLÁUSULA DEZENOVE – DOS CASOS OMISSOS

Os casos omissos serão resolvidos por mútuo acordo entre as partes, obedecendo-se à legislação vigente, com o único objetivo de implementar ações conjuntas, convergindo esforços, com vistas à consecução do objeto do presente instrumento. E, por estarem de acordo, as partes firmam o presente Pacto em 03 (três) vias de igual teor e valor jurídico, na presença das testemunhas que o subscreveram para todos os efeitos legais.

São Luís, 24 de janeiro de 2014

ROSEANA SARNEY
Governadora do Maranhão

CLEONICE SILVA FREIRE
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão

ALDY MELLO DE ARAÚJO FILHO
Defensor Público Geral do Estado

REGINA LÚCIA DE ALMEIDA ROCHA

Procuradora Geral de Justiça

ANEXO VII

CRIAÇÃO DE ESCOLA DE GESTÃO PENITENCIÁRIA

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 163, DE 31 DE JANEIRO DE 2014

Dispõe sobre a organização da Escola de Gestão Penitenciária no Estado do Maranhão.

A GOVERNADORA DO ESTADO DO MARANHÃO, no uso da atribuição que lhe confere o § 1º do art. 42 da Constituição Estadual, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:

Art. 1º. A Escola de Gestão Penitenciária do Estado do Maranhão - EGESP/MA órgão da estrutura organizacional da Secretaria de Estado de Justiça e Administração Penitenciária fica reorganizada nos termos desta Medida Provisória.

Art. 2º. A Escola de Gestão Penitenciária do Estado do Maranhão, órgão diretamente subordinado ao Secretário de Estado de Justiça e Administração Penitenciária, tem por finalidade promover, preparar e executar ações de formação, capacitação, aperfeiçoamento e valorização de servidores que exerçam atividades no Sistema de Segurança Prisional ou na área de serviços penitenciários.

Art. 3º. À Escola de Gestão Penitenciária do Estado do Maranhão compete:

I - implementar uma política de formação, capacitação e de valorização permanente de recursos humanos, mediante realização de cursos e eventos; II - formar, capacitar e integrar os servidores, nos vários níveis de habilitação profissional e formação educacional; III - qualificar os servidores para o exercício de funções específicas de administração penitenciária; IV - concorrer para a melhoria de métodos e técnicas de gestão administrativa e operacional, aplicáveis à formação, capacitação e integração de pessoal, com vistas ao aperfeiçoamento dos servidores; V - desenvolver formas de cooperação técnica e/ou intercâmbio cultural e educativo, com a União e/ou com as demais Unidades da Federação, com o objetivo de enriquecer as atividades curriculares, mediante a celebração de convênios ou contratos; VI - elaborar projetos de desenvolvimento e de capacitação, bem como de outras atividades de ensino, definindo os seus objetivos, programas e métodos, recursos didáticos, sistemas de avaliação e pré-requisitos para treinamento; VII - realizar cursos, treinamentos e outras atividades de ensino; VIII - promover atividades ou eventos visando à integração dos servidores; IX - desenvolver programas educacionais preventivos na área de saúde, destinados aos servidores; X - desenvolver campanhas educativas e programas sobre segurança do trabalho; XI - promover ações de atendimento psicossocial aos servidores; XII - promover atividades que visem a valorização e a dignificação da função pública e de pessoal para os respectivos serviços; XIII - promover o fortalecimento do instituto do mérito na função pública; XIV - promover atividades que visem a definição de perfis profissionais exigíveis para determinadas funções e de currículos necessários para os que ministrarem e/ou conduzirem eventos a serem realizados; XV - promover e realizar outras atividades ou atribuições correlatas, ou inerentes à sua finalidade, e as que forem regularmente conferidas ou determinadas.

Art. 4º. As competências estabelecidas nesta Medida Provisória não excluem o exercício de outras que legalmente se constituam necessárias ao alcance da finalidade da Escola de Gestão Penitenciária do Estado do Maranhão.

Art. 5º. Para atender as necessidades do funcionamento da Escola de Gestão Penitenciária do Estado do Maranhão, o Secretário de Estado de Justiça e de Administração Penitenciária pode proceder a remoção de servidores indispensáveis aos serviços dos órgãos ou unidades integrantes da estrutura da mesma Escola, e solicitar a cessão de servidores de outros órgãos estaduais, observadas a qualificação do servidor, a conveniência da Administração e as normas legais e regulamentares pertinentes.

Art. 6º Ficam criados os cargos em comissão de Diretor de Escola - Símbolo DGA, Assessor Especial I - Símbolo DANS-1, Supervisor – Símbolo DANS-3 e Assessor I – Símbolo DAS-1, nos quantitativos definidos no Anexo desta Medida Provisória.

Art. 7º. A estrutura organizacional da Escola de Gestão Penitenciária do Estado do Maranhão fica constituída na forma do Anexo desta Medida Provisória.

Art. 9º. O Poder Executivo definirá em regimento, a organização, as atribuições, as normas quanto ao corpo docente, e as demais normas, instruções e orientações regulares que se fizerem necessárias para o funcionamento das unidades que compõem a estrutura da Escola de Gestão Penitenciária do Estado do Maranhão.

Art. 10. Ao Poder Executivo cabe promover as medidas necessárias para efetivação dos procedimentos orçamentários e financeiros decorrentes da execução ou aplicação desta Medida Provisória, correndo, as respectivas despesas, à conta das dotações próprias consignadas no Orçamento do Estado para o mesmo Poder Executivo.

Art. 11. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

ANEXO À MEDIDA PROVISÓRIA

ESCOLA DE GESTÃO PENITENCIÁRIA DO ESTADO DO MARANHÃO QUADRO DE CARGOS EM COMISSÃO

DENOMINAÇÃO	SÍMBOLO	QTD.
DIRETORIA		
Diretor da Escola	DGA	1
Assessor Especial I	DANS-1	1
SUPERVISÃO DE GESTÃO INTERNA		
Supervisor	DANS-3	1
Assessor I	DAS-1	3
SUPERVISÃO DE GESTÃO PEDAGÓGICA		
Supervisor	DANS-3	1
Assessor I	DAS-1	3
SUPERVISÃO DE GESTÃO ADMINISTRATIVA		
Supervisor	DANS-3	1
Assessor I	DAS-1	3

DECRETO Nº 29779, DE 31 DE JANEIRO DE 2014

Regulamenta as atribuições da Escola de Gestão Penitenciária do Estado do Maranhão e dá providências correlatas.

A GOVERNADORA DO ESTADO DO MARANHÃO, no uso de suas atribuições legais, Decreta:
SEÇÃO I Disposição Preliminar

Art. 1º - A Escola de Gestão Penitenciária, órgão na estrutura da Secretaria de Estado da Justiça e da Administração Penitenciária, tem por finalidade promover, preparar e executar ações de formação, capacitação, aperfeiçoamento e valorização de servidores que exerçam atividades no Sistema de Segurança Prisional ou na área de serviços penitenciários.

Art. 2º - A Escola de Gestão Penitenciária tem a seguinte estrutura: I - Diretoria da Escola; II - Supervisão de Gestão Interna; III - Supervisão Pedagógica e IV - Supervisão Administrativa.

Art. 3º. A Diretoria da Escola tem as seguintes atribuições: I - dirigir, orientar e acompanhar as atividades da Escola; II - fazer executar as diretrizes definidas pela Administração Superior da Secretaria; III - gerir técnica e administrativamente a Escola; IV - expedir certidões, declarações ou atestados oficiais; V - garantir o cumprimento das competências específicas definidas por legislação própria; VI - encaminhar papéis e processos aos órgãos competentes, para manifestação; VII - expedir normas internas de organização;

Art. 4º. A Supervisão de Gestão Interna tem por objetivo prestar serviços à Escola, nas áreas de material e patrimônio, pessoal, transportes, comunicações administrativas e conservação e limpeza.

Art. 5º. A Supervisão Pedagógica tem as seguintes atribuições: I - subsidiar a política de desenvolvimento e capacitação de recursos humanos, realizando pesquisas sobre métodos e técnicas de programas em sua área de atuação e promovendo a sua divulgação; II - divulgar as atividades, eventos e cursos que tenham caráter de extensão para entidades afins à área penitenciária; III - manter intercâmbio técnico, cultural e científico com instituições de ensino e entidades congêneres de âmbito nacional e internacional, por meio de convênios e contratos; IV - realizar análises periódicas de resultados dos programas implementados, desenvolvendo projetos para o seu aperfeiçoamento.

V - garantir a adequação:

a) do conteúdo de cada programa de treinamento às reais necessidades da organização e ao nível da clientela de cada região;

b) dos recursos humanos e materiais utilizados em cada programa;

VI - promover a execução de programas de treinamento e desenvolvimento, visando às reais necessidades da organização e ao nível da clientela de cada região; VII - divulgar as condições que permitam a participação nos programas de treinamento e capacitação; VIII - realizar estudos e projetos com vistas à adequação dos programas de desenvolvimento e capacitação à política penitenciária; IX - realizar levantamento de necessidades de cursos e treinamentos, indicando as prioridades do sistema penitenciário; X - realizar estudos e pesquisas sobre métodos e técnicas de treinamento, promovendo sua divulgação; XI - realizar análises periódicas de resultados e dos custos dos programas implementados, desenvolvendo projetos para o seu aperfeiçoamento; XII - promover a realização de eventos destinados à discussão de políticas e estratégias de desenvolvimento e capacitação; XIII - desenvolver programas de apoio pedagógico, por meio de técnicas aplicadas à realidade penitenciária e criminológica; XIV - formar instrutores de treinamento de pessoal para atuarem como agentes multiplicadores de atividades de aprimoramento profissional; XV - realizar programas de desenvolvimento e capacitação, por meio de cursos, treinamentos e demais atividades de aprimoramento do pessoal penitenciário.

Art. 6º. Compete à Supervisão Administrativa: I - receber, registrar, distribuir e expedir papéis e processos; II - preparar

o expediente da unidade; III - manter registros sobre a frequência e as férias dos servidores; IV - prever, registrar e guardar o material de consumo; V - manter registro do material permanente e comunicar à unidade competente a sua movimentação; VI - receber, registrar, classificar e catalogar periódicos, documentos técnicos, legislação, artigos e mapas, incluindo obras raras, microfilmes e materiais similares; VII - organizar e manter atualizados os registros bibliográficos e de legislação, os atos oficiais normativos e de jurisprudência e o seu acervo; VIII - reunir, classificar e preservar a documentação de trabalhos realizados pela Escola e outros relacionados com sua área de atuação; IX - manter serviços de consultas e empréstimos; X - orientar os interessados nas consultas e pesquisas legislativas e bibliográficas; XI - manter intercâmbio com bibliotecas e/ou órgãos técnicos de documentação; XII - divulgar, periodicamente, bibliografias existentes na unidade; XIII - elaborar quadros demonstrativos da movimentação de documentos técnicos da unidade; XIV - encaminhar para publicação os trabalhos elaborados pela Escola, tais como, resenhas, periódicos, boletins informativos, separatas, apostilas, revistas, sumários, resumos, compêndios, jornais, coletâneas e outros; XV - elaborar programas culturais, motivando a utilização do Núcleo de Documentação e Informação; XVI - propor e acompanhar a aquisição de obras culturais e científicas, periódicos e folhetos de interesse da Escola; XVII - zelar pela guarda e conservação do acervo da instituição; XVIII - utilizar, para controle e disseminação de informações, processos eletromecânicos, eletrônicos e foto-eletrônicos. XIX - desenvolver outras atividades características de apoio administrativo, relativas à atuação da unidade.

Art. 7º - Este decreto entra em vigor na data de sua publicação.

ANEXO VIII

POLÍTICA DE ASSISTÊNCIA HUMANITÁRIA NAS PRISÕES

DECRETO Nº 29778, DE 31 DE JANEIRO DE 2014

Institui a Política Estadual de Assistência Humanitária para o Sistema Prisional Maranhense

CAPÍTULO I

Da Política Estadual de Assistência Humanitária para o Sistema Prisional Maranhense

Art. 1º - Esta Lei institui a Política Estadual de Assistência Humanitária para o Sistema Prisional Maranhense.

Art. 2º - A Política Estadual de Assistência Humanitária para o Sistema Prisional Maranhense é criada e implementada em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana e com os princípios e objetivos da Política Nacional do Sistema Prisional, da Lei de Execução Penal e do Sistema Internacional de Direitos Humanos vinculado à Organização das Nações Unidas e à Organização dos Estados Americanos.

CAPÍTULO II

Linhas conceituais da Polícia Estadual de Assistência Humanitária para o Sistema Prisional Maranhense

Art. 3º - Entende-se por Assistência Humanitária o conjunto de ações governamentais voltadas para os agentes penitenciários e demais servidores no âmbito do sistema penitenciário, bem como para as pessoas custodiadas, vítimas e seus familiares, nas dimensões emergencial e estrutural.

§1º Por meio da vertente emergencial, o Estado realizará imediatamente:

- a) Atendimento e assistência biopsicossocial aos servidores penitenciários e policiais militares;
- b) Capacitação, a curto prazo, dos agentes e demais servidores no âmbito penitenciário;

- c) Atendimento aos presos e vítimas dos atentados, bem como a suas famílias;
- d) Atendimento integral à saúde.

§2º. Por meio da vertente estrutural a Política Estadual de Assistência Humanitária para o Sistema Prisional Maranhense consistirá em ações continuadas de atendimento e assistência psicossocial aos servidores penitenciários e suas famílias; capacitação dos agentes e demais servidores no âmbito penitenciário, atendimento aos presos, vítimas e suas famílias; saúde integral e educação.

§3º. As ações dispostas neste artigo devem observar a Política Nacional de Atenção às Mulheres Encarceradas, o Plano Nacional de Políticas para as Mulheres e o Plano Estadual de Políticas para as Mulheres.

CAPÍTULO III

Dos princípios, ações programáticas e objetivos da Política Estadual de Assistência Humanitária para o Sistema Prisional Maranhense

Art. 4º A assistência humanitária prevista na Política Estadual de Assistência Humanitária para o Sistema Prisional Maranhense social tem por objetivos:

I - a proteção social, que visa à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos, especialmente:

- a) a proteção aos custodiados do sistema e às vítimas, às suas famílias, à mulher e à maternidade;
- b) a promoção da integração ao mercado de trabalho em obediência, especialmente, à Lei Estadual nº 9116, de 11 de janeiro de 2010;
- d) a defesa de direitos, que visa a garantir o pleno acesso aos direitos no conjunto das provisões socioassistenciais.

Parágrafo único. Esta Política será realizada integrada às políticas setoriais, garantindo mínimos sociais e provimento de condições para atender contingências sociais e promovendo a universalização dos direitos.

Dos Princípios e das Diretrizes

SEÇÃO I Dos Princípios

Art. 5º A assistência humanitária rege-se pelos seguintes princípios:

I - respeito à dignidade do custodiado e aos seus direitos assegurados na Lei de Execução Penal; II - universalização dos direitos sociais, a fim de tornar o destinatário da ação alcançável pelas demais políticas públicas; III - garantia à não-discriminação em razão de sexo, raça e etnia, origem, orientação sexual, credo, ou qualquer outra forma de discriminação; IV - o enfoque humanístico, sistêmico, crítico, democrático e participativo; V - a concepção do ambiente prisional em sua totalidade e complexidade, considerando a interdependência com os sistemas de Justiça, Segurança Pública e de Direitos Humanos; VI - o pluralismo de idéias e concepções, na perspectiva da multidisciplinaridade, interdisciplinaridade e transdisciplinaridade; VII - a garantia de continuidade, permanência e a busca por articulação de diferentes setores da sociedade, grupos, coletivos, comissões e organizações da sociedade, para maior capilaridade e coresponsabilidade social nos processos de reintegração social; VIII - a participação, o controle social e o desenvolvimento da cidadania;

SEÇÃO II Das Ações Programáticas

Art. 6º A Política Estadual de Assistência Humanitária para o Sistema Prisional Maranhense consiste nas seguintes ações programáticas:

- I - no campo do atendimento e assistência biopsicossocial aos servidores penitenciários e policiais militares:
 - a) Disponibilizar atendimentos psicológicos, sociais e terapêuticos ocupacionais para os servidores penitenciários e policiais militares;

b) Promover encontros de grupo para observação das necessidades e favorecimento das relações interpessoais entre as equipes/setores;

c) Planejamento terapêutico individualizado a curto, médio e longo prazo contendo todas as ações psicológicas, sociais e de terapia ocupacional a ser realizada.

II – no campo da capacitação:

a) cursos de relacionamento interpessoal, trabalho em equipe e motivação, liderança participativa, noções de armamento e escolta, noções de armamento e tiro, defesa pessoal e contra-emboscada, treinamento para situações de crise no sistema, treinamento para situações de crise a atendimento aos servidores penitenciários, noções de direitos humanos e mediação de conflitos, rotinas trabalhistas e redação de documentos oficiais, práticas ressocializadoras;

III – no campo do atendimento às famílias dos presos e vítimas dos atentados:

a) Levantamento de dados dos Familiares dos presos mortos dentro dos presídios bem como dos Familiares das vítimas dos atentados aos ônibus;

b) Mapeamento socioeconômico das famílias dos presos do Sistema penitenciário e vítimas dos atentados;

c) Acompanhamento às famílias e vítimas em articulação com as redes local e regional, dentro e fora do Estado;

d) visitas domiciliares;

e) implantação e implementação do Núcleo Permanente de Assistência Psicossocial e Jurídica aos familiares dos custodiados do Sistema Penitenciário do Maranhão

IV – no campo da ressocialização dos apenados e de suas famílias:

a) Campanha pela Paz em todas as Unidades do Complexo de Pedrinhas;

b) Mutirão Jurídico;

c) Realização de ação para emissão de documentação básica civil;

d) Recadastramento Biométrico dos apenados e seus familiares;

e) Discussões sobre temas culturais, étnicos e religiosos em alusão às datas comemorativas mais relevantes para toda a sociedade;

f) Plano Estadual de Educação formal nas prisões;

g) Mutirão de Remição de pena;

h) Formação continuada das equipes envolvidas com a educação em prisões, atendendo 150 profissionais e 13 unidades prisionais;

i) Acompanhamento de turmas do EJA em unidades do interior do Estado;

j) Exame Nacional de Certificação de Educação de Jovens e Adultos;

k) Fórum de Educação nas prisões.

V – no campo da saúde integral:

a) Medicação dos presos;

b) Levantamento da estrutura física e recursos materiais/técnicos das Unidades Prisionais

c) Capacitação em Saúde Mental na Atenção Básica;

d) Monitoramento dos casos de internação em Saúde Mental;

e) Padronização de Rotinas de atendimento nos Núcleos de Saúde das Unidades Prisionais.

CAPÍTULO IV Das competências e da Execução da Política

Art. 7º - No âmbito estadual compete: I – ao Poder Público Estadual:

a) definir a Política Estadual de Assistência Humanitária para o Sistema Prisional Maranhense, e implementar as ações e os projetos de assistência humanitária nas áreas de segurança pública, assistência social, direitos humanos, mulher, saúde, educação e cidadania, no âmbito das respectivas competências das Secretarias de Estado e conforme as especificidades de suas políticas setoriais;

b) incentivar, apoiar e capacitar a estruturação e a gestão das políticas penitenciárias;

II – à Secretaria de Estado da Justiça e da Administração Penitenciária:

a) construir participativamente e coordenar a implementação da Política Estadual de Assistência Humanitária para o Sistema Prisional Maranhense, garantindo a sua revisão periódica de forma democrática e participativa;

b) coordenar, articular e supervisionar políticas, programas, planos e projetos no campo das políticas públicas específicas de assistência humanitária no sistema prisional, verificando se estão em consonância com os ditames da presente Política;

c) garantir a execução da Lei de Execução Penal no que tange às ações programáticas da Política Estadual de Assistência Humanitária para o Sistema Prisional Maranhense

III – à Secretaria de Estado de Direitos Humanos, Assistência Social e Cidadania:

a) Monitorar, avaliar e apoiar as práticas inerentes às políticas garantidoras de promoção e de defesa direitos dos presos, egressos, vítimas e de seus familiares referentes ao sistema prisional;

b) Articular e apoiar as políticas intersetoriais e transversais referentes ao sistema prisional visando a sua implementação;

c) Garantir a documentação cívica básica de identificação dos custodiados do sistema prisional;

d) Articular com os equipamentos da assistência social federais, estaduais e municipais ligados à proteção básica e especial;

e) Articular com as organizações da sociedade civil organizada para acompanhamento da Política Estadual de Assistência Humanitária para o Sistema Prisional Maranhense;

f) Monitorar o exercício do direito à assistência religiosa no âmbito prisional.

IV – à Secretaria de Estado da Mulher:

a) Promover e monitorar a garantia dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres em situação de prisão;

b) Articular as políticas de saúde e de educação especificamente ligadas às áreas de gênero visando à implantação da Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional;

c) Monitorar os protocolos de execução da política prisional no que diz respeito a visitas íntimas e revistas dos familiares do sexo feminino;

V – à Secretaria de Estado da Saúde:

a) Apoiar e articular as políticas referentes à saúde integral de acordo com a Lei de Execução Penal;

b) Executar as ações da Política Nacional de Saúde às pessoas Privadas de Liberdade

VI – à Secretaria de Estado da Educação:

a) Apoiar e articular as políticas referentes à educação formal e informal de acordo com a Lei de Execução Penal;

b) Articular a implantação do Fórum de Educação nas prisões promovendo a reintegração social do custodiado;

c) viabilizar a execução das ações do Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (Pronatec).

Art. 8º. Cada Secretaria de Estado mencionada neste Decreto publicará ato que definirá metas e indicadores para as ações de sua competência na execução desta política.

Art. 9º. Este Decreto entra em vigor na data de sua Publicação.

ANEXO IX
GOV. ESTADUAL

OBJETO	MUNICÍPIO	VALOR	VAGAS ABERTAS	PORTE/ SEGURANÇA	OBSERVAÇÕES
Construção de Presídio	Pinheiro/MA	R\$ 11.325.771,00	306	Médio	obra em mudança de local em função de comoção social no município.
Construção de Presídio	Santa Inês/MA	R\$ 11.325.366,00	306	Médio	obra em mudança de local em função de comoção social no município.
Construção de Presídio	Timon/MA	R\$ 12.132.823,00	306	Médio	20,67% concluída
Construção do Presídio Modular	São Luis/MA	R\$ 14.130.259,36	235	Médio	53,25% concluída
Construção do Presídio Modular	Coroatá/MA	R\$ 13.886.003,00	221	Médio	51,80% concluída
TOTAL		R\$ 62.800.222,36	1374		

DEPEN

OBJETO	MUNICÍPIO	VALOR	VAGAS	STATUS	CONCEDENTE	PROPONENTE
Construção de Presídio	Imperatriz/MA	R\$ 6.911.078,81	210	72% Executado	R\$ 7.232.000,00	R\$ 723.200,00
Construção de Presídio	São Luiz Gonzaga/Bacabal/MA	R\$ 8.521.777,83	312	Processo Administrativo em Licitação	R\$ 7.024.199,51	R\$ 1.647.651,74
Total		R\$ 15.432.856,64	522			

ANEXO X
PAUTA DA 5ª REUNIÃO DO COMITÊ DE GESTÃO INTEGRADA
13/02

PROPOSTA DE FORTALECIMENTO DA INTELIGÊNCIA PRISIONAL - SUGESTÃO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA;
PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES À PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA;
NOVO REGIMENTO DO CONSELHO PENITENCIÁRIO;

FIM DA FORÇA NACIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA E PLANEJAMENTO 2014 DA ATUAÇÃO DA DPE-MA NO COMPLEXO DE PEDRINHAS;
IMPLEMENTAÇÃO DO DECRETO DA POLÍTICA DE ASSISTÊNCIA HUMANITÁRIA;
STATUS ATUALIZADO DAS OBRAS E REFORMAS DE UNIDADES PRISIONAIS;
SUGESTÕES DA OUVIDORIA NACIONAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO QUANTO A CADA UMA DAS UNIDADES DO COMPLEXO DE PEDRINHAS;
INFORME SOBRE A SEGUNDA FASE DE TRANSFERÊNCIAS DE PRESOS PARA PRESÍDIOS FEDERAIS;
INFORME SOBRE O STATUS DO CONVÊNIO JUNTO AO DEPEN PARA A IMPLANTAÇÃO DA CENTRAL DE MONITORAÇÃO ELETRÔNICA DE PRESOS.

ANEXO XI

Resultados das atividades

da Força Nacional da Defensoria Pública

Objeto	Número
Processos Analisados	3240
Retorno Escrito Preparado	1782
Retificação de Pena	07
Ciências de Andamento Processual	131
Progressão de Regime	41
Prisão Domiciliar	07
Livramento Condicional	12
Unificação de Penas	22
Remição de Pena	08
Indulto	11
Comutação	23
Outras Petições*	347
Extinção de Pena	01
Habeas Corpus	165
Providências Adotadas	4341

*Estão contabilizados nos pedidos de outras petições: (a) expedição de Guias de Recolhimento; (b) pedidos de revogação de prisão; (c) liberdade provisória; (d) relaxamento de prisão; (e) projeção de benefícios; (f) readequação de regime prisional; (g) justificação de falta disciplinar, (h) serviço externo; (i) alegações finais, bem como (j) aplicação de medida cautelar diversa à prisão.

ANEXO XII

PAUTA DA 6ª REUNIÃO DO COMITÊ DE GESTÃO INTEGRADA

17/03

- Informações gerais: apresentação de informações atualizadas sobre as obras e reformas, lista de equipamentos que serão adquiridos para as unidades, status do convênio com o DEPEN para implantação da Central de Monitoração;
- Regimento Interno do Conselho Penitenciário;
- Piloto do SISDEPEN no Maranhão.

ANEXO XIII

PAUTA DA 7ª REUNIÃO DO COMITÊ DE GESTÃO INTEGRADA

10/04

- Divulgação do Balanço do Plano de Pacificação das Prisões de São Luís/MA;
- Apresentação do relatório final da Força Nacional de Segurança Pública;
- Apresentação do Cronograma de atuação da Defensoria Pública do Estado no Complexo de Pedrinhas;
- Lei 9116/2010, que institui a Política Estadual de inserção de egressos do sistema prisional no mercado de trabalho, e dá outras providências;
- Audiência Pública na Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados, com o objetivo de debater denúncias de estupro coletivo no Complexo de Pedrinhas.
- Projeto de implantação de Unidade Modelo no Presídio São Luís III, com auxílio do DEPEN/MJ.

PARECERES E CONTRIBUIÇÕES DO IASP SOBRE A CRISE PENITENCIÁRIA

A PERENE “CRISE” PENITENCIÁRIA

MIGUEL REALE JÚNIOR

Presidente da Comissão de Estudos de Direito Penal do Instituto dos Advogados de São Paulo

SUMÁRIO

1. A Lei de Execução Penal; 2. Política penitenciária e fiscalização das prisões; 3. População carcerária; 4. O trabalho prisional; 5. Assistência Judiciária; 6. Assistência ao egresso; 7. Conclusões.

1. A LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Em 1.977, instalou-se Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) na Câmara dos Deputados, tendo por objeto a análise do sistema penitenciário brasileiro. As conclusões, demonstrativas do caos de nossa realidade prisional, levaram à modernização da legislação penal, com a criação das penas alternativas, do regime aberto (prisão albergue) e com a instituição de um sistema progressivo no cumprimento de penas privativas de liberdade que permitiam passagem mais rápida do regime fechado para o semiaberto e aberto.

Destarte, há trinta anos entrava em vigor a Lei de Execução Penal. Este diploma, o primeiro a disciplinar de forma sistemática o campo da execução penal, constituía um ponto de partida e não um ponto de chegada.

Com efeito, estabeleciam-se metas a serem alcançadas visando a minimizar os malefícios naturais do cumprimento de penas, em especial das penas privativas de liberdade.

Assim, visando a que o condenado após a recuperação da liberdade pudesse enfrentar os conflitos naturais da vida social, sem recorrer ao caminho do delito, ainda mais com o peso da marca de uma condenação, várias medidas foram preconizadas a serem aplicadas durante e após o cumprimento da sanção.

Estas medidas dizem respeito às características dos estabelecimentos prisionais, ao trabalho prisional, aos deveres e direitos dos presos, à disciplina prisional, às diversas assistências a serem prestadas aos encarcerados, inclusive depois de sair da prisão, auxiliando sua volta à liberdade.

A Lei de Execução Penal define os órgãos encarregados de fixar a política penitenciária, com metas a serem alcançadas, e de propor a aplicação das medidas adequadas a estes propósitos, além de fiscalizar as condições vigentes no meio carcerário.

Os órgãos da Execução Penal, em suas atribuições definidas na lei, deixam, no entanto, de cumprir com o seu papel orientador, fiscalizador e ativo na imposição de medidas de humanização do cumprimento das penas, sendo imprescindível que haja cobrança por meio da OAB acerca da efetividade no cumprimento de suas tarefas.

Todavia, as medidas preconizadas na Lei de Execução Penal foram pouco aplicadas

e com o crescimento da criminalidade, em especial o tráfico de drogas, a população carcerária cresceu, malgrado a ineficiência policial na apuração da autoria nos crimes de roubo. A crise, na verdade, deixa de ser crise, pois constitui a realidade de sempre, ou seja, a desumanidade da maioria de nossas prisões que tornam a perda da liberdade a perda da dignidade e da esperança de integração futura do preso à vida social, fato demonstrado pelos índices elevados de reincidência.

2. POLÍTICA PENITENCIÁRIA E FISCALIZAÇÃO DAS PRISÕES

É preciso iniciar este exame pelo órgão central da Execução Penal, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP).

Cumpra ao Conselho, integrado por nomes de proa, ser prestigiado e fortalecido como definidor da política penitenciária e fiscalizador da execução penal em todo o Brasil, o que de tempos para cá tem sido descurado integralmente.

De acordo com o art. 64 da Lei de Execução Penal, cumpre ao Conselho, por exemplo:

I - propor diretrizes da política criminal quanto à prevenção do delito, administração da Justiça Criminal e execução das penas e das medidas de segurança;

II - contribuir na elaboração de planos nacionais de desenvolvimento, sugerindo as metas e prioridades da política criminal e penitenciária;

.....

VIII - inspecionar e fiscalizar os estabelecimentos penais, bem assim informar-se, mediante relatórios do Conselho Penitenciário, requisições, visitas ou outros meios, acerca do desenvolvimento da execução penal nos Estados, Territórios e Distrito Federal, propondo às autoridades dela incumbida as medidas necessárias ao seu aprimoramento;

IX - representar ao Juiz da execução ou à autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento administrativo, em caso de violação das normas referentes à execução penal;

X - representar à autoridade competente para a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal.

O CNPCP, malgrado seja órgão do Ministério da Justiça, deve agir independentemente de qualquer influência política, com vistas ao cumprimento de suas atribuições sem vercor de partido que governa os Estados cujo sistema penitenciário mereça apuração ou medidas sancionatórias em face da violação das normas da Execução Penal.

Sente-se, claramente, falta de uma política penitenciária, da fixação de diretrizes gerais a presidir a ação da administração no campo da Execução Penal, bem como o estabelecimento de uma Política Criminal que oriente a produção legislativa nos campos penal, processual penal e de execução penal, permanecendo a produção legislativa ao sabor de propostas isoladas, sem sistematização, muitas vezes ditada por conveniência e interesses subalternos. O CNPCP deve, portanto, ser prestigiado, ouvido, fortalecido como órgão independente da estrutura burocrática, para poder realizar com liberdade os fins primordiais a que se destina.

De outra parte, há de se fortalecer igualmente os Conselhos Penitenciários Estaduais aos quais cumpre também inspecionar os estabelecimentos e muito especialmente a supervisão de patronatos e de assistência ao egresso, atividades que na maioria dos Estados sequer existem.

No âmbito da fiscalização há atribuição importante outorgada ao **Juízo da Execução e ao Ministério Público**, como dispõem os artigos 66 e 67 da Lei de Execução Penal. Cabe ao Juiz inspecionar, mensalmente os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento, determinando se for o caso interdição do estabelecimento. O juiz da execução deve compor o Conselho de Comunidade, órgão fundamental para arejar e controlar a execução penal, composto por representante da OAB, mas cuja atividade tem sido descurada no país.

Ao Ministério Público cumpre igualmente visitar mensalmente aos estabelecimentos penais, fazendo registro de sua presença, fato este que não se vê ocorrer ao longo de nosso território.

Inspeção dos estabelecimentos cabe também ao Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN).

Deve-se, também, dar eficácia à atuação dos Conselhos de Comunidade que desde a promulgação da Lei de Execução Penal são institutos fundamentais negligenciados pelo Judiciário e pela própria sociedade, quando é seguro que a participação da comunidade constitui fator estabilizador dos conflitos naturais do mundo prisional, a se ver os resultados obtidos em São Paulo, junto aos estabelecimentos nos quais atua a comunidade.

O Conselho de Comunidade a ser criado pelo juiz de execução, composto por membros indicados pela Ordem dos Advogados e pelo Conselho Regional de Serviço Social, constitui uma janela por via da qual se areja o sistema, estabelecendo-se o contato do meio prisional e do preso com a sociedade, pois cumpre ao Conselho, que representa a comunidade, visitar **pelo menos** mensalmente os estabelecimentos prisionais, entrevistando presos, para depois apresentar relatórios mensais ao Juiz da Execução, tomando inclusive providências para a obtenção de recursos materiais e humanos que melhorem a assistência ao preso.

Mesmo com tantos órgãos encarregados de fiscalização de todo o sistema prisional, perdura o desmazelo e a violação grave dos direitos dos presos, com omissão grave da maioria dos envolvidos na Execução Penal.

Há quatro pontos essenciais a serem vistos: a superpopulação carcerária, a falta de trabalho prisional e a ausência de assistência judiciária e a não assistência ao egresso.

3. POPULAÇÃO CARCERÁRIA

As cenas de Pedrinhas no Maranhão, revestidas de grande contundência, com decapitações e festejos da barbárie, chegaram à imprensa e denunciaram à Nação a situação calamitosa dos presídios que deveria já ter sido objeto de reação rigorosa dos órgãos acima mencionados.

Foi graças ao celular irregularmente introduzido que se filmaram as cenas terríveis, não se constringendo em documentar e perenizar o horror praticado, enviando-as para o mundo exterior até mesmo para afrontar o Estado e a sociedade que os jogaram esquecidos como feras em cubículos imundos.

Uma das principais causas da desumanidade da reclusão no país reside na superpopulação carcerária, que não só importa em se viver exprimido em celas insalubres,

pestilentas, como se inviabiliza a realização de qualquer outro fim à pena que não a imposição de aflição.

A Lei de Execução Penal estabelece que o preso no sistema fechado seja alojado em cela individual, sendo requisito básico a salubridade e a área mínima de seis metros quadrados. É evidente que se tratava de um objetivo ideal a ser ao longo do tempo alcançado, para que à perda da liberdade não se acresça a pena da perda da dignidade como pessoa humana, por estar o preso entregue à ociosidade e destinado ao embrutecimento em celas minúsculas nas quais impera a promiscuidade.

Conforme o censo penitenciário de 2.012 havia no Brasil 520 mil pessoas encarceradas, descontados o que cumpriam pena em sistema aberto, para um total de cerca de 310 mil vagas. Eram 195 mil presos provisórios e 218 mil condenados, no sistema das secretarias de justiça, mais 34 mil presos em cadeias públicas totalizando 447 mil presos em sistema fechado e 74 mil no sistema semiaberto. Os números revelavam que para estes 447 mil presos, em sistema fechado, havia apenas 260 mil vagas. As vagas do sistema semiaberto eram tão só 51 mil.

O número de presos cresce por conta não só da criminalidade violenta, mas em vista do tráfico de drogas, responsável por mais de 100 mil encarcerados. Deve-se ademais ponderar que o número de presos aumenta mesmo diante da grave deficiência policial, pois dos crimes de roubo, de autoria desconhecida, apenas 2% têm seus autores identificados, havendo, também, uma imensa cifra negra de fatos não comunicados à autoridade policial. Se houvesse eficiência policial o número de presos mais que multiplicaria. Deve-se, portanto, olhar a população carcerária futura em face da possibilidade de incremento do número de processos em vista de melhor persecução penal.

Se há um grande déficit no sistema fechado, todavia, a grande falha está na não construção de presídios semiabertos. Para uma população carcerária de 447 mil presos no sistema fechado, que deveriam com o cumprimento de parcela da pena passar para o sistema semiaberto, há tão só 51 mil vagas próprias desse sistema, produzindo-se, como não poderia deixar de ser, a impossibilidade de passagem a um regime menos gravoso, com alívio do número de reclusos no sistema fechado e benefício ao condenado por vir a estar recolhido a estabelecimento agroindustrial ou agrícola de menor rigor.

Os estabelecimentos semiabertos podem ter alojamentos coletivos, com exigências

menores de segurança e dispensa da existência de muralhas, que demandam tempo de construção e elevado preço. O menor custo e a facilidade de construção de presídios semiabertos contrastam com a decisão das administrações estaduais em privilegiar os estabelecimentos de segurança do sistema fechado.

O mutirão penitenciário promovido pelo CNJ bem demonstrou o elevado número de presos que poderiam progredir para o sistema semiaberto sem, contudo, ser possível por falta de vagas. Na ausência de vaga no sistema semiaberto a determinação judicial de passagem direta para o sistema aberto, que também não existe, constitui uma medida justa, mas que enfraquece o sistema penal.

A falta de estabelecimentos semiabertos e a falência do regime aberto, com não aplicação da prisão albergue, mostram a crise do sistema penal, salvo, tão só, pela maior aplicação hoje das penas alternativas, em especial a pena de prestação de serviços à comunidade, ora efetivada após uma insistência de três décadas desde seu surgimento na legislação penal.

4. O TRABALHO PRISIONAL

Mas não basta haver vagas. O cerne, a espinha dorsal do cumprimento da pena está no trabalho a ser desenvolvido pelo recluso de acordo com suas aptidões em serviços economicamente úteis para habilitá-lo à vida social na saída da prisão. O trabalho mantém a higidez mental, ocupa o tempo e dá ordem e disciplina à vida carcerária, além de remuneração e desconto de dias de pena.

A maioria dos estabelecimentos penitenciários não tem oficinas de trabalho e quando as tem dedicam-se a serviços de artesanato pouco úteis no futuro. O trabalho é essencial para minorar o malefício do aprisionamento, para fortalecer a administração em face do poder real dos líderes dos presos no presídio, para salvar da sensação total do tempo perdido por parte do recluso.

Esta deve ser uma exigência a ser feita pelos Conselhos de Comunidade, integrados por representantes da OAB e por nossos órgãos de classe, como o Instituto dos Advogados de São Paulo, pois se há pena não deixa de ser um gravame para o condenado, sentido como um castigo, no entanto, deve-se minimizar estes malefícios naturais do encarceramento por via do trabalho que ajuda a manter a dignidade e a saúde mental.

5. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

O preso precisa de assistência judiciária para manter a esperança de caminhos que viabilizem a presteza na volta à liberdade. Muitos presos estão com pena vencida, com possibilidade de progressão de regime, com direito à liberdade provisória se presos preventivamente, com questões disciplinares decorrentes de perseguição de funcionários da prisão, com problemas junto a seus familiares. A atenção do advogado constitui, portanto, além de uma necessidade de justiça, um alívio no sofrimento próprio da vida carcerária.

Este atendimento ao preso tem sido deficiente, com poucos advogados designados para prestação de serviços junto aos presídios pelas Defensorias Públicas em vista mesmo do pequeno número de defensores. Os convênios com a OAB não compreendem esta assistência ao preso nos incidentes da execução penal. Assim, este é um campo importantíssimo ao qual a OAB deve voltar sua primordial atenção.

6. ASSISTÊNCIA AO EGRESSO

O egresso da prisão, ao retornar ao meio livre, não sabe andar por suas próprias pernas, condicionado que fora a ter a vida decidida pela administração prisional, esgarçando-se sua capacidade de iniciativa. Acresce-se a rejeição da sociedade, a começar pelos seus próximos, precisando, então, de fisioterapia de alma e de intermediações que facilitem sua reinserção social, promovendo-se sua apresentação à sociedade da qual fora expulso pela condenação. O caminho natural, em face das dificuldades encontradas na obtenção da liberdade, tem sido infelizmente a prática de um novo delito e o retorno à prisão.

É vital, portanto, para não se ter os elevados números de reincidência que beiram os 60%, dar-se ênfase à **assistência ao egresso**, pois ao lado do choque da prisionização, quando da entrada do condenado na prisão, ao perder os papéis que representava no mundo social, há, depois, o choque da liberdade, no momento de seu retorno ao meio livre. Para tanto é fundamental a implementação de consistente assistência ao egresso, tarefa que se outorga tanto aos patronatos como ao próprio Conselho de Comunidade.

Assim, caberá ao Conselho de Comunidade colaborar na assistência ao egresso, facilitando a sua reinserção na comunidade, bem como na obtenção de recursos com o

objetivo de proporcionar ao egresso necessitado alojamento e alimentação na sua volta à liberdade.

A promoção de alimentação e de alojamento ao egresso necessitado deve ser também tarefa dos patronatos, públicos ou privados, aos quais incumbe, igualmente, auxiliar o egresso no retorno ao convívio com seus familiares e na oportunidade de emprego.

Aos patronatos dá-se igualmente a missão de colaborar na fiscalização do cumprimento do livramento condicional, promovendo-se ademais palestras e reuniões com os liberados. Ou se envolve a comunidade no auxílio ao egresso, ou teremos a manutenção dos elevados índices de reincidência, em prejuízo de todos, pois por melhor que seja a assistência proporcionada no meio prisional essa se desfaz se não houver auxílio no momento do egresso do meio prisional ser recepcionado pelo grupo social no qual antes vivia: família, amigos, colegas de trabalho.

7. CONCLUSÕES

Dispõe o art. 44 do Estatuto da Advocacia que

Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I – defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

A iniciativa, portanto, do presidente do Conselho Federal, Marcos Vinicius de constituir a Coordenação de Acompanhamento do Sistema Carcerário insere-se no âmbito das finalidades da OAB ao ter como atribuição legal e histórica a defesa dos direitos humanos e da Constituição, diploma que elege como valor principal e fundamento de nossa República, no art. 1º, a **dignidade humana**.

Por outro lado, incumbe à Ordem dos Advogados também pugnar pela boa aplicação das leis, exigindo dar-se correta eficácia ao disposto na Lei de Execução Penal, olvidada inteiramente pelos diversos órgãos encarregados de implementar suas diretrizes e de

realizar o controle legalmente imposto relativamente à situação dos presídios.

Quando se viola a dignidade humana de quem quer que seja, todos somos atingidos. Maior, todavia, mostra-se esta afronta ao se atingir a dignidade de quem se acha submisso inteiramente à administração estatal, que o tem em custódia. Mais grave quando este desrespeito às condições mínimas de sobrevivência como ser humano dotado de dignidade revela-se institucionalizado no sistema penal, não dependendo a modificação da realidade apenas de verbas, mas de forte vontade política que se mostra inexistente, vicejando a indiferença e a soberba de governantes e de operadores do sistema criminal.

Assim, é de se louvar a iniciativa do Conselho Federal que além da criação da Coordenação de Acompanhamento do Sistema Carcerário, orientou as Seccionais a analisarem a situação em cada Estado e ajuizarem ações civis públicas cobrando dos governos melhorias nas condições dos presídios.

Tendo em vista o relato acima realizado, há uma imensa tarefa a ser cumprida pela Coordenação agora criada, composta por ilustres conselheiros de cada um dos Estados da Federação, no sentido de pugnar pela exata aplicação da Lei de Execução Penal, a começar pela constituição imediata de Conselhos de Comunidade nas comarcas em que haja estabelecimento prisional, bem como exigindo que magistrados e promotores compareçam mensalmente a estes presídios para fiscalizar suas condições com vistas à proteção da pessoa humana de seus custodiados.

Será, sem dúvida, uma grande cruzada a que se dispõe a OAB, corroborada neste esforço por outras entidades da advocacia, tal como o Instituto dos Advogados de São Paulo.

Cumprе ressaltar, por fim, a urgência na constituição de assistência ao egresso, em esforço conjunto do Estado e da sociedade, pois esta é que sofrerá os gravames da reincidência se não se auxiliar o retorno do recluso ao convívio social, com o sofrimento da futura vítima e o custo do crime para a justiça e para a execução penal.

DOCTRINA NACIONAL

A UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES

Associado Honorário e Prêmio Barão de Ramalho do Instituto dos Advogados de São Paulo

SUMÁRIO

1. Os dois diferentes aspectos a unificação do direito privado; 2. A questão da unificação do direito privado brasileiro no Império. A dicotomia, nesse período, do processo; 3. As vozes que, da proclamação da república ao Código Civil de 1916, se manifestaram favoravelmente à unificação do direito processual; 4. As tentativas da unificação parcial do direito privado até o Projeto, de 1975, de reforma do Código Civil de 1916; 5. A unificação a que procedeu o Código Civil Brasileiro de 2002; 6. O panorama atual.

1. OS DOIS DIFERENTES ASPECTOS DA UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Como é sobejamente sabido, o problema da unificação do direito privado pode ser analisado sob dois diferentes aspectos: o da unificação formal ou meramente legislativa e o da unificação substancial ou jurídica.

Nesta exposição, examinar-se-á a orientação adotada, no direito brasileiro, desde os primórdios de nossa independência política até os dez anos de aplicação no nosso Código Civil de 2002, no tocante à questão da unificação do direito privado.

2. A QUESTÃO DA UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO NO IMPÉRIO. A DICOTOMIA, NESSE PERÍODO, DO PROCESSO

A Constituição imperial brasileira de 1824, no título concernente às “Disposições Gerais e Garantias dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”, determinou em seu artigo 179, XVIII, que deveriam organizar-se “quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça e Equidade”.

Essa determinação, sem grande demora, foi cumprida parcialmente no tocante ao Código Criminal, portanto, em 16 de dezembro de 1.830, foi ele sancionado pelo imperador D. Pedro I, ficando, assim, revogado o livro V das Ordenações Filipinas que depois da independência do Brasil continuavam a vigorar nele em virtude da Lei de 20 de outubro de 1.823 que estabeleceu que permanecessem vigentes no novo Império as ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, decretos e resoluções promulgados pelos reis de Portugal, e pelos quais se regera o Brasil até 15 de abril de 1.821.

O mesmo, porém, não ocorreu, nem viria a ocorrer, com o Código Civil. E embora não contivesse a referida Lei igual determinação quanto a um Código de Direito Comercial, já em 1832, por pressão dos comerciantes do Rio de Janeiro, que pleiteavam um Tribunal especial para julgar as causas comerciais, o Ministro JOSÉ LINO COUTINHO nomeou uma comissão para a elaboração de Projeto de Código Comercial, que, concluído em 1834, foi entregue ao Governo que o remeteu à Câmara dos Deputados, e, depois de tramitar também pelo Senado, foi sancionado em 2 de maio de 1.850, e promulgado, no mesmo

ano, pela Lei nº 556 de 25 de junho, para entrar em vigor em 1º de janeiro de 1.851. pouco depois da promulgação do Código Comercial do império do Brasil, foi baixado em 25 de novembro de 1.850 o Regulamento nº 737 que disciplinou a processo nas causas de natureza mercantil.

Como faltava o cumprimento do dever constitucional de se elaborar um Código Civil, o Governo Imperial contratou, em 15 de fevereiro de 1.855, TEIXEIRA DE FREITAS para a elaboração de um trabalho preparatório do futuro Código Civil, o qual visava à sistematização das leis civis então em vigor e que veio a ser a **Consolidação das Leis Civis**, concluída em 1857.

Pela excelência dessa Consolidação, foi o mesmo TEIXEIRA DE FREITAS contratado pelo Governo Imperial, em janeiro de 1.859, para elaborar o Projeto de Código Civil Brasileiro.

Já nessa época circulava a obra de PIMENTA BUENO – **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império** – publicada em 1857, e em cuja Introdução se lê no tocante ao Direito Comercial:

“O Direito Comercial é o mesmo Direito Civil, somente modificado em algumas relações para melhor apropriá-lo à indústria mercantil, á conveniência da riqueza pública, á índole dos interesses, e riscos das negociações, sua celeridade, e conveniente expansão. São-lhe pois aplicáveis as observações que acabamos de expressar em relação á ordem civil, de que este direito faz parte.”

Essa observação, que dava ensejo à ideia de unificação do direito privado, pelo menos parcialmente, para o mesmo tratamento do direito civil e do direito comercial na maior parte das relações jurídicas privadas, não teve qualquer repercussão no intento esses que, segundo as palavras do mesmo jurisconsulto, era o da feitura de um “Projeto de Código Civil para reger como subsídio ao complemento de um Código do Comércio”.

Pelo contrato firmado com o Governo Imperial, TEIXEIRA DE FREITAS se obrigou a apresentar o Projeto de Código Civil até 31 de dezembro de 1.861, prazo que, não cumprido, foi dilatado para 30 de junho de 1.864. apesar da grande dedicação de FREITAS à elaboração do Esboço que ele entendia dever preceder á feitura do Projeto definitivo, também esse segundo prazo foi ultrapassado, e já estavam impressos 4.908 artigos quando ele, em ofício de 20 de setembro de 1.867 ao então Ministro e Secretário dos Negócios da Justiça, o Conselheiro MARTIN FRANCISCO RIBEIRO DE ANDRADA, propôs que, ao invés de

se elaborar um Código Civil a par do Código Comercial de 1.850, se fizessem dois Códigos: o Geral que contivesse, quanto às causas e os efeitos jurídicos, as noções das leis; e o Civil, em que se unificaria o direito provado com a unificação das normas de direito civil e de direito comercial.

Essa proposta concreta de unificação do direito provado, por estar seu autor convencido da inexistência de diferença substancial que justificasse a dicotomia direito civil – direito comercial, se fazia vinte e um anos antes da aula com que CESARE VIVANTE, em 15 de dezembro de 1.888, inaugurou seu curso de direito comercial na universidade de Bolonha. Antes do civilista brasileiro só se encontravam críticas a essa dicotomia feitas por dois juristas italianos. Eram eles MONTANELLI, professor da Universidade de Pisa, que, em 1847, em livro de conteúdo acentuadamente metafísico – *Introduzione Filosofico allo Stuccio Del Diritto Commerciale positivo* – havia combatido a divisão do direito privado em dois códigos, e PISANELLI que, mais tarde, assim também procedera em seu *Commentario del Codice di Procedura Civile*. A obra de ambos, sem dúvida, não era conhecida por TEIXEIRA DE FREITAS que à mesma posição chegara por força de meditação própria, e, deixando o terreno da pura abstração, se propunha a efetiva-la em projeto de código unificador.

O Governo Imperial, porém, não aprovou a proposta de elaboração do Código Geral e do Código Especial, e, em 1872, após a recusa formal de TEIXEIRA DE FREITAS de ultimar o Esboço, foi rescindido o contrato celebrado entre ambos.

Foi então que NABUCO DE ARAUJO contratado em dezembro de 1.872, para redigir um Projeto de Código Civil, tendo ele iniciado sua elaboração em 1873. Ao falecer em 1.878, não o concluíra, tendo sido encontrado em seus papeis um fragmento, que foi publicado, contendo 118 artigos do título preliminar e 182 da Parte geral. Além disso, deixou ele também vários cadernos de anotações que não foram publicadas. Do que se conhece não há indicativo algum de que, embora num projeto de código único, se faria a unificação do direito privado.

Alguns anos mais tarde, em 8 de novembro de 1.888 (ainda anteriormente á aula de VIVANTE), o comercialista SILVA COSTA, numa exposição de motivos sobre codificação que apresentou ao Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, fez a seguinte sugestão:

“ Tendo de se organizar um código, pareceu-nos ocasião azada para sugerir uma ideia, que se nos afigura digna de estudo. As relações civis e comerciais constituem duas vastas

especialidades, tendo entretanto pontos de contato, que chegam a identificar-se. Com efeito, certos contratos existem que participam dos mesmos caracteres, obedecem as mesmas causas geradoras, dando lugar a iguais efeitos, só diferenciando-os o fim que os pactuantes têm em vista.

A compra e venda, por exemplo, o mútuo, a locação, o depósito e outros contratos têm a mesma conformação, devem por isso estar sujeitos aos mesmos preceitos dominantes”.

Essa sugestão de SILVA COSTA não foi avante, até porque SILVA COSTA foi nomeado pelo Governo Imperial para integrar comissão que, presidida por CÂNDIDO DE OLIVEIRA, então Ministro da Justiça, foi incumbida de redigir projeto de Código Civil. Essa comissão, porém, com a proclamação da república, em 15 de novembro de 1.889, foi dissolvida.

No terreno do processo civil e do processo comercial durante o império, sequer surgiram tentativas de unificá-los.

Em virtude da já referida lei de 20 de outubro de 1.823, continuou em vigor, no tocante ao direito processual, o livro III das ordenações Filipinas, alterado, aqui e ali, por leis extravagantes.

Em 25 de junho de 1.850, a Lei 556 – que resulta de Projeto apresentado em 1.834 – instituiu o Código Comercial do Império do Brasil. Nele constava um título único relativo á administração da Justiça nas causas comerciais, estabelecendo o artigo 27 desse título único que o processo das causas comerciais seria objeto de um regulamento a ser editado pelo Poder Executivo. Esse regulamento foi aprovado pelo Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1.850.

O processo civil, no entanto, continuou a ser regulado pela legislação portuguesa vigente até 25 de abril de 1.821, a qual veio a ser alterada sucessivamente, o que determinou que o Governo Imperial incumbisse ANTONIO JOAQUIM RIBAS de elaborar a consolidação das leis do processo civil que foi aprovada pela Resolução Imperial de 28 de setembro de 1.876. assim, até o término do período imperial com a proclamação da república, também no terreno processual continuou a existir a dicotomia processo civil-processo comercial.

3. AS VOZES QUE, DA PROCLAMAÇÃO DA REPÚBLICA AO CÓDIGO CIVIL DE 1916, SE MANIFESTARAM FAVORAVELMENTE À UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO, UNIFICAÇÃO REALIZADA NO ÂMBITO DO DIREITO PROCESSUAL

A república é proclamada em 15 de novembro de 1.889.

A primeira Constituição republicana, promulgada em 24 de fevereiro de 1.891, colocou, no artigo 34, entre as atribuições privativas do Congresso Nacional, a de nº 23, com este teor:

“Legislar sobre o direito civil, comercial e criminal da República e o processual da justiça federal”.

Pouco antes, em junho de 1.890, o Governo Republicano contratara COELHO RODRIGUES para a elaboração de novo Projeto de Código Civil. Era ele favorável à unificação legislativa do direito privado, como declarou na exposição de motivos, datada de 21 de julho de 1.893, que escreveu para seu Projeto, e onde, inclusive, dá as razões por que não a concretizou.

O Projeto de COELHO RODRIGUES não prosperou por ter sido rejeitado pela Comissão que foi incumbida de revê-lo, o que levou o Governo a não aceitá-lo.

Foi então contratado, em 1.899, para elaborar novo Projeto CLOVIS BEVILAQUA, que, de abril e outubro do mesmo ano, o concluiu, tendo sido, depois de revisto por uma Comissão de cinco juristas, encaminhado, em 17 de novembro de 1900, ao Congresso Nacional

Também esse Projeto não enveredara para unificação do direito privado. Na Comissão que o revira, BULHÕES DE CARVALHO chegou a levantar essa questão como preliminar do exame dele, salientando, em síntese, que “não via dificuldade na unificação, tanto mais quanto ele (CLOVIS BEVILAQUA) tinha traslado para o Código Civil a parte das obrigações e da falência (sob o nome de insolvência), os títulos ao portador, as sociedades e outras instituições, cujas regras tanto se aplicam ao direito comercial como ao civil”. Essa proposta, porém, foi rejeitada pelos demais membros da Comissão, que, em última análise, entendiam que ainda era prematura essa unificação.

CLÓVIS BEVILAQUA, aliás, era decididamente contra a unificação. Assim, já em 10 de

junho de 1.901, rebatendo crítica, publicada na imprensa, de COELHO RODRIGUES em favor da unificação, se manifestava candentemente contrário a ela, dando os vários argumentos que, no seu entender, se alinhavam a favor da autonomia do direito comercial em face do civil.

É certo, porém, que, quando da elaboração desse Projeto, a unificação contava com ilustres juristas a ela favoráveis.

Em 1897, BRASÍLIO MACHADO, na aula inaugural do curso de direito comercial na Faculdade de Direito de São Paulo, se posicionara em favor da unificação do direito provado.

No ano seguinte, em 1899, CARLOS DE CARVALHO, na introdução da **Nova Consolidação das Leis Civis**, chegava a afirmar que “a necessidade de um código geral, realização prática da unificação do direito privado, não é mais questionável. E ainda nesse ano, dois comercialistas de renome – INGLÊS DE SOUZA no artigo **Convém fazer um código civil?** publicado na Revista Brasileira, e CARVALHO DE MENDONÇA no livro **Das Falências e dos Meios Preventivos de sua Declaração** – defendem a unificação do direito privado.

Durante a tramitação do Projeto de CLOVIS BEVILAQUA no Congresso nacional, o Primeiro Congresso Jurídico Brasileiro, realizado em 1908, aprovou, em sessão de 31 de agosto, as duas conclusões que, a propósito, lhe submetera ALFREDO VALLADÃO, e que eram estas: “1ª. Não subsiste a distinção corrente entre o direito civil e o comercial; 2ª. Em consequência, impõe-se a obra legislativa da unificação destes direitos”. E, em 1911, o então Ministro da Justiça, RIVADAVIA CORRÊA, incumbiu INGLÊS DE SOUZA da elaboração de projeto de Código Comercial para substituir o em vigor desde 1851, como lhe autorizara a Lei nº 2.479, de 4 de janeiro de 1911, e também de redigir um projeto de unificação do direito privado, uma vez que a unificação “é hoje uma doutrina quase vitoriosa pela evolução dos espírito e pelo intenso desenvolvimento das necessidades sociais”. Em cumprimento dessa incumbência, INGLÊS DE SOUZA, em 1912, apresentou dois projetos: um, de Código Comercial; outro, de emendas transformando o Código Comercial em Código de Direito Provado. Só o primeiro foi encaminhado, em 1914, ao Congresso, não tendo aí vingado, até porque este, no final de 1915, aprova o projeto de Código Civil de CLÓVIS BEVILAQUA.

Ao lado do Código Civil que entraria em vigor em 1º. De janeiro de 1917, persistia, embora com várias interrogações, o Código Comercial de 1.850.

Ao ser proclamada a república em 15 de novembro de 1889, o processo relativo às causas comerciais era disciplinado pelo regulamento nº 737, de 1850, e o referente às causas cíveis o era pela Consolidação que RIBAS fizera com base nas Ordenações Filipinas e na legislação posterior a elas.

Um dos primeiros atos do Governo republicano provisório foi o Decreto nº 763, de 19 de setembro de 1890, que estendeu a aplicação do Regulamento nº 737 às causas cíveis com algumas ressalvas, como se vê de seu artigo primeiro.

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891, que introduziu o sistema federativo, estabeleceu, porém, no artigo 34, nºs. 23 e 26, a dualidade de justiças e de processos, ficando, assim, a União e os Estados-membros com a competência para legislar sobre sua organização judiciária e seu processo. Em virtude disso, os Estados-membros, além de organizarem suas justiças, determinaram que se aplicassem em seus territórios, até que promulgados seus Código de Processo, o Regulamento nº 737 de 1.850 e a Consolidação das Leis do Processo Civil de RIBAS, retornando-se, portanto, à dicotomia processo civil-processo comercial.

A partir de 1915, com a promulgação do Código de Processo da Bahia, até 1930, vários Estados-membros promulgaram seus Códigos de Processo, unificando-se, em todos eles, os processos civil e comercial.

Com o advento da Constituição de 1934, que restabeleceu a unidade do processo para todo o território nacional, a competência para legislar sobre ele passou à União, e, em setembro de 1939, foi promulgado o Código de Processo Civil brasileiro que entrou em vigor em 1º de março de 1940, sendo revogado pelo instituído pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, o qual, mantendo a unificação processual, entrou em vigor em 1º de janeiro de 1974, e é o que está vigente com as diversas modificações que foram feitas por leisposteriores.

4. AS TENTATIVAS DE UNIFICAÇÃO PARCIAL DO DIREITO PRIVADO ATÉ O PROJETO, DE 1975, DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916

A primeira tentativa de reforma do Código Civil de 1916 ocorreu no início da década de

1930, quando o Governo da época pretendida reformar toda a legislação.

Para a reformulação do Código Civil, foi nomeada uma comissão que não cegou, porém, a apresentar um Projeto de Código Civil, sendo que dela só se conhecem um estudo de EDUARDO ESPÍNOLA sobre a Lei de Introdução e a Parte Geral, e as observações sobre elas feitas por CLOVIS BEVILAQUA. Do teor desse estudo verifica-se que nada indica que, então, se pretendesse enfrentar a questão da unificação total ou parcial do direito privado.

Em 1940, três ilustres civilistas – OROZIMBO NONATO, PHILADELPHO AZEVEDO e HAHNEMANN GUIMARÃES – foram designados para constituir Comissão destinada a rever, em profundidade, o Código Civil. Essa incumbência tinha em mira, inclusive, reduzir a dualidade de princípios aplicáveis aos negócios civis e mercantis, em prol da unificação de preceitos que devem reger todas as relações de ordem privada.

À vista disso, e entendendo a Comissão que, ao invés de um só Código de Direito Privado, seria possível haver codificações separadas para as obrigações, a propriedade e a família (nesta se compreendendo as sucessões), pareceu-lhe que deveria ter como mais urgente a elaboração de projeto do Código de Obrigações, até porque a parte mais necessitada de modificações era a relativa a ele, sendo de notar que “a unificação dos princípios gerais sobre as obrigações e a disciplina dos contratos em espécie apresenta, ainda, a vantagem de resolver o problema da reforma do direito mercantil, que ficará, assim. Reduzido a um restrito núcleo de preceitos reguladores da atividade profissional dos comerciantes; a matéria relativa às sociedades e ao transporte comportará, ainda, codificações autônomas”.

Como se vê, essa tentativa de reformulação do direito privado, se houvesse chegado a bom termo, teria realizado a unificação parcial do direito obrigacional, cuja conveniência sustentaram em conferências PHILADELPHO AZEVEDO e HAHNEMANN GUIMARÃES, aquele falando sobre a unidade do direito obrigacional, e este fazendo um Estudo Comparativo do Anteprojeto do Código das Obrigações e do Direito Vigente.

A elaboração desse Anteprojeto de Código de Obrigações não foi concluída, conhecendo-se dele, apenas a sua Parte Geral e dois fragmentos da Parte Especial. Dele disse TULIO ASCARELLI, no artigo A Evolução no Direito Comercial – A Unificação do Direito das Obrigações publicado em 1953: “O anteprojeto brasileiro do Cód. Das Obrigações – verdadeiro monumento da sabedoria jurídica – converge explicitamente para a unificação do direito das obrigações”.

Frustrada essa tentativa de unificação parcial, no final da década de 1940 há uma mudança de orientação por parte do Governo brasileiro. Sob a presidência do então Ministro da Justiça, ADROALDO MESQUITA DA COSTA, é constituída uma comissão para elaborar Projeto de reforma do Código Comercial de 1850. De seus trabalhos resultou, em 1949, o Esboço do Anteprojeto de Código Comercial do desembargador FLORÊNCIO DE ABREU, esboço esse que, como Projeto, foi apresentado à Câmara dos Deputados por ADROALDO MESQUITA DA COSTA, que nessa ocasião era deputado. Esse projeto, no entanto, não teve andamento no Legislativo.

No mesmo sentido contrário á unificação, logo depois da elaboração do Esboço de FLORÊNCIO DE ABREU, o Presidente GETÚLIO VARGAS, no início de seu quinquênio presidencial, em 1952, encarregou FRANCISCO CAMPOS da feitura de um anteprojeto de Código Comercial em que se deveria levar em consideração os trabalhos realizados anteriormente, inclusive o Projeto da lavra de INGLÊS DE SOUZA. FRANCISCO CAMPOS, se iniciou essa elaboração, nada publicou a respeito.

No campo doutrinário, o ilustre comercialista PHILOMENO J. DA COSTA, em 1956, no livro *Autonomia do Direito Comercial*, defendia a unidade do direito privado. Também outro eminente comercialista, EUNÁPIO BORGES, SE MANIFESTAVA FAVORÁVEL À UNIFICAÇÃO NO Brasil, argumentando que o processo já estava unificado, que o Código Civil por ser setenta anos mais novo do que o Comercial estava mais comercializado do que este por ter acolhido princípios do direito comercial moderno que não havia em países com liderança na economia e no comércio mundiais como a Inglaterra e os Estados Unidos e em outros, como na Suíça e na Itália, fora ela suprimida sem maiores inconvenientes.

Ademais nesse terreno, entre os civilistas, conversões houve como a de LACERDA DE ALMEIDA que defendera a dualidade como membro da Comissão que revira o projeto de CLÓVIS BEVILAQUA, e que, posteriormente, aderiu á corrente defensora da unificação. O mesmo ocorreu com EDUARDO ESPÍNOLA, que pouco antes da década de 1940 se havia manifestado pelo dualismo no Tratado de Direito Civil Brasil, e que, posteriormente, em conferência que proferiu sobre a *Unificación del Derecho Privado* em congresso de juristas quando do quarto centenário da Universidade Nacional Mayor de San Marcos de Lima, e que foi publicada em 1952, concluiu no sentido de que deveria “ser unificado o direito provado por meio de um Código que deveria “ser unificado o direito privado por meio de um Código das Obrigações”, seguido de códigos especiais “de acordo com uma classificação a ser elaborada, em correspondência com as ideias dominantes e um

critério de especialização ditado pela doutrina, tendo em vista os problemas sociais e as necessidades práticas. E é de destacar-se a posição de PONTES DE MIRANDA, que no prefácio de seu monumental Tratado de Direito Privado em sessenta volumes, iniciada em 1954 e concluída em 1969, justificou a unificação do direito privado que consagraria nessa obra.

Frustradas as tentativas da elaboração de um novo Código Comercial, voltou o Governo, em 1961, a pretender que se fizesse a unificação do direito privado, mas nos moldes do direito suíço, ou seja, com a elaboração de um código civil e outro das obrigações, sendo que neste se unificaria o direito obrigacional. Foram, então, contratados para a feitura do Anteprojeto de Código Civil ORLANDO GOMES, e três juristas para a do Anteprojeto do Código das Obrigações: CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (Parte Geral e Contratos), SYLVIO MARCONDES (Sociedades e Exercício da Atividade Mercantil) e THEÓFILO DE AZEREDO SANTOS (Títulos de Crédito).

No tocante ao direito obrigacional, tendo sido apresentados aos três referidos Anteprojeto, foram eles, após terem sido examinados por uma Comissão Revisora, transformados no Projeto de Código de Obrigações, dividido em três partes: a primeira, referente à obrigação e suas fontes; a segunda, relativa os títulos de crédito; e a terceira, referente aos empresários e às sociedades.

E, no relatório que precede a esse Projeto e que foi elaborado por CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, se lê quanto à unificação:

“Este Projeto, com tais características, se convertido em lei porá o Brasil na linha dos sistemas contemporâneos que repelem a dicotomia incongruente do Direito Privado, e consagrará uma ideia, que antes de ser posta em prática na codificação de sistemas jurídicos de povos do mais elevado conceito, já era nossa, preconizada que fora, antes de todos, pelo mais genial de nossos civilistas, TEIXEIRA DE FREITAS”.

Também essa tentativa de reformulação da codificação civil não prosperou. Embora ambos os Projetos tenham sido enviados ao Congresso em 12 de outubro de 1965, o do código Civil, principalmente no tocante ao direito de família, deu margem a inúmeras críticas, o que levou o Governo a retirá-los para que se fizesse um estudo mais acurado com relação a eles. Posteriormente, o Senador Nelson Carneiro voltou a apresentá-los, mas não teve andamento o seu exame pelo Congresso.

Em maio de 1969, o Ministro da Justiça LUIZ ANTONIO DA GAMA E SILVA designou outra Comissão para a elaboração de novo projeto de Código Civil. Integraram-na, como seu supervisor, o professor MIGUEL REALE, e, como encarregados da feitura dos anteprojetos preliminares das diferentes partes, os professores JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES (Parte Geral), CLOVIS DO COUTO E SILVA (Direito de Família), AGOSTINHO DE ARRUDA ALVIM (Direito das Obrigações), EBERT VIANNA CHAMOUN (Direito das Coisas), TORQUATO CASTRO (Direito das Sucessões) e SYLVIO MARCONDES (Direito das Sociedades).

Se a reforma do Código Civil que se pretendia fazer na década de 1960 visava à reformulação do direito privado com a elaboração de dois Códigos – o Civil e o de Obrigações –, outro foi o pensamento do Governo em 1969. Por diretriz por ele determinada, a nova Comissão deveria elaborar anteprojeto em que se preservasse tudo o que, no Código Civil de 1916, continuasse compatível com a evolução social brasileira, modificando-o somente no que com essa evolução ou com o aprimoramento da ciência jurídica estivesse descompassado. Conservou-se, no entanto, a orientação anterior no sentido de que o anteprojeto deveria manter um código civil unitário, mas em cujo bojo se procedesse à unificação do direito privado, por meio de uma disciplina única das obrigações no livro a elas concernente na Parte especial, e com a inclusão, nessa mesma Parte Especial, de um livro novo que seria o referente ao direito das sociedades a ser inicialmente redigido pelo eminente comercialista SYLVIO MARCONDES.

Depois de mais de cinco anos de trabalho, em que sucessivas versões do anteprojeto foram feitas á vista das críticas e das sugestões recebidas em face dessas versões, foi a versão final do Anteprojeto de Código Civil entregue ao Governo em 16 de janeiro de 1975. Nela, na Parte especial, se unificaram as normas relativas às obrigações no livros a elas concernente (em que se incluíam os contratos tidos como comerciais, inclusive os bancários, e os princípios gerais referentes aos títulos de crédito) e no novo livro – então intitulado Da Atividade Negocial – se disciplinam a figura do empresário, as sociedades não-personificadas e personificadas (nestas as não-empresárias e as empresárias) e institutos complementares (o registro do comércio, o nome comercial, a proposição e a escrituração a que estão sujeitos os empresários e as sociedades comerciais). MIGUEL REALE, na exposição de motivos dirigida ao Ministério da Justiça ARMANDO FALCÃO, assim justificou a colocação desse novo livro imediatamente depois do relativo ao direito das obrigações:

“Como já foi ponderado, do corpo do Direito das Obrigações se desdobra, sem solução de continuidade, a disciplina da Atividade Negocial. Naquele se regram os negócios

jurídicos; nesta se ordena a atividade enquanto se estrutura para exercício habitual de negócios. Uma das formas dessa organização é representada pela empresa, quando tem por escopo a produção ou a circulação de bens e de serviços”.

Fora desse Anteprojeto ficaram matérias (assim, os títulos de crédito em espécie e a falência), que se entenderam, em virtude de sua natureza, como devendo ser objeto de disciplina por legislação complementar. Quanto à sociedade anônima, dela o Anteprojeto só se ocupou num capítulo com seção única, relativa à caracterização desse tipo societário, a qual é integrada por dois artigos, o 1122 (“Na sociedade anônima ou companhia, o capital se divide em ações, obrigando-se cada sócio ou acionista somente pelo valor nominal das que subscrever ou adquirir”) e o 1123 (“A sociedade anônima rege-se por lei especial, aplicando-se-lhe, nos casos omissos, as disposições deste Código”), e isso para que sua disciplina fosse objeto de legislação especial.

5. A UNIFICAÇÃO A QUE PROCEDEU O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002

Em 06 de junho de 1975, o Ministro da Justiça ARMANDO FALCÃO submeteu ao Presidente da República, o Projeto de Código Civil cujo Anteprojeto fora elaborado pela Comissão atrás referida.

Submetido o Projeto ao Congresso Nacional em 10 de junho de 1975, foi, mais adiante, constituída, na Câmara dos Deputados, uma Comissão Especial para examinar as inúmeras emendas apresentadas pelo Plenário. Essa Comissão era constituída por cinco relatores parciais, a quem incumbia a análise das emendas apresentadas à Parte Geral e aos cinco livros da Parte especial, e por um relator geral.

No tocante à unificação do direito privado, tal Comissão deu origem a suas importantes modificações no texto do Projeto.

Foi o relator parcial do livro Direito das Obrigações – Deputado RAYMUNDO DINIZ – quem propôs fosse retirada do Projeto a disciplina dos contratos bancários, assim justificando sua proposta:

“A legislação bancária, nos tempos velozes de hoje sofre uma mutação permanente;

é assunto básico de segurança nacional e suas normas são competência e alçada do Banco Central e Conselho Monetário, que exercem esse papel através de instruções e portarias. Acho mais prudente, no caso em foco, continuar usando a legislação especial”.

E foi o relator geral – o deputado ERNANI SÁTIRO que havia substituído nessa função o Deputado DJALMA MARINHO – que, em seu relatório apresentado em 1º de setembro e 1981, acolhendo sugestão verbal de MIGUEL REALE, propôs que o livro Da Atividade negocial passasse a denominar-se Direito de Empresa, com a seguinte fundamentação:

“... a palavra empresa no Projeto não significa a entidade empresarial, mas, como resulta do Art. 1.003, é a atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Desse modo, empresa corresponde, tudo somado, a atividade negocial, mas dando-se ao Livro II o título de Direito de Empresa, tem-se além de outras, a vantagem de alcançar uniformidade em relação aos demais títulos, Direito das Obrigações, Direito de Família, e outros”.

Em 1984, com as modificações resultantes das emendas aprovadas – e entre elas estava a da denominação Direito de Empresa – foi o Projeto aprovado pela Câmara dos deputados e remetido ao Senado como Projeto de Lei da câmara nº 118, de 1984.

No Senado, nesse mesmo ano de 1984, foram apresentadas 360 emendas ao Projeto aprovado pela Câmara dos Deputados. No ano seguinte, foi reaberto o prazo para a apresentação de emendas, sendo apresentadas mais seis. Por falta de tramitação chegou o Projeto a ser arquivado, mas, na nova legislatura instalada em 1991, foi ele desarquivado graças ao empenho do Senador CID SABOIA DE CARVALHO, sendo, então, constituída uma Comissão especial para apreciar as emendas apresentadas, e designado como relator-geral o Senador JOSAFAT MARINHO. Apresentado, em 1997, o parecer do relator-geral, foi ele aprovado em 13 de novembro do mesmo ano, pela Comissão Especial.

Aprovado o Projeto no Senado com as emendas nele introduzidas, mas que não tiveram significado mais expressivo quanto à unificação do direito privado, retornou ele para a Câmara dos Deputados para a apreciação das emendas do Senado. Nela, afinal, aprovado em 20 de novembro de 2000 pela Comissão Especial a isso destinada o parecer do relator-geral, o Deputado RICARDO FIÚZA, foi o Projeto do novo Código Civil aprovado pelo Plenário da Câmara dos Deputados em 15 de agosto de 2001.

Promulgada a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que o instituiu, entrou o Código Civil em vigor um ano após a sua publicação em 11 de janeiro de 2003.

Nele, deu-se, no ordenamento jurídico brasileiro, parcialmente a unificação formal ou legislativa do direito privado, nos termos, que continuam válidos, com os quais as caracterizou MIGUEL REALE na exposição de motivos que dirigiu ao Ministro da justiça quando a ele foi encaminhado o Anteprojeto elaborado pela Comissão de que o referido jurista foi seu supervisor:

“Não há, pois, que falar em unificação do Direito Privado a não se em suas matrizes, isto é, com referência aos institutos básicos, pois nada impede que do tronco comum se alonguem e se desdobrem, sem se desprenderem, ramos normativos específicos, que, com aquelas matrizes, constituam a compor o sistema científico do Direito Civil ou Comercial. Como foi dito com relação ao Código Civil italiano de 1942, a unificação do Direito Civil e do Direito Comercial, no campo das obrigações, é de alcance legislativo, e não doutrinário, sem afetar a autonomia daquelas disciplinas. No caso do Anteprojeto ora apresentado, tal autonomia ainda se preserva, pela adoção da “técnica da legislação aditiva”, onde e quando julgada conveniente”.

Por isso, o artigo 2.045 do novo Código Civil, além revogar o de 1916, revogou a Parte Primeira do Código Comercial de 1850 que tratava dos comerciantes, das praças do comércio, dos agentes auxiliares do comércio, dos contratos e obrigações mercantis, da hipoteca e do penhor mercantil, das companhias e sociedades comerciais, das letras, notas promissórias e créditos mercantis, do modo por que se dissolvem e extinguem as obrigações comerciais, e da prescrição.

6. O PANORAMA ATUAL

Em 13.06.2011, o deputado VICENTE CÂNDIDO do partido dos Trabalhadores apresentou o Projeto de lei nº 1572/2011 que visa a constituir um novo Código Comercial dividido em cinco livros com o total de 670 artigos, cerca de quatrocentos a menos que os 1076 da “minuta de Código Comercial”, em que se baseou, feita pelo Professor FÁBIO ULHÔA COELHO e inserida no livro por este publicado em 2011 sob o título **O Futuro do Direito Comercial**.

Por esse Projeto, se convertido em lei, desconstitui-se a unificação parcial do direito privado instituída no código Civil brasileiro de 2002, sob a alegação de que ela, além de ser anacrônica, pois adotada apenas pela Itália no período do fascismo, enfraquece os valores e princípios como o da livre concorrência, e sua disciplina não atende ao princípio da segurança jurídica.

A essa argumentação se tem respondido que o Código Civil brasileiro não seguiu o modelo italiano que incorporou às relações civis as comerciais e as trabalhistas, mas tão somente regulou a atividade negocial, salientando a Professora JUDITH MARTINS COSTA que o modelo por ele observado foi o “diretamente derivado das **proposições sistemáticas** desenvolvidas por TEIXEIRA DE FREITAS”. No Código Civil se colocaram as normas gerais relativas à atividade empresarial, e se deixou, para o que REALE denominou **leis aditivas**, a adoção de aspectos dessa atividade ainda não devidamente sedimentados e mais facilmente modificáveis em face das mudanças econômicas e sociais, preservando, assim, largo setor de atividade empresarial. Ademais, a insegurança jurídica alegada quanto à disciplina da atividade negocial do Código Civil advirá, sim, das soluções apressadas ou tecnicamente imperfeitas que determinaram a redução de mais de quatrocentos artigos da transposição da “minuta de Código Comercial” para o atual Projeto dessa codificação, sendo ainda de espantar-se que, em nome da segurança jurídica, que tanto depende da estabilidade das normas legais, se pretenda revogar parte substancial do código Civil promulgado há cerca de dez anos.

Aos que assim sustentam – e dentre eles me incluo – parece mais apropriado que se proceda nessa parte do Código Civil a alterações pontuais do que na prática não tem sido aprovado.

DOCTRINA NACIONAL

TRIBUTOS DO PROFESSOR MIGUEL REALE AO DIREITO CIVIL

CARLOS ALBERTO FERRIANI

Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da PUCSP
Associado Efetivo do IASP

PALESTRA PROFERIDA PELO PROFESSOR CARLOS ALBERTO FERRIANI, DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC/SP POR OCASIÃO DA REALIZAÇÃO DO XXII CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS

Agradecendo ao honroso convite feito pela XXII Conferência Nacional dos Advogados, quero observar aos ilustres participantes deste painel de trabalhos, constituído de personalidades exponenciais de nosso acervo cultural, eminentes ministros de tribunais superiores e professores eméritos, bem como desse extraordinário e qualificado auditório, cujo labor constante qualifica e dignifica nossa democracia, que me sinto muito pequeno para o desempenho de missão de tão grande nobreza e importância. No momento em que recebi o convite, assaltou-me uma espécie de incredulidade e de medo, porque homenagear o legendário Professor Miguel Reale é ventura a que poucos estão credenciados. De um lado, custou-me crer que pudesse eu falar do tributo devido pelo direito civil a tão eminente figura do direito brasileiro, e de outro, a certeza de que jamais conseguiria, por maiores que fossem os esforços, transmitir à gloriosa classe dos advogados toda a contribuição e toda a riqueza que o ilustre homenageado agregou à nossa sociedade. Personalidades como estas surgem poucas vezes na história da humanidade.

Permitam-me grosseira comparação metafórica. O tema proposto é o do *legado* deixado ao direito civil brasileiro. Fossem já as grandes fortunas objeto de tributação, a sociedade brasileira teria de desembolsar valores incalculáveis para pagar o tributo incidente sobre esse patrimônio cultural que não se mede apenas pela enorme quantidade de obras escritas, mas pelo exemplo do caráter que durante sua vida permearam todas as atividades a que foi chamado.

Todos nós, qualquer que seja a posição que ocupemos hoje em nossos variados misteres, tivemos, em nossa iniciação com os estudos jurídicos, nossos primeiros contatos com a teoria da tridimensionalidade do direito, concebida e genialmente desenvolvida pelo Professor Miguel Reale. Sabemos da enorme quantidade de obras, dentre as quais nos são muito familiares os Fundamentos do Direito, com primeira edição em 1940, a Filosofia do Direito, editada pela primeira vez no ano de 1953, a Teoria Tridimensional do Direito, e o Direito como Experiência, ambas de 1968, as Lições Preliminares de Direito, cinco anos depois. Em todas elas, a nota marcante do inigualável cultor do direito era a linguagem simples, clara, direta e extraordinariamente profunda, carregada de conteúdo inesgotável. Dotado de uma imensurável capacidade introspectiva, o Professor Reale escreveu muito. E

tudo que escreveu sempre foi cultuado como relíquia. Muitas obras foram traduzidas para outros idiomas e publicadas por editores italianos, espanhóis, argentinos, espalhando suas lições pelo mundo afora. Juristas mais antigos, jovens juristas, em nossa terra como em outras tantas, abeberaram-se constantemente dos conhecimentos hauridos em seus diversos e multifacetados trabalhos da ciência jurídica, da política, da sociologia, da filosofia, das artes, da literatura. A presença do grande jusfilósofo é marcante e constante. Dizer dos seus feitos e dos reflexos que eles deixaram à humanidade é tarefa que não se exaure em algumas linhas e em tempo tão diminuto. O exame de suas doutrinas consumiria com certeza diversas obras.

Para me desincumbir de tamanho desafio, que reconheço não estar credenciado para tanto, invoco primeiramente algumas de tantas observações feitas por um outro jovem e brilhante estudioso da filosofia do direito, em que analisa parte da contribuição que Miguel Reale deu à ciência do direito. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, em capítulo escrito em livro intitulado *História do Direito Brasileiro*, coordenado por Eduardo C. B. Bittar, disse que foi num cenário fortemente positivista, evolucionista e naturalista que o Professor Miguel Reale publicou o seu *Fundamentos do Direito*, provocando uma grande mudança no panorama jusfilosófico brasileiro que se faria sentir sobretudo após a Segunda Guerra Mundial. Esta mudança disse ter sido nítida na passagem da obra de 1940 para a primeira edição, treze anos mais tarde, de sua *Filosofia do Direito*, cujas sucessivas edições começaram a esboçar, talvez pela primeira vez no Brasil, um imenso esforço de síntese e superação, na direção de um sistema jusfilosófico elaborado a partir de premissas universais, das quais se extraem conseqüências próprias. Na relação entre o *normativo* e o *fático*, o “fato” não é mais tomado como “um pretenso fato puro originário”, como um dado bruto recebido “*ab extra*”, mas significa “aquilo que já existe num dado contexto histórico”; o “fato”, de um modo geral, é “uma porção do real à qual se refere um conjunto de qualificações”, ou, expresso numa linguagem fenomenológica, “a base de um complexo convergente de significações, que pressupõem um ‘eidos’, isto é, uma ‘essência’, inconfundível com o ‘fato’, como tal”. Essa concepção de fato permitiu, assim, a Miguel Reale, uma reinterpretação da estrutura da norma em sua referência à “realidade”. A norma deixa de ser aí um *a priori*, dado antes do caso concreto, um “esquema” ou “medida” de validade da “realidade”, para ser um “modelo funcional” que contém em si mesmo o “fato”, em outras palavras, que envolve em si, como componente integrante, intrínseco e necessário, o momento situacional.

Conjecturas de jaez eminentemente filosóficas conduziram o ilustre cultor da ciência jurídica, situando o direito na região ôntica dos objetos culturais, a criar a concepção de que

a estrutura do direito é tridimensional, visto como o elemento *normativo*, que disciplina os comportamentos individuais e coletivos, que pressupõe sempre uma dada *situação de fato*, referida a determinados *valores*. Se direito é a integração normativa de fatos e valores, ante a triplicidade dos aspectos do jurídico – fato, valor e norma, não há como separar o *fato* da conduta, nem o *valor* ou finalidade a que a conduta está relacionada, com a *norma que incide sobre ela*.

Com isso assume ele um tridimensionalismo concreto, dinâmico e dialético, pois fato, valor e norma, como elementos integrantes do direito, estão em permanente atração polar, já que fato tende a realizar o valor, mediante a norma. Os três pólos entram em conexão mediante uma peculiar dialética cultural, denominada, por Reale, dialética da implicação e da polaridade. Deveras, essa dialeticidade conduz à polaridade, visto que dá igual importância ao fato, ao valor e à norma na implicação das três dimensões. Com isso ficavam superadas as intermináveis disputas de jusnaturalistas, historicistas, sociologistas e normativistas, surgidas devido à consideração monística e unilateral do direito.

Assim, o jusfilósofo, o sociólogo e o jurista devem estudar o direito na totalidade de seus elementos constitutivos, visto ser logicamente inadmissível qualquer pesquisa sobre o direito, que não implique a consideração concomitante desses três fatores.

Esta doutrina que requer a integração das três perspectivas numa unidade funcional e de processo, designada por Miguel Reale, como tridimensionalidade específica do direito, reclama sempre a integração desses três elementos em correspondência com os problemas complementares da validade social, da validade ética e da validade técnico-jurídica. Com sua teoria integrativa rejeita todas as concepções setorializadas do direito. Para ele, a ciência do direito é uma ciência histórico-cultural e compreensivo-normativa, por ter por objeto a experiência social na medida, enquanto esta normativamente se desenvolve em função de fatos e valores, para a realização ordenada da convivência humana.

Essa concepção de visos eminentemente filosóficos, Senhores, presidiu a reforma do Código Civil brasileiro, e do Direito Civil pátrio, eis que o Professor Miguel Reale, imbuído dos ideais que o animavam, impregnou os trabalhos de coordenação, como todos sabem, de reforma do estatuto básico da pessoa humana atribuídos a uma comissão constituída por civilistas do mais alto coturno, a saber, José Carlos Moreira Alves, Agostinho Neves de Arruda Alvim, Silvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis Couto e Silva e Torquato Castro.

Recordo-me com saudades de uma feliz oportunidade que tive de participar de um encontro que a OAB/SP juntamente com a Fundação Getúlio Vargas realizaram assim que o novo Código Civil começou a vigor. Dirigindo-se aos jovens acadêmicos e advogados ali presentes, Sua Excelência, com inescandível vigor e alegria, falou do entusiasmo com que empreendera a importante missão que lhe fora confiada de coordenar os trabalhos de revisão do Código Civil.

Lembrou ele, naquela oportunidade, que o Código Civil de 1916 era uma obra monumental, inigualável e resultado de trabalhos que se iniciaram com a Proclamação da Independência política em 1822, tendo seu marco inicial com a preocupação primeira de, antes da codificação, organizar uma consolidação das leis civis que se encontravam esparsas, passando em seguida por trabalhos memoráveis, como o Esboço de Teixeira de Freitas, os projetos de Nabuco de Araújo, Felício dos Santos, Coelho Rodrigues e Clóvis Bevilacqua. Aquele código era um diploma de seu tempo, atualizado para a época, porém *seu tempo* foi o da transição do direito individualista para o social. Era obra de primeira grandeza, ressaltou: alterar seu texto seria a destruição de um patrimônio cultural, mas a realidade social se impôs, de modo imperioso, pois os fatos não podiam ficar adstritos a esquemas legais que a eles não mais correspondiam. Como a sociedade sofreu muitas mudanças, alguns artigos do Código não mais atendiam aos anseios da coletividade brasileira.

Como tudo na vida, o Código Civil de 1916 sentiu os efeitos do tempo. Atendendo aos reclamos sociais, várias leis, que importaram em derrogação daquele foram publicadas, dentre elas: a do estatuto da mulher casada, a do divórcio, a da união estável, a dos direitos autorais, a dos registros públicos, a do compromisso de compra e venda, a do inquilinato, a do reconhecimento de filhos, a do condomínio, a do Estatuto da Terra, a do Estatuto da Criança e do Adolescente, a do Estatuto do Idoso, a do parcelamento do solo e tantas outras. Assim, proliferaram leis especiais, formando microssistemas refratários à unidade sistemática do Código, o que fez com o Direito Civil se inclinasse às contingências sociais, acolhendo as transformações ocorridas.

Até que veio a decisão de rever o Código Civil, em 1967, após duas tentativas de reforma, ambas frustradas, uma em 1941, outra em 1961.

O trabalho foi apresentado em 1972, por meio de um Anteprojeto que procurou manter a estrutura básica do Código Civil, reformulando os modelos normativos à luz dos valores

éticos e sociais da experiência legislativa e jurisprudencial, substituindo na Parte Geral a disciplina dos atos jurídicos pela dos negócios jurídicos e alterando a Parte Especial em sua ordem, a saber: obrigações, direito empresarial, coisas, família e sucessões. Em 1984 foi publicada no Diário do Congresso nacional a redação final do Projeto de lei nº 634-B/75 que, constituindo o Projeto de lei Complementar nº 118/84, recebeu inúmeras emendas em razão da promulgação da Nova Carta Magna, introduzindo muitas novidades, oriundas da evolução social, chegando, após 26 anos de tramitação no Senado e na Câmara dos Deputados, a sua redação definitiva, contanto com subsídios de entidades jurídicas e de juristas e dando maior ênfase ao social. Aprovada por ela e pelo Senado em 2001, e publicada em 2002, revogou o Código Civil de 1916, a primeira parte do Código Comercial de 1850, bem como toda a legislação civil e comercial que fosse incompatível.

O novo Código, anotou uma das mais insignes estudiosas do Direito Civil brasileiro, MARIA HELENA DINIZ, passou a ter um aspecto mais paritário e socialista, atendendo aos reclamos da nova realidade social, abolindo instituições moldadas em matrizes obsoletas e albergando institutos dotados de certa estabilidade, com deliberado desapego a formas jurídicas superadas, mostrando um sentido operacional à luz do princípio da realizabilidade, ao conceber normas gerais definidoras de instituições e de suas finalidades, com o escopo de garantir sua eficácia, reservando os pormenores às leis especiais, mais expostas às variações dos fatos da existência cotidiana e das exigências sócio contemporâneas, e eliminando, ainda, normas processuais ao admitir apenas as intimamente ligadas ao direito material. De outra banda, aquele novo estatuto procurou exprimir, genericamente, os impulsos vitais, formados na era contemporânea, tendo por parâmetro a justiça social e o respeito à dignidade da pessoa humana. Deixou, acertadamente, para a legislação especial a disciplina de questões polêmicas ou dependentes de pronunciamentos jurisprudenciais e doutrinários. Por isso, nada dispõe sobre contratos eletrônicos, direitos difusos, relações de consumo, parceria entre homossexuais, preservação do meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, experiência científica em seres humanos, pesquisa com genoma humano, clonagem humana, efeitos jurídicos decorrentes das novas técnicas de reprodução humana assistida, medidas socioeducativas aplicadas à criança e ao adolescente, etc. Tais matérias não se encontram nos marcos do direito civil, por serem objeto de outros ramos jurídicos, em razão de suas peculiaridades, devendo ser regidas por normas especiais.

Ele próprio, o Professor Miguel Reale, em mais de uma oportunidade, em exposições promovidas pelas diversas entidades profissionais e acadêmicas, apresentou à sociedade

as principais modificações introduzidas no diploma até então em vigor, dando especial ênfase ao espírito que norteou os trabalhos da comissão que ele coordenara. Numa delas, rendendo incondicionais homenagens ao código que acabara de ser revogado, pelos seus elevados méritos, especialmente em razão das qualidades de seu autor, Clóvis Bevilacqua, e da valiosíssima e inestimável contribuição lingüística de Rui Barbosa, disse tratar-se de uma obra que dignifica o pensamento nacional e que, sem dúvida nenhuma, em seus 86 anos, foi um instrumento de aproximação dos brasileiros na sociedade civil e da realização de grandes sentenças e decisões no plano da atividade profissional entre os chamados operadores.

Mas, o tempo é inexorável, observara. O século passado foi de profundas transformações no plano histórico, com a ocorrência de duas grandes guerras mundiais, que alteraram a face do Mundo. Dois conflitos de sacrifícios imensos que acabaram transformando as nações e anunciando aquilo que seria hoje o início de uma realidade que não se pode vencer: a da globalização. Além disso, não se deslembrou de afirmar que aquele código sofrera o impacto das transformações científicas e tecnológicas, das ciências físicas e naturais que transformaram o mundo e deram início à era da informática e cibernética. Diante dessas transformações fundamentais, havia a necessidade de uma nova codificação, que tem a distingui-la fatos que considerava fundamentais.

Um deles, disse, é que se trata de um Código elaborado à luz de paradigmas e de princípios fundamentais do chamado culturalismo. Com essa orientação, observou, é que as grandes transformações das ciências ocorrem. Com a mudança dos paradigmas, das diretrizes centrais, dos princípios básicos e diretores.

Entre esses princípios, destacou como fundamental o da eticidade.

Quem conhece o Código Civil de 1916, como os velhos e novos advogados aqui presentes, sabe que Clóvis Bevilacqua realizou o grande sonho de conceber um Direito e de resolver as questões da matéria tão somente à luz de categorias jurídicas. Não que Miguel Reale fosse contrário às categorias jurídicas. Quem conhece suas lições de filosofia também sabe muito bem o valor que elas têm para o eminente mestre. Naquela oportunidade, porém, afirmou não compreender como que um Código que estava em ação em uma sociedade civil, pudesse desprezar outros valores que não o jurídico. E o valor fundamental que o jurista deve cultivar é o da ética e da moral, que tem, como princípio fundamental, o da boa fé ao qual foi dedicado, não um artigo apenas, mas mencionado como baliza para a

interpretação dos negócios jurídicos em geral, para a caracterização de uma nova espécie de ato ilícito, e para a conduta antes, durante e depois da celebração dos contratos.

Esta idéia da boa fé é básica, dizia ele, e se entranha na codificação nova, no sentido de estabelecer a responsabilidade não apenas daqueles que realizam um contrato, mas no exercício objetivo do contrato, da sua destinação avençada

O segundo princípio informador é o da socialidade. Porque não se pode considerar como principal personagem do código o sujeito de direito em abstrato, mas, ao contrário, a pessoa humana na sua compreensão. Razão esta pela qual o código começa na parte geral, com a enunciação do Direito da personalidade. Custa entender como um Código pudesse silenciar sobre essa matéria, dizia. Os direitos da pessoa humana, os direitos pessoais e fundamentais em razão dos quais o Código existe, não figuram no Código revogado. E essa é uma diferença básica e fundamental.

Quanto ao princípio da operabilidade, comentou que deixaria para o cuidado daqueles que vão tratar dos assuntos em particular a respeito dos contratos e diferentes formas de sociedades que foram compostas. Ou seja, deixou a missão de bem aplicar as normas aos operadores que vêm demonstrando, em casos paradigmáticos, a extensão e a virtude daquele princípio.

A par da importância daqueles princípios, hoje tão lembrados nas produções científicas, desde as que são fruto de trabalhos dos mais neófitos dos estudos jurídicos até as que decorrem das reflexões dos mais experientes, e tão invocadas nos emblemáticos julgamentos de nossas diversas Cortes, o Professor Miguel Reale tributou particular relevância à empresa, que mereceu um livro próprio, autônomo, dentro da Parte Especial.

Ele dizia que dentre as grandes transformações havidas no mundo todo, uma se destacava. Falava do alargamento do Direito comercial, um Direito corporativo, que surgiu no fim da Idade Média e início da Idade Contemporânea, através das corporações de ofício na Itália e países que seguiram o exemplo do direito comercial italiano. É um direito corporativo dos comerciantes, já que era a grande vanguarda da atividade econômica daquela época. Mas, com o advento sobretudo da idade moderna, a partir do século XVIII até o XX, deu-se a revolução industrial. E projetou-se a atividade econômica no plano da indústria especialmente com o vapor primeiro, seguido pela eletricidade e, mais tarde, todas as formas de atividade eletrônica que transformam a fisionomia de nosso planeta.

O direito comercial continuará a existir, observou, e será preservado o nome histórico. O direito comercial de ontem será, em sua substância, o direito empresarial de hoje.

Não se muda de Código como se muda de roupa, disse ele numa outra de suas manifestações a que tive o prazer e felicidade de ouvir. Mas muda-se quando as circunstâncias históricas, sociais e tecnológicas assim impõem, pela necessidade de realização dos ideais humanos. Foi o que se deu com a empresa e para tratar do Direito de empresa, foi convidado o professor Silvio Marcondes, que acabara de publicar vários ensaios sobre o direito da empresa, reunidos em uma obra fundamental, chamada de Princípios de Direito Mercantil de 1960.

Foi por isso que se percebeu a necessidade de inserir-se, no Código, o direito das empresas. As empresas vêm dar uma nova coloração ao Código Civil, dizia ele. E por empresas, há de entender duas coisas distintas e complementares. Fazia, por isso, questão de assinalar que a empresa designa uma atividade negocial organizada, no sentido da produção e circulação de bens e serviços. Seu primeiro e mais significativo sentido é, portanto, o da atividade que dá lugar à criação de novos valores econômicos. Mas a empresa também é a organização objetiva desta atividade. É a estruturação da atividade negocial, lembrava sempre. Por isso, a empresa vem como que dominar o mundo econômico, porque ela pode ser comercial, industrial e de serviços, quer seja mantida pelo poder público ou pelos particulares. Daí a necessidade de sua inserção no corpo vivo do Direito Civil, pois é o direito das obrigações que estabelece as relações de encontro de vontades, no sentido de se agruparem duas ou mais pessoas para a realização de um empreendimento de natureza econômica.

O legado deixado pelo Professor Miguel Reale ao Direito Civil não está contudo calcado somente em virtude da inserção ao Código da disciplina do direito de empresa. Muitas alterações foram introduzidas no código revogado, a despeito de alguns críticos, assim que foi publicado, afirmarem que não era o caso de se falar de um novo Código Civil. O tempo, porém, vem mostrando o contrário. Apenas para se ter uma idéia da influência que a reforma acarretou, pedimos vênica para fazer uma referência breve das novidades introduzidas.

Na Parte Geral, destacam-se: um capítulo regulando os **direitos** da personalidade, uma nova e mais atualizada disciplina da ausência, da sucessão provisória e definitiva; no capítulo referente às pessoas jurídicas de direito privado, uma mais adequada disciplina

das associações, o deslocamento do bem de família, para o Livro próprio, a subtração da categoria dos bens fora do comércio, a definição e o regime das pertenças, a disciplina do negócio jurídico, segundo as mais avançadas concepções da doutrina, a contemplação da categoria dos atos jurídicos lícitos, a alusão sobre a reserva mental, um capítulo dedicado à representação, a inserção da lesão e do estado de perigo, o novo regime da simulação, mais rigor científico na disciplina do nulo e do anulável, ampliação do conceito de ato ilícito e de abuso do direito; e no final, a distinção entre prescrição e decadência.

Na Parte das Obrigações, melhor localização dos títulos, novo título sobre transmissão das obrigações, com a disciplina da assunção de dívidas, deslocamento da transação e do compromisso, melhor disciplina do inadimplemento das obrigações, regulação da cláusula penal, das arras, dos juros, da correção monetária, no capítulo destinado aos danos e à sua reparação; uma parte geral sobre os contratos, em que foram tratados institutos como a estipulação em favor de terceiro, promessa por fato de terceiro, contratos preliminares, contrato com pessoa a declarar, extinção dos contratos, com referência à exceção de contrato não cumprido, resolutiva expressa e tácita, distrato e onerosidade excessiva; novos contratos foram contemplados, como a venda com reserva de domínio, o contrato estimatório, a prestação de serviços, a comissão, a agência e distribuição, a corretagem e o transporte; para melhor expressar a realidade dos fatos, subtraiu-se o contrato de parceria e foram deslocados os institutos da sociedade e da gestão de negócios; mais adequada disciplina dos atos unilaterais, especialmente o capítulo alusivo ao enriquecimento sem causa. No Livro das Obrigações, o assunto que talvez tenha sido o de maior alteração, foi o da responsabilidade civil, com a introdução do parágrafo único do artigo 927, que estabeleceu em cláusula geral a responsabilidade decorrente do exercício normal de qualquer atividade que, por sua natureza, acarrete riscos para os direitos de outrem.

Na parte dos direitos reais, foi mantida a disciplina da posse, com omissão de alguns artigos; subtraído o instituto da enfiteuse e incluído o da superfície, bem como o direito do promitente comprador de imóvel; dentre os direitos de vizinhança, inclusão da passagem de cabos e tubulações; inserção da disciplina do condomínio edilício e da propriedade fiduciária; novas modalidades de usucapião foram referidas; disciplinado o penhor de veículos.

Na parte do direito de família, no casamento, foram separados os impedimentos das causas suspensivas; aperfeiçoou-se a disciplina dos casamentos nulos e dos anuláveis; ressaltou-se a reciprocidade de direitos e de obrigações entre os cônjuges; reduziu-se o prazo

para a separação consensual; permitiu-se o divórcio direto, após separação de fato; referiu-se à técnica de reprodução assistida para fins de presunção de paternidade; manteve-se o instituto da adoção; substituiu-se a expressão pátrio poder pela poder familiar; concebeu-se mais um regime de bens, o da participação final nos aquestos; permitiu-se a alteração do regime de bens; admitiu-se a venda de imóveis sem outorga no regime da separação e no da participação final; estendeu-se o espectro da pretensão de alimentos; disciplinou-se o instituto do bem de família e o da união estável.

Na parte das sucessões, o cônjuge foi incluído como herdeiro necessário e concorrente com os descendentes e ascendentes do sucedido; contemplou-se o companheiro dentre os sucessores concorrentes; proibiu-se qualquer distinção na filiação; estabeleceu-se a necessidade de preferência na cessão de herança; instituiu-se um capítulo sobre a petição de herança, cogitando da boa fé e da má fé do herdeiro na posse da herança; proibiu-se a aposição dos odiosos gravames de inalienabilidade e de impenhorabilidade em bens da legítima; esclareceu-se antiga dúvida sobre se a inalienabilidade implicava impenhorabilidade e incomunicabilidade; aludiu-se ao testamento aeronáutico; disciplinou-se com autonomia a substituição vulgar e a fideicomissária; alterou-se o momento que deve ser considerado para fins de atribuir o valor do bem que deve ser colacionado.

Como é perceptível desta sucinta resenha, o Código de 1916 passou por criteriosa análise, merecendo cuidados especiais em cada um dos pontos indicados. Todos os institutos foram revistos, uns com mais, outros com menos alterações. Mas o que é importante ressaltar é que em cada uma daquelas proposições nota-se a presença do espírito inovador, senão em sua literalidade, indubitavelmente em sua contextualização.

A mais forte presença, contudo, da reforma, não está nesse ou naquele dispositivo, nesse ou naquele instituto. O maior legado está nos princípios que serviram de base a todas as modificações imprimidas. O princípio da socialidade, pelo qual se fez sentir a diferença entre o homem urbano e o rural, a prevalência do interesse coletivo sobre o individual e a substancial redução dos prazos. O princípio da eticidade, com que se deu enorme valor à pessoa, valorizou o trabalho do juiz e estimulou o recurso à analogia e aos princípios gerais de direito, além de se ter destacado a preponderância do espírito da lei sobre a sua literalidade, bem como a conduta que deve ser adotada pelos titulares de direitos. E o princípio da operabilidade, que orienta no sentido de que o direito é um conjunto de preceitos que devem ser utilizados de forma clara e fácil, demonstrando a concretude dele, ou seja, que não se deve legislar em abstrato, mas legislar para o indivíduo situado.

O Código Civil publicado há pouco mais de doze anos parecia, à época, uma simples atualização, ainda assim incompleta, do diploma anterior, razão por que recebeu algumas críticas por ter nascido velho. No entanto, esse decênio transcorrido demonstrou o engano em que laboraram aqueles que assim haviam se manifestado. Sua interpretação na conformidade com a Constituição Federal está provando o enorme avanço que o Direito Civil experimentou, a ponto de estar despertando, num crescendo, trabalhos doutrinários de elevado valor e dos mais variados campos do direito privado

Esse é o maior legado que nos deixou Miguel Reale. Sua contribuição à sociedade civil é inestimável. Seu nome jamais será deslembado. Os estudiosos do direito civil de tempos vindouros terão um guia seguro e perene, pois sua concepção é refratária a mudanças ocasionais.

DOCTRINA NACIONAL

PREMISSAS PARA INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS DE ADESÃO EM RELAÇÕES DE *NÃO-CONSUMO*

DIOGO L. MACHADO DE MELO

Mestre e Doutor em Direito Civil pela PUC-SP. Professor de Direito Civil convidado da Escola Paulista da Magistratura, Programa de Educação Continuada e Especialização em Direito GVLaw, PUC-COGAE. Professor de Direito Civil da FMU. Professor assistente de Direito Civil nos Cursos de Mestrado e Doutorado da PUC-SP. Diretor Cultural do IASP.

SUMÁRIO

1. Texto e contexto; 2. Contrato de Adesão: distinção pela formação (e também pelo) conteúdo; 3. Características das cláusulas contratuais gerais que compõem os contratos de adesão. 4. Interpretação dos contratos de adesão formados por cláusulas contratuais gerais: balizas para ao ativismo judicial; 5. Bibliografia.

1. TEXTO E CONTEXTO

Contrato de adesão é uma das locuções mais difundidas da moderna teoria geral dos contratos. Apesar da amplitude da difusão, sua nomenclatura está associada a outros termos (abusividade, protecionismo, vulnerabilidade), tornando-a *plurissignificativa*, transmitindo a falsa impressão, inclusive, de que tal fenômeno contratual contemporâneo seria exclusivo a relações de consumo, exigindo a proteção do aderente em indistintas situações, incluindo até mesmo a interferência judicial de ofício em muitas de suas pré-estipulações.

Passados mais de 20 anos de promulgação do CDC (e 10 anos de *novo* Código Civil), esse tem sido o discurso recorrente: contrato de adesão como sinônimo de situação jurídica de consumo, a merecer, a partir dessas falsas premissas, a proteção do suposto vulnerável aderente, homogeneizando situações jurídicas distintas.

Vale lembrar que o Código Civil, ainda que timidamente, regulou-os nos artigos 423 e 424, dispositivos que comprovam a fragmentação da liberdade contratual contemporânea (ZANETTI, 2008, p. 230).

Por isso, equivocada a ilação de que todo contrato de adesão tem uma subjacente *relação de consumo*: há contratos de adesão tipicamente civis, em que não estão reguladas relações de consumo (regulam relações de “não-consumo”), como acontecem nos contratos de locação envolvendo *shoppings centers*, contratos de distribuição, franquia, concessões, de fornecimento de energia, dentre outros, e que por isso mesmo possuem uma lógica econômica própria, não necessariamente envolvendo, *a priori*, questões de *ordem pública* ou pressuposta *vulnerabilidade*.

Contrato de adesão não é *patologia*, algo a ser necessariamente coibido pelo julgador. Representa uma realidade de mercado, fruto de indispensável coordenação geral de esforços frente a acentuada circulação de bens e serviços. Servem as necessidades de rapidez da sociedade técnica: afinal, hoje não há que perder tempo em negociações relativas a atos correntes, enquanto as entidades que atuam com recurso às cláusulas devem, por razões que se prendem com o seu funcionamento, conhecer de antemão o tipo de vinculações a que vão ficar adstritas.

Assim, a *predeterminação* do conteúdo contratual permite, por ex., a racionalização e a consequente redução dos custos de transação, uniformização de procedimentos, com

reflexo sobre o preço cobrado do adquirente final (consumidor ou não). Permitem, portanto, a racionalização das atividades empresariais, evitando a repetição de atos idênticos, propiciando a redução dos custos e dos preços de bens e serviços disponibilizados ao público. Simplificam e aceleram a conclusão dos negócios.

Todavia, no afã de se tutelar o *aderente*, os conceitos entorno do contrato de adesão são ignorados, especialmente nas relações de não-consumo. Daí a necessidade da busca de *balizas* e retomada de conceitos.

Exemplo recente dessa necessária e indispensável distinção é a proposta de alteração da Lei de Arbitragem (LArb - Lei 9307/96), contida no Projeto de Lei do Senado nº 406/2013, especialmente no tocante as *cláusulas compromissórias* nos *contratos de adesão*, a partir de uma indispensável diferenciação entre *contratos de adesão* em relações de consumo e de não consumo.

Segundo a atual redação do artigo 4º, § 2º da LArb, *“Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”*.

Segundo a proposta de Anteprojeto de LArb do Senado (PLS 406/2013), o atual § 2º será desmembrado para abarcar três situações: (i) cláusula compromissória em contratos de adesão *em geral*; (ii) cláusula compromissória em contratos de adesão *em relações de consumo*; (iii) cláusula compromissória para relações societárias e em relações de emprego, situação que não será objeto de nossa análise.

Nota-se, portanto, que a proposta objetiva colocar uma pá-de-cal na discussão sobre a possibilidade (ou não) de arbitragem em relações de consumo. Todavia, vale o destaque para outro passo importante: dar destaque e tornar expressa a admissibilidade da *cláusula compromissória* nos contratos de adesão de *não consumo*, restringindo sua validade e eficácia a requisitos formais, ou, especialmente, *redação em negrito* ou em *documento apartado*, perfeitamente adequado com a atual proposta de interpretação.

O que é preciso ficar claro é que existem contratos de adesão que possuem como objeto uma *situação típica do ser humano* e outros orientados por outra lógica *patrimonial, econômica*. Aliás, a *vulnerabilidade* do consumidor deixa a entender que sua proteção está

ligada a sua proteção como *pessoa* e não, diretamente, por ser um agente econômico.

São esses últimos que merecerão a nossa reflexão mais detalhada, pois por estarem orientados em grande parte pelo Código Civil, merecerão nossas maiores reflexões, especialmente pela necessária e indispensável baliza para interpretação.

2. CONTRATO DE ADESÃO: DISTINÇÃO PELA FORMAÇÃO (E TAMBÉM PELO) CONTEÚDO

Entendemos que para se conceituar o *contrato de adesão* não se deve considerar apenas a peculiaridade do seu *consenso*. Deve se levar em conta um duplo aspecto. Considerada na perspectiva da formulação das cláusulas por uma das partes, de modo uniforme e abstrato, temos as *condições gerais dos contratos* (ou *cláusulas contratuais gerais*). Encarada no plano da efetividade, quando toma corpo no mundo da eficácia jurídica, temos o *contrato de adesão*.

Há, assim, que se considerar duas fases, dois aspectos: a da elaboração das cláusulas, que antecede e abstrai dos contratos que venham futuramente a celebrar-se, a *fase estática*, e a da celebração de cada contrato singular, isto é, a fase em que se celebra efetivamente o contrato com alguém, a *fase dinâmica* em que se constitui a relação contratual, em que se conclui o contrato dito de adesão e que integra aquelas cláusulas. (PINTO MONTEIRO, 2001, p. 7-8).

Logo, o que nos interessa – coerente com o que se difunde – é o contrato de adesão formado por *cláusulas contratuais gerais*, esses realmente *de massa*, *standards*, voltados para inúmeras contratações, a merecer a tutela do aderente.

Em regra, o contrato de adesão é concluído através de *cláusulas contratuais gerais*, mas pode acontecer que falte às cláusulas pré-formuladas o requisito da generalidade (ou da indeterminação) caso em que haverá contrato de adesão (estando presentes as características da pré-disposição, unilateralidade) sem ser um efetivo contrato *standard*, *de massa*, sem *cláusulas contratuais gerais*. Estas últimas são previamente elaboradas, tendo em vista a celebração, no futuro, de múltiplos contratos, que serão de adesão, mas tais contratos não deixarão de o ser se faltarem às cláusulas pré-formuladas os requisitos da generalidade e indeterminação. Daí a importância do *conteúdo*.

Por influência francesa, fruto da obra de Raymond Saleilles (SALEILLES, 1901, p. 229) ainda se fala em contrato de adesão, mas, a nosso sentir, a locução é imprópria, por ser também relevante o conteúdo dos contratos que estão a ser analisados e não o modo em que se dá o seu consenso. O próprio Saleilles percebera a diferença em sua obra, declarando expressamente que o contrato de adesão seria aquele que aderisse a condições gerais (*que adhère aux conditions générales*) (LÔBO, 1991, p. 30).

A relação existente entre as *cláusulas contratuais gerais* e o *contrato de adesão* é, respectivamente, de *conteúdo* e *continente*, ou seja, o contrato de adesão é o instrumento que concretiza os efeitos das *cláusulas contratuais gerais*.

Destaque-se que nem todo contrato de adesão é padronizado ou *standardizado*. Só será se estiver contido por *cláusulas abstratas, uniformes, gerais* e por isso *rígidas*. Um contrato não é de adesão porque possui termos padronizados, mas sim porque mostra maior aversão à discussão em torno de seu conteúdo.

Os *contratos de adesão* compostos por *cláusulas contratuais gerais*, portanto, são aqueles em que mereceram a preocupação do legislador no mundo todo, motivando-o fixar controles de conteúdo, controles de inclusão, métodos de controle judicial, etc. Esses contratos detêm estipulações redigidas, prévia e unilateralmente, pelo proponente, para utilização reiterada em uma série indeterminada de futuros contratos singulares, cujos destinatários limitar-se-ão a aceitá-las em bloco, sem possibilidade de alterar o seu conteúdo.

Situações existenciais e situações típicas do ser humano ***

3. CARACTERÍSTICAS DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS QUE COMPÕEM OS CONTRATOS DE ADESÃO

Uma primeira característica dos contratos de adesão – e das cláusulas contratuais gerais que os compõe – é a *unilateralidade*. As cláusulas são elaboradas pelo próprio predisponente, por uma empresa, grupo de empresas ou até mesmo por terceiros, as quais virão a constituir o conteúdo de uma série indeterminada de futuros contratos de adesão de direito privado. Essa predisposição será *ato unilateral* do predisponente.

Quando falamos em *unilateralidade* não estamos afirmando que só haverá *cláusulas contratuais gerais* se estas forem produzidas materialmente pelo proponente.

A *autoria intelectual e material* dessas cláusulas não corresponde ao critério distintivo. Seja quem for o mentor intelectual de tais cláusulas, o fato é que estas são *escolhidas, utilizadas e impostas* pelo proponente sem participação ou negociação do aderente no seu conteúdo. A predisposição é *posta e imposta*, ou apenas *imposta* pelo predisponente, não sendo objeto de acordo, tratativa ou negociação prévia, daí falar-se em *unilateralidade*.

Como afirmado anteriormente, a *predisposição* não se confunde com a redação das *cláusulas contratuais gerais* (que podem ser elaboradas pelo predisponente e por terceiros). Ocorre a *predisposição* quando estas ingressam na atividade do predisponente, tornando aplicáveis a todos os futuros contratos individuais. A predisposição significa o ato de fazer existir juridicamente as *cláusulas contratuais gerais* e se revela de formas variadas (avisos, documentos, prospectos, regulamentos, instruções etc.).

Quando se fala que as *cláusulas contratuais gerais* são predispostas, significa dizer que estas são organizadas ou redigidas *previamente pelo proponente*, a ser oferecido ao aderente que, em momento posterior, aceitará ou não o futuro contrato. São pré-redigidas antes do consenso, fixadas com anterioridade ao começo da fase contratual. Como se verá, as *cláusulas contratuais gerais* se formam e existem juridicamente em momento anterior ao futuro contrato, e sua formação não se confunde com a formação do contrato de adesão.

Só é possível compreender as *cláusulas contratuais gerais* se entendermos sua *dimensão coletiva*. Só merecem qualificação de *cláusulas contratuais gerais* as cláusulas que não têm como destinação uma contraparte determinada, não podendo se apresentar com conformação moldada para uma concreta relação contratual, revestindo-se, por isso, de caráter *geral e abstrato*. A elaboração sem prévia negociação individual só é um dado qualificante do fenômeno se houver a intenção de utilização reiterada das cláusulas numa série de contratos que se projeta a concluir. Quando há a generalidade, a unilateralidade e a predisposição também ganham relevo diferenciador.

As peculiaridades das *cláusulas contratuais gerais* impõem soluções que ultrapassam o âmbito de interesses individuais diretamente envolvidos. É preciso, portanto, tomarmos ciência da dimensão coletiva das *cláusulas contratuais gerais*, sob pena de entendermos parcialmente o fenômeno.

São destinadas a um número múltiplo de contratos, a uma infinidade de operações de fornecimento de mercadorias e serviços e a uma generalidade de pessoas, para serem aceitas em bloco, tornando-se eficazes na medida em que são integradas, de modo *uniforme* (daí *uniformidade*), em um dado contrato de adesão.

Preferimos a nomenclatura *abstração* porque as *cláusulas contratuais gerais*, ao serem editadas, não regulam relações jurídicas concretas. A sua redação não visa casos concretos, concebida para uma série indeterminada de utilizações.

Todavia, em alguns casos, as *cláusulas contratuais gerais* podem ser destinadas a uma pluralidade determinada de situações ou destinatários. Nem por isso a característica de abstração estará de fora.

Considerando os dois planos do fenómeno, destaca-se que o carácter *geral*, *abstrato* e *uniforme* não é alterado quando as *cláusulas contratuais gerais* são incorporadas aos contratos individuais. A relação originária continua sendo entre o predisponente e a comunidade indeterminada de destinatários.

As *cláusulas contratuais gerais* são elaboradas sem prévia negociação individual, de tal modo que sejam recebidas em bloco por quem as subscreva ou as aceite. Os intervenientes não têm possibilidade de modelar o seu conteúdo, introduzindo, nelas, alterações. Por isso se fala em sua *rigidez*: Devem ser *uniformes*, sendo certo que qualquer alteração afeta sua *fattispecie*, a *lógica econômica* pensada.

4. INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS DE ADESÃO FORMADOS POR CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS: BALIZAS PARA O ATIVISMO JUDICIAL

Hoje o contrato são os *contratos* (MARTINS-COSTA, 2008, p. 476), empregando-se o mesmo signo linguístico como fórmula para designar: i) esquemas de ação exclusivamente interindividual, numa lógica econômica individualizadora (tais quais os contratos paritários, fundados no poder de auto-regulamentação e no dever de colaboração); ii) esquemas de ação interindividual e explicáveis, do ponto de vista econômico, numa “lógica de massa” (contratos formados por adesão e em escala massiva, mas admitindo, ainda, certa atenção à subjetividade dos contratantes, como os contratos de fornecimento de certos

bens de consumo); iii) esquemas de ação metaindividual, compreensíveis, economicamente, numa lógica de massa ou grande escala (formado por adesão a condições gerais de negócios, sem considerações relevantes à individualidade dos contratantes, como os contratos bancários); iv) esquemas de ação metaindividual e cuja racionalidade ultrapassa a esfera do indivíduo, só se explicando numa dimensão comunitária (como os contratos de fornecimento de energia elétrica ou os de seguro) ou global (como os contratos firmados no âmbito de grupos, redes, cadeias ou conglomerados empresariais que ultrapassam as fronteiras nacionais).

Por isso que ao se avaliar um contrato de adesão de não consumo, não se deve ignorar sua dimensão coletiva, o contexto econômico e atuarial de sua formação. Merecem, por isso, uma interpretação *típica, objetiva*, buscando a obediência a critérios uniformes, comuns ou generalizantes, consagrando, em vez de uma orientação que atende à diversidade de circunstâncias e momentos do caso singular, a abstração e a rigidez do fenômeno. Importa neste método interpretar as *cláusulas contratuais gerais* em si mesmas, a fim de obter soluções uniformes para todos os contratos concluídos ou a concluir com base nessas cláusulas.

Dessa forma, as *cláusulas contratuais gerais* (contidas nos contratos de adesão) devem ser interpretadas considerando também as razões de sua formação geral abstrata, bem como o momento anterior ao nascimento das relações contratuais singulares, assegurando a uniformidade de sua interpretação. Deve se buscar dirimir conflitos de interesses que se reproduzem na série de contratos em que estão inseridas.

Aqui, parte-se do critério de classificar por tipos ou classes as declarações ou comportamentos (BETTI, 1971, p. 406), levando em consideração o *gênero* de circunstâncias em que se desenvolvem e a que correspondem, atribuindo a cada um de tais tipos um significado constante, sem ter conta daquela que no caso concreto passa ser a efetiva e diversa opinião das partes, buscando um sentido da cláusula que venha a constituir como solução geral para a típica e sempre repetida oposição de interesses que nela se manifestam.

Lembramos, uma vez mais, que as *cláusulas contratuais gerais* se formam em *momento anterior*, antes mesmo da formação do contrato de adesão. O ato de predispor as *cláusulas contratuais gerais* não pode ser considerado um ato destituído de juridicidade. No momento em que são editadas pelo predisponente e eventualmente registradas (ex.:

escritura declaratória de normas gerais de um shopping center para os futuros lojistas) para integrarem os contratos de adesão que eventualmente serão concluídos, foi dada publicidade a um ato cuja existência jurídica é inquestionável, embora dependente de eficácia concreta.

Enquanto disposições contidas em um contrato (ainda que referidas), a interpretação das *cláusulas contratuais gerais* deverá observar as regras gerais de interpretação dos contratos, sem olvidar, todavia, as características peculiares deste fenômeno, todo o contexto jurídico, social e econômico pela qual foram predispostas, mesmo antes de fazerem parte do contrato.

Além do caráter de generalidade, são abstratas e prosseguem sendo abstratas quando integrados seus efeitos aos contratos. Sua interpretação é uniforme, idêntica, a todos os contratos, não se particulariza. A pesquisa da intenção comum, nas condições gerais, conduziria a ressaltar a vontade única do predisponente, sobretudo quando a simples interpretação literal fosse considerada suficiente para resolver o conflito de interesses. O Juiz não pode, em princípio, revisar o conteúdo do contrato. Se a cláusula é clara, precisa, sem ambiguidade, não contrária à ordem pública nem aos bons costumes, coerente com o sinalagma, até que se demonstre o contrário, deverá aplicá-la sem que possa intervir a pretexto de justiça ou equidade.

O sentido a ser atribuído às cláusulas contratuais *não* pode ser individualizado para cada contrato singular, divergente em cada caso, mas geral e constante para todos os contratos e a todos os aderentes da categoria contemplada. Ao se avaliar um foro de eleição ou os limites de uma cláusula penal (por ex.), tal contexto deve ser respeitado pelo julgador.

Prevalecem as circunstâncias externas à vontade, partindo-se de um tipo a que se atribui um resultado uniforme, sem ter em conta aquela que, no caso concreto, possa ser a efetiva e diversa opinião das partes. O que importa são os pontos de vista *objetivos*, julgando-se o conjunto dos casos típicos afetados. Mesmo diante de uma relação jurídica concreta deve-se partir da abstração e generalidade, características marcantes das *cláusulas contratuais gerais*.

Em se tratando de relações de não-consumo --- envolvendo contratos *de lucro*, na opinião de Antonio Junqueira de Azevedo e muito bem explicado por um dos seus discípulos Marco Fabio Morsello (MORSELO, p. 296) --- ou, mais especificadamente, de

relações empresariais, deve ser observada a *praxis* e a racionalidade própria que envolve esses tipos de contratos.

Cumpra lembrar que classificar contratos em *existenciais* (*rectius*: *típicos do ser humano*) e de *lucro* não exclui outras classificações, mas possibilita, em caráter operacional, conciliar o funcionamento estável economia e um desenvolvimento econômico cego ao valor da pessoa humano. Os três níveis do contrato (econômico, jurídico e o social) devem ser conciliados.

Nesse contexto, ainda que seja dever de todo intérprete conhecer a fundo a realidade do seu plano de análise, este se acentua quando estamos dentro de um ramo em que a fluência das relações de mercado são, eminentemente, ditadas por normas originadas pelos próprios comerciantes (*lex mercatoria*). A racionalidade do agente econômico e a busca da eficiência do sistema (FORGIONI, 2005, p. 513) são fatores de que o direito empresarial necessita (e sempre necessitou) para assegurar o funcionamento adequado do mercado e a sua preservação.

Ainda que a teoria geral dos contratos se expanda para todo tipo de relação jurídica contratual, não podemos olvidar que os contratos empresariais tem fundamento próprio (COMPARATO, 1981, p. 246) obedecem uma lógica diversa daqueles civis ou consumeristas, o que influenciará, inevitavelmente, sua interpretação. Se já estava claro que, quem ingressa em um contrato, não o faz por amor ou por filantropia, mas visando a realizações de *negócios* (bons negócios), que permitam lucro e circulação de bens e serviços, esta realidade deve ser acentuada nestes tipos de contrato, em que todo um contexto econômico-financeiro foi levado em conta para predisposição e oferecimento das cláusulas ao público.

Essas peculiaridades, que decorrem das práticas e causas empresariais, merecem especial consideração quando da interpretação das *cláusulas contratuais gerais* e dos *contratos de adesão*. Nesta seara, não há presunção de vulnerabilidade e, todas as técnicas protetivas a serem utilizadas não podem abortar a lógica de funcionamento do mercado.

Em regra, na sociedade de direito privado, não cabe ao julgador interferir na fluência do mercado para atender expectativas subjetivas das partes envolvidas. Como lembra Canaris, o mercado tem sua própria lógica, sua própria *democracia*, fortalecendo bons fornecedores e predisponentes e favorecendo bons consumidores e aderentes, sendo submetido a um constante plebiscito, não necessitando de interferências indevidas (CANARIS, 1997, p. 56).

Não cabe, portanto, a revisão discricionária dos contratos de forma particularizada, individual, desconsiderando suas causas atuariais, sem a devida atenção ao equilíbrio econômico financeiro (e aos próprios cálculos atuariais que permitiram a concepção) das *cláusulas contratuais gerais*, desconsiderando toda a rede de contratos a que estejam interligados. Não há que se buscar a resolução de conflitos de interesses entre dois sujeitos de uma relação jurídica particularizada, mas entre o estipulante das *cláusulas contratuais gerais* e todos os outros sujeitos com quem, por força da declaração de aceitação destes, formam (e formarão) os mesmos contratos.

Neste tipo de contratos, deve-se compor interesses não apenas entre dois sujeitos de uma relação jurídico determinada, mas entre o estipulante (de um lado) e uma pluralidade de sujeitos (por outro lado) de relações jurídicas que se vão determinando à medida em que eles aderem ao conteúdo contratual.

Dada essa dimensão coletiva defendemos, em outra oportunidade, que o controle judicial de tais cláusulas deverá obedecer, em algumas circunstâncias, regras de um verdadeiro processo coletivo, franqueando amplo acesso aos *amici curiae*, como forma de subsidiar o Juízo quando do julgamento (MELO, 2008, p. 127). Pela repercussão da decisão, um processo puramente individual é insuficiente para revisão de tais contratos.

Não se nega a influência da boa-fé, da função social dos contratos e do próprio princípio do equilíbrio contratual nesses contratos. O que se prega, contudo, é o amoldamento de tais princípios a esse contexto *geral, uniforme e rígido* dos contratos de adesão formados por cláusulas contratuais gerais, e que não legitimam a açodada atuação *ex officio*, desconectada com a realidade do mercado e do universo de contratos interligados, sob o apriorístico fundamento genérico de defesa de quem seria supostamente mais fraco. Tal ponto de vista, *data venia*, não representa a tutela de um bom direito.

5. BIBLIOGRAFIA

BETTI, Emilio. *Interpretazione Della Legge e Degli Atti Giuridici*: Teoria Generale e Dogmática. Milão: Giuffrè, 1971.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A liberdade e a justiça contratual na sociedade de direito privado. In: PINTO MONTEIRO, António (Coord.). *Contratos: actualidade e evolução*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 52-58.

COMPARATO, Fábio Konder. *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FORGIONI, Paula. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.

MARTINS-COSTA, Judith. O método de concreção e a interpretação dos contratos. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo – estudos em homenagem ao Professor Renan Lotufo*. São Paulo: Atlas, 2008, p.475-506.

MELO, Diogo L. Machado de. *Cláusulas contratuais gerais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORSELLO, Marco Fabio. Contratos existenciais e de lucro. Análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In: LOTUFO, Renan. NANNI, Giovanni Ettore, MARTINS, Fernando Rodrigues. *Temas relevantes do direito civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 292-307.

PINTO MONTEIRO, António. Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, ano 2, v. 7, p. 6-18, 2001.

SALEILLES, Raymond. *De la déclaration de volonté*. Paris: F. Pchon-Successeur, 1901.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Direito contratual contemporâneo. A liberdade contratual e sua fragmentação*. São Paulo: Editora Método, 2008.

DOCTRINA NACIONAL

CONTRATO DE EMPREITADA E INEXECUÇÃO: ASPECTOS CONTROVERTIDOS ENVOLVENDO PRAZOS DO EXERCÍCIO DE PRETENSÕES E DIREITOS

ALEXANDRE JUNQUEIRA GOMIDE

Especialista e Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal.
Mestrando em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. Advogado.
Coordenador da Comissão dos Novos Advogados do IASP.

1. INTRODUÇÃO

Segundo Orlando Gomes¹, no contrato de empreitada, uma das partes obriga-se a executar, por si só, ou com o auxílio de outros, determinada obra, ou a prestar certo serviço, e a outra, a pagar o preço respectivo².

Diferentemente, por exemplo, da compra e venda de um produto não durável, onde os valores envolvidos são menores e onde o comprador pode analisar e obter informações de um bem já existente antes de adquiri-lo, no contrato de empreitada, as partes objetivam a construção de um bem que se encontra delineado em projetos e desenhos, mas cujo resultado ainda é desconhecido.

Na maioria dos casos, os valores envolvidos decorrentes do contrato de empreitada são significativos, por resultarem na construção de casas residenciais, edifícios (comerciais ou residenciais), pontes, shoppings, usinas e assim por diante.

Ressalte-se, ainda, que as obras são realizadas para perdurarem no tempo e, após finalizadas, podem servir de habitação para famílias que passarão boa parte de suas vidas dentro daquela construção. Da mesma maneira, a obra também poderá servir como edificação de uma indústria, onde serão produzidos os bens que movimentam sua atividade fabril.

Fato é que a maioria de nós (especialmente a população urbana) passa a maior parte do tempo de nossas vidas no interior de construções, que nada mais é do que o objeto e resultado final do contrato de empreitada.

1. GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualizadores: Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 362.

2. O Código Civil português, por seu turno, define o conceito de empreitada no art. 1.207 como “o contrato pelo qual uma das partes se obriga em relação à outra a realizar certa obra, mediante um preço.” Para o Código Civil Italiano (art. 1655), a empreitada (*appalto*) corresponde a um contrato pelo qual uma das partes se obriga para com a outra à realização de uma obra ou de um serviço, mediante uma retribuição em dinheiro. Segundo o Código Civil Alemão (§ 631.I), através da empreitada (*Werkvertrag*) o empreiteiro obriga-se a realizar a obra prometida e o comitente a pagar-lhe a retribuição convencionada. Assim como no direito brasileiro, a doutrina portuguesa destaca que “não há vínculo de subordinação do empreiteiro em relação ao dono da obra, ao invés do que sucede no contrato de trabalho (...) o empreiteiro age sob sua própria direção, com autonomia, não sob as ordens ou instruções do comitente, estando apenas sujeito à *fiscalização* do dono da obra (art. 1209)”. (LIMA, Pires de e VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*. v. II, 4a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 864).

Mesmo diante da relevância deste contrato, algumas questões jurídicas que, num primeiro olhar aparentam simplicidade, ainda geram controvérsias. Certamente o maior debate do contrato de empreitada decorre da natureza jurídica e contagem dos prazos para exercício das pretensões decorrentes dos vícios construtivos presentes nas obras.

A respeito dessa problemática, analisemos o artigo 618, do Código Civil, que estabelece³:

“Art. 618: Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de 5 (cinco) anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo.

Parágrafo único: Decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser a ação contra o empreiteiro, nos 180 (cento e oitenta) dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito”.

Veremos que a partir do presente texto, muitos pontos ainda restam controvertidos. Vejamos.

2. ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO ART. 618:

Segundo o dispositivo acima, tratando de edifícios⁴ ou outras considerações consideráveis⁵ há responsabilidade do empreiteiro pela solidez e segurança do trabalho,

3. O dispositivo correspondente no Código Civil de 1916 era o art. 1.245: “Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante 5 (cinco) anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo, exceto, quanto a este, se, não o achando firme, preveniu em tempo o dono da obra”. A única alteração do dispositivo do CC/16 para o CC/2002 foi a inclusão do vocábulo “irredutível” que, segundo Jones Figueirêdo Alves, teve por objetivo assegurar a defesa do dono da obra, contra as manobras de algum empreiteiro malicioso. (ALVES, Jones Figueirêdo, *Novo Código Civil Comentado*. Coord.: Ricardo Fiuza. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 564).

4. Segundo Nancy Andrigli, edifício é toda construção que dá guarida ao homem em sua atividade profissional ou para fins de habitação. São edifícios as casas de um pavimento ou mais, os prédios residenciais, os templos religiosos, as lojas comerciais e os galpões. O edifício, em sua acepção jurídica, pode ser construído em madeira, alvenaria ou em qualquer outra técnica de construção civil. (ANDRIGHI, Nancy. *Comentários ao Novo Código Civil*. Coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 212).

5. Para Clóvis Beviláqua, construções consideráveis podem ser exemplificadas como pontes, estradas,

assim em razão dos materiais e solo.

Mas apenas aos vícios de solidez e segurança, que ameacem, por exemplo, a estabilidade da obra, são aplicáveis as disposições do art. 618, do Código Civil?

A jurisprudência ainda não se mostra uníssona. Não obstante alguns julgados afirmarem que a aplicação seria apenas com relação aos defeitos “que representem riscos de desabamento ou ruína⁶”, fato é que a maioria dos julgados afirma que a expressão solidez e segurança não deve ser interpretada restritivamente, aplicando-se também aos defeitos que impedem a boa habitabilidade do prédio, tais como infiltrações, vazamentos, dentre outros⁷.

reservatórios de água dentre outras construções. (BEVILACQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*. 6ª ed. v. IV. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1943. p. 432). Por sua vez, Alfredo de Almeida Paiva sustenta que para definir construções consideráveis deve-se levar em conta os seguintes elementos: “seu preço geralmente elevado, o tempo gasto na construção, a quantidade de material ou de mão-de-obra despendido; a importância e o fim a que se destinam e, por último, a sua durabilidade (PAIVA, Alfredo de Almeida. *Aspectos do contrato de empreitada*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 71).

6. “A garantia devida pelo empreiteiro diz com os defeitos que representem riscos de desabamento ou ruína, não se entendendo como tais apontadas diferenças no tamanho das vagas de estacionamento ou vazamento, defeitos nos revestimentos e trincais superficiais”. (STJ, 4ª T., AgRgAg 37056-7-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 12.9.1994, *DJU* 24.10.1994, p. 28761). Na mesma senda, “a remoção do poste de luz que se encontrava nas proximidades da garagem, supostamente dificultando a entrada e saída dos carros, não é problema que representa risco à solidez e segurança da construção, não se aplicando, pois, o prazo de 5 anos previsto no artigo 618 do Código Civil”. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 0213808-07.2008.8.26.0100, rel. Silvério da Silva, j. 26 de março de 2014).

7. “A expressão ‘solidez e segurança’ utilizada no art. 1.245 do Código Civil não deve ser interpretada restritivamente; os defeitos que impedem a boa habitabilidade do prédio, tais como infiltrações de água e vazamentos, também estão por ela abrangidos. Recurso especial não conhecido”. (STJ, REsp 46.568-SP, Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 25 de Maio de 1999). Na mesma senda: “a solidez e a segurança a que se refere o art. 1.245 do Código Civil não retratam simplesmente o perigo de desmoronamento do prédio, respondendo, também, a construtora, por defeitos que possam comprometer, futuramente, o empreendimento, tais como rachaduras e infiltrações. Precedentes”. (STJ, AgRg no REsp 399.701 – PR, Min. Humberto Gomes de Barros, j. 12 de abril de 2005). “A citada norma legal efetivamente faz referência a solidez e segurança do trabalho e a doutrina mais conservadora empresta-lhe interpretação estrita, por tê-la como caráter excepcional. Observa-se hoje, entretanto, tendência a ampliar-lhe a abrangência, para compreender os defeitos graves em geral e não apenas aqueles que pudessem traduzir risco de ruína”. (STJ, REsp 32.239, Rel. Eduardo Ribeiro, j. 19 de abril de 1994). “Quando a lei fala em solidez e segurança está a alargar a aplicação da norma jurídica tanto aos casos em que a falta de solidez de uma peça ou parte ameace a segurança global da edificação, como aos em que a falta de solidez parcial repercuta apenas na segurança daquela parte, como, por exemplo, a falta de solidez da caixa d’água ou das placas componentes da fachada do edifício, embora não ameaçando arruinar o edifício inteiro, esteja a ameaçar de ruína a caixa d’água

Para Sérgio Cavalieri Filho⁸ a norma em exame não mais comporta uma interpretação puramente gramatical. Quando a lei fala em solidez e segurança, está a se referir não apenas à solidez e segurança globais, mas também parciais. Segundo o jurista, esses vocábulos devem ser interpretados com elasticidade, abrangendo danos causados por infiltrações, vazamentos, quedas e blocos de revestimentos, etc.

Na mesma senda, Carlos Pinto Del Mar⁹ entende que se ampliou o conceito de segurança para estendê-lo também aos moradores, criando, dentro dessa classe de vícios de solidez e segurança previstos no art. 618 do Código Civil, uma categoria especial, de vícios referentes à habitabilidade dos moradores, como são os casos de infiltrações generalizadas, umidade grave, questões de salubridade, perigos de incêndio, de gases, anti-higiene, por exemplo, que não dizem respeito necessariamente à ruína ou ao comprometimento da estabilidade da edificação. Ainda segundo o autor, tais vícios de habitabilidade comprometem a finalidade e aquilo que se espera de uma edificação e, por isso, integram a classe dos vícios previstos no art. 618 do Código Civil.

Carlos Roberto Gonçalves¹⁰ afirma que essa medida se justifica perfeitamente pelo progresso e desenvolvimento da indústria da construção e pela necessidade de se preservar a incolumidade física e patrimonial das pessoas que possam ser afetadas pelos mencionados vícios e defeitos.

Assim, temos aqui a **primeira conclusão** do presente trabalho: seja na doutrina ou na jurisprudência dominante¹¹, vence a corrente que entende que o conceito de solidez e

inteira ou a fachada inteira". (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível 39.780, Rel. Paulo Roberto Freitas, j. 25 de fevereiro de 1987).

8. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 415.

9. DEL MAR, Carlos Pinto, *Falhas, responsabilidades e garantias na construção civil*. São Paulo: Método, 2008. p. 247.

10. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais*. v. III. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 376.

11. Nesse sentido: "A expressão 'solidez e segurança' utilizada no art. 1.245 do Código Civil não deve ser interpretada restritivamente; os defeitos que impedem a boa habitabilidade do prédio, tais como infiltrações de água e vazamentos, também estão por ela abrangidos. Recurso especial não conhecido". (STJ, REsp 46.568- SP, Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 25 de maio de 1999) e "A solidez e a segurança a que se refere o art. 1.245 do Código Civil não retratam simplesmente o perigo de desmoronamento do prédio, respondendo, também, a construtora, por defeitos que possam comprometer, futuramente, o empreendimento, tais como rachaduras

segurança da obra deve ser interpretado de forma extensiva, aplicando-se, portanto, o art. 618 do Código Civil não somente aos defeitos e vícios¹² que comprometem a segurança e estabilidade da obra, mas a todos aqueles que possam comprometer a habitabilidade da edificação. Assim, sejam (i) infiltrações; (ii) vazamentos; (iii) problemas decorrentes de irregularidade de projeto; (iii) mau funcionamento de equipamentos; (iv) ou mesmo o não atendimento, pela construção, do quanto determinam as normas técnicas, todas essas situações devem ser entendidas como suscetíveis da aplicação do art. 618, do Código Civil.

3. NATUREZA JURÍDICA E CONTAGEM DOS PRAZOS ESTABELECIDOS NO ART. 618

Desde o CC/1916 a questão dos prazos prescricionais e decadenciais decorrentes do art. 1.245 (correspondente ao art. 618 do atual CC/2002) era palco de controvérsias.

Nos termos do *caput* do art. 618, do Código Civil, o empreiteiro “responderá, durante o prazo irredutível de 5 (cinco) anos”. Pela leitura do dispositivo, poderíamos imaginar, numa primeira análise, que o legislador determinou que o empreiteiro responderia pela perfeição da obra pelo exíguo prazo de cinco anos.

Ocorre que ainda na vigência do CC/1916, a jurisprudência firmou o entendimento de que o aludido prazo de cinco anos não se tratava nem de prazo decadencial, nem de prazo prescricional. Em verdade, o prazo aludido no *caput* do art. 618 refere-se a um prazo de *garantia legal* em que o construtor responde pela perfeição da obra. A edição do novo Código Civil manteve esse posicionamento jurisprudencial¹³. A doutrina também

e infiltrações. Precedentes”. (STJ, AgRg no REsp 399.701 – PR, Min. Humberto Gomes de Barros, j. 12 de abril de 2005). Aparentemente, já não prosperam os julgados mais antigos, que entendiam em sentido diverso: “A garantia devida pelo empreiteiro diz com os defeitos que representem riscos de desabamento ou ruína, não se entendendo como tais apontadas diferenças no tamanho das vagas de estacionamento ou vazamento, defeitos nos revestimentos e trincais superficiais”. (STJ, 4ª T., AgRgAg 37056-7-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 12.9.1994, *DJU* 24.10.1994, p. 28761).

12. José Fernando Simão, valendo-se da lição de Alberto do Amaral Júnior, sustenta que no Código de Defesa do Consumidor, o defeito do produto ou serviço é aquele capaz de causar danos à integridade física e psíquica do consumidor e o vício do produto ou serviço é inerente à própria coisa, afetando sua prestabilidade ou diminuindo-lhe o valor. (SIMÃO, José Fernando. *Vícios do produto no novo código civil e no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 60).

13. “O prazo de cinco (5) anos do art. 1.245 do Código Civil, relativo à responsabilidade do construtor pela solidez e

acompanhou esse entendimento, citando-se José Fernando Simão¹⁴, Flávio Tartuce¹⁵, Carlos Del Mar¹⁶, Carlos Roberto Gonçalves¹⁷ e Hamid Charaf Bdine Júnior¹⁸.

Na mesma senda, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal CEJ editou o Enunciado 181: “O prazo referido no art. 618, parágrafo único, do CC refere-se unicamente à garantia prevista no ‘caput’, sem prejuízo de poder o dono da obra, com base no mau cumprimento do contrato de empreitada, demandar perdas e danos”.

Mas o que representa a garantia legal? Segundo Caio Mário da Silva Pereira¹⁹, ao transferir ao adquirente coisa de qualquer espécie, seja móvel, seja imóvel, por contrato comutativo, o alienante tem o dever de assegurar-lhe a sua posse útil e a sua finalidade natural. Ainda segundo o autor, o prazo de garantia constitui, além de reforço contra o vício oculto, proteção que abrange a segurança de bom funcionamento da coisa.

Na mesma senda e no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, segundo nos ensina Cláudia Lima Marques²⁰, a garantia de adequação do produto é um verdadeiro ônus natural para toda a cadeia de produtores, a adequação do produto nasce com a atividade

segurança da obra efetuada, é de garantia e não de prescrição ou decadência”. (STJ - 4a T. - REsp 215.832/PR - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - j. 06.03.2003 - DJU 07.04.2003, p. 289). “O prazo previsto no art. 618, parágrafo único, do Código Civil, refere-se unicamente à garantia prevista no ‘caput’ do mesmo dispositivo legal. 2. O dono da obra pode acionar o empreiteiro com base no mau cumprimento do contrato no prazo prescricional de dez anos (art. 205, CC)”. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 9153059-79.2005.8.26.0000, Rel. Francisco Bianco, j. 1º de agosto de 2011).

14. SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência: início dos prazos*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 267.

15. TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014. p. 488.

16. DEL MAR, Carlos Pinto, *Falhas, responsabilidades e garantias na construção civil*. São Paulo: Método, 2008. p. 251.

17. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais*. v. III. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 370.

18. BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Da empreitada. *Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos*. v. VI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 154.

19. SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*. v. III. 3ª ed. São Paulo: Forense, 1975. p. 109.

20. MARQUES, Claudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 1009-1110.

de produzir, de fabricar, de criar, de distribuir, de vender o produto²¹. Ainda segundo a autora, no sistema do Código de Defesa do Consumidor, a garantia de adequação é mais do que a garantia de vícios redibitórios, é garantia implícita ao produto, garantia de funcionalidade, de sua adequação.

Caso o produto não se mostre adequado porque, por exemplo, possui vício oculto que o torne impróprio ao uso, o adquirente possui duas alternativas: (i) rejeitar a coisa, resolvendo o contrato e pleiteando a devolução do preço pago, mediante ação *redibitória* ou, (ii) conservá-la, malgrado o defeito, reclamando, porém, o abatimento no preço, pela ação *quanti minoris* ou *estimatoria*. São as ações edilícias²².

Mas essa garantia não é devida apenas no contrato de compra e venda. Também ao dono da obra deve ser garantida a boa execução dos serviços da empreitada e, consequentemente, adequação da obra realizada consoante as regras da engenharia.

Caso a obra não se mostre adequada ao uso a que se destina e sejam verificados vícios ocultos, surgem algumas alternativas ao dono da obra. Poderá, em primeiro lugar, redibir o contrato ou pleitear o abatimento do preço.

Mas em qual prazo?

A melhor doutrina firmou o entendimento de que esse prazo é estabelecido no parágrafo único, do art. 618, do Código Civil, ou seja, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito, desde que o exercício desse direito seja realizado durante o prazo de garantia legal, qual seja, até cinco anos da entrega da obra. Esse

21. Já para José Geraldo Brito Filomeno, a garantia de produtos e serviços deriva do dever de todo e qualquer fornecedor de entregar produtos e executar serviços, tal como o espera o consumidor. Ainda segundo o autor, garantia é basicamente a promessa implícita, da parte do fornecedor, quanto à adequação do produto ou do serviço, ao fim a que se destinam. (FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 185).

22. Segundo Carlos Roberto Gonçalves, as ações edilícias recebem esse nome em alusão aos *edis curules*, que atuavam junto aos grandes mercados, na época do direito romano, em questões referentes à resolução do contrato ou ao abatimento do preço. (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais*. v. III. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 133).

entendimento também é manifestado por José Fernando Simão²³, Hamid Bdine Júnior²⁴ e Jones Figueirêdo Alves²⁵.

Veja-se, portanto, que o prazo estabelecido no parágrafo único do art. 618, do Código Civil, tem fundamento apenas para o exercício dos direitos potestativos conferidos ao dono da obra para redibir o contrato ou pleitear o abatimento do preço. É, por isso, prazo decadencial. Assim, não prospera o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves²⁶ que afirma que o prazo estabelecido no parágrafo único, do art. 618, refere-se ao prazo para “deduzir em juízo a sua pretensão à reparação civil, sob pena de decaimento”.

Firme na lição histórica de Agnelo Amorim Filho²⁷, os prazos decadenciais não se prestam para as ações condenatórias, mas apenas às ações constitutivas, tais como as ações edilícias. O exercício dos direitos potestativos²⁸ está sujeito exclusivamente à decadência e não à prescrição.

Temos aqui, portanto, a **segunda conclusão** desse trabalho. O prazo de cinco anos estabelecido no *caput* do art. 618, do Código Civil, refere-se, exclusivamente, à *garantia legal* dos materiais e serviços executados no contrato de empreitada. Caso, durante esse ínterim, a obra não se mostre adequada à sua finalidade em virtude de vícios ocultos, poderá o proprietário intentar as ações edilícias no prazo de até 180 dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito, sob pena de decadência. Em nosso entendimento é esse

23. SIMÃO, José Fernando. Aspectos controvertidos da prescrição e decadência na teoria geral dos contratos e contratos em espécie. *Questões Controvertidas no Direito das Obrigações e dos Contratos*. v. IV. Coord. Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves. São Paulo: Método, p. 378.

24. BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Da empreitada. *Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos*. v. VI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 153.

25. ALVES, Jones Figueirêdo, *Novo Código Civil Comentado*. Coord.: Ricardo Fiuza. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 564.

26. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais*. v. III. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 376.

27. AMORIM FILHO, Agnelo. Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência e para Identificar as Ações Imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, Ano 94, v. 836, junho de 2005, p. 743.

28. Os direitos potestativos são definidos por Agnelo Amorim Filho como aqueles poderes que a lei confere a determinadas pessoas de influir, com uma declaração de vontade, sobre situações jurídicas de outras, sem o concurso de vontade destas. (AMORIM FILHO, Agnelo. Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência e para Identificar as Ações Imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, Ano 94, v. 836, junho de 2005, p. 737).

o sentido da expressão “direito assegurado neste artigo”, contida no parágrafo único do art. 618, do Código Civil.

Mas e se for ultrapassado o prazo da garantia legal? Quais as pretensões que o dono da obra terá em face do empreiteiro por vícios construtivos surgidos, por exemplo, dez anos depois da entrega da obra?

Até porque é difícil imaginarmos qualquer pessoa que pretenda contratar a construção de um imóvel para sua moradia, para que o mesmo tenha uma vida útil de apenas cinco anos. Da mesma forma, nenhum empresário investe milhões de reais na construção de sua fábrica, imaginando que, aparecendo **vícios** na obra após cinco anos, pelo emprego de materiais de má-qualidade, o construtor estará isento de qualquer obrigação.

Diante disso, a jurisprudência e doutrina passaram a entender que, não obstante o prazo de garantia legal disposto no *caput* do art. 618, do Código Civil, ainda assim o construtor poderia ser demandado por indenização decorrente dos **vícios ou defeitos da obra**.

Mas em que prazo?

Quando ainda era vigente o Código Civil de 1916, a jurisprudência firmou o entendimento de que, nesses casos, prescreveria em vinte anos a ação para que se pudesse demandar o construtor, pela reparação de danos. Nesse sentido, no ano de 1997, foi editada a Súmula 194, do STJ:

“Prescreve em vinte anos a ação para obter, do construtor, indenização por defeitos da obra”.

A Súmula 194 acompanhava o art. 177, do Código Civil de 1916, que estabelecia que as ações pessoais prescreviam, ordinariamente, em vinte anos. Importante, ainda, ressaltar que o revogado Código Civil não possuía regra específica de prazo prescricional para a pretensão da reparação civil, ao contrário do Código Civil de 2002, que determina a prescrição da pretensão de reparação civil no prazo de três anos (art. 206, parágrafo 3º, inciso V).

Assim, quando editado o Código Civil de 2002, a jurisprudência viu-se diante de um dilema: em virtude da vigência do novo Código, a Súmula 194 perdeu a sua eficácia? Duas hipóteses seriam possíveis.

Na primeira hipótese, considerando que o prazo vintenário do CC/16 (art. 177) foi reduzido para dez anos do CC/2002 (art. 205), a Súmula deveria ser readaptada, determinando que a pretensão dos casos de indenização por defeitos de obra prescreveria em dez anos.

Na segunda hipótese, a jurisprudência poderia afirmar que em virtude da modificação do sistema prescricional no novo Código, a Súmula perderia integralmente a sua eficácia e a pretensão em casos de reparação civil, inclusive em virtude de defeitos de obra, prescreveria em três anos, consoante a determinação do art. 206, § 3º, V, do Código Civil.

Os anos passaram e a jurisprudência, ainda majoritária, sustenta a primeira hipótese, ou seja, ultrapassado o prazo de garantia legal do art. 618, o dono da obra possui o prazo de dez anos para intentar a ação de reparação dos danos surgidos na obra. Nessa senda, há inúmeros julgados²⁹.

29. “Contrato de empreitada. Reforma nas dependências comuns de condomínio edilício. Ação de indenização por danos materiais e morais. Procedência parcial. Prazo prescricional. Aplicação do prazo geral de dez anos. **Súmula 194** do STJ interpretada sob a luz do CC/2002. Prescrição afastada. Defeitos na obra comprovados em perícia. Requerida que assumiu contratualmente o dever de solucionar estes problemas, ainda que remontem ao projeto original do edifício. Ressarcimento dos valores despendidos para o conserto. Obrigação reconhecida. Multa por descumprimento contratual. Penalidade versada para atraso na entrega da obra, que não está no centro da controvérsia. Penalidade não devida. Dano moral não caracterizado. Condomínio que se notabiliza por ser um ente despersonalizado. Impossibilidade de ofensa a direitos personalíssimos. Ilegitimidade do condomínio, ademais, para pleitear indenização pelos danos morais em nome dos condôminos. Litigância de má-fé da ré não configurada. Recurso do autor provido em parte, não provido o da ré. Sucumbência preponderante da ré”. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 0149836-63.2008.8.26.0100, Rel. Hélio Nogueira, j. 27 de janeiro de 2014).

“Apelação Cível. Ação de indenização por danos materiais e compensação moral decorrente de má prestação de serviço. Contrato de empreitada. Prescrição. Inocorrência. Exegese da **Súmula 194** do C. STJ. **Prazo** prescricional **decenal** para obter do construtor indenização por defeitos na obra. Necessidade de produção de prova pericial. Laudo pericial sem o resguardo do procedimento judiciário é inidôneo para comprovar os danos e sua relação com a prestação dos serviços. Sentença anulada. Recurso provido. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 9149700-19.2008.8.26.0000, Rel. Hélio Nogueira, j. 13 de fevereiro de 2014).

O STJ, por sua vez, possui o mesmo entendimento: “Na linha da jurisprudência sumulada desta Corte (Enunciado 194), ‘prescreve em vinte anos a ação para obter, do construtor, indenização por defeitos na obra’. Com a redução do prazo prescricional realizada pelo novo Código Civil, referido prazo passou a ser de 10 (dez) anos. Assim, ocorrendo o evento danoso no prazo previsto no art. 618 do Código Civil, o construtor poderá ser acionado no prazo prescricional acima referido. Precedentes”. (AgRg no Ag 1208663/DF, E. 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 18.11.2010). E mais: “RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO CONSTRUTOR. CONTRATO DE EMPREITADA INTEGRAL. POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO CONSTRUTOR PELA SOLIDEZ E SEGURANÇA DA OBRA COM BASE NO ART. 1.056 DO CCB/16 (ART. 389 CCB/02). AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. 1. Controvérsia em torno do prazo para o exercício da pretensão indenizatória contra o construtor por danos

Ainda que a jurisprudência majoritária atual esteja firme nesse entendimento, esse não nos parece o caminho mais acertado.

A Súmula 194, editada em 1997, fazia todo sentido na vigência do Código Civil de 1916. Isso porque, reitere-se, o Código Civil anterior não possuía nenhuma previsão sobre prazos prescricionais para a pretensão da reparação de danos. Assim, aplicando-se o art. 177 do diploma revogado, as ações pessoais prescreviam em 20 anos. A Súmula 194, portanto, considerando a ausência de prazos especiais para a reparação civil, estava em total consonância com o revogado art. 177.

De todo modo, como visto, o CC/2002 alterou profundamente o sistema da prescrição e da decadência. Uma das maiores inovações foi exatamente estabelecer prazo *especial* para a prescrição da pretensão de reparação civil (art. 206, § 3º, inciso V, do CC/2002).

Qual a justificativa para que, nos casos envolvendo defeitos de obra, a pretensão da reparação civil prescreva em dez anos e, nos casos, por exemplo, de reparação civil decorrente de falecimento de pedestre atropelado por motorista embriagado, a prescrição da pretensão seja de apenas três anos? Em nossa opinião, não faz sentido.

Até porque o art. 205, do Código Civil, estabelece que o prazo é decenal “quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”. Ocorre que o próprio Código Civil fixou prazo inferior no caso de prescrição da pretensão de reparação civil, qual seja, três anos, nos termos do art. 206, § 3º, inciso V.

relativos à solidez e segurança da obra. 2. Possibilidade de responsabilização do construtor pela fragilidade da obra, com fundamento tanto no art. 1.245 do CCB/16 (art. 618 CCB/02), em que a sua responsabilidade é presumida, ou com fundamento no art. 1.056 do CCB/16 (art. 389 CCB/02), em que se faz necessária a comprovação do ilícito contratual, consistente na má-execução da obra. Enunciado 181 da III Jornada de Direito Civil. 3. Na primeira hipótese, a prescrição era vintenária na vigência do CCB/16 (cf. Súmula 194/STJ), passando o prazo a ser decadencial de 180 dias por força do disposto no parágrafo único do art. 618 do CC/2002. 4. Na segunda hipótese, a prescrição, que era vintenária na vigência do CCB/16, passou a ser decenal na vigência do CCB/02. Precedente desta Turma. 5. O termo inicial da prescrição é a data do conhecimento das falhas construtivas, sendo que a ação fundada no art. 1.245 do CCB/16 (art. 618 CCB/02) somente é cabível se o vício surgir no prazo de cinco anos da entrega da obra. 6. Inocorrência de prescrição ou decadência no caso concreto. 7. Recurso especial da ré prejudicado (pedido de majoração de honorários advocatícios). 8. RECURSO ESPECIAL DA AUTORA PROVIDO, PREJUDICADO O RECURSO ESPECIAL DA RÉ. (REsp 1290383/SE, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/02/2014, *DJe* 24/02/2014) .

Desta feita, não nos parece correto o entendimento da jurisprudência majoritária, considerando que a sistemática da prescrição foi alterada pelo CC/2002.

Vozes respeitáveis da doutrina compartilham desse entendimento. Nesses termos José Fernando Simão³⁰, Flávio Tartuce³¹, Marco Aurélio Bezerra de Melo³², Ênio Zuliani³³, Hamid Bdine Júnior³⁴. Da mesma maneira, alguns julgados também possuem o mesmo entendimento³⁵. Mas o fato é que tais julgados ainda são minoritários.

Importante ressaltar, ainda, que sendo caracterizada relação de consumo, deverá ser aplicado o prazo de cinco anos, nos termos do art. 27, do Código de Defesa do Consumidor.

30. SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência: início dos prazos*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 268.

31. TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014. p. 488.

32. MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo Código Civil anotado*. v. III: Contratos, Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 270.

33. ZULIANI, Ênio Santarelli. Responsabilidade civil nos contratos de construção, empreitada e incorporações. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (coord.) *Responsabilidade civil e sua repercussão nos tribunais*. São Paulo: Saraiva (Série GVLaw), 2008. p. 231

34. BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Da empreitada. *Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos*. v. VI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 161.

35. "Possibilidade do ajuizamento de ação indenizatória após o prazo de garantia, demonstrando o adquirente a culpa do construtor, nos termos do art. 177, do CC 1916 e Súmula 194 do C. STJ. Prazo prescricional que, após a revogação do Código Civil de 1.196, passou a ser quinquenal, nos termos do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, com termo inicial em 11 de janeiro de 2003". (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 0039602-20.2007.8.26.0562, Rel. Francisco Loureiro, j. 26 de julho de 2012). "REPARAÇÃO DE DANOS - Defeitos de construção - Ação dirigida em face dos alienantes, que também foram os responsáveis pela construção da obra - Prescrição - Inocorrência - Ação de cunho pessoal - Prazo vintenário que, reduzido pelo atual Código Civil para três anos, (art. 206, § 3º, V), flui a partir da entrada em vigor do novo diploma - Ação ajuizada em julho de 2.004 quando ainda não decorrido o lapso prescricional - Apelação que não oferece qualquer outra insurgência - Prova pericial e oral que confirmam os defeitos na obra - Procedência corretamente decretada - Recurso improvido". (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível nº 994.08.118157-0, Rel. Salles Rossi, j. 10 de novembro de 2010). "PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA - Inteligência do artigo 618 e seu parágrafo único do Código Civil de 2.002 - O novo código continua a prever o prazo quinquenal de garantia de solidez e segurança da obra - Ocorrido o defeito nesse período tem o dono da obra o prazo de três anos para propor ação indenizatória, permanecendo válido em essência o entendimento da súmula 194 do STJ - O prazo de decadência do parágrafo único desse dispositivo legal diz respeito unicamente às ações de natureza constitutiva ou desconstitutiva - Não ocorrência no caso quer de prescrição, quer de decadência - Agravo improvido". (Tribunal de Justiça de São Paulo, AI nº 432.146-4/6-00, Rel. Eduardo Sá Pinto Sandeville, j. 08 de novembro de 2006). Na mesma senda: Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 0363061-10.2010.8.26.0000, 14ª Câmara de Direito Privado, Rel. Pedro Ablas, j. 18 de janeiro de 2012.

Esse entendimento também é defendido por Ênio Zuliani³⁶ e Hamid Bdine Júnior³⁷ e foi sustentado em julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo³⁸.

Mas a partir de quando se dá início o prazo prescricional da pretensão pela reparação de danos decorrente dos vícios construtivos? Segundo José Fernando Simão³⁹, há uma forte tendência doutrinária a definir o início do prazo prescricional com a noção de *actio nata*, desenvolvida por Savigny a partir do direito romano. Nas palavras daquele jurista, a prescrição coincide com a determinação de seu ponto de partida. Enquanto um direito de ação não existir, não se pode deixar de exercê-lo, nem se perderá por negligência. Para que uma prescrição se inicie, é necessária, então, uma *actio nata*.

O Código Civil de 2002 (art. 189), valendo-se da lição de Agnelo Amorim Filho, determina que a prescrição extingue a pretensão (e não a ação, como dizia parte da doutrina na vigência do CC/16). Ocorre que parte da doutrina pondera que não basta surgir a pretensão, mas é necessário o conhecimento do fato por aquele que pretende ser reparado.

No sistema do Direito do Consumidor, não existe tal controvérsia: o art. 27 do CDC dispõe expressamente que o prazo prescricional da pretensão à reparação de danos inicia-se “a partir do conhecimento do dano e de sua autoria”. E no sistema do Código Civil? Segundo José Fernando Simão⁴⁰, sendo a obrigação positiva (dar ou fazer), líquida (certa quanto à existência de determinada quantidade ao valor) e com data de vencimento, ocorrendo a mora ou inadimplemento absoluto, inicia-se a pretensão e, com ela, a prescrição. Com

36. ZULIANI, Ênio Santarelli. *Responsabilidade civil nos contratos de construção, empreitada e incorporações*. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (coord.) *Responsabilidade civil e sua repercussão nos tribunais*. São Paulo: Saraiva (Série GVLaw), 2008. p. 231. Partilha da mesma opinião José Fernando Simão. (SIMÃO, José Fernando. Aspectos controvertidos da prescrição e decadência na teoria geral dos contratos e contratos em espécie. *Questões Controvertidas no Direito das Obrigações e dos Contratos*. v. IV. Coord. Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves. São Paulo: Método. p. 380).

37. BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Da empreitada. *Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos*. v. VI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 155.

38. “Possibilidade do ajuizamento de ação indenizatória após o prazo de garantia, demonstrando o adquirente a culpa do construtor, nos termos do art. 177, do CC 1916 e Súmula 194 do C. STJ. Prazo prescricional que, após a revogação do Código Civil de 1.196, passou a ser quinquenal, nos termos do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, com termo inicial em 11 de janeiro de 2.003”. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 0039602-20.2007.8.26.0562, Rel. Francisco Loureiro, j. 26 de julho de 2012).

39. SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência: início dos prazos*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 204.

40. SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência: início dos prazos*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 210.

acerto, José Fernando Simão adverte que a conclusão a que se chega é a de que para o ordenamento brasileiro, não é relevante o fato de o credor desconhecer o inadimplemento contratual do devedor.

Ocorre que na maioria dos casos envolvendo defeitos construtivos, aludidos vícios são ocultos e, naturalmente, o titular do direito não tem conhecimento do descumprimento da obrigação. Assim, a ideia a ser aplicada deve ser a mesma do quanto dispõe o art. 445, § 1º, do Código Civil, o qual determina que o momento da fluidez do prazo deve ser contado a partir do instante em que o dono da obra tiver ciência dos vícios.

Segundo o Des. Guilherme Santini Teodoro⁴¹, do Tribunal de Justiça de São Paulo, “cuidando-se de danos em obras e construções, quando os vícios que os ocasionaram são contínuos, progressivos e permanentes, é difícil ou até mesmo impossível fixar o termo inicial da prescrição. Nessas situações, em regra a configuração do dano, a sua ciência pelo segurado e o conhecimento inequívoco da sua origem dependem de perícia. Não há dúvida de que a prescrição é contada da data em que o interessado tiver conhecimento do fato e seus efeitos”.

Com razão. O dono da obra pode não conhecer o vício da construção no momento em que recebe a obra, porque aquele era oculto e somente com o passar dos meses ou anos é que a irregularidade é despontada. Caso o dono da obra tenha contratado especialista para realizar trabalho pericial, poderíamos concluir que o momento da constatação dá-se quando for finalizado o laudo pericial, confirmando que a eventual anomalia da construção decorre de vício oculto⁴².

Ademais, essa mesma metodologia de contagem de prazo também deve ser utilizada na propositura das ações edilícias, enquanto perdurar o prazo de garantia legal, do art. 618, do Código Civil. Assim, a partir do conhecimento dos vícios, possui o dono da obra a faculdade de intentar as ações edilícias, desde que vigente o prazo da garantia legal.

Ressalte-se, contudo, que se o vício não for oculto, mas de fácil constatação, sendo relação de consumo, o prazo que o consumidor terá para reclamar a sua correção ou

41. Trecho extraído do acórdão da Apelação nº 9132014-48.2007.8.26.0000, cujo voto foi proferido em 15 de maio de 2012.

42. Nessa senda, vide EmbDecl na Apelação Cível nº 2007.035931-3/0001-00, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Rel. Mazoni Ferreira, j. 14 de dezembro de 2007.

remoção deve ser de 90 dias, nos termos do art. 26, II, do Código de Defesa do Consumidor. Há julgados nesse sentido⁴³.

Mas se a relação for civil, o dono da obra não poderá reclamar pelos vícios aparentes. Como nos ensina José Fernando Simão⁴⁴, na compra e venda, o adquirente que recebe o bem com vício aparente, presumivelmente o aceitou por força do acordo havido entre as partes, nada podendo reclamar ou requerer. O vício aparente do bem, portanto, não gera direitos ao adquirente, que não pode redibir o negócio, nem pleitear perdas e danos.

A ideia é a mesma na empreitada. Segundo o art. 615, do Código Civil, concluída a obra de acordo com o ajuste, ou o costume do lugar, o dono é obrigado a recebê-la. De todo modo, poderá rejeitá-la se o empreiteiro se afastou das regras técnicas e projetos. E mais. Consoante o art. 616, quem encomendou a obra pode, em vez de enjeitá-la, recebê-la com abatimento. O sistema da empreitada, no Código Civil, portanto, autoriza que o dono da obra faça a inspeção final dos serviços executados e, havendo vícios aparentes, rejeitar ou receber a obra com abatimento⁴⁵. Mas se recebe a obra que possui vícios aparentes, presume-se que aceitou daquela forma, por mera liberalidade, nada podendo reclamar. A situação, veja-se, é diferente dos vícios ocultos, na qual o dono da obra recebe uma obra que, aparentemente, encontra-se perfeita, mas na qual as anomalias aflorarão futuramente.

Assim, temos aqui a **terceira conclusão** do presente trabalho. Tratando-se de vícios ocultos, verificados após o prazo de garantia legal disposto no art. 618, caput, dispõe o dono da obra do prazo de três anos para promover ação de reparação de danos em face do construtor, nos termos do art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil. Tratando-se de relação de consumo, o prazo é ampliado para cinco anos, nos termos do art. 27, do Código de Defesa

43. "DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. AQUISIÇÃO DE IMÓVEL. APARTAMENTO. DEFEITOS NA CONSTRUÇÃO. REPARAÇÃO. PRAZO PARA RECLAMAR. VÍCIOS APARENTES. NÃO COMPROMETIMENTO DA ESTRUTURA DA EDIFICAÇÃO. DECADÊNCIA. APLICAÇÃO DO CDC. 1. É de 90 (noventa) dias o prazo para a parte reclamar a remoção de vícios aparentes ou de fácil constatação decorrentes da construção civil (art. 26, II, do CDC)." (STJ, REsp 1.172.331- RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 24 de setembro de 2013).

44. SIMÃO, José Fernando. *Vícios do Produto no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 90.

45. O sistema é o mesmo pelo Código Civil português. Nos termos do art. 1.218 daquele diploma, o dono da obra deve verificar, antes de aceitá-la, se ela se encontra nas condições convencionadas e sem vícios. A verificação deve ser feita dentro do prazo usual ou, na falta de uso, dentro do período em que se julgue razoável depois de o empreiteiro colocar o dono da obra em condições de a poder fazer. As partes ainda poderão se valer de peritos para que a verificação seja realizada.

do Consumidor. A fluência do prazo deve ter início no momento em que o dono da obra tem conhecimento dos defeitos. Caso os vícios sejam aparentes, independentemente de estar na vigência da garantia legal, sendo relação de consumo, o consumidor dispõe do prazo de 90 dias para reclamação (art. 26, inciso II, do CDC), já na relação civil, caso o dono da obra não realize a reclamação no momento de recebimento da construção, presume-se que aceitou os vícios aparentes e deles não poderá reclamar.

4. CRITÉRIO DE VIDA ÚTIL E A RECÉM-CRIADA NORMA DE DESEMPENHO (NBR 15575, DA ABNT)

Mesmo que a questão da contagem dos prazos decadenciais e prescricionais esteja resolvida, ainda nos resta uma dúvida. Por quanto tempo o construtor pode ficar responsável pela construção? Vale dizer, mesmo após longos anos da entrega do edifício, por quanto tempo o construtor pode ser demandado pelo dono da obra pela reparação de danos decorrente dos vícios ocultos? Já sabemos que, constatado o vício, a ação de reparação de danos deve ser proposta em três anos (relação civil) ou cinco anos (relação de consumo). Mas até qual limite? Mesmo após quarenta anos da entrega do imóvel, ainda assim o construtor pode ser demandado, caso a ação seja proposta, por exemplo, sessenta dias do aparecimento do vício?

Para tanto, faz-se necessário a análise do REsp 984.106-SC, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, cujo julgamento deu-se em outubro de 2012. Segundo aquele julgado, no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, ainda que a garantia seja ultrapassada, o fornecedor deve ficar responsável pelo vício da coisa durante o prazo de vida útil⁴⁶ daquele produto.

46. Segundo Claudia Lima Marques, na relação consumerista, os bens de consumo possuem uma durabilidade determinada. Se se trata de videocassete, por exemplo, sua vida útil seria de oito anos aproximadamente; se o vício oculto se revela nos primeiros anos do uso há descumprimento do dever legal de qualidade, há responsabilidade dos fornecedores para sanar o vício. Somente se o fornecedor conseguir provar que não há vício, ou que sua causa foi alheia à atividade de produção como um todo, pois o produto não tinha vício quando foi entregue (ocorreu mau uso desmesurado ou caso fortuito posterior), verdadeira prova diabólica, conseguirá excepcionalmente se exonerar. Se o vício aparece no fim da vida útil do produto a garantia ainda existe, mas começa a esmorecer, porque se aproxima o fim natural da utilização deste, porque o produto atingiu já durabilidade normal, porque o uso e o desgaste como que escondem a anterioridade ou não do vício, são causas alheias à relação de consumo que como se confundem com a agora revelada inadequação do produto para seu uso normal. É a "morte" prevista dos bens de consumo. (MARQUES, Claudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 1022-1023).

Nos termos daquele julgado, restou asseverado que “em se tratando de vício oculto não decorrente do desgaste natural gerado pela fruição ordinária do produto, mas da própria fabricação, e relativo a projeto, cálculo estrutural, resistência de materiais, entre outros, o prazo para reclamar pela reparação se inicia no momento em que ficar evidenciado o defeito, não obstante tenha isso ocorrido depois de expirado o prazo contratual de garantia, devendo ter-se sempre em vista o critério da vida útil do bem”.

Caso esse mesmo critério fosse utilizado nos casos de responsabilidade civil por vícios construtivos, no âmbito da relação de consumo, o prazo em que os construtores ficariam responsáveis pela construção seria o de vida útil da obra. Não nos parece que poderia haver óbice de utilizarmos esse mesmo raciocínio na relação civil⁴⁷. A questão realmente é delicada porque o critério de vida útil tem sido cada vez mais utilizado na jurisprudência dos Tribunais⁴⁸.

Mas qual o prazo de vida útil de uma obra? A vida útil de uma obra civil mostra-se bastante diferente, por exemplo, da vida útil de uma lâmpada fluorescente. Uma lâmpada fluorescente pode ter vida útil de até 90.000 horas⁴⁹. O cálculo nos parece ser muito mais simples do que estimar a vida útil de uma construção. Isso porque uma construção pode ter alguns prazos de vida útil. O prazo de vida útil, por exemplo, da estrutura, certamente será muito superior ao prazo de vida útil da pintura da fachada do edifício. Não nos parece possível calcular o prazo de vida útil de uma construção como um todo.

Para resolver tal celeuma, a recém-criada Norma de Desempenho (NBR 15575 - ABNT⁵⁰)

47. Até porque o critério de vida útil dos bens móveis já foi utilizado para fins de indenização por desapropriação de bens, em ação promovida pela União, nos termos do REsp 1.175.301, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 15 de abril de 2010.

48. “[...] I- A responsabilidade do fabricante por vício ou defeito de adequação oculto de produto durável, não se restringe ao prazo de garantia que concede, mas sim pela vida útil do mesmo; II- Constatada a existência de vício oculto, tem o consumidor o prazo de 90 dias, a contar da ciência do mesmo, para reclamar os direitos potestativos previstos no art. 18, § 1º, do CDC, prazo este que se interrompe uma vez realizada reclamação, nos termos do art. 26, § 2º, I, do CDC. III- Comprovado o vício oculto no produto e a inexistência de reparos no prazo de 30 dias, nos termos do art. 18, § 1º, do CDC, tem o consumidor o direito a restituição imediata da quantia paga, devidamente corrigida”. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 9102137-92.2009.8.26.0000, 31ª Câmara de Direito Privado, Rel. Paulo Ayrosa, j. 28 de junho de 2011).

49. Disponível em: http://www.osram.com.br/osram_br/noticias-e-conhecimento/lampadas-fluorescentes/index.jsp. Acesso em 2 de junho de 2014.

50. Para maiores detalhes a respeito da NBR 15575, acesse o debate com dois idealizadores da norma: Disponível

pode auxiliar. A norma de desempenho elaborada pela Associação Brasileira de Normas Técnicas tem por um de seus objetivos a preservação do desempenho da edificação ao longo de sua vida útil. A norma entrará em vigor a partir de julho de 2014, quando os projetos de edificações habitacionais aprovados a partir daquela data deverão ser construídos atendendo o desempenho mínimo estabelecido na norma. Ressalte-se que, sendo norma técnica expedida pela ABNT, os construtores deverão atendê-la, seja tratando-se de relação civil⁵¹, seja relação consumerista⁵².

A norma determina obrigações aos construtores para que atinjam valores mínimos de desempenho das construções. Por outro lado, obrigam os usuários a utilizarem corretamente a edificação, realizando as manutenções necessárias de acordo com o manual de uso, operação e manutenção, efetuando a gestão e registro de toda documentação.

No tocante ao desempenho, a norma estabelece valores mínimos de desempenho para os mais diversos sistemas de uma edificação (estrutura, de segurança contra incêndio, funcionalidade e acessibilidade, conforto tátil e antropodinâmico, conforto térmico, acústico, lumínico e desempenho de estanqueidade).

O quadro a seguir mostra alguns exemplos de desempenho mínimo que as construções deverão atender, nos termos da NBR 15575:

em: <http://civilemobiliario.web971.uni5.net/debate-sobre-a-norma-de-desempenho-nbr-15-575/>. Além disso, a CBIC também elaborou interessante material de consulta. Disponível em: http://www.cbic.org.br/arquivos/guia_livro/Guia_CBIC_Norma_Desempenho_2_edicao.pdf. Acesso em 2 de junho de 2014.

51. “Artigo 615 do Código Civil: Concluída a obra de acordo com o ajuste, ou o costume do lugar, o dono é obrigado a recebê-la. Poderá, porém, rejeitá-la, se o empreiteiro se afastou das instruções recebidas e dos planos dados, ou das regras técnicas em trabalhos de tal natureza”.

52. “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro)”.

Parte da edificação	Exemplos	VUP anos		
		Mínimo	Intermediário	Superior
Estrutura principal	Fundações, elementos estruturais (pilares, vigas, lajes e outros), paredes estruturais, estruturas periféricas, contenções e arrimos	>_50	>_63	>_75
Estruturas auxiliares	Muros divisórios, estrutura de escadas externas	>_20	>_25	>_30
Vedação externa	Paredes de vedação externas, painéis de fachada, fachadas-cortina	>_40	>_50	>_60
Vedação interna	Paredes e divisórias leves internas, escadas internas, guarda-corpos	>_20	>_25	>_30
Cobertura	Estrutura da cobertura e coletores de água pluvial embutidos.	>_20	>_25	>_30
	Telhamento	>_13	>_17	>_20
	Calhas de beiral e coletores de águas pluviais aparentes, subcoberturas facilmente substituíveis	>_4	>_5	>_6
	Rufos, calhas internas e demais complementos (de ventilação, iluminação, vedação)	>_8	>_10	>_12
Revestimento interno aderido	Revestimentos de piso, parede e teto: de argamassa, de gesso, cerâmicos, pétreos, de tacos e assoalhos	≤ 13	≥ 17	≥ 20
Revestimento interno não aderido	Revestimentos de pisos: têxteis, laminados ou elevados; lambris; forros falsos	≥ 8	≥ 10	≥ 12
Revestimento de fachada aderido e não aderido	Revestimento, molduras, componentes decorativos e cobre-muros	≥ 20	≥ 25	≥ 30
Piso externo	Pétreo, cimentados de concreto e cerâmico	≥ 13	≥ 17	≥ 20
Pintura	Pinturas internas e papel de parede	≥ 3	≥ 4	≥ 5
	Pinturas de fachada, pinturas e revestimentos sintéticos texturizados	≥ 8	≥ 10	≥ 12
Impermeabilização manutenível sem quebra de revestimentos	Componentes de juntas e rejuntamentos; mata-juntas	≥	≥	≥

Veja-se, por exemplo, que a estrutura de um edifício deve ter o seu desempenho mínimo igual ou superior a cinquenta anos. Por outro lado, a pintura da fachada deve ter o seu desempenho mínimo igual ou superior a oito anos.

Ao que nos parece, portanto, a jurisprudência poderá utilizar-se dos parâmetros fixados na norma de desempenho para estabelecer o critério de vida útil dos sistemas construtivos. Assim, voltando ao exemplo trazido há pouco, ocorrendo anomalias na estrutura de um edifício residencial no seu 41º ano, considerando-se que a vida útil da estrutura é de 50 anos, no mínimo, teria o condomínio prazo para promover a ação de reparação de danos em até três anos do aparecimento dos vícios. Atente-se que, nesse caso, o Condomínio não poderá intentar a ação edilícia, porque ultrapassado o prazo da garantia legal, mas apenas indenizatória. Não seria razoável imaginar que, mesmo após muito anos, poderia o dono da obra resolver o contrato que vigeu por tantos anos. A questão deve, obrigatoriamente, ser resolvida mediante perdas e danos.

Frise-se, ainda, que certamente concorrerá para a vida útil da construção a regular manutenção por parte do dono da obra. Assim, para que os níveis estabelecidos na norma de desempenho sejam atingidos, deverá o dono da obra demonstrar que atendeu às determinações do Manual do Proprietário, bem como o quanto determina a NBR 5674 da ABNT, que traz obrigações a respeito da manutenção das edificações, como, por exemplo, inspeções regulares na edificação e apresentação de laudos a esse respeito.

Da mesma forma, se o prazo de vida útil de determinado sistema for ultrapassado, naturalmente o construtor não poderá ser demandado, uma vez que há um limite de sua responsabilidade, que não poderá ultrapassar a vida útil estabelecida aos diversos sistemas construtivos. Nesses casos, caberá ao dono da obra, seja consumidor ou não, atentar-se para as medidas necessárias de substituição ou reforço dos materiais empregados na construção, para que a obra possa continuar tendo a sua funcionalidade e segurança esperada.

Assim, chegamos à **quarta conclusão** do presente trabalho. Valendo-nos do *critério* da vida útil, o prazo em que o dono da obra poderá intentar ação de reparação de danos pelos vícios construtivos está limitado à vida útil dos sistemas que compõem a construção. Ultrapassada a vida útil de determinado sistema construtivo, o construtor não pode ser demandado por perdas e danos decorrente daquele sistema, vez que a partir daquele momento, surge uma obrigação ao dono da obra de recompor a coisa, seja por meio de substituição ou reparo dos materiais empregados na construção.

5. DIREITO COMPARADO: O DIREITO PORTUGUÊS

Ocorrendo defeitos na obra, determina o art. 1.220, do Código Civil Português, que o dono deve, sob pena de “caducidade”, denunciar ao empreiteiro os defeitos da obra dentro dos trinta dias seguintes ao seu descobrimento.

Nesses termos, Menezes Leitão⁵³ nos ensina que relativamente aos defeitos aparentes ou conhecidos do dono da obra, estes devem ser denunciados na comunicação do resultado da verificação (art. 1.218, nº 4, do Código Civil Português). Nessa comunicação, o dono da obra deve recusar a obra ou aceitá-la com reserva, a qual implica a denúncia dos defeitos e exprime a intenção de exercer os direitos que a lei lhe confere perante os defeitos da obra. Se o dono da obra aceitá-la sem reservas, o empreiteiro deixa de responder em relação a esses defeitos.

Ainda segundo este autor, a aceitação sem reserva não elimina, porém, a responsabilidade do empreiteiro em relação a defeitos ocultos, consoante o quanto determina o art. 1.220, desde que a denúncia seja realizada no prazo estabelecido no aludido prazo de 30 (trinta) dias.

Efetuada a denúncia, se os defeitos puderem ser suprimidos, o dono da obra tem o direito de exigir do empreiteiro a sua eliminação; se não puderem ser eliminados, o dono pode exigir nova construção (art. 1.221).

Não sendo eliminados os defeitos ou construída de novo a obra, o dono pode exigir a redução do preço ou a resolução do contrato, se os defeitos tornarem a obra inadequada ao fim que se destina (art. 1222).

Mesmo que seja determinada redução do preço ou mesmo a resolução do contrato, o exercício de tais direitos não exclui o direito de indenização, conferido no art. 1.223.

Veja-se, portanto, que o sistema é completamente diverso do direito brasileiro. Conforme nos ensina João Cura Mariano⁵⁴, o legislador português estabeleceu prazos de

53. MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Direito das obrigações*. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 499.

54. MARIANO, João Cura. *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 146.

“caducidade” para o exercício dos direitos do dono da obra. Seja o prazo para as ações edilícias, seja o prazo para indenização, o dono da obra deverá fazê-lo dentro de um ano da recusa da obra ou aceitação com reservas, sob pena de caducidade ou, entre nós, decadência.

De todo modo, importante ressaltar que o legislador português determina que “em nenhum caso, porém, aqueles direitos podem ser exercidos depois de ocorrerem dois anos sobre a entrega da obra”. Ainda segundo João Cura Mariano⁵⁵, a justificativa dessa medida se dá pela opção do legislador que, na segunda revisão ministerial, visou salvaguardar a segurança e estabilidade do tráfico jurídico, mesmo sacrificando os casos em que o defeito é descoberto num tempo que não permite o exercício daqueles direitos.

De todo modo, o art. 1.225 estabelece que se a empreitada tiver por objeto a construção, modificação ou reparação de edifícios ou outros imóveis destinados por sua natureza a *longa duração* e, no decorrer de cinco anos a contar da entrega, ou no decurso do prazo de garantia convencionado, a obra, por vício do solo ou da construção, modificação ou reparação, ou por erros na execução dos trabalhos, ruir total ou parcialmente, ou apresentar defeito, o empreiteiro é responsável pelo prejuízo causado ao dono da obra ou a terceiro adquirente. A denúncia, em qualquer dos casos, deve ser feita dentro do prazo de um ano e a indenização deve ser pedida no ano seguinte à denúncia (art. 1.225, nº 2).

Fica mantido, portanto, o prazo para as ações edilícias, nos termos do art. 1.224. Todavia, tratando-se de construções de longa duração, a responsabilidade do empreiteiro pelos prejuízos decorrentes dos vícios da obra é ampliada⁵⁶ para cinco anos⁵⁷. Referido prazo,

55. MARIANO, João Cura. *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 147.

56. A ampliação, segundo Pedro de Albuquerque e Miguel Assis Raimundo justifica-se uma vez que os bens imóveis têm necessariamente uma durabilidade e uma intenção de permanência que tornam inapropriada a previsão de prazos tão breves como os, em geral, vigentes para as de bens móveis. O tempo durante o qual os materiais utilizados vão revelando defeitos de construção é substancialmente mais longo. (ALBUQUERQUE, Pedro e RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito das Obrigações: Contratos em espécie*. v. II, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 450).

57. A respeito dessa reparação, a doutrina portuguesa não é unânime em estabelecer se é caso de responsabilidade subjetiva ou objetiva. Para Romano Martinez, a responsabilidade prevista no art. 1225 é subjetiva, pelo que o empreiteiro não deve responder pela ruína do edifício resultante de qualquer vício do solo, mas apenas do solo de que se deveria ter apercebido (ROMANO MARTINEZ, Pedro. *Direito das Obrigações: Contratos*. 2ª ed. Coimbra:

segundo Menezes Leitão, apenas poderá ser derogado através do estabelecimento de um prazo de garantia superior. Ainda segundo esse autor, mesmo tratando-se de prazos de indenização, a doutrina entende que o art. 1.225 refere-se a prazos de “caducidade” e não de prescrição, contrariamente do quanto estabelece o sistema brasileiro.

Segundo a doutrina portuguesa, consideram-se imóveis de longa duração edifícios, pontes, túneis, minas, estacionamentos, etc.⁵⁸. E mais. Para alguns autores portugueses⁵⁹, não é todo e qualquer defeito que desencadeia a aplicação do art. 1.225, tendo-se que considerar que só defeitos graves da obra justificarão a aplicação desta garantia.

No âmbito da relação consumerista, os prazos são diferentes. Determina o art. 5º, do Decreto-Lei 67/2003, que o comprador tem direito de substituição, reparação, redução do preço ou resolução quando a falta de conformidade se manifestar dentro de cinco anos a contar da entrega do bem imóvel. A garantia legal da lei consumerista, portanto, é a mesma do art. 618, do Código Civil brasileiro.

Pois bem.

Realizada essa introdução a respeito dos prazos decorrentes da empreitada no ordenamento português, fácil notar a enorme diferença perante o ordenamento brasileiro. No direito brasileiro, o prazo de garantia legal das construções é, segundo o art. 618 do Código Civil, cinco anos a contar da entrega da obra. Nesse período, a responsabilidade é

Almedina, 2005. p. 463). Em idêntico sentido entendem Pedro de Albuquerque e Miguel Assis Raimundo (ALBUQUERQUE, Pedro e RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito das Obrigações: Contratos em espécie*. v. II, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 467). Por outro lado, Menezes Leitão entende estar em causa uma responsabilidade objetiva, resultante de uma garantia legalmente concebida ao dono da obra neste tipo de empreitada, que lhe permite responsabilizar o empreiteiro pela ruína da obra ou pelos defeitos que ela apresenta. (MENEZES LEITÃO, Luíz Manuel Teles de. *Direito das Obrigações*. v. III, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 501).

58. MENEZES LEITÃO, Luíz Manuel Teles de. *Direito das Obrigações*. v. III, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 501.

59. Nessa senda: Pedro Romano Martinez (ROMANO MARTINEZ, Pedro. *Direito das Obrigações: Contratos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 463) e Menezes Leitão (MENEZES LEITÃO, Luíz Manuel Teles de. *Direito das Obrigações*. v. III, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 501). Em sentido contrário, Pedro de Albuquerque e Miguel Assis Raimundo asseveram que no ano de 1994 a legislação sofreu alteração e o adjetivo “graves” foi retirado do texto da norma e, atualmente, o art. 1.225 refere-se apenas a defeitos e, portanto, não há necessidade de serem verificados graves danos, mas apenas danos. Assim, segundo esse autor, a fechadura da porta e o degrau da escada devem ter, também eles, seguramente, uma tendencial durabilidade. (ALBUQUERQUE, Pedro e RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito das Obrigações: Contratos em espécie*. v. II, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 454).

objetiva e poderá o dono da obra se valer das ações edilícias. Ultrapassado esse período, o dono da obra poderá se valer da ação indenizatória que, segundo a jurisprudência majoritária, prescreve em dez anos contados a partir do aparecimento dos vícios (não sendo esses, necessariamente, graves).

Já no sistema do direito português, as ações edilícias e de indenização deverão ser propostas no prazo limítrofe de dois anos. No caso de construções de longa duração, o prazo para a ação indenizatória é ampliado para cinco anos, desde que sejam constatados defeitos graves na construção.

Como se verifica, o sistema brasileiro apresenta-se muito mais amplo e benéfico ao consumidor ou dono da obra do que o direito português. Assim, reiteramos, mais uma vez, o nosso posicionamento contrário à jurisprudência majoritária brasileira, que estabelece que, ultrapassado o prazo da garantia legal, conferido no art. 618, do Código Civil, o dono da obra possui o prazo de dez anos para promover a competente ação indenizatória, a partir do aparecimento dos vícios. Parece-nos, excessivo.

6. CONCLUSÕES

Primeira conclusão: seja na doutrina ou na jurisprudência dominante, venceu a corrente que entende que o conceito de solidez e segurança da obra deve ser interpretado de forma extensiva, aplicando-se, portanto, o art. 618 do Código Civil não somente aos defeitos e vícios que comprometem a segurança e estabilidade da obra, mas todos aqueles que possam comprometer a habitabilidade da edificação. Assim, sejam (i) infiltrações; (ii) vazamentos; (iii) problemas decorrentes de irregularidade de projeto; (iii) mau funcionamento de equipamentos; (iv) ou mesmo a verificação de que a construção não atendeu o quanto determinam as normas técnicas, todas essas situações devem ser entendidas como suscetíveis da aplicação do art. 618, do Código Civil.

Segunda conclusão: o prazo de cinco anos estabelecido no *caput* do art. 618, do Código Civil, refere-se, exclusivamente, à *garantia legal* dos materiais e serviços executados no contrato de empreitada. Caso, durante esse ínterim, a obra não se mostrar adequada à sua finalidade em virtude de vícios ocultos, poderá o proprietário intentar as ações edilícias no prazo de até 180 dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito, sob pena de decadência. Em nosso entendimento é esse o sentido da expressão “direito assegurado

neste artigo”, contida no parágrafo único do art. 618, do Código Civil.

Terceira conclusão: tratando-se de vícios ocultos, verificados após o prazo de garantia legal disposto no art. 618, caput, dispõe o dono da obra do prazo de três anos para promover ação de reparação de danos em face do construtor, nos termos do art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil. Tratando-se de relação de consumo, o prazo é ampliado para cinco anos, nos termos do art. 27, do Código de Defesa do Consumidor. A fluência do prazo deve ter início no momento em que o dono da obra tem conhecimento dos defeitos. Caso os vícios sejam aparentes, independentemente de estar na vigência da garantia legal, sendo relação de consumo, o consumidor dispõe do prazo de 90 dias para reclamação (art. 26, inciso II, do CDC), já na relação civil, caso o dono da obra não realize a reclamação no momento de recebimento da construção, presume-se que aceitou os vícios aparentes e por eles não poderá reclamar.

Quarta conclusão: valendo-nos do *critério da vida útil*, o prazo em que o dono da obra poderá intentar ação de reparação de danos pelos vícios construtivos está limitado à vida útil dos sistemas que compõem a construção. Ultrapassada a vida útil de determinado sistema construtivo, o construtor não pode ser demandado por perdas e danos decorrente daquele sistema, vez que a partir daquele momento, surge uma obrigação ao dono da obra de recompor a coisa, seja por meio de substituição ou reparo dos materiais empregados na construção.

7. BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Pedro de; RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito das Obrigações: Contrato de Empreitada*. v. II, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2014.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência e para Identificar as Ações Imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, Ano 94, v. 836, junho de 2005, p. 733-763.

ALPA, Guido. Errore di Progettazione e Responsabilità del Costruttore. *Giurisprudenza Italiana*, 1973, I, pp. 1205-1212.

_____. Responsabilità Decennal del Costruttore e Garanzia Assicurativa, *Rischio*

Contrattuale e Autonomia Privata. Org.: Guido Alpa, Mario Bessone e Enzo Roppo. Nápoles: Jovene, 1982.

ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil Comentado*. Coord.: Ricardo Fiuza. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

AMARAL JR. Adalberto. A responsabilidade pelos vícios dos produtos no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n.2, p. 100-123. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

ANDRIGHI, Nancy. *Comentários ao Novo Código Civil*. Coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira. v. IX. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Responsabilidade Civil do Empreiteiro. Natureza normativa do Artigo 1245 do Código Civil (de 1916). *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 14, de julho de 1992, 3/7292, p. 324.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Da empreitada. *Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos*. v. VI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 135-164.

BEVILACQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*. 6ª ed. v. IV. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1943.

CAMBLER, Everaldo Augusto. *Incorporação imobiliária: ensaio de uma teoria*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2002.

CHALHUB, Melhim. *Da incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DEL MAR, Carlos Pinto, *Falhas, responsabilidades e garantias na construção civil*. São Paulo: Método, 2008.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO; Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualizadores: Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais*. v. III. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Pires de e VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*. v. II, 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

MARIANO, João Cura. *Responsabilidade contratual do empreiteiro pelos defeitos da obra*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2013.

MARQUES, Claudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo Código Civil anotado*. v. III: Contratos, Tomo I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel. *Direito das obrigações*. v. III. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2014.

MIRANDA DE CARVALHO, E.V. de. A responsabilidade quinquenal do empreiteiro e a exceção do art. 1.245 do Código Civil. *Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos*. v. VI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 135-164.

PAIVA, Alfredo de Almeida. *Aspectos do contrato de empreitada*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PITÃO, José António de França. *Contrato de empreitada*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2011.

ROMANO MARTINEZ, Pedro. *Cumprimento defeituoso: em especial na compra e venda e na empreitada*. Coleção teses. Coimbra: Almedina, 1994.

_____. *Direito das Obrigações: Contratos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. A Garantia contra os Vícios da Coisa na Compra e Venda e na Empreitada. *Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Fevereiro de 1988*. P. 173 a 192.

RUBINO, Domenico. *L'appalto*. Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1946.

SILVA, João Calvão da. *Compra e venda de coisas defeituosas: conformidade e segurança*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2006.

SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Empreitada. Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos*. v. VI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 45-50.

_____. *Instituições de Direito Civil*. v. III. 3ª ed. São Paulo: Forense, 1975.

SIMÃO, José Fernando. Aspectos controvertidos da prescrição e decadência na teoria geral dos contratos e contratos em espécie. *Questões Controvertidas no Direito das Obrigações e dos Contratos*. v. IV. Coord. Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves. São Paulo: Método. p. 343-384.

_____. *Prescrição e decadência: início dos prazos*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2003.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014.

VIANA, Marco Aurélio S. *Contrato de construção e responsabilidade civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Responsabilidade civil nos contratos de construção, empreitada e incorporações. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (coord.). *Responsabilidade civil e sua repercussão nos tribunais*. São Paulo: Saraiva (Série GVLaw), 2008.

ZICCARDI, Fabio Emilio. *L'appalto Internazionale: Questioni di pratica e di disciplina*.

Disponível em:

https://www.google.com.br/search?q=appalto+risponsabilit%C3%A1&oq=appalto+risponsabilit%C3%A1&aqs=chrome..69i57.7464j0j7&sourceid=chrome&es_sm=93&ie=UTF-8#q=appalto+rovina+dotrina&safe=off

DOCTRINA NACIONAL

HABEAS CORPUS CIVIL

PAULO ADIB CASSEB

Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Professor titular de Direito Constitucional dos Cursos de Mestrado e Graduação da Faculdade de Direito da FMU. Presidente do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo para o biênio 2014/2015.
Conselheiro do IASP.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Contextualização da *manus injectio*, 2.1 O sentido etiológico da *manus injectio*, 2.2 O procedimento na *actio legis per manus injectionem*; 3. Conclusão; 4. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A expressão *habeas corpus* civil foi erigida jurisprudencialmente na Justiça Militar paulista para designar a ação de *habeas corpus* que questiona punições disciplinares aplicadas a militares.

Assim, este artigo procura lançar à discussão esta figura processual, a partir da apreciação da disciplina constitucional sobre a matéria, seguindo para a forma como o Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo tem se posicionado sobre o emprego, as características e a natureza deste autêntico *writ* constitucional.

2. DISCIPLINA CONSTITUCIONAL

O art. 142, §2º, da Constituição da República, afasta o cabimento de *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares. Contudo, referida vedação não é absoluta, vez que o Supremo Tribunal Federal admite o *writ* no âmbito do controle de legalidade. É o que se verifica do seguinte acórdão:

“Recurso Extraordinário 338.840-1 Rio Grande do Sul

Relatora: Ministra Ellen Gracie

Segunda Turma

Recorrente: Comandante do 7º Batalhão de Infantaria Blindado

Recorrido: Flávio Braga Pires

Decisão proferida em 19/08/2003 Publicada D.J. 12/09/2003 Ementário nº 2123-3

Ementa: Não há que se falar em violação ao art. 142, § 2º, da CF, se a concessão de *habeas corpus*, impetrado contra punição disciplinar militar, volta-se tão somente para os pressupostos de sua legalidade, excluindo a apreciação de questões referentes ao mérito. Concessão de ordem que se pautou pela apreciação dos aspectos fáticos da medida punitiva militar, invadindo o seu mérito. A punição disciplinar militar atendeu os pressupostos de legalidade, quais sejam, a hierarquia, o poder disciplinar, o ato ligado à função e a pena susceptível de ser aplicada disciplinarmente, tornando, portanto, incabível a apreciação de *habeas corpus*. Recurso conhecido e provido”.

A vedação constitucional reflete o maior rigor com o qual a Lei Suprema disciplinou a

liberdade de locomoção dos militares. Sendo as Instituições militares corporações armadas, o Texto Constitucional agasalhou a tradicional noção de que a liberdade é a garantia básica dos civis, enquanto que a vida dos militares é pautada pela disciplina, como forma de preservação do bom funcionamento da organização militar. O rigor da disciplina imposta na caserna repercute, então, na previsão constitucional mais restritiva da liberdade de locomoção dos militares federais e estaduais.

3. NATUREZA

Diante do reconhecimento jurisprudencial da possibilidade de impetração de *habeas corpus* com o propósito de questionar matéria disciplinar, estritamente quanto ao controle de legalidade, evidencia-se assim uma modalidade de ação nitidamente “não penal”, que mereceu a denominação oriunda da praxe forense militar de *habeas corpus civil*.

Essa peculiaridade processual desperta a atenção para a análise da identificação da natureza desse tipo de *habeas corpus*. Como o objeto desse *habeas corpus* constitui matéria não penal, mas sim disciplinar, trata-se, inequivocamente, de ação não penal e, portanto, de ação civil.

Embora possua o mesmo propósito de seu similar na esfera penal, qual seja, a preservação da liberdade de locomoção, inviável a aplicação da legislação processual penal para a disciplina do procedimento de uma ação civil.

Configurada a natureza cível desta ação, resta patente que com ela não se coaduna o regramento procedimental do *habeas corpus* emanado da legislação processual penal. Impõe-se, para tanto, a aplicação de disciplina procedimental contemplada por legislação processual civil.

4. PROCEDIMENTO

Por constituir modalidade de *habeas corpus*, esta ação civil encontra amparo constitucional no mesmo dispositivo do *habeas corpus* penal. Trata-se, consequentemente, de *writ* constitucional a tutelar direito fundamental (liberdade de locomoção).

Inexistindo normatização específica do procedimento do aqui denominado *habeas corpus civil*, mas admitida sua condição de *writ* constitucional, é possível a aplicação

analogica do que dispõe a Lei nº 8.038/90, segundo a qual enquanto não surgir lei específica, aplica-se ao *habeas data* (já regulamentado) e ao mandado de injunção o procedimento do mandado de segurança.

Como todos são *writs* constitucionais, em razão dos objetos protetivos e do *status* de ações constitucionais, merecem, assim como o *habeas corpus* civil, tratamento normativo-procedimental similar, o que enseja o emprego analógico da legislação do mandado de segurança à ação em comento, até que seja editada lei específica.

Assim, deve-se utilizar como baliza legislativa para o *habeas corpus* civil, os preceitos da novel legislação do mandado de segurança, qual seja, a Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, sempre que cabível, como por exemplo, em relação ao efeito do recebimento de apelação (efeito devolutivo), sendo que, neste aspecto, a lei vigente repete a previsão da anterior.

Prevalece na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a apelação interposta da sentença em mandado de segurança possui apenas efeito devolutivo:

Ensina Hely Lopes Meirelles que

"o efeito dos recursos em mandado de segurança é somente o devolutivo, porque o suspensivo seria contrário ao caráter urgente e auto-executório da decisão mandamental" (cf. *Mandado de Segurança*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 111).

A esses comentários adere Lúcia Valle Figueiredo, que, ancorada em Seabra Fagundes, afirma

"haver três características especiais a distinguir o mandado de segurança como remédio extraordinário, tais sejam: a) natureza das situações jurídicas a cujo amparo ele se destina; b) a maneira porque atua no sentido de realizar essa proteção; c) a rapidez do rito processual" (cf. *Mandado de Segurança*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 221/223).

A mesma autora ainda acrescenta que

"são da própria ratio do mandado de segurança a agilidade e presteza a amparar o cidadão contra atos praticados por autoridades que possam vir a se mostrar atentatórias do direito."

Se assim não fosse, suprimida estaria a garantia do art. 5º, XXV, da Constituição Federal, possibilitadora de o Judiciário acautelar, desde logo, o direito ameaçado ou lesado. Demais disso, é da essência da ação de mandado de segurança sua execução imediata” (op. cit. p. 224).

Na mesma linha segue decisão do Superior Tribunal de Justiça:

RMS 351 / SP

RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 1990/0002825-6

Relator Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (280)

Órgão Julgador - T2 - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento - 17/10/1994

Data da Publicação/Fonte - DJ 14/11/1994 p. 30941

RSTJ vol. 96 p. 175

Ementa

MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. SUSPENSÃO DA MEDIDA ACOIMADA DE ILEGAL.

I - A APELAÇÃO DA SENTENÇA DENEGATORIA DE SEGURANÇA TEM EFEITO DEVOLUTIVO. SÓ EM CASOS EXCEPCIONAIS DE FLAGRANTE ILEGALIDADE OU ABUSIVIDADE, OU DE DANO IRREPARAVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO, E POSSIVEL SUSTAREM-SE OS EFEITOS DA MEDIDA ATACADA NO “MANDAMUS” ATÉ O JULGAMENTO DA APELAÇÃO.

II - RECURSO DESPROVIDO.

Acórdão

POR UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

(Grifos nossos)

Referida decisão destaca que o efeito meramente devolutivo da sentença prolatada em mandado de segurança alcança também a decisão denegatória do *writ*. É o que enfatiza o saudoso Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Alberto Direito, ao ponderar que

“se a sentença é denegatória, não há como deferir a tutela cautelar de conferir efeito suspensivo, diante do conteúdo declarativo da sentença...” (cf. Manual do Mandado de Segurança. 3ª ed. Renovar: Rio de Janeiro, 1999, p. 154).

Em suma, o efeito devolutivo é inerente à sentença proferida em mandado de

segurança, seja ela concessiva ou denegatória da ordem, o que impõe o recebimento dos apelos eventualmente interpostos somente com efeito devolutivo, vez que tal sistemática é extensível ao *habeas corpus* civil.

Outro ponto que merece breves considerações diz respeito à representação processual do paciente por parte de advogado, seja para a impetração do *writ*, seja para a interposição de recurso.

Ante a natureza de ação constitucional civil, há que se reconhecer a imprescindibilidade da atuação de advogado. Poder-se-ia alegar contracenno nessa posição, uma vez que para a impetração de *habeas corpus* penal não se exige a representação por advogado.

É bem verdade que a razão da dispensa de advogado para o ingresso em Juízo do *habeas corpus* penal decorre do fato de que esta ação visa a proteção da liberdade de locomoção, liberdade esta que também é foco protetivo de seu correspondente na área não penal. Haveria, então, que se questionar a razão do tratamento diferenciado no que tange à imprescindibilidade de advogado.

Ao considerar o advogado essencial à administração da Justiça, a Constituição (art. 133) contemplou a essencialidade da atuação desse profissional nos processos judiciais (e até nos administrativos, a meu ver). Com isso, a dispensa da representação técnica advocatícia é tolerada em situações estritamente excepcionais, como no caso de impetração de *habeas corpus* penal.

Ora, por que não se pode ampliar essa excepcionalidade para o *habeas corpus* civil? Embora esta ação seja instrumento garantidor do direito de ir e vir, refere-se apenas aos militares e, nessa seara, o foco constitucional é distinto, pois a liberdade de locomoção de militar mereceu tratamento peculiar, sujeitando-se aos pilares das Instituições Militares, quais sejam, a hierarquia e a disciplina.

Consequentemente, a lógica constitucional que permitiu a consagração da posição que dispensa a essencialidade de advogado para a impetração de *habeas corpus* penal não se estende ao civil.

Desse modo, a inexistência de representação por advogado, em *habeas corpus* civil, indicaria nítida falta de pressuposto processual de validade, mais especificamente, ausência

de capacidade postulatória o que, nos julgamentos dessas ações, impõe a extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, IV, do Código de Processo Civil.

Essas são algumas das questões que cercam essa figura processual curiosa, interessante e peculiar do processo civil militar, que certamente merece atenção mais profunda da doutrina especializada.

DOCTRINA NACIONAL

O RECURSO ESPECIAL E A IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIÇÃO DE MATÉRIA FÁTICA

EDUARDO ARRUDA ALVIM

Presidente da Comissão Permanente de Estudos de Processo Constitucional do IASP.
Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professor da PUC/SP
(doutorado, mestrado, especialização e graduação) e da FADISP – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo
(doutorado e mestrado). Acadêmico titular da Cadeira n.º 20 da Academia Paulista de Direito. Membro do Instituto
Brasileiro de Direito Processual. Membro do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Advogado em São Paulo,
Rio de Janeiro, Brasília e Porto Alegre.

O recurso especial se insere no âmbito da chamada jurisdição extraordinária. Por isso mesmo, o STJ, quando julga o recurso especial, não pode ser visto como um tribunal de terceiro grau de jurisdição. Entre outras limitações, o STJ, em sede de recurso especial, não pode reapreciar questões de ordem fática, mas apenas matéria de direito. Ditas limitações encontram sua razão de ser na própria função do recurso especial, que é recurso de estrito direito, não vocacionado, a fazer justiça, tal como a faria um Tribunal local.

Na verdade, não são propriamente “limitações”, senão que “características” do recurso especial. Como corretamente observa Teresa Arruda Alvim Wambier, representa uma distorção de perspectiva caracterizar a impossibilidade de o Superior Tribunal de Justiça reexaminar questões de ordem puramente fática como sendo uma “limitação”. Em realidade, a impossibilidade de reapreciação de questões de ordem puramente fática em sede de recurso especial decorre da própria natureza do recurso especial, tal como esta vem delineada pelo Texto Constitucional.¹

Trata-se de modalidade recursal por intermédio da qual se devolve ao Superior Tribunal de Justiça o exame de ofensa à legislação federal infraconstitucional por parte do acórdão recorrido, sendo, por isso mesmo, inviável cogitar-se de rediscussão, em seu bojo, de matéria fática. É, pois, uma característica do recurso especial, tal como moldado pela Carta Maior.

A Constituição Federal de 1988 concebeu o recurso especial (assim também o recurso extraordinário) como sendo um recurso de estrito direito. Serve, o recurso especial, de instrumento de resguardo da unidade da lei federal.

São recursos (o especial e o extraordinário) — diz Teresa Arruda Alvim Wambier — *“cujo objetivo é resguardar o sistema jurídico e não a situação individual das partes, a não ser mediatemente ou de modo indireto”*². O recurso especial, pois, liga-se à defesa da ordem jurídica federal, ainda que, é verdade, o interesse privado do litigante sirva de veículo para guindar a questão federal ao STJ.

Daí a mencionada impossibilidade de reapreciação de questões puramente fáticas

1. Cf. Teresa Arruda Alvim Wambier, artigo intitulado “Questão de fato, conceito vago e discricionariedade”, in obra coletiva *Aspectos Polêmicos e atuais do recurso especial e extraordinário*, p. 448, nota de rodapé 54.

2. Cf. Teresa Arruda Alvim Wambier, artigo intitulado “Questão de fato, conceito vago e discricionariedade”, in obra coletiva *Aspectos Polêmicos e atuais do recurso especial e extraordinário*, p. 460.

em sede de recurso especial, o que é antes uma *característica* do perfil que a Constituição Federal deu ao recurso especial (como desdobramento do antigo recurso extraordinário) do que propriamente uma “limitação”.

Enquanto o erro de fato tem pouca ou nenhuma repercussão fora do processo, tal não sucede com o erro de direito, que, sob essa ótica, é muito mais grave. Por isso, repita-se, trata-se de uma característica do recurso especial, por intermédio da qual se objetiva resguardar o ordenamento jurídico federal infraconstitucional, e não, apenas, satisfazer ao interesse subjetivo do recorrente, embora, mediatamente, essa consequência seja, também, atingida, desde que conhecido e provido o recurso especial.

Os erros de direito, como bem explica Vicente C. Guzman Fluja, encerram *“el riesgo de transcender el ámbito del concreto proceso en que se hubieran cometido y precisamente ese componente de afectación a la coletividad, de reproducibilidad en casos futuros”*.³

José João Baptista – autor português – afirma, em raciocínio que em tudo e por tudo se aplica ao recurso especial que o legislador deu *“maior importância ao aspecto jurídico das questões, ao considerar mais grave o erro de direito (ou “error juris judicando”). Aliás, este é o erro que se considera mais danoso do ponto de vista social, dado que tende certamente a repetir-se (se entretanto não se proporcionar a possibilidade de correção conferida por mais de um recurso)”*.⁴

Extremamente lúcidas as palavras do Min. Pádua Ribeiro, em trabalho de cunho doutrinário: *“ (...) ao apreciar o recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça, mais que o exame do direito das partes, estará a exercer o controle da legalidade do julgado proferido pelo Tribunal a quo”*⁵⁻⁶.

É evidente que não é possível falar em questões exclusivamente de direito, porque,

3. Cf. Vicente C. Guzman Fluja, *El recurso de casación civil*, p.157.

4. Cf. José João Baptista, *Dos recursos em processo civil*, p.110.

5. Cf. Antônio de Pádua Ribeiro, artigo intitulado “Do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça” in *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, p.52.

6. Daí a impossibilidade de reapreciação da decisão recorrida, simplesmente por se tratar de decisão “injusta”, observação feita por Augusto Morello, para o direito argentino, relativamente à Corte Suprema e inteiramente aplicável ao nosso recurso especial (Cf. *Actualidad del Recurso Extraordinario*, p.17).

salvo raríssimas exceções, não se admite a discussão da lei em tese.⁷ Portanto, as questões jurídicas deverão estar atreladas, via de regra, a situações fáticas específicas, que serão, evidentemente, levadas em consideração pelo STJ. Exatamente por isso, aliás, o art. 541, I do CPC estatui que as petições de interposição do recurso especial e do recurso extraordinário deverão conter *“a exposição do fato e do direito”*, o que representa, na verdade, um desdobramento da adoção entre nós da teoria da substanciação, como pertinentemente observa Rodolfo de Camargo Mancuso.⁸

É o que ensina José Afonso da Silva, em trecho bastante feliz: *“Na verdade, não se pode separar fato e Direito, pois este é, como vimos, objeto tridimensional, porque integrado de fato, valor e norma. Só por abstração podem ser separados”*.⁹

Prossegue esse mesmo jurista, procurando distinguir as duas idéias, de questão de fato e questão de direito: *“Pode ocorrer, no entanto, que ele [no caso, o juiz], por incultura, insensibilidade, ou má-fé, cometa erros. Se se engana na apreciação dos fatos, condutas, provas, erra na questão de fato; se na valoração das normas jurídicas positivas, aplicáveis aos fatos provados, seja na escolha delas, chamando a reger os fatos uma disposição legal, que absolutamente não os qualifica, seja negando a existência de uma lei existente, ou admitindo a existência de um preceito legal inexistente, comete erro na questão de direito”*.¹⁰

São oportunas, a propósito da dificuldade existente na distinção entre questões de fato e questões de direito, tendo em vista o recurso de revista do direito português, as palavras de José João Baptista, que diz: *“(...) se no puro domínio dos conceitos não parecem existir dificuldades, já no domínio da habitualmente complexa vida real estas estão presentes em grande número”*. E, prossegue mencionado autor português: *“Cite-se, a propósito, o caso do erro sobre as regras de experiência (que presidem à valoração da prova) as quais, por vezes, estão na*

7. Lúcidas as considerações de Teresa Arruda Alvim Wambier que, a propósito diz: “Tem-se dito, com acerto, que, rigorosamente, seria impossível fazer-se esta distinção, pelo menos no plano ontológico, já que o fenômeno direito ocorre, de fato, no momento de incidência da norma, no mundo real, no universo empírico” (Cf. Teresa Arruda Alvim Wambier, Controle das decisões judiciais por meio de recursos e estrito direito e ação rescisória, p.154 – destaques no original).

8. Cf. Rodolfo de Camargo Mancuso, *Recurso extraordinário e recurso especial*, 11.ª ed., p. 153.

9. Cf. José Afonso da Silva, *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*, p. 125.

10. Cf. José Afonso da Silva, *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*, pp. 132-133.

base tanto de questões de facto como de direito (v.g., presunções de experiência)".¹¹

O que devemos ter presente é que, ainda que se trate de uma questão federal de estrito direito (suscetível, portanto, de reapreciação pela via do recurso especial), havermos de fazer a lei incidir corretamente sobre fatos. Sobre esses fatos, todavia, não deve pairar qualquer controvérsia. Como já decidiu o STF: *"Os parâmetros fáticos a serem observados quando da apreciação de todo e qualquer recurso de natureza extraordinária são aqueles retratados no acórdão impugnado"*.¹²

Teresa Arruda Alvim Wambier procura explicar o problema sob o argumento de que é o foco de atenção do julgador que há de definir se, no caso concreto, se está diante de uma questão suscetível de ser apreciada no bojo de recurso especial.¹³⁻¹⁴

A propósito, o enunciado da Súmula 7 do STJ: *"A pretensão de reexame de prova não enseja recurso especial"*. De teor equivalente a Súmula 279 do STF: *"Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário"*. O reexame da prova, puro e simples, todavia, não se confunde com a hipótese de reavaliação da prova. Enquanto o recurso especial não se presta ao reexame, puro e simples, das provas, é perfeitamente possível, como se verá abaixo, em determinadas hipóteses, revalorar-se a prova produzida nos autos.¹⁵⁻¹⁶

11. Cf. José João Baptista, *Dos Recursos em processo civil*, p.111.

12. STF, 2ªTurma, rel. Min. Marco Aurélio, Ag. Reg. Em Rec. Ext. 208.965-6-SP, j. 25.05.98.

13. Cf. Teresa Arruda Alvim Wambier, artigo intitulado "Questão de fato, conceito vago e discricionariedade", *in* obra coletiva Aspectos Polêmicos e atuais do recurso especial e extraordinário, p. 451.

14. É o que afirma, ainda, a mesma autora, em outro trabalho, em que aborda o assunto com maior profundidade, ponderando que há questões *preponderantemente* de fato, e há questões *preponderantemente* de direito, tudo dependendo de onde está centrado o foco de atenção do intérprete (Cf. Teresa Arruda Alvim Wambier, Controle das decisões judiciais por meio de recursos e estrito direito e ação rescisória, p. 154).

15. Há um trabalho, de autoria de Cláudio Lacombe, a propósito do assunto, que merece ser lido (Cf. Cláudio Lacombe, artigo intitulado "O recurso especial – as questões de fato e o prequestionamento", *in* RDR 10/21 e ss.). Esse autor, partindo da análise da jurisprudência das Cortes de Cassação francesa e italiana, bem como da Suprema Corte norte-americana, e também de uma análise histórica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, propugna por uma interpretação menos restrita no que diz respeito à impossibilidade de, em sede de jurisdição extraordinária, serem reexaminados os fatos que tiverem levado à prolação da decisão local.

16. Distinguindo com particular acuidade o que é valoração de prova e o que é puro e simples reexame de prova, v. acórdão relatado pela Ministra Eliana Calmon, Resp. 255.639-SP, j. 08.08.2000, DJ 09.10.2000. De serem transcritos os seguintes trechos do acórdão: *"A valoração da prova refere-se ao valor jurídico desta, sua admissão ou não em face da lei que a disciplina, podendo ser ainda a contrariedade a princípio ou regra jurídica no campo*

Figuremos determinada hipótese em que o presidente do tribunal local tenha suspenso os efeitos de decisão liminar em mandado de segurança, uma vez instado a fazê-lo nos termos do art. 15 da Lei 12.016/09. Contra essa decisão, cabe recurso de agravo, no prazo de cinco dias.

Todavia, recurso especial que pudesse vir a ser interposto desse julgado, dificilmente viria a ser conhecido, ao menos se através do recurso se colimasse que o STJ redecidisse sobre os pressupostos políticos que podem conduzir à suspensão da liminar ou da sentença, nos termos do art. 15 da Lei 12.016/09.

Deveras, os pressupostos políticos que podem conduzir o presidente do tribunal a suspender os efeitos de decisão liminar em mandado de segurança, elencados no precitado art. 15, são de índole eminentemente fática: grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Segundo a orientação absolutamente majoritária, seja na doutrina, seja na jurisprudência, não se discute, no seio de referido pedido de suspensão, a legalidade da decisão impugnada.¹⁷ Daí que um possível recurso especial teria que se voltar contra tais fundamentos fáticos, o que colidiria de frente com a Súmula 7 do STJ.¹⁸

probatório, questão unicamente de direito, passível de exame nesta Corte. Diversamente, o reexame de prova implica a reapreciação dos elementos probatórios para concluir-se se eles foram ou não bem interpretados, matéria de fato, soberanamente decidida pelas instâncias ordinárias de jurisdição e insuscetível de revisão no recurso especial" (negritos no original).

17. Já tivemos oportunidade de expressar nosso posicionamento contrário à corrente majoritária, quanto à suficiência dos motivos de índole meramente política para a suspensão da liminar ou da sentença em mandado de segurança (conclusão que se nos afigura perfeitamente aplicável, outrossim, às hipóteses albergadas na Lei 9.437/92). Isto porque se nos afigura verdadeiramente absurdo admitir que se possa proteger qualquer espécie de interesse que não esteja ao abrigo da lei, o que vale tanto para o particular, como para o Estado (*lato sensu*). Afigura-se-nos absolutamente desarrazoado supor pudesse existir interesse público à margem da lei (v., a propósito, com mais detalhes, nosso *Mandado de segurança*, 2.ª ed., pp. 210 e seguintes).

18. Nesse sentido, o STJ já decidiu, antes da entrada em vigor da Lei 12.016/09: "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. ART. 4º DA LEI 4.348/64. 1. A competência outorgada ao Presidente do Tribunal para suspender a execução de medidas liminares e de sentenças não é exercível discricionariamente. Ao contrário, supõe a ocorrência de pressupostos específicos alinhados em lei (Lei 8.437/92, art. 4º; Lei 7.347/85, art. 12, § 1º; Lei 4.348/64, art. 4º) e nesse aspecto o juízo que então se faz tem natureza eminentemente jurisdicional. É inegável, todavia, que os referidos pressupostos são normativamente formulados por cláusulas abertas, de conteúdo conceitual com elevado grau de indeterminação ("grave lesão à ordem, à saúde, à segurança, à economia públicas" e "manifesto interesse público", "flagrante ilegitimidade"). Isso exige que a interpretação e a aplicação da norma se façam mediante preenchimento valorativo moldado às circunstâncias de cada caso. É nesse sentido que deve ser entendido o juízo político a que às vezes se alude no âmbito de pedidos de suspensão. 2. Sendo assim, indispensável que é a averiguação das circunstâncias de

Evidentemente, não se descarta a possibilidade de recurso especial versando outros pontos, tais como a impossibilidade do ente que pleiteou a suspensão perante o tribunal local tê-lo feito, pois não se encartaria no art. 15 da Lei 12.016/09. Nesta última hipótese, o recurso especial veicularia a discussão acerca da ilegitimidade do ente que pleiteara a suspensão perante o tribunal *a quo*, o que é perfeitamente possível.

Por outro lado, como já frisamos, também é possível colimar, através do recurso especial, obter a correta qualificação jurídica dos fatos.

Teresa Arruda Alvim Wambier, em artigo já referido neste trabalho, em que estudou com percuciência o assunto, refere interessante julgado do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo Min. Moreira Alves, em que se admitiu o recurso extraordinário para o fim de se reconhecer que determinado documento, indevidamente tido como “confissão” pela instância local, na verdade não poderia ser tido como confissão, desde que nela não havia a admissão de fatos contrários ao interesse do “confitente”.¹⁹

Parece, em princípio, que não se estava, na hipótese referida, reexaminando provas, senão que qualificando um determinado documento de acordo com a lei, isto é, atribuindo-lhe sua correta qualificação jurídica, o que é viável de ser feito por meio de recurso especial.

O exemplo mencionado, na verdade, muito se assemelha a hipótese vislumbrada por Pedro Batista Martins, em trecho que, pela sua extrema pertinência, permitimo-nos transcrever: *“Uma coisa, porém, é apurar os fatos e outra bem diversa inseri-los numa determinada noção legal. Se, examinando o contrato de compra e venda, a decisão recorrida o qualifica como de locação e, em consequência, se abstém de lhe aplicar os princípios jurídicos que regem a compra e venda, a errônea qualificação dos fatos determina, sem dúvida, a violação da lei aplicável à espécie”*.²⁰

Corretíssimo julgado do STF, do qual se extrai o seguinte trecho: *“Sendo certos os fatos, a*

fato do caso concreto, a decisão que defere o pedido de suspensão fica sujeita a revisão pelo órgão colegiado no tribunal de origem (art. 4º, parte final, da Lei 4.348/64), mas não se mostra amoldada à revisão por recurso especial, nomeadamente em face do enunciado da Súmula 07/STJ. 3. Recurso especial não conhecido” (REsp 831.495/PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, 1.ª Turma, julgado em 20/06/2006, DJ 30/06/2006, p. 192).

19. Cf. Teresa Arruda Alvim Wambier, artigo intitulado “Questão de fato, conceito vago e discricionariedade”, in obra coletiva *Aspectos Polêmicos e atuais do recurso especial e extraordinário*, p. 455, nota de rodapé 63.

20. Cf. Pedro Batista Martins, *Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais*, p. 378.

qualificação jurídica da obrigação está dentro da esfera do recurso extraordinário" ²¹⁻²².

A idéia de questão, na acepção de Canelutti, corresponde a um ponto que tenha sido objeto de controvérsia. A questão, para poder render ensejo ao recurso especial, deve ser de direito federal infraconstitucional, nos termos do art. 105, III, da Constituição Federal.

Fomos peremptórios ao asseverar que não é possível reexaminarem-se questões de fato em sede de recurso especial, que é remédio de estrito direito. O critério que deve pautar o intérprete, em nosso sentir, reside em que, no recurso especial, não será possível reavaliarem-se os fatos, como eles ocorreram. Trata-se de uma característica e não propriamente de uma limitação do recurso especial, que é instrumento voltado a resguardar a incolumidade do direito federal infraconstitucional.

Isso não quer, evidentemente significar — voltamos a insistir — que a questão de direito, no recurso especial, não haja de ser resolvida à luz dos mesmos fatos que serviram para que o tribunal de origem aplicasse o direito. O que não é possível é revolver as provas dos autos para chegar à conclusão de que os fatos ocorreram de forma distinta daquela descrita no relatório do acórdão recorrido. A base empírica do acórdão local há, pois, de ser preservada.

Por exemplo, figuremos determinada hipótese em que se discute se o servidor, que completou tempo necessário para sua aposentadoria, por ter sido demitido a bem do serviço público (após ter completado o tempo de serviço), perde ou não o direito à mesma. Se o tribunal local entender que não há mais direito à aposentadoria, porque o servidor foi demitido, é possível cogitar-se de recurso extraordinário por ofensa ao preceito constitucional que garante o respeito ao direito adquirido. Há fatos que deverão ser levados em consideração pelo STF, mas não há controvérsia sobre esses mesmos fatos, mas apenas quanto às consequências jurídicas possíveis de serem extraídas desses mesmos fatos. O

21. "AÇÃO RESCISÓRIA. NÃO A AUTORIZA A INVOCAÇÃO DE OFENSA A SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Sendo certos os fatos, a qualificação jurídica da obrigação está dentro da esfera do recurso extraordinário. Inocorrente a violação dos textos legais invocados, julga-se improcedente a ação rescisória" (STF, AR 1197/SP, rel Min. Cordeiro Guerra, Tribunal Pleno, j. 19.02.1986, DJ 14.03.1986).

22. Observação esta que já constava da obra de Pedro Batista Martins: "*A apreciação dos fatos e o exame das provas de cada espécie escapa ao controle do Supremo Tribunal. Mas a qualificação legal destes é questão de direito. Qualificar um fato é identificá-lo com uma determinada noção legal*" (Cf. Pedro Batista Martins, *Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais*, p. 377).

problema é redutível à correta qualificação jurídica dos fatos, sendo discutível, pois, em recursos de estrito direito, como é o caso do extraordinário ou do especial.

Teresa Arruda Alvim Wambier faz importante distinção que julgamos oportuno referir. Diz a autora ser “necessária a distinção de ‘questão de fato’ no sentido *ontológico* e no sentido *técnico-processual*, para efeito de cabimento de recursos especial e extraordinário, tendo como critério a necessidade de compulsar os autos para fins de obter os dados relativos à idade da adotada [no exemplo por ela ventilado, cuida-se de indagar se a mãe adotiva tem direito a licença-maternidade]”.²³ Daí conclui a autora que “embora a subsunção seja em si mesma uma questão de direito, quando, para reavaliar o seu erro ou o seu acerto, precisa o tribunal obter dados que não constam expressamente da decisão proferida pelo órgão *a quo*, mas dos autos, diz-se que, “tecnicamente”, se está diante de uma questão de fato.”²⁴

A jurisprudência dos tribunais superiores, assim, sedimentou-se no sentido de que, em se tratando de recursos de estrito direito, não é possível o reexame de provas (Súmula 07 do STJ; Súmula 279 do STF). Não é, por isso, o recurso especial meio processual apto para que se solicite, por exemplo, que o testemunho de A ou de B seja melhor sopesado ante o quadro probatório que tenha sido produzido, para, em razão disso, pretender-se alterar o acórdão local. Mas, é possível rediscutir no recurso especial se houve ofensa a preceito que estabelece caso de prova legal, se a prova foi produzida de forma válida ou não, bem como é viável, no recurso especial, discutir a valoração da prova pelo julgado local.

Nesta última hipótese – valoração da prova – a atenção deve voltar-se para o foco do problema veiculado no especial: se o foco colocar-se sobre os fatos, tende-se a dizer que descabe o recurso especial; já se o foco pautar-se no direito, o contrário é verdadeiro. Utilizamos, deliberadamente, de expressões vagas, em face de não ser possível estabelecer um critério exato que permita identificar quando um problema de valoração de prova é ou não suscetível de ser veiculado em recurso especial.

23. Cf. Teresa Arruda Alvim Wambier, *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória – Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?*, p. 190 (destaques no original).

24. Cf. Teresa Arruda Alvim Wambier, *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória – Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?*, p. 190.

O efeito devolutivo dos recursos varia conforme a espécie recursal de que se trate. O efeito devolutivo, por exemplo, no recurso de apelação, é amplíssimo, conforme se depreende da leitura do *caput* do art. 515 do CPC: “A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada”. É o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, que significa que a extensão do efeito devolutivo da apelação é delimitada pela vontade do autor, que pode pretender o reexame integral do decidido em primeira instância sem limitações.

Com efeito, pelo recurso de apelação pode-se impugnar tudo aquilo que tiver sido objeto de decisão pelo juiz de primeira instância. Em hipóteses excepcionais, é possível até mesmo pleitear ao tribunal que julgue diretamente o pedido, ainda que o juiz de primeiro grau não o tenha feito, porque tenha extinguido o processo sem resolução de mérito. Essa possibilidade vem hoje prevista no § 3.º do art. 515. De outro lado, uma vez interposta a apelação, por força da profundidade do efeito devolutivo, determinadas matérias são automaticamente guindadas à apreciação do tribunal (§§ 1.º e 2.º do art. 515). Ademais, no plano da jurisdição ordinária, é ampla a possibilidade do agir oficioso do tribunal, como se nota do § 3.º do art. 267 ou do § 4.º do art. 301. Como essas matérias são elevadas à apreciação do tribunal independentemente da vontade daquele que recorrer, parte da doutrina se utiliza da expressão efeito translativo para explicar esse fenômeno.

Por outro lado, por meio do recurso especial é possível devolver ao STJ apenas matéria de direito federal devidamente prequestionada. A correção de vícios decorrentes, por exemplo, de má apreciação da prova é insuscetível de ser feita por intermédio do recurso especial. Já vimos, por exemplo, que o reexame da matéria fática é proibido em sede de recurso especial, *o que significa que a profundidade do efeito devolutivo deste recurso é, qualitativamente, menor do que o de apelação*. Já se disse anteriormente: o recurso especial é recurso de estrito direito. Repise-se, todavia, que a proibição de que na instância extraordinária se reexaminem fatos não impede que o STJ atribua aos fatos, *tais como ocorridos*, sua correta qualificação jurídica, o que configura problema de estrito direito.²⁵

Barbosa Moreira figura alguns exemplos interessantes de problemas que podem ser ventilados em sede de recurso especial, sem necessidade de reexame de matéria fática, como, por exemplo, “[verificar] se a entrega dos títulos pelo devedor ao credor configurava ou não novação ou dação em pagamento, [ou] para caracterizar determinado escrito

25. Nesse sentido, ver o que foi decidido no STJ no já mencionado REsp 475220/GO, 6.ª T., j. 24.06.2003, rel. Min. Paulo Medina, DJ 15.09.2003.

como simples minuta ou como verdadeiro instrumento de contrato preliminar”.²⁶ O que está subjacente, como denominador comum a essas hipóteses, é que *requalificar fatos* é matéria de direito, no caso, à luz do direito federal. Aqui os fatos subsistem à luz da *versão* que a eles emprestou o acórdão; ou seja, deve subsistir a descrição empírica dos fatos, mas essa versão ou essa “verdade” pode ser corrigida, tendo em vista o seu enquadramento na lei federal, pelo STJ, que pode ser outro, diferente daquele constante do acórdão recorrido.

Por outro lado, importante frisar que o recurso especial (e também o extraordinário) não é recurso de cassação. Já vimos anteriormente, quando falamos do juízo de admissibilidade, que, superado o plano da admissibilidade, presentes os requisitos de admissibilidade do especial, o STJ aplicará (a norma é impositiva) o direito à causa, conforme estatui, claramente, o art. 257²⁷ do RISTJ. Naturalmente – assim como sucede (ao menos como regra, salvo se presentes os requisitos do § 3.º do art. 515) em relação ao próprio recurso de apelação –, se for atribuído *error in procedendo* à decisão recorrida, haver-se-á de pleitear sua anulação, para que outra, sem o vício apontado, seja proferida. Isso, porém, não transforma o recurso especial em recurso de cassação, pois, como regra, conhecido o recurso, o acórdão do recurso especial *substitui* o acórdão recorrido, incidindo o art. 512 do CPC, mesmo se alegado apenas *error in procedendo*, desde que conhecido mas improvido o recurso. Daí dispor a Súmula 456 do STF, válida para o STJ, que, conhecido o recurso, aplica-se o direito à causa, ou seja, será o STJ que o aplica, substituindo o acórdão recorrido.

Isso não quer significar, todavia, que uma vez superado o juízo de admissibilidade, pode o STJ reapreciar os fatos, como se de recurso ordinário se tratasse.

Diferentemente, ao fazer distinção entre aquilo que denomina de juízo de cassação e juízo de revisão dos recursos excepcionais, diz Nelson Nery Junior que “não é de todo correto, portanto, afirmar que é vedado o exame de prova no RE e no REsp. É verdade que somente as *quaestiones iuris* é que podem ser objeto dos RE e REsp, ou seja, podem se constituir no mérito desses recursos. Daí o acerto do STF 279 e do STJ 7, que proibem a interposição do RE e do REsp para simples reexame de prova. Essa matéria – exame de prova – não pode ser objeto do juízo de cassação dos recursos excepcionais. O juízo de cassação é o juízo de censura que sofre a decisão ou acórdão impugnado quando, por exemplo, negar

26. Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 17. ed., vol. 5, item 324, p. 599.

27. “Art. 257. No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”.

vigência a dispositivo constitucional ou de lei federal. O provimento do RE ou REsp, no que tange a esse juízo de cassação, implica a rescisão da decisão infraconstitucional ou ilegal. No entanto, esses recursos têm, também, o juízo de revisão, que se constitui no segundo momento do julgamento do RE e do REsp, ou seja, na consequência do provimento dos recursos excepcionais. Provido o recurso com a cassação da decisão ou acórdão, é necessário que o STF ou STJ passem a julgar a lide em toda a sua inteireza (revisão). (...). O reexame de provas, portanto, não é viável no juízo de cassação dos RE e REsp, mas é absolutamente normal e corriqueiro no juízo de revisão”.²⁸

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de segurança*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

BAPTISTA, José João. *Dos recursos em processo civil*. SPB Editores. 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 17.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Vol. V.

FLUJA, Vicente Guzmán. *El recurso de casación civil*. Valencia, 1996.

LACOMBE, Cláudio. O recurso especial – as questões de fato e o prequestionamento. In: *RDR* 10/21.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 11.^a ed. São Paulo: RT, 2010.

MARTINS, Pedro Batista. *Recursos e processos da competência originária dos Tribunais*. Atualizado por Alfredo Buzaid. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

MORELLO, Augusto M. *Actualidad del recurso extraordinário*. La Plata: Platense, 1995.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7.^a ed. São Paulo: RT, 2014.

28. Cf. Nelson Nery Junior, *Teoria geral dos recursos*, 7.^a ed. São Paulo: RT, 2014, pp. 422-423.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. Do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991.

SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: RT, 1963.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória – Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: RT, 2001.

_____. Questão de fato, conceito vago e discricionariedade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos Polêmicos e atuais do recurso especial e extraordinário*. São Paulo: RT, 1997.

DOUTRINA NACIONAL

MANUS INJECTIO: O PROCESSO DE EXECUÇÃO NO PERÍODO ARCAICO DO DIREITO ROMANO

JOÃO PAULO HECKER DA SILVA

Mestre e Doutor em Direito Processual pela USP.
Associado Efetivo do IASP.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Contextualização da *manus injectio*, 2.1 O sentido etiológico da *manus injectio*, 2.2 O procedimento na *actio legis per manus injectionem*; 3. Conclusão; 4. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A tradição jurídica romana está intimamente ligada à sua história ou mesmo aos quatro períodos em que os historiadores usualmente dividem o Império Romano.¹

O primeiro deles é a *Monarquia*, surgida com o nascimento de Roma em 753 a.C. e que se desdobrou até 509 a.C.. Esse período caracterizou-se pelo caráter *eletivo*² da figura do Monarca e da presença na participação da vida pública de instituições eminentemente aristocráticas como o Senado e outras democráticas tais como os comícios.

O período da Monarquia foi seguido pelo da *República* (509-27 a.C.) que no auge adquiriu um sistema político oriundo de um pacto havido entre a aristocracia e o povo, no qual era exercido ora por príncipes, ora por colegiados, sempre eleitos por uma assembléia que lhes conferia tal legitimidade política.

O terceiro período é o do *Principado*. Com início em 27 a.C. e término em 235 d.C., é caracterizado pela enorme concentração de poderes políticos, militares e jurisdicionais (*imperium*) em torno do Príncipe, com os quais se buscou melhor administrar a extensão territorial e os problemas daí oriundos como a diversidade de culturas, a distância de Roma das províncias e as guerras.

O *Dominado*, quarto e último período histórico romano iniciou-se em 235 d.C. e seu termo foi a derrubada de Roma em 476 d.C.. Caracterizou-se pelo exercício de poder autocrático, eliminando-se por completo a tradição republicana, no qual a burocracia imperou.

Nesse contexto podemos inserir a atividade jurisdicional romana e dividi-la em três fases: o da *legis actiones*, em vigor desde a fundação de Roma (Monarquia) até fins da República; o da *per formulas*, com início no declínio da República; e o da *extraordinária cognitio*, de início no Principado até a queda de Roma.³

1. Javier Patrício e A. Fernandez Barreiro, *Historia Del Derecho Romano y su recepción Europea*, 5a ed., Paideia Ediciones, Madrid, 2000, pp. 27-29

2. Jônatas Luiz Moreira de Paula, *História do direito processual brasileiro*, Manole, S. Paulo, 2002, item 2.2.3, p. 32.

3. "A deposição de Romulo Augústulo, no ano 476, com a conseqüente queda de Roma, é apontada pela maioria dos historiadores como o maço final do Império Romano do Ocidente e da chamada civilização antiga ou greco-

Assim como afirma a maciça doutrina, não é possível dividir tais sistemas em três fases estanques e com início e termos determinados, tendo ocorrido até mesmo a coexistência desses três sistemas durante a determinado período do Império Romano.

Como ilustração, a execução no período da *cognitio extra ordiem*, cuja característica era voltar-se somente contra o patrimônio da pessoa, na província lusitana, até por conta

romana. É, também, o termo inicial de tão mal denominada Idade Média. Contudo, a derrocada da civilização romana não foi obra do acaso ou fato que irrompeu de modo imprevisto ou instantâneo. Pelo contrário, deu-se em decorrência de todo um processo de desagregação social e política, que lança suas raízes na própria estrutura do principado, desde seus primórdios à época de Augusto. São diversos os fatores apontados pelos historiadores, em sua análise, ao tentar explicar a desintegração do Império, ao menos no que diz respeito à sua parte ocidental. No plano político, após a fase áurea dos Antoninos, Roma mergulhou num período de anarquia militar, que se estendeu por boa parte do século III. Em decorrência disso, o Estado mal pôde conter a ameaça de inimigos externos que forçavam constantemente suas fronteiras. Foi apenas com Diocleciano (284-305) e depois com Constantino (306-337) que a situação alcançou uma relativa normalização, pela introdução de um sistema, o dominato, caracterizado por um despotismo militar calcado nos moldes dos antigos senhores feudais. No aspecto social, os crescentes gastos públicos em decorrência das campanhas militares e, mais tarde, da reorganização administrativa do império, recaíram invariavelmente sobre os ombros do povo, que teve que suportar constantes aumentos de impostos. Além das taxas comuns sobre a terra e os lucros obtidos pelos que exerciam qualquer comércio ou profissão, diversas taxas especiais foram criadas, como aquela in natura denominada annona, para o sustento dos soldados e oficiais do exército, então já integrado fundamentalmente por mercenários. A delicada situação social, de empobrecimento e corrupção generalizada, que já vinha dos anos problemáticos do início do Século III, não melhorou muito nem mesmo depois que Dioclesiano restaurou a integridade político-administrativa do império e conseguiu impor uma aparência de ordem. De acordo com Rostovtzeff, "o mundo fôra cenário de uma violência generalizada, fôra pilhado e estava exausto. Esperava-se que Dioclesiano fizesse voltar as condições, quando o país estava reduzido à mendicidade, e quando o Estado reformado por ele descarregava um peso excessivo sobre a capacidade do povo em suportar os impostos ?". Dioclesiano e, mais tarde, Constantino, construíram um sistema político que colocou a sociedade e a economia do império a serviço do Estado. O sistema de impostos que, em virtude da guerra, tivera nas primeiras décadas do Século III caráter excepcional, passou a ter existência legal e definitiva. Camponeses, trabalhadores da indústria e do transporte, a classe média dos territórios urbanos ou os pequenos proprietários dos distritos imperiais ou senatoriais, todos, de uma forma ou de outra, transformam-se em servidores do Estado. Ainda na descrição primorosa de Rostovtzeff, "a organização estatal se fez inteiramente dentro dos princípios do despotismo oriental: um governante autocrata controlava uma burocracia onipotente, que impedia qualquer manifestação de autogoverno, embora professando conservá-lo, e uma população de servos, vivendo e trabalhando principalmente para os objetivos do governo. Estamos – conclui o célebre historiador – muito longe dos ideais greco-romanos de liberdade e autogoverno!" As disputas políticas entre os augustos e os césares estabelecidos por Dioclesiano em sua reforma, culminaram com a vitória de Constantino, ao qual deve o império a definição da autoridade central que se conservou durante séculos. Tornando o trono hereditário, Constantino consolidou um sistema político centralizador, com reflexos no mundo do direito e em todos os demais aspectos da vida social, que transformou os antigos cidadãos das cidades-Estado da Grécia e da Itália em súditos da monarquia" (Ignácio M. Poveda Velasco, A execução do devedor no direito intermédio (Beneficium competentiae), Livraria Paulista, S. Paulo, 2002, p. 19-21).

da existência de um *direito romano provincial* ou *vulgar*, Paulo Henrique dos Santos Lucon afirma que ainda era possível a *execução pessoal* contra a pessoa do devedor (característica da *manus injectio* – *actio iudicati*). Esse estado de fato perdurou ainda muito tempo após o fim do domínio romano, segundo o relato dos povos que posteriormente ocuparam a região.⁴

Apesar disso, é possível reunir algumas características comuns de cada uma dessas fases e distingui-la das demais como a contraposição da justiça privada das *legis actiones* com a estatal da *extraordinária cognitio*, ou mesmo o sistema formalista das ações da lei com a mais acessível do período formular.

No presente trabalho será abordada a execução civil nos período do *ordo iudiciorum privatorum* (ordem dos juízos privados)⁵, mais especificamente, no período das ações da lei.

O período caracterizado pelo processo formular e do *extra ordinem* (*cognitio extraordinaria*) não será objeto do estudo.

No período das ações da lei, existiam duas formas de processo executivo: a *manus injectio* e a *pignoris capio*.⁶ Em razão da relevância e importância histórica daquela primeira e também porque “a *manus iniectio* é a ação executória, por excelência, no sistema das ações da lei”,⁷ o presente breve estudo ficará restrito a esse instituto.

4. Embargos à execução, 2ª ed., Saraiva, S. Paulo, 2001, p. 40.

5. A esse respeito, v. Emilio Betti, Novíssimo Digesto Italiano, Vol. XIII, Processo Civile (Diritto Romano), esp. pp. 1.104 e ss.

6. Vicente Greco Filho assevera: “o primeiro processo referido de execução foi da *pignoris capio*, apreensão de bens como pena, podendo o credor, se desejasse, até destruir a coisa. Era aplicável, primitivamente, a certos créditos especiais, como o dos publicanos, por impostos, ou débitos militares. O devedor podia livrar-se da execução pelo pagamento ou pela nomeação de um vindex que aceitasse o débito. Esta forma de execução já era considerada um privilégio de certas categorias sociais em contraste com a execução geral, comum e pessoal, que acarretava a perda da liberdade. Após a condenação ou confissão da dívida perante o magistrado, o devedor tinha trinta dias para pagar. Passado esse tempo (*tempus iudicati*) sem o pagamento ou sem que se alegasse razão de direito em favor do devedor, era ele levado à presença do magistrado, que liberava a execução pessoal, já que a idéia era da incindibilidade entre o patrimônio e a pessoa, a qual era acompanhada da infâmia. A execução era, portanto, sempre universal” (Direito processual civil brasileiro, 3o vol., 9a ed., Saraiva, 1995, p. 10).

7. José Carlos Moreira Alves, Direito Romano, 7a ed., 1990, Forense, R. Janeiro, p. 249.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO DA MANUS INJECTIO

A primeira referência importante a ser feita é contextualizar novamente essa fase processual com seu momento histórico rudimentar e de início de criação do Estado Romano.

A legis actio per manus injectionem (ação da lei por meio da apreensão) “é posta pela quase generalidade dos comentadores como a mais antiga das ações da lei, a rigor, a mais antiga das leis de processo”.⁸ Esse posicionamento também adotado por Cogliolo,⁹ Emilio Betti¹⁰ e Giovanni Pugliese¹¹, é questionado por José Carlos Moreira Alves ao afirmar que “em verdade, não há qualquer elemento certo que nos permita determinar qual era a mais antiga das ações da lei”.¹²

Muito embora haja realmente essa controvérsia, o importante é ressaltar o caráter arcaico e rudimentar desse meio processual de execução, o qual possuía algumas características peculiares.

A primeira delas é a de que, como bem anotado por José Carlos Moreira Alves, “o processo nas ações da lei é todo oral”. Contudo, isso não desonerava o processo de um formalismo radical, a ponto de conter em passagem de Gaio (IV, 11)¹³ a narrativa de um litigante haver perdido a demanda somente em razão da pronúncia de uma palavra errada no processo, como lembra Giovanni Pugliese.¹⁴ Ou seja, mesmo que pareça contraditório,

8. João Baptista da Silva, *Processo Romano*, Líder, 2004, B. Horizonte, p. 101.

9. *Storia Del Diritto Privato Romano*, vol. I, pp. 224 e ss.

10. *Novíssimo Digesto Italiano*, Vol. XIII, *Processo Civile (Diritto Romano)*, pp. 1.106-1.107.

11. *Novíssimo Digesto Italiano*, Vol. II, *Azione (Diritto Romano)*, p. 25.

12. *Direito Romano*, 7a ed., 1990, Forense, R. Janeiro, p. 249.

13. Gaio IV, 21: “as ações empregadas pelos antigos denominavam-se ações da lei, ou pelo fato de se originarem das leis (pois, na época, não existiam ainda os editos do pretor, que mais tarde introduziram várias ações), ou por se adaptarem às palavras das próprias leis, conservando-se, por isso, imutáveis, como os termos das leis. Daí ter-se respondido que perdia a ação quem, agindo por causa de videiras cortadas, empregava o termo videiras (vides); pois a Lei das XII Tábuas, na qual se fundamentava a ação por videiras cortadas, empregava a expressão árvores cortadas (*arboribus succis*) em geral”.

14. *Novíssimo Digesto Italiano*, Vol. II, *Azione (Diritto Romano)*, p. 25-26.

utilizava-se de uma forma verbal solene.¹⁵

A segunda das características refere-se ao caráter privado da justiça. Todos os atos executivos eram efetivados pela parte, atuando o magistrado como um mero regulador de tais atitudes.¹⁶

Como bem pondera Giovanni Pugliese,¹⁷ nesse momento histórico a justiça privada se fazia presente muito embora não se possa mais falar em *autotutela incontrolada*¹⁸, uma vez que, com a consolidação das instituições estatais, o particular foi sendo substituído aos poucos pelo próprio Estado nas relações institucionais jurisdicionais. Emilio Betti bem assevera que: *“essenzialmente atti di autodifesa privata preesistenti che la civitas si è limitata a legalizzare elevandoli a legis actiones, sai col disciplinarne la forma, sai col sottoporli ad na controllo da parte del magistrato giusdicente: controllo rivolto a verificarne la legittimità, il difetto della quale porta alla denegatio legis actiones”*.¹⁹

De qualquer forma, em razão da constante manifestação de força física pelo credor, a fim de haver seu crédito, sempre autorizada e legítima, *“constituía, por certo, um vestígio característico da vingança privada que desaparecera há não muito tempo”*.²⁰

Nesse contexto é importante ressaltar também que o magistrado não constituía a representação estatal na solução dos litígios, mas um *jurisconsulto* a que as partes

15. José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos Azevedo, Lições de história do processo civil romano, 1a ed., RT, 2001, p. 69.

16. A esse respeito Cândido Rangel Dinamarco assevera que *“nos primórdios, principalmente o período romano arcaico, a execução ainda era realizada por autoridade privada e apenas controlada ligeiramente pelo magistrado, por meio do exercício da actio iudicati pelo credor. É importante ressaltar que, muito embora a função do Estado era apenas controlar as execuções, elas ainda eram efetivadas pelo próprio credor, quem prendia o devedor, mantinha preso, exhibia-o em comitium, vendia-o no trans Tiberim”* (Execução civil, 7ª ed., Malheiros, 2000, p. 33-34).

17. Novissimo Digesto Italiano, Vol. II, Azione (Diritto Romano), p. 25.

18. *“Contudo nesse momento histórico não é mais possível falarmos em autotutela incontrolada, posto que aos poucos o Estado foi intervindo nessas relações, substituindo o particular na efetivação da tutela jurisdicional, impondo seu poder de coerção”* (Cândido Rangel Dinamarco, Execução civil, 7ª ed., Malheiros, 2000, p. 33-34).

19. Novissimo Digesto Italiano, Vol. XIII, Processo Civile (Diritto Romano), p. 1.117.

20. José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos Azevedo, Lições de história do processo civil romano, 1a ed., RT, 2001, p. 69.

concordavam em submeter a controvérsia. Daí uma boa justificativa dessa atitude meramente passiva do magistrado, consistente em apenas autorizar determinados atos a serem praticados pessoalmente pelo credor, como bem ressalta Vicente Greco Filho.²¹

Ou seja, ainda que mínima e consistente na mera aferição da legitimidade dos atos do particular, estava presente uma rudimentar atividade institucional.

Outra peculiaridade desse período era a incapacidade de separar a responsabilidade patrimonial da pessoal, de modo que as execuções sempre recaíam sobre a pessoa do devedor. Os romanos ao tempo da *manus injectio* não tinham a noção de que a responsabilidade patrimonial diferenciava-se da pessoal e era corrente a transposição de uma obrigação patrimonial para a pessoa do devedor, como se pena fosse.

A grande realidade é que, para os padrões atuais, havia um relativo caráter penal na execução romana desse período, na medida em que se verificava um estreitíssimo vínculo entre o patrimônio e o corpo do devedor.²²

Esse vínculo, segundo a melhor doutrina, encerrou-se com a edição da *Lex Poetelia Papiria* em 326 a.C., pela qual *“admitiu-se a substituição da execução sobre a pessoa do iudicatus (bem como do confessus), quando este afirmasse, sob juramento (bonam copiam iurare), possuir patrimônio suficiente à liquidação do débito”*.²³

Essa lei também desautorizou o uso de correntes ou grilhões para aprisionar o devedor,

21. “No direito romano antigo, a execução tinha conteúdo de atividade privatística, porque a atuação do magistrado consistia não em tomar medidas executivas mas em liberar a atividade do credor. Aliás, como já se repetiu no estudo dos institutos do processo de conhecimento, o magistrado não pertencia a um organismo público; era um *jurisconsulto* ao qual as partes concordavam em submeter suas questões” (Direito processual civil brasileiro, 3o vol., 9a ed., Saraiva, 1995, p. 9).

22. Cândido Rangel Dinamarco afirma que “os romanos, ao menos no período arcaico de seu direito processual (período da *legis actiones*, que perdurou até o século II a.C.), não haviam aprendido a distinguir entre o corpo e o patrimônio das pessoas, de modo que, por exemplo, aquele que se obrigara mediante o *nexum* ficava ligado ao credor por um estreitíssimo vínculo pessoal; no caso de quebra da palavra empenhada, deveria responder pela infidelidade. Daí o caráter penal da execução romana, exercida sobre o corpo do devedor e que trazia ainda a marca da infâmia. Os rigores da execução romana, excessivos aos olhos do observador moderno, correspondiam à promiscuidade de conceitos daquele direito rudimentar” (Execução civil, 7ª ed., Malheiros, 2000, p. 32).

23. José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos Azevedo, Lições de história do processo civil romano, 1a ed., RT, 2001, p. 66.

além da pena de morte ou da denda do devedor como escravo. Por essa razão, constitui o termo da execução de caráter estritamente pessoal no direito romano.

A severidade da execução romana pela *manus injectio* tinha origem na importância que os romanos davam a dois institutos: o do patrimônio e do cumprimento das obrigações assumidas. Tanto é que a pena de infâmia era dada ao devedor inadimplente, o que na sociedade da época era uma pena terrível, muito embora constituísse eficiente instrumento de coerção para o adimplemento por terceiros (amigos ou parentes).

Além disso, o devedor inadimplente perdia também sua condição de cidadão romano (*status civitatis*) e era alijado da comunidade (*status familiae*). E por perder tais condições, poderia ser até vendido como escravo.²⁴

É interessante, e ao mesmo tempo paradoxal, constatar que os romanos arcaicos tiveram um respeito grande pelo *patrimônio* das pessoas, às vezes até maior que a consideração sobre *elas próprias*. Exemplo disso era a possibilidade de o credor acorrentar, prender, matar e até vender o devedor como escravo, sem contudo poder lançar mão sobre seu patrimônio. Os romanos utilizavam uma forma rudimentar do que hoje chamamos de *execução indireta*.²⁵

Nem sempre houve direito de defesa, principalmente no processo executivo. Segundo Dinamarco, as formas mais rudimentares de defesa do devedor nesse período foram a possibilidade dele apresentar um fiador (*vindex*) ou ele mesmo, sem o auxílio do devedor e em determinados casos, repelir a execução.²⁶ Enrico Tullio Liebman também faz alusão a

24. Vicente Greco Filho confirma essa passagem para afirmar que: “a execução mais antiga se fazia na pessoa do devedor, per manum injectionem, podendo o devedor ser vendido pelo credor fora da cidade, trans Tiberim. Consta, até, que o devedor poderia ser esquartejado, partes secanto, não se sabendo se tal ato seria real ou simbólico. O devedor, que chegasse a tal situação perdia a condição de cidadão romano, status civitatis, de membro de uma família, o status familiae, e a condição de liberdade, status libertatis, transformando-se em coisa, res” (Direito processual civil brasileiro, 3o vol., 9a ed., Saraiva, 1995, p. 9).

25. “Só depois da morte do devedor seriam possível (provavelmente) apoderar-se de seu patrimônio. Durante os sessenta dias de cativeiro e também através dos pregões realizados no comitium em três dias de mercado (nundinae), ficava o devedor, bem como o grupo familiar a que pertencia, sob a pressão psicológica representada por essa própria situação ou pelo risco da morte ou da venda trans Tiberim” (Cândido Rangel Dinamarco, Execução civil, 7ª ed., Malheiros, 2000, p. 39).

26. Cândido Rangel Dinamarco, Execução civil, 7ª ed., Malheiros, 2000, p. 39.

essa possibilidade de defesa na execução.²⁷

No que se refere ao direito de defesa dos bens de terceiro, sua origem remota pela lição de Zanzucchi é encontrada no procedimento executivo romano do *pinus in causa iudicati captum*, introduzido por Antonino Pio, em época ulterior à da *manus injectio* portanto, cuja grande alteração foi a autorização do que hoje conhecemos por penhora dos bens do devedor.²⁸

2.1. O SENTIDO ETIOLÓGICO DA *MANUS INJECTIO*

Como afirmado por Edoardo Volterra, o termo *manus* significava o poder do *paterfamilias* sobre seus bens, pessoas ou mesmo seus escravos.²⁹ Nesse mesmo sentido, João Baptista da Silva afirma que “*manus é, antes e acima de tudo, representação de poder e, por isso, dissemina essa idéia em todos os termos dela derivados, em todas as situações, onde comparece, em todas as circunstâncias, onde é sempre parte ativa, jamais submissa.*”³⁰

Dessa forma, resta claro que o termo *manus*, sempre usado nas fontes, sempre exprime a idéia de exercício do poder ou de submissão a uma força alheia (Gaio 1, 109; Gaio 1, 136;

27. A respeito da *actio iudicati*, veja lição de E. T. Liebman: “*a verdade é que a actio iudicati não constitui expediente de processo congeminado pelo pretor para atingir determinado objetivo prático. Corresponde, pelo contrário, e adere, intimamente, à estrutura orgânica do processo civil romano e à sua característica distribuição de poderes entre as pessoas que dele participavam. Os poucos elementos acima explanados demonstram que, efetivamente, quem era credor em virtude de uma sentença proferida a seu favor, devia proceder por meio de actio iudicati, pois esse, e não outro, era o direito que da sentença mesma lhe advinha. Esta não conferia ao vendedor o poder de se satisfazer direta ou indiretamente, sobre a pessoa ou sobre o patrimônio do devedor, numa palavra: de praticar atos executórios; tão somente lhe proporcionava nova ação, isto é, novo direito de reivindicar judicialmente seu crédito, chamando o devedor perante o magistrado. A este (ou por ele a um vindex) ainda se garantia a possibilidade de negar ou contestar a pretensão do credor e só por falta dessa contestação, declarada pelo magistrado, se dava autorização ao credor para praticar os atos que, segundo as várias épocas, serviam para satisfazê-lo*” (Embargos do Executado, Saraiva, 1952, p. 18, trad. J. Guimarães Menegale).

28. Le domande in separazione nell'esecuzione forzata e la rivendicazione fallimentare, Società Editrice Libreria, Milano, 1916, p. 42, nota de rodapé n. 2.

29. Novissimo Digesto Italiano, Vol. X, “Manus”, p. 198.

30. João Baptista da Silva, Processo Romano, Líder, 2004, B. Horizonte, pp. 102-103. O autor faz ainda a essa assertiva para concluir que “*os exemplos afloram: Manus=poder do marido sobre a mulher no casamento cum manu; manumissão=alforria dada ao escravo; emancipatio=liberação dada ao filho; manipium=propriedade segundo o direito dos Quirites; mancipatio=forma ritual de aquisição da propriedade sobre pessoa; mandatum=outorga de poderes, etc., etc.*”.

Gaio 1, 118; Gaio 1, 136; Gaio 2, 139; Gaio 2, 159; Institutas I, 12, 6; D 1, 2, 3, 1; C 7, 40, 1, 2; C 6, 2, 21, 1).

Como a expressão *injectio* exprime o ato de “o ato de lançar, de agarrar e de reter”³¹, a expressão *manus injectio* significa “pôr a mão sobre uma pessoa, ou alguma coisa, arrebatando-a, com ânimo de assenhoreamento e com o espírito desprovido de qualquer preocupação de autorização prévia; o esplendor da força, a quintessência do domínio, domínio arbitrário e desabusado. Figura é, já se vê, de prepotência e de arreganho, em que a lei da força é que decide e sobrepuja”.³²

Valdemar César da Silveira, em assertiva pertinente à discussão, assevera que “as diversas partes do corpo se prestaram a muitos símbolos, escreve von Ihering. Se a língua anuncia a resolução, a mão a executa. Quem estende a mão ao inimigo, perdoa-lhe. As mãos dos dois esposos são unidas nas núpcias. Implora-se aos deuses, estendendo-se as mãos aos céus. Na devotio (promessa, voto), comprimem-se as mãos contra o peito ou queixo. Quando uma interpelação é dirigida à multidão, o consentimento se exprime, levantando-se a mão e os dedos: notadamente em Roma, nas licitações públicas, por parte do arrematante, que por isso se chamava *manceps* (Boasson)”.³³

Por fim, Edoardo Volterra afirma que “con il termine di *manus injectio* si designa l’atto del creditore che, nella procedura della *legis actiones*, dietro autorizzazione Del magistrato (data, sembra, com la pronunzia dell’*addictio*), afferra um individuo...”.³⁴

2.2 O PROCEDIMENTO NA *ACTIO LEGIS PER MANUS INJECTIONEM*

Em síntese, a *actio legis per manus injectionem* era a ação por meio da qual o credor se dirigia diante de um magistrado e lhe solicitada autorização para deter o devedor e promover os atos necessários para proceder pessoalmente à execução de sua pretensão.

Como bem anota José Carlos Moreira Alves em arrimo na lição de Monier³⁵, a *manus*

31. João Baptista da Silva, *Processo Romano*, Líder, 2004, B. Horizonte, p. 104.

32. João Baptista da Silva, *Processo Romano*, Líder, 2004, B. Horizonte, p. 104.

33. Valdemar César da Silveira, *Dicionário de Direito Romano*, 2o vol., Bushatsky, S. Paulo, 1957, p. 424.

34. *Novíssimo Digesto Italiano*, Vol. X, “Manus”, p. 198.

35. *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, Vol. I, 6a ed., n. 112, p. 148.

injectio tinha como requisito específico uma condenação líquida. Assim, “quando alguém era condenado a restituir alguma coisa, ou a fazer algo, ou a pagar importância incerta, era preciso que se reduzisse a condenação a quantia certa para que fosse possível a execução pela *manus iniectionis*. Para isso, parece, utilizava-se de um processo sobre o qual, em verdade, nada sabemos: o *arbitrium liti aestimandae*”.³⁶

A esse respeito, vale a transcrição de Emilio Betti: “*tale loro varietà importa anzi delle differenze nella disciplina della manus iniectionis determinandone tre diversi tipi. In età storica il tipo per eccellenza, sul quale anche gli altri appaiono modellati, è la manus iniectionis iudicati, che ha cioè a suo fondamento iudicatum di somma determinata. Consapevole imitazione di questo primo tipo è la manus iniectionis ‘pro iudicato’ (Gaio, IV, 22) che spetta al creditore in virtù di una confessio in iure di somma determinata ritenuta equivalente al iudicatum e che viene concessa da singole leggi in base a taluni negozi giuridici in considerazione della particolare certezza dei crediti da essi dipendenti: per es. Gaio, IV, 22, in forza di una lex Publilia ‘in eum, pro quo sponsor dependisset, si in sex mensibus proximis, quan pro eo depensum esset, non solvisset sponsori pecuniam’.*”³⁷

Num primeiro período, sob a égide da Lei das XII Tábuas, a ação *manus iniectionis* era dada em duas hipóteses:

a) ao credor contra aquele que tinha contra si uma sentença definitiva (*iudicatus*), proferida em algum processo de conhecimento.³⁸

b) contra aquele que havia aceitado ou confessado as razões do autor em outra demanda (*confessus*).

Na *actio manus iniectionis iudicati* o devedor recebia o nome de *iudicatus*. Tinha-se *res iudicata* quando a sentença era dada em ação de conhecimento. Embora no caso de devedor confesso (*confessus*), era ele tratado como *iudicatus*, porque assim o equiparava a Lei das XII Tábuas por meio de uma ficção jurídica.

36. Direito Romano, 7a ed., 1990, Forense, R. Janeiro, p. 250.

37. Novissimo Digesto Italiano, Vol. XIII, Processo Civile (Diritto Romano), p. 1.117.

38. Giovanni Elio Longo alude em seu estudo um paralelo sobre esse tema e a origem romana dos títulos executivos na Lei das XII Tábuas (Novissimo Digesto Italiano, Vol. VI, Esecuzione Forzata (Diritto Romano), p. 714).

Posteriormente à Lei das XII Taboas, são observadas duas tendências, a de aumento do rol de casos onde podia se valer da ação e o abrandamento de seus efeitos. No que se refere ao aumento das hipóteses de cabimento da *manus injectio*, destacamos as seguintes:

a) ao credor contra o devedor principal de cuja dívida ele honrou (*actio manus injectio depensi*).

b) ao devedor, no caso de serem vários os fiadores contra o credor que cobrou de um mais do que ele deveria pagar (*Lex Pinaria de Sponsu*).

c) ao responsável por coisa pública ou sagrada, contra o causador de dano a elas.

d) ao credor contra o devedor em decorrência de um negócio de empréstimo solene (*nexum*). Esse termo possui significado controverso, podendo ser entendido como um contrato de mútuo pelo qual o devedor se obriga a pagar a dívida na data do vencimento sob pena de submeter-se a essa ação, ou também apenas um compromisso daquele que recebeu o empréstimo. Em qualquer dos casos, a tomada desse empréstimo tornava o devedor um refém do credor, podendo vir até ser vendido como escravo pelo credor no *trans Tiberim*.

e) ao legatário contra o herdeiro que não cumpriu a obrigação estipulada, em legado, de entregar coisa certa a determinada pessoa.

Havia ainda determinadas situações nas quais o devedor era considerado um *judicatus*, ou seja, já condenado, sem ainda tê-lo sido ou participado de um processo. Trata-se de uma ficção jurídica na qual concedia-se privilégios a determinados créditos tais como:

- quando o *sponsor*, o fideijussor ou fidepromissor pagava a dívida que havia garantido, situação que podia cobrar do devedor até o dobro da dívida paga se ocorresse negativa de pagamento (*Lex Publilia*).

- quando o *sponsor*, havendo mais de um fiador, pagava sozinho a dívida, caso em que a *actio* era proposta contra o credor, para devolver ao *sponsor* os valores que fora por ele obrigado a pagar-lhe.

- quando alguém causava dano a bem público ou sagrado, quando podia ser obrigado

a pagar multas, cobradas em ação popular.

Pois bem.

Proferida sentença no processo de conhecimento, desde que fosse líquida, o devedor tinha 30 dias para cumpri-la. Esse lapso temporal que tinha também a função de preparar o perdedor para o cumprimento da sentença, era chamado de *dies justi* segundo a Lei das XII Tábuas (III, 1). Nesse período, era justa a inadimplência do devedor.

Vencido o prazo, caso o devedor não cumprisse a sentença ou a obrigação, o credor deveria leva-lo diante de um magistrado, à força ou não, até amarrado se fosse necessário e pronunciar algumas palavras rituais e solenes.³⁹

Relato das Institutas de Gaio (IV, 21) é de todo modo imprescindível para a compreensão do procedimento: *“entre-se, também, em Juízo, pela manus iniectio, se alguma lei assim o determinar, como na ação de coisa julgda, de acordo com a lei das XII Tábuas. Nessa ação, procedia-se assim. O autor dizia: ‘por não me haveres pago dez mil sestércios, a que foste condenado a pagar-me, eu lanço a mão sobre ti, por causa dos dez mil sestércios’. Ao mesmo tempo agarra em uma parte do corpo do devedor. Ao condenado não lhe era permitido repelir a mão que o prendia, agindo pessoalmente, mas nomeava um representante (vindex), para agir em lugar dele. Quem não tivesse representante era levado para casa pela mão do autor e amarrado (ducebatur domum ab actore et vinciebatur)”*.

Como o devedor não podia defender-se nem livrar-se por si (salvo exceções como a liberação por ato do devedor – *manum sibi depeller*), deveria apresentar um terceiro para assumir a responsabilidade pela dívida ou apresentar defesa, chamado *vindex*.

O *vindex*, como bem aponta José Carlos Moreira Alves, poderia opor-se à execução *“salientando, por exemplo, que a sentença condenatória era nula, ou, então, que a dívida já fora paga”*.⁴⁰ Nessa hipótese, instaurava-se um novo processo de cognição, agora perante esse verdadeiro representante, mediante a *legis actio sacramento in personam*.⁴¹

39. Gaio (4, 21): *“quod tu mihi iudicatus sive damnatus es sestertium X milia. Quandoc non solvisti, ob eam rem ego tibi sextertium x mili iudicati manum inicio”*.

40. Direito Romano, 7a ed., 1990, Forense, R. Janeiro, p. 251.

41. José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos Azevedo, Lições de história do processo civil romano, 1a ed., RT, 2001,

Porém, a aceitação do *vindex* estava condicionada a alguns requisitos, sendo certo que deveria ele ser solvente, de modo a impedir que um devedor solvente fosse substituído por um *vindex* insolvente e assim frustrar o cumprimento da obrigação.

Essa intervenção prontamente liberava o devedor do cumprimento e da constrição física mas caso o *vindex* saísse perdedor na objeção feita à execução, era ele obrigado a pagar o dobro da dívida (*Lex Coloniae Genetivae Iuliae*, LXI),⁴² sob pena de ele próprio sofrer a *manus injectio*, sem direito a ser socorrido por outro *vindex*, como afirma Ursicino Alvarez.⁴³

Mas havia também a possibilidade de o devedor não pagar nem apresentar um *vindex*.

Nesse caso, no qual não dava ensejo à nova abertura da fase *apud iudicem*, o magistrado autorizava a *manus injectio* por meio da palavra ritual *addico*, a qual tinha o significado de entregar, adjudicar o devedor nas mãos do credor.⁴⁴

O credor então poderia deter por até 60 dias o devedor na sua casa atado com correntes de até 15 libras, devendo ser devidamente alimentado com no mínimo uma libra de farinha, como ressalta Giovanni Elio Longo.⁴⁵ Nesse interregno, nada obstante a possibilidade de haver acordo entre ambos, o credor deveria levar o devedor (*adictus*) ao mercado em três dias consecutivos, a fim de apregoar a dívida em público e assim aguardar alguém, normalmente algum parente, vir pagar a dívida em nome do devedor.

E esse procedimento, assim como todos os demais, se dava sempre na presença do magistrado, apesar de operacionalizado pessoalmente pelo credor.

Se novamente não houvesse o pagamento da dívida, dizia a Lei das XII Tábuas (III, 6) que

pp. 63-65 e 69.

42. José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano*, 7a ed., 1990, Forense, R. Janeiro, p. 251. Nesse mesmo sentido, Giovanni Elio Longo, *Novíssimo Digesto Italiano*, Vol. VI, *Esecuzione Forzata* (Diritto Romano), p. 714.

43. *Curso de Derecho Romano*, T. 1, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1955, p. 257.

44. Essa questão é controversa, principalmente pela dúvida levantada por José Carlos Moreira Alves a respeito da vigência da *addico iudicati* na época da Lei das XII Tábuas (*Direito Romano*, 7a ed., 1990, Forense, R. Janeiro, p. 251).

45. *Novíssimo Digesto Italiano*, Vol. VI, *Esecuzione Forzata* (Diritto Romano), p. 714.

o credor poderia matar o devedor ou vendê-lo como escravo fora das fronteiras de Roma, no *trans Tiberim*.

No que alude à venda do devedor como escravo, a necessidade de isso ocorrer fora dos limites de Roma (além do rio Tibre) porque, não se permitia escravizar cidadãos romanos em Roma como ressalta Giovanni Elio Longo.⁴⁶

A venda ocorria geralmente em mercados de escravos, tendo sido relatado ainda que do outro lado do Rio Tibre já havia mercadores aguardando romanos trazerem os *adictus* para venda.

Apesar de para o direito comum o escravo ser considerado *res*, para efeitos de sua venda não era ele considerado mercadoria, tanto é que o Digesto (1.50, t.16, Lei 201) quem os vendia não era chamado de negociante.

A esse respeito, Valdemar César da Silveira relata que os romanos escravos eram vendidos ao preço que variava de 10.000 a 100.000 asses, equivalentes hoje a aproximadamente 775 e 25.000 francos, sendo grande a procura por **eunucos**.⁴⁷

No que se refere à pena de morte, a doutrina não é unânime em aceitar como certa a possibilidade de sua efetiva aplicação ao devedor, muito embora relato de Gellius seja incisivo: “*capite poenas dabant aut trans Tiberim peregre venum ibant*” (20, 1, 48), ou seja, “o matavam ou o vendiam além do Tibre em país distante”.

Nada obstante ser enorme a repulsa do povo romano para com aqueles que não pagam suas dívidas, a Lei das XII Tábuas era efetivamente dura e seus termos ainda mais. Isso gerou dúvida na sua interpretação literal, de modo que há quem afirme que as referências à morte e esquitejamento do devedor sejam meramente metafóricas.

Nesse sentido, a aplicação da pena *partes secando*, ou seja, o esquitejamento do devedor inadimplente na hipótese de vários serem os credores, recebendo cada um dele um pedaço do corpo do devedor, também gerou dúvidas sobre sua real ocorrência,

46. Novissimo Digesto Italiano, Vol. VI, Esecuzione Forzata (Diritto Romano), p. 715. O direito de vender o cidadão romano como escravo derivava da transformação do tratamento dado ao devedor, que a partir de então era considerado *res* (coisa). Em oposição a essa máxima, Giovanni Elio Longo faz referência à existência do estudo de Volterra datado de 1956.

47. Valdemar César da Silveira, Dicionário de Direito Romano, 2o vol., Bushatsky, S. Paulo, 1957, p. 452.

apesar de a Lei das XII Tábuas ser expressa: “*tertiis numundinis partis secanto. Si plus minusue secuerunt, se fraude esto*” (III, 6).

Em estudo de fôlego de Giuseppe Luzzato⁴⁸, é sustentado que a redação da Tábua III, 6 não poderia ser levada ao pé da letra, sendo tal referência apenas de cunho intimidatório, cujos fundamentos são os relatos de Quintiliano⁴⁹, Gellio⁵⁰ e Tertuliano,⁵¹ também utilizados por Giovanni Elio Longo.⁵² Na verdade, prossegue o autor, o termo *secare* deveria exprimir o significado de partilha dos bens do devedor.

Em contrapartida a essa argumentação é o enraizado sentimento entre os romanos de que os mortos tinham direito sagrado a uma sepultura, em razão de sua crença de vida futura ou além-túmulo. Tal era a importância do sepultamento que se tornava grande preocupação do romano em vida, de modo que os ricos garantiam-se construindo grandes mausolés e os pobres associando-se para esse fim em *collegia cultorum*, *collegia funeraticia* ou *tenuiorum*, para o qual contribuíam.⁵³

José Carlos Moreira Alves⁵⁴ afirma que esse preceito se explica ainda por idéias religiosas primitivas e é seguido no mesmo sentido por Jobbé-Duval⁵⁵ e Max Kaser.⁵⁶

48. Procedura civile romana, parte II, Le Legis Actiones, Bologna, 1948, p. 26.

49. Inst. Or. III, 6, 84: “*sunt enim quaedam non laudabilia, non natura sed iura concessa ut in XII Tabulis debitoris corpus iter creditores diviti licuit; quam legem mos publicus repudiavit*” (“pois há coisas que não são louváveis, admitidas não pela natureza, mas pelo direito, como o que nas XXI Tábuas fosse lícito dividir o corpo do devedor entre os credores; lei que o costume público repudiou”).

50. 20, 1, 52: “*dissectum esse antiquitus neminem equidem legi neque audivi*” (“não li nem ouvi que, no passado, alguém tenha sido, em verdade dissecado”).

51. Apol. 4: “*sed in iudicatos retro in partes secari a creditoribus leges erant. Consensu tamen publico crudelitas opostea erasa este et in pudoris notam capitis poena conversa est, bonorum adhibita proscripções*” (“mas, no passado, havia leis para os sentenciados serem partilhados pelos credores. Todavia, essa crueldade foi eliminada pelo consenso público e foi convertida pela pena conhecida como perda capital”).

52. Novíssimo Digesto Italiano, Vol. VI, Esecuzione Forzata (Diritto Romano), p. 715.

53. José Carlos Moreira Alves, Direito Romano, 7a ed., 1990, Forense, R. Janeiro, p. 249.

54. *Tertiis numundinis partis secanto*, R. Janeiro, 1958.

55. *Les morts malfaisants 'Larvae, Lemures' d'après le droit et les croyances populaires des Romains*, Paris, 1924.

56. *Das Römische Zivilprozessrecht*, VIII, 1.

Em manifestação mais recente, Franciosi levanta a argumentação de que o esquartejamento do corpo do devedor se prestava à fertilização dos campos dos credores, na medida em que, enterrando-se as partes, sangue ou mesmo cinzas da vítima, seria emprestada a força mágica de seus corpos à terra.⁵⁷

Independentemente de crença, magia ou mera execução da vetusta Lei de Talião,⁵⁸ parece que o esquartejamento do devedor pelo instituto do *partes secando* vinha para garantir que o devedor infame não tivesse direito a uma sepultura, atitude essa na intenção de puni-lo ainda mais.

A razão de ser da severidade da pena residia no conceito romano de obrigação, o qual não conseguia distinguir a pessoa de seu patrimônio.

Foi somente com o advento, muito tempo depois, de outras leis como a *Lex Fúria testamentaria* e a *Lex Márcia* que se modificou o procedimento da *manus injectio*. Nesses casos denominados *manus injectio pura*, como não havia condenação ulterior (*iudicati*) mas mera ficção de condenação (*pro iudicatio*), o devedor poderia defender-se afastando a mão do credor (Gaio IV, 24 e 25), sendo que deveria pagar o dobro se improcedentes as razões de defesa.⁵⁹

Como já dito, tal crueldade, se realmente existente, foi abrandada no transcorrer dos tempos até ser extinta pela *Lex Poetelia* em 326 a.C., sob a influência do Cristianismo, oportunidade na qual restou definitivamente reconhecida a impossibilidade de o devedor pagar por dívidas pecuniárias com o próprio corpo.

3. CONCLUSÃO

Como visto no transcorrer do trabalho, a *manus injectio* é uma forma processual

57. 'Partes secanto' tra magia e diritto, in Labeo, vol. 24, 1978.

58. Cannata, "Tertiis numundinis partis secanto", in Studi in Onore di Arnaldo Biscardi, vol. IV, pp. 59-71.

59. José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos Azevedo fazem alusão à hipótese da *manus injectio pura*, na qual a *manus injectio* não era precedida de uma outra ação, oportunidade na qual o devedor poderia afastar a mão do credor (Gaio, IV, 24 e 25). Caso fosse derrotado, o valor executado era duplicado segundo a regra do *lis infinitado crescit in duplum* (Lições de história do processo civil romano, 1a ed., RT, 2001, p. 69).

executiva muito antiga e rudimentar, tendo sido segundo a melhor doutrina, a primeira das expressões de intervenção da autoridade estatal após o período da *autotutela* desenfreada.

Por essa razão essa *legge actione* guarda ainda muitos resquícios da atividade privada na administração da justiça, portando-se o magistrado apenas como mero observador.

A esse respeito é necessário frisar que essa pessoa nem de poder estatal estava imbuída, dado o caráter particular da justiça. Com efeito, as partes em comum acordo submetiam seu litígio a um jurisconsulto, o qual, em uma aproximação ao atual procedimento arbitral, decidia a causa, sem cabimento de recurso. No processo executivo sua atuação ficava restrita à verificação da legitimidade das ações do credor sobre um devedor passivo e com mínimas chances de defesa se considerarmos os padrões processuais modernos.

Assim, todos os atos de efetivação na execução (atos satisfativos, tais como citação, apreensão de bens, etc.) eram operacionalizados pelo próprio credor, que os cumpria sempre que possível na presença do magistrado.

Condizente com o período arcaico político social em que se encontrava Roma nessa época, a execução não tinha capacidade de distinguir a execução por quantia da pessoa do devedor. Vale dizer, não havia a noção de que a responsabilidade patrimonial fica adstrita ao patrimônio do devedor, constituindo o inadimplemento de uma obrigação pecuniária em uma pena pessoal aplicada fisicamente sobre ela.

A pena (veja aqui um caráter penal mesmo) pelo inadimplemento era cruel, podendo chegar à morte ou venda do devedor como escravo. Muito embora haja doutrina de peso questionando a real existência de alguns dos requintes de crueldade comumente retratados e às quais geralmente se identifica o processo da *manus injectio* (p.ex. *partes secanto*), a verdade é que realmente deveriam existir, dado o seu momento histórico.

Por fim, a importância de se estudar o tema da *manus injectio* é salutar. Se por um lado representa tudo quanto aquilo que hoje se repugna e se considera como o inverso do processo executivo moderno (tal como a responsabilidade patrimonial intimamente ligada à pessoal), hoje vemos que paradoxalmente, como se solução fosse para o problema da ineficácia do processo executivo, chega a constituir a base da solução de problemas atuais, como o da ineficácia do processo executivo por quantia certa ou entrega de coisa.

Sustenta-se até a necessidade de aplicação de penas (veja que o termo aqui é aplicado quase que em seu caráter penal) para o devedor inadimplente, impingindo natureza mandamental à ordem de pagamento ou entrega de coisa, para justificar a possibilidade da prisão do devedor. Guardadas as devidas proporções, trata-se do revívio da odiosa incapacidade de desvincular a responsabilidade patrimonial da pessoal.

Ou seja, o estudo da história do processo civil é importante porque, como bem lembrado por Luiz Carlos Azevedo, *“sem ter a ousadia de encontrar a solução ideal para tamanha ordem de problemas, certo é que alguns caminhos podem ser determinados, como diretriz no empreendimento; e é significativo observar que, sob a visão geral no qual se colocam, acabam por retomar, em grande parte, o mesmo traçado já escolhido em outras épocas e em outras situações então ocorrentes.”*⁶⁰

4. BIBLIOGRAFIA

Alvarez, Ursicin. Curso de Derecho Romano, T. 1, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

Alves, José Carlos Moreira. Direito Romano, 7a ed., 1990, Forense, R. Janeiro.

Azevedo, Luis Carlos de. Introdução à história do direito, 1ª ed., RT, 2005.

Betti, Emilio. Novissimo Digesto Italiano, Vol. XIII, Processo Civile (Diritto Romano).

Cannata, *“Tertiis numundinis partis secanto”*, in *Studi in Onore di Arnaldo Biscardi*, vol. IV, pp. 59-71.

Cogliolo, Storia Del Diritto Privato Romano, vol. I.

Digesto de Justiniano.

Dinamarco. Cândido Rangel. Execução civil, 7ª ed., Malheiros, 2000.

60. Introdução à história do direito, 1ª ed., RT, 2005, p. 319.

Filho, Vicente Greco. Direito processual civil brasileiro, 3o vol., 9a ed., Saraiva, 1995.

Franciosi, '*Partes secanto*' tra magia e diritto, in *Labeo*, vol. 24, 1978.

Gaio, Institutas do Jurisconsulto Gaio, RT, 2004, trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella.

Jobbé-Duval, *Les morts malfaisants 'Larvae, Lemures' d'après le droit et les croyances populaires des Romains*, Paris, 1924.

Kaser, Max. *Das Römische Zivilprozessrecht*, VIII, 1.

Liebman, Enrico Tullio. Embargos do Executado, Saraiva, 1952, trad. J. Guimarães Menegale).

Longo, Giovanni Elio. Novíssimo Digesto Italiano, Vol. VI, Esecuzione Forzata (Diritto Romano).

Lucon, Paulo Henrique dos Santos. Embargos à execução, 2ª ed., Saraiva, S. Paulo, 2001.

Luzzato, Giuseppe. Procedura civile romana, parte II, Le Legis Actiones, Bologna, 1948.

Monier, Manuel Élémentaire de Droit Romain, Vol. I, 6a ed..

Paula, Jônatas Luiz Moreira de. História do direito processual brasileiro, Manole, S. Paulo, 2002.

_____, *Tertiis numundinis partis secanto*, R. Janeiro, 1958.

Patrício, Javier e Barreiro, A. Fernandez. Historia Del Derecho Romano y su recepción Europea, 5a ed., Paideia Ediciones, Madrid, 2000.

Pugliese, Giovanni. Novíssimo Digesto Italiano, Vol. II, Azione (Diritto Romano).

Silva, João Baptista da. Processo Romano, Líder, 2004, B. Horizonte.

Silveira, Valdemar César da. Dicionário de Direito Romano, 2o vol., Bushatsky, S. Paulo,

1957.

Tucci, José Rogério Cruz e e Azevedo, Luiz Carlos. Lições de história do processo civil romano, 1a ed., RT, 2001.

Volterra, Edoardo. Novissimo Digesto Italiano, Vol. X, "Manus".

Velasco, Ignácio M. Poveda. A execução do devedor no direito intermédio (*Beneficium competentiae*), Livraria Paulista, S. Paulo, 2002.

Zanzucchi. Le domande in separazione nell'esecuzione forzata e la rivendicazione fallimentare, Società Editrice Libreria, Milano, 1916.

DOCTRINA NACIONAL

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE É VEDADO AO CNJ

ALEXANDRE DE MORAES

Presidente da Comissão de Estudos de Direito Constitucional do IASP. Doutor e Livre-docente em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, onde é professor associado e Chefe do Departamento de Direito do Estado. Professor titular da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Escola Paulista da Magistratura e Escola Superior do Ministério Público. Foi Promotor de Justiça/SP (1991-2002), Secretário Estadual de Justiça e Defesa da Cidadania (2002-2005), Membro da 1ª Composição do Conselho Nacional de Justiça (biênio 2005-2007) e Secretário Municipal de Transportes e Serviços da Capital/SP (2007-20010). Autor de diversos livros jurídicos. Membro da Comissão de Altos Estudos Constitucionais do Conselho Federal da OAB.

A EC 45/04 concedeu ao Conselho Nacional de Justiça a elevada função de realizar o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, estabelecendo constitucionalmente suas atribuições administrativas, em especial competindo-lhe zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, pela observância dos princípios da administração pública e pela legalidade dos atos administrativos praticados pelos órgãos do Poder Judiciário e realizar a fiscalização ético-disciplinar de seus membros.

A atuação constitucional do CNJ, portanto, direciona-se para duas importantes missões, quais sejam o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e o controle do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, tendo a EC 45/04 estabelecido instrumentos de efetivo controle centralizado da legalidade sobre a atuação dos diversos juízes e tribunais, sem prejuízo, obviamente, dos controles administrativos de cada tribunal e do controle jurisdicional.

Em quase uma década, a boa atuação do CNJ vem demonstrando o acerto de sua criação pelo Congresso Nacional, porém não excluiu em diversas oportunidades a necessidade de manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre os limites constitucionais de suas importantes competências como órgão de cúpula administrativa e disciplinar do Poder Judiciário, pois sua criação reforçou a necessidade democrática de constante aprimoramento entre os poderes e instituições de Estado na prática da harmonia exigida textualmente pelo artigo 2º da Constituição, sob pena de deflagração de embates tão nocivos à República.

A definição dos limites constitucionais das importantes competências administrativas do CNJ é imprescindível para o bom funcionamento do órgão e para manutenção de sua legitimidade constitucional, salientando-se que suas competências originárias, assim como ocorre há mais de 210 anos em relação à Corte Suprema Americana e há mais de 120 anos em relação às competências originárias do Supremo Tribunal Federal, são taxativamente previstas pelo texto constitucional, pois as competências originárias dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário exigem previsão expressa e taxativa, conforme princípio tradicional nascido com o próprio constitucionalismo norte americano em 1787 e reconhecido no célebre caso *Marbury v. Madison* (1 Cranch 137 – 1803) e entre nós, desde o início da República (RTJ 43/129, 44/563, 50/72).

Esse foi o princípio adotado pelo Congresso Nacional ao editar a EC nº 45/04, e

estabelecer as competências originárias do Conselho Nacional de Justiça, somente no âmbito de atuação administrativa, e tornando-as excepcionais, inclusive em relação à autonomia dos Tribunais, permitindo o controle jurisdicional a ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal e não as confundindo com o exercício da função jurisdicional pelos juízes e tribunais, nem tampouco autorizando qualquer tipo de invasão nas competências fixadas aos demais órgãos e Instituições do Estado, mantendo-se, dessa maneira, a independência e harmonia entre os Poderes como princípio basilar da República protegido por diversos mecanismos de controles recíprocos que precisam, efetivamente, ser utilizados evitando dessa forma, a tentativa de criação inconstitucional de mecanismos que induzam a possibilidade de guerrilha institucional.

Dentro dessa perspectiva constitucional de sua criação e organização, é inconcebível a hipótese do Conselho Nacional de Justiça, órgão administrativo sem qualquer função jurisdicional, passar a exercer controle difuso de constitucionalidade nos julgamentos de seus procedimentos, sob o pretenso argumento de que lhe seja defeso em virtude de sua compete administrativa para zelar pela observância dos princípios e regras da Administração Pública previstos no artigo 37 (CF, art. 103-B, §4º, II).

Assim como outros importantes órgãos administrativos previstos na Constituição Federal com atribuições expressas para defender princípios e normas constitucionais (Ministério Público – CF, art. 129, II – compete ao Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias as suas garantias e Conselho Nacional do Ministério Público, cuja previsão constitucional de atribuição é idêntica ao CNJ – CF, art. 130-A, §2º, II – Compete ao CNMP zelar pela observância do artigo 37), no exercício de sua missão e finalidades previstas no texto maior, compete ao CNJ exercer na plenitude todas suas competências administrativas, sem obviamente poder usurpar o exercício da função de outros órgãos, inclusive a função jurisdicional de controle de constitucionalidade.

O exercício dessa competência jurisdicional pelo CNJ acarretaria triplo desrespeito ao texto maior, atentando tanto contra o Poder Legislativo, quanto contra as próprias competências jurisdicionais do Judiciário e as competências privativas de nossa Corte Suprema.

O desrespeito do CNJ em relação ao Poder Judiciário se consubstanciaria no alargamento de suas competências administrativas originárias, pois estaria usurpando

função constitucional atribuída aos juízes e tribunais (*função jurisdicional*) e ignorando expressa competência do próprio Supremo Tribunal Federal (*"guardião da Constituição"*).

A declaração incidental de inconstitucionalidade ou, conforme denominação do *Chief Justice Marshall* (1 Chanch 137 – 1803 – *Marbury v. Madison*) a ampla revisão judicial, somente é permitida de maneira excepcional aos juízes e tribunais para o pleno exercício de suas funções jurisdicionais, devendo o magistrado garantir a supremacia da normas constitucionais ao solucionar de forma definitiva o caso concreto posto em juízo.

Trata-se, portanto de excepcionalidade concedida somente aos órgãos exercentes de função jurisdicional, aceita pelos mecanismos de freios e contrapesos existentes na separação de poderes e não extensível a qualquer outro órgão administrativo (cf. Henry Abraham, Thomas Cooley, Lawrence Baum, Bernard Shawartz, Carl Brent Swisher, Kermit L. Hall, Jethro Lieberman, Herman Pritchett, Robert Goldwin, entre outros).

Porém, a possibilidade de exercício do controle difuso pelo CNJ é mais grave do que somente a configuração de usurpação de função jurisdicional por órgão administrativo, em virtude da extensão dos efeitos de suas decisões em procedimentos administrativos relativos aos diversos tribunais.

O controle difuso exercido administrativamente pelo Conselho Nacional de Justiça traria consigo a *transcendência dos efeitos*, pois na maioria das vezes, ao declarar a inconstitucionalidade ou, eufemisticamente, afastar incidentalmente a aplicação de uma lei federal ou estadual de organização judiciária, de regulamentação dos serviços judiciários ou regramento funcional da magistratura, o CNJ não só estaria julgando o caso concreto, mas também acabaria determinando aos órgãos de administração dos referidos Tribunais que deixassem de aplicar essa mesma lei para todos os demais casos idênticos, extrapolando os efeitos concretos e intrapartes e tornando-os *erga omnes e vinculantes* no âmbito daquele tribunal.

A decisão do CNJ configuraria, portanto, além de exercício não permitido de função jurisdicional, clara hipótese de transcendência dos efeitos do controle difuso, com usurpação cumulativa das competências constitucionais exclusivas tanto do Supremo Tribunal Federal (controle abstrato de constitucionalidade, CF, art. 102, I, 'a'), quanto do Senado Federal (mecanismo de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade, CF, art. 52, X).

Tome-se como exemplo, eventual procedimento de controle administrativo onde determinado candidato a cargo de servidor do Poder Judiciário requer ao CNJ a nulidade do concurso em virtude da presença de suposta inconstitucionalidade da lei estadual, vigente e eficaz, que o regulamenta. Ao declarar incidentalmente essa inconstitucionalidade e decretar a nulidade do concurso, o CNJ estará impedindo a aplicação da lei estadual pelos órgãos de administração do Judiciário local, não somente para o referido candidato que impugnou o concurso, mas também para o concurso atual e os posteriores, ou seja, a decisão terá efeitos *erga omnes e vinculantes* no âmbito daquele órgão do Poder Judiciário, a quem se aplica a lei.

Trata-se da denominada *transcendência dos efeitos do controle difuso* que o próprio Supremo Tribunal Federal não permitiu a si mesmo, se autolimitando no julgamento da Reclamação 4.335/AC, julgada em 16 de maio de 2013, por entender que a Corte Suprema não poderia invadir competência constitucional do Senado Federal, prevista no artigo 52, X, do texto atual, pois a Constituição Federal previu um mecanismo específico de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade pelo STF, autorizando que a Câmara Alta do Congresso Nacional edite resolução para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional incidentalmente por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Em verdade, nas hipóteses de afastamento incidental da aplicação de lei específica no âmbito de determinado órgão do Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça, por via reflexa, estaria automaticamente aplicando a *transcendência dos efeitos do controle difuso* e desrespeitando frontalmente a competência para o exercício do controle concentrado reservada com exclusividade ao Supremo Tribunal Federal pelo texto constitucional, pois estaria obrigando, a partir de um caso concreto, aquele órgão Judiciário a deixar de aplicar uma lei em todas as situações idênticas (*efeitos vinculantes*).

A transformação do controle difuso em concentrado em virtude da transmutação de seus efeitos, com patente usurpação da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, não é admitida em nosso ordenamento jurídico constitucional nem mesmo em âmbito jurisdicional, quanto mais em âmbito administrativo.

Em hipóteses semelhantes, no âmbito do exercício de função jurisdicional, o Supremo Tribunal Federal não entende possível que, a decisão jurisdicional e incidental de inconstitucionalidade de juiz ou tribunal em um caso concreto extrapole seus efeitos entre

as partes e passe a gerar reflexos *erga omnes*.

Veda-se, portanto, a utilização de instrumentos processuais que visem a obtenção de feitos gerais nas declarações de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, não importando se tal declaração consta como pedido principal ou como pedido incidental, pois mesmo nessa última hipótese, a declaração de inconstitucionalidade poderá não se restringir somente às partes daquele processo. É o que se proíbe, por exemplo, em alguns casos onde se pretende a declaração incidental de inconstitucionalidade em sede de ação civil pública como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade, a fim de exercer controle concentrado de constitucionalidade (STF/Rcls. 633, 554, 2224).

Não bastasse a configuração do desrespeito à função jurisdicional e a competência exclusiva do STF, essa hipótese fere as funções do Legislativo, pois a possibilidade do CNJ declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público incidentalmente em seus procedimentos administrativos atentaria frontalmente contra os mecanismos recíprocos de freios e contrapesos (*check and balances*) estabelecidos no texto constitucional como pilares à Separação de Poderes, e que se consubstancia em cláusula pétrea em nosso sistema normativo, nos termos do artigo 60, §4º, III, da Constituição Federal, pois ausente a necessária legitimidade constitucional a que esse, ou qualquer outro órgão administrativo, possa afastar leis devidamente emanadas pelo Poder Legislativo.

Não restam dúvidas, portanto, que permitir ao Conselho Nacional de Justiça, inclusive de ofício, o exercício do controle difuso de constitucionalidade em relação às leis federais e estaduais de regência do Poder Judiciário, com consequente transcendência dos efeitos de suas decisões vinculando todos os órgãos de administração judiciária daquele determinado órgão, seria o reconhecimento de novas e perigosas competências originárias de caráter jurisdicionais não previstas no texto constitucional, em usurpação às competências do Supremo Tribunal Federal.

Aceitar a possibilidade de exercício de controle difuso pelo Conselho Nacional de Justiça seria reconhecer substancial e inconstitucional acréscimo à sua competência de controle da atividade administrativa e financeira do Judiciário e controle ético-disciplinar de seus membros (ADI 3367), apesar da inexistência dessa previsão na EC 45/04, transformando-o de órgão de cúpula administrativa em verdadeiro Tribunal Constitucional no âmbito do Poder Judiciário e concedendo-lhe a possibilidade de analisar de ofício ou por provocação de qualquer pessoa (legitimidade popular), todas as leis estaduais ou federais de incidência

na atividade administrativa, financeira ou ético-disciplinar do Judiciário, com efeitos vinculantes de suas decisões em relação aos órgãos administrativos dos demais Tribunais, que não poderiam negar aplicação àquela decisão.

Mesmo que a decisão do Conselho Nacional de Justiça fosse restrita ao âmbito da legislação do Poder Judiciário, a Constituição Federal não admite qualquer hipótese de controvérsia sobre a exclusividade do Supremo Tribunal Federal como o órgão detentor da grave missão constitucional de *“Guardião da Constituição”*, com ampla possibilidade de utilização das técnicas de interpretação constitucional como instrumento de mutação informal de seu texto, mediante compatibilização de seus princípios com as exigências e transformações históricas, sociais e culturais da sociedade, principalmente para concretização e defesa integral e efetividade máxima dos direitos fundamentais e dos princípios da administração pública.

Trata-se da efetivação da ideia de Hans Kelsen, exposta por esse em artigo publicado em 1930 (*Quem deve ser o guardião da Constituição?*), onde defendeu a existência de uma Justiça constitucional como meio adequado de garantia da essência da Democracia, efetivando a proteção de todos os grupos sociais — proteção contra majoritária — e contribuindo com a paz sócia, pois a Assembleia Nacional Constituinte consagrou nosso Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, como guardião final do texto constitucional, e o Supremo Tribunal Federal como seu maior intérprete, protegendo essa escolha com o manto da cláusula pétrea da separação de Poderes (CF, artigo 60, parágrafo 4º, III).

Haveria nessa hipótese *inaceitável subversão constitucional*, pois o texto constitucional não prevê essa competência jurisdicional ao Conselho Nacional de Justiça, que, igualmente, não se submete as regras de freios e contrapesos previstas pela Constituição Federal ao Supremo Tribunal Federal para interpretar seu texto (legitimidade taxativa, pertinência temática, cláusula de reserva de plenário, quórum qualificado para modulação dos efeitos, quórum qualificado para edição de súmulas vinculantes etc.), e que acabam por ponderar, balancear e limitar esse poder.

Não nos parece possível, que

A Constituição Federal não permite, sob pena de desrespeito aos artigos 52, inciso X, 102, I, “a” e 103-B, ao Conselho Nacional de Justiça o exercício do controle difuso de constitucionalidade, mesmo que, repita-se, seja eufemisticamente denominado de

competência administrativa de deixar de aplicar a lei vigente e eficaz no caso concreto com reflexos para os órgãos da Magistratura submetidos ao procedimento administrativo, sob o argumento de zelar pela observância dos princípios da administração pública e pela legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, pois representaria usurpação de função jurisdicional, invasão à competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal e desrespeito ao Poder Legislativo.

DOCTRINA NACIONAL

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: SEUS REQUISITOS, FASES PROCESSUAIS E INVALIDADES

ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS

Diretor da Biblioteca do IASP.

Mestre e Doutor em Direito Público pela PUC/SP.

Professor do curso de Mestrado e Bacharelado da UNINOVE.

Advogado no Brasil e em Portugal.

SUMÁRIO

1. Contexto e desenvolvimento da análise pretendida – noções gerais; 2. Conceituação de contrato administrativo e suas fases; 3. Requisitos do contrato administrativo, 3.1. Conteúdo, motivação e seus respectivos objetos no contrato administrativo, 3.2. Forma, formalização e processo no contrato administrativo, 3.3. Relações lógicas causais e teleológicas no contrato administrativo, 3.4. Sujeitos pactuais e a pertinência ao exercício da função administrativa; 4. Conclusões; 5.Referências.

1. CONTEXTO E DESENVOLVIMENTO DA ANÁLISE PRETENDIDA - NOÇÕES GERAIS

No presente estudo o que se busca é uma exposição concisa, porém transparente e precisa, dos requisitos, ou melhor, dos elementos e pressupostos do ato administrativo *lato sensu* em que se consubstancia o contrato administrativo, segundo uma visão estática, monolítica, sem se perder, no entanto, sua concomitante e indissociável perspectiva dinâmica, processual, tanto de criação como de desenvolvimento.

Nesse contexto, introjetam-se as mais recentes tendências doutrinárias, pátrias e internacionais, de se encarar o contrato administrativo como imanente nas acepções da dita “relação jurídico-administrativa” ou “relação jurídica de Administração Pública”, atualizando-oparaasnecessidadeshodiernasdeumEstadoSocialcada vez mais prestador de novos serviços.

Em sua dimensão estática, ou seja, visto enquanto ato administrativo *lato sensu*, o contrato administrativo terá seus elementos e pressupostos estudados também em conjunto com o da “vontade pública”, dentro do processo e procedimentos de sua conformação, a exemplo do que ocorre com o ato administrativo *stricto sensu*, valendo-se, para tanto, da doutrina administrativa pátria de escol sobre o tema, com acréscimos advindos da lógica jurídica em atualização e solução de algumas inquietações em torno de algumas invalidades, seus efeitos e vias de superação.

A seu turno, quanto à sua dimensão dinâmica, e mais especificamente quanto às fases procedimentais contratuais administrativas, tem-se constatadas as duas mais genéricas acima referidas (**pré-negocial** e de **desenvolvimento**), sendo, cada qual, precipuamente decomponíveis em outras duas, quais sejam, **licitatória interna** (ou, simplesmente, **planejamento**) e **licitatória externa** (denominada **licitatória propriamente dita** ou de **formação**), ambas separadas pela publicação do edital e, a partir da vigência pactual, de **desenvolvimento contratual propriamente dita**, acoimada ainda de **executória**, até o exaurimento do seu objeto ou extinção antecipada, passando-se, daí, à última subfase, a dita de **pós-exaurimento** para cumprimento de alguns deveres instrumentais, secundários ou acessórios, dependentes ou independentes da relação jurídica contratual principal, inspirados primordialmente pelo primado da boa-fé objetiva administrativa, no Direito pátrio inserto como subprincípio da moralidade administrativa.

O contrato administrativo, com isso, é observado como um instituto jurídico capaz de viabilizar o próprio Estado hodierno, cada vez mais prestador de serviços por excelência, cuja qualidade exigida é sempre a melhor em busca de uma eficiência máxima, segundo valores de governança corporativa, desenvolvidos pelas Ciências da Administração e Economia, e importados para o Direito Administrativo dentro das acepções mais atuais do princípio da boa administração pública e da *global governance*.

Torna-se, assim, um concretizador de políticas públicas estatais, mediante um enfatizar cada vez mais crescente do seu cunho consensual, cooperador, dialógico, concertado, enfim, de colaboração entre os quatro pólos atuantes em suas relações-componentes de clara **parceria** e em evidente trilateralidade funcional.

À luz dessa realidade acima narrada, a análise cá pretendida identifica o **contrato administrativo** em suas **concomitantes** acepções de **relação jurídica complexa** (inclusive à luz da **teoria da relação jurídico-administrativa**) e de **norma jurídica individual e concreta** (ante a **teoria do ato administrativo**, aqui *lato sensu*), vinculado ao conceito de **processo**, inclusive de **invalidação**, mediante a identificação das respectivas realidades procedimentais (e processuais) em que se verifica inserido¹, a fim de permitir um eficiente e eficaz controle de seus planejamento, confecção e execução².

1. A respeito da aplicação da **teoria da relação jurídica de Administração Pública**, também dita **relação jurídico-administrativa**, em contrapartida conexa e instrumental à **teoria do ato administrativo**, Alexandre Mazza tece importante observação, haurida de sua Tese de Doutorado em Direito Administrativo defendida na PUC/SP - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sobre as vantagens auferíveis com esse emprego, inclusive à luz da noção de processo administrativo. Com efeito, ensina que *Tradicionalmente, o Direito Administrativo sempre foi estudado a partir da noção fundamental de ato administrativo. A teoria do ato administrativo, no entanto, é útil para compreender as manifestações unilaterais e impositivas do Poder Público, mas não se mostra suficiente para explicar grande parte das diversificadas atuações da Administração Pública moderna, tais como atividades de fomento, contratos multilaterais, acordos de cooperação e outros instrumentos da gestão consensual do interesse público. Assim, a construção de uma teoria da relação jurídica de Administração Pública oferece diversas vantagens ao estudioso, entre as quais merecem destaque: (...) e) compreender a importância da instauração de uma relação jurídica (processo administrativo) como condição de validade da tomada de decisões pela Administração Pública, assim como entender o papel de parte imparcial cumprido pelo ente público nos referidos processos* (*Manual de Direito Administrativo*. São Paulo : Saraiva, 2ª ed., 2012, p. 517-518). Calha lembrar que é nessa relação jurídica de cunho processual administrativa, vista como condição de validade para a tomada de decisão administrativa, que se inserem a **participação popular** e o **controle social**, importantes e poderosos instrumentos de **eficiência** e **eficácia**, inclusive **regulamentadora** e **regulatória**, do atuar da Administração Pública, da atividade administrativa ou, simplesmente, da administração pública.

2. *A vontade da Administração é a vontade da lei concretizada. Mas ocorre que, entre a lei e o ato administrativo existe um longo percurso. Aquela não se transforma automaticamente neste: um trâmite lógico e real se interpõe.*

Daí, tem-se a da plena utilização do conceito de processo administrativo para se estabelecer a correta acepção da relação jurídico-administrativa pactual pública, com a respectiva sistematização das suas várias definições sendo aplicada aos contratos administrativos, enquanto um verdadeiro instrumental de análise que incrementa a visão das suas invalidades (inclusive circunscritas às omissões do Estado-contratante), permitindo com maior facilidade a identificação de seus efeitos jurídicos também quanto às possibilidades de sua superação.

2. CONCEITUAÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO E SUAS FASES

Esclarece-se que, quanto aos ajustes públicos, ora adotam-se as posturas doutrinárias de Diogo de Figueiredo Moreira Neto³ e José Manuel Sérvulo Correia⁴ ao distinguirem **contratos** (convenção-contrato) – cujas prestações são **recíprocas**, voltando-se ao atendimento de interesses distintos dos pactuantes – de **acordos** (convenção-união) – cujas prestações são **integrativas**, porquanto se destinam à satisfação de interesses comuns – (subdivididos no Direito Administrativo, basicamente, em **convênios** e **consórcios**), sendo ambos espécies englobadas pelo gênero **pacto** (ou também dito negócio jurídico⁵).

É justamente este concretizar-se que precisamos conhecer, regular e controlar. Para essa missão, o estudo do ato administrativo parece impotente, porque este é uma categoria estática, pouco ampla para captar uma realidade dinâmica, feita puro movimento (SUNDFELD, Carlos Ari. “A importância do procedimento administrativo”. *Revista de direito público*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, nº 84, out./dez. de 1987, p. 65). No mesmo diapasão, tem-se a antiga lição de Marco Aurélio Greco ao estipular que *Em tema de controle o procedimento exerce grande importância, pois na medida em que são fixadas seqüências comportamentais obrigatórias, o interessado poderá constatar a exatidão das inúmeras etapas e diagnosticar o momento e o alcance de qualquer desvio (Dinâmica da tributação e procedimento*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1979, p. 98).

3. “Novos institutos consensuais da ação administrativa”. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, nº 231, p. 145; “Políticas públicas e parcerias: juridicidade, flexibilidade negocial e tipicidade na administração negocial”. *BLC - Boletim de licitação e contratos*. São Paulo : NDJ – Nova Dimensão Jurídica, ano 21, nº 1, janeiro de 2008, p. 39.

4. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Braga (Portugal) : Livraria Almedina, 2003 (reimpr. da ed. de 1987), p. 343-344 e nota de rodapé nº 4.

5. Na lição de Edmir Netto de Araújo, Negócio Jurídico, *portanto, é entendido como declaração de vontade preordenada à produção de conseqüências jurídicas agasalhadas pelo ordenamento, mas precisamente aqueles efeitos que com a declaração transitiva se desejou alcançar, e esse resultado se transforma e se concretiza em uma relação jurídica nova, inexistente antes das declarações* (*Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 153). Esse autor esclarece, ainda, que o negócio jurídico não apenas é visto

No mesmo sentido, Edmir Netto de Araújo, ao estabelecer a relação de antecedente para conseqüente no **negócio jurídico administrativo**, descreve a existência de efeitos jurídicos voluntários entre a Administração e o particular, em desprezo aos efeitos involuntários (advindos tanto das manifestações como de primitivas operações materiais, as quais, assim, passam a ter conseqüências, tornando-se fatos jurídicos da Administração⁶), que caracterizam o dito contrato administrativo como uma de suas espécies⁷.

Posta tal relevante distinção, define-se contrato administrativo como sendo relação jurídica composta por atos jurídicos em que, sob a influência legal ou de cláusulas (chamadas “exorbitantes”), ou, ainda, em virtude do objeto versado pela avença, pelo ajuste, a Administração assume postura própria para atendimento de um interesse administrativo em jogo⁸. Suas **fases** são a **pré-negocial** ou **pré-contratual**, apresentando uma **faceta interna**, quanto ao seu planejamento (cada vez mais participativo, a envolver a realização de audiência pública, quando o caso, inclusive em precedência à elaboração do edital de licitação), e outra **externa**, voltada para a formação do contrato ao longo da licitação até

como um fato jurídico em sentido estrito, como também uma espécie de ato jurídico em sentido amplo (*Ibidem*, p. 21), dentro do qual se tem os atos administrativos *lato sensu* (*Ibidem*, p. 154).

6. Cumpre observar que ato material, em si, não se confunde com fato jurídico porquanto: a) não constitui, modifica ou extingue uma relação ou norma jurídica; b) não substitui uma relação jurídica por outra; e c) nem qualifica coisas, pessoas ou outros fatos.

7. Finalmente, chegamos àquela classe de efeitos jurídicos que são produzidos ex voluntate, e não só em razão do que o ordenamento determina: as declarações de vontade se orientam no sentido da produção dos efeitos com elas desejados, criando uma relação jurídica nova, inexistente antes das declarações, na forma que o ordenamento prescreve, por agente público competente no exercício de suas funções, e na medida em que o mesmo ordenamento admite ou atribui conseqüências às mesmas declarações. Essa situação caracteriza o que a doutrina denomina negócio jurídico, que no direito privado também leva o criticável epíteto (criticável no âmbito do direito administrativo como veremos adiante) de ato negocial, e que geralmente constitui-se de mais de uma declaração unitária de vontade, conjugadas, resultando em um terceiro tipo, podendo tais vontades ser opostas, gerando obrigações recíprocas, quando estaremos diante da figura do contrato, “da administração” ou “administrativo” conforme se coloque ou não o Estado em posição de supremacia frente ao particular; ou então paralelas, com o mesmo objetivo, geralmente entre órgãos estatais diferentes, quando teremos os convênios (que não obstante, podem travar-se entre Administração e particulares) e consórcios administrativos, também admissíveis em forma plurilateral (Do negócio jurídico administrativo. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 167).

8. Celso Antônio Bandeira de Mello define, com entendimento que se compartilha, que o “contrato” administrativo deve ser conceituado como ...um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses do contratante privado (Curso..., 20ª ed., p. 583-584).

a sua constituição em si⁹, e a de **desenvolvimento, execução**, pertinente a todo o seu desdobramento até o adimplemento completo e as eventuais relações pós-exaurimento¹⁰.

A importância do reconhecimento e divisão do contrato administrativo em fases reside não apenas no fato de se poder verificar os cunhos abstrato e causal de seus atos-componentes ao longo do processo, ou distinguir seu planejamento, da sua formação, constituição e do seu exaurimento, mas também pela utilidade de permitir se estabelecer os requisitos dos seus diversos atos-componentes nas diferentes etapas em que se encontrarem¹¹.

E quanto aos seus atos jurídicos componentes, considera-se que os contratos administrativos, hodiernamente, são dotados de quatro pólos distintos de atuação, consistentes na **Administração Pública contratante**, no **particular contratado**, nos **usuários** e nos **reguladores autônomos**, ressaíndo clara, daí, a **trilateralidade funcional** (atividade regulatória, atividade prestadora e atividade de fruição das prestações, com os deveres e direitos delas efluentes) da relação jurídica complexa em que consubstanciadas as avenças com o Estado e os particulares¹²¹³.

9. Cumpre observar-se que a faceta externa da fase pré-negocial do contrato administrativo tem seu início, à luz do exposto pelo art. 38, da Lei nº 8.666/93, com a deflagração da licitação, ou seja, com a abertura de tal processo administrativo mediante a autuação do protocolado e aposição de numeração, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, além dos demais documentos elencados nos incisos I a XII do supra-referido dispositivo legal.

10. Nesse caso, a relação jurídica pactual pública principal adimplida subsistirá apenas para dar substrato de validade, de origem da relação jurídica exsurgida a partir do seu exaurimento, a impor deveres ditos adicionais, anexos, secundários ou instrumentais, consistentes em indicações, atos protecionistas (como, **e. g.**, o dever de se afastarem danos) e os atos de vigilância, de guarda, de cooperação e de assistência, consoante dicção expressa de ensinamento advindo de Clóvis V. do Couto e Silva (*A obrigação como processo*. Rio de Janeiro : Editora FGV, 1ª ed., 2006, 5ª reimpr., 2011, p. 91-93).

11. *A divisão em planos não tem por finalidade apenas determinar se o ato é abstrato ou causal, ou diferenciar nascimento de obrigação de seu adimplemento, mas é útil, sobretudo, ao estabelecimento de um discrimine entre os principais requisitos dos atos que se inserem num ou noutro setor. Esse discrimine é básico, e tem sua maior importância quando se trata de adimplemento que consista na transferência de propriedade (Ibidem, p. 54).*

12. CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. "O contexto sinérgico das atividades de regulação administrativa concertada à luz dos denominados contratos administrativos". *Interesse Público*. Belo Horizonte : Editora Fórum, ano 12, nº 61, maio/junho de 2010, p. 69-82.

13. Embora a omissão por parte de algum destes atores possa implicar invalidade no contrato administrativo, de modo que seus efeitos, ao serem especificados, possam ou não ser superados, a leitura aqui empreendida, repita-se, será vocacionada às condutas do pólo contratante.

3. REQUISITOS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

De outro lado, quanto aos seus **requisitos**¹⁴, tem-se que no âmbito dos contratos administrativos, em uma óptica monolítica que os isola como um todo único (ou seja, enquanto um ato-norma administrativo *lato sensu*), seus elementos e pressupostos são os mesmos que os adotados para os atos-norma administrativos *stricto sensu*.

Nesse aspecto, diverge-se parcialmente de Celso Antônio Bandeira de Mello para não considerar como pressupostos as relações de cunho teleológico e causais, pois constantes lógicas. Também se faz tal divergência ao se ter a **motivação** (antecedente do ato-norma administrativo) como um elemento, juntamente com o **conteúdo** (conseqüente do ato-norma administrativo), e não como mero componente, integrante da formalização¹⁵.

3.1. CONTEÚDO, MOTIVAÇÃO E SEUS RESPECTIVOS OBJETOS NO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Em tal direcionamento, deve-se pensar não apenas em um **objeto relacionado ao conteúdo**¹⁶ (conseqüente normativo), mas também em um **objeto vinculado à motivação** (descrição fático-jurídica em que fundado o ato-norma administrativo, ou seja, **motivo**), consistente naquilo sobre o que ela descreve.

14. Sobre o sentido da expressão "requisito" abarcar os elementos e pressupostos, ver: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, 28ª ed., 2011, item "24", p. 390.

15. Alberto Ramon Real, em sua doutrina sobre a motivação do ato administrativo, chegou à mesma conclusão ao asseverar que *La omisión o defecto grave de la fundamentación produce nulidad por vicio de un elemento esencial del acto, que excede su formalidad y toca su contenido y racionalidad* ("Fundamentación del acto administrativo". *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, nº 62, abr./jun. de 1982, p. 17).

16. *Aliás, esse posicionamento do autor - que antes considerava o objeto absorvido no conteúdo - se funda nas lições de Weida Zancaner sobre o assunto, para quem é necessário distinguir o objeto do conteúdo, já que há objetos que não podem ser suportes para a emanção de uma declaração jurídica, quais sejam, aqueles fática e juridicamente impossíveis. O objeto dos contratos administrativos consiste na relação jurídica obrigacional. São as prestações (de dar, fazer ou não- fazer) que a Administração e a outra parte se obrigaram a cumprir. O objeto mediato do contrato é o bem jurídico sobre o qual versa a prestação. O objeto contratual deve ser - além de lícito, pois é o que impõe o princípio da legalidade -, determinado. Vale lembrar que, no âmbito da licitação, é necessário que o objeto da futura contratação seja descrito de forma precisa e suficiente no ato convocatório da licitação (art. 40, I, e § 2º, da Lei 8.666/1993), a fim de propiciar uma competição adequada* (FREIRE, André Luiz. *Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos*. São Paulo : Malheiros Editores, 2008, p. 57).

Por tal razão, dentre os elementos, o **conteúdo** é representado, no que tange aos deveres obrigacionais principais, pelas prescrições que impõem, ao contratado, cumprir a prestação de determinado modo e, à Administração, realizar o pagamento no lapso e valor pré-fixados¹⁷. O **conteúdo**, assim, configura-se enquanto as cláusulas contratuais que regem as condutas de ambos os coadjuvantes, Administração contratante e particular contratado¹⁸.

Da mesma maneira, as cláusulas contratuais que encerram obrigações¹⁹ acessórias

17. *No âmbito dos contratos administrativos, o conteúdo é basicamente representado pelas normas que obrigam o contratado a cumprir a prestação de determinado modo e pela norma que impõe à Administração o dever de, uma vez executado objeto pelo contratado, efetuar o pagamento num prazo específico. Pode-se dizer que essas são as normas que tratam da obrigação principal, sendo certo que também existem normas que dispõem sobre as obrigações acessórias. Em suma, o conteúdo do contrato administrativo se identifica com as normas (individuais e concretas) que disciplinam a relação jurídica obrigacional que liga a Administração e o terceiro (Ibidem, p. 56).*

18. Segundo Hely Lopes Meirelles, O conteúdo do contrato é a vontade das partes expressa no momento de sua formalização. Daí a necessidade de cláusulas que fixem com fidelidade o objeto do ajuste e definam com precisão os direitos, obrigações, encargos e responsabilidades dos contratantes, em conformidade com o edital e a proposta vencedora. **No caso de dispensa ou inexistência de licitação, o conteúdo do contrato deve ater-se ao despacho que autorizou sua realização e à proposta escolhida, devendo, ainda, mencionar o número do processo que a autorizou (art. 61) (Direito administrativo brasileiro.** São Paulo : Malheiros Editores, 32ª ed., 2006, p. 221). Quanto às cláusulas legal-contratuais de conteúdo necessário, tem-se as estipuladas no art. 55, da Lei nº 8.666/93 (para os contratos administrativos em geral), as do art. 23, da Lei nº 8.987/95 (para as concessões públicas) e as do art. 52, da Lei nº 11.079/04 (para as parcerias público-privadas) – vale a ressalva de que a doutrina tem verificado que apenas uma parcela dessas cláusulas legais previstas no incisos normativos são estritamente obrigatórias. Com isso, tem-se no contrato administrativo as ditas **cláusulas essenciais, cuja** omissão ou imprestabilidade impede ou dificulta a sua execução, mediante a introdução de uma invalidade, como ainda as **cláusulas implícitas, as quais**, por serem da compostura jurídica do ajuste público, consideram-se existentes mesmo que não escritas. Dentre elas, podem-se citar as que: a) permitem a rescisão unilateral por interesse público, mediante indenização; b) as que autorizam a alteração unilateral por conveniência do serviço, desde que mantida a equação, o equilíbrio econômico-financeiro; c) as que viabilizam a redução ou ampliação do objeto; e d) as que permitem a assumpção dos trabalhos paralisados, para evitar a solução de continuidade do serviço público.

19. Segundo José Souto Maior Borges, a unidade de métodos entre ciências naturais e sociais é que permite ver-se a obrigação, ou melhor, o dever obrigacional como categoria dogmática, cuja forma advém da Teoria Geral do Direito e o conteúdo do Direito Positivo, segundo o positivismo jurídico-metodológico (**Obrigação tributária (uma introdução metodológica)**). São Paulo : Malheiros Editores, 2ª ed., 1999, p. 19-20, 32-33 e 38). Assim, explícita de forma acertada que a Teoria Geral do Direito e o Direito Positivo permitem que as obrigações de um determinado ramo do Direito agreguem ao seu conteúdo objetos distintos aos das obrigações de outros ramos do Direito, podendo, **e. g.**, prescindir-se do cunho patrimonial (*Ibidem*, p. 38-39). Nesse ponto, é importante salientar a correta crítica de José Souto Maior Borges sobre a indevida adoção no âmbito do Direito Tributário,

com deveres adicionais, secundários, anexos ou instrumentais, inclusive hauridos implicitamente a partir do primado da boa-fé objetiva, compõem igualmente o **conteúdo** do ajuste público²⁰.

Quanto ao **objeto conteudístico** contratual público, havido como um dos seus pressupostos de existência, tem-se sua configuração na relação jurídica obrigacional, sendo as prestações de dar, fazer ou não-fazer vistas como deveres jurídicos dos contraentes. Diz com as específicas prestações sobre as quais a avença versa, bem como as correlatas sanções e garantias de adimplemento de ambos os contraentes²¹.

especificamente na hipótese das obrigações por ele enfocada, de discutido modelo civilista por uma questão puramente de tradição, importando-se, assim, problemas de outro ramo do Direito, em írrito detrimento de outra metodologia mais salutar (*Ibidem*, p. 42 e 46-47). Segundo tal problemático modelo civilista, as obrigações, quanto à sua composição, podem se dividir, além das partes, em, dependendo da classificação adotada, *debitum* (correspondente ao objeto da prestação, na acepção do antigo direito romano, subdividindo-se, ainda, em um *facere*, *dare* ou *non facere*) e *obligatio* (responsabilidade em que incorre o sujeito passivo pelo inadimplemento do *debitum*, constituindo o cerne da norma individual e concreta que, em matéria fiscal, é o lançamento), ou *crédito* (existe a partir do surgimento da dívida, compondo a prestação, o *debitum*) e *pretensão* (o direito de reclamar a prestação), conforme observa Américo Masset Lacombe, por ocasião da sua análise das relações obrigacionais tributárias, explicando as doutrinas de Brinz e A. Von Tuhr (*Obrigação tributária*. Florianópolis: Obra Jurídica Editora, 2ª ed., 1996, p. 77-80). No mesmo diapasão crítico de José Souto Maior Borges é a doutrina de Clóvis V. do Couto e Silva (*A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1ª ed., 2006, 5ª reimpr., 2011, p. 81-84). Esse autor, aliás, distingue os deveres entre si ao ensinar que se dividem em primários e secundários, sendo estes subdivididos em deveres de indicação e esclarecimento, deveres de cooperação e auxílio, independentes e dependentes, bem como do credor, além dos ditos “deveres para consigo mesmo” (*Ibidem*, p. 91-98).

20. *Integram o contrato também o edital, o projeto com suas especificações, memoriais, cálculos, planilhas, cronogramas e demais elementos pertinentes e complementam-no, ainda que não expressas em suas cláusulas, as disposições de leis, regulamentos, caderno de encargos da repartição contratante e normas técnicas oficiais concernentes ao seu objeto* (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 32ª ed., 2006, p. 221).

21. Nesse sentido, cumpre salientar que são **objeto desse conteúdo**, ou seja, **são cláusulas essenciais em todo contrato as que estabelecem**: o objeto prestacional e seus elementos; regime de execução ou a forma de fornecimento; preço e condição de pagamento, reajuste de preços e atualização monetária; prazos de início e conclusão da avença; o critério pelo qual haverá a correrão das despesas; as garantias oferecidas para assegurar sua execução, quando exigidas; os direitos, responsabilidades das partes e as respectivas apenações, inclusive pecuniárias (multas); as hipóteses de rescisão, com o reconhecimento dos direitos da Administração Pública, em caso de rescisão administrativa, provocada por inexecução total ou parcial do contrato; a data e a taxa de câmbio para conversão; a vinculação ao edital; a legislação aplicável; e a obrigação do contratado de manter todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação. Já dentre as **cláusulas implícitas, configuradas pelas ditas cláusulas exorbitantes** que excedem do direito comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração Pública ou ao contratado, seu **objeto** será expressão de sujeição especial, também chamada de relação de especial sujeição, enquanto regulamentação do ajuste público, cuja validade se constata

A **motivação**, a seu turno, aqui tratada enquanto elemento do próprio contrato administrativo, consiste na determinação, na enunciação dos fundamentos de fato e de direito em que se fundam suas cláusulas, consoante nele próprio expostos e verificados, sustentando-se a legalidade e a legitimidade, esta enquanto não apenas a oportunidade e conveniência de sua existência, mas vinculada aos primados constitucionais de forma sistematizada, com a exposição da sua causa a permitir um seguro controle inclusive social²².

Na direção dessas idéias é que a **motivação (aliunde)**, ou seja, nos autos do processo administrativo pré-contratual – licitatório) aparece como o antecedente do ato-norma administrativo *lato sensu* em que se consubstancia o contrato administrativo, consistindo

desde que fundada em lei ou princípio que regeria a atividade administrativa.

22. A exemplo da doutrina voltada para o ato administrativo *stricto sensu*, é de se aplicar aos contratos administrativos as mesmas críticas voltadas à motivação que, segundo o entendimento adotado, por ser elemento do ato administrativo (*lato* ou *stricto sensu*), mostra-se sempre obrigatória, quer para os atos praticados em exercício de competência discricionária ou vinculada. Nesse aspecto, inclusive, diverge-se de Carlos Ari Sundfeld quando abre exceção para os atos administrativos *...obrigatórios, de conteúdo absolutamente regrado, baseados em fatos sem qualquer complexidade...* (“Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados”. *Revista de direito público*. São Paulo : Revista dos Tribunais, nº 75, jul./set. de 1985, p. 122). Com efeito, entende-se que não existe ato administrativo com conteúdo de tal modo absolutamente isento de dúvidas interpretativas e vinculado a ponto de dispensar a motivação, assim necessária nem que apenas para efeitos de facilitar o exercício do controle social, também realizado por leigos, cuja importância é amplamente reconhecida por esse próprio autor ao evidenciar que *...não é apenas o controle judicial a reclamar a motivação, que atende também à necessidade de generalizada tutela da sociedade sobre a ação do Estado...* (*Ibidem*, p.122). Calha comentar, que nem mesmo o exemplo clássico da aposentadoria compulsória por idade revela-se sempre isento de dúvidas. Casos há, e não tão raros assim, em que pessoas não têm ao certo sua data de nascimento ou porquanto não foram registrados quando crianças, ou porque possuem mais de um registro com datas diferentes (registro de batismo e registro civil). Exemplo dessa divergência de datas se dá, *e.g.*, com Pelé, o dito rei do Futebol, conforme narrado em sua autobiografia e notoriamente conhecido (NASCIMENTO, Edson Arantes do. *Pelé, a autobiografia*. Rio de Janeiro : Sextante, 2006). Em casos desse jaez, mister motivar-se para definir qual de ambas as datas é a escolhida para a tomada da decisão administrativa. Nessa senda, prefere-se adotar a doutrina de Juarez Freitas, segundo a qual, *Na era do direito administrativo da racionalidade aberta, o bom administrador público cumpre o dever de indicar, na prática dos atos vinculados e discricionários*, os fundamentos de fato e de direito, em face da inafastável margem de apreciação, presente no mais vinculado dos atos. *Imperativo, pois, que* todos os atos administrativos, sobremodo se afetarem direitos, ostentem uma explícita justificação, em analogia com o que sucede com os atos jurisdicionais, excetuados os de mero expediente, os ordinatórios de feição interna e, ainda, aqueles que a Carta Constitucional admitir como de motivação dispensável... (*Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo : Malheiros Editores, 2007, p. 47). E mais à frente explícita que *O que se defende é que a vinculação, entendida de maneira sistemática, está condicionada não só à legalidade, mas à totalidade das alavancas de Arquimedes do Direito, que são os princípios. Ou seja*, jamais se pode dispensar a autoridade pública de bem motivar os atos vinculados (*Ibidem*, p. 51).

na descrição de um dos seus pressupostos de existência, qual seja, o **motivo** (havido enquanto **objeto motivacional**), bem como, e em especial nos atos ditos “discricionários”, as circunstâncias objetivas e subjetivas que permitam a subsunção do próprio motivo ao motivo legal.

Nessa calha, a **motivação** é o elemento essencial que permite o controle racional, político e jurídico do contrato administrativo, afigurando-se como uma garantia contra os ditos erros manifestos e os vícios por abusos e exageros (vícios de excesso, “acolarias”) ou por insuficiência (**omissão**), não apenas em relação ao contratado privado, mas também ao Estado contratante e aos terceiros que eventualmente sofram suas repercussões²³.

O **objeto motivacional** pactual público (**motivo contratual**), tido igualmente ao contencioso como um dos pressupostos de existência, diz respeito ao que é especificamente versado nos antecedentes das normas jurídicas, dos atos com maior grau de abstração na hierarquia do processo de positivação, como também seu reflexo fático, ou seja, os respectivos suportes fenomênicos verificados concretamente. É, mais precisamente, o relato concreto de todos os fatos e normas que ensejam e autorizam a celebração do contrato administrativo, com a criteriosa descrição de cada um deles, exatamente conforme ocorridos (**motivo**), ou seja, de modo suficiente, congruente e exato²⁴.

23. Nessa trilha, vide: FREITAS, Juarez. , *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo : Malheiros Editores, 2007, p. 59. E, além de se afigurar como uma via de controle do ato administrativo, à motivação (também dita por alguns **fundamentação**) outras finalidades podem ser atribuídas, à luz da doutrina, *e. g.*, de Antônio Carlos de Araújo Cintra, havidas enquanto **garantias**, dentre as quais tem-se as seguintes citadas por ele: evitar-se comportamentos precipitados e negligências, aumentando a probabilidade de decisões acertadas e legítimas; reduzir-se o risco da prática de arbitrariedades; ter-se sua utilização como elemento de interpretação do ato; afigurar-se como instrumento de persuasão, procurando provocar a adesão ou mesmo a colaboração do administrado; satisfazer-se o dever moral de o sujeito indicar à coletividade os fundamentos que lhe permitem empregar a *potestade* pública confiada para a defesa do interesse comum (*Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1979, p. 112-114).

24. Consoante há muito ensinou Carlos Ari Sundfeld, malgrado *Nos casos em que a justificação* – isto é, **motivação** na terminologia aqui adotada – não é determinada em lei, não se subordina a forma específica. Seu conteúdo – aqui entendido como **objeto motivacional**, ou melhor, **motivo** –, *porém, há de ser, por motivos lógicos*, suficiente, *vale dizer, bastante para justificar a edição do ato administrativo*, congruente, *isto é, deve surgir como a premissa da qual o ato é mera decorrência*, e exato, *real, verdadeiro* (“Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados”. *Revista de direito público*. São Paulo : Revista dos Tribunais, nº 75, jul./set. de 1985, p. 125).

O **motivo contratual público**, assim, consubstancia-se no fato descrito na hipótese legal normativa autorizatória da sua celebração, ou seja, é o suporte fático, o fato jurídico, cujo efeito é a emanção de tal ato administrativo *lato sensu*. É, enfim, a necessidade pública a ser satisfeita e que fundamenta a contratação pública.

Compete aclarar-se que, a partir dessa necessidade pública caracterizadora do **motivo**, é que a Administração Pública estabelece qual o objeto e os encargos da contratação a ser celebrada para o fim de sua satisfação, mediante poderes instrumentais para tanto (ditos prerrogativas administrativas).

Aprecisa subsunção entre o **motivo** (fato jurídico) e sua previsão legal hipotética (**motivo legal**), bem assim sua correta delimitação no processo administrativo pré-negocial, em si, ganha suma relevância ao tratar-se da validade das contratações, principalmente as diretas, a exemplo do que ocorre nos casos previstos de dispensa (art. 17, I e II, § 2º, e art. 24, I a XXXI, da Lei nº 8.666/93) e de inexigibilidade de licitação (art. 25, I a III, da Lei nº 8.666/93).

Por isso, os **objetos contratuais públicos** (**conteudístico** e **motivacional**) devem ser **lícitos**, principalmente à luz do princípio da legalidade, e **determinados** – ou ao menos **determináveis** –, com suas descrições **precisas** (exatas, reais, verdadeiras), **congruentes** e **suficientes** sendo minudenciosamente verificadas não só desde a fase licitatória, em seu ato convocatório (edital), permitindo correta competição nos termos do art. 40, I e § 2º, da Lei nº 8.666/93, como também em cláusula expressa e essencial, consoante previsão do art. 55, I, da Lei nº 8.666/93.

3.2. FORMA, FORMALIZAÇÃO E PROCESSO NO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Já sua **forma** (o outro elemento que o compõe), por ser implicação direta da necessária extroversão declaratória em que se consubstancia o contrato administrativo havido nesse sentido lato, deve, preferencialmente, ser **escrita**, pois garantia posta aos administrados e à Administração, admitindo-se que se revista da modalidade **verbal** em excepcionais casos de pequenos valores, à luz do previsto no art. 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93²⁵.

25. Forma é a exteriorização do ato administrativo. Não há ato jurídico sem que ele assuma uma forma, pois o direito não se ocupa de pensamentos ou de intenções não exteriorizadas. Frise-se que a forma não precisa ser escrita; O agente pode se manifestar oralmente ou por gestos. O importante é que exista uma manifestação (ou declaração), pois, sem ela, não há texto (em sentido amplo) a ser interpretado, ou seja, não há como

De outro bordo, para uma correta conformação, ainda é preciso que o **pressuposto procedimental de validade** seja adequadamente observado, entendido aí não apenas como um rito, conjunto de formalidades (**formalização**), mas também como o correto *iter* de concreção e desenvolvimento, até o exaurimento da avença, implicando a higidez dos vários procedimentos de atos encadeados, concatenados e logicamente interdependentes, nela ou a partir dela (**requisitos procedimentais licitatório, orçamentário, de caducidade, de encampação, de recebimento do objeto**, etc.).²⁶.

Nesse aspecto, seguindo-se fielmente o entendimento adotado de que processo *latu sensu* engloba o conceito de procedimento enquanto **forma solenizada de normal atuação da Administração Pública e seqüência de atos logicamente encadeados dirigidos à obtenção de um ato-fim**, nada mais natural do que se ver a formalização em conjunto com os requisitos procedimentais do contrato administrativo, **compondo um pressuposto de validade autônomo**, qual seja, o **procedimental**.

Sob esse prisma, observa-se que, ao longo do tempo, pode ser que alguns contratos

produzir normas jurídicas. Quando a Administração e um particular decidem verbalmente se obrigar, o último a entregar dada mercadoria, por exemplo, e aquela a pagar o preço quando do adimplemento, haverá contrato administrativo. Poderá haver um vício de formalização, considerando-se que, em regra, os contratos administrativos têm que ser celebrados por escrito. Mas, não há dúvidas de que há uma manifestação jurídica formada por duas partes (FREIRE, André Luiz. *Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos*. São Paulo : Malheiros Editores, 2008, p. 55-56). Hely Lopes Meirelles, a sua vez, doutrina que *...a forma, em Direito Administrativo, é exigência inarredável, por representar uma garantia para os administrados e para a própria Administração (Direito administrativo brasileiro. São Paulo : Malheiros Editores, 32ª ed., 2006, p. 220).*

26. Lúcia Valle Figueiredo ensina que, dentre os procedimentos referidos acima, *Como primeiro requisito do contrato administrativo temos a prévia licitação. No Diploma Básico, no art. 37, inciso XXI, contém-se a exigência. Também no que respeita à prestação de serviço público por concessão ou permissão deverá existir prévia licitação (art. 175 da Constituição Federal de 188 e, ainda, em decorrência da lei)... Portanto, o primeiro requisito necessário a validar contratações deve ser a existência de licitação prévia, a não ser que se coloquem hipóteses de dispensa ou inexigibilidade, ou a situação do art. 173, § 1º, inciso III, (empresas estatais na atividade econômica, em que se deverá obedecer, apenas, aos princípios da Administração Pública) (Curso de direito administrativo. São Paulo : Malheiros Editores, 9ª ed., 2008, p. 528-529).* Em continuação, a mesma autora explica haver outro requisito de validade, fruto de procedimento orçamentário (referente à atividade financeira do Estado, de consequente), consistente na **disponibilidade de verba orçamentária** (art. 7º, § 2º, III e IV, da Lei n. 8.666/93), vez que os incisos II e § 1º, ambos do art. 167, da Constituição Federal de 1988, vedam contratações públicas sem sua verificação ou mediante ajustes de investimentos não havidos no PPA – Plano Plurianual. Com efeito, afirma que *É necessário, para validar a contratação, disponibilidade de verba. Há exceções infraconstitucionais, que dizem respeito às contratações de urgência. Os requisitos não de se encontrar no texto legal, como também haverá necessidade de justificar, de fundamentar (Ibidem, p. 530).*

se configurem sob a **formalização verbal**, malgrado impregnados, justamente por isso, pela eiva de infringência ao previsto no dispositivo legal supra a impedir ou embaraçar um maior controle (interno e externo, institucional e social). Claro, todavia, que este vício de **formalização** acaba sendo, em regra, insanável, mas, dependendo dos graus de insegurança e instabilidade social que possa implicar para as relações jurídicas hauridas a partir da avença pública ao longo do tempo em que observados, pode tornar-se superável, consoante se vê no fenômeno da legalização das favelas em terrenos públicos, com sua conformação jurídica se dando por intermédio dos contratos de concessão real de uso de bens públicos²⁷.

Há, porém, vícios de **formalização**, como os relacionados aos instrumentos de veiculação do ato, que implicam apenas mera irregularidade quando sua falha ou diversidade em relação ao modelo legal não caracterizam prejuízo às garantias e interesses do administrado²⁸.

Desse modo, é mister salientar, para se ter uma **válida conformação, formalização** de um contrato administrativo, havida esta como um dos seus pressupostos de validade (procedimental), tem-se a necessidade de verificação macroscópica dos seguintes componentes, isto é, do seguinte conjunto de formalidades: a) **instrumento**, consistente em termo escrito e assinado na repartição interessada, com identificação das partes e objeto, ou **escritura pública** que assim o faça, enquanto especificadores da **forma**, havida enquanto garantia de eficácia e moralidade nos negócios públicos, cujo defeito

27. A respeito, leia-se: CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. "O fenômeno da legalização das favelas e sua transmutação em concessões públicas". *Interesse público*. Sapucaia do Sul (Grande Porto Alegre) : Notadez, ano 8, nº 37, mai./jun. de 2006, p. 321-334. E especificamente sobre a convalidação *longi temporis*, vide: ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. São Paulo : Malheiros Editores, 2ª ed., 1996, p. 73-76 e 90-91; SUNDFELD, Carlos Ari. *Ato administrativo inválido*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 89; e REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. Rio de Janeiro : Forense, 1ª ed., 1968, p. 81-87.

28. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, 28ª ed., 2011, itens "55" e "56", p. 412-413. Hely Lopes Meirelles alerta para que *...não se confunda a forma necessária, prescrita em norma legal, com os formalismos inúteis que só emperram as atividades públicas e afastam os que desejam contratar com a Administração. Além do termo de contrato, obrigatório nos casos que exigem concorrência e tomada de preços, os ajustes administrativos podem ser formalizados mediante outros documentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra e ordem de serviço. Todos esses são também instrumentos de contrato administrativo, e instrumentos bilaterais, porque expedidos pela administração e aceitos pela outra parte, expressa ou tacitamente, para a formalização do ajuste (art. 62 e § 4º) (Direito administrativo brasileiro*. São Paulo : Malheiros Editores, 32ª ed., 2006, p. 220).

implica vício grave²⁹; e b) **publicação, de cunho** obrigatório com o escopo de dar ciência a terceiros interessados, salvo se for sigiloso por razões de segurança nacional, bastando mera notícia resumida na imprensa oficial, com nome, objeto e o valor, de modo a dar-se, assim, transparência ao **conteúdo e motivação, por intermédio da qual se pode conhecer a vontade**, as intenções das partes inclusive na fase interna de planejamento (hodiernamente cada vez mais participativo) que antecede a avença pública, além do objeto, direitos e obrigações, encargos e responsabilidades, todos ulteriormente plasmados durante a fase licitatória³⁰.

3.3. RELAÇÕES LÓGICAS CAUSAIS E TELEOLÓGICAS NO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Daí, deflui também relevante a observância das **relações** de cunho **teleológico** e **causais contratuais públicas**, pois constantes lógicas (sincategoremas) intimamente ligadas à correlação de adequação, respectivamente, entre as **motivações** (legais e do ato), entre o **conteúdo legal** e o **conteúdo factual**, e entre a **motivação** e o **conteúdo do ajuste público** (relação jurídica factual) – e os respectivos objetos –, bem como da

29. O instrumento do contrato administrativo é, em regra, termo, *em livro próprio da repartição contratante, ou escritura pública, nos casos exigidos em lei (os relativos a direitos reais sobre imóveis, p. ex.). O contrato verbal constitui exceção, pelo evidente motivo de que os negócios administrativos dependem de comprovação documental e de registro nos órgãos de controle interno (art. 20 e parágrafo único)* (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo : Malheiros Editores, 32ª ed., 2006, p. 219-220). E, em nota de rodapé, este autor esclarece que *O registro no Tribunal de Contas está abolido pela vigente Constituição da república, que só admite a impugnação do contrato a posteriori, por deliberação do Congresso Nacional (art. 71, XI, § 1º). Mas os registros administrativos internos subsistem e são de alta valia para a formalização e controle dos negócios públicos (Ibidem, nota de rodapé nº 18, p. 220)*. Entende-se, todavia, que malgrado o desaparecimento da exigência de registro do contrato administrativo no Tribunal de Contas, a possibilidade do controle *a priori* é uma realidade que não lhe foi retirada, *maxime* em função do controle social a permitir que se comunique a este qualquer irregularidade para a tomada de providências cabíveis (art. 74, § 2º, c/c art. 71, §§ 1º e 2º).

30. *A publicação resumida do contrato e de seus aditamentos é, agora, obrigatória, sendo condição indispensável de sua eficácia. Deve ser feita na imprensa oficial, no prazo do art. 61, parágrafo único. Para atender à exigência, basta notícia resumida, com indicação das partes, objeto e valor do ajuste. A qualquer licitante é permitido o conhecimento dos termos do contrato e do respectivo processo licitatório. E qualquer interessado poderá obter cópia autenticada, mediante o pagamento dos emolumentos devidos (CF, art. 5º, XXXIV, “b”; e Lei 8.666/93, art. 63), mesmo porque o contrato administrativo é documento público. Os contratos sigilosos, assim declarados pela autoridade competente, não podem ser publicados nem mesmo em resumo, por expressa vedação regulamentar (Lei 8.159/91 e Dec. 2.134/97). O contrato administrativo regularmente publicado dispensa testemunhas e registro em cartório, pois, como todo ato administrativo, traz em si a presunção de legitimidade e vale contra terceiros desde a sua publicação (Ibidem, p. 220-221).*

relação de conexidade instrumental entre as relações (causais e teleológica).

Tais relações lógicas, de conseguinte, estabelecem a tipicidade do contrato para com a necessidade pública a ser satisfeita, em função da qual a descrição do fato jurídico que autoriza a celebração do contrato (**motivação**) define seu **conteúdo**, o mesmo ocorrendo com os respectivos **objetos**.

Nos contratos administrativos, a **finalidade** é sempre a satisfação de uma necessidade pública, a determinar a especificidade do pacto público para seu adequado atendimento. Dessa maneira, se a Administração necessitar de um determinado serviço, deverá celebrar um contrato de prestação de serviços e, ainda, se tais serviços deverão ser prestados aos particulares, a modalidade poderá ser a de concessão de serviços públicos, podendo ser ou não precedida de obras.

Por isso, a verificação do atendimento à **finalidade contratual pública**, isto é, da correta satisfação da necessidade pública contratualmente eleita, em si, deve ocorrer mediante a adequação entre a previsão da relação jurídica na norma geral e abstrata (“conteúdo legal”) e a da deflagrada na individual e concreta (“conteúdo do ato”), ou seja, enquanto a adequada concreção, por parte do ato-norma administrativo *lato senso* (o contrato administrativo), das políticas públicas de determinado setor ou setores da vida em sociedade, correspondendo, desse modo, à relação de adequação **objetiva** entre a finalidade da competência político-administrativa e a finalidade do ajuste público, ao longo dos seus variados graus de abstração.

A seu turno, a **causa** nos contratos administrativos é a correlação lógica entre a sua motivação, e seu objeto – e não somente ele, o motivo, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello quando dos seus ensinamentos para o ato administrativo³¹ –, e o seu conteúdo com o respectivo objeto, isto é, enquanto **relação de adequação intranormativa**.

À luz dessa definição da **causa contratual**, sua verificação passa, obrigatoriamente, pela fase pré-contratual, ou seja, licitatória, vez que o momento em que a motivação é pré-estabelecida. A importância da sua correta observância reside na higidez do contrato administrativo a partir da adequação das exigências licitatórias que o deflagraram,

31. *Curso...*, 25ª ed., 2008, p. 400.

permitindo, igualmente, um controle mais eficaz³².

Sob outro prisma, também é de se observar existir uma **segunda relação de adequação causal**, esta de cunho internormativa, entre as motivações, e seus objetos, das normas geral/abstrata e individual/concreta. É, assim, o pressuposto causal de aferição dos fundamentos, das razões de origem do ato administrativo *lato sensu*, o contrato administrativo.

Exsurge, então, clara aquela **relação de conexidade instrumental** entre todas as relações (causais e teleológica), de sorte que a análise das **causas contratuais** públicas implica a compatibilidade entre os seus elementos e respectivos objetos (ou seja, motivação/conteúdo e motivo/relação jurídica) e a necessidade da Administração a ser satisfeita, ou seja, em função dos **fins públicos**, das finalidades legais aplicáveis em seus diversos graus de positivação e concretização, chegando à **finalidade contratual**.

E é através dessa **relação de conexidade instrumental** entre todas as relações lógicas acima descritas (causais e teleológica) que se pode aferir a **proporcionalidade** (faceta da razoabilidade) das medidas contratuais, a exemplo do que se passa com o ato administrativo *stricto sensu*, ou seja, se aferir se as providências contratuais administrativas tomadas (conteúdo pactual) perante os acontecimentos (motivo) mostram-se nos limites

32. Vale a pena frisar-se que no Brasil, em âmbito civil, a teoria da causa permite a separação relativa entre os planos do direito das obrigações e do direito das coisas, em contraponto à teoria da abstração causal, havida no Direito germânico a permitir que aquisição de um dado direito real não dependa da validade do seu fato jurídico originário (causa negocial), mas do acordo para a sua transmissão, a implicar ainda um específico sistema de publicidade para tal referida aquisição se concretizar (SILVA, Clovis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro : Editora FGV, 1ª ed., 2006, 5ª reimpressão, 2011, p. 49 e 54-55). A repercussão prática disso se dá no registro de imóveis, quanto às suas causas de transmissão. Assim, embora o contrato de compra e venda, por si só, não permita que a transmissão imobiliária seja diretamente de si registrada, a redução a termo dessa negociação por um notário, em escritura portadora de fé pública, é sua consequência e não um ato abstrato, pois a validade contratual dita a validade da própria escritura para a transmissão. Vale ainda mencionar que há no direito pátrio institutos jurídicos, como a usucapião e a desapropriação, que se consubstanciam em causas originárias de aquisição de direito real (a propriedade), mas que, nem por isso, implicam a abstração da validade de sua constatação para a higidez da ulterior transferência junto ao registro imobiliário, de sorte a demonstrar que a teoria da causa também aí não é afastada. No âmbito do Direito público, especificamente quanto aos contratos administrativos, a teoria da causa é identificada igualmente a permitir a separação parcial, relativa entre os planos do nascimento e desenvolvimento das obrigações destes ajustes, e do seu adimplemento, consoante se extrai, inclusive, do previsto no art. 55, *caput* e XI, da Lei nº 8.666/93, ao dispor que, **São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: (...) a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexistiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor (sic).**

de intensidade necessários para atender a finalidade contratual³³.

3.4. SUJEITOS PACTUAIS E A PERTINÊNCIA AO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

A **pertinência ao exercício da função administrativa** é relacionada à efetiva e concreta verificação no contrato de poderes, de prerrogativas por parte da Administração Pública contratante, consubstanciadas em cláusulas exorbitantes e atos regulamentares que defluam como forma de viabilização do dever dela cumprir com a finalidade contratual, reflexo, a sua vez, do interesse público a ser concretamente atendido. Em suma, significa que o contrato é regido por um regime jurídico de direito público, a caracterizá-lo, de consequente, como administrativo.

E, por se falar em Administração Pública, um dos **sujeitos** da relação pactual pública, não basta que seja ela a contraente, mas que tenha a competência, ou seja, atribuição de um plexo de deveres-poderes para a específica celebração, de sorte que sua validade reste, assim, concretamente aferida. Do outro lado, é preciso que o **sujeito** particular contratado também reúna as condições mínimas para o desempenho da atividade prestacional, demonstrando suas capacidades de realização do que se propõe a fazer, dando as garantias necessárias, além de comprovação de suas idoneidades econômica, fiscal, etc.

4. CONCLUSÕES

Diante dessa situação, ressei a grande importância do estudo em tela para, quanto aos vários tipos de contratos administrativos (como as parcerias público-privadas ou as concessões de uso³⁴), verificados seus requisitos e fases processuais, por defluência, ter-se precisadas as circunstâncias em que surpreendidos os seus vícios (inclusive por omissão da Administração Pública) capazes de implicar, ou não, invalidação (em função de irregularidade, inexistência, nulidade ou anulabilidade, *e. g.*) aos seus atos jurídicos componentes (inclusive os caracterizados como administrativos), evidenciados nas suas respectivas fases pré-negocial (que vai do planejamento à formação/conformação) e de

33. Nesse sentido, tem-se a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso...*, 28ª, 2011, p. 410).

34. Os contratos administrativos não têm seu objeto restrito exclusivamente à prestação de serviços públicos, podendo versar também a respeito de obras públicas, uso de domínio público e fornecimentos em geral.

desenvolvimento (da execução ao pós-exaurimento), e, mais ainda, saber-se quais as vias de sua superação³⁵, porquanto isso será igualmente aplicável ao seu regime jurídico³⁶, qualquer que seja a postura que apresentem perante o Direito pátrio.

Assim, no sentido de tais idéias e com supedâneo na doutrina de Lúcia Valle Figueiredo, a invalidação de um contrato administrativo, inclusive por advento de conduta omissiva, consiste na sua desconstituição e correlata supressão, em geral *ex tunc*, dos seus efeitos típicos (entende-se possível, administrativamente, eventual modulação temporal de efeitos), ante sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico a si aplicável³⁷.

Mas, para se chegar a isso, é preciso que os vícios havidos ou nos seus requisitos³⁸, ou em suas distintas fases de planejamento, formação e execução, não tenham sido contornados, pois, como consabido, a invalidação decorre da impossibilidade de convalidação, ou outra forma de sua superação, **total** ou **parcial** como ponderado por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello³⁹.

Postas essas bases, tem-se, a exemplo por assemelhação dos atos administrativos *stricto sensu*, que os contratos administrativos, em regra, portadores dos vícios de **“vontade”, competência, formalização e procedimento**, sendo este quando a falta de ato, ou

35. Por convalidação – por confirmação, ratificação ou saneamento – ou conversão e redução, *v. g.*

36. Pois, de acordo ao asseverado, pactos havidos concomitantemente ora como o todo único ou como as relações jurídicas complexas e estanques que os compõem – afluentes e efluentes –, e ora como constituídos por processo, enquanto concatenação de atos em execução ou como conjunto de específicas formalidades solenizadas.

37. *Extinção dos contratos administrativos*. São Paulo : Malheiros Editores, 3ª ed., 2002, p. 77.

38. A propósito do tema da invalidação do ato administrativo, Lúcia Valle Figueiredo assevera que *...seu regime jurídico se aplica, em tudo e por tudo, aos contratos administrativos...A teoria dos vícios do ato administrativo é plenamente aplicável aos contratos (Ibidem, p. 85-86)*. De idêntica opinião é a doutrina de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, ao ensinar que *Como por detrás do contrato administrativo há um ato administrativo, que deve vir exercitado com legitimidade, os vícios que maculam os atos são os mesmos que maculam os contratos (Contratos administrativos. São Paulo : Saraiva, 1981, p. 112)*.

39. *Princípios gerais de direito administrativo*. São Paulo : Malheiros Editores, 3ª ed., vol. I – Introdução, 2007, p. 663. Conforme se pode observar no trecho desta obra (aqui transcrito anteriormente em nota de rodapé própria), esse autor se utiliza das noções de **processo** e da **teoria dos atos separáveis** para, subdividindo o ato em partes, reconhecer a possibilidade de se isolar o vício insanável a apenas as partes atingidas, mantendo-o por **redução**. Essas lições aplicam-se integralmente ao contrato administrativo, visto enquanto ato administrativo *lato sensu*.

atos, da Administração seja suprida sem que se desvie de sua finalidade, são **sanáveis**, **convalidáveis**, enquanto que os que contenham vícios nas **relações lógicas** de cunho **teleológico** e **causais**, como também de **forma**, **motivação**⁴⁰, **conteúdo**, com seus respectivos objetos (**conteudístico** – relação jurídica prestacional de direito público – e **motivacional** – motivo) e **procedimento**, sendo este quando a produção do ato faltante desvirtuar a finalidade em razão da qual foi instaurado, são **insanáveis**, **inconvalidáveis**, porquanto não permitem reprodução contemporânea à sua emanção de maneira válida.

Evidente que tais vícios, inclusive por omissão do Estado, também surpreendidos nos atos pactuais componentes e respectivos processos de planejamento, formação/concreção, desenvolvimento e pós-extinção, em si, podem ou não implicar aos ajustes públicos **consequências invalidantes**, convalidáveis ou insuperáveis, as quais dependem de como o ordenamento jurídico brasileiro as dispuser, inclusive naquilo em que se distanciam das consequências naturalmente preordenadas nas cláusulas que disciplinam a relação jurídica avençada, vez que um todo orgânico com sentido cooperativo próprio.

É de se frisar, em veemente reiteração conclusiva, que os vícios, inclusive por omissão, capazes de implicar invalidações aos atos jurídicos componentes dos ajustes públicos (e nestes próprios, por defluência), têm reflexos diretos em seus quatro instantes mais acima enfocados, consoante se constata em temas como, exemplificativamente, do certame a ser adotado para a eleição dos parceiros privados (dentre as várias modalidades de licitação) e dos processos para a decretação de encampação (ou resgate), caducidade (ou decadência), recebimento do objeto (provisório ou definitivo) ou anulação por alguma falta do setor privado⁴¹.

40. Há quem faça a ressalva quando a ausência se der em ato obrigatório e estritamente vinculado, de objeto absolutamente regrado e fundado em fatos sem qualquer complexidade. Nesse aspecto, vide: SUNDFELD, Carlos Ari. "Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados". *Revista de direito público*. São Paulo : Revista dos Tribunais, nº 75, jul./set. de 1985, p. 122. No entanto, neste trabalho não se entende de tal modo; a obrigatoriedade vigora sempre e em quaisquer dos atos (vinculados ou não). A superação dos vícios, segundo o entender que se adota, é apenas viável se direitos dos particulares não forem afetados; do contrário, entende-se o vício insanável.

41. Não obstante a existência do vício nessas duas últimas hipóteses, segundo entendimento que se adota, sua decretação também depende, sob pena de nova invalidade, de azo ao particular, por parte da Administração Pública, para regularizar, defender sua atitude ou mesmo a manutenção da própria avença; o que não se pode é, independentemente de se observar os primados da ampla defesa e contraditório, decretar-se de plano a caducidade ou qualquer outro vício em relação à avença, principalmente no que tange a contratos administrativos de longo prazo (como é o das concessões públicas, inclusive sob a roupagem das parcerias público-privadas), cujos investimentos são sempre vultosos.

5. REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1992.

BORGES, José Souto Maior. *Obrigação tributária (uma introdução metodológica)*. São Paulo : Malheiros Editores, 2ª ed., 1999.

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. "O contexto sinérgico das atividades de regulação administrativa concertada à luz dos denominados contratos administrativos". *Interesse Público*. Belo Horizonte : Editora Fórum, ano 12, nº 61, maio/junho de 2010, p. 69-82.

_____. "O fenômeno da legalização das favelas e sua transmutação em concessões públicas". *Interesse público*. Sapucaia do Sul (Grande Porto Alegre) : Notadez, ano 8, nº 37, mai./jun. de 2006, p. 321-334.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1979.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Braga (Portugal) : Livraria Almedina, 2003 (reimpr. da ed. de 1987).

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo : Malheiros Editores, 9ª ed., 2008.

_____. *Extinção dos contratos administrativos*. São Paulo : Malheiros Editores, 3ª ed., 2002.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Contratos administrativos*. São Paulo : Saraiva, 1981.

FREIRE, André Luiz. *Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos*. São Paulo : Malheiros Editores, 2008.

FREITAS, Juarez. *Discrecionariade administrativa e o direito fundamental à boa*

administração pública. São Paulo : Malheiros Editores, 2007.

GRECO, Marco Aurélio. *Dinâmica da tributação e procedimento*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1979.

LACOMBE, Américo Masset. *Obrigação tributária*. Florianópolis : Obra Jurídica Editora, 2ª ed., 1996.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo : Saraiva, 2ª ed., 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo : Malheiros Editores, 20ª ed., 2006.

_____. _____. São Paulo : Malheiros Editores, 25ª ed., 2008.

_____. _____. São Paulo : Malheiros Editores, 28ª ed., 2011.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. São Paulo : Malheiros Editores, 3ª ed., vol. I – Introdução, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo : Malheiros Editores, 32ª ed., 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Novos institutos consensuais da ação administrativa”. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, nº 231, jan./mar. de 2003, p. 129-156.

NASCIMENTO, Edson Arantes do. *Pelé, a autobiografia*. Rio de Janeiro : Sextante, 2006

REAL, Alberto Ramon. “Fundamentación del acto administrativo”. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, nº 62, abr./jun. de 1982, p. 5-20.

REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. Rio de Janeiro : Forense, 1ª ed., 1968.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro : Editora FGV, 1ª ed., 2006, 5ª reimpressão, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. “A importância do procedimento administrativo”. *Revista de*

direito público. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, nº 84, out./dez. de 1987, p. 64-74.

_____. "Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados". *Revista de direito público*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, nº 75, jul./set. de 1985, p. 118-127.

_____. *Ato administrativo inválido*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1990.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. São Paulo : Malheiros Editores, 2ª ed., 1996

DOCTRINA NACIONAL

DO REGIME JURÍDICO DA APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR

WAGNER BALERA

Conselheiro do IASP. Presidente da Comissão de Estudos de Direito Previdenciário do IASP.
Titular da Faculdade de Direito, Coordenador do Programa de Doutorado e Mestrado em
Direito Previdenciário da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Risco social, 2.1. Risco especial, 2.2. Espécies de aposentadoria; 3. Da omissão normativa e sua consequência, 3.1. Mandado de injunção; 4. O Preenchimento da lacuna normativa; 5. Quesitos genéricos; 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O SINDICATO DOS ENFERMEIROS DE LAODICÉIA formula Consulta acerca dos efeitos previdenciários decorrentes da injunção que o Supremo Tribunal Federal efetuou em favor dos beneficiários da aposentadoria no regime próprio, diante da ausência do preceito normativo pertinente. Interessa destacar se a hipótese de conversão do tempo especial em comum é modalidade de tempo fictício.

O objeto de apreensão é a norma jurídica e a respectiva repercussão jurisprudencial. Nossas conjecturas serão extraídas e confirmadas através do texto legal e da injunção concretizada pela jurisprudência do Maximário Excelso no seu incontroverso papel de interprete maior da Constituição.

O rigor metodológico será observado como forma de legitimação do estudo.

2. RISCO SOCIAL

Os seguros sociais foram introduzidos através de sociedades de socorros mútuos; passando, posteriormente, a serem subvencionados e convertidos em obrigatórios e estatutários, na medida em que se centravam em riscos perfeitamente definidos. De fato, para os trabalhadores assalariados, as situações de invalidez, desemprego ou velhice significavam automaticamente a perda da sua única fonte de renda, criando, por extensão, situação de necessidade econômica quando não de miserabilidade.

A necessidade é presumida; aferida por meio da constatação do risco. A substituição da necessidade pelo risco alterou a perspectiva acerca do tempo. Tal como concebida, na proteção do tipo previdenciário, que considera o dado elementar do seguro, o risco se orienta através de um acontecimento incerto e futuro, de maneira que os seguros baseados no risco não se centram em necessidade presente, mas em uma possibilidade. O risco (R) coberto pelo seguro combina duas variáveis: a probabilidade (p) e o dano (D):

$$\textcircled{p} \times \textcircled{D} = R$$

O dano (D) é instrumento eficaz à diferenciação de risco e risco social. O dano é integrado por três fatores: i) valor; ii) tempo; iii) espaço. O fator valor se refere à quantidade econômica

perdida. O tempo relaciona-se com o custo do dano, vinculando o valor à temporariedade da contingência. Quando mais tempo durar a contingência, maior será o valor do dano.

Os efeitos dos danos cobertos pela Seguridade Social não se limitam à pessoa do segurado. Os danos são reflexivos a terceiros com os quais o principal afetado interage direta ou indiretamente. O terceiro fato, enfocado na reflexão do dano, é o que caracteriza o risco como social, vinculando-o à Seguridade Social. O reflexo do dano é a razão pela qual alguns riscos são obrigatoriamente cobertos pela Seguridade Social, caracterizando-se como riscos sociais. Esses riscos que exigem a oferta de um padrão mínimo de bem estar, justificam a ação social na proteção dos danos aparentemente individuais.

Assim, ainda que o objetivo do sistema de Seguridade Social seja a cobertura da necessidade, a forma estrutural pela qual a necessidade econômica pode ser associada com determinados riscos é o dado permissivo de compreensão dos riscos como fundamento de redistribuição. Em qualquer caso, os sistemas de Seguridade Social não cobrem, presentemente, todos os riscos, cingindo-se, apenas, a albergar aqueles cujos danos reflexos ensejam controle mediante políticas determinadas, de acordo com os interesses da coletividade, por meio de sistemas obrigatórios de proteção social.

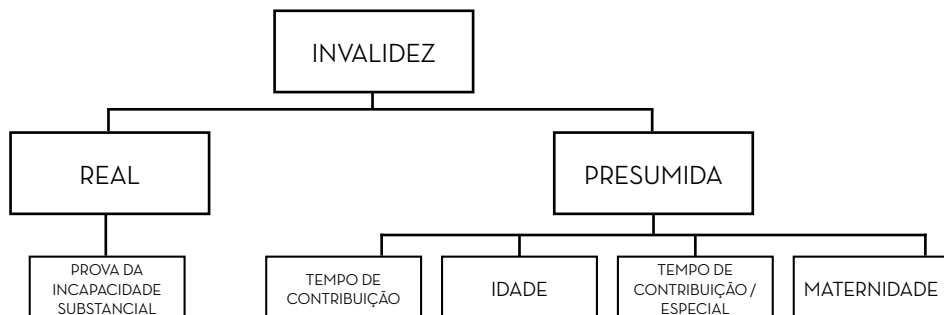
A caracterização do risco como social relaciona-se com a teleologia do sistema. Inobstante as teorias que negam a teleologia do Estado, parece ao signatário que a aferição da natureza social do risco decorre da conexão entre o dano e o interesse social, consolidado na finalidade estatal de proteger os interesses individuais comuns, ou seja, os interesses sociais.

Não interessa, aqui, a catalogação dos riscos sociais. Entendo que o arrolamento seria efêmero, pois afeto a relatividade temporal. Interessa, tão somente, a teorização geral; na elaboração de um tópoi adequado à natureza caótica do sistema de Seguridade Social, sem que tal verdade possa, de todo, ser admitida.

O risco tipo é a invalidez. Não aquele fato tido como impositivo da aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, contudo o fenômeno na sua máxima ampliação pragmática e semântica. Discordamos daqueles que conhecem a idade ou o tempo de trabalho como riscos sociais. Tais situações são instrumentos de constatação dessa realidade.

A invalidez é a incapacidade substancial para o trabalho; a impossibilidade fenomênica

ou ideal do sujeito exercer a atividade. Essa circunstância pode ser comprovada ou presumida:



A espécie fenomênica deriva da realidade. Sua aferição demanda prova, pois o fato deve ser atestado dentro da realidade concreta. A invalidez presumida não é imaginação legal, mas constatação estatística da probabilidade. Sem prejuízo à realidade, a norma seleciona fato que representa abstratamente um ideário de invalidez; reputando sua materialização quando da ocorrência concreta. Isto é, quando o sujeito comprova a idade está, em realidade, demonstrando por meio da presunção a invalidez substancial para o trabalho (risco social). Não se trata de ficção¹, mas de processo lógico; juízo que confere suposta causalidade a dois fatos que meramente demonstram correlação.

A presunção decorrente é absoluta, não admitindo prova em contrário. Constatado o fato – tempo e/ou idade – presume-se *iuris et de iure* a invalidez. Tal característica impõe a vitaliciedade ao benefício concedido, diante da impossibilidade de comprovação, como ocorre na invalidez real, da reabilitação substancial ao trabalho.

Há outros fatos individuais que implicam em danos sociais. Essas situações podem se originar de sem número de circunstâncias, que serão relevadas ou não mediante o processo de escolha (seleção) legislativa. Aquelas situações selecionadas são tidas como riscos sociais normativos. Isso não importa na descaracterização social dos riscos não escolhidos. Aguardam *in fieri* que lhes sejam captados os contornos quando resultar atingido o ideal da universalidade da cobertura e do atendimento.

Os riscos não selecionados, inobstante sua qualidade social, são indiferentes ao

1. CARVALHO, Cristiano Rosa de. *Ficções e Sistema Jurídico Tributário – Uma Aplicação da Teoria dos Atos de Fala no Direito*. São Paulo: Tese de doutoramento PUC/SP. 2006, p. 69 e ss.

direito. A indiferença não decorre do positivismo, sobretudo porque essa metodologia afere somente a Ciência do Direito. Não vemos empecilhos em compreender os riscos não selecionados como sociais, desde que, contudo, a conjectura esteja pautada em métodos racionais ou naturalistas. Sob a percepção positiva, não há alternativa senão conferir essa qualidade apenas aos riscos sociais eleitos como tais pelo ordenamento jurídico.

2.1. RISCO ESPECIAL

A palavra “especial” tem diversos significados. As possibilidades semânticas decorrem dos múltiplos contextos onde o termo pode ser empregado². Não se quer, aqui, definir a generalidade das situações especiais; significado aceito em todas as áreas onde o termo é utilizado. Objetivamos, tão somente, compreender a semântica e a pragmática da palavra dentro do campo restrito do direito positivo previdenciário brasileiro.

A lei é a fonte primária do direito. Dela podemos extrair a norma jurídica dando vida a abstração normatizada. O significado jurídico da palavra “especial” decorre da observação empírica da norma jurídica (objeto de apreensão). A dialética inerente ao processo de cognição retorna a conjectura ao objeto verificando sua adequação à teleologia do sistema. Através da lei, portanto, criamos e corroboramos o significado do termo.

A hierarquia dinâmica presente no ordenamento impõe à investigação início constitucional. A apreensão parte da Constituição Federal finalizando no exame das normas jurídicas individuais e concretas. A supressão de qualquer das etapas pode afetar o resultado, ante a ausência de verificação dinâmica da fonte utilizada.

A Constituição Federal é omissa na definição do significado do termo “especial”, cuidando apenas da valoração do fato como risco social. Em ambos os regimes previdenciários, próprio e geral, a especialidade é conhecida como contingência social, ensejando prestação. As normas constitucionais que ajustam os regimes (artigos 40 e 201) carecem de aplicabilidade plena, reservando expressamente à lei sua completa eficácia.

Coube, no âmbito geral, à Lei nº 8.213, de 1991, a tarefa de disciplinar a proteção constitucional conferida em circunstâncias especiais, reservando duas prestações – aposentadoria especial e aposentadoria comum - para sanar os seus efeitos.

2. FLUSSER, Vilém. *Língua e Realidade*. 3a Ed. São Paulo: Annablume. 2007, p. 131.

A especificidade legal procedeu da temporariedade do fato, eis que à aposentadoria especial incumbe dar proteção àqueles que durante um prazo indeterminado realizam as respectivas atividades em ambiente mais agressivo ou sob risco mais acentuado, enquanto que a aposentadoria comum se encarrega de proporcionar cobertura a todo e qualquer tempo de trabalho.

As prestações de aposentadoria especial e comum, contudo, decorrem de um mesmo fato-tipo, descrito no caput do artigo 52 e corroborado no inciso II do artigo 25 da Lei nº 8.213, de julho de 1991. Trata-se da situação fenomênica da atividade laborativa, definida no artigo 42 como certo e determinado lapso de tempo.

Art. 52. A aposentadoria por tempo de serviço será devida, cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que completar 25 (vinte e cinco) anos de serviço, se do sexo feminino, ou 30 (trinta) anos, se do sexo masculino.

A origem do preceito é indiferente à verificação do risco. Importa constar (mediante dados objetivos) o presumido desgaste à atividade física do trabalhador.

A conjectura é corroborada pelo dado neutro lançado no artigo 25, II do mesmo Diploma. O sistema permite a concessão de prestações de aposentadoria pelo simples decurso de certo lapso de tempo de atividade. As três situações decorreram da filiação, permitindo a aquisição da qualidade de segurado. E, da filiação, mediante o decurso de tempo, sacam a presunção da incapacidade para o trabalho.

É o aperfeiçoamento da cultura previdenciária; o refinamento da compreensão do risco social no seu todo considerado que faz aflorar a modalidade especial da aposentadoria por tempo de trabalho.

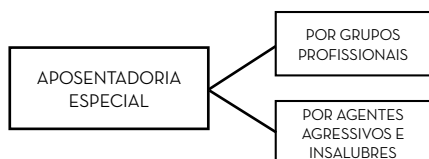
Perceberam bem essa circunstância DANIEL MACHADO DA ROCHA e JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR ao afirmarem, com base na categoria aristotélica: *“Na essência é uma modalidade de aposentadoria por tempo de serviço, com redução deste em função das peculiares condições sob as quais o trabalho é prestado, presumindo a lei que o seu desempenho não poderia ser efetivado pelo mesmo período das demais atividades profissionais”*.³

3. ROCHA, Daniel M., BALTAZAR JUNIOR, José P., *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*, Livraria do Advogado, Porto alegre, 2000, p. 203.

A carência acaba por se constituir, destarte, no único traço diferencial entre as distintas modalidades de aposentadoria especial quando confrontadas com a matriz comum (que outrora, com maior exatidão, fora denominada aposentadoria ordinária [art. 10 do Decreto n. 4682, de 1923 – Lei Eloy Chaves]. As circunstâncias especiais não foram objeto de descrição legal. A matéria foi cominada ao labor regulamentar. A lei omite-se quanto as razões justificadoras da especialidade, ocupando-se apenas da sua caracterização teleológica. Podem, destarte, ser elevadas à hipótese de circunstâncias especiais situações da vida que, de cotio, surgem no meio ambiente cultural ou social.

Sacando dessa indeterminação conceitual um certo significado, a Lei n. 8.213, de 1991, considera que a atividade especial será aquela que *“prejudique a saúde ou a integridade física”* do segurado.

O significado legal da palavra “especial”; termo distinto do “comum” foi explicitado pelos diversos decretos regulamentares que cuidaram do tema que acabaram traçando um divisor de águas entre duas situações:



Com o surgimento de sempre maiores restrições à concessão do benefício, porém, a legislação veio a impor exigências que relacionem o trabalho com o respectivo ambiente.

Não interessa tanto, destarte, a atividade em si, mas o ambiente dentro no qual a mesma é desempenhada. A causalidade é operada através da conexão, genética (origem) ou funcional (decorrente), entre a doença e os agentes nocivos eventualmente existentes no ambiente de trabalho.

Esse modelo importa duas tarefas. A primeira se traduz na verificação das condições do ambiente de trabalho, inferindo através de aferição técnica a presença ou não de agentes nocivos, bem como suas frequências e graduações. Num segundo momento impõe-se a averiguação da causalidade entre o agente nocivo constatado, observando todas as suas peculiaridades, e o desgaste adquirido ou desencadeado.

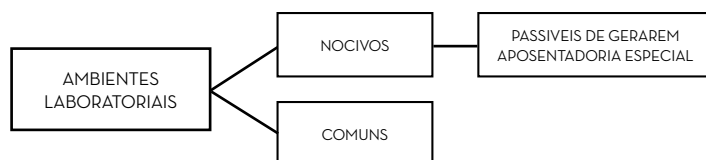
A primeira tarefa é atribuída ao Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho –

LTCAT. Através desse estudo, necessariamente desenvolvido por um Médico do Trabalho ou Engenheiro de Segurança do Trabalho, a empresa constata os agentes nocivos presentes em seus ambientes, relacionando paralelamente quais atividades encontram-se expostas a esses agentes, em quais graduações, frequências e periodicidade.

A segunda tarefa restou assumida pelo Decreto nº 3.048/99. Através de modelos, devidamente atualizados pelo Decreto nº 6.042/07, objetivou-se a causalidade, especificando por agente as doenças passíveis de aquisição ou desencadeamento.

A liturgia da qualificação do tempo especial inicia-se pelo conhecimento do ambiente de trabalho ocupado pelo segurado. Conhecido o dado, a investigação passa à apreensão das informações presentes no LTCAT, localizando, se existente, os agentes nocivos estavam presentes no ambiente quando da prestação do trabalho pelo empregado. Formada a situação, a conjectura é posta à corroboração pelo Decreto nº 3.048/99. Verificada a conexão entre o fato do trabalho e o agente nocivo presente no ambiente, é o caso da tipificação ensejadora da especial.

O dado presente no LTCAT é demasiado importante na aferição da atividade, haja vista ser ele o instrumento legal à constatação da nocividade laboral (especialidade). A inexistência de agentes nocivos nos ambientes da empresa impossibilita a tipificação da atividade como especial, em face de ausência do pressuposto básico da sua existência. A regra só confere cobertura ao segurado (empregado) que exerça suas atividades em ambientes nocivos, cuja continuidade determinada o elege para a aposentadoria especial. O sujeito hipotético da aposentadoria especial é aquele que logra comprovar a nocividade da atividade exercida em certo ambiente.

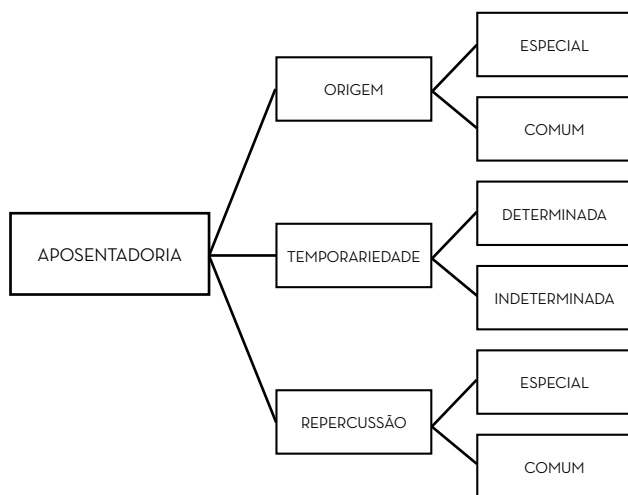


Os empregados que trabalham em empresas sem ambientes laborais nocivos devidamente apurados em LTCAT não beneficiarão da especial.

Creemos que, assim sumariado, já se pode dar por compreendida – tanto quanto interessa ao deslinde da questão principal aqui proposta – a disciplina legal atualizada da aposentadoria especial.

2.2. ESPÉCIES DE APOSENTADORIA

A aposentadoria pode ser classificada de inúmeras formas. Interessa-nos, diante dos limites metodológicos do estudo, apenas a classificação quanto a: i) origem; ii) temporariedade; iii) repercussão tributária e trabalhista.



Na primeira forma, podemos especificar a aposentadoria real em: i) especial; ii) comum. A aposentadoria especial legitima a concessão de benefício mediante circunstância de tempo diferenciada. Enquanto o aposentado especial torna-se elegível ao benefício mediante redução de determinado lapso de tempo (tudo em função, é claro, da especialidade das condições de trabalho), o segurado que atua em condições comuns de trabalho está subordinado ao prazo ordinário para a concessão da prestação.

Quanto a temporariedade, constata-se que o legislador não ignorou que podem existir situações nas quais o segurado exerceu atividades, ao longo do tempo, que nem sempre foram localizadas em ambiente impróprio ou cujas características específicas são, presumivelmente, agressivas. Nessas situações foi admitida a qualificação especial do tempo no qual a atividade expôs o trabalhador a maiores riscos e, consequentemente, resultou admitida a conversão – mediante a mais rígida observância de critérios técnicos – do tempo prestado sob condições especiais em tempo comum.

Não se trata, como alguém poderia supor, de ficção. O tempo não é de mentira. É, isso sim, um tempo que, por assim dizer, custou mais a passar devido à maior exposição do trabalhador aos riscos ambientais ou do trabalho. A norma, por presunção, houve por bem

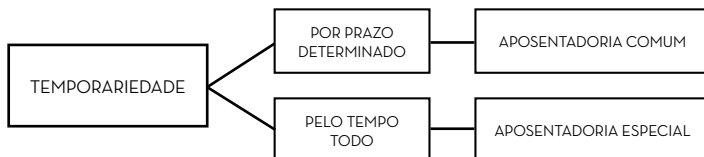
qualificar de modo especial tal tempo porque a cobertura teve que ser mais intensa no lapso de tempo considerado.

É o que assinalam, com propriedade, ARTHUR BRAGANÇA e FABIO BERBEL quando afirmam que a norma “*presume*” que, após certo tempo de exposição ao agente nocivo, o segurado tornar-se-á incapaz de se manter com certa dignidade.⁴

De fato. O tempo de trabalho, conquanto tenha a maior valia constitucional (vide art. 1º da Lei Magna) é, igualmente, vetor de desgaste da integridade física do trabalhador. Com o advento da maior idade (a assim chamada idade avançada) a presunção do desgaste físico do obreiro é total, desencadeando a aposentadoria por velhice. Esta, inclusive, no serviço público, adquire o caráter de compulsoriedade.

A seu modo, a aposentadoria especial é o instrumento previdenciário que protege o trabalhador do especial desgaste que as respectivas circunstâncias de trabalho acabaram por provocar.

A temporariedade seleciona a prestação a ser concedida, determinando a concessão de aposentadoria comum sempre que o segurado não tenha cumprido todo o tempo em condições especiais, reservando entretanto a aposentadoria especial para aqueles que se sujeitaram durante toda a vida laborativa a maiores sacrifícios impostos pelo decurso de tempo em condições mais ampliadas de risco social. Ambas as espécies de aposentadoria estão sujeitas a condições reais de tempo.



A unicidade do ordenamento jurídico compreende o tempo como dado sistêmico. Sua verificação não se limita ao âmbito previdenciário, podendo repercutir em outras searas jurídicas.

4. WEINTRAUB, Arthur Bragança, BERBEL, Fábio Vilela, *Manual da Aposentadoria Especial, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 36*

3. DA OMISSÃO NORMATIVA E SUA CONSEQUÊNCIA

3.1. MANDADO DE INJUNÇÃO

Consoante relatam os documentos que me foram encaminhados pelos consulentes, as decisões proferidas tanto no **Mandado de Injunção Coletivo nº 999** quanto no **Mandado de Injunção nº 4.999**, que removeram o óbice da falta de lei complementar que disciplinaria (melhor dizendo, deveria ter disciplinado) a aposentadoria especial no âmbito do serviço público.

E, de fato, aquele julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal, supriu a lacuna normativa da aposentadoria especial para o servidor público distrital, e houve por bem encaixar a hipótese de incidência de tal benefício no modelo normativo estampado no Plano de Benefícios do Regime Geral. É o que afirma o Ministro AYRES BRITO ao assentar:

“Quanto à presença das demais condições, necessárias ao deferimento das almejadas aposentadorias especiais aos servidores públicos substituídos processualmente pela parte impetrante, é de ser aferida no bojo dos respectivos processos administrativos e na forma da Lei nº 8.213/91.”

As condições e requisitos para a concessão do benefício especial, portanto, são aquelas mesmas aplicáveis ao trabalhador sujeito ao direito comum previdenciário, enquadrado no regime disciplinado pela Lei nº 8.213, de julho de 1991.

Surgia, destarte, o **regime jurídico da aposentadoria especial do servidor**, em tudo e por tudo idêntico ao regime jurídico da aposentadoria especial que confere cobertura ao segurado do regime geral. *Ubi eadem ratio, uni eadem luri dispositio* sublinha o vetusto aforisma dos romanos.

Ergo, tudo o que se aplica como regramento da aposentadoria especial que beneficia o segurado vinculado ao regime geral é de ser aplicado ao servidor público.

Para que nenhuma dúvida houvesse a respeito, o Ministro AYRES BRITO ainda fez questão de sublinhar:

“...somente cabe mandado de injunção perante uma norma constitucional de eficácia

limitada. Sendo assim, não faz sentido proferir uma decisão judicial também de eficácia limitada. É uma contradição nos termos. A decisão judicial há de ser pleno-operante, marcada pela sua carga de real concretude; ou seja, tem de se revestir de caráter mandamental, como é da natureza da ação constitucional agora sob julgamento.”

O que significa dizer que a decisão é “pleno operante”?

Que em todos os aspectos do regime jurídico da aposentadoria especial do servidor público devem ser observados os requisitos e critérios aplicados no regime geral.

É o que afirmara, igualmente, quando da decisão do Mandado de Injunção n. 386, o Supremo Tribunal Federal, ao decretar:

“...proponho como solução para integrar a norma constitucional garantindo-se a viabilidade do direito que lhe é assegurado no art. 40, § 4º, da Constituição brasileira, a aplicação ao caso, no que couber a partir da comprovação dos dados perante a autoridade administrativa competente, do art. 57 da Lei n. 8.213/91”

Não teria nenhum cabimento que o inteiro teor do preceito – insisto, o preceito que confere certo “regime jurídico” ao instituto da aposentadoria especial – fosse aplicado à meias.

Eis o inteiro regime jurídico da aposentadoria especial do servidor:

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 1º A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 2º A data de início do benefício será fixada da mesma forma que a da aposentadoria por idade, conforme o disposto no art. 49.

§ 3º A concessão da aposentadoria especial dependerá de comprovação pelo segurado,

perante o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 4º O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 5º O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício. (Incluído pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 6º O benefício previsto neste artigo será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente. (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 11.12.98) (Vide Lei nº 9.732, de 11.12.98)

§ 7º O acréscimo de que trata o parágrafo anterior incide exclusivamente sobre a remuneração do segurado sujeito às condições especiais referidas no **caput**. (Incluído pela Lei nº 9.732, de 11.12.98)

§ 8º Aplica-se o disposto no art. 46 ao segurado aposentado nos termos deste artigo que continuar no exercício de atividade ou operação que o sujeite aos agentes nocivos constantes da relação referida no art. 58 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 9.732, de 11.12.98)

Como não havia – e ainda não há – norma disciplinadora do direito à aposentadoria especial dos servidores, o Supremo Tribunal Federal preencheu a lacuna com estrita observância da isonomia de proteção social entre os integrantes dos distintos regimes previdenciários existentes no país.

De fato, o decisório da Mais Alta Casa da Justiça pátria confere plena eficácia ao objetivo fundamental da seguridade social estampado no art. 194, parágrafo único, inciso I, da Lei das Leis, que impõe a “**universalidade da cobertura e do atendimento**”, verdadeira expressão da isonomia em tema de proteção social.⁵

A verificação do tempo de trabalho em condições especiais enseja, automaticamente, o direito subjetivo público do titular de tal direito a fazer valer esse tempo de trabalho como melhor convenha à respectiva proteção social.

A conversão integral, como deixa claro o teor do § 5º do transcrito art. 57 da Lei n. 8.213, de 1991, o fato imponível do benefício previdenciário da aposentadoria especial. Dada a relevância do tempo numa prestação cujo elemento diferencial é o risco no tempo, se dela for retirado tal atributo não terá como produzir seus efeitos especiais em favor do beneficiário.

Não basta à configuração do risco fenomênico que gera a aposentadoria especial a simples concessão do benefício a quem cumpra os requisitos para obtenção de tal prestação.

Tal risco compreende, igualmente, a situação daqueles que, mesmo não tendo trabalhado por toda a vida em condições de maior agressividade, carregarão consigo consequências do pouco ou muito tempo em que militaram sob a exposição real ou potencial de agentes agressivos.

Quando se pretendeu a pura e simples revogação do § 5º do art. 57 da Lei em estudo – como intentara brutalmente a Medida Provisória n. 1.663, de 1998 – o legislador repeliu tal atentado ao direito social e ao regime jurídico do benefício.

Bem observa FABIO ZAMBITTE IBRAHIM que esse fato “*reforça a possibilidade de conversão, inclusive em períodos posteriores a 28 de maio de 1998*”.⁶

Caso a aposentadoria especial não possa ser concedida o tempo de trabalho sujeito a condições especiais merece considerada em outro quadrante, vale dizer, no cômputo

5. Vide, a propósito, o meu *Noções Preliminares...*, citado, p. 104 e seguintes.

6. IBRAHIM, Fábio Z., *Curso de Direito Previdenciário, Impetus, Rio, 17ª ed., 2012, p. 635.*

do tempo comum, carregando consigo os atributos de risco que a ele se encontram inexoravelmente colados.

A qualidade jurídica do tempo especial perante o regime geral não pode ser distinta, ou mesmo inexistir, no regime próprio. Estar-se-ia diante de cabal afronta ao dogma da isonomia que, em matéria de seguridade social, com ainda maior cuidado deve ser observado porque se cuida de direito humano fundamental.

Aliás, a Constituição é suficientemente explícita ao impedir quaisquer afrontas à isonomia nos regimes de proteção previdenciária contemplados em seu seio.

É o que claramente deflui do seguinte comando, encravado no interior do art. 40 da Lei Magna:

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

- I - portadores de deficiência;
- II - que exerçam atividades de risco;
- III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

O sistema de seguridade social é um todo que se especializa sem perder a unidade conceptual e lógica.

Seus distintos regimes são expressões de especificidades das assim chamada clientelas protegidas que, sob certos aspectos, são revestidas de peculiaridades inerentes ao teor de relacionamento que mantém com a comunidade protetora.⁷

Todas as formas de filiação implicam na outorga do catálogo de direitos sociais que, ao longo do tempo, foram sendo incorporados ao patrimônio dos trabalhadores; patrimônio que conforma a comunidade protegida.

Aliás, ao preceito genérico encartado no catálogo dos direitos sociais estampado no

7. Cf. o meu *Sistema de Seguridade Social*, LTr, São Paulo, 6ª edição, 2012, p. 31 e segs.

art. 7º da Constituição de outubro de 1988 são adossados dois outros – o art. 40 e o art. 201 – a revelarem o cuidado com que a Norma Fundamental tratou desse direito fundamental da pessoa humana.

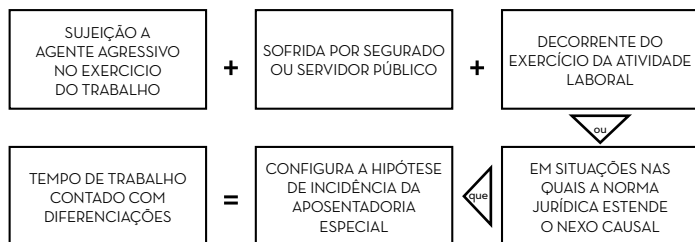
Essa conjectura desvenda a amplitude pragmática do citado parágrafo do artigo 40, que quer estabelecer o protagonismo isonômico entre todos os trabalhadores.

As condições especiais fixam, com maior precisão, a relação causa-efeito, estendendo para situações paralelas ao exercício do trabalho ordinário o atributo adicional da perspectiva temporal diferenciada em razão de um gravame de difícil mensuração individualizada. É como se o potencial de lesividade que as condições especiais desvelam não pudesse merecer apuração individualizada porque o risco é social e, enquanto tal, se encontra adossado à massa protegida.

Isso não condiciona a caracterização da circunstância especial ao deferimento do benefício pela Previdência Social, sobretudo porque há outros requisitos para a outorga do mesmo.

A circunstância especial pode não gerar benefício previdenciário mas, ainda assim, foi atuarialmente estimada para efeito da respectiva inserção no modelo (no tipo, como se diz na linguagem hermética do direito penal) de contagem de tempo diferenciado que inere a tais circunstâncias de trabalho.

Através da cibernética e das conclusões obtidas podemos modelar o instituto da aposentadoria especial, estabelecendo hipótese de qualificação:



Percebe-se, destarte, que posso armar a hipótese normativa sem extrair dela, necessariamente, a consequência da concessão do benefício especial.

Ainda assim restará evidenciado que o traço diferencial de todo esse arcabouço jurídico

é o relativo à contagem do tempo de trabalho.

Como lembrava, com propriedade, o saudoso ANTONIO CARLOS OLIVEIRA, trata-se de *"benefício baseado no tempo de serviço, mas tal serviço se refere à atividade profissional exercida em condições especiais..."*⁸

Em essência é de exercício do trabalho peculiar que se trata, no qual o ambiente influencia a qualificação do tempo, assim como os gravames impostos pelas circunstâncias dentro nas quais a atividade é desempenhada.

ANDRÉ STUDART LEITÃO, monografista do tema, acentua: *"Não basta o simples exercício de atividade prejudicial à saúde ou à integridade. Também não é suficiente a prática de atividade nociva durante o tempo previsto no aludido preceptivo. É preciso que as duas condições estejam presentes cumulativamente, de modo que se atinja o tempo previsto (15, 20 ou 25 anos), tendo como referência, obviamente, uma atividade especial."*⁹

Essa modalidade de benefício não se confunde com as demais porque as causas que levam à proteção especial justificam critérios diferenciados de contagem do tempo de trabalho para efeitos de obtenção de condições de elegibilidade ao benefício conferido ao trabalhador.

A qualificação do tempo como especial, semelhantemente ao procedimento de incidência, pressupõe a exata satisfação de todos os elementos que compõe o tipo. A ausência de um dado, mesmo que mínimo na conjuntura, blinda o fato da incidência mantendo a característica inicial do tempo.

O direito previdenciário integra o campo do direito público. A interpretação de suas regras deve ser estrita, evitando alargamento semântico a fim de impor consequências jurídicas a algo estranho ao possível normativo. Tais regras, como adverte MIZABEL DERZI, devem ser conhecidas como tipos penais, onde a ambiguidade é resolvida através da restrição dos significados.

8. OLIVEIRA, Antônio Carlos, *Os benefícios*, in Curso de Direito Previdenciário – Homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira, coordenado por Wagner Balera, LTr, São Paulo, 5ª edição, 2002, p. 100.

9. LEITÃO, André Studart. *Aposentadoria Especial. Doutrina e Jurisprudência*, São Paulo, Quartier Latin, 2006, p. 70.

O fator de conversão integra o tipo previdenciário da aposentadoria especial e representa o ferramental técnico de distinção desse benefício quando cotejado com os demais.

Não se trata, convém por de manifesto, de critério sacado por algum alquimista que tenha, por conseguinte, criado um tempo fictício.

Em verdade, a aplicação das tabelas de conversão é fruto de certa equação matemática entre o tempo buscado e o tempo a converter. Evidentemente, a carga de especialidade que envolve o tempo implica em que o mesmo seja distendido, de arte a torna-lo isonômico ao tempo comum.

Trata-se de tempo que existe no tempo; não de ficção. É, isso sim, tempo que custa mais a passar porque sujeita o trabalhador a exposição do agente nocivo. A incapacidade que daí decorreria é presumida.

Expliquemos melhor.

Sendo o critério temporal comum, apto a gerar o benefício da aposentadoria por tempo de contribuição, o cômputo de 35 (trinta e cinco) anos de trabalho é esse o lapso de tempo que deve ser considerado como ponto de partida para a respectiva mitigação, constatadas condições especiais de atividade.

Com base em critérios técnicos, ditados pela ciência atuarial, o legislador estipula a redução do tempo de trabalho para, *exempli gratia*, 25 (vinte e cinco) anos.

Se tomarmos em consideração o tempo comum e a respectiva valoração como especial, verificaremos que a divisão dos 35 anos previstos para a aposentadoria ordinária pelos 25 estipulados para a especial é o vetor 1,40.¹⁰

10. O art. 70 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 1999, com as modificações introduzidas pelo Decreto n. 4.827, de 2003, disciplina a questão relativa à conversão do tempo especial em tempo comum. O Regulamento aprovado pelo Decreto n. 83.080, de 1979, explicitava, em seu art. 60, § 2º, o modo de conversão:

§ 2º Quando o segurado tiver trabalhado em duas ou mais atividades penosas, insalubres ou perigosas, sem completar em qualquer delas o prazo mínimo que lhe corresponda para fazer jus à aposentadoria especial, ou quando tiver exercido alternadamente essas atividades e atividades comuns, os respectivos períodos serão

Conclui STUDART: “*Benefício da aposentadoria especial apresenta-se como uma medida profilática destinada ao combate preventivo de situações de invalidez.*”¹¹

A subsunção não deriva da simples constatação da presença de circunstância especial de tempo. Conjetura, diferentemente, que esse tempo seja associada ao trabalho exercido em circunstâncias gravosas. Neutralizar tal tempo, em detrimento do trabalhador, é denegar-lhe a proteção especial que lhe assegurara o constituinte e sob a qual foi injungido pelas medidas judiciais reiteradamente concedidas.

A não-incidência que resultaria da qualificação do tempo especial como fictício não decorre da integração dos trabalhadores no regime jurídico da aposentadoria especial. A não-incidência inexistente como tal; é um não ser, uma inferência lógica a que se chega por contraste: o que não é o ser é o não-ser. A não-incidência, portanto, é um efeito. É tudo o-que-não-é.

O fenômeno da não-incidência projeta consequências nítidas no plano pragmático, mormente quando a investigação enfoca a qualificação do tempo de trabalho prestado por alguém.

Os fatos não modelados na hipótese de incidência, sejam jurídicos ou meramente sociais, são efeitos da não-incidência. Existem para a sua seara, sendo, todavia, indiferentes para a aferição da incidência. O fato afeto à hipótese é um não-ser; fenômeno estranho a incidência que nada gera no plano da norma analisada.

O entendimento que qualifica o tempo especial como ficto parece querer ignorar, às completas, o ônus a que se sujeitou o trabalhador durante certo período de sua vida laborativa. Essa ruptura do regime jurídico previdenciário da aposentadoria especial, criando um fosso de desigualdade entre os integrantes da comunidade protegida, agride a dignidade da pessoa humana!

É como se os trabalhadores do Brasil fossem classificados em duas classes. Para os cidadãos de primeira classe o tempo melhor qualificado leva em conta os agentes nocivos que, por presunção, afrontaram a integridade do trabalhador. Já os de segunda classe não merecem a mesma sorte. Que assumam por si mesmos os gravames, pois a comunidade

somados, aplicada a Tabela de Conversão seguinte: (Alterado pelo Decreto nº 87.374, de 1982)

11. LEITÃO, André, op. cit., p. 98

lhes dá as costas e faz de conta que esse tempo, o mesmo tempo, com os mesmos atributos e efeitos, não existe no tempo.

A deformação do fato imponível da aposentadoria especial, impedindo a atribuição de efeitos ao tempo como tal reconhecido, insere um mecanismo defeituoso no delicado fenômeno da incidência e impede a constatação material (pericial) das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente.

A hipótese de incidência da aposentadoria especial deixa de existir para o grupo dos servidores públicos. Toda a paciente construção jurisprudencial da norma de incidência, estampada em diversos Mandados de Injunção, se transforma em verdadeiro trabalho de Sísímo.

Aos trabalhadores públicos, que tinham sido, com verdade, erigidos ao *status* previdenciário isonômico defronte aos trabalhadores privados, retornam ao limbo a que os relegara a inércia do legislador.

Sobre decorrer diretamente do trabalho – valor social qualificado pelo art. 1º da Superlei – o tempo especial também fora acoplado aos agentes nocivos verificados no ambiente laborativo, apreendendo-se assim a pertinência causal entre a morbidez (presumida, como assinala STUADT) e os eventuais agentes nocivos constatados.

Ao contrário do que ocorre com a ficção, no estudo das circunstâncias de fato que qualificam o tempo como especial é considerado que o risco de incapacidade futura é um dado baseado em probabilidade estatística. Vale dizer, neste caso, que o direito torna certo o que é provável. E a esse fenômeno a teoria geral do direito denomina presunção.

Na presunção, como se sabe, a lei deduz consequências de fatos que são tidos como verdadeiros, até mesmo quando não tenham sido cabalmente demonstrados.

Trata-se, mais propriamente, de certo juízo lógico que estabelece o liame de causa e efeito entre certos fatos.

Assim, deduz-se que uma vez comprovada a atividade especial – exigência insuperável para o deferimento da prestação – é de se presumir que podem surgir efeitos danosos à saúde ou à integridade física do trabalhador.

De um fato conhecido e comprovado a norma saca consequências que presumem fato ainda não conhecido ou, até mesmo, que jamais será constatado.

O fato do dano (vale dizer, do agravamento concreto da situação de saúde do trabalhador, que poderia ser considerado o cerne da questão se o benefício pleiteado fosse o da aposentadoria por invalidez) é posto entre parênteses pela presunção. É da própria natureza do agente agressivo desencadear comprometimentos à saúde daqueles expostos aos efeitos danosos. Eis a clara manifestação de uma presunção!

Poder-se-ia indagar: e por que não foi efetivamente investigado o efeito danoso?

A resposta não pode deixar de ser taxativa: porque o legislador optou, dentro do campo de discricionariedade política que somente a ele pertence, pela utilização da técnica da presunção.

Tem cunho doutrinário a definição de presunção estampada no Código de Direito Canônico, assim grafada:

*Cân. 1584 — Presunção é a conjectura provável de uma coisa incerta; pode ser de direito, quando é determinada pela lei, ou de homem, se é deduzida pelo juiz.*¹²

No caso em estudo a presunção é de direito porque o legislador instituiu a aposentadoria especial que consiste, ao fim e ao cabo, na redução de certo período de tempo ordinariamente necessário para a obtenção da aposentadoria por tempo de contribuição em razão da conjectura de que, provavelmente, a exposição de alguém a agentes nocivos desgasta a integridade física de alguém, justificando-se que a retirada do mesmo ocorra em um tempo reduzido.¹³

Aliás, o tempo foi eleito pelo legislador como dado relevante dentre outras componentes que estão relacionadas com o exercício do trabalho.

12. Código de Direito Canônico, promulgado pelo Papa JOÃO PAULO II, tradução da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Edições Loyola, 1983.

13. NONATO, Orosimbo – *Presunções e Ficções de Direito*, in Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro por J. M. Carvalho Santos, vol. XXXIX, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, sem data de publicação.

Em verdade, ao operar a seletividade das prestações, em cumprimento ao comando estampado no art. 194, único, III, da Norma Fundamental, o legislador atenta para circunstâncias de fato que qualifiquem o risco social de modo suficientemente idôneo a justificar a cobertura proporcionada.

O ciclo de formação do tempo especial se completa dentro de determinado período que tanto pode ser o padrão, de quinze, vinte ou vinte e cinco anos, quanto aquele que se amalgama ao tempo comum.

Ao qualificar como fictício o tempo convertido, o entendimento mais recente faz retornar a normatividade à pré-história do direito previdenciário, momento no qual só seria admissível a concessão de benefício a quem comprovasse, mediante perícia médica, a incapacidade substancial para o exercício de qualquer trabalho, id est, o requisito para o deferimento da aposentadoria por invalidez.

Ocorre que a verificação das condições do ambiente de trabalho, apurada através de aferição técnica da presença ou não de agentes nocivos, bem como suas frequências e graduações não exigiu, nos termos do regime jurídico da aposentadoria especial, tal como vigente em nossos dias, a averiguação da causalidade entre o agente nocivo constatado e a perda da sanidade física. Esse itinerário restou suprimido pela presunção legal descritora do tipo do benefício em estudo.

Sem embargo, o iter comprobatório de qualificação do tempo especial parte de dado objetivo de realidade, não de ficção. Trata-se de investigar, *icti oculi*, o ambiente de trabalho, para a pertinente elaboração do Laudo Técnico de Condições Ambientais de Trabalho – LTCAT, elemento essencial para a instrução do processo de reconhecimento do tempo de serviço sob condições especiais, nos termos do art. 7º, II, da Instrução Normativa MPS/SPS Nº 1, de julho de 2010.

Informações presentes no LTCAT, localizando, se existentes, os agentes nocivos que estavam em cena quando da prestação do trabalho, terão a maior relevância porque o Médico do Trabalho ou Engenheiro de Segurança do Trabalho constata os agentes nocivos presentes e as atividades expostas a tais agentes, com anexos aspectos de graduação, frequência e periodicidade.

O LTCAT é componente instrumental para a definição do sujeito protegido e do

consequente teor de proteção social que lhe será conferido.



Quem quer que trabalhe em ambiente laboral nocivo, devidamente apurado em LTCAT, está sob a cobertura apta a legitimá-lo a pleitear o benefício especial.

Quem, ao reverso, não esteja sujeito à hostilidade ambiental fica, em princípio, albergado na moldura genérica do tipo aposentadoria por tempo de contribuição.

O LTCAT não estabelece ficção jurídica. O método não cria realidade materialmente inexistente, contemplando o resultado com existência jurídica. O processo lógico decorrente desse nexos estabelece presunção, ensejando conclusões aparentemente verdadeiras a partir de dado conexo porém externo.

O produto do LTCAT prescinde de corroboração pragmática, tendo em vista que sua veracidade está sujeita ao teste real. A presunção estabelecida é relativa, permitindo, pois, prova em contrário. Havendo paradoxo entre o real e o LTCAT, o ordenamento privilegia a informação proveniente deste, mormente porque as conjecturas, como salientava Popper, devem ser validadas pelas corroborações.

4. O PREENCHIMENTO DA LACUNA NORMATIVA

A norma ordena a norma, sistematizando a realidade jurídica e harmonizando os elementos do repertório dentro dos princípios de estrutura estabelecidos. A atribuição estrutural não se resume à coexistência do repertório, mas também a regulamentar a adequação sistemática ao ambiente, promovendo sua interação aos fenômenos externos. O dado ideal não pode ser dissociado do elemento real, de tal forma a validar ficções que dissimulem a realidade que se pretende regulamentar.

A natureza dinâmica inerente ao sistema jurídico permite sua autorregulação. Os elementos danificados são substituídos pela norma estrutural, adaptando o sistema jurídico às realidades externas, ou aos outros sistemas sociais. A abertura não é excessiva.

A integridade é preservada. A calibração estrutural seleciona as mensagens externas,

relevando-as ou não para o sistema jurídico¹⁴.

A nomogênese realeana¹⁵ explica a calibração da interferência externa, atribuindo ao valor a função de adaptar o sistema à nova conjuntura externa, maximizando o objetivo sistemático na solução de conflitos e garantia de expectativas. A autorregulação ou a regeneração não opera, apenas, no plano sintático. A intromissão exterior abre semântica e pragmaticamente o sistema, alterando as significações sem alterar a forma sintática do repertório.

As extensões semânticas e pragmáticas são limitadas. Atingido o perímetro, a estrutura regenera o sistema substituindo o elemento danificado por outro adequado à teleologia sistêmica. A influência externa se resume a dado fomentador, consubstanciando em impulso à reforma. O procedimento é interno, regulado pelas regras estruturais que ordenam o sistema jurídico.

O regulamento não é norma jurídica, não sendo instrumento apto a estabelecer direitos e deveres. Trata-se de mero expediente administrativo com a estrita finalidade de produzir disposições operacionais uniformes necessárias à execução da lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública. Onde resulta estabelecido, altera ou extingue direito. Atentemos, porém. Como adverte Pontes, não há regulamento contra legem, mas sim: *“há abuso do poder de regular, invasão de competência legislativa”*¹⁶. O regulamento é mera disciplina infra-legal, para a fiel execução das leis, como comanda a Constituição.

Ocorre que, no caso presente, a disciplina normativa pela via regulamentar restou autorizada aquando do preenchimento do vácuo legal pelos julgados exarados pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Mandado de Injunção.

A lacuna normativa foi colmatada com toda a propriedade e passou a produzir os efeitos ordinários que decorrem da virtualidade inerente a toda norma jurídica.

14. POPPER, Karl. *A Lógica da Pesquisa Científica*. Trad. Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 12a ed. São Paulo: Cultrix. 2006, p. 74: *“As teorias científicas estão em perpétua mutação. Não se deve isso ao mero ação, mas isso seria de esperar, tendo em conta nossa caracterização da Ciência empírica”*.

15. REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*. São Paulo: Saraiva. 1968.

16. MIRANDA, Francisco Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 01 de 1969*. 2a Ed. Tomo III. São Paulo: RT. 1970, p. 314.

Ao mudar o rumo dos acontecimentos, contra o que já fora decidido e regulamentado, os julgados criam incerteza e insegurança jurídicas, justo em terreno – o da seguridade social – no qual, mais do que em qualquer outro, é indispensável que o sujeito de direito possa contar, com objetividade, com a previdência a respeito do dever.

Portanto, não restam dúvidas acerca da impropriedade do novel entendimento que resulta delineado nos julgados mais recentes que, sobre mutilarem o regime jurídico da aposentadoria especial, criam ulterior, inexplicável, desigualatória e discriminatória lacuna normativa, ao arrepio do valor constitucional do trabalho (art. 1º, IV), dos princípios da igualdade (art. 5º, caput e I) e da universalidade da cobertura e do atendimento (art. 194, único, I) estampados no Texto Magno.

Em verdade são dois os problemas que os entendimentos recentes suscitam.

Castrando os limites constitucionais do respectivo entendimento, os recentes julgados do Supremo Tribunal Federal atingem em cheio os beneficiários do regime próprio que, conquanto tenham catalogado em seu favor tempo prestado em atividades especiais, tempo esse que o regime jurídico da aposentadoria especial qualifica em todos os respectivos efeitos, de tal tempo não poderão fazer a utilização previdenciária.

O que ocorreu, por paradoxal que possa parecer, foi a criação, pela via da interpretação do Supremo guardião da Constituição, de uma ficção jurídica. O direito, a prevalecer o teor de tais julgados, considera como inexistente um tempo que, de fato, existiu. Portanto, é adjudicada a uma mentira o valor de verdade.

Claro que, configurado o direito a partir do resultado, o regime jurídico da aposentadoria especial estabelecido pelo STF para os servidores públicos carece de pleno sentido normativo, sobre ser, como afirmei acima, discriminatório.

De um lado, o regime jurídico da aposentadoria especial do regime geral qualifica o tempo especial com seu natural grau de especificidade, para efeitos de atribuir-lhe qualidade diferenciada, de arte a justificar e dar suporte, em conformidade com a teoria do risco, a grau mais intenso de cobertura ao beneficiário.

De outro lado, o regime jurídico da aposentadoria especial do servidor público, engenhosa criação pretoriana, pacientemente erigida pelo Supremo Tribunal Federal

pela via inteligente do Mandado de Injunção, começa a ser vítima de verdadeira implosão interna.

É que no elementar do tipo aposentadoria dado essencial consiste no modo pelo qual o tempo de trabalho será contado.

Para que haja o perfazimento integral do critério temporal da aposentadoria, muito particularmente, no caso em estudo, da aposentadoria comum a que se agregaria o tempo de especial como tal contado, cumpre apurar as condições de trabalho, sacados dessa apuração os naturais consectários.

Os recentes julgados do Supremo Tribunal Federal dizem: não! Esse dado elementar está fora de cogitação.

Aquele tempo de trabalho que fora aquinhado com grau maior de proteção, por ter presumidamente afetado de maneira mais veemente a integridade do trabalhador é relegado ao terreno da ficção e, pior, passa a não servir para nada.

A Orientação Normativa MPOG/SRH Nº 10, de novembro de 2010, que fixou o *iter* de verificação das providências aptas a garantir o direito constitucional dos servidores públicos bem considerou o *modus* pelo qual a conversão é de ser concretizada.

A Constituição Federal ofereceu elementos suficientes à definição do regulamento, compreendendo-o, como adverte Bandeira de Mello, como “ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir disposições operacionais uniformizadas necessárias à execução da lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública”¹⁷.

Tal regulamento está plenamente ajustado ao padrão conceitual dessa espécie normativa. Incumbe-lhe dispor sobre a operatividade do procedimento de conversão do tempo de atividade do servidor para efeito de concessão do benefício comum, mediante aproveitamento do tempo especial.

O regulamento uniformizara a aplicação da lei. Conquanto não criasse direito, não

17. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15a Ed. São Paulo: Malheiros. 2002, p. 311.

incutisse elemento jurídico a fatos, não constituindo norma primária, haja vista que somente a lei inova em caráter inicial na ordem jurídica¹⁸, o regulamento em questão perfilou-se ao regime jurídico da aposentadoria especial, posicionando-o na dinâmica do sistema em posição paralela à do Regulamento da Previdência Social, ainda que o respectivo *status* não seja o mesmo do daquelas normas emanadas com espeque no artigo 84, inciso IV da Constituição Federal.

Não se pode pensar em regulamento sem antes apreenderem-se os termos da lei. A norma jurídica é pressuposto jurídico do decreto, cuja validade decorre da estrita observância dos limites legais. Essa característica impõe ao ato regulamentar natureza jurídica interpretativa, consubstanciando-se em mecanismos administrativos de interpretação autêntica. O Poder Executivo através do regulamento interpreta a abstração legal, tornando as regras jurídicas exequíveis no plano pragmático.

O regulamento em comento nada mais é do que o resultado da interpretação da norma jurídica criadora do regime jurídico da aposentadoria especial.

Manifesta, a seu modo, o produto da inteligência da Administração sobre a norma apreendida, com o escopo de consolidar o entendimento (definição) em favor da igualdade de tratamento entre todos os que estiverem em idêntica situação jurídica. É, em suma, elemento adicional da configuração da seguridade jurídica e social do beneficiário.

As normas interpretativas não são prospectivas. Retroagem ao momento onde o dado interpretado foi constituído.

A ligação entre o objeto apreendido e a conclusão da apreensão unifica temporalmente os dados, impondo à interpretação a retroação à data do interpretado.

A Orientação Normativa n. 10, de 2010, é norma interpretativa, consubstanciando-se em mecanismo de executoriedade dos Mandados de Injunção que em bora hora conferiram eficácia ao direito constitucional - é disso que se trata, nos termos do art. 40 § 4º da Constituição - ao regime jurídico da aposentadoria especial dos servidores e seus naturais conseqüentes, dentre os quais não poderia deixar de ter sido incluída a fórmula de contagem do tempo especial para a concessão do benefício comum que é anexa a esse peculiar arcabouço.

18. MELLO, Oswaldo Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Vol. I. 2a Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1979, p. 316.

Reportando-se à cadeia normativa até então criada, a Orientação Normativa em referência faz expressa menção aos comandos regulamentares já antes emanados pela Instrução Normativa n. 1, oportunamente expedida pela Secretaria de Políticas de Previdência Social.

Assim dispôs, com total pertinência, o referido regulamento:

Art. 12. Para a concessão do benefício da aposentadoria especial e para a conversão de tempo especial em tempo comum, no caso em que o servidor esteja amparado por decisão em Mandado de Injunção julgado pelo Supremo Tribunal Federal, é obrigatória a instrução do procedimento administrativo de reconhecimento do tempo de serviço público exercido sob condições especiais, prejudiciais à saúde ou à integridade física, nos moldes disciplinados pela Instrução Normativa nº 1, de 22 de julho de 2010, publicada no D.O.U de 27 de julho de 2010, da Secretaria de Políticas de Previdência Social - SPS, inclusive com a juntada dos seguintes documentos:

I - cópia da decisão do Mandado de Injunção, na qual conste o nome do substituído ou da categoria profissional, quando for o caso; e

O fato da Orientação Normativa omitir-se quanto à natureza interpretativa das suas regras não oblitera a sua qualificação como instrumento de interpretação autêntica. Conjectura diversa tornaria o sistema jurídico refém dos Poderes do Estado que, sem qualquer critério, dentro da mesma ordenação normativa de um tema, poderiam como que condicionar a eficácia das leis - e, no caso, da Constituição, à sua vontade vacilante e irresoluta.

A segurança jurídica e a seguridade social, apanágios do Estado de Direito, impedem que em casos de consolidação definitiva de direitos, haja modificação da relação jurídica e dos respectivos efeitos.

Ao produzirem seus naturais efeitos executórios, em tudo e por tudo idênticos aos relativos aos direitos espectos que agora aguardam deslinde, os normativos citados conferiram plena eficácia aos mandamentos constitucionais concernentes à proteção outorgada pelo sistema de seguridade social.

Ora, constituiria imenso retrocesso jurídico e social o que seria representado pela inusitada mudança no curso dos entendimentos esposados pelo Pretório Excelso.

Depois de colmatar a lacuna que, por tantos anos, denegou elementar direito social aos servidores, o STF está prestes a lança-los novamente na zona da incerteza, revelando intenção desconforme com a clara diretriz estampada no *caput* do art. 7º, da Constituição: garantir a melhoria da condição social dos trabalhadores.

Tanto a Instrução Normativa n. 1, de 2010 quanto a Orientação Normativa n. 10, do mesmo ano, deram efetividade ao objetivo constitucional da universalidade da cobertura e do atendimento. Estabeleceram, em linha com o regime jurídico da aposentadoria especial, proporção adequada na contagem do tempo especial, com respeito à aferição pragmática da probabilidade do dano decorrente da exposição do trabalhador, a condições temporais que colocam em risco o bem maior da saúde.

A esse regramento, a Resolução N. CJF-RES-2013/00239, de abril de 2013, expedida pelo Conselho da Justiça Federal veio acrescentar outro substrato normativo, como que irradiando sobre a própria estrutura judiciária os efeitos concretos da injunção normativa produzida pelo Supremo Tribunal Federal, ademais de por disciplina, inclusive, ao fenômeno da contagem do tempo desempenhado em atividades especiais no processo de concessão do benefício comum.

Constata-se, a partir desses manifestos dados normativos – é bem verdade que exarados no exercício da faculdade regulamentar – que há certa *ratio* na disciplina da aposentadoria por tempo de trabalho. Não há como denegar parcela da ordenação que se encontra colada ao respectivo regime jurídico.

Ao pretenderem frenar, abruptamente, os efeitos elementares do instituto de que aqui se cuida, os julgados mais recentes do Supremo Tribunal Federal conduzem a questão a um inusitado beco-sem-saída.

A natureza jurídica da aposentadoria especial é manifestamente indenizatória. Percebendo tal realidade, WLADMIR NOVAES MARTINEZ assevera: *“A prestação é benefício de pagamento continuado, não reeditável, definitivo, substituidor dos salários, modalidade securitária de indenização diferida pela assunção dos riscos de aquisição de doença profissional ou do trabalho, ou a ocorrência de acidente de trabalho, vale dizer, séria e efetiva ameaça à saúde ou à integridade física do segurado.”*¹⁹

19. MARTINEZ, Wladimir, Novaes. *Comentários à Lei Básica da Previdência Social, LTr, São Paulo, Tomo II, 6ª edição,*

A adequação ao benefício especial de certos critérios de conversão do tempo de trabalho coopera para que, defronte aos riscos laborais, sejam estimulados os trabalhadores, que assim puderem, a intentar novos caminhos profissionais, sem prejuízo das conquistas que o decurso do tempo que em que se desincumbiram de trabalhos mais gravosos lhes sejam retiradas sem qualquer justificativa.

A técnica da conversão do tempo, colada ao regime jurídico de tal benefício, nada mais é do que reconhecimento, pelo legislador e pela comunidade, da alta conta em que são levadas a saúde e a integridade física de cada qual.

Convém aduzir, ainda, que o tempo de trabalho que se considera tanto para o efeito de concessão da aposentadoria ordinária quanto da aposentadoria especial não é, propriamente, o período de tempo que ocorre no mundo dos fatos, mas sim a respectiva qualificação jurídica.

O elemento motor da qualificação jurídica do tempo de trabalho é, e será sempre, o risco social.

Quanto mais custoso, na perspectiva da respectiva integridade física, for para o trabalhador o exercício do trabalho melhor proteção social deverá ser a ele prestada. E, tal proteção social há de marchar, quase que automaticamente, para a atenuação das circunstâncias que exponham o trabalhador a situações mais gravosas de risco social. Em suma, o legislador presume que o desempenho do trabalho em condições especiais não pode, sem riscos concretos de sinistralidade por invalidez, deve ser menor do que o tempo de trabalho em atividades nas quais não haja tantas e tão graves exposições aos riscos do trabalho ou do ambiente do trabalho.

O verdadeiro critério, o autêntico critério de disciplina cabal do benefício, tal como pretenderam todos aqueles que buscaram de modo incessante a injunção judicial parece residir na completa configuração do regime jurídico do benefício, envolvendo todos os aspectos que o tema comporta, inclusive e especialmente o elemento essencial alojado no aspecto material da prestação que é o tempo de trabalho.

Se bem que a fórmula ou forma de operação técnica da contagem do tempo ou da

conversão desse mesmo tempo possam estar sujeitas a variações, seria inadmissível que fosse abandonado todo o critério, lançando não apenas no vácuo normativo como na mais completa desordem a proteção social devida aos trabalhadores.

A injunção concedida nos distintos julgados lavrados pelo Supremo Tribunal Federal foi adequadamente arrumada, ainda que tenha sido expressa em normas de menor posição na estrutura hierarquizada da ordem jurídica.

Mas, convém acentuar, é o que se poderia – e deveria – operar defronte à omissão legislativa que, aliás, segue ocorrendo.

Os normativos singelos construídos com justiça serviram como meios de ação para que se concretizassem, até então, os direitos constitucionais à aposentadoria garantidos pelos diversos preceitos que a Lei das Leis enuncia a respeito.

Os normativos servem, ademais, como operadores da seguridade social possibilitando ao beneficiário delinear, com clareza, o respectivo futuro previdenciário.

Potencializam, enfim, o tempo de trabalho – núcleo da hipótese de incidência da aposentadoria – tanto no contexto mais arriscado no qual o mesmo foi prestado quanto nas circunstâncias comuns que são, e devem ser, o ideal a alcançar em homenagem ao valor social do trabalho. Num e noutro caso os normativos deram acabamento formal ao regime jurídico da aposentadoria especial.

Havia, é claro, uma estrutura latente que, a partir do evoluir histórico do instituto da aposentadoria especial, já poderia ter sido melhor configurada.

A própria enunciação do regramento do benefício nos quadrantes do regime geral - como reconheceram até certo momento as Injunções concedidas a seu tempo - delinearão os distintos aspectos da hipótese de incidência da prestação.

O verdadeiro plano de objetividade normativo a ser dado ao tempo de trabalho em condições especiais exige consideração que leve em conta toda a vida laborativa dos trabalhadores, que não deixe escapar nenhum dos dados de realidade compreendidos nessa longa e penosa jornada.

5. QUESITOS GENÉRICOS

5.1. Qual a natureza jurídica da aposentadoria especial?

O benefício e espécie do gênero aposentadoria por tempo de trabalho acoplado a condições de desempenho que, potencialmente, podem comprometer a saúde ou a integridade física do trabalhador.

5.2 Qual a natureza da conversão do tempo de serviço especial em comum? Em que instituto da teoria geral do direito está baseada?

A conversão consiste na fórmula técnica de garantir isonomia entre os segurados em função da distinta qualidade dos tempos de atividade.

Sua base formal é a presunção do comprometimento da saúde e da integridade física do trabalhador que fora exposto, durante certo período de tempo, a condições de trabalho mais gravosas.

5.3. Quais os efeitos previdenciários da contagem de tempo especial no âmbito de concessão do benefício comum?

No âmbito previdenciário, a contagem traz como efeito a distributividade da prestação e valida todo o tempo de trabalho, conferindo-lhe a qualidade própria na conformidade com o vetor de risco sob o qual foi prestado.

5.4. Qual o demonstrativo que representa, no plano da realidade concreta, a qualidade do tempo considerado para efeito de concessão do benefício?

Trata-se do Laudo Técnico de Condições Ambientais de Trabalho – LTCAT, elemento essencial para a instrução do processo de reconhecimento do tempo de serviço sob condições especiais.

Esse instrumento técnico parte do dado objetivo da realidade e não de uma ficção. Investiga-se o ambiente de trabalho para a pertinente elaboração de tal meio de instrução do procedimento de concessão do benefício.

5.5. Os normativos até então expedidos deram adequada modelagem ao regime jurídico

da aposentadoria especial, notadamente ao fenômeno da conversão do tempo de trabalho prestado sob condições especiais?

Os normativos que, como decorrência da lacuna normativa apurada nos Mandados de Injunção, foram editados ao propósito deram adequada modelagem ao regime jurídico da aposentadoria especial.

Nenhum deles se omitiu quanto à disciplina de um dos *essentialia* inerente ao regime jurídico da prestação que é o atinente ao mecanismo de conversão do tempo de trabalho especial para efeitos do respectivo encaixe no computo do critério material do benefício ordinário.

5.6. O que é tempo ficto a que alude a norma constitucional? O que exatamente quis o constituinte proibir ao criar a regra prevista no § 10, do artigo 40, da Carta Magna, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98? A contagem diferenciada do tempo de serviço prestado sob condições insalubres pode ser considerada como tempo de contribuição fictício a que alude o referido dispositivo constitucional?

Conquanto não haja definição normativa a respeito do tempo ficto é de comum sabença que tal conceito decorre de certos critérios de contagem de tempo que transformaram realidades inexistentes – portanto, estamos no terreno da *fictio iuris* – em tempo de trabalho.

É o que ocorria, exemplificativamente, com a licença-prêmio não gozada, que para efeitos de aposentadoria poderia ser contada em dobro.

Eis o que, exatamente, o texto expresso na Emenda Constitucional n. 20, de 1998, grafado no § 10 do art. 40, pretendeu proibir: que se contasse no tempo um trecho de tempo que nunca existiu.

Ora, a contagem diferenciada de tempo de trabalho prestado em condições insalubres nada mais é do que a objetiva aferição de certo tipo de incidência diferenciado da norma sobre o plano dos fatos.

Reconhecendo, embora, que se trata do mesmo evoluir do tempo, o legislador percebe, por igual, que o exercício do trabalho, nas condições especiais com que comprovadamente se apresenta, faz com que o lapso de tempo em questão provoque maior desgaste na saúde e na integridade física do trabalhador. E, por conseguinte, valoriza de modo diferenciado

esse mesmo tempo. Para tanto, atribui – é disso que se trata – forma mais vantajosa de contagem do tempo no tempo. Tudo baseado no princípio próprio do seguro: quanto maior o risco, maior a proteção social.

São, por conseguinte, inconfundíveis os dois conceitos postos em sinótico.

Era, mesmo, um tempo que não existiu no tempo. Porque tendo o servidor, em observância a uma faculdade legal, preferido reter consigo aquele tempo que poderia ter fruído – ai, sim, no tempo, a licença-prêmio - leva consigo esse tempo, por força da ficção jurídica, para o cálculo do benefício devido em razão da jubilação.

5.7. O custeio diferenciado da aposentadoria especial no RGPS (artigo 22, II, da Lei 8.212/91), em que há o financiamento específico por parte dos empregadores para custear o benefício, não afastaria sua caracterização como tempo ficto?

O custeio diferenciado da aposentadoria especial decorre da concepção tradicional do seguro que permite, em cada caso, o cálculo objetivo e atuarial do risco que será objeto da cobertura por parte daquele plano.

Identificam, deste modo, os estudos atuariais – baseados na assim chamada experiência do risco – que certas situações, particularmente, no caso em estudo, as decorrentes da exposição do trabalhador a ambientes e condições de trabalho revestidas de maior grau de agressividade à respectiva integridade física, agravam o risco social, impondo prêmio (contribuição social) mais elevado a fim de que se custeie a prestação especial ofertada pelo plano de proteção social ao trabalhador.

Temos, pois, que esse mecanismo de instituição de alíquotas diferenciadas para o custeio das aposentadorias especiais afasta qualquer conotação do tempo de trabalho como tempo fictício. Não só não se trata de um tempo inexistente como, bem ao reverso, é um tempo matizado com tintas mais fortes do que o tempo comum e, por essa razão, implica em cobrança de prêmio (contribuição social) mais elevado.

5.8. Em caso de resposta afirmativa do item anterior, pode-se interpretar que o intuito do legislador na socialização do custeio foi o de proteger e compensar o trabalhador pelos desgastes sofridos nas atividades nocivas à sua saúde, sem criar, entretanto, benefício que não tenha previsão de custeio?

O patamar mais elevado de proteção social a que foram exalçados os trabalhadores

que prestam serviços em condições nocivas à sua saúde é, bem em verdade, custeado pelo mecanismo de alíquotas adicionais coladas à contribuição social básica, por força das exigências da regra da contrapartida.

Claro que se trata de mecanismo de intensificação da cobertura. Segue sendo, no entanto, de cunho retributivo, não compensatório. Vale dizer, o beneficiário da aposentadoria especial não recebe indenização adicional decorrente do desgaste a que, por presunção legal, se expôs em razão do exercício do trabalho. A fórmula financeira engendrada pelo legislador cria, em verdade, paridade entre a aposentadoria comum e a especial sob a perspectiva do respectivo modelo de custeio.

5.8. O recebimento do adicional de insalubridade pelo servidor público, enquanto em atividade, pode ser considerado como meio de prova para efeito de contagem de tempo de serviço diferenciada e aposentadoria especial, já que aqui, diferentemente da situação do trabalhador privado, segurado do INSS, o Estado é o próprio empregador ou tomador do serviço?

Enquanto meio de comprovação da situação de fato, o recebimento do adicional de insalubridade pode ser acolhido, para efeitos da contagem de tempo de serviço diferenciado, desde que tenham sido observadas as condições normativas justificadoras da concessão da referida vantagem salarial.

A presunção de legalidade norteia toda a atividade administrativa. A Administração Pública só faz o que a lei manda porque essa estrutura de poder do Estado jaz, na feliz expressão de Cirne Lima, sob a lei.

É, pois, de se presumir que a outorga do adicional de insalubridade, cuja percepção não tenha sido questionada em tempo algum, seja admissível como cabal comprovação do exercício de atividade insalubre pelo servidor.

5.9. A exceção do artigo 40, §4º, da Constituição Federal, que autoriza a criação de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadorias aos servidores públicos, cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, também abrange o direito à contagem diferenciada do tempo de serviço prestado nessas mesmas condições? Essa contagem se amoldaria ao escopo do mandado de injunção?

A exceção estampada no § 4º do art. 40 quer significar, até mesmo em interpretação restritiva, que o regime jurídico da aposentadoria especial deve ser revestido de certos atributos inerentes à natureza e fins da atividade desempenhada em condições prejudiciais à saúde e à integridade física do servidor.

A contagem diferenciada do tempo de serviço, como resultou demonstrado ao longo do presente estudo, é parte integrante do regime jurídico especial de que beneficiam os trabalhadores sujeitos a condições mais sofríveis de trabalho.

Trata-se de critérios técnicos, ditados pela ciência atuarial, que sustentam e justificam a redução do tempo de trabalho nas situações de que se cuida.

Estaria no talante do legislador adotar outros critérios? Entendo que sim, desde que respeitada a natureza das coisas, a isonomia constitucional e a universalidade da cobertura e do atendimento.

No caso presente, e é esse o escopo do Mandado de Injunção, a ausência da norma regulamentadora, a impedir o exercício do direito constitucionalmente reconhecido aos trabalhadores em geral pelos servidores públicos, foi suprida mediante a utilização dos mesmos critérios adotados para a cobertura especial previstos naquele que é o regime básico de previdência: o regime geral.

Dentre esses critérios ressaí, à evidência, o da contagem diferenciada do tempo de contribuição, requisito de elegibilidade ao benefício.

Nada justificaria que o Poder Judiciário, ao garantir a injunção no direito constitucional à aposentadoria, mutilasse o regime jurídico do benefício, substituindo-se ao Parlamento Nacional.

5.10. A Constituição Federal, ao assegurar o direito à aposentadoria especial ao servidor público, reconhece o direito à conversão do tempo especial em comum, computado de forma diferenciada. Caso contrário, pode ocorrer situação do servidor trabalhar 24 (vinte e quatro) anos em atividade insalubre, sofrendo danos à sua saúde, mas deixando de trabalhar no referido local faltando 1 (um) ano para completar os 25 (vinte e cinco) anos que possibilitariam a aposentadoria especial. Caso não tenha direito ao cômputo desse tempo de forma diferenciada, seria obrigado a trabalhar mais 11 (onze) anos para se aposentar por tempo de contribuição comum. Será que a

Constituição pretendeu ignorar esse tempo especial, exigindo que o servidor trabalhe até os 35 anos de serviço, desconsiderando todos os 24 anos em que teve prejuízos à sua saúde em função do serviço desempenhado para a própria Administração, tratando todo o período especial como tempo de serviço comum?

O exemplário armado ao propósito no presente quesito coloca de manifesto que a exegese restritiva sobre o direito à aposentadoria especial, de que deve ser beneficiário o servidor público, conduziria ao extremo oposto o escopo da proteção social de natureza constitucional a que todos os trabalhadores fazem jus.

Desqualificado o regime especial dentro do qual no tempo – sublinhe-se: no tempo, criatura da natureza e da lógica, não mera ficção – deverá ser computado o período de trabalho configurado como pré-requisito para a concessão da prestação de aposentadoria do servidor, pode acontecer a inusitada imposição de exigência adicional a quem tenha cumprido tempo de trabalho tanto em condições comuns quanto em situação especial. Seria a extremada situação em que o atingimento da proteção social fica mais difícil para quem, em tudo e por tudo, deveria ter trato diferenciado do itinerário laborativo no curso do qual se interpuseram momentos mais adversos de trabalho.

Ao comprometer, de modo tão mais gravoso, o futuro da proteção social do servidor, uma normatividade desse tipo estaria marchando contra a dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, afrontando a justiça social (fim último da Ordem Social Constitucional, nos termos do art. 193 da Lei das Leis).

5.11. Qual a mecânica operacional para que se realize, concretamente, o cômputo do tempo de serviço realizado nesse regime diferenciado pelo servidor público?

Nos diversos julgados resultou suficientemente esclarecido que a injunção consiste na aplicação, no que couber, do regime jurídico vigente no Regime Geral de Previdência Social ao regime próprio, que se constatou lacunoso.

Por força desse regime jurídico, o procedimento da conversão observará a tabela estampada no Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 1999, com a redação que lhe deu o Decreto n. 4.827, de 2003. Destarte, os tempos a converter são considerados de modo mais conforme com a dinâmica da proteção social que justificou a concessão da aposentadoria especial. Assim deve ser entendido o teor da expressão “no que couber” quanto ao mecanismo de execução da conversão. Eis o preceito regulamentar em sua versão atual:

Art. 70. A conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum dar-se-á de acordo com a seguinte tabela:

TEMPO A CONVERTER	MULTIPLICADORES	
	MULHER (PARA 30)	HOMEM (PARA 35)
DE 15 ANOS	2,00	2,33
DE 20 ANOS	1,50	1,75
DE 25 ANOS	1,20	1,40

§ 1o A caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerá ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço.

§ 2o As regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período.

6. CONCLUSÃO

A caracterização da atividade especial implica em valorização diferenciada do tempo de trabalho a ser cumprido como requisito de elegibilidade à fruição do benefício. A prestação será concedida independente de qualquer aporte diferente por parte do beneficiário, bastando ao segurado comprovação do tempo exercido sob condições especiais.

A Seguridade Social como mecanismo de proteção social fundado no risco alicerça suas premissas na técnica do seguro. Seja de forma direta ou tangencial, os instrumentos da Seguridade Social aproximam-se do seguro, na medida em que os objetos protegidos são mensurados através de uma probabilidade de acontecimentos.

A isonomia entre beneficiários é fixada a partir da probabilidade do acontecimento do dano.

A probabilidade é o elemento que funda a máxima aristotélica, proporcionando proteção através do dano.

O sujeito cuja probabilidade de dano é X não pode ser tratado da mesma forma que

o sujeito cuja chance do dano é Y, ainda que exista entre eles igualdade de status. Aquele cuja probabilidade de dano é elevada deve perceber a mesma cobertura que seus pares na conjuntura de risco. Trata-se de uniformidade e equivalência entre as prestações devidas às populações, fundada na noção de risco.

A probabilidade do dano está presente, sobretudo para os efeitos deste estudo, na presumida ocorrência de “riscos ambientais do trabalho” que geram nocividade incidente sobre a pessoa do trabalhador. É o que, em linguagem codificada, resultou tracejado pelos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91.

Eis o meu parecer, *sub censura*.

São Paulo, 06 de setembro de 2014

Professor Doutor WAGNER BALERA

Titular da Faculdade de Direito

Coordenador do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito Previdenciário
da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

DOUTRINA NACIONAL

O TRABALHO E A SOCIEDADE DE ADVOGADOS

FÉLIX RUIZ ALONSO

Associado Remido do IASP.
Advogado, Mestre e Doutor em Direito pela USP.

SUMÁRIO

1. A Pessoa Individual e a Jurídica; 2. Sociedade Empresária Individual; 3. Sociedade Civil de Trabalho; 4. Sociedades Cíveis de Capital; 5. Responsabilidade profissional do advogado; 6. As sociedades Simples de Trabalho; 7. Trabalhar em prol da justiça; 8. A concessão de benefícios; 9. Primado do trabalho e a Advocacia.

1. A PESSOA INDIVIDUAL E A JURÍDICA

Ciente do interesse manifestado por colegas, a fim de que a Sociedade de Advogados possa ser EIRELI - Empresa Individual de Responsabilidade Limitada- chegando inclusive a circular um Projeto de Lei em que se fariam algumas adaptações prévias ao Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94), a fim de que não aparecessem nele referências à EIRELI, por ser uma sociedade mercantil, empresária. Todavia, essa mesma cautela mostra a contradição - *data vênia*- em que se estaria incorrendo: uma Sociedade de Advogados sendo uma sociedade empresária, quando é centenária a proibição de que as Sociedades de Advogados sejam mercantis. Projeta-se assim uma Sociedade Individual de Advogados em que não apareceria a Responsabilidade Limitada, por ser típica das sociedades empresariais. Decidi-me a escrever estas linhas, com o maior respeito pela opinião contrária, para mostrar nossa tradição advocatícia, distinta de tudo isso. Parafraseando o lema do candidato à Presidência do Brasil, nas eleições de 2014, que acaba de falecer, diria: Não vamos desistir da Advocacia do Brasil.

O Código Civil, quando conceitua o empresário, dizendo que é aquele que “*exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*” (art. 966) está se referindo tanto à *pessoa natural* quanto à *pessoa jurídica*.

Acontece, como é sabido, que o Direito criou, em tempos idos, o instituo da *pessoa jurídica*, valendo-se da *fictionis juris*, isto é: criou ficticiamente uma nova pessoa, a *persona jurídica*, inspirando-se no ser humano, na *pessoa natural*. A reunião de pessoas, de grupos com um objetivo comum e um centro decisório (diretoria, administração,..) formado por todos ou por alguns dos sócios, seria o novo instituto jurídico ao que se atribuiriam alguns dos direitos da *pessoa natural* (art. 52 do C.C.). O Direito, ciente do caráter fictício de toda *pessoa jurídica*, distinguiu sempre entre *pessoa* e *pessoa jurídica*.

2. SOCIEDADE EMPRESÁRIA INDIVIDUAL

A Lei 12.441 de 2011, que criou a EIRELI, visa fazer que a *pessoa natural*, a gente, possa limitar a responsabilidade por seus atos, quando revestida de sociedade Empresária Individual de Responsabilidade Limitada. Dessa forma, se o empresário não tiver sucesso em suas operações empresariais (circulação de bens ou de serviços visando lucro), a responsabilidade econômica dele não alcançará o seu patrimônio pessoal todo, mas

estará limitada ao capital da EIRELI, que *‘não será inferior a 100 vezes o maior salário mínimo’* - nova redação ou inserção no art. 980 - A do C.C.. Em síntese: a EIRELI é criação jurídica hodierna para limitar a responsabilidade do empresário, de uma *“pessoa natural”* e, mais concretamente, visando que a pessoa natural possa desfrutar da menor imposição que grava às pessoas jurídicas. Criar-se-ia uma nova Sociedade de Advogados que seria a Sociedade Individual de Advogados.

3. SOCIEDADE CIVIL DE TRABALHO

Todos sabemos que as Sociedades de Advogados foram fundadas, pelos colegas que nos precederam, para serem *sociedades civis de trabalho*, na vigência do C.C. de 1916 - hoje revogado pelo Código atual de 2002. Mais exatamente, o art. 77 do primeiro Estatuto da OAB (Lei 4.215 de 27/04/1963) dizia: *“Os advogados poderão reunir-se para colaboração profissional recíproca, em sociedade civil de trabalho, destinada à disciplina do expediente e dos resultados auferidos na prestação de serviços de advocacia (art. 1.371 do C.C.; a.a. 1º e 44 §2º da Lei nº 154 de 25/11/1947)”*.

Dois anos depois, o Provimento nº 23 de 23/11/1965 ratificava que: *“Os advogados poderão reunir-se para colaboração recíproca em sociedade civil de trabalho destinada à disciplina do expediente e dos resultados patrimoniais auferidos na prestação de serviços de advocacia”*.

4. SOCIEDADES CIVIS DE CAPITAL

Todavia, essa concepção, embasada na centralidade do trabalho advocatício, não se conseguiu implantar nos albores das Sociedades de Advogados. Todas as nossas Sociedades foram de *capital* e, no início deste milênio, o Provimento nº 92/2000 ordenou que todos os advogados-socios subscrevessem *capital*, legalizando assim o quadro fático existente de não serem nossas Sociedades *Civis de Trabalho*.

No entender de nossos maiores, as Sociedades de Advogados não deveriam ter capital porque a advocacia, ainda que exercida em sociedade, agrupadamente, jamais deveria ter caráter mercantil. A advocacia é um serviço individual que se presta a quem de nós precisa - o trabalho, em si, é o fulcro da advocacia e, portanto, a responsabilidade pessoal é

absoluta. A Sociedade de Advogados nunca deveria servir para limitar a responsabilidade dos advogados, por seus atos profissionais.

5. RESPONSABILIDADE PROFISSIONAL DO ADVOGADO

Nas Sociedades de Advogados -deve ser dito alto e bom som-, embora tenham sido e sejam de capital, a responsabilidade pelos danos causados por seus advogados, sócios e associados, aos clientes é, e sempre foi, plena, ilimitada, de forma que se o capital não bastasse para satisfazer os prejuízos causados, os advogados respondem subsidiariamente. Está expressamente previsto, no item XI, cl. 2ª do Provimento 112/2006, que deve constar no contrato social *"clausula com a previsão expressa de que, além da sociedade, o sócio ou associado responderá subsidiária e ilimitadamente pelos danos causados aos clientes, por ação ou omissão, no exercício da advocacia"*.

Este ponto -a plena responsabilidade do advogado pelos danos aos clientes- não se desvirtuou, no Brasil, sequer quando se criou o *advogado empregado*, trabalhando profissionalmente às ordens do patrão. O *advogado empregado* manteve a isenção técnica e a independência profissional, próprias e inerentes à advocacia e, consequentemente é sempre responsável por seus atos profissionais (art. 88 e a.a. 31 a 33 do Estatuto de 1994 Lei 8.906 de 4/07/1994).

Aprofundando nesta questão, vê-se que no fundo as Sociedades de Advogados nunca foram instrumentos para limitar responsabilidades profissionais dos seus sócios, e vê-se também e principalmente que mantiveram nelas o *primado do trabalho advocatício*, embora todos os sócios fossem sócios de capital. Não existiu nelas, salvo raras exceções, o Advogado capitalista, que só investe e não trabalha, e mantém no comando da Sociedade um Presidente ou Administrador, o chamado CEO (*Cheaff Executive Officer*) que ganha o *bonus* (percentagem do lucro obtido para o capitalista) exigindo o máximo rendimento dos trabalhadores e reduzindo o trabalho a mero instrumento de ganho, submetendo o trabalho ao capital.

Não se adentra aqui, por ser desnecessário, no tema da responsabilidade solidária ou subsidiária da mesma Sociedade de Advogados, que impossibilitaria mais ainda pretender qualquer limitação da responsabilidade. Os advogados, sócios das nossas Sociedades, por serem Sociedades Simples, serão responsáveis solidária ou subsidiariamente pelas

dívidas sociais, conforme reza o art. 1023 do C.C., *verbis*: “Se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo clausula de responsabilidade solidária”. Esta responsabilidade social foi concretizada para nossas Sociedades, pelo Provimento 147/2012, que deu a seguinte redação ao art. 2º, & 2º do Provimento 112/2006: “As obrigações não oriundas de danos causados aos clientes, por ação ou omissão, no exercício da advocacia, devem receber tratamento previsto no art. 1023 do C.C”. Lembre-se, pois, a responsabilidade plena do advogado por seus atos profissionais, reflexo da responsabilidade de qualquer pessoa por todos os seus atos, conscientes, livres e lembre-se também a responsabilidade solidária ou subsidiária dos sócios-advogados pelas dívidas de nossas Sociedades. Não são, em resumo, nossas Sociedades de Advogados, pessoas jurídicas para evitar quaisquer responsabilidades profissionais nem sociais. O instituto da responsabilidade limitada é mercantil, próprio dos empreendimentos de capital.

6. AS SOCIEDADES SIMPLES DE TRABALHO

A meta de nossos maiores – serem as Sociedades de Advogados juridicamente *Sociedades Simples de Trabalho* – só recentemente começou a ser conseguida, mediante a publicação do Provimento 112/2006, que revogou o Provimento 92/2000, dando passo às *quotas de trabalho ou serviços* –sem capital, portanto–, reconhecendo assim que as Sociedades de Advogados eram Sociedades Simples, de acordo com a nova nomenclatura do Código Civil de 2002, que passou a denominar assim às Sociedades Cívis do C.C. revogado de 1916.

Mais exatamente as Sociedades de Advogados são Sociedades Simples com Regulamentação em Lei própria (Estatuto da Advocacia), que fixa a tipologia delas –*vide* art. 983 do C.C., sem qualquer caráter mercantil ou empresarial.

O mesmo Provimento 112/2006 manteve a tradição advocatícia dizendo que “*não são admitidas a registro, nem podem funcionar, Sociedades de Advogados que revistam a forma de sociedade empresária ou cooperativa ou qualquer outra modalidade de cunho mercantil*” (art. 2º, X). E ainda que se queira ocultar o caráter mercantil da EIRELI, abandonando esta denominação e chamando às projetadas sociedades de Sociedade Individual de Advogados, nem assim se conseguiria ocultar o verdadeiro fim: limitar a responsabilidade de um determinado advogado, sócio único.

Tudo isso –1) a independência profissional, 2) a plena responsabilidade do advogado, 3) o primado do trabalho advocatício e 4) o distanciamento da mercantilização, das sociedades empresárias- que faz parte de nossa tradição advocatícia e que recentemente começou a ser mais elaborado, deveria ser revogado, antes de propor a alteração do Estatuto da Advocacia (Lei 8906/94), só assim poder-se-ia dar passo à *Sociedade Individual de Advogados*. Entretanto, a nossa tradição é de uma força e atualidade inauditas, como se verá em continuação.

7. TRABALHAR EM PROL DA JUSTIÇA

Desnecessário insistir em que o advogado (*ad-vocatus*) é o profissional que trabalha e postula em prol das pessoas que o procuram para obter a justiça ou combater a injustiça, tendo portanto os bacharéis, os inscritos na OAB, o papel de orientar e vigiar o exercício dos direitos humanos e, concretamente, do primado do trabalho na economia, na sociedade, uma vez que a advocacia consiste em dar a cada um o que é dele -*suum cuique tribuere*. A consciência da centralidade e importância da profissão vem de longe, do Direito Romano e do *Ius Commune*, passando pelas Ordenações Filipinas, sendo plantada no campo docente pela Lei do Império de 11/08/1827, quando Dom Pedro I criou as Faculdades de Direito de São Paulo e de Olinda, concomitantemente. Pouco mais de sessenta anos depois, os bacharéis tiveram liderança na criação da nossa República dos Bachareis.

Merece ser lembrada a constitucionalização, no Brasil do princípio do *Primado do Trabalho*, explícito na Constituição do 88. Pode-se ler, no art. 193, *verbis*: “A ordem social tem como base o primado do trabalho”. Outros artigos dela fazem referência a dito Princípio, a começar pelo primeiro deles, *verbis*: “A República tem como fundamento(...) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (art. 1º). No art. 170 se repete: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e da livre iniciativa.....”.

Não se adentra aqui, por ser desnecessário, no tema da responsabilidade também plena ou ilimitada da Sociedade de Advogados. Pode-se tratar dela em outra ocasião. Basta aqui lembrar a responsabilidade plena do advogado por seus atos profissionais -reflexo da responsabilidade de qualquer pessoa por todos os seus atos, conscientes e livres.

8. A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS

Não se trata de criar objeções aos que não são advogados. Todavia, se eles desejarem que uma só pessoa física seja uma empresa, uma Sociedade Individual de Responsabilidade Limitada, para reduzir a gravação prevista para a pessoa física e salvaguardar seu patrimônio pessoal, limitando a responsabilidade pessoal ao capital investido na Eireli, deve-se dizer -*data máxima venia*- que é uma criação esdrúxula e desnecessária. Não haveria necessidade de constituir com uma só pessoa uma sociedade, que é por constituição e definição um grupo de pessoas. Faz muito bem o Estatuto extinguindo a Sociedade de Advogados, quando fica com um só advogado-sócio, 6 meses depois da constatação desse fato. Em síntese: não se deveria, como faz a Eireli, identificar uma sociedade (*persona jurídica*), com a pessoa natural (*persona*). Não se devem relativizar nem confundir os institutos jurídicos e, menos ainda, os institutos naturais, capitais (pessoa, homem, mulher, matrimônio, família,...) -como diz o povo: pão, pão, e queijo, queijo.

Andou bem, por exemplo, a forma recente de se obter o benefício do Sistema Nacional de Tributação Simples, estendendo simplesmente às nossas Sociedades de Advogados, que são Sociedades Simples regulamentadas ou com normas próprias, quando o seu faturamento não ultrapassa o limite previsto.

Quer dizer: o benefício que se almeja, através das Sociedades Individuais ou EIRELI de um advogado, não se poderia obter de outra forma? Desfrutar o advogado, pessoa natural, da mesma imposição de PIS, COFINS e contribuição sindical (+/- 11%) que gravam às Sociedades de Advogados, em lugar da imposição (+/- 27 %) que grava ao advogado que atua individualmente, não se conseguiria de alguma outra maneira?. O tema precisaria ser estudado, tentando consegui-lo sem ferir institutos jurídicos (pessoa natural não é pessoa jurídica) nem nossa regulamentação própria e, antes, sem perder nossa robusta e certa tradição.

Talvez fosse conveniente pleitear esse benefício em prol de todas as profissões com regulamentação própria: engenheiros, médicos, advogados, contadores, administradores,.. ou, melhor ainda, equiparar a imposição devida por todo profissional que exerce individualmente uma profissão regulamentada àquela devida pela sociedade respectiva, quando a gravação destas for menor. Em resumo: é um benefício que se poderia obter por outros caminhos legais. A equiparação do exercício individual ao societário regulamentado poderia ser um bom roteiro.

Para terminar, serão abordados três temas de grande atualidade. Primeiro, o Primado do trabalho sobre o capital; segundo, a consequente relevância atual das Sociedades Simples de Trabalho, para superar a crise mundial ou global e, terceiro, o papel líder e exemplar das Sociedades de Advogados, no Brasil, para pôr o trabalho no centro da economia, na nova ordem.

9. PRIMADO DO TRABALHO E A ADVOCACIA

O advogado tem um papel distinto, peculiar e próprio na sociedade, na ordem social em que trabalha, e que a OAB do Brasil soube descobrir e ver desde há séculos. Todavia só recentemente, em 2006, com o Provimento n. 112 assumiu e começou a ser mesmo implantado: o *primado do trabalho do advogado* vertido nas quotas de trabalho.

A rigor não só o trabalho do advogado deve ter o *Primado* na economia, na ordem social; mas qualquer trabalho de quem quer que seja (engenheiro, economista, operário, empregada doméstica) deveria ter a primazia, em seu respectivo espaço laboral.

Trata-se, pois, não só de terminar de construir as Sociedades Simples de Serviços da nova ordem, recém iniciada pelos advogados, de não desistir, mas de *pôr todos os trabalhos no topo da ordem econômica nacional*. Nessa tarefa de longo alcance, um papel modelar, exemplar, compete aos advogados. Trata-se em conclusão, de assumir o trabalho e a responsabilidade que implica, pois cabe a nós empunhá-lo, por ser uma questão de justiça, de direito, de bem comum, de ética social. Mas além de ser uma obrigação ética, positivada na Constituição, somos a única profissão que traz consigo, na sua história, as *Sociedades Simples de Trabalho ou Serviços*. Há milhares delas constituídas, após 2006, nos Registros das nossas Seccionais, havendo começado pelas Sociedades Simples Mistas, que são as mais complexas e difíceis de serem implantadas, pois conjuntam o trabalho com o velho capital -sócios de trabalho e sócios de capital-, hoje esvaziado. É uma experiência e conhecimento nosso únicos, que devemos transmitir os advogados a outros espaços profissionais, ao mercado, à ordem social, a quantos trabalham, assumindo a liderança.

Se até recentemente, se compreende que a moeda ou dinheiro se confundisse com o capital e fossem considerados até equivalentes, no sistema capitalista, hoje não mais se identificam, devendo o *trabalho* assumir o seu posto central, assumir o Primado até nas sociedades empresárias. Hoje, corresponde a nós advogados colocar o *trabalho* no centro

da economia, dos empreendimentos todos, do mercado e das sociedades.

Lembre-se que o chamado *capital* é um dos três fatores de produção, que são: *trabalho*, *natureza* (também chamada *terra*, pelos economistas) e *capital*, que é o resultado da ação do primeiro sobre a segunda. Acontece que todos esses fatores se alteram ou mudam continuamente, chegando a ser inúteis, deixando de ser fatores de produção: 1) o *trabalho* muda com o progresso, com o avanço ou retrocesso cultural ou tecnológico; 2) a *terra* fértil torna-se deserta e 3) bens úteis ou de *capital* se alteram, máquinas caem em desuso, viram sucata, moedas de prata ou de bronze deixam de circular. Em outras palavras: nada, no mundo é eterno, tudo passa. Assim, a *moeda* ou dinheiro, sem deixar de ser o que é, meio de troca ou permuta, é substituído por outros meios de intercâmbio.

Atualmente assistimos a uma verdadeira eclosão de moedas. Não devemos esperar a que as moedas nacionais se recuperem, depois da supressão do Padrão Ouro, em 1925, pelo último banco estatal (Banco da Inglaterra) que o abandono e, menos ainda, depois de 1944-1946 (*Bretton Woods*) quando a política monetária, com a criação do Fundo Monetário Internacional, tomou outros rumos sobre a ausência de qualquer lastro. Hoje o monetarismo tornou-se “volátil”, para usar uma palavra do economicismo financeiro (bolsas de valores, *commodities*, derivativos, moedas contábeis, moedas cibernéticas (*bitcoin*), cartões de crédito,...). A deliquescência ou volatilidade do monetarismo, deixando de lado a especulação, recomenda pôr o *trabalho*, sem demora, no trono da vida econômica e das pessoas jurídicas -e isto ainda que o *trabalho* (o primeiro e principal fator de produção) seja também mutável, perecedeiro, como são a *natureza* e o *capital*. Inclusive, nada ser imperecedeiro no mundo deixa entrever a responsabilidade das pessoas, principalmente dos que trabalham em prol de outras, dos bacharéis, dos incumbidos profissionalmente do *suum cuique tribuere*.

Concluindo: Não devemos, na OAB, “eirelizar” as Sociedades de Advogados; poderíamos perseguir o objetivo da redução da gravação do advogado individual de outras maneiras; todavia, aquilo que deveríamos definitivamente fazer, nesta hora, é perseguir a nossa velha meta do Primado do Trabalho, promovendo a Sociedade Simples de Trabalho quando os advogados se reunirem para trabalhar em Sociedade. Não devemos desistir da tradicional meta: que as Sociedades de Advogados sejam Sociedades Simples de Trabalho.

DOCTRINA NACIONAL

O NOVO CÓDIGO DEONTOLÓGICO ITALIANO: COMO SURTIU E O QUE O DISTINGUE COMO MARCO EFICIENTE E EFICAZ

JAYME VITA ROSO

Advogado. Ex-Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo.

Em homenagem ao digno e celebrado advogado Dr. Elias Farah.

Jayme Vita Roso

1. A REFORMA FORENSE: SEU PROCEDIMENTO

I) Com muito empenho, aplicação e disponibilidade de todos os agentes interessados em dar nova feição para resolver os problemas da justiça, a partir do Conselho Nacional Forense ser constituído, a interlocução foi serena e acompanhou o momento crucial que vive a Itália.

Ou todos se dispunham a escutar as propostas construídas com seriedade e promover uma interlocução despida de interesses ocultos ou mascarados, ou se enterraria o sistema jurídico. E, assim, em 2006, foi instalado o Conselho Nacional Forense. E, desde logo, inaugurados os trabalhos para ampla reforma forense que se concluiu com a Lei nº 247 de 31/12/2012.

II) Não bastava. A unanimidade dos autores assim exigia e, a partir da vigência da Lei nº 247, que se deu em fevereiro de 2013, começaram a ser editados, discutidos e aprovados quatorze regulamentos como prescrevia a reforma, levando em boa e precisa conta, imperioso seria adequá-los ao complexo legislativo dos princípios da democracia representativa, com a seriedade que tal atitude exige. Assim, o texto que foi redigido, deveria ter pareceres decisivos, conclusivos e fundamentos das Ordens Regionais, das associações com representatividade e, *sine ira etsine cura*, haver modificações e integrações em todas as colaborações, para acontecer a aprovação definitiva.

Destaco que o Ministério da Justiça empenhou-se com todo seu pessoal e alto discernimento, cultura e interesse, num resultado positivo, elevado que atendessem aos compromissos e princípios da democracia representativa.

E é de competência do Ministério da Justiça prover a arquitetura do Sistema, por meio de regulamentos, que dão o ordenamento forense, com as peculiaridades marcantes para a profissão de advogado.

III) De relance, daremos realce ao Conselho Nacional Forense. Quais suas funções?

III.I – O Conselho tem sua competência – aliás, várias – previstas na reforma forense.

III.II – Não desenvolve atividade econômica, nem se imiscui com o dinamismo das atividades profissionais.

III.III – Não é uma atividade administrativa independente, nem um órgão regulador do “mercado”: é um juiz especial (surpreendentemente). E a sua função jurisdicional acaba de ser definida sem retoques, pela Corte de Cassação (equivale ao STF), por decisão de 29/5/2014, que tem o número 12064.

A Corte demarcou que o Conselho Nacional Forense, quando se pronuncia sobre matéria disciplinar é “um juízo especial”. Dito que tem raiz profunda na práxis italiana, gerado por legislação emanada ainda no período monárquico (decreto legislativo nº 382, de 23/11/1944), surpreendentemente em vigor como dispõe a parte VI das Disposições Transitórias da Constituição. Vale confirmar que a função de “juízo especial” tem supedâneo legal e não tem possibilidade de ser confiada à regulamentação da parte das autoridades governamentais, fato jurídico esse a própria reforma encampou.

2. A NOVA DEONTOLOGIA FORENSE SEGUNDO O ADVOGADO E PROFESSOR GUIDO ALPA, PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL FORENSE

I) Guido Alpa¹ é personagem destacado no mundo jurídico italiano, donde ter, por mérito, galgado do cargo em destaque.

Coube-lhe a tarefa de, em 16 de julho deste ano, proferir a Conferência inaugural do Ano Judiciário italiano, quando, no ano anterior, foi aprovada a reforma do ordenamento forense e, de particular, o novo código deontológico.

O eminente Presidente da República, Giorgio Napolitano, saudando-o, numa mensagem breve, mas profunda, pontualizou: “dê-se mérito ao Conselho Nacional de toda a advocacia haver compartilhado a exigência de promover, ao máximo de competência

1. Piero Guido Alpa (26 de novembro de 1947) é um jurista italiano e advogado. É presidente do Conselho Nacional Forense desde 2004 e professor de Direito Civil na Faculdade de Direito de Sapienza - Universidade de Roma. Atua principalmente no campo da arbitragem, direito interno e internacional, empresas comerciais, direito dos contratos, direito bancário e de seguros.

e rigor, no exercício da profissão, uma profissão de grande relevância social, enquanto concorde, na dialética processual, à função constitucionalmente reconhecida de garantir o respeito dos direitos fundamentais e a aplicação da lei”.

II) A conferência de Alpa é *quantum satis* para dar uma visão de quem sabe o que é deontologia forense e, no exercício profissional, com independência dos seus pertinentes, dignificar sua vida, ser imaculada, por comprovação.

III) Como o propósito deste escrito é oferecer aos Colegas pernambucanos, uma visão panorâmica da nova deontologia e, como penso, ela tem tudo a nos dar preciosos ensinamentos, que estamos a necessitar pelas precárias condições perpassadas, em que mais ainda passamos, extensiva aos que vão redigir o novo código deontológico e, às pressas, aprová-lo, sem qualquer razão séria para isso. Permita-me, ao revés de analisar o longo e complexo texto peninsular (lembrando, aprovado em 31/1/2014), rabiscar alguns dos pensamentos de Alpa lançados na conferência que tem 36 páginas.

E o faço, com satisfação, porque ousar extrair, como artesão, a essência, a *mens*, de tão significativo Códex.

Pois bem, Guido Alpa assim falou:

III.I – SOBRE A NOVA DEONTOLOGIA FORENSE

III.I.I – Tanto quanto razoável, para o leitor pernambucano, como para quem tem interesse, Alpa investiu na autoria: “O texto aprovado em via definitiva foi disponibilizado por uma comissão deontológica. O novo código deontológico é voltado antes de tudo à tutela do interesse público e ao correto exercício da profissão” e, “em particular, a lei previu a tendência da tipização dos ilícitos disciplinares e a expressa indicação sancionatória, as quais no código anterior cada *fattispecie* (termo já consagrado na literatura jurídica pátria), com um mecanismo de agravamento e de atenuação em relação à maior ou a menor gravidade do fato cometido” (p. 6 e 7).

III.I.II – Tem o novo código 73 artigos inseridos com 7 títulos, assim inclui: os princípios gerais (arts 1-22); as relações com o cliente e a parte que é assistida pelo profissional (art. 23-27); as relações com os colegas (art. 38-45); os valores do advogado no processo (art. 46-62); as relações com terceiros e contra a parte adversa (art. 63-68); as relações com as Instituições forenses; o último (art. 73) contém uma conhecida “norma de fechamento”,

que permite incluir a “*fattispecie tipizzate*”, o fato tipificado.

III.I.III – Sumariamente, Alpa abordou o Título I, destacando dentre os Princípios Gerais, a independência e a autonomia e a concorrência leal; a diligência; a atualização e a formação permanente; o dever de cumprir todos os ônus que incidem sobre o exercício da advocacia (fiscais, previdenciários, seguro obrigatório profissional e contribuições de outras fontes).

Tendo em conta a formação e a especialização de Alpa, as relações com o cliente e com a parte assistida (v.g., um menor carente), o legislador deontológico deu prevalência a esta última, com a finalidade de destacar a vocação publicista das normas deontológicas. “Esta intromissão” publicista exige profunda reflexão dos legisladores pátrios.

Realço que, na época da disseminação de informação, Alpa diz: “a informação é admitida por qualquer meio, mas o site web deve ter domínio próprio sem redirecionamento, diretamente voltado ao advogado, ao escritório associado ou à sociedade de advogados a qual participe, com prévia comunicação ao Conselho da Ordem a que pertence da forma e do conteúdo do site. Os banners publicitários são interditos”.

III.I.IV – Alpa, com extremo zelo, aos deveres ínsitos, mas muito descuidados de que, na atividade do advogado, o respeito aos deveres de verdade, correção, transparência, sigilo e sigilo, são inegociáveis. Tradicionais infrações corporativas, equívocas, enganosas, denigritantes, sugestivas ou que contenham referências a títulos, funções ou encargos não inerentes à atividade profissional, nem indicações nominais de profissionais não ligados ou compartilhados com o escritório de quem o faz. São reprovadas e apenadas.

III.I.V – Observações pertinentes Alpa esboça a respeito das Relações com os colegas (título III). Sobretudo, no escritório, o advogado deverá incrementar e favorecer o crescimento na formação dos colaboradores, tendo em conta o pessoal envolvido e a estrutura do próprio escritório. A remuneração dos “estagiários” ou “novos participantes” deve ser equitativamente cuidada, tudo dentro de um espírito aberto à negociação remuneratória adequada.

III.I.VI – Em passant examina os Deveres do Advogado no processo, como as Relações com as Instituições Forenses, o dever de estar atualizado, levando à baila que está prevista em lei que o advogado se atualize e atente ao novo regulamento que prevê a instalação de adequados cursos que ponham o advogado à la page do novo, isso “tende a superar

o sistema de créditos e a fornecer ao advogado recursos e contribuições intelectuais para utilizar futuramente na sua quotidiana missão” (p. 9). E as ordens regionais tem se empenhado nesse desiderato, de sorte que vem surgindo resultados satisfatórios para os profissionais e que a profissão seja melhor encarada não só pela mídia como pela sociedade.

III.II – A respeito da responsabilidade social do advogado italiano, também, deve ser levado em conta com a responsabilidade do advogado europeu. Esse tema é sério, relevante, tem merecido, como ocorre ser de importância, incrementando reflexões e providências, pela extraterriolidade e suas consequências. Emolduro o espírito humanista dos colegas italianos, com o cuidado que dão aos colegas em dificuldades à sua manutenção, como, maiormemente, a tutela dos infelizes que aportam sobretudo em Lampedusa, o empenho em dar um freio ao exagero das detenções cautelares, de molde a limitar a sua aplicação, resultando, até, este esforço com mudança do Código de Processo Penal e, mais ainda, as medidas de detenções preventivas.

O que me encantou foi que, adotando essas limitações, por razões de sobejo conhecidas, inclusive no Brasil idênticas, a vitória dos advogados foi decisiva, pois, como afiança Alpa, “sobre o juiz recairá também o ônus de uma motivação mais articulada, visto que no seu procedimento se deverá indicar a auto norma, avaliação das concretas e específicas razões para dar sustento da medida cautelar, ou qualquer medida solicitada pelo Ministério Público”. Também foram introduzidas modificações para o “juízo de reexame” (requerido pelo acusado) com maiores garantias para ele, de sorte que esse esforço dos advogados pode mitigar a redução de detentos de maneira relevante, maiormemente dos condenados com direito à revisão da pena e dos que esperam ser julgados, prejudicando a função reeducativa da pena, como previsto na Constituição (p. 11).

IV – Alpa fez uma pausa para abordar os efeitos da crise econômica sobre a profissão. Não mascarou, nem poupou palavras acerbadas para dar a mostra dos seus efeitos, porém, o que é enaltecedor, a sinceridade não abalou a vocação do advogado, deixando claro um lema que integra a essência da profissão. Pois assim o é: “O cidadão está no centro da deontologia dos advogados”, ou seja, com o Novo Código Deontológico, é reforçada a função social da advocacia e a tutela da entrega da coletividade à correta função de defesa.

Dito isso, Alpa põe na tela que essa atitude da advocacia, dá o tom do XXXII Congresso dos Advogados, que será realizado em Veneza entre 9 e 11 de outubro próximo com o título

e o lema que a advocacia e seus profissionais “Não são mercado”, reforçando o anterior de 2012, em Milão: “Os direitos não são mercadoria”.

Sempre considerando a crise, clama que:

IV.I – A crise não deve abalar a confiança na profissão, porque “o direito é para o homem, não o homem para o direito”.

IV.II – O advogado empregará todos os meios para auxiliar os que se acham em dificuldades (p. 12).

IV.III – O direito é “um dos motores da história”, pois “Promovendo os direitos, promove-se o direito e, com isso, a prosperidade da sociedade” (p. 12).

IV.IV – A crise dos subprimes “foi orquestrada para atingir a Europa e desestabilizar os governos” é uma coisa a ser tratada e, no livre jogo dos mercados, “o direito seria somente uma (incômoda) supraestrutura” (p. 13).

IV.V – Clama, com suporte em copiosa corrente doutrinária, que, com forte e segura regulamentação do mercado, pois o “o modelo europeu de economia social é a antítese daquele da economia liberal norte-americana”, gerada de uma corrente daquele país liberal encabeçada por Friedman e Benson. Alpa critica que as regras da economia não são exaustivas, nem sempre confiáveis, tanto que a liberalização desregulada dos mercados forneceram o recurso a investimentos financeiros arriscados que se abateram como um câncer nos gânglios do sistema econômico global, convulsionando a produção industrial, comprometendo o comércio, privando do trabalho milhões de cidadãos e negando às suas famílias o sustento adequado” (p. 13/14).

IV.VI – Devem os advogados pugnar pelo controle das operações econômicas, a prevenção e a solução de conflitos e a assistência extrajudicial dos seus clientes. E cabe ao juiz e, por óbvio, ao advogado, “procurar o equilíbrio nas relações de direito privado sacudidas pela crise” e aos tribunais dar os necessários contornos aos efeitos da crise, sobretudo comparando aos que perderam as suas casas (p. 14).

IV.VII – Veemente: “A crise econômica não abdica o abandono do direito”, por isso, a reforma da advocacia, em 2012, proclama que “o advogado tem a função de garantir ao

cidadão a efetividade dos direitos” (art. 2, c. 2), tarefa essa que é empenhativa para os profissionais, mas que “não se pode resolver adequadamente se o sistema de administração da justiça não funciona” (p. 15).

V – Alpa tem conta os princípios que sustentam a advocacia, meramente esboçados nesse trabalho, vai ao âmago da problemática da praxis, defendendo o papel impulsionador da atividade forense na formação do direito e, sobretudo, na criação de novos direitos. Leva em conta os trabalhos que vêm sendo desenhados, esboçados e propostos desde 2009, consolidadas as propostas em congressos de atualização forense, em várias regiões ocorridos.

V.I – Para Alpa, a nova regulamentação deontológica dá e renova a dignidade da profissão e eleva a moral do advogado, porque ele passa ser fundamental e decisivo com “o poder de defender os direitos fundamentais e o direito de defesa em qualquer sede” e sobrepõe-se aos direitos internacionais inibitórios para proteger os imigrantes no conhecido “Projeto Lampedusa” (ilha em que são recolhidos os imigrantes que forem dos países africanos por motivos políticos e humanitários).

Os advogados se envolvem na tutela ambiental, com entusiasmo, como já conseguiram que os alimentos produzidos “Made in Italy” sejam isentos de agrotóxicos e de qualidade esmeradíssima.

V.II – Os dirigentes da classe, intervindo diretamente no legislativo priorizaram ao advogado a consulta sobre assuntos jurídicos, a mediação e a negociação assistida (p. 15/18), como a função de árbitro e ainda participe das Câmaras arbitrais forenses (p. 19/20).

3. A CRISE DA JUSTIÇA

O OBSERVATÓRIO PERMANENTE SOBRE A JUSTIÇA

A FALÁCIA NA MEDIAÇÃO

I – A crise da justiça é preocupante, como foi e vem sendo cuidada em congressos e eventos públicos sobre o estado da arte e como empenhar-se em resolvê-lo.

II – As estatísticas colocam a justiça italiana em níveis vexatórios, exigindo-se mais clareza, transparência e cuidado para fazer sua reforma ou reformas. É o que exprimem as estatísticas.

Para melhorar a prestação jurisdicional, o ordenamento profissional vigente autoriza o Conselho Nacional Forense, que, antecipando-se, instituiu e disciplinou o “observatório permanente sobre a jurisdição, com o fim de recolher dados e elaborar informações, estudos e propostas” (p. 22).

Desse observatório fazem parte dezenas de entidades, além das regulares classistas e “uma das propostas do Conselho consiste em reforçar a presença dos advogados e estender as tarefas dos conselhos judiciais no intento de aperfeiçoar as formas de colaboração entre a advocacia e a magistratura na organização da atividade de administração da justiça” (p. 22).

III – Entre a teoria e a prática da administração da justiça há um enorme hiato. É fato incontroverso.

Para repensar a justiça não bastam normas que complicam as coisas (digo: o Novo Código Comercial Brasileiro); novas normas que restaurem os Códigos, sem retoques; abster-se de gerar, em consequência, dos exageros nessas mudanças, difíceis problemas de direito intertemporal.

Sendo a Justiça um bem comum, é necessário recriar-se a confiança na sua funcionalidade, pois o que vem sendo feito, nos últimos anos, só tem privado a sua aplicação, num país que tem 10 milhões de cidadãos em situação econômica precária. “E em consequência, podemos negar-lhes o direito de fazer vales os próprios direitos?” e com uma onerosidade excessiva dos serviços profissionais? (p. 25).

Mas, a redução e a simplificação ritual dos ritos civilísticos não pode abstrair o que esse mesmo ordenamento dispõe: a indispensável motivação da sentença que é uma inegociável condição do Estado de Direito, sobretudo porque é garantia constitucional, mas mesmo sintética, deve ser fundamentada no dispositivo pertinente (p. 26/27).

IV – Escapando do modelo americano, que é falacioso, a mediação, para abreviar e compor conflitos e interesses, ou bem mal, procura meios e caminhos dentro do contexto da União Europeia, que busca normas para adequá-la a uma fórmula que não fira a soberania do país onde é preferida a decisão (p. 28/30).

V – O processo telemático engatinha e, ainda em 2014, poderá deslanchar.

VI – Por derradeiro, Alpa menciona que “a lei de reforma da profissão confiou ao Ministério da Justiça o poder de emanar um regulamento para a constituição nas Ordens (locais naturalmente), de Câmaras arbitrais e de conciliação” (p. 31). Para estender o recurso a esses meios foi proposta uma regra que preveja o “*translatio iudicii*”, ou seja, “a possibilidade para as partes de uma causa civil, ainda que perda tempo (v.g., prescricional) de solicitar conjuntamente a transferência da causa do tribunal “*a quo*” à uma Câmara arbitral dentro dos Conselhos das Ordens forenses, com consequente redução nos tempos das decisões e diminuição das tarefas nos tribunais” (p. 32).

Enfim, os advogados e o Conselho, sobretudo, aguardam que o Executivo os provoque, mandando os textos das propostas a serem discutidas, modificadas, aprovadas ou rejeitadas, em benefício da concretização de que a Justiça é para todos os cidadãos.

Concluo, diz Alpa, apelando que os jovens não se refugiem em países onde os exames são de baixa qualidade (Espanha, v.g.), para vir ratificar a aprovação na Itália – o que é a prova de burlar a qualidade e a honradez da profissão – e, sobretudo aos jovens, deu uma palavra de esperança. Entrem, nos Conselhos da Itália, pela porta da frente, não buscando meios dúbios de seleção.

DOCTRINA NACIONAL

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO: 140 ANOS DE HISTÓRIA

JUSTINO MAGNO ARAÚJO

Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Obrigacional pela UNESP. Professor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito de Osasco (UNIFIEO). Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça de São Paulo. Membro de Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo, da Academia Cristã de Letras e do Instituto dos Advogados de São Paulo.

SUMÁRIO

1. A criação do Tribunal de Justiça de São Paulo. Os primeiros Desembargadores; 2. O Tribunal de Justiça de São Paulo nos primeiros tempos; 3. O Poder Judiciário após o advento da República; 4. A construção do Palácio da Justiça; 5. Tribunais de Alçada; 6. O Supremo Tribunal Federal e a contribuição da Magistratura Paulista; 7. As Mulheres rompem a barreira da tradição; 8. Escola Paulista da Magistratura; 9. Atualidade.

1. A CRIAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. OS PRIMEIROS DESEMBARGADORES

A Justiça, ao tempo do Império, era administrada pelos seguintes órgãos:

- na Corte, havia o Supremo Tribunal de Justiça e, nas Províncias, os Tribunais de Relação e,
- nas comarcas, serviam os Juízes de direito e nos termos, os Juízes municipais. Os juízes de paz, exerciam suas funções nos respectivos distritos de paz.

O Tribunal da Relação do Estado de São Paulo foi criado pelo Decreto Legislativo nº 2.342, de 06 de agosto de 1873, isto é, já nos fins do Segundo Império.

Através desse diploma legal, eram instituídos Sete Relações no Brasil, entre as quais a de São Paulo com jurisdição abrangendo as Províncias de São Paulo e do Paraná.

É conveniente recordar que durante a fase colonial, a Justiça Brasileira estava inteiramente submetida à Casa de Suplicação de Lisboa, em matéria recursal, até ser criada a Relação do Brasil, na cidade de Salvador, por Felipe III da Espanha, em 02 de março de 1607. Essa Relação, posteriormente suprimida, por Alvará de 05 de abril de 1626, seria novamente restaurada em 12 de outubro de 1652.

Em 1751, foi criada a Relação do Rio de Janeiro, posteriormente elevada à categoria de Casa de Suplicação (1808), com a vinda de D. João VI para o Brasil.

A Relação de São Paulo surgia, portanto, mais de dois séculos depois da criação da primeira Relação do Brasil, e 65 anos após a instalação da Casa de Suplicação do Brasil.

Não será exagero dizer-se que a vinda do Príncipe D. João VI ao Brasil teve peso decisivo na formação do Poder Judiciário Brasileiro, pois foi dele a idéia de instituir novos tribunais e cargos judiciais, que lançaram as bases de uma organização judiciária genuinamente nacional.

Após o advento da Independência do Brasil, a própria Constituição de 1824 estabeleceu no seu art. 158 que seriam criadas novas Relações que fossem necessárias às “comodidades dos povos”.

A “comodidade dos povos”, consoante afirmação do insigne Desembargador YOUNG DA COSTA MANSO, *“se resumia na possibilidade efetiva dos cidadãos recorrerem das sentenças dos Juízes de primeira instância, faculdade concedida sempre, mas na prática inexistente para quem morasse longe das quatro cidades privilegiadas da orla marítima levemente bafejada pela civilização européia”* (“Discurso na Abertura do Ano Judiciário de 1972 no TJSP” in “Diário da Justiça” de 19/2/72, pág. 1).

E conclui: *“os povos não devem ter reclamado muito essa comodidade, com que lhes acenou a Constituição Imperial. Os Juízes, de seu lado, não andavam sobrecarregados de processos. Os bacharéis que advogavam era poucos e exerciam a profissão onde funcionavam os tribunais, ou nas cidades maiores em que havia meio razoável de comunicação. Nas comarcas e territórios distantes serviriam os “rábulas” que não pleiteavam mais que uma decisão de primeira instância”* (idem).

Assim, calmamente se passariam 51 anos, até que o Decreto Legislativo nº 2.342 de 06 de agosto de 1873 criou mais sete Relações, ficando dividido todo o território brasileiro em onze circunscrições ou distritos.

As sedes das Relações eram a capital do Império (Corte), Salvador, Recife, Fortaleza, São Luiz, Belém, São Paulo, Porto Alegre, Ouro Preto, Goiás e Cuiabá.

Como se observa, a magistratura do Império era única, não havendo justiças locais ou provinciais.

Criada a Relação de São Paulo, foi ela afinal instalada solenemente a 03 de fevereiro de 1874, com seus membros denominados Desembargadores. Foram seus primeiros componentes na presidência, o Conselheiro TRISTÃO DE ALENCAR ARARIPE, e com assento nas demais cadeiras, os Desembargadores HERCULANO AQUINO E CASTRO, FREDERICO AUGUSTO XAVIER DE BRITO, ANTONIO CERQUEIRA LIMA, AGOSTINHO LUIZ DA GAMA, JOSÉ NORBERTO DOS SANTOS e JOÃO JOSÉ DE ANDRADE PINTO.

Naquela época, a metrópole era conhecida como a “Cidade Acadêmica”, graças à notável influência exercida pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

Em meados do século XIX era São Paulo uma cidade “hedelbergiana”, verdadeiro burgo de estudantes.

Os acadêmicos, instalados alguns em chácaras dos arredores, outros em celas de conventos, mas a maioria em pequenas repúblicas, numerosas em certos bairros, praticamente tomaram conta da cidade. Foram os maiores frequentadores dos seus primeiros hotéis, restaurantes e cervejarias, os animadores mais freqüentes de suas festas de rua, os dinamizadores do seu teatro.

Os professores catedráticos, por sua vez, gozaram de grande prestígio e frequentemente eram convocados para assumir altos postos na administração pública.

Por isso, a função cultural, exercida pela Faculdade de Direito, passou a marcar profundamente a vida paulistana no século XIX, exercendo uma influência jamais conhecida em qualquer outro centro urbano brasileiro.

Ambas – a cidade e a faculdade – se confundiam, e a história de uma era ao mesmo tempo a história de outra.

Foi nesse ambiente que surgiu a Relação de São Paulo.

São Paulo, berço da Independência e do ensino do Direito no Brasil, encontrava na criação do seu Tribunal o prolongamento natural de sua cultura jurídica.

A notícia da criação da Relação de São Paulo foi recebida com grande júbilo pela população paulistana, como atestou TAUNAY.

Foi mesmo um acontecimento extraordinário, conforme dão mostra as providências tomadas para manifestar o regozijo público.

Ao tomar conhecimento da Lei nº 2.342 que criou a Relação de São Paulo o governo mandou celebrar um “te deum” no dia 11 de agosto de 1873 e que teve lugar na Catedral.

Todas as pessoas gradadas da cidade receberam um convite oficial para esse ato litúrgico.

Finalmente, em 03 de fevereiro de 1874, realizou-se a instalação da Relação de São Paulo.

À solenidade estiveram presentes o Presidente da Província, Dr. JOÃO TEODORO

XAVIER DE MATOS, o qual foi recebido à porta do salão das conferências por uma comissão composta de dois desembargadores. O edifício recebeu a benção solene do Reverendo Monsenhor Arcediago, Dr. JOAQUIM MANUEL GONÇALVES DE ANDRADE.

O recinto do salão foi ocupado pelas autoridades civis, militares e eclesiásticas, contando com grande número de deputados provinciais, professores da Faculdade de Direito, Advogados.

Somente um desembargador, AGOSTINHO LUIZ GAMA prestou compromisso. Os Juízes ALENCAR ARARIPE, AQUINO E CASTRO, XAVIER DE BRITO, CERQUEIRA LIMA, NORBERTO DOS SANTOS E ANDRADE PINTO deixaram de fazê-lo, pois já haviam se compromissado nas Relações a que anteriormente pertenciam.

Não houve necessidade de eleição para a Presidência da Relação pois o Conselheiro ALENCAR ARARIPE, como membro mais antigo, já houvera prestado juramento como Presidente, em 13 de janeiro de 1874, perante o Presidente da Província.

O Desembargador GAMA proferiu as solenes palavras:

“Juro servir bem e fielmente o cargo de desembargador, mantendo a Constituição e mais leis do Império, administrando justiça com boa e sã consciência. Assim Deus me ajude”
 (“Tribunal de Relação e Tribunal de Justiça de São Paulo”, pág. 12, Gráfica Paulista).

2. O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO NOS PRIMEIROS TEMPOS

2.1. ADOÇÃO DO REGIMENTO INTERNO DA RELAÇÃO DA BAHIA PELA CORTE PAULISTA. NECESSIDADE DE INSTALAÇÕES CONDIGNAS

Observou-se, quando da instalação do Tribunal de Justiça de São Paulo, à época denominado Tribunal de Relação, o rigor do Regimento Interno da Relação da Bahia, com a descrição dos objetos à mesa do Presidente, o pano de seda, o tinteiro e a campainha.

Tendo sido esse o regimento adotado pela Relação Paulista, verifica-se a preocupação

dos seus componentes em dotá-la de instalações condignas, como convinha à Imperial Cidade de São Paulo.

2.2. O TERMO “DESEMBARGADOR” E SEU SIGNIFICADO

O termo “desembargador” como lembra JOSÉ GOMES CÂMARA – foi usado pela primeira vez por Portugal para designar os membros que compunham a “MESA DO DESEMBARGO DO PAÇO, CONSCIÊNCIA E ORDENS”.

O título revestia-se de um caráter honorário, pois a Mesa do Desembargo era um tribunal especial de assistência ao soberano ou conselho de ministros, e embora não possuísse atribuições judiciais, podia ser considerado o mais elevado tribunal do Reino pela relevância de suas decisões.

Relativamente à etimologia, explica WALDEMAR FERREIRA que vinha de desembargar, significando “tirar o embargo”, ou seja, o estorvo, embaraço, obstáculo ou oposição. Embargos, pois que geralmente se usa o vocábulo no plural, na linguagem jurídica são as contrariedades ou contestações, em forma articulada, a certos atos, autos ou medidas judiciais (“História do Direito Brasileiro”, tomo II, pág. 213).

Já o insigne MÁRIO GUIMARÃES prefere o vocábulo “ministro” (que também seria usado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo) ao invés de “desembargador”, e faz a seguinte indagação: por que desembargadores, se os juízes do Tribunal de Justiça não julgam somente embargos, e estes até constituem a parte mínima das decisões de segunda instância?

E remata: “O vocábulo, porém, não significa, nem significou jamais o magistrado que julga os embargos, no sentido moderno da palavra, senão o que tira os embargos que empecem o processo. Embargos tem aí o sentido vulgar e quase obsoleto de ‘estorvo’, impedimento, tropeço, embaraço, etc. Desembargar – é pois, tirar os embargos, ou sejam, os estorvos. Desembargo, toma-se em português arcaico, como sinônimo de despacho” (“O juiz e a função jurisdicional”, pág. 190, Ed. Forense).

Malgrado a crítica do festejado jurista, e que também foi um dos grandes desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo, o termo ficou, e em nosso entender, acertadamente. O título de “ministro” está hoje reservado aos membros do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Superior

Tribunal Militar e Tribunal de Contas da União (“Constituição Federal”, arts. 73 e 84, nº XIV)

2.3. AS VÁRIAS SEDES DO TRIBUNAL DESDE A SUA INSTALAÇÃO

A Relação de São Paulo funcionou, a princípio, no prédio situado à Rua Boa Vista, frente à atual Rua Três de Dezembro, com fundos para a Rua 25 de Março, tendo como Presidente o Conselheiro TRISTÃO DE ALENCAR ARARIPE até o dia 02 de maio de 1874, em que assumiu a Presidência o Desembargador JOSÉ NORBERTO DOS SANTOS. O primeiro Secretário da Relação foi o Dr. JOÃO BATISTA DE MORAES, que exerceu o cargo até o dia 31 de maio de 1878.

Dada a situação precária do prédio, em 1884 o Tribunal se transferiu às pressas para os altos da prédio de nº 27 da Rua José Bonifácio, lá permanecendo até janeiro de 1887, quando terminaram os reparos do prédio da Rua Boa Vista.

Da Rua Boa Vista, o Tribunal passou em 1900 para a Rua Marechal Deodoro nº 8, esquina da Rua da Caixa D’Água, atual Rua Barão do Paranapiacaba.

Em 1909, mais uma vez o Tribunal mudou de prédio, indo para o da Rua José Bonifácio nº 13. A nova sede, em relação às anteriores, apresentava a vantagem de ter sido construída especialmente para servir a uma Corte de Justiça.

Em 1915, houve nova mudança, desta feita para a Rua Brigadeiro Tobias nº 81. Nesse local, o Tribunal permaneceu até a mudança definitiva para o Palácio da Justiça, ocorrido em dezembro de 1932.

2.4. A ORGANIZAÇÃO DA RELAÇÃO: NOMEAÇÃO, PRERROGATIVAS, GARANTIAS, SUBSTITUIÇÕES, VENCIMENTOS E RESPONSABILIDADE DOS MAGISTRADOS. O USO DA “BECA”.

Os Tribunais das Relações, salvo atribuições especiais, tinham organização coletiva idêntica, segundo expõe PIMENTA BUENO.

No tocante à nomeação de seus membros, por exemplo, havia a seguinte regra: o presidente era nomeado pelo Imperador, dentre os desembargadores, por três anos, desprezada a antiguidade. Os desembargadores, igualmente nomeados pelo Imperador,

eram tirados dentre os juízes de direito mais antigos, em lista elaborada pelo Tribunal de Justiça.

Relativamente ao juramento e posse, assim dispunham as leis: o presidente da Relação da Corte prestava juramento perante o Ministro da Justiça; o das demais, perante o presidente da província. Os desembargadores prestavam-no perante o presidente da Relação, em sessão do Tribunal.

Estavam garantidos os desembargadores pelas imunidades da perpetuidade e irremovibilidade. Eram perpétuos em relação aos membros do Supremo Tribunal, e não podam, salvo abuso do governo, ser removidos de uma para outra Relação contra a sua vontade, já que a regra do art. 153 da Constituição Imperial referia-se apenas aos juízes da 1ª instância.

Quanto às substituições, observa-se a seguinte norma: o presidente, em suas faltas, seria substituído pelo desembargador mais antigo, e os desembargadores, nos casos previstos para os juízes de direito.

Interessante notar também que gozavam da garantia da promoção para o Supremo Tribunal, pelo princípio da antiguidade.

Como vencimentos, além da parte fixa, ainda percebiam uma gratificação anual de 1.000.000 (lei de 07 de agosto de 1852), e tinham direito aos emolumentos arrecadados pelo cofre do Tribunal que eram mensalmente repartidos.

No capítulo atinente à responsabilidade, tinha o governo direito de suspendê-lo e fazê-los responsabilizar pelos abusos que cometessem (Constituição Imperial, arts. 154 e 164, § 2º). Tanto nos crimes de responsabilidade como nos delitos comuns, respondiam perante o Supremo Tribunal de Justiça.

As sessões dos tribunais (também chamadas de “conferências”) realizavam-se duas vezes por semana.

Essas eram algumas das normas atinentes à organização dos tribunais, ao tempo do Império.

Como prerrogativas, seus componentes tinham o tratamento de “senhoria” e usavam

“toga” (beca), visto que na atualidade, conquanto não seja obrigatório para os juízes de 1ª instância, é de rigor nos órgãos colegiados. O seu presidente tinha o tratamento de “excelência” (que mais tarde iria se generalizar para todos os desembargadores e juízes) e título do conselho.

3. O PODER JUDICIÁRIO APÓS O ADVENTO DA REPÚBLICA

3.1. O SISTEMA REPUBLICANO E A NOVA ORGANIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO NACIONAL

Proclamada a República, buscou desde logo o governo provisório traçar novas diretrizes para o Poder Judiciário Brasileiro, em consonância com o novo regime político.

Operou-se, então, completa e radical transformação no complexo Judiciário do país.

Criou-se o Supremo Tribunal Federal em substituição ao Supremo Tribunal de Justiça, com sede na Capital da República, à feição da Suprema Corte Norte Americana.

Embora fosse mantida a unidade do direito substantivo, cabendo ao Congresso Nacional legislar privativamente sobre o direito civil, comercial e criminal (art. 34, nº 23, da Constituição Republicana de 1891), adotou-se o sistema de dualidade de justiça – justiça comum e federal – e também a dualidade processual com cada Estado-membro tendo competência para legislar sobre a matéria.

Inaugurava-se, assim, uma nova era para as instituições judiciárias nacionais.

3.2. A ADOÇÃO PELO GOVERNO PAULISTA DE UM TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VIDA EFÊMERA DESSA CORTE. SUA DISSOLUÇÃO. RESTABELECIMENTO DA ANTIGA RELAÇÃO

Promulgada a Constituição, foi elaborada a organização judiciária, pela Lei nº 18, de 21 de novembro de 1891, através da qual, o Presidente do Estado de São Paulo tratava da competência do Tribunal de Justiça. Aos que estranharem o vocábulo “Presidente” lembraremos que naqueles tempos era essa a denominação do chefe do Executivo Estadual, sendo certo também que havia ao lado da Câmara dos Deputados um Congresso

Estadual. Era uma organização política semelhante à do Governo Federal.

O Decreto nº 1 expedido pelo Governo Paulista, a 30 de novembro daquele mesmo ano, regulamentou a instalação dos tribunais criados pela Lei nº 18, e posteriormente um outro Decreto que levou o nº 2, de 1º de dezembro, determinou a instalação do Tribunal de Justiça no dia 8 de dezembro de 1891.

Assim, na data determinada, instalou-se em sessão solene o Tribunal de Justiça de São Paulo, localizado à Rua Boa Vista, tendo sido eleito presidente o Conselheiro JOÃO AUGUSTO DE PÁDUA FLEURY, que prestou compromisso perante o seu imediato, Ministro AMÉRICO VESPÚCIO PINHEIRO E PRADO.

Foram escolhidos para integrar o novo órgão os seguintes nomes: **1) JOÃO AUGUSTO DE PADUA FLEURY; 2) RAIMUNDO FURTADO DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI; 3) AMÉRICO VESPÚCIO PINHEIRO E PRADO; 4) JOSÉ INÁCIO GOMES GUIMARÃES; 5) AGOSTINHO ERMELINO DE LEÃO; 6) JOSÉ MARIA DO VALE; 7) FREDERICO DABNEY DE AVELAR BROTERO; 8) VIRGÍLIO DE SIQUEIRA CARDOSO; 9) INÁCIO JOSÉ DE OLIVEIRA ARRUDA.**

Efêmera, entretanto, seria a vida desse colégio judiciário, pois já no dia 17 de dezembro de 1891 vinha à lume o Decreto nº 6 que anulava os decretos anteriores acima aludidos, dissolvendo, em consequência, o Tribunal de Justiça.

Para a anulação dos Decretos nºs 1 e 2, baseou-se o Executivo do Estado no fato de que as nomeações dos ministros haviam sido feitas sem a aprovação do Senado, conforme exigiam os arts. 36, nº 8 da Constituição e 48 da Lei Orgânica do Poder Judiciário, e como tal, aqueles atos não eram válidos, por ofensa à letra da lei.

Voltava a funcionar o antigo Tribunal de Relação.

Houve em seguida a dissolução do Congresso Estadual, tendo início a nomeação dos primeiros secretários do Estado.

3.3. O SEGUNDO E DEFINITIVO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ADOÇÃO DO TÍTULO DE “MINISTROS”. CRITÉRIO PARA A ESCOLHA DOS MEMBROS DO TRIBUNAL

Ao Dr. BERNARDINO DE CAMPOS caberia a tarefa de organizar definitivamente a Justiça Paulista. E assumindo a Presidência do Estado em 23 de agosto de 1892, tratou de levar a cabo a tarefa que lhe competia, nomeando em 8 de setembro, os seguintes magistrados para comporem o Tribunal de Justiça (o segundo): **1) FREDERICO DABNEY DE AVELAR BROTERO; 2) JOSÉ MACHADO PINHEIRO LIMA; 3) FRANCISCO MACHADO PEDROSA; 4) INÁCIO JOSÉ DE OLIVEIRA ARRUDA; 5) JOSÉ XAVIER DE TOLEDO; 6) CANUTO JOSÉ SARAIVA; 7) PEDRO ANTONIO DE OLIVEIRA RIBEIRO; 8) CARLOS AUGUSTO DE LIMA; 9) JOAQUIM AUGUSTO FERREIRA ALVES.**

A instalação solene desse sodalício ocorreu a 13 de setembro de 1892, presentes o Presidente do Estado, Dr. BERNARDINO DE CAMPOS, o Secretário da Justiça, Dr. MANUEL PESSOA DE SIQUEIRA CAMPOS, o Diretor da Secretaria da Justiça, Dr. JOAQUIM ROBERTO DE AZEVEDO MARQUES FILHO, bem como os integrantes do Tribunal.

O Ministro FREDERICO DE AVELAR BROTERO por ser o mais antigo assumiu a presidência interina, prestando o seguinte compromisso perante o Presidente do Estado:

“Prometo cumprir com retidão, amor à justiça e fidelidade à lei e às instituições vigentes, os deveres do cargo de ministro do Tribunal de Justiça.”

A seguir, prestaram compromisso os demais ministros, repetindo a frase *“assim o prometo”*. Procedeu-se, depois, à eleição do Presidente, tendo sido eleito o Ministro CARLOS AUGUSTO DE SOUSA LIMA.

O último desembargador nomeado no regime monárquico foi o Desembargador JUSTINIANO BAPTISTA MADUREIRA, e a única intervenção do governo republicano no Tribunal de São Paulo foi a remoção do Desembargador FREDERICO BROTERO de Porto Alegre para a Corte Paulista.

A denominação de “ministro” foi adotada pelos tribunais de São Paulo e do Espírito Santo. Os demais, conservaram a antiga denominação de “desembargadores”.

Os membros dos tribunais eram escolhidos em lista, de antiguidade e merecimento pelos respectivos governos, salvo em alguns casos, em que a regra única era a da antiguidade.

Foi o Estado do Piauí o primeiro a adotar a denominação de “Tribunal de Justiça”, antecipando-se em muitas décadas ao nome que viria a ser generalizado, consagrado pela própria União

3.4. GARANTIAS ASSEGURADAS AOS MAGISTRADOS PELO REGIME REPUBLICANO. O “CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE” E A GARANTIA DOS DIREITOS E LIBERDADES INDIVIDUAIS PELO JUDICIÁRIO.

O governo republicano assegurou as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos aos membros da magistratura, nos termos do art. 57, § 1º, da Constituição de 1891.

Mas a grande inovação implantada pela República consistia no “controle da constitucionalidade das leis” que se conferia ao Judiciário, inspirada no exemplo da Suprema Corte Norte Americana no célebre julgado *MARBURY VS. MANSON* em que o CHIEF JUSTICE MARSHALL proclamou a supremacia da Constituição sobre a lei ordinária, aduzindo que esta não poderia contrariar a lei maior.

Essa diretriz vinha consagrada expressamente na Exposição de Motivos do Decreto nº 848, de 1890, de autoria do Ministro da Justiça CAMPOS SALLES:

“A magistratura que agora se instala no país graças ao regime republicano não é um instrumento cego ou mero intérprete na execução dos atos do Poder Legislativo. Antes de aplicar a lei, cabe-lhe o exame, podendo dar-lhe ou recusar sanção, se ela lhe parecer conforme ou contrária à lei orgânica ...

Aí está posta a profunda divergência de índole, que existe entre o Poder Judiciário, tal como se achava instituído no regime decaído, e aquele que agora se inaugura, calcado sobre os moldes democráticos do sistema federal. De poder subordinado que era, transforma-se em Poder soberano, apto, na esfera de sua atividade, para interpor a benéfica influência de seu critério decisivo, a fim de manter o equilíbrio, a regularidade, e a própria independência dos outros poderes, assegurando, ao mesmo tempo, o livre exercício do cidadão.”

Tal orientação, que adotava o sistema de “freios e contrapesos” entre os poderes constituídos, representou processo notável nos primórdios da era republicana, pois constitui fórmula das mais sábias deixar-se ao poder apolítico a última palavra.

Como asseverou o Ministro CASTRO NUNES *“o controle da constitucionalidade é uma forma especial de jurisdição que se governa por princípios e regras que lhe são peculiares”* (“Teoria e Prática do Poder Judiciário”, pág. 583, Ed. Forense).

Assenta-se ele no problema da hierarquia das normas, consagrando a precedência da lei soberana à lei subalterna, a ela superveniente, devendo a última guardar obediência à primeira, pois esta é de maior alcance e autoridade.

Outra função das mais relevantes outorgada aos tribunais pelo novo regime foi a garantia dos direitos e liberdades individuais, através da nova configuração dada ao instituto do “habeas corpus” erigindo-o em “remedium” constitucional.

Com efeito, a Constituição de 1891 assim estabeleceu em seu art. 72, § 22:

“Dar-se-á o ‘habeas corpus’ sempre que o indivíduo sofrer, ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder.”

No regime monárquico, o “habeas corpus” não tinha essa extensão, tratando-se de medida de direito processual, fruto da legislação ordinária, e não podia ser concedido ao estrangeiro nem existia em caráter preventivo.

Delineava-se, pois, o Judiciário como verdadeiro poder, aperfeiçoando-se o sistema de administração da justiça.

3.5. O LEGISLADOR REPUBLICANO E O DIREITO PROCESSUAL. COMPETÊNCIA DOS ESTADOS PARA LEGISLAR SOBRE A MATÉRIA. PLETORA DE LEIS DE PROCESSO. DIFICULDADES NA APLICAÇÃO DA LEI

Em matéria de legislação processual, entretanto, não foi feliz o legislador republicano.

Tocando a cada Estado-membro legislar sobre processo (tanto civil como o penal), esse ramo do direito tornou-se fragmentário, como inúmeras leis em vigor ou de vigência duvidosa, que seria quase impossível atinar-se com o texto a invocar.

Assim é que, bem entendida a questão, vigoravam princípios do livro III das Ordenações, não se falando noutros não alcançados pelo art. 1607 do Código Civil; a Lei nº 261, de 3 de

dezembro de 1841 e seu respectivo regulamento; o Decreto nº 737, de 1850; a Consolidação de RIBAS; o Decreto nº 848, de 1890, com a Lei nº 221, de 1894, que o completou; toda uma série de leis esparsas, tentadas consolidar, durante o Império ou durante a nova fase política e levada a efeito por JOSÉ HIGINO, sem contudo, alcançar resultados práticos, pois as consolidações das leis processuais jamais alcançaram boa receptividade.

A aplicação das leis, pelos homens incumbidos dessa tarefa, tornava-se árdua e difícil.

Além do mais, confundiu o legislador republicano a matéria de organização judiciária com a processual, tornando-as incindíveis.

O primeiro Estado a ter um código de processo, de acordo com a nova ordem vigente, foi o Rio Grande do Sul, que já em 1898 promulgava o seu estatuto penal.

Alguns Estados, como o Pará, Goiás e Mato Grosso jamais tiveram códigos processuais próprios. São Paulo não teve Código de Processo Penal, e no tocante ao processo civil, somente em 1930 organizaria o seu “codex”.

Assim prosseguiu o sistema através dos anos, e a reforma constitucional de 1926 não cuidou do assunto. Somente mais de quarenta anos depois, seria conseguida a unidade processual, com a promulgação do Código de Processo Civil em 1939, embora o legislador constituinte de 1934 já a tivesse introduzido (art. 5º, XIX, letra “a” da Constituição Brasileira).

3.6. A ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA PAULISTA APÓS A CONSOLIDAÇÃO DA REPÚBLICA

A organização judiciária estadual, depois de consolidada a República, teve os seus princípios básicos inseridos na Constituição Estadual de 1891 (arts. 44 a 50) e nas Leis Orgânicas nºs 18 e 80, de 1891 e 1892, respectivamente, além do Decreto nº 123, de 10.11.1892.

Para a administração da justiça civil e criminal – lembra MANUEL AURELIANO DE GUSMÃO – o território do Estado estava dividido em comarcas, subdividindo-se estas em distritos de paz e constituindo o mesmo território na sua totalidade uma só circunscrição, para a jurisdição do segundo grau, exercida pelo Tribunal de Justiça (“Processo Civil e Comercial”, pág. 112, Ed. Saraiva).

Comarcas e distritos eram circunscrições judiciárias que dependiam de lei do Congresso Estadual para a sua criação. Cada comarca devia ter pelo menos 10 mil habitantes e no mínimo 200 jurados. Os distritos de paz deviam contar pelo menos 100 casas habitadas.

As autoridades judiciárias em primeira instância eram os juízes denominados “ministros”. Além disso, foi dividido em duas seções: uma civil, como nove ministros, e outra criminal, com cinco.

O presidente do Tribunal deveria ser tirado dentre os membros do próprio Tribunal, eleito por um ano, mediante sufrágio de seus membros, com atribuições de presidir as Câmaras reunidas e as sessões em separado de cada uma das Câmaras.

Na comarca da Capital havia nove juízes de direito, Assim distribuídos: três com jurisdição cumulativa no cível, comércio e feitos da Fazenda; dois, com jurisdição cumulativa nas varas de órfãos, ausentes e provedoria; e quatro para o serviço criminal.

Cada comarca do interior possuía um juiz de direito, exceto as de Santos, Campinas e Ribeirão Preto em que haviam dois.

4. A CONSTRUÇÃO DO PALÁCIO DA JUSTIÇA

4.1. A NECESSIDADE DE UM NOVO PRÉDIO PARA O JUDICIÁRIO PAULISTA

O aumento dos trabalhos judiciários, passados os tempos de quietude de fins do século XIX, não se fez tardar.

Em pouco tempo, a cidade começou a sofrer bruscas transformações. As chácaras davam lugar aos loteamentos para a ampliação da área urbana. Novos bairros integravam-se na paisagem da metrópole.

Três fatores contribuíram sobremaneira para o rápido desenvolvimento: a expansão cafeeira, a viação férrea e a imigração europeia. São Paulo deixava de ser a romântica “Cidade Acadêmica” para tornar-se a “Metrópole do Café” do início deste século.

O fenômeno do crescimento da cidade iria refletir nos serviços judiciários: assim, já em 1911, o Tribunal receberia 566 processos para distribuição aos cinco ministros da seção civil, e 878 para os novos da seção criminal, totalizando 1.444 feitos.

A tendência era para um aumento cada vez maior, e a justiça tinha de estar preparada para tal. Foi um eminente estadista, o Dr. WASHINGTON LUÍS, com larga visão do futuro, quem teve a ideia, quando na Secretaria da Justiça, de dotar a Corte paulista com um prédio à sua altura.

E acolhendo a sugestão de WASHINGTON LUÍS, o Governo Paulista, quando presidido por ALTINO ARANTES, lançou a pedra fundamental daquele que viria a ser o Palácio da Justiça. Foi no dia 24 de fevereiro de 1920, ocasião em que discursou o Ministro URBANO MARCONDES DE MOURA.

Para a construção do novo prédio seria decisiva, também a participação do Ministro MANOEL DA COSTA MANSO (que JOSÉ FREDERICO MARQUES considera o maior juiz paulista de todos os tempos) pois fora nomeado Procurador Geral do Estado, e assim, tendo a confiança e o apoio dos sucessivos governos, pode colaborar eficazmente com estes, através do legislativo, dando corpo e sistema à organização judiciária paulista que sofreria modificações profundas na década 1920-1930.

O projeto do prédio que viria abrigar o Tribunal de Justiça foi confiado ao conceituado arquiteto RAMOS DE AZEVEDO, que concebeu o palácio, externa e internamente em estilo “neo-renascentista”.

Digna de especial menção é também a conhecida “Sala dos Passos Perdidos” (saguão de entrada) que é amplo centro de distribuição, possuindo uma colunata em estilo jônico, de granito vermelho de Itu, com bases e capitéis de bronze. As escadarias de mármore e os vitrais coloridos dão um toque de imponência à majestosa Casa da Justiça.

Não é um edifício que se assemelhe aos muitos outros existentes na cidade: há nele uma espécie de aura de veneração, própria dos locais onde o sentimento se eleva para apreciar o que é belo. Trata-se, sem dúvida, de um verdadeiro Olimpo, onde a deusa TÊMIS reina sobranceira.

Foram dispendidos na monumental obra cerca de 23 milhões de cruzeiros antigos.

A construção foi bastante lenta somente vindo a terminar onze anos depois, quando o Tribunal, em data de 02 de janeiro de 1932, veio a se instalar definitivamente na nova e suntuosa sede.

Possuindo seis andares, o principal deles é o quinto, onde se encontram instalados o Gabinete da Presidência, o Conselho Superior da Magistratura, a Corregedoria Geral da Justiça e as salas das sessões.

No Salão “Ministro Costa Manso” são realizadas as sessões plenárias, e o seu interior em nada fica a dever aos mais tradicionais e austeros tribunais britânicos, conhecidos pela grandiosidade e fausto. Nele são efetuadas ainda as solenidades do Ano Judiciário e de posse dos desembargadores e juízes que ingressam na carreira.

Ainda no quinto andar encontram-se a “Sala dos Retratos” e a “Sala das Becas”, anexa ao plenário. A primeira é assim denominada por conter as fotografias dos desembargadores que exerceram a presidência do Tribunal, tendo sido organizada na gestão do Desembargador FIRMINO WHITAKER.

O Tribunal de Justiça possui belíssimos quadros retratando vultos famosos que tiveram assento na Corte ou de personagens que se distinguiram na vida pública nacional. Ali estão os óleos de CAMPOS SALLES, BERNARDINO DE CAMPOS, MANOEL DA COSTA MANSO, SILVIO PORTUGAL, LAUDO DE CAMARGO, Conselheiro DUARTE DE AZEVEDO e XAVIER DE TOLEDO.

Um dos motivos de orgulho do Tribunal é o fato de ter tido como Secretário um homem que viria a ser, anos mais tarde, um dos maiores Ministros que já passaram pelo Supremo Tribunal Federal e autor da clássica obra “Do Poder Judiciário”: PEDRO LESSA.

A biblioteca, altamente especializada, possui um grande fichário de jurisprudência sempre atualizado, franqueado a todos os advogados que desejam consultá-lo.

Recentemente, o Tribunal criou o Museu do Judiciário Paulista, que conta com um acervo razoável de peças históricas ligadas à vida forense.

No dia 02 de janeiro de 1932 realizou-se a primeira sessão do Tribunal de Justiça daquele ano. A data coincidiu com a inauguração das novas instalações no “Palácio da Justiça” para onde acabava de se transferir a Corte Judiciária.

A inauguração oficial do Palácio da Justiça ocorreu em 25 de janeiro de 1942.

Nessa oportunidade compareceram o Interventor Federal em São Paulo, Dr. FERNANDO COSTA, o Comandante da 2ª Região Militar, General MAURÍCIO CARDOSO, o Arcebispo Metropolitano de São Paulo, DOM JOSÉ GASPARE DE FONSECA E SILVA, além de outras autoridades civis, militares e eclesiásticas. A sessão solene foi realizada no Salão Nobre (atual Salão “Ministro Costa Manso”).

O Presidente do Tribunal, Desembargador FIGUEIREDO FERRAZ, manifestando-se sobre o acontecimento, disse que a solenidade *“causou profunda e grata impressão revelando por parte do Poder Executivo do Estado o mesmo cuidadoso interesse sempre manifestado pelos nossos governos no sentido de prestigiar a Justiça, melhorar os seus serviços e dotá-los de instalações condignas”*.

Ainda nessa ocasião, o Presidente anunciou o início da construção de um edifício complementar ao Palácio da Justiça, que viria a ser o Fórum João Mendes Júnior.

Esta última declaração não era surpresa, pois o Palácio da Justiça feito para abrigar toda a Justiça da Capital não pudera suportar, com o passar dos anos, o crescente aumento dos serviços judiciários, tornando-se pequeno para as necessidades que o veloz desenvolvimento exigia.

São Paulo já se convertera, então, na “Cidade que mais cresce no mundo” na marcha irreversível para a industrialização. Seu Palácio da Justiça, entretanto, permanece altaneiro, agora protegido pelo Patrimônio Histórico, uma vez que foi tombado, encontrando-se a salvo de mudanças que possam descaracterizá-lo.

5. TRIBUNAIS DE ALÇADA

5.1. ORIGEM DO TRIBUNAL DE ALÇADA

A idéia da criação de um Tribunal de Alçada no Estado de São Paulo remonta à Constituição Federal de 1946 (art. 124, inciso II), cuja competência, inferior à do Tribunal de Justiça, limitava-se no âmbito criminal ao julgamento dos crimes apenados com multa, prisão simples e detenção, além dos crimes contra o patrimônio em geral, exceto o

latrocínio consumado.

Essa previsão constitucional encontrou a devida ressonância no Palácio 9 de Julho, com o projeto de iniciativa do Tribunal de Justiça, convertido na Lei nº 1.162, de 31 de julho de 1948.

A instalação do Primeiro Tribunal de Alçada, compreendendo a sessão criminal, verificou-se no dia 11 de agosto de 1951, no Palácio da Justiça, com a presença do então Governador LUCAS NOGUEIRA GARCEZ, abrindo nova fase na vida judiciária do Estado.

A primeira sede dessa Corte de Justiça, presidida, então, pelo juiz THRASYBULO DE ALBUQUERQUE, situava-se na Rua 7 de Abril, num prédio onde antes funcionara a Biblioteca Municipal de São Paulo, sendo o Primeiro Tribunal de Alçada constituído por quatro câmaras, duas cíveis, integradas por quatro juízes cada uma e duas criminais, com apenas três juízes cada uma, de maneira a totalizar 14 magistrados.

O decurso do tempo logo mostrou que esse pequeno número de magistrados era insuficiente para atender à crescente demanda dessa jurisdição, motivo pelo qual, além de sua ampliação, em 1958, o Tribunal teve que tresp dobrar-se, dando origem ao Segundo Tribunal de Alçada Civil e ao Tribunal de Alçada Criminal, por força da Lei nº 9.125, de 19 de novembro de 1965.

5.2. A SEDE DOS NOVOS TRIBUNAIS

A instalação do Tribunal de Alçada Criminal, como unidade autônoma da justiça de segunda instância, verificou-se no dia 2 de outubro de 1967, no Pátio do Colégio, sob presidência do Ministro MANUEL PEDRO PIMENTEL, que integrava a Corte, na qualidade de representante do quinto constitucional, classe dos advogados (atual art. 94 da Constituição Federal de 1988).

Depois de sucessivas ampliações, o Tribunal de Alçada Criminal era formado por 16 câmaras, de cinco juízes cada uma delas, totalizando 82 magistrados, visto que dois deles exerceram, respectivamente, as atribuições de presidente e vice-presidente, no 13º andar do Fórum João Mendes Júnior. As mesmas câmaras, de duas em duas, por ordem crescente de sua numeração, formavam os grupos também assim enumerados e todas elas, reunidas, constituíam o Tribunal Pleno.

Durante o período de férias coletivas funcionavam com sua composição normal e obrigatoriamente duas câmaras do Tribunal, com a competência definida em seu Regimento Interno, além de outras câmaras, em caráter facultativo, no mesmo período, se a necessidade do serviço judiciário assim o exigisse.

Em face do referido tresdobramento, surgiu o Primeiro Tribunal de Alçada Civil, formado por 12 câmaras, localizado no Pátio do Colégio, cuja chefia inicial tocou ao Juiz FLÁVIO TORRES, que exerceu a respectiva presidência no período de 3 de agosto de 1967 a 11 de junho de 1969.

Ambos os Tribunais foram instalados, respectivamente, no dia 2 de outubro de 1967 e 19 de dezembro de 1972, sendo eleitos para presidi-los os Ministros MANUEL PEDRO PIMENTEL e JOSÉ EDUARDO COELHO DE PAULA.

O Segundo Tribunal de Alçada Civil era formado por 12 câmaras, que realizavam suas sessões no Fórum João Mendes Júnior (17º e 18º andares), no mesmo prédio onde funcionava o Tribunal de Alçada Criminal (13º e 14º andares)

O volumoso trabalho que motivou a expansão do Tribunal de Alçada Criminal sofreu sensível redução pelo impacto da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que instituiu no País os juizados especiais cíveis e criminais, cujo artigo 89 permite a suspensão do processo em primeira instância por dois a quatro anos, nos crimes em que a pena cominada for igual ou inferior a uma ano, de maneira a diminuir o fluxo dos recursos à instância superior.

5.3. CONSEQUÊNCIAS DA EXTINÇÃO

A Emenda Constitucional aprovada pela Assembleia Legislativa do Estado, em 20 de maio de 1999, alterou vários dispositivos da Carta Política estadual, no que tange à eleição dos órgãos da administração superior do Tribunal de Justiça, além de determinar a fusão dos Tribunais de Alçada com o corpo da mais alta Corte Judiciária, a fim de serem transformados em seções do Tribunal de Justiça.

Em consequência, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo passou a ser o maior do País, com um quadro atual de 360 desembargadores.

A fusão dos Tribunais de Alçada ao Tribunal de Justiça gerou a necessidade de altera-

ções na estrutura funcional e administrativa, sendo contratada para a reorganização do Judiciário paulista a Fundação Getúlio Vargas.

5.4. NÚMEROS DO NOVO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O novo Tribunal de Justiça, que surgiu com a extinção dos Tribunais de Alçada, passou a abrigar 14 câmaras Criminais; 17 câmaras de Direito Público; 36 câmaras de Direito Privado, além de uma câmara de Falências e Recuperações Judiciais; e um Órgão Especial. Em cada câmara atuam, em média, cinco desembargadores e um juiz substituto em 2º grau.

A composição do novo Tribunal, em 2ª Instância, é de 360 desembargadores e 85 juízes substitutos em 2º Grau, responsáveis pelo julgamento dos recursos e das ações originárias.

6. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CONTRIBUIÇÃO DA MAGISTRATURA PAULISTA

A memorável posse do Desembargador Sydney Sanches como Ministro do Supremo Tribunal Federal na bela e dourada tarde de 31/08/1984, rendeu ensanchas a esta breve digressão acerca da presença dos juízes de São Paulo na formação dos quadros do Colendo Pretório Excelso, ao longo de sua existência de mais de 150 anos, compreendendo, inclusive, seu antecedente histórico, o Supremo Tribunal de Justiça.

Desnecessário encarecer o relevante papel de desembargador pelo Supremo Tribunal Federal na conjuntura nacional, pois, além de ser a mais elevada Corte de Justiça do País, é igualmente o superior aplicador da lei no plano constitucional, cabendo-lhe assegurar a supremacia da Lei Maior, como fundamento da ordem jurídica.

E a participação de São Paulo na história do Supremo Tribunal Federal é marcante. Na lista dos ministros que tiveram assento no Supremo Tribunal Federal, encontramos 21 magistrados que saíram das fileiras do Judiciário paulista, a saber:

1. TRISTÃO DE ALENCAR ARARIPE
2. JOÃO JOSÉ DE ANDRADE PINTO
3. OLEGÁRIO HERCULANO DE AQUINO E CASTRO
4. JOAQUIM FRANCISCO DE FARIA

5. IGNACIO JOSÉ DE MENDONÇA UCHÔA
6. ESPIRIDÃO ELOY DE BARROS PIMENTEL
7. JOAQUIM DE TOLEDO PISA E ALMEIDA
8. PEDRO ANTONIO DE OLIVEIRA RIBEIRO
9. CANUTO JOSÉ SARAIVA
10. JOSÉ SORIANO DE SOUSA FILHO
11. FIRMINO ANTONIO DA SILVA WHITAKER
12. FRANCISCO CARDOSO RIBEIRO
13. LAUDO FERREIRA DE CAMARGO
14. MANOEL DA COSTA MANSO
15. MÁRIO GUIMARÃES
16. PEDRO RODOVALHO MARCONDES CHAVES
17. RAPHAEL DE BARROS MONTEIRO
18. JOSÉ GERALDO RODRIGUES DE ALCKMIN
19. SYDNEY SANCHES
20. ANTONIO CEZAR PELUSO
21. ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI

7. AS MULHERES ROMPEM A BARREIRA DA TRADIÇÃO

A presença feminina nos quadros da magistratura estadual é uma realidade e o número delas cresce de ano para ano. Até 1980 somente os homens ingressavam na carreira.

Quem quebrou esse tabu foi a doutora ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES, em 1981, quando se viu aprovada junto a mais candidatas, as doutoras IRACEMA MENDES GARCIA e BERENICE MARCONDES CÉSAR, essas como juízas temporárias, numa competição que reunia 646 bacharéis.

Na segunda instância, a primeira desembargadora do Tribunal de Justiça foi a doutora LUZIA GALVÃO LOPES DA SILVA, formada pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, cuja carreira deriva do Ministério Público, onde atuou como promotora de Justiça, inclusive no Tribunal do Júri da capital, até alcançar o cargo de procuradora de Justiça.

Pelo Quinto Constitucional, a doutora LUZIA foi nomeada em 1989 para o cargo de juíza

do Segundo Tribunal de Alçada Civil, sendo promovida para o Tribunal de Justiça, em 12 de março de 1997, cuja aposentadoria, em 2003, deu ensejo ao acesso da juíza ISABELLA GAMA DE MAGALHÃES GOMES, também da classe do Ministério Público, para o mesmo cargo.

Com a fusão dos tribunais elevou-se o número de desembargadoras no quadro do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

8. ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA

Com uma intensa programação anual, direcionada ao Curso de Iniciação Funcional e aos cursos de pós-graduação e de extensão universitária, ciclos de palestras, “workshops” e seminários, a Escola Paulista da Magistratura (EPM) vai além de sua função primordial, que é a formação dos juízes recém-ingressos na magistratura, e desenvolve duas vertentes de ensino: a formação continuada dos magistrados e o aperfeiçoamento da comunidade jurídica, aprimorando o Judiciário paulista como um todo.

Localizada na Rua da Consolação, a EPM tem como docentes magistrados da Justiça Estadual e a colaboração de ministros dos tribunais superiores, juristas e professores das melhores universidades do País. Dessa forma, oferece aos seus alunos, além da formação especializada, a oportunidade de atualizar seus conhecimentos sobre as alterações da legislação e de discutir os mais diversos aspectos do Direito com renomados doutrinadores e colegas de outras áreas de atuação.

8.1. HISTÓRIA

A Escola Paulista da Magistratura foi criada em 1988, em cumprimento ao preceito constitucional, conforme previsão no artigo 93, inciso II, letra “c”, e inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil, com a sua redação original. No âmbito estadual, sua regulamentação se deu com a Resolução 24/88, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

A primeira eleição para o preenchimento dos cargos diretivos da EPM ocorreu em sessão plenária do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, realizada no dia 07 de dezembro de 1988. Na ocasião, o Desembargador JOSÉ ALBERTO WEISS DE ANDRADE

foi escolhido como o primeiro diretor da escola. Também foram eleitos os integrantes do Conselho Consultivo e de Programas, Desembargadores JOÃO SABINO NETO, CARLOS ALBERTO ORTIZ, WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JÚNIOR, CARLOS ROBERTO GONÇALVES, NARCISO ORLANDI NETO, SIDNEI AGOSTINHO BENETI e JOSÉ RENATO NALINI.

Seguiram-se as gestões dos Desembargadores NEREU CÉSAR DE MORAES, YUSSEF SAID CAHALI, SÉRGIO AUGUSTO NIGRO CONCEIÇÃO, MÁRCIO MARTINS BONILHA, ANTONIO CEZAR PELUSO, HÉLIO QUAGLIA BARBOSA e CARLOS AUGUSTO GUIMARÃES e SOUZA JÚNIOR. A atual diretoria é formada pelos Desembargadores MARCUS VINÍCIUS DOS SANTOS ANDRADE (diretor) e ANTONIO RULLI JÚNIOR (vice-diretor); e tem como Conselheiros os Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO MARSON, ARMANDO SÉRGIO PRADO DE TOLEDO, GUILHERME GONÇALVES STRENGER, PEDRO LUIZ RICARDO GAGLIARDI e WALTER DE ALMEIDA GUILHERME e o juiz substituto em segundo grau MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA.

Desde sua criação, a EPM apresenta crescimento constante, notadamente após a implantação dos cursos de pós-graduação “*lato sensu*”, em 2000. Nesse ano, a escola foi credenciada no Conselho Estadual de Educação, recebendo autorização para ministrar cursos de especialização. Tornou-se assim, a única escola de magistratura do Brasil a realizar cursos próprios nesse nível de aprendizado, oferecidos regularmente, atendendo a magistrados, promotores de Justiça, advogados, delegados, funcionários do Judiciário e outros profissionais do Direito.

8.2. ATIVIDADES

Missão primordial da EPM, o Curso de Iniciação Funcional tem por objetivo oferecer aos juízes aprovados no Concurso de Ingresso na Magistratura uma visão prática do que enfrentarão na vida profissional. Com quatro meses de duração, o curso está dividido e três áreas: Criminal, Cível e Especial.

Os cursos de pós-graduação da EPM compreendem as áreas de Direito Público, Penal, Processual Civil e Privado (que abrange os cursos: “Direito Empresarial”, “Direito Privado – Novos Temas de Direito Civil” e “Direito de Família e Sucessões”).

Além dos cursos de especialização, outro diferencial da escola é o Curso de Capacitação em Conciliação e Mediação Judicial – atualmente em sua terceira versão –, que já formou, pioneiramente no Brasil, mais de 130 profissionais habilitados para atuarem no Judiciário.

Hoje, a escola aguarda autorização do Conselho Estadual de Educação para a realização do seu primeiro curso de pós-graduação em Métodos Alternativos de Solução de Lides.

As atividades da EPM não se restringem à Capital, estendendo-se aos núcleos regionais, localizados na Grande São Paulo e no interior, onde são realizados mais da metade de seus eventos. A criação dos núcleos regionais é resultado do processo de interiorização da escola, que visa a ampliar o acesso às atividades da instituição aos magistrados e demais operadores do Direito que não podem participar dos eventos programados para a Capital.

Desde março de 2006, a escola tem promovido palestras por meio de videoconferências, possibilitando a participação de centenas de juízes do interior do Estado. A realização dessas palestras está inserida na proposta da atual gestão da EPM de oferecer cursos a distância para a capacitação de magistrados. O objetivo é viabilizar a participação de juízes de todo o Estado em cursos de aprimoramento, obrigatória para os fins de promoção por merecimento, conforme instituído na Emenda Constitucional nº 45/2004.

No segmento de extensão universitária, a EPM oferece diversos cursos, abertos a todos os bacharéis em Direito. Em 2006, foram realizados os cursos “Direito Penal Ambiental”, “Direito de Família e Sucessões”, “Diálogos Internacionais de Direito e Processo Penal”, “Direito Societário” e “Reforma Processual Civil”, esse último oferecido em duas oportunidades, com mais de 160 alunos em cada turma. Também foram promovidos os ciclos de palestras “Perícias Forenses” e “Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher” e o seminário “Propriedade Intelectual e Bens de Personalidade”.

A partir de maio de 2006, a EPM também passou a realizar, por meio de sua Coordenadoria de Aperfeiçoamento Funcional de Servidores, cursos para os funcionários do Judiciário, promovidos em conjunto com a Corregedoria Geral da Justiça. Tais eventos têm sido dedicados ao estudo das alterações do Código de Processo Civil, possibilitando uma atualização de conhecimentos aos servidores e a consequente agilização do andamento processual.

A escola complementa sua atuação com a publicação de quatro periódicos: a “Revista da Escola Paulista de Magistratura”, os “Cadernos Jurídicos”, a revista “Diálogos & Debates” e o informativo “InterAÇÃO/Magistratura” – com a colaboração de magistrados e de outros profissionais do Direito –, distribuídos gratuitamente a todos os juízes e desembargadores do Estado de São Paulo e a instituições de ensino jurídico nacionais e internacionais.

9. ATUALIDADE

9.1. JUSTIÇA SOBRE RODAS

Objetivando facilitar o acesso dos cidadãos aos serviços forenses, o então presidente DIRCEU DE MELLO criou o Juizado Itinerante – Provimento nº 611/1998. Implantado em 29/09/1998. Juizes e funcionários passaram a deslocar-se em trailer, com toda a estrutura necessária à elaboração de reclamações iniciais e à realização de audiências, aos bairros mais distantes da Capital paulista.

Atualmente a Justiça Itinerante percorre a periferia da cidade em dois trailers equipados e informatizados; o primeiro faz uma triagem inicial e o segundo realiza as audiências. Este trabalho tem uma função social importante, pois facilita o ajuizamento das ações para pessoas carentes, que não tem acesso à justiça.

9.2. A JUSTIÇA MAIS PRÓXIMA DA POPULAÇÃO

Em 2002, pelo Provimento nº 783/2002, foi criado o Plano Piloto de Conciliação em Segundo Grau de Jurisdição, visando a amenizar o número de recursos pendentes, com prazo de distribuição e julgamento no Tribunal de Justiça. Após a bem sucedida fase experimental, o Provimento nº 843/2004, do Conselho Superior de Magistratura, criou o Setor de Conciliação em Segundo Grau de Jurisdição do Tribunal de Justiça. Com estrutura e atribuições fixadas na Portaria nº 7.177/2004, o presidente do Tribunal de Justiça selecionou como conciliadores honorários, sem remuneração, magistrados, membros do Ministério Público e Procuradores do Estado, aposentados, professores universitários e advogados com larga e reconhecida experiência jurídica, sendo mantidos aqueles que já integravam o Plano Piloto. A oportunidade de efetivação de um acordo entre as partes, homologado pelo presidente do Tribunal, possibilita o fim de um longo percurso a ser trilhado pelo processo na segunda instância.

9.3. JUSTIÇA RÁPIDA

Visando a facilitar e agilizar a rotina dos advogados, comunidade jurídica e demais operadores do direito, em 10 de abril de 2003, na gestão do presidente SÉRGIO AUGUSTO NIGRO CONCEIÇÃO, pelo Provimento nº 802/2003, foi criado o Protocolo Integrado no Sistema “Drive-Thru”. Implantado no dia 29 de abril de 2003, na Rua Conde de Sarzedas,

centro da Capital. Esse serviço de protocolo foi suspenso em 2005, devido ao início das obras de construção do novo prédio anexo-sede do Tribunal de Justiça. Foi reinaugurado em 28 de junho de 2007, na gestão do presidente CELSO LIMONGI, como um local para protocolo de petições de processos em andamento, de 1ª e 2ª instâncias, de maneira mais cômoda, fora das unidades do Tribunal. O serviço destina-se exclusivamente a usuários motorizados, que não precisam sair do veículo para serem atendidos.

9.4. SISTEMA DE TELEAUDIÊNCIA

Com o objetivo de proporcionar mais segurança à população, foi promulgada pela Lei nº 11.819 de 05 de janeiro de 2005, que criou o sistema de videoconferência para interrogatório e audiências de presos à distância.

Em agosto de 2005, o Tribunal de Justiça de São Paulo implantou o Sistema de teleaudiências Criminais, com o objetivo de proporcionar segurança à população, eliminar tentativas de resgates durante o transporte de presos aos Fóruns e proporcionar maior agilidade processual.

Atualmente seis prisões realizam audiências à distância, com o uso de dois aparelhos de tevê e microfones bidirecionais – um na sala do juiz e outro na prisão. No Fórum ficam os advogados particulares do réu e na penitenciária, um do Estado, para garantir que o preso não sofra coação. O sistema, além de permitir a conversa entre o juiz e o réu, possibilita que o advogado converse com o detento por uma linha telefônica digital direta, que garante sigilo das informações. Ao término da audiência, cópia do depoimento é repassada ao réu para que leia e assine, procedimento filmado para afastar dúvidas. Em seguida o documento é digitalizado, transmitido ao Fórum onde é impresso para assinatura do juiz, do promotor e do defensor. Finalmente é anexado ao processo juntamente com cópia em DVD da gravação da audiência.

9.5. JUSTIÇA INFORMATIZADA E SEM PAPEL

Na ampliação do acesso à justiça, na gestão do presidente CELSO LIMONGI, em 08 de dezembro de 2006, de acordo com convênio firmado entre o Tribunal de Justiça e o Metrô, foi instalado o Juizado Digital – seção do Juizado Itinerante Permanente da Capital – regulamentado pelo Provimento nº 1.300/2007, do Conselho Superior da Magistratura. Totalmente informatizado, o local é um posto de atendimento expresso para reclamações relacionadas a Direito do Consumidor, com foco no atendimento de concessionárias

de serviços públicos e bancários cadastradas. É o primeiro setor do Judiciário Paulista a funcionar sem papel.

Já o Primeiro Fórum Informatizado, criado pela Lei Complementar 409, de 24/07/1985, foi inaugurado pelo presidente CELSO LIMONGI em 26 de junho de 2007, na Freguesia do Ó. Nele todos os processos são digitais, sem nenhum papel.

O processo digital tem o mesmo andamento do processo no papel, mas as etapas de tramitação são mais céleres, sem documento impresso, o que além de eliminar os trabalhos burocráticos, reduz a necessidade de espaço físico.

Junto com o Juizado Especial Eletrônico da Capital e respectivo Posto de Atendimento Rápido (PAR), o novo Fórum é uma das experiências piloto do projeto “Justiça Sem Papel” do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Para garantir a segurança e eficácia na resolução de eventuais problemas decorrentes da informatização, surge o NOC – Núcleo de Operação e Controle do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, inaugurado em 19 de julho de 2007 no Fórum João Mendes Júnior, por iniciativa da Secretaria de Tecnologia da Informação e do Presidente CELSO LIMONGI.

O novo Setor conta com equipamentos de última geração para monitorar e gerenciar toda a infra-estrutura de informática, desenvolvido com o objetivo de melhorar os serviços prestados dos usuários internos e externos do Judiciário Paulista. O centro de processamento de dados, equipado com inúmeros dispositivos de segurança, reúne equipamentos que concentram todos os dados de todos os processos do Tribunal, jurisdicionais e administrativos.

9.6. CERTIFICAÇÃO DIGITAL

A certificação digital foi implantada inicialmente em 2006, por ocasião da instalação do Juizado Especial Cível Digital. Trata-se de um cartão pessoal e intransferível de identificação que os juízes possuem para acessar notícias e informações funcionais. Permite também, o acesso ao sistema da Receita Federal para obter informações sobre declarações de rendimentos em sua base de dados e ao cadastro de contribuintes. A tecnologia da assinatura digital tem a mesma validade jurídica da assinatura realizada de próprio punho pelo juiz.

9.7. A PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Ao longo de 140 anos, o Tribunal de Justiça de São Paulo teve setenta e três Desembargadores que ocuparam a sua Presidência, sendo que o primeiro deles foi o Conselheiro TRISTÃO DE ALENCAR ARARIPE que era cearense, tendo exercido a magistratura nos Estados do Ceará, Pará, Espírito Santo e Pernambuco.

Depois de nomeado Ministro da Relação da Corte foi removido para a Relação de São Paulo. Foi nomeado igualmente para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, que não chegou a ocupar pois foi escolhido como Ministro da Fazenda.

O atual Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo é o Desembargador JOSÉ RENATO NALINI, que foi eleito para o biênio 2014/2015. Natural de Jundiaí, o atual Presidente formou-se em Direito pela Faculdade de Direito da PUC de Campinas, no ano de 1970. É Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da USP. No Tribunal de Justiça também ocupou o cargo de Corregedor Geral da Justiça no biênio anterior, e é Professor de Direito na Faculdade de Direito de Jundiaí e na Uninove. Também faz parte da Academia Paulista de Letras, onde já ocupou a Presidência, e é um jurista renomado, possuindo várias obras publicadas.

É preocupação do atual Presidente tornar o Tribunal paulista mais célere, daí ter adotado o processo eletrônico como obrigatório em 2º grau, pretendendo ampliá-lo em todo o Estado, agilizando a Justiça, que é o ideal pelo qual se batem todos os operadores do Direito.

REFERÊNCIAS:

Araújo, Justino Magno. O Tribunal de Justiça de São Paulo, através dos tempos. Editora Juarez de Oliveira, 2007.

Brotero, Frederico de Barros. Tribunal de Relação e Tribunal de Justiça de São Paulo (sob o ponto de vista genealógico). São Paul, 1944.

Costa Manso, Manoel. O processo na Segunda Instância. Editora Saraiva Tribunal de Justiça – Memória e Atualidade. 1874-2007. Publicação da Imprensa Oficial, 2007.

DOCTRINA INTERNACIONAL

CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS Y BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

FERNANDO CARBAJO CASCÓN

Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Salamanca. Magistrado de la Audiencia Provincial de Salamanca (Corte de Apelaciones). Vicedecano de Docencia y Relaciones Internacionales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca. Codirector del Programa de Cooperación USP-USAL sobre Buen Gobierno y Responsabilidad Social de las Empresas.

SUMARIO

1. Introducción; 2. La lucha contra la corrupción privada; 3. La respuesta penal: el delito de corrupción entre particulares o de corrupción en los negocios y la responsabilidad penal de las personas jurídica; 4. La prevención y represión civil-mercantil: códigos de buen gobierno y reformas normativas para impulsar el buen gobierno corporativo.

1. INTRODUCCIÓN

¿Es posible hablar de corrupción empresarial al margen de las relaciones con la Administración y empresas públicas? ¿Es posible hablar de corrupción en el ámbito de los negocios entre particulares; en las relaciones entre empresas y profesionales?

Sí, es perfectamente posible.

El sustrato tradicional y habitual de la corrupción gira en torno a la actividad económica de la Administración; con motivo de las relaciones ilícitas o fraudulentas entre políticos y funcionarios con intereses económicos privados, propios o ajenos, que persiguen la maximización del lucro empresarial y personal a costa de los intereses generales.

Pero el fenómeno de la corrupción no puede considerarse exclusivo del ámbito público, sino que se aprecia también en el terreno de las relaciones de mercado, de los negocios, entre empresas y entre profesionales. Desde hace tiempo se viene hablando con naturalidad de la *corrupción privada*, *corrupción entre particulares*, *corrupción en los negocios* o incluso de *corrupción corporativa*.

Consiste este fenómeno en comportamientos desviados, desleales, de los administradores, gestores y socios de control de las empresas privadas (fundamentalmente en forma de sociedades anónimas cotizadas), que interponen sus propios intereses personales o los de terceras personas especialmente relacionadas con ellos (por relaciones comerciales, familiares, de afectividad o confianza) al interés de la empresa societaria, perjudicando así a otros grupos de intereses particulares o colectivos relacionados directa o indirectamente con la empresa (accionistas, trabajadores, inversores, acreedores, proveedores, clientes), y también, de forma refleja, al propio interés público en el funcionamiento eficiente del mercado (a la vista de la alarma social y la desconfianza en el sistema económico que estos escándalos pueden causar, como se demostró en los casos Enron, Worldcom, Parmalat o Lehmann Brothers).

Este fenómeno nace como consecuencia de los problemas de agencia que provoca en las grandes sociedades anónimas cotizadas la separación entre poder y propiedad: el fenómeno del absentismo de los accionistas (capital disperso que no tiene interés en participar en las decisiones relevantes para la organización y estrategia empresarial) unido a la llamada revolución de los managers o directores (que, aprovechándose del desinterés

de la mayoría de los accionistas y de las asimetrías informativas consiguen consolidar su posición al frente de la sociedad, como administradores y también como accionistas, para interponer sus intereses personales sobre el interés social de la empresa que gestionan).

2. LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN PRIVADA

La creciente importancia de la corrupción privada en las décadas finales del Siglo XX generó una notable preocupación en los Estados -fundamentalmente en Estados Unidos y Europa- que culminó con compromisos internacionales para fomentar reformas normativas dirigidas a combatir este fenómeno, el impulso de códigos de buen gobierno corporativo para regenerar la ética en los negocios y la confianza en el sistema de economía de mercado, y medidas de transparencia y normas de conducta en mercados de valores (en las empresas emisoras de valores, entre los inversores y entre los funcionarios de las agencias de control del mercado como las Comisiones Nacionales de Valores).

EN EUROPA DESTACAN:

- La *Acción Común 98/742/JAI del Consejo de Europa, de 22 de diciembre de 1998, sobre la corrupción en el sector privado*, en la que, se contempla y define la corrupción activa y pasiva en el sector privado, proponiendo su tipificación como infracción penal.

- El *Convenio del Consejo de Europa, de 27 de enero de 1999, de Derecho Penal sobre Corrupción* que propone la inclusión de la corrupción privada como objeto de incriminación penal por la necesidad de coordinar las reglas aplicables en la lucha contra la corrupción en el sector público y privado, además de la conveniencia de asegurar el respeto a la competencia libre y leal.

- El *Convenio del Consejo de Europa, de 4 de noviembre de 1999, de Derecho Civil sobre Corrupción*, que obliga a los Estados firmantes a establecer en sus ordenamientos internos procedimientos eficaces en favor de las personas que hayan sufrido daños resultantes de actos de corrupción, con el fin de permitirles defender sus derechos e intereses, incluida la posibilidad de obtener indemnizaciones por dichos daños.

- La *Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado*, donde se afirma que afecta gravemente al

comercio internacional, distorsiona la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido, por lo que recomienda que se tipifique en los ordenamientos nacionales como infracción penal y que las personas jurídicas también puedan ser consideradas responsables de tales delitos, estableciéndose sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias.

A NIVEL INTERNACIONAL:

- La *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción*, de 31 de octubre de 2003 y en vigor desde 2005, la cual parte de una concepción amplia y multidisciplinar del fenómeno de la corrupción, teniendo muy presente que las consecuencias de la corrupción afectan no sólo al sector público sino también, y de manera muy importante, al sector privado, obstaculizando sobremanera las transacciones comerciales, tecnológicas y financieras en el tráfico económico internacional y el correcto funcionamiento de los mercados.

En particular el artículo 12 aborda la corrupción en el sector privado, señalando que: *"Cada Estado parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para prevenir la corrupción y mejorar las normas contables y de auditoría en el sector privado, así como, cuando proceda, prever sanciones civiles, administrativas o penales eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de esas medidas"* (art. 12.1).

En definitiva, podrá observarse cómo la Convención de Naciones Unidas impone a los Estados firmantes obligaciones en materia de prevención y represión de la corrupción, insistiendo en particular en la necesidad de impulsar la transparencia contable y la auditoría de cuentas independiente, la transparencia en los mercados, los códigos de buen gobierno corporativo para la prevención de conflictos de intereses a fin de fortalecer la honorabilidad y la transparencia en la gestión de las entidades privadas, prestando también especial atención a la prevención y la transparencia en las relaciones de las empresas con la Administración pública en materia de contratación para prevenir los cárteles en las licitaciones públicas y los repartos de mercados (*"bid-rigging"*).

EN EUROPA, LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN PRIVADA SE HA EMPRENDIDO DESDE DOS FRENTE:

- La *vía represiva penal*: tipificando el delito de corrupción entre particulares o corrupción en los negocios, además de delitos societarios y el delito de administración desleal, y dando carta de naturaleza legal a la responsabilidad penal de las personas jurídicas;

- La *vía preventiva y represiva civil-mercantil*: primero impulsando la autorregulación mediante códigos de buen gobierno de las sociedades cotizadas, y más tarde, a la vista de su escasa eficacia para superar situaciones enquistadas, impulsando reformas legales para introducir en la legislación societaria y de mercados de valores normas imperativas de transparencia, de activismo accionarial (para superar el tradicional y endémico absentismo accionarial) y, sobre todo, de gestión responsable de los administradores y directivos (concretando el estatuto de deberes fiduciarios), incluyendo en la vía preventiva un sistema de deberes más acorde con la realidad actual y en la represiva un sistema más duro de responsabilidad civil de administradores de derecho y de hecho (*"shadow directors"*) que incluye no sólo la responsabilidad por daños provocados a la sociedad, socios y terceros por actuaciones negligentes o contrarias a los deberes legalmente establecidos, sino también supuestos de responsabilidad-sanción por no promover adecuadamente la disolución o el concurso de acreedores de la sociedad cuando concurren situaciones de pérdidas cualificadas o de insolvencia, a fin de incentivar (como objetivo de política legislativa) una gestión adecuada de las crisis empresariales promoviendo en su caso la disolución o el concurso de la empresa para evitar el agravamiento de la crisis que derive en una liquidación que perjudica a los accionistas, a los trabajadores, a los acreedores y proveedores y al conjunto del sistema económico. A lo anterior se suma, la lucha contra los cárteles (sobre todo en licitaciones públicas, pero no sólo) y los oligopolios mediante las políticas de clemencia y las acciones de daños y perjuicios derivadas de ilícitos *"antitrust"* (el movimiento conocido como *"private enforcement"* de los ilícitos contra la libre competencia).

3. LA RESPUESTA PENAL: EL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES O DE CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Para dar cumplimiento a la *Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado*, de forma similar a lo ocurrido en otros países de la UE, en España el nuevo art. 286bis del Código Penal español de 1995 (introducido por la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio) dispone que quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente

a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja; castigándose con las mismas penas al directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

Se tipifica penalmente, entonces, la corrupción activa (sobornar) y pasiva (dejarse sobornar) en el ámbito de los negocios o relaciones entre empresas privadas. Y se hace -como dice la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010- sobre la base del impacto negativo que comportamientos corruptos en el sector privado tienen sobre la libre y leal competencia en el mercado, hasta el punto de poder alterar las reglas de buen funcionamiento del mismo basadas en el concepto de competencia por eficiencia (que cada operador actúe en el mercado con sus propios medios sin obstaculizar ni aprovecharse de la posición competitiva de terceros) y de buena fe comercial (usos honestos), y que son susceptibles de afectar a todos los grupos de intereses concurrentes en el mercado; esto es, los intereses de competidores, de trabajadores, de acreedores, de consumidores, de inversores, e incluso el propio interés general en el correcto funcionamiento del mercado.

Junto a la tipificación del delito de corrupción privada la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal español ha establecido por primera vez la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la cual, no obstante, se reserva para aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las personas jurídicas se hace más evidente, entre las que cuentan, precisamente, la corrupción en el sector privado o las transacciones comerciales internacionales.

El nuevo art. 31bis del Código Penal español dispone así que las personas jurídicas resultarán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho, así como por aquellos que, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, estando sometidos a la autoridad de los administradores sociales o representantes legales, hayan podido realizar los hechos tipificados penalmente

por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

La responsabilidad penal será exigible a la persona jurídica siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones de administración, dirección y representación, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. No obstante, en el art. 31 CP se aclara que la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda individualizar o no la responsabilidad penal de la persona física que actúe como administrador de hecho o derecho de la misma o como representante voluntario de la misma (directores, gerentes o apoderados, empleados).

Por lo demás, la norma prevé una serie de circunstancias atenuantes de la responsabilidad de la persona jurídica, como son: haber realizado con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales actividades consistentes en la confesión de la infracción a las autoridades; en la colaboración en la investigación de los hechos delictivos; en haber procedido a la reparación o disminución del daño causado por el delito; o en haber establecido medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica (programas de *"compliance"*).

El art. 33.7 del Código Penal español establece las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas las consideración de graves, y van desde la multa por cuotas o proporcional hasta la disolución de la persona jurídica, pasando -entre otras- por la suspensión de sus actividades o la clausura de sus locales y establecimientos por un plazo no superior a cinco años, la prohibición definitiva o temporal (no superior a quince años) de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se hubiera cometido, favorecido o encubierto el delito, la inhabilitación para obtener subvenciones, ayudas públicas, contratar con el sector público o recibir beneficios o incentivos fiscales por plazo no superior a quince años, o la intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por plazos no superiores a cinco años.

Quedan fuera del caso, por tanto, los delitos cometidos por los administradores, de hecho o de derecho, y por los directivos, aprovechando su cargo en la entidad pero que no se hagan en provecho de la misma sino en beneficio propio o de terceros, así como aquellos

que se hagan abusando del cargo en contra de los intereses de la entidad o de aquellos cuyos intereses convergen en la misma (accionistas y socios, trabajadores, acreedores, inversores, ahorradores, asegurados...), los cuales podrán perseguirse recurriendo, según los casos, a los delitos de estafa (cfr., arts. 248-251 del Código Penal español), apropiación indebida (cfr., arts. 252-254 del Código Penal español) y a los delitos societarios (cfr., arts. 290-297 del Código Penal español), en particular el delito de administración desleal (art. 295 del Código Penal español).

4. LA PREVENCIÓN Y REPRESIÓN CIVIL-MERCANTIL: CÓDIGOS DE BUEN GOBIERNO Y REFORMAS NORMATIVAS PARA IMPULSAR EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

I. LAS DISTINTAS FASES POR LAS QUE HA PASADO EL MOVIMIENTO DEL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

Uno de los primeros objetivos de la autorregulación societaria en forma de Códigos Éticos, Códigos de Práctica o Códigos de Buen Gobierno, es el de promover, partiendo de la autorregulación de las propias compañías (cotizadas), entornos de mayor participación de los accionistas (activismo accionarial) y de gestión de administradores y directivos en general responsable para con los intereses de la sociedad, con los de sus accionistas ("*shareholders*") y los de otros grupos de intereses que convergen en la empresa ("*stakeholders*"), así como con los intereses del entorno socioeconómico de la empresa (responsabilidad social de la empresa).

En concreto, se erigen como principales objetivos del gobierno corporativo:

- Ofrecer incentivos a administradores y directivos para perseguir objetivos que sirvan a los intereses de la sociedad y de sus accionistas o socios y faciliten una supervisión eficaz;
- Lograr un uso más eficiente de recursos en pos de un crecimiento económico sostenido en el medio y largo plazo;
- Generar confianza para el correcto funcionamiento de la economía de mercado;
- Resolver los problemas de agencia en el gobierno de la empresa (conflictos de

intereses y abusos de poder);

- Otorgar una mayor protección y mayor grado de participación en la sociedad a los accionistas minoritarios;

- Conseguir una mayor transparencia en la información contable-financiera y en los mercados de valores;

- Introducir indirectamente un grado superior de ética en las decisiones, fomentando atender no sólo los intereses de los socios sino también intereses de otros grupos diferentes relacionados con la empresa.

En una primera fase los Estados crearon comisiones de expertos que emitieron informes conteniendo simples recomendaciones para meros códigos de práctica o códigos éticos. Se trata de una autorregulación blanda, con meras recomendaciones de contenido fundamentalmente estructural u organizativo -del consejo de administración y de la asamblea de accionistas- y ético en la gestión de los directivos. Es el caso del Informe Cadbury en Reino Unido (1992), los importantes Principles of Corporate Governance del American Law Institute (1994) o el Informe Olivencia en España (1998).

En una segunda fase, se elaboraron otra serie de informes sobre Buen Gobierno Corporativo y Transparencia en los Mercados, en los que se pretendía potenciar el cumplimiento voluntario de las recomendaciones de buen gobierno y de transparencia con accionistas e inversores mediante el principio de *"cumple o explica"*, y se recomendaba acompañar la autorregulación con algunas normas imperativas para fomentar el buen gobierno introducidas en la legislación societaria y de mercados de valores mediante las oportunas reformas normativas. En esta fase se impulsa una autorregulación fuerte, en la que la efectiva realización del principio cumple o explica permitirá una evaluación por el mercado de las políticas de buen gobierno de las grandes empresas (premiando o castigando los inversores el cumplimiento o no de ese principio), si bien la transparencia y el cumplimiento de medidas básicas de buen gobierno se acompaña de medidas legales selectivas de refuerzo en derecho de sociedades, mercado de valores y auditoría de cuentas. Es el caso de la Sarbanes Oxley Act estadounidense de 2002 (que nace como reacción al escándalo Enron-Andersen), el Informe Cromme británico de 2002, el Código de buen gobierno alemán y la Ley alemana de control y transparencia, y, en España, el Informe Aldama de 2003 que cristalizó en dos importantes reformas normativas (la Ley de

Reforma del Sistema Financiero de 2002 y la Ley de Transparencia de sociedades anónimas de 2003) y en el Código Unificado de Buen Gobierno aprobado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores en 2006. Son también significativos los Principios de Buen Gobierno Corporativo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE), elaborados entre los años 1998-2004.

En la actualidad nos encontramos inmersos en una tercera fase del buen gobierno, en la que tiene lugar una progresiva traslación de las recomendaciones de los Códigos de Buen Gobierno a reglas imperativas en las leyes de sociedades y de mercado de valores; es decir, una progresiva traslación de la autorregulación a la heteroregulación.

Entrado el Siglo XXI, el paso de los años y el comienzo de la crisis financiera y económica demostraron muy pronto que las recomendaciones de buen gobierno no sirvieron para reforzar las prácticas de buen gobierno, y también que las deficiencias en esta materia tuvieron un papel muy importante en la génesis y desarrollo de la crisis financiera y económica. Eso dio lugar a estar tercera fase, en la que nos encontramos inmersos actualmente, donde la autorregulación deja paso progresivamente a la regulación normativa de corte fundamentalmente imperativo tanto en la organización y funcionamiento de sociedades anónimas cotizadas como en la transparencia y normas de conducta en los mercados secundarios de valores.

Esta tercera fase, que comienza a fraguarse con el comienzo de la segunda fase, se encuentra aún en pleno desarrollo, por lo que puede decirse que está siendo, y que el legislador (al menos en Europa) ha tomado plena conciencia de la necesidad de impulsar reformas legales para hacer realidad el buen gobierno (que se ha convertido en una necesidad para el correcto funcionamiento de los mercados).

II. REFORMAS NORMATIVAS PARA INCORPORAR A LA LEY MEDIDAS EFICACES DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

El impulso de reformas normativas ha tenido lugar a través del derecho comunitario de sociedades mercantiles (Directivas) y también mediante reformas de las legislaciones nacionales sobre sociedades mercantiles, mercados de valores y auditoría de cuentas.

Es paradigmático el caso de España, que pasamos a relatar someramente:

En 2003 se promulgó en España la Ley de Transparencia de sociedades anónimas

cotizadas, que modificó la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995 para reforzar el estatuto de deberes y responsabilidades de los administradores de sociedades de capital, incluyendo además medidas de reorganización de la junta general y del órgano de administración, y otro paquete de medidas para reforzar la información a accionistas y la transparencia en mercados de valores.

En 2006 se llevó a cabo una nueva reforma de la legislación de sociedades anónimas para obligar a las sociedades cotizadas a publicar, junto al informe de gestión que acompaña al depósito de las cuentas anuales, un informe de gobierno corporativo basado en el principio de cumple o explica, con la intención de dar más información a los inversores y de que sea el mercado el que premie o castigue la buena o mala gestión y la mayor o menor transparencia de las sociedades cotizadas. De esta manera el principio cumple o explica, uno de los pilares de la autorregulación responsable, se traslada al imperio de la Ley y se hace obligatorio en forma de informe de gobierno corporativo, si bien sólo para sociedades cotizadas.

En 2010, por influencia del derecho corporativo de la Unión Europea, se introdujeron nuevas medidas para dar una mayor protección a los accionistas minoritarios y para fomentar una mayor implicación y participación de los mismos (activismo accionarial) en la sociedad, facilitando la representación y el voto por medios electrónicos, obligando a las sociedades cotizadas a implementar un web-site de la sociedad donde se incluya información obligatoria para accionistas y terceros interesados en general, e incluyendo en dicho sitio web un foro electrónico de accionistas para facilitar el encuentro e intercambio de opiniones entre accionistas así como la formación de asociaciones o sindicatos de accionistas.

Poco a poco se impone una nueva visión empresarial en la que se insiste en la necesidad de sustituir una visión a corto plazo basada en la maximización del valor de la acción, por una visión a medio y largo plazo que busca la rentabilidad sostenida de la empresa en beneficio de la propia empresa social y, con ello, indirectamente, de sus accionistas (en primer lugar), pero también de sus trabajadores, inversores, proveedores, clientes y del conjunto de la economía y de la sociedad.

En 2010 se publica en España el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC 2010), que refunde en un solo texto la anterior normativa de sociedades anónimas y

limitadas. Este texto contiene normas comunes a todas las sociedades de capital seguidas de reglas especiales para cada tipos y subtipos sociales (v.gr., sociedades anónimas, sociedades anónimas cotizadas) e incorpora todas las reformas que ya se habían venido produciendo en materia de gobierno corporativo durante los años anteriores, incorporando algunas medidas más para reforzar e impulsar el buen gobierno y la transparencia.

En 2011 se reforma la LSC 2010 para dar un contenido concreto al informe de gobierno corporativo (con la finalidad de evitar las deficiencias que se observaban en los “pobres” informes que hasta ese momento venían presentando las grandes compañías) y se obliga a elaborar y difundir un informe sobre remuneraciones de los miembros del consejo de administración, el cual se debe someter al voto (solo consultivo) de la junta general.

Ya en 2013 en España se ha dado un paso importante hacia una mayor regulación, con una nueva Propuesta de Código Mercantil presentada el 19 de junio de 2013 y un nuevo Informe de una Comisión de Expertos para realizar modificaciones normativas e implantar definitivamente el buen gobierno en la legislación societaria y de mercado de valores hecho público el 14 de octubre de 2013.

El 30 de mayo de 2014 se ha publicado en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados (BOCD, Serie A, Núm. 97-1) el Proyecto de ley por el que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo, el cual recoge buena parte de las recomendaciones contenidas en el Informe de la Comisión de Expertos.

El mismo 30 de mayo de 2014, el Gobierno aprobó un Anteproyecto de Ley para la creación de un nuevo Código Mercantil que, en la parte de derecho de sociedades, recoge las mismas reglas contenidas en el Proyecto de Ley de reforma de la LSC para la mejora del Gobierno Corporativo, en previsión de una futura derogación de ésta para ser sustituida por el nuevo Código Mercantil cuya aprobación -si llega a darse- se espera para el mes de junio de 2015.

Recientemente también, el 9 de abril de 2014, la Comisión Europea ha publicado una Propuesta de Directiva europea para fomentar la implicación a largo plazo de los accionistas (activismo accionario) y una mayor transparencia en los inversores institucionales (planes de pensiones, fondos de seguros de vida o “Unit Linked”, y fondos de inversión), en los gestores de activos (gestores de carteras de valores) y en los asesores de voto (los llamados “proxy players”).

También la Comisión Europea ha hecho pública en la misma fecha una Recomendación sobre el contenido y calidad de las informaciones que deben proporcionar los administradores de sociedades cotizadas en relación con el cumplimiento del principio “cumple o explica” establecido en los códigos de buen gobierno que hubieran asumido (a la vista de la deficiente calidad de la información proporcionada, sobre todo cuando se apartan de las recomendaciones de los códigos de buen gobierno).

III. REFORMAS PROPUESTAS EN ESPAÑA PARA MEJORAR LA GESTIÓN RESPONSABLE DE LA EMPRESA

Por la trascendencia de los conflictos de agencia, propios de la separación de poder y propiedad consecuencia del absentismo de los accionistas, que derivan en conflictos de intereses entre los administradores y directivos y la sociedad que gestionan, abusos de poder dentro de la empresa privada y casos de corrupción (sobornos activos y pasivos) en la empresa privada, interesa sobre todo centrarse en las reformas normativas propuestas en relación con la organización del consejo de administración y con el estatuto de los administradores de sociedades de capital.

Dichas reformas, como se ha dicho, vienen impulsadas en parte desde la Unión Europea, aunque en España (y de forma similar en otros países) se ha ido más lejos emprendiendo ambiciosos programas de reforma de la legislación societaria y del mercado de valores que seguramente verán la luz a finales del año 2014. Me refiero especialmente al antes citado Proyecto de ley por el que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo, que incorpora las recomendaciones del Informe del Comité de Expertos publicado en octubre de 2013 y que va en la línea de algunas de las reformas que actualmente se estudian en las instituciones comunitarias para mejorar el buen gobierno mediante reformas normativas.

Entre las propuestas de reformas normativas que afectan al órgano de administración (fundamentalmente de las grandes sociedades anónimas cotizadas, aunque algunas se harán extensivas a todo tipo de sociedades de capital) pueden destacarse, entre otras, las siguientes:

- Regular en la Ley las Comisiones delegadas del Consejo, en particular la de auditoría y una (o dos separadas) de nombramientos y retribuciones, para garantizar la máxima diligencia y transparencia en el nombramiento de gestores competentes, en las retribuciones que merece cada administrador en función de las funciones asumidas y en

la elaboración y fiscalización de las cuentas anuales facilitando la labor de los auditores de cuentas de la sociedad.

- En caso de que un consejo de administración acuerde la acumulación de las funciones de presidente y consejero delegado (CEO) de un consejo de administración, obligar por Ley a nombrar un consejero-coordinador que sirva de contrapeso, con funciones para convocar la junta general y coordinar al resto de consejeros.

- Que los consejeros sean nombrados en todo caso por la asamblea de socios previo informe no vinculante de la comisión delegada de nombramientos, salvo en casos de vacante anticipada, en que podrá ser nombrado por el propio consejo de acuerdo con el sistema de cooptación.

- Definir detalladamente en la Ley las distintas categorías de consejeros, distinguiendo entre consejeros ejecutivos y no ejecutivos y, entre estos, dominicales, independientes u otros externos, distinguiendo sus funciones y el alcance de su actuación, aplicando el deber de diligencia de acuerdo con las funciones encomendadas a cada administrador a fin de discriminar, llegado el caso, el alcance de las responsabilidades que cada uno deba asumir frente a la sociedad y frente a terceros.

- No limitar por ley el importe de las retribuciones (como se viene proponiendo desde algunos sectores a raíz de los escándalos advertidos con la crisis financiera y económica), pero sí que (por primera vez) la asamblea de socios apruebe la política general de remuneraciones y la remuneración máxima anual del conjunto de los administradores, que luego será distribuida entre los distintos administradores por acuerdo entre ellos, teniendo en cuenta las funciones y responsabilidades atribuidas a cada uno. Se trata, así, de mejorar la vinculación entre la política de remuneraciones y el desempeño real de los administradores. Se prevé además exigir que las remuneraciones de los administradores guarden una proporción con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de empresas comparables, debiendo estar orientado el sistema de remuneración a promover la sostenibilidad y rentabilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa a pesar de resultados desfavorables.

- Que sea obligatorio para las sociedades cotizadas publicar un informe anual de gobierno corporativo, con un contenido detallado por Ley y Reglamento para que el

principio cumple o explica sobre este punto sea real y eficaz, que se comunicará como hecho relevante a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, así como un informe anual de retribuciones que se comunicará y difundirá también por la CNMV como hecho relevante

- Exigir una evaluación anual externa del desempeño del consejo de administración y de sus comisiones delegadas.

- Modificar la legislación de mercado de valores para establecer una competencia de supervisión de la CNMV sobre los informes de transparencia exigidos a las sociedades cotizadas, para vigilar que se realizan y publican y que cumplen el contenido mínimo razonable, confiriéndole además potestades sancionadoras para casos de incumplimiento.

En materia de deberes fiduciarios, sin duda el núcleo y esencia de las medidas de buen gobierno corporativo de carácter preventivo, se propone hacer modificaciones normativas para hacerlos más claros y exigentes para los administradores de todo tipo de sociedades de capital:

- El deber general de diligencia de un ordenado empresario, se interpretará teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de los administradores, debiendo estos tener la dedicación adecuada y adoptar las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad, incluyendo el deber de diligente información para el correcto y diligente cumplimiento de sus obligaciones (lo que impide a los administradores no ejecutivos exonerar su responsabilidad por desconocimiento de las medidas adoptadas por los ejecutivos, salvo en casos extremos contrastados).

- No obstante, para evitar extensiones indebidas de la responsabilidad por daños a decisiones que pueden resultar erróneas, se contempla por primera vez la protección de la discrecionalidad empresarial de los administradores (expresión, al fin y al cabo, de la libertad de empresa o libre iniciativa económica), señalando que en el ámbito de las decisiones estratégicas o de negocio sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado. De esta manera se pone en directa relación el deber de diligencia (y la discrecionalidad empresarial) con el deber de lealtad al interés social, resultando ser ambos manifestación del principio

de buena fe en el ejercicio del cargo.

- Por lo que respecta al deber de lealtad se establece con carácter general que los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. Como suele suceder, no se define el concepto de interés social, siempre discutido y objeto de eternas discusiones entre los defensores de tesis contractualistas (*"shareholder value"*, que ve en el interés social exclusivamente el interés común de los socios) y tesis institucionalistas (*"stakeholders value"*, que ven en el interés social una subsunción de todos los grupos de interés convergentes en la empresa social, incluyendo además del interés de los socios, el de inversores, trabajadores, proveedores, clientes, acreedores, e incluso, por influencia del movimiento de la responsabilidad social de las empresas, el interés de las comunidades donde se ubica o desarrolla la actividad empresarial). Actualmente, lo más relevante es entender que los administradores deben desempeñar su cargo con lealtad o fidelidad al interés social, entendido (como apunta la recomendación nº 7 del Código Unificado de Buen Gobierno español de 2006) en el sentido de que: *"el Consejo desempeñe sus funciones con unidad de propósito e independencia de criterio, dispense el mismo trato a todos los accionistas y se guíe por el interés de la compañía, entendido como hacer máximo, de forma sostenida, el valor económico de la empresa. Y que vele asimismo para que en sus relaciones con los grupos de interés (stakeholders) la empresa: respete las leyes y reglamentos; cumpla de buena fe sus obligaciones y contratos; respete los usos y buenas prácticas de los sectores y territorios donde ejerza su actividad; y observe aquellos principios adicionales de responsabilidad social que hubiera aceptado voluntariamente"*. Por tanto, un interés en clave a priori contractualista pero con algunos matices institucionalistas, que, en todo caso, toma como patrón de referencia para el cuidado de todos los intereses convergentes en la empresa no ya la maximización a corto plazo del valor de la acción, sino la maximización sostenida o largo plazo de la rentabilidad o valor económico de la empresa.

- En cualquier caso, ante la indeterminación de las grandes declaraciones que están tras el deber de lealtad, las reformas proyectadas proponen una concreción del mismo mediante la definición de una serie de obligaciones básicas de los administradores (extensibles a los representantes de los administradores personas jurídicas); a saber: no ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas; guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en el mismo, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera; abstenerse de participar en la

deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto, excluyendo aquellos que le afecten en su condición de administrador, como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros análogos, desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros; adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad, salvo que cuente con el consentimiento de la sociedad expresado por la asamblea de socios.

- Asimismo para concretar las situaciones de conflictos de interés que, como expresión del deber de lealtad, deber ser evitadas por los administradores, la reforma proyectada indica que los administradores deberán abstenerse de: realizar transacciones con la sociedad, excepto en caso de operaciones ordinarias o de escasa relevancia y en condiciones estándar de mercado; utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas; hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados (en relación directa con la prohibición del “insider trading” en mercados de valores); aprovecharse de oportunidades de negocio de la sociedad; obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía (una clara alusión a la corrupción en los negocios); desarrollar actividades por cuenta propia o ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad. Todas estas situaciones de conflictos de intereses afectan también cuando el beneficiario de tales actos sea una persona vinculada al administrador. En todo caso, el administrador que se encuentre en alguna situación de conflicto de interés deberá comunicar a los demás administradores o, si es administrador único, a la asamblea de socios, la situación de conflicto con su persona o una tercera vinculada a él, debiendo ser objeto de información en la memoria; la sociedad, a través de la asamblea de socios podrá dispensar las prohibiciones antes expuestas autorizando los actos en conflicto al administrador o personas vinculadas con él.

- Otra de las reformas propuestas importante son las consecuencias derivadas de la infracción del deber de lealtad (que, como se aprecia, se sitúa en el centro mismo de las medidas de buen gobierno): la infracción del deber de lealtad determinará no sólo

la obligación de indemnizar el daño (presumiéndose que existe culpa, salvo prueba en contrario, por el simple hecho de constatarse un acto contrario al deber legal de lealtad, invirtiendo así la carga de la prueba al administrador demandado), sino también (y aquí reside una de las principales novedades) la obligación de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador (se refuerzan así las acciones de responsabilidad civil por infracción del deber de lealtad y se incluye la acción por enriquecimiento injusto o injustificado, sin perjuicio de que se pueda instar la responsabilidad penal por el delito de administración desleal o incluso por el de corrupción entre particulares). Además se incluye también como novedad la posibilidad de ejercitar acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad (acciones éstas típicas del ámbito de la competencia desleal).

En definitiva, las reformas muestran una clara voluntad de reforzar el buen gobierno de las sociedades de capital, principalmente cotizadas, desde el plano de la prevención (estructura del órgano, nombramiento, deberes, remuneración, etc) pero también desde el plano de la represión, precisando el alcance de los deberes legales de los administradores y también el de la responsabilidad por daños a la sociedad y a terceros, e incluyendo otras medidas para facilitar la cesación de actos perjudiciales y la recuperación del beneficio obtenido ilícitamente. Y para hacer realidad el aspecto represivo por infracciones del deber de lealtad, se mejoran considerablemente los mecanismos procesales para exigir las acciones de responsabilidad, las cuales podrán acordarse por la asamblea de socios y, en su defecto, directamente por el socio o socios que acumulen el porcentaje de capital suficiente para solicitar la convocatoria de la asamblea (que se propone reducir del 5 al 3 por 100 del capital social).

Las reformas propuestas son ambiciosas y de largo espectro. Ha sido necesario salvar muchos prejuicios y obstáculos para proponerlas. Quizás nunca hubiera sido posible si la dura crisis económica por la que han pasado algunos Estados europeos, como España en particular, no hubiera barrido las estructuras tradicionales de poder de las grandes sociedades y provocado una gran desconfianza en el sistema y en el tejido empresarial. Como siempre, las crisis son terribles, pero pueden acabar siendo constructivas.

PALESTRAS: REUNIÃO-ALMOÇO DO IASP

10 ANOS DA REFORMA DO JUDICIÁRIO: AVANÇO E DESAFIOS

FLÁVIO CROCCE CAETANO

Secretário Nacional da Reforma do Judiciário

REUNIÃO-ALMOÇO IASP FLÁVIO CROCCE CAETANO SECRETÁRIO NACIONAL DA REFORMA DO JUDICIÁRIO 13 DE JUNHO DE 2014

JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO - PRESIDENTE IASP

Uma boa tarde a todos, senhoras e senhores. É com imensa satisfação que o Instituto dos Advogados de São Paulo realiza esta 5ª Reunião Almoço de 2014, com a presença do nosso Secretário Nacional da Reforma do Judiciário, Flávio Caetano.

Flávio é um colega, amigo dos bancos da Pontifícia Universidade Católica, lá cursou não só o Bacharelado, mas o curso de Mestrado, Doutorado, Professor de Direito Administrativo e Direitos Humanos. Advogado militante, uma carreira absolutamente brilhante, que foi reconhecida para ocupar esse verdadeiro desafio de estar à frente da Secretaria da Reforma do Judiciário.

A Secretaria teve início com o Doutor Sergio Renault, que está aqui presente, primeiro Secretário, que busca sem dúvida nenhuma, um caminho para que a Justiça seja prestada de melhor forma. Nós sabemos que os advogados não estão somente presentes no poder judiciário, nas questões judiciais e, exatamente, esse é o esforço que todos nós fazemos, o Instituto dos Advogados, a Secretaria Nacional de Reforma, o Poder Judiciário aqui presente, o nosso Presidente Nalini, a Secretária de Estado da Justiça e Cidadania, Eloisa Arruda, que buscam tirar da justiça uma série de questões que não precisam estar nela e não por isto, o advogado não estará presente, não por isso, nós não teremos uma situação melhor e por essa razão, exatamente por firmar esse compromisso público com todos, trouxemos o nosso Secretário Nacional da Reforma do Judiciário para falar desses avanços e desafios nesses dez anos da reforma do judiciário com a Secretaria.

Estamos aqui hoje, numa situação muito especial, porque nunca conseguimos reunir numa mesma tarde, todos os presidentes de tribunais de São Paulo, todos os presidentes de associações, o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, o Procurador Geral do Ministério Público, o que só mostra a importância do nosso Secretário Nacional da Reforma do Judiciário nesse papel fundamental de nós evoluirmos e proporcionarmos um caminho melhor para o nosso país. Senhoras e senhores, Flávio Crocce Caetano.

FLÁVIO CROCCE CAETANO SECRETÁRIO NACIONAL DA REFORMA DO JUDICIÁRIO

Muito boa tarde, senhoras e senhores. Quero agradecer o honroso convite que me foi feito pelo Presidente do Instituto de Advogados de São Paulo, querido amigo José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, o Instituto que já tem mais de 139 anos e para mim é uma honra estar aqui. Estive aqui com o querido Ministro José Eduardo Martins Cardoso, quando foi feito um evento em homenagem a ele e eu quero parabenizá-lo a você, a comissão da presidência e todos os membros do IASP pelo maravilhoso trabalho que tem sido feito.

Quando foi feito o convite, eu me permito quebrar um pouco o protocolo, nós brincamos, falamos: “Mas sexta-feira, 13, logo depois do jogo?”, ainda bem que o resultado foi muito bom para nós, então estamos hoje aqui, comemorando também, a vitória da seleção brasileira de ontem e ele havia me prometido que nós teríamos a Jenifer Lopez aqui, por isso que... fica na sua conta, viu presidente.

Quero também, saudar e me permita pela ordem, começar pelos que vieram de fora, colegas de Brasília, queria saudar os nossos queridos Ministros aqui presentes, Ministra Luciana Lóssio, do Tribunal Superior Eleitoral; Ministro Paulo Dias Moura, do Superior Tribunal de Justiça; do Rio de Janeiro, nosso querido Presidente do IAB, Tércio Lins e Silva; Desembargador Helton, que vi por aqui; Doutor Vasi Werner, representando nossa Presidenta Leila Mariana, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro; vejo ali também, o Desembargador Samuel Brasil, do Espírito Santo, uma honra tê-lo aqui conosco; Doutora Andreia Sepúlveda, Defensora Pública do Rio de Janeiro, uma honra que esteja aqui presente também, desculpe se esqueço alguém aqui de outros estados. São Paulo, Presidente bem disse, nós estamos aqui, muito bem representados, eu queria saudar da Magistratura, o nosso Presidente José Renato Nalini, do Tribunal de Justiça, parceiro fiel dos nossos trabalhos em conjunto da Secretaria com o Judiciário; nossa querida Presidente Doralice Novaes, do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Doutor Paulo Casseb, do Tribunal Militar e querido amigo, Fabio Prieto, do Tribunal Federal Regional da 3ª Região. Da advocacia, nossos presidentes também aqui, presentes, Doutor Marcos da Costa, da nossa Ordem dos Advogados do Brasil.

Falo com muita honra, porque sou advogado, estou Secretário, mas sou advogado e participei da Ordem ativamente na Comissão dos Direitos Humanos e presidi a Comissão do Idoso por dez anos; então para mim, é uma honra tê-los aqui. Doutor Sérgio Rosenthal,

Presidente da AASP – Associação dos advogados de São Paulo e também, os colegas do CESA que se fazem presentes. Ministério Público, querido amigo Márcio Elias Rosa e demais membros do Ministério Público, eu cumprimento todos em nome do Doutor Márcio Elias Rosa, também professor; celebramos um termo de parceria essa semana no Ministério da Justiça sobre o tema de mediação e Defensoria Pública de São Paulo.

Tive a oportunidade de conversar com o Doutor Rafael e, parabéns pela sua nomeação, estaremos na sua posse em breve. Governo Estadual, querida Secretaria Heloisa Arruda, que me acompanha há tanto tempo, minha eterna professora, muito obrigado pela sua presença. Queria saudar também membros do Governo Municipal, do Legislativo, e também, colegas da sociedade civil, em nome do Doutor Marcos Fux do Instituto Conectas que está aqui presente. Amigos da PUC, vejo aqui vários, amigos da escola, amigos de centro acadêmico, vejo aqui, meus amigos Luís Regules, Miguel Nunes Cordeiro, Doutor Tomelin, Doutora Kika, desculpa se eu esquecer de alguns, porque eu vi tanta gente que eu não via há tanto tempo, que para mim é uma honra tê-los aqui, Doutora Rogéria, são vários que estão aqui hoje. Os colegas da docência da PUC, vejo, Doutor Campilongo, Doutor Marcelo Sodré, Doutor Vitor, Professor Marco Antônio, Professor Claudio Pereira, Professor Marcelo Erbella, Professor Tavares, e tantos outros, meu querido Leonardo que eu tô vendo ali no canto também, Giovanni, Fabio, Vinicius, estão todos aqui da PUC, os filhos da PUC estão presentes. E os amigos de trajetória, claro que eu não posso deixar de falar do querido Ministro José Eduardo Martins Cardoso, é uma honra trabalhar com ele, estou com ele, há mais de 20 anos, na época de PUC, no Ministério da Justiça, como seu chefe de Gabinete e tive a honra de ser convidado por ele para ser Secretário de reforma do Judiciário.

Então, claro que deixo as minhas honras para o querido Ministro José Eduardo Martins Cardoso. Doutor Pedro Dallari, Presidente da Comissão da Verdade, colega que trabalhamos sempre juntos, querido amigo Sergio Renault, querido amigo Pierpaolo Bottini, os antecessores, se eu estou hoje como Secretário de Reforma, eu devo ao Sergio Renault e ao Pierpaolo Bottini pelo trabalho maravilhoso que desempenharam e que estamos tentando continuar à altura. As queridas Gabriela Freire, Mariana Lopes da Cruz, colegas do meu antigo escritório e que é um prazer vê-las aqui, junto com o Doutor Guilherme Birello e Renan. E não podia também deixar de falar da minha família, porque não é todo dia que a gente está junto, infelizmente, essa vida de Brasília nos deixa muito longe da família, então ver aqui meu pai, José Salvador, minha mãe, Maria Elisa, minha irmã Taís e os irmãos, meus irmãos de afeto Eduardo Moraes e Alberto Aoki também me honra demais tê-los aqui, hoje.

[Palmas]

Bom, Presidente Nalini, vou cumprir o tempo regimental, vou falar rapidamente de algo que nos parece muito importante dizer um pouco o que foi feito, como é que foi a nossa reforma, o que aconteceu nesses dez anos entre avanços e desafios do que temos que fazer ainda pela frente não só para o nosso poder judiciário, mas para o nosso sistema de justiça.

A reforma teve início no ano 2003, quando o Presidente Lula, recém eleito, dizia na sua campanha, duas coisas que nortearam a sua atuação como presidente. Ele dizia primeiro: “Não consigo entender como que o Estado gasta com acusação e gasta muito pouco com defesa”; e segundo, ele dizia: “O Poder Judiciário é um poder tão importante como é o Legislativo, como é o Executivo, que me parece importante que nós conheçamos mais, que nós possamos ter mais acesso ao Judiciário, que é coisa que há 15 anos atrás era algo mais difícil”.

Quando eleito presidente, ele nomeia o nosso advogado, querido amigo Márcio Tomaz Bastos, que cria a Secretaria de Reforma do Judiciário e aí coube ao Doutor Sergio Renault, paulista, ser o primeiro secretário. Quando se cria a Secretaria de Reforma do Judiciário, muitos aqui vão lembrar, alguns disseram: “Não dá. Onde que fica a tripartição dos Poderes? Como que vem o Poder Executivo querer falar do Poder Judiciário? Nós vamos criar a Secretaria de Reforma do Poder Executivo e fica tido certo” Doutor Renault, com paciência, conseguiu mostrar que a ideia não era essa, que a ideia era de colaboração, era de cooperação, para que nós pudéssemos, sim, naquele momento, melhorar o sistema de Justiça no Brasil. Foi aprovada a Emenda 45, a Emenda da Reforma do Judiciário, que estava no Congresso Nacional.

Ela foi aprovada em 2004; estava no Congresso Nacional desde 1992, projeto do então Deputado Hélio Bicudo e conseguiu-se naquele momento aprovar uma emenda, uma emenda fundamental, porque se cria com a emenda o Conselho Nacional de Justiça. Acho que talvez tenham alguns conselheiros presentes hoje, Doutor Werner foi conselheiro, sabe bem a importância do Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, avançamos com a criação da súmula vinculante, da repercussão geral do recurso extraordinário, colocando como direito fundamental e esse é um desafio nosso nos dias de hoje também, a duração razoável do Processo, seja na esfera administrativa, seja na judicial, a federalização dos crimes dos direitos humanos e o fortalecimento das defensorias públicas.

Dois pactos republicanos foram celebrados, o que é inédito na história do país. Todos os poderes juntos pactuaram iniciativas fundamentais para que nós melhorássemos o sistema de justiça no nosso país, reformas processuais foram aprovadas, iniciativas muito importantes na desjudicialização, como por exemplo, divórcios e inventários feitos pelas próprias serventias extrajudiciais. Então, um avanço muito importante. Eis que Presidente Dilma eleita, nomeia o Ministro Cardozo, para alegria de todos nós, Ministro da Justiça e aí, se coloca o desafio: Vamos continuar a Secretaria da Reforma do Judiciário ou não? Tanto a Presidente, como o Ministro Cardozo disseram: “Não, vamos continuar”.

É fundamental que nós tenhamos esse espaço dentro do Poder Executivo para dialogar com o sistema de Justiça. Então, o primeiro desafio é manter a Secretaria, segundo, mas como é que está a situação hoje? Quais são os desafios de hoje? O quê que nós precisamos fazer em colaboração com os demais para melhorarmos o sistema de justiça no Brasil? E aí, eu queria trazer um contexto para vocês, me desculpem eu me estender um pouco em números, mas eu acho que é importante trazer números, porque os números realmente saltam os olhos. Primeiro, o Brasil em relação aos BRICs, como que é visto o sistema de justiça do Brasil em relação aos outros países que estão nos BRICs? Sistema de justiça é muito bem visto, nosso Poder Judiciário é um poder bem informado, é um poder independente, é um poder que não está submetido a nenhum dos outros poderes; segundo, os critérios de seleção são critérios objetivos, nós não temos preferências dentro da escolha do Poder Judiciário; terceiro, nós temos um belo arcabouço jurídico, nós temos uma bela Constituição, temos leis, temos algumas leis que são consideradas para o mundo como legislações exemplares, Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, mais recentemente, a lei Maria da Penha e mais recentemente ainda, o Marco Civil da Internet são leis consideradas exemplos.

Então, nós temos o arcabouço jurídico. O que nos falta e aí, vou trazer números, é melhorar essa gestão, porque o resto nós temos. Então, é possível sim, que a gente tenha o sistema de justiça que todos nós aqui, sonhamos e que seja adequado à prestação do serviço jurisdicional. Ministro Cardozo nos pediu então, para olharmos quais são os desafios e aí, eu vou submeter a Vossas Excelências, mas acho que todos concordam, nós temos três grandes desafios, são três grandes problemas no sistema de justiça brasileiro: o primeiro é o excesso de Processos, dados do CNJ mostram que em 2013, tramitaram pelo Poder Judiciário, 92 milhões de Processos e aqui, me desculpe a brincadeira, Ministro Paulo Dias, estivemos juntos em Coimbra, quando nós dissemos isso, que quase todos os brasileiros estavam em juízo, levantou a mão, o professor catedrático lá de Coimbra e disse:

“Mas secretário, o senhor está redondamente enganado, porque no Brasil tem um autor e tem um réu, então todos os brasileiros estão em juízo” e ele tinha razão, né, Ministro Paulo Dias? É verdade, é uma explosão de Processos, quase todos os brasileiros estão na Justiça e aí, nós temos um problema que deriva disso, a nossa taxa de congestionamento é de 70%, o que significa isso? Nós conseguimos dar vazão a 30% daquilo que chega, é muito pouco. Então nós estamos realmente a beira de um colapso de tantas ações judiciais.

Segundo grande problema, a demora. Embora, com a emenda constitucional, nós tenhamos a duração razoável do Processo, todos os advogados, magistrados, membros do Ministério Público, defensores, todos sabem disso, nós não atingimos ainda a duração razoável. Quando nós dissemos que a média de duração de um Processo é de 10 anos, ninguém aqui se assusta e dez anos é muito tempo. A Justiça, por definição, tem que ser contemporânea aos fatos. Então, esse é um desafio nosso, conseguir que realmente nós tenhamos em concreto, a duração razoável do Processo.

E terceiro, ainda falta o acesso à Justiça, pode parecer para nós, algo paradoxal, como tem tanto Processo e ainda tem gente fora da Justiça? Tem. Muitos brasileiros não conhecem seus direitos e muitos, daqueles que conhecem, ainda não têm uma rede de assistência judiciária e está aqui, a defensoria para saber isso, que ainda temos um número de defensores muito pequeno, tem muita gente que poderia buscar o acesso a Justiça e ainda não tem. Bom, o quê que podemos fazer, então, diante desses desafios; o quê que nós podemos fazer e isso é de todos. Eu sou do Poder Executivo, então todos nós temos que estar aqui, com o mesmo planejamento de atuação. Nós temos trabalhado em quatro eixos e aí, (eu queria, me desculpem, é tanta gente aqui que eu esqueci, eu tenho que saudar a Kelly Oliveira, que eu não sei onde está, Diretora da Secretaria e se a gente está conseguindo trabalhar, eu devo muito a ela, porque sem equipe, a gente não faz absolutamente nada. São quatro eixos: um eixo, fortalecimento do acesso a Justiça; o segundo eixo, o que me parece hoje o mais importante é trazer para o país a cultura do consenso, a cultura da mediação; terceiro eixo, modernização) quarto eixo, é um eixo muito importante que é a diminuição da violência e justiça criminal.

Bom, primeiro eixo, fortalecimento do acesso a Justiça. O quê que nós temos feito? Nós fizemos algo que eu queria anunciar, nós criamos o atlas do acesso a Justiça que pode ser acessível por quem quiser, pelo sitio eletrônico: www.acessoajustica.gov.br, em que buscamos ter no mesmo portal todos os endereços do Brasil. São 70 mil endereços para que o cidadão, onde quer que ele esteja, ele link e tenha acesso, saiba onde pode ir para

uma defensoria, para um juizado, para um Ministério Público, para a OAB e por aí vai, mas mais do que isso, nós criamos pela primeira vez, isso não tem no mundo. O Banco Mundial reconheceu como sendo a primeira vez no mundo que se mede isso, medimos o acesso a Justiça, criamos o Índice Nacional de Acesso a Justiça, chamado INAJ, e aí, Doutor Fabio Prieto, Doutor Marcio, querido amigo José Horácio, nós nos assustamos, isso eu devo confessar porque assustamos, ninguém mediu o acesso a Justiça; nós sabíamos que era um problema, mas não tínhamos dimensão do problema. Medimos o acesso a Justiça no Brasil, traçamos uma média, nessa média, 17 estados do Brasil estão abaixo da média, 17 estados do Brasil têm problemas de acesso a Justiça. Quando comparamos o INAJ com IDH, IDH mede educação, distribuição de renda, expectativa de vida, quando comparamos, aí a coisa assusta mais ainda. Melhor estado e pior estado no Brasil em IDH, diferença é 20%, quando medimos o acesso a Justiça, melhor estado, Distrito Federal, pior estado, não é por acaso, o Maranhão, diferença 1000%, Maranhão tem dez vezes menos acesso a Justiça do que o Distrito Federal. Quando medimos Norte e Nordeste com Sul, Sudeste e Centro Oeste, Norte e Nordeste têm exatamente a metade do Sul, Sudeste e Centro Oeste. E nós sempre dissemos em nossas conversas acadêmicas que pessoa mais pobre, o miserável não tem acesso a Justiça; quando a gente olha esses dados, exatamente os Estados mais pobres do Brasil são aqueles que têm o pior índice de acesso a Justiça. O acesso a Justiça é um problema que tem que ser enfrentado e tem que ser enfrentado com coragem por todos nós aqui, que fazemos parte do sistema da Justiça.

Segundo, criamos um centro que é importante; o Poder Público tem que ter contato diretamente com a Academia, para que se avalie o que o Poder Público está fazendo e para que nós possamos também, em conjunto, elaborar novos projetos. Criamos um centro chamado Centro de Estudos sobre o Sistema de Justiça, CEJUS que faz pesquisas o ano inteiro para nos ajudar a certarmos o nosso trabalho. Achamos que é fundamental o Poder Executivo ter um trabalho de ponta sobre o acesso à Justiça e criamos os Núcleos de Mediação Comunitária e as Casas de Diretos. Inauguramos a primeira Casa de Direitos, não é à toa, na Cidade de Deus, no Rio de Janeiro, porque lá existia UPP, mas não existia um equipamento como esse, porque não basta retomar o território só com a polícia, nós temos que retomar sim, o sistema de justiça e nos parece que é fundamental fazermos a mediação nas comunidades para evitar que um pequeno problema se torne um grande conflito.

Quarto, apoiamos e vamos apoiar sempre o fortalecimento da Defensoria Pública. Defensoria Pública é a entidade, a instituição que tem que garantir pela Constituição,

assistência jurídica aos necessitados e nós temos no Brasil, hoje, Defensoria Pública presente apenas em 1/3 das Comarcas. Então, esse é um desafio nosso, nós estamos em dívida, a Constituição de 88 já nos trazia a Defensoria e nós demoramos muito para nos debruçarmos sobre ela e melhorarmos. Aprovamos agora, finalmente, com 26 anos de atraso, a Emenda Constitucional número 80, promulgada a semana passada e que finalmente, nós colocamos para onde tiver um juiz, toda Comarca que tiver um juiz, que tiver um membro do Ministério Público, deve ter pelo menos, um Defensor Público. Emenda número 80. [Palmas]

E por último, eu tenho que dizer que essa parceria é fundamental para a advocacia e aqui, eu quero dizer, rapidamente, os números, acho importante dizer os números. Números do Brasil hoje, eu vou arredondar, tem gente que não aguenta mais ouvir, né, Ministro, mas eu vou arredondar. Nós temos no Brasil, hoje, 17 mil juízes, entre juízes, desembargadores e ministros, 17 mil, dá quase 10 para cada 100 mil habitantes. Muito parecido com o que tem nos Estados Unidos da América e um pouco abaixo da Europa que são 14. Membros do Ministério Público, 12.500 entre estaduais, federais e por aí, vai. Defensores Públicos, 6 mil, entre federais, Defensoria da União está muito bem representada aqui, pelo Doutor Bruno e por demais membros, 6 mil entre federais e estaduais. Advogados, meu querido José Horácio, meu querido Marcos da Costa, 800 mil advogados inscritos. Quantos servidores nós temos entre servidores do Judiciário, Ministério Público, Defensoria e Advocacia da União? Nós temos mais de 500 mil. Quantos estudantes, aqui me desculpem, vou ter que brincar, quantos matriculados em Direito, nem todos estudam, né, Professor Giovane? Mas quantos matriculados em Direito nós temos no Brasil? 725 mil. Então, notem, Juízes, 17; Ministério Público, 12.500; Defensores, já se percebe a discrepância, 6 mil; advogados, 800 mil, servidores, 500; estudantes, 725 mil gravitam o sistema de justiça, mais ou menos, 2 milhões de pessoas. Dá para resolver. Então, nosso desafio também, é trabalharmos em conjunto, celebraremos hoje um termo de parceria, Secretaria de Reforma do Judiciário e o IASP sobre o tema mediação; isso é fundamental, nós temos que trabalhar em parceria com a Advocacia e com a Advocacia Pro Bono, que também está representada aqui, para que nós aumentemos o acesso a Justiça, a partir do trabalho ativo com o IASP, com a AASP, com a OAB, com o CESA, com o Sindicato dos Advogados, com as faculdades de Direito, um número importante também, falo mais números aqui, nós temos no Brasil, 1.300 faculdades de Direito, nosso querido ex-Presidente D'Urso sabe disso, né, 1.300 faculdades de Direito, enquanto o mundo tem 1.100. Nós temos mais do que a soma no mundo todo. Então, o primeiro eixo é esse do fortalecimento do acesso a Justiça.

Segundo eixo é fundamental, o eixo da cultura do consenso. Notem, nós temos dois milhões de Pessoas que gravitam no sistema de justiça, o quê que nós fazemos? Nós reproduzimos aquilo que ensinamos e aquilo que aprendemos, no processo. Professora Luiza Arruda é professora de Processo Penal, as aulas de Processo nós sabemos, Doutor Sergey, todo mundo quer assistir aula de Processo, todo mundo quer saber como recorrer, nossos colegas advogados gostam muito da aula que fala sobre os honorários advocatícios, né, todos querem saber como receber os honorários advocatícios, mas são aulas que lotam. Agora, qual é a faculdade que nos ensina os meios alternativos ou apropriados de solução de disputas? Qual a faculdade que ensina a arbitragem de ação, negociação e conciliação? Quando muito, matéria optativa. Nós temos que mudar isso, porque nós estamos formando um exercito de litigantes e ai, não tem jeito, quanto mais a gente formar as pessoas para litigarem, maior o número de litígios e não temos condição disso. Então, fizemos da nossa linha principal de atuação a busca da cultura do consenso que é algo que existe no mundo e o Brasil está atrasado. Estados Unidos faz e pratica a mediação há mais de 36 anos. Europa faz e pratica a mediação há mais de 30 anos, os nossos queridos *hermanos* argentinos fazem e praticam e fazem muito bem mediação há quase 20 anos e nós queremos fazer mediação e ainda não temos um instrumento necessário para isso.

Nossa Secretaria, em conjunto com o CNJ e outros colegas que estão aqui passou a trabalhar com isso; criamos a Escola Nacional de Mediação e Conciliação, porque é uma ferramenta, uma escola é uma ferramenta para darmos cursos para juízes, promotores, defensores, advogados, professores e para iniciativa privada que estão aqui os representantes da ACREFI, que trabalha conosco nisso, para que todos conheçam técnicas de mediação, para evitar o litígio. Levamos ao Congresso Nacional, aprovado no Senado e agora em fase final de aprovação na Câmara, o projeto que cria a mediação para o país, diz o que é mediação, quem pode ser mediador, mediação extrajudicial, mediação dentro da Justiça e mediação pelo Poder Público. Por que isso? Porque o Poder Público é o grande litigante, 51% das Ações em juízo são do poder Público, entre federais, estaduais e, municipais.

Terceiro, lançaremos agora, no dia 25 de junho, Estratégia Nacional de Prevenção e Redução de Litígios. Uma iniciativa nossa, do Ministério da Justiça, com AGU, CNJ, CMP, iniciativa privada que está aqui, para que nós consigamos levar essa cultura do não litígio para dentro de todos, os eixos públicos, o eixo privado, o eixo público, o governo, eixo privado, instituições financeiras, empresas de telecomunicação e empresas de saúde que são as três incorporações mais litigantes do Brasil. Quarto, em conjunto com a Ordem

dos Advogados estamos dentro do MEC mudando o currículo das faculdades de Direito, para que seja obrigatório em todos os cursos de Direito, aprendermos as técnicas dos meios alternativos nas situações de conflitos. Esse projeto já foi aprovado na OAB, no Ministério da Justiça e MEC e deve agora, ser aprovado no Conselho Nacional de Educação, possivelmente, a partir de 2015. Finalmente, nós conseguiremos levar isso a todas as faculdades de Direito. E por último, para que essa cultura seja entronizada, é fundamental que exames de Ordem, os concursos públicos também exijam esse conteúdo nos seus editais. Isso já está muito avançado com a OAB Federal, com o CNJ, com o CMNP e com a Defensoria.

Terceiro eixo, eixo de modernização, nos parece que aqui nós temos três desafios muito importantes: o primeiro, nós temos que modernizar a nossa legislação, o momento atual é discutir o Código de Processo Civil, é discutir o Código de Processo Penal, modificação da Lei de Arbitragem, Lei de Mediação, este é o momento. Se estamos mexendo nisso, nós temos que ter algumas premissas, acesso a Justiça, concentração do Processo e aqui, eu vejo duas nobres representantes, duas áreas da Justiça que funcionam bem, Justiça Eleitoral e Justiça do Trabalho, são justiças concentradas, são justiças mais informais, com prazos mais rápidos e com menos ritual. O exemplo é bom, e parece que é esse exemplo que nós temos que usar mais para os outros processos. Segundo, Processo Eletrônico, é mudança de cultura e como toda mudança de cultura, não pode ser assim, não é de um dia para o outro que nós vamos trazer Processo Eletrônico e tá tudo resolvido. É um processo que tem início, tem meio e tem fim. Nós estamos quase no meio deste processo e aqui, eu gosto de dizer que nós temos duas boas práticas nacionais de transformarmos algo que era do papel para eletrônico: o primeiro é a declaração do Imposto de Renda, o Brasil inteiro, hoje, declara o Imposto de Renda de forma eletrônica; demorou dez anos, mas nós conseguimos. Voto eletrônico, claro que alguns saudosistas como eu, gostavam do voto quando era escrito, que a gente podia, Professora Luiza, fazíamos algumas coisinhas quando não gostávamos muito dos candidatos, mas o voto eletrônico tem dez anos e o Brasil é um exemplo para o mundo de voto eletrônico. Se a gente conseguiu Imposto de Renda e voto, a gente consegue o Processo. Chegamos ao Processo Eletrônico, que é muito mais transparente e muito mais rápido.

Onde não se aplica Processo Eletrônico, a média é de 60% a mais de demora a mais no processo, então é algo que nós precisamos. Terceiro, eu tenho dito isso, me parece que é importante nós colaborarmos com o Poder Judiciário criando duas carreiras de apoio, Presidente Nalini, Presidente Fabio Prieto, Presidente Casseb, Ministra, Presidente Maria

Doralice, me parece o seguinte: experiências de outros países, duas carreiras poderiam ajudar o Poder Judiciário, primeiro, gestor de política judiciária, que seria alguém que faria um pouco essa ligação dos tribunais com o CNJ para o atendimento de metas e pensar o planejamento estratégico do Poder Judiciário e segundo, o administrador judicial que seria aquele braço direito, que ajudaria o juiz a cuidar daquele dia a dia da Vara, alguém que seja formado para isso, capacitado para isso, mas que colaborasse com o juiz. O juiz, hoje, não aguenta. Eu falo isso porque eu recebo associações de juízes. O juiz, hoje, tem que dar vazão; não consegue; as taxas de julgamento são essas, os juízes conseguem julgar 30% do que chega; é uma agonia para o juiz, é uma agonia para o advogado, agonia também para o cidadão, então, nós temos que colaborar para que o juiz julgue, para que ele possa se dedicar a julgar e a presidir audiências.

E por ultimo, e eu estou agora, encerrando, o quarto eixo que merece atenção especial de todos nós: é em relação ao combate da violência, (desculpa tenho que também abraçar aqui, um amigo, Frederico Lopes, não o tinha visto, abração viu, Fred) do combate à violência e minoria da Justiça Criminal. Vou simplesmente dizer dois eixos que eu acho que aqui, todos nós temos que trabalhar, o Brasil, infelizmente, tem aumentado ano a ano a sua taxa de homicídios. Recente mapa de violência diz que no Brasil nós temos a média de 29 homicídios a cada 100 mil habitantes. Com o que a gente pode comparar esse número? A ONU tolera o máximo de 10 homicídios a cada 100 mil habitantes, números oficiais do Brasil, 29 para cada 100 mil habitantes. Nenhum estado brasileiro consegue atingir esse patamar de 10. São Paulo é o que tá mais perto, mas nenhum consegue atingir os 10. Nós temos que mudar isso. Nós temos feito um trabalho no Governo Federal chamado Brasil mais Seguro dentro do Ministério da Justiça e que escolhemos como piloto o Estado de Alagoas. Por que Alagoas? Alagoas é o pior estado do Brasil, a taxa de homicídio em Alagoas é de 76 a cada 100 mil habitantes. Há cidades no Estado de Alagoas que chega a 125 a cada 100 mil habitantes, é guerra. Nós aqui, em São Paulo, não sabemos o que é isso, é guerra. E aí, nós temos que trabalhar em conjunto.

Esse projeto Brasil mais Seguro pela primeira vez, integra a polícia com Justiça, por isso que eu gostaria de dizer dessa iniciativa para vocês todos. Pela primeira vez, se fortalece mais a polícia com equipamentos, com capacitação. Nós tivemos até que assumir o Disque 190. Para vocês terem ideia, assumimos o Disque 190, mas aí, o que foi o grande fator positivo? Pela primeira vez, colocamos polícia e esse sistema de Justiça para conversar, estabelecemos uma câmara de monitoramento, Desembargador Presidente Nalini, uma câmara de monitoramento que se reúne semanalmente com Judiciário, Ministério Público,

Advocacia, Defensoria e Polícia. O quê que se conseguiu em um ano e meio, depois disso? Dados bons, Alagoas há 12 anos, a curva era ascendente de homicídios, só fazia isso. Nesse um ano e meio que estamos agora, conseguimos pela primeira vez que a curva invertesse, com decréscimo de 16% em homicídios. Dentro da nossa área, o quê que aconteceu? 19% a mais de processos distribuídos, portanto, houve investigação e portanto, 53% a mais de processos julgados, o que mostra que essa força de integração é fundamental, porque embora com maior distribuição de processos, se julgou mais e pela primeira vez, nós sabemos o que é isso, houve redução de estoque, se reduziu em 9% o estoque. Isso é fundamental, porque uma das causas do aumento de criminalidade, de violência é a impunidade e quando nós nos conseguimos reunir para investigar e para julgar, essa sensação de impunidade diminui e isso influencia diretamente para diminuirmos a criminalidade no nosso país.

E por ultimo, o Ministro Cardozo esteve aqui e falou disso, é sobre o sistema carcerário, sobre o sistema penitenciário. Ministro Cardozo esteve aqui e onde ele vai, ele diz isso: “O nosso sistema é medieval, nós temos que mudar isso, o Brasil não se orgulha disso”, nós temos também, um congestionamento; são mais de 550 mil presos, desses 550 mil presos, 42% são provisórios e nós temos um déficit de 260 mil vagas, Doutor Werner sabe disso, 280 mil mandados a serem cumpridos, então, notem o tamanho do nosso problema. E esse não é um problema do Governo Federal, ou do Governo Estadual, ou do Judiciário, não, é de todos nós.

E aqui, eu vou encerrar, dois projetos estão em andamento: primeiro, a Presidente Dilma, muito preocupada com isso, destinou investimento de um bilhão e cem milhões de reais de recursos, é mais do que se investiu nos últimos 15 anos para criarmos vagas com duas finalidades: um, zerar o déficit carcerário feminino, que hoje é de 50% e tirar presos de delegacia. Delegacia é um lugar para investigar, não é para ter presos; segundo, um projeto ai em conjunto com CNJ, CMNP, OAB participou demais desse projeto. Defensoria é o Projeto Segurança sem Violência, lançamos agora no Ministério Público. São 56 ações para que a gente consiga aplicar mais cautelares, aplicar mais medidas alternativas, melhorar as condições no presídio, termos mais defensoria, separarmos quem deve, é perigoso e deve estar separados daqueles que não são. Três desafios: crimes graves, não tem dúvida, reclusão; crimes de menor potencial ofensivo, o lugar não é lá, porque lá, hoje, é uma indústria do crime com ações criminosas, praticando crime de dentro para fora, lugar não é lá, então portanto, temos que ter alternativa. E terceiro, nós não podemos ter no nosso país, ninguém que esteja preso um segundo a mais do que a sua condenação e não faltam

exemplos disso, tristes exemplos de gente que fica cinco, seis, até dez anos preso além do prazo da pena. Isso é impossível.

Então, encerrando, eu queria dizer que são grandes os desafios, mas nós estamos absolutamente otimistas. Otimistas porque o Brasil está numa fase de crescimento, o nosso sistema de justiça é um sistema robusto, é um sistema que funciona bem e que pode ser aprimorado. Isso é muito importante, a gente percebe isso em São Paulo, isso que a gente percebe em São Paulo, essa sinergia que existe entre Advocacia, Magistratura, Defensoria, Ministério Público e Sociedade Civil é algo que a gente percebe no Brasil, então, o momento é muito favorável para que nós, em conjunto, consigamos melhorar, então nós estamos muito felizes, muito otimistas, porque temos olhado que é possível, sim, nós melhorarmos. Eu agradeço a oportunidade, coloco o Ministério da Justiça à disposição de todos vocês e a Secretaria de Reforma do Judiciário. Muito obrigado.

PALESTRAS: REUNIÃO-ALMOÇO DO IASP

20 ANOS DO ESTATUTO DA ADVOCACIA: A DIMENSÃO DAS PRERROGATIVAS PROFISSIONAIS

MARCOS DA COSTA

Presidente da OAB, Seção de São Paulo

**REUNIÃO-ALMOÇO IASP
MARCOS DA COSTA
PRESIDENTE DA OAB, SEÇÃO DE SÃO PAULO
15 DE AGOSTO DE 2014**

APRESENTADORA

É com imensa satisfação e alegria que o Instituto dos advogados de São Paulo saúda a todos os presentes para sua sexta Reunião Almoço de 2014 e na qual, com muita honra, recebe o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo, Doutor Marcos da Costa, que discorrerá sobre o tema: “Vinte anos do Estatuto da Advocacia, a dimensão das prerrogativas profissionais”.

Gostaríamos de agradecer a Serasa Experian, patrocinadora institucional deste evento. Desejamos a todos um bom almoço e excelente convívio. Informamos que a palestra se dá proferida após a finalização do primeiro prato.

Prezados participantes dessa Reunião Almoço desse mês de Agosto, nós ouviremos agora, as palavras do Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo, Doutor José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, que fará a saudação a todos os presentes e também, falará sobre o palestrante convidado, Doutor Marcos da Costa.

JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO - PRESIDENTE IASP

Senhoras e senhores, muito boa tarde. Nós estamos de luto pelo falecimento do Governador Eduardo Campos e por essa razão, eu peço que em sinal de respeito, fiquemos em pé, por um minuto em silêncio.

[Minuto de silêncio]

Muito obrigado.

Boa tarde a todos. Hoje é um dia de extrema felicidade para a advocacia bandeirante. Nós recebemos o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, seção de São Paulo. Os tempos atuais exigem, de nós, coragem para mudanças. São mudanças do ponto de

vista institucional para a advocacia e do ponto de vista profissional. O processo judicial eletrônico, a questão relativa às prerrogativas profissionais, a questão da estruturação da advocacia, agora, com a edição da lei que inclui os advogados no benefício do Super Simples, o próprio projeto que nasceu dentro do Instituto dos advogados de São Paulo, para possibilitar que os advogados, do ponto de vista individual, possam, também, ter esse benefício, se organizar em termos de sociedade unipessoal e estender para grande maioria dos advogados nessa situação. Este cenário, sem dúvida nenhuma, impõe a quem se dispõe a liderar as instituições a fazê-lo com organização, planejamento e principalmente coragem. E a coragem se traduz, efetivamente, em promover essas mudanças e que essas mudanças tenham diretrizes muito claras, tal como um velejador que maneja suas velas enfrentando correntes de ventos, para não ficar à deriva, é essa a responsabilidade de quem lidera uma instituição.

A Advocacia de São Paulo, hoje, representada pelo Presidente Marcos da Costa, lá atrás, nasceu no Instituto dos Advogados de São Paulo. Comemoramos, também, neste mês a criação dos cursos jurídicos, dia 11 de agosto, os 20 anos, já comemorados do Estatuto da Advocacia, chamamos este mês como o mês da Advocacia. E lá naqueles longínquos 187 anos passados, quando foram criados os cursos jurídicos, nasceu a necessidade de haver um centro que reunisse os profissionais para que continuassem debatendo e discutindo também as decisões judiciais, a própria Jurisprudência. Essa foi a razão de ser só nascimento do então chamado, à época, Instituto da Ordem dos Advogados de São Paulo. Getúlio Vargas, então, em 1930, edita um Decreto organizando as Côrtes de Apelação e criando então, a Ordem dos Advogados Brasileiros, que teve seus estatutos primeiro regidos tanto pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, quanto pelo Instituto dos Advogados dos Estados. Depois, com a edição do regulamento, Plínio Barreto, em 22 de janeiro de 1932, foi eleito para organizar a formação da Ordem, a inscrição dos primeiros advogados e a eleição da primeira diretoria e conselho.

O Instituto dos Advogados de São Paulo sente-se sumamente honrado com a deliberação da Ordem dos Advogados em dar o nome ao prédio que será inaugurado na segunda-feira, dia 25, de Plínio Barreto, que era Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo. [palmas] Esses laços permanecem hígidos, fortes, não só pela tradição cultural do Instituto, mas também, porque comungamos os mesmos ideais, da defesa do estado democrático de direito, dos direitos humanos, da prerrogativa dos advogados e especialmente, o prestígio da classe dos juristas, em geral. É por essa razão que hoje, a Advocacia Bandeirante, a mais pujante do país, recebe o seu associado, associado do

instituto de longa data, prestando essa homenagem a todos os advogados. Senhoras e senhores, o nosso Presidente, Marcos da Costa.

MARCOS DA COSTA – PRESIDENTE DA OAB, SEÇÃO DE SÃO PAULO

Queridas amigas, queridos amigos, bom dia, já quase boa tarde. Querido Presidente José Horácio, quero confessar que estou extremamente emocionado por diversas razões. O Instituto foi a casa, onde primeiro, ingressei em termos de política institucional. Tenho, nas minhas famílias, diversas representações que passaram pelo Instituto dos Advogados. Tenho um carinho enorme pelo Instituto e lá comecei a frequentar, ainda como estagiário. Ingresse na Ordem pelas mãos do Rubens Approbato Machado, que foi Presidente do Instituto e na gestão dele, ingressei no Instituto dos Advogados de São Paulo. Essa é uma das principais razões da minha emoção, a outra é ver tantos amigos, que aqui comparecem, certamente para prestigiar a nossa instituição, a nossa Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo. Quero, mais uma vez, reiterar que a Advocacia de São Paulo passa por um momento especial. O Criador me deu a possibilidade de presidir a Ordem num momento em que temos o José Horácio no Instituto, o Sergio à frente da nossa Associação dos Advogados de São Paulo; Ricardo na Associação dos Advogados Trabalhistas e assim vai, instituição por instituição, que tem trabalhado de forma irmanada e exatamente graças a isso que tem apresentado tantas conquistas em São Paulo e no Brasil.

Quero renovar os cumprimentos, agradecer ao convite e testemunhar a sua dedicação, a sua seriedade, o ritmo impressionante de eventos que tem marcado a sua gestão, mas acima de tudo, o seu companheirismo com esse seu amigo, com a nossa Ordem e com a Advocacia de São Paulo. Muito obrigado.

Temos, também nesse momento, a honra de contar com a presença de um grande companheiro, advogado, mas que também tem se destacado na defesa intransigente dos valores da advocacia e da cidadania no Congresso Nacional, meu querido deputado, Arnaldo Faria de Sá [palmas]. E anunciar, eu ainda nem o fiz de forma oficial por conta dos eventos desse momento que estamos atravessando, o mês de agosto, inauguração do prédio que eu falarei a seguir, mas que o Arnaldo teve a sensibilidade de verificar que a cidadania de São Paulo e do Brasil, muitas vezes, passa por riscos de ter serviços prestados por quem não é advogado, não tem qualificação técnica adequada para exercer a nossa profissão.

E ao contrario da medicina, ao contrario da odontologia, ao contrário dos profissionais

de farmácia, que têm na profissão regulamentada, o exercício por quem não é profissional correspondente apenado por crime identificado no Código Penal. A advocacia, que é função essencial à justiça, centro da democracia, o exercício profissional não recebe a seção penal necessária por parte do legislador. Nós nos incluímos numa contravenção penal genérica que pune quem exerce profissão regulamentada sem o necessário credenciamento. E o nosso deputado Arnaldo Faria de Sá, semana passada, tomou a iniciativa, ingressar com uma proposta, um Projeto Lei, acrescentando aos tipos penais dos crimes contra a administração da justiça, o exercício ilegal da advocacia [palmas].

Também saudar muitos amigos, mas com alguns registros especiais, preciso fazer, saudar a querida Secretária Heloisa, outra grande amiga da advocacia, tem uma historia de vida impressionante, riquíssima, que nos deixa todos honrados em saber que uma mulher de São Paulo tem contribuído de forma tão decisiva para os destinos da nossa justiça, nesse dialogo permanente que o faz com o Poder Judiciário, com o Ministério Público, com a advocacia, parabéns, em nome de Vossa Excelência, espero que transmita um abraço ao nosso Governador Geraldo Alckmin [palmas].

Outros que merecem registro especial, agora falando da Magistratura, dois grandes amigos também, querido Presidente do Tribunal de Justiça Militar, Paulo Casseb, que na sua posse, fez uma das orações mais belas que eu já vi, que eu já testemunhei, à justiça e à advocacia. Vossa Excelência que ingressou naquela corte pela via democrática do Quinto Constitucional e que tem honrado a tradição da advocacia, fazendo com que nós, efetivamente, através da sua pessoa, provamos no Tribunal, a nossa contribuição a bem da justiça de São Paulo. Parabéns querido amigo e também, querido Jaime, Presidente da Apamagis, recém eleito, recém empossado, mas que hoje, já tem essa parceria tão importante com a advocacia e com o Ministério Público, também. Dias 28, 29 de agosto, junto com a Associação dos advogados, junto com o Instituto dos Advogados, estaremos promovendo um encontro com todos os candidatos a governador de São Paulo. Primeira vez, uma frente da justiça de São Paulo, unindo Magistratura, unindo o Ministério Público e unindo Advocacia vai fazer com que aqueles que se apresentam como candidatos a governo, essa função tão importante para a sociedade, assuma um compromisso com a justiça de São Paulo, fazendo com que a justiça passa a estar no palco dos debates eleitorais, uma vez que embora tenha autonomia, o Poder judiciário, nós sabemos da dependência que existe, principalmente, do ponto de vista orçamentário em relação ao Poder Executivo e Poder Legislativo.

Quero também fazer um registro especial da presença desse querido amigo dirigente e Presidente da nossa AASP, que completou 70 anos este ano, querido Sérgio Rosenthal, já havia dito em relação ao José Horácio, eu reitero em relação a sua pessoa, o orgulho que tenho em presidir a Ordem na sua gestão. Os nossos ex-Presidentes da Ordem dos Advogados, Mario Sérgio, que é um grande exemplo. Mario Sérgio é um exemplo como advogado, é exemplo como dirigente da Ordem, presidiu a OAB de São Paulo, presidiu o Conselho Federal, e com essa sua forma humilde, simpática, é acolhedor de todos nós. Tem uma história de vida que precisa e merece ser contada e me permita registrar dois fatos sobre a sua direção a nossa instituição. Um fato lamentável, em que sob a sua presidência, São Paulo vinha reclamando, exigindo a apuração da prisão do Dalmo Dalari, junto com o Seabra, que era então, Presidente do Conselho Federal, quando houve a explosão daquela bomba, que vitimou uma das nossas mais ilustres funcionárias, colaboradoras de 40 anos, e registrado está na história que isso se deu, fundamentalmente, a forma corajosa que tinha atuação da OAB de São Paulo naquele momento reclamando a apuração daquela prisão ilegal. E também, aí, um outro fato também que merece registro pelo lado também positivo, mas especialmente positivo, foi que quando presidindo o Conselho Federal, Mário Sérgio foi procurado por todos os presidentes de todos os partidos políticos do Brasil para pedir a ele que estivesse à frente do movimento “Diretas Já”, como Presidente da Ordem que era [palmas] e hoje, Mario Sergio continua emprestando seu valor a nossa instituição, presidindo a Comissão da Verdade, primeira Comissão da Verdade a ser criada em São Paulo e em relação a seccionários do Conselho Federal, a primeira da OAB, colaborando para elucidar esse período tão triste da nossa história, da história do Brasil, mas que surgiram os grandes heróis da democracia, os nossos advogados e eu vi aqui que esta presente, o Belizário, quero saudar os advogados corajosos daquele período, na pessoa do Belizário [palmas].

Presente também, o meu amigo, meu irmão, que eu tive a honra de suceder, o D’urso? Está por aqui. Este também que é um exemplo para mim, ele que tem emprestado a sua vida a Ordem há muito tempo e que dirigiu com tanto brilhantismo a nossa instituição, fazendo-o dentre tantas e tantas outras conquistas. Eu poderia passar aqui a tarde inteira falando sobre as suas gestões, mas fazer a referência desse momento especial que nós teremos no dia 25 de agosto, a inauguração da nova sede da nossa OAB de São Paulo, fruto da seriedade do trabalho do D’urso, da sua diretoria, que tive a honra de compor durante as suas três gestões, os nove anos e que fez com que o Conselho Federal promovesse primeiro investimento em São Paulo, como retribuição a essa responsabilidade com que comandou os ensinos da nossa OAB de São Paulo. Prédio que foi comprado sem nenhum centavo da

OAB de São Paulo, todo investimento feito pelo Conselho Federal, reformado e mobiliado inteiramente com investimentos feitos pelo Conselho Federal, como, também, uma demonstração de respeito do Conselho federal à advocacia de São Paulo e a contribuição que São Paulo tem dado aos destinos da advocacia de todo país. Parabéns meu querido amigo [palmas].

A minha vontade é ficar saudando todo mundo, mas eu prometo que eu estou encerrando as saudações e peço, mais uma vez, que todos se sintam cumprimentados, abraçados. Queria saudar, também, os ex-Presidentes, os sempre Presidentes aqui do Instituto dos Advogados, Tales, queridíssimo Tales, um exemplo de advogado, combativo, presidiu o nosso Instituto, foi vice-Presidente do Conselho Federal, também militou naquele período terrível, tem votos proferidos no nosso Conselho Seccional históricos e que compõem esse patrimônio nosso da história da OAB de São Paulo. Um grande abraço, querido amigo [palmas]. E as duas mulheres, me permitam, que são especiais na minha vida e que permitem que eu tenha a tranquilidade a promover hoje essa missão tão especial, tão importante de presidente da OAB de São Paulo, duas mulheres, ex-Presidentes também, do nosso Instituto dos Advogados, a minha querida amiga, minha irmã, Maria Odete. [palmas] Primeira mulher a presidir o Instituto dos advogados em 130 anos, e a outra é a mulher especial na minha vida que a sucedeu, a querida professora Ivete, vice-Presidente da Ordem [palmas]. Vejo Ruiz, nosso Diretor, Diretor da Caixa, vejo muitos amigos, mas eu peço que todos, se sintam homenageados, cumprimentados nas pessoas que eu mencionei.

E já falando em Ordem, e falando da história do Instituto, falando das gestões, já começando, portanto, a falar desse momento especial. A Advocacia, nesse ano, tem muitas comemorações a fazer. A primeira delas, sem dúvida nenhuma, é a comemoração dos 20 anos do nosso Estatuto da Advocacia e da Ordem. O José Horácio lembrou, que essa história começou há muito tempo. O Instituto dos Advogados Brasileiros é a instituição mais antiga do Brasil e nasce, já naquele momento, com a função de servir de modelo para a criação, posterior, da nossa Ordem dos Advogados do Brasil. Em 1930, esse Decreto do Presidente Getúlio Vargas, que ao falar da corte de Cassação, reestruturando, por Decreto, a estrutura do Poder Judiciário, vem e no meio do Decreto, anuncia a criação da Ordem dos Advogados do Brasil com a função de disciplina e seleção da classe. Eu diria, a dimensão desse ato, ela supera muito a mera criação de uma entidade corporativa. Começamos, já, a nossa vida com esse ato do Getúlio Vargas, eu nem sei se ela tinha ideia de fazê-lo, mas o fez, criando uma autonomia da nossa Instituição e da nossa Advocacia em relação ao Poder Judiciário.

Se nós formos olhar para os países que compõem a América, a seleção e a disciplina da Advocacia não é promovida pelas respectivas entidades de classe, é promovida pelo Poder judiciário, quem entrega a carteira para advogar e quem tem o poder de tirar a carteira por questão ética é o Poder judiciário, não é a Advocacia. Aquela semente plantada em 1930 pelo Getúlio Vargas garantiu que a partir de então, a Advocacia tivesse a independência relevantíssima, não só para nossa atuação cotidiana, diária, no atendimento, na defesa dos interesses dos direitos dos nossos constituintes, mas também, passarmos a ter essa outra expressão, que a Advocacia do Brasil tem, de promoção da justiça social, de defesa dos valores republicanos, de defesa dos parâmetros mais relevantes do estado democrático de direito, nasce ali, da independência da Ordem, por consequente, da independência da Advocacia, a semente que germina e faz com que nós nos orgulhemos desses 84 gloriosos anos de OAB Federal, dos 82 anos gloriosos da OAB de São Paulo.

Na sequência, temos a aprovação, do nosso novo Estatuto da Lei 4.215, em 1963, já adequando a nossa Instituição à realidade de então. João Goulart era o Presidente da época. E lá, começa a ter a demonstração da importância da Advocacia no que diz respeito ao seu trabalho diário, fazendo com que as nossas prerrogativas estivessem legalmente previstas. Foi importante aquele momento e que permitiu que a partir de 1964, quando se inicia esse período triste, mais um período de exceção na história da democracia desse país, os advogados pudessem trabalhar, agir com a coragem que tiveram naquela defesa, principalmente, dos presos políticos com a independência que tiveram naquele momento, honrando a história da Advocacia de São Paulo e a história da Advocacia do Brasil. Foi o nosso Estatuto, então, que deu esses instrumentos, essas armas imprescindíveis para que a advocacia, naquele momento, tivesse a possibilidade de defender aqueles que estavam sendo responsabilizados por um crime odioso de pensar de forma diferente de quem estava à frente do poder.

Mas os tempos mudaram e veio então, a Constituição de 88, e lá, veio a demonstração de respeito do constituinte e da representação que faziam, portanto, da sociedade brasileira à Advocacia, ao registrar a Advocacia como indispensável à administração da justiça. Isso foi uma grande vitória, eu diria, não da Advocacia apenas, foi uma grande vitória da cidadania e talvez, isso fosse um dos alicerces desse que é o maior período democrático da história republicana do nosso país, 26 anos de democracia, por incrível que pareça, é o maior período democrático do país. E talvez, sem dúvida, junto com a valorização que fez a justiça como um todo, a declaração da indispensabilidade do advogado, da importância da Advocacia para administração da justiça fez com que nós pudéssemos viver esse

período de estabilidade institucional que hoje, todos nós vivemos no nosso país. E aí, vem na sequência, o nosso Estatuto, fruto de trabalho de muitas mãos, mas que foi apresentado à época em que Batochio, outro grande dirigente era Presidente do Conselho Federal. Apresentado ao então Presidente Itamar Franco, aprovado no Congresso, apresentado, e aprovado sem nenhuma ressalva, sem nenhum veto e nós temos aí, algumas evidências e mudanças do tempo da Advocacia, consagrados no Estatuto.

O Estatuto vem e trata, por exemplo, da sociedade de advogados, mostrando uma mudança no perfil da Advocacia que até então, predominantemente, era uma Advocacia individual, autônoma, solitária. Surge a necessidade de regular as sociedades dos advogados. O advogado empregado, outro item importante do Estatuto, que não vinha sendo tratado no Estatuto anterior, mas que também, já retratava uma realidade, uma parte importante da Advocacia empregada em escritórios e também, em departamentos jurídicos de empresas. Outra questão importante tratada pelo novo Estatuto foi a da Advocacia Pública, eliminando uma discussão que gerava uma insatisfação e uma insegurança para a própria Advocacia Pública e aqui, eu faço uma homenagem a todos os advogados públicos, na pessoa do querido amigo, Carlos Figueiredo Mourão, Presidente da Associação dos Procuradores do Município de São Paulo. Advocacia Pública que é declarada como Advocacia integrante na nossa Instituição, ao lado da Advocacia Privada, dando à Advocacia Pública, também, a segurança das nossas prerrogativas profissionais, embora até hoje, se lute ainda em alguns estados, em alguns municípios pela independência da Advocacia Pública. E das mudanças que foram feitas, eu posso citar, por exemplo, iniciar o Estatuto pela Advocacia, quando o Estatuto anterior iniciava pela Ordem a fazer com que a Advocacia tenha, na leitura do Estatuto, o seu principal destaque.

A Ordem começa a ser tratada no Artigo 44 do Estatuto, e que passa a ter reconhecida essa outra dimensão. O Artigo 44 do Estatuto, no seu Inciso Primeiro, não trata da nossa função corporativa de defesa de seleção e disciplina na nossa classe; trata da nossa função institucional, de defesa da justiça social, da rápida administração da justiça, da Constituição, dos valores democráticos, enfim, esse lado institucional que ganhou a dimensão que tem hoje e que faz com que a Ordem seja reconhecida pela sociedade civil, como fez agora, a “Data Folha”, numa pesquisa de 15 dias ou, 20 dias atrás, como instituição civil de maior confiabilidade do cidadão brasileiro. E assim, foi avançando o Estatuto em diversos pontos; merecem destaque os Artigos 6º e 7º, que vêm a dar o suporte e a independência da Advocacia. O 6º, que assegura autonomia do advogado em relação a Magistratura, ao Ministério Público, devendo todos serem tratados com absoluto respeito, mas com a

independência dentro das nossas funções. E o Artigo 7º, que dispõe rol de direitos, que na verdade, constituem verdadeiros deveres do advogado em defesa das nossas prerrogativas profissionais, que tiveram tão logo programado o novo Estatuto, um primeiro embate, embate de Adins que foram propostas pela MB e que tentaram resultar na mitigação das nossas armas, dos nossos instrumentos.

Uma parte sucumbiu na decisão do Supremo Tribunal Federal, especialmente, a manutenção, a exclusão que havia do crime de desacato, que constava no nosso Estatuto foi declarado inconstitucional pela Suprema Corte, mas ainda assim, o Artigo Sete continua nos dando as armas imprescindíveis para o exercício da nossa função tão relevante de promoção da justiça. Na evolução dos debates, na evolução dos embates, nós vivenciamos algumas situações que ultrapassam o conceito expresso daquele dispositivo, mas que vão ter impacto nas nossas prerrogativas. Nós vivenciamos, por exemplo, ações em que o Tribunal de Justiça de São Paulo tentou mudar o horário e fazer com que os servidores pudessem trabalhar internamente sem atendimento de advogado, o que virou horas de prerrogativas profissionais, mas acima de tudo, e com que 20 milhões de processos tenham um período menor de tempo de trabalho e com consequentes impactos na cidadania do Estado de São Paulo. Tivemos mais algumas situações mais recentes. No ano passado, quatro decisões que condenaram advogados e medidas cautelares previstas no Artigo 319 do Código do Processo Penal, medidas cautelares de suspensão do exercício de função pública ou atividade profissional de natureza econômica ou financeira, quando houver justo receio de sua utilização para prática de infrações penais.

As quatro condenações foram revertidas com a Ordem trabalhando como assistente naqueles casos e o risco que teríamos de um Magistrado, aplicar uma regra que não se aplica à Advocacia, originária, essa regra, do Direito francês, que prevê expressamente a sua não aplicação a advogados, exatamente pelo risco que teria de um Magistrado no embate com um advogado, entender que aquele advogado teria, de alguma forma, cometido crime de desacato, cometido no exercício profissional, ao fazer com que ele aplicasse uma pena de afastar aquele colega da possibilidade de exercer a nossa profissão. Isso aconteceu quatro vezes no ano passado, todas elas revertidas no Tribunal de Justiça e uma delas no Superior Tribunal de Justiça. Temos vivenciado, ainda no período D'urso, um período triste em que a Justiça Federal de outros estados expediam mandados de busca e apreensão expedidos por escritórios de Advocacia em São Paulo e faziam o cumprimento direto, sem passar pelo Tribunal Regional Federal de São Paulo, trazendo policiais militares de outros estados, policiais que não sabiam para onde iriam, sabiam que iam cumprir uma diligência,

que saiam logo cedo, portando metralhadoras, sem saber para onde estavam indo, sem saber qual o mandado que estava cumprindo e chegaram a não só invadir escritórios, mas também, casas de advogados para cumprir mandados de busca e apreensão de forma genérica, onde até cafeteria de advogado foi apreendida.

Aquele período triste foi superado pela luta que se iniciou na obra de São Paulo e que resultou no projeto lei de Michel Temer, nosso vice-Presidente, alterando nosso Estatuto e disse Michel Temer: “No Brasil, muitas vezes, não adianta falar que a cocada é feita do coco, “é preciso falar que a cocada é feita do coco que nasce no coqueiro”. Aquilo que é inviabilidade e que já estava declarado em nível institucional, já está declarado no nosso Estatuto, precisou ser mais explicitamente declarada na nova lei a fazer com que cessasse aquela situação absurda de invasão nos nossos escritórios profissionais. Mas ainda assim, nós vivemos situações como a do Rio de Janeiro, de onde escritórios de advocacia foram grampeados, tiveram os seus telefones grampeados com autorização, inclusive, judicial, apesar da proibição expressa que nós temos em termos de proteção em nosso Estatuto de Advocacia. Mas essa é uma batalha continua, não há momento em que a Advocacia não enfrente situações como essa no Brasil, que nascem, sem dúvida nenhuma, de iniciativas de pessoas que não percebem a importância do advogado; entendem, muitas vezes, que nós somos agentes do litígio, nós somos agentes da paz.

O litígio é levado aos nossos escritórios, depositados as nossas mãos para que nós transformemos aquela situação de desarmonia numa situação de paz e é isso que faz o advogado no seu cotidiano, nós somos instrumentos de paz e no trabalho diário de cada advogada e de cada advogado, desde o grande palco, no Supremo Tribunal Federal, até também naquele trabalho anônimo, atendendo aquele cidadão carente, que não tem mais ninguém a estender a mão, muitas vezes, nem aos familiares; os amigos se afastam e que encontram na mão forte da advogada e do advogado, a sua ultima esperança a fazer com que a sua demanda principal, chegando ao final, com o ingresso da comida, a sua demanda principal não seja suprida, demanda que certamente não será por pão, não será por água, mas será por justiça. Essa é a beleza da nossa profissão, essa é a beleza da Advocacia, que tem, no nosso Estatuto, um Exame de Ordem que completa também, 40 anos de existência, trabalho do Cid Vieira, batalhador, começa em São Paulo e que vem sendo ameaçado constantemente por projetos no Congresso Nacional, mas que temos deputados como Arnaldo Faria de Sá a combater esses projetos, que tem, às vezes, nessa situação nova que estabeleceu um projeto que institucionaliza essa figura do paralegal, que é uma profissão nos Estados Unidos.

É mencionada no projeto, uma profissão de bacharel em Direito, e que vem aqui no Brasil, apresentado como uma solução para esse drama social de milhões de pessoas que com muito sacrifício, cursaram uma faculdade de Direito e ao acabar o curso, percebe que a faculdade não lhes proporcionou condições de o conhecimento necessário para ser um advogado, um Magistrado, para ser um Promotor e que ficam numa situação difícil para quem pretendia ingressar em uma das carreiras jurídicas, exatamente, pela falta do conhecimento técnico para assumir uma missão importante e aí, vem o projeto e diz: Esse bacharel que não passou no Exame de Ordem se transforma numa figura que não existe no Brasil e nem é similar no mundo, nem nos Estados Unidos, o paralegal, a fazer como diz o projeto, que ele possa ter mais três anos para estudar, se aproximando de escritórios de advocacia. Isso é péssimo para Advocacia, isso é algo que procura combater o efeito e não a causa, se nós temos esse contingente imenso, esse drama social terrível dessas milhares de pessoas que fizeram o Exame de Ordem cursaram o curso de direito e que não foram aprovados no Exame de Ordem, só tem uma forma de combater esse quadro, é fechando a grande maioria das 1.200 faculdades de Direito que nós temos no nosso país [palmas], aí, combatemos o mal, não combatemos o efeito. Uma consequência.

Esse projeto não vai ser aprovado; nós estamos trabalhando com a coordenação do Marcos Vinicius no Conselho Federal, as seccionais, as subseções do país para que haja recurso contra essa decisão da Comissão de Concessão de Justiça da Câmara e seja derrubado no Plenário da Câmara dos Deputados. Mas esse projeto ainda tem um dano que precisa ser esclarecido: o escritório de advocacia que vai contratar um profissional, um estagiário, vai ter opção entre contratar um estudante de Direito do 3º ano, 5º ano e contratar um bacharel já formado. O estudante de Direito com restrições, de horário, com obrigações de acompanhamento, com obrigação de contratar e bacharel de Direito para receber a mesma quantia, sem restrição nenhuma. O que acho que vai acontecer em relação ao estágio, nós vamos ter bacharéis com uma formação menos adequada e portanto, com um acréscimo no contingente desses milhões de pessoas que precisam sim, de atenção do Estado. E essa atenção tem que ser dada através do fechamento dessas faculdades de Direito. Aqui, estive o secretário da Reforma do judiciário, o Flavio Caetano e trouxe uma informação de que se nós temos 1.260 faculdades de Direito no Brasil, o mundo inteiro somado tem 1.100 faculdades de Direito. É uma situação de vergonha para o Brasil, muito maior do que o 7 a 1 da Alemanha e que precisa ser corrigido através do fechamento dessas faculdades que não buscam a boa formação do Bacharel, mas buscam, exclusivamente, o resultado financeiro da venda da ilusão de ser Bacharel em Direito [palmas]. Encerrando minha fala, esse momento de comemoração, comemoramos a

aprovação do Super Simples, comemoramos tantas e tantas vitórias esse ano, mas reiterar aqui, o convite a todos, dia 25 de agosto, não segunda-feira às 11 horas da manhã, que possamos estar juntos a comemorar essa outra grande vitória, a nova casa da Advocacia de São Paulo, a nova casa da nossa OAB de São Paulo, a nova casa da cidadania de São Paulo. Muito obrigado e parabéns a todos.

PALESTRAS: REUNIÃO-ALMOÇO DO IASP

SUPERSIMPLES E OS BENEFÍCIOS PARA A ADVOCACIA

GUILHERME AFIF DOMINGOS

Ministro de Estado da Secretaria da Micro e Pequena Empresa

REUNIÃO-ALMOÇO IASP GUILHERME AFIF DOMINGOS MINISTRO DE ESTADO DA SECRETARIA DA MICRO E PEQUENA EMPRESA 12 DE SETEMBRO DE 2014

JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO - PRESIDENTE IASP

É com imensa satisfação que hoje a Reunião Almoço do Instituto dos Advogados de São Paulo traz a notícia, sem dúvida nenhuma, de uma das maiores mudanças em termos estruturais da nossa profissão. Nosso homenageado e palestrante de hoje, o Ministro Guilherme Afif Domingos, é detentor de um oratória que dignifica os tribunos, certamente fruto da formação especial do berço que teve da sua família, tendo se formado em Administração de Empresas. Em 1976, ele começa uma trajetória como Diretor da Associação Comercial de São Paulo, depois, presidiu a Associação por dois mandatos, foi Presidente da Federação também e foi neste momento que ele lança dois movimentos muito importantes: o primeiro, uma cruzada, efetivamente, de Justiça Tributária. Aquele placar que nós vemos na frente da Associação Comercial, impostômetro, é realização dele, exatamente na época do movimento, onde se buscava diminuir essa arrecadação insana que nós temos no nosso país. E também lá, criou o Fórum de jovens empreendedores, ou seja, incentivando aqueles jovens que pudessem desenvolver de forma adequada a sua atividade, que nós sabemos que no setor privado é a locomotiva do desenvolvimento do país. A sua trajetória política é profícua e nós podemos destacar, principalmente, que foi deputado federal na Assembleia Constituinte, responsável pelo Artigo 179 da Constituição, o que resultou, exatamente, no momento em que estamos hoje, com aprovação do chamado Supersimples. Além do Supersimples, e aqui nós temos, pelo menos do ponto de vista da atualidade, juntamente com o Ministro Guilherme Afif Domingos, dois grandes responsáveis pela aprovação dessa lei: nosso Deputado Arnaldo Faria de Sá [palmas], que efetivamente lutou pelo enquadramento da tabela para os advogados, e o nosso Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Doutor Marcus Vinicius Furtado Coelho [palmas], que fez um trabalho representando toda a Advocacia, no sentido de os advogados não serem excluídos da aplicação dessa lei. E foi o Ministro Guilherme Afif Domingos que fez essa atuação, diretamente, com a Presidência da República, para que nós pudéssemos, os advogados, estarmos incluídos nela, que, sem dúvida nenhuma, é uma possibilidade enorme de crescimento. Nós temos cerca de 40 mil sociedades de advogados no Brasil e 850 mil advogados. A possibilidade de se pagar menos tributos no

exercício da profissão fomentará a formação de sociedades de advogados, e o Instituto tem colaborado com a Ordem dos Advogados no projeto de criação da Sociedade Individual do Advogado, ou seja, da mesma forma em que todas as outras profissões podem constituir sociedades unipessoais, com apenas um sócio, a nossa sugestão entregue ao Conselho Federal, juntamente com o benefício do Supersimples, vai possibilitar que a Advocacia se estruture de melhor forma e preste um serviço melhor à sociedade, ao cidadão.

Senhoras e senhores, nosso privilégio de receber o nosso Ministro e vice-governador, Guilherme Afif Domingos.

[Palmas]

GUILHERME AFIF DOMINGOS
MINISTRO DE ESTADO-CHEFE DA SECRETARIA DA
MICRO E PEQUENA EMPRESA

Meu boa tarde a todos e a todas. Quero saudar o ilustríssimo Presidente do Instituto dos Advogados, José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro. É uma grande honra participar desse encontro. Saudar ao meu querido amigo, hoje grande parceiro, Marcus Vinicius Furtado Coelho, Presidente da OAB Nacional, cuja atuação foi fundamental para que pudéssemos aprovar o Simples como um todo, não só a inclusão do advogado, mas as matérias todas que são de uma enorme inovação na melhoria do ambiente de negocio dos pequenos. Muito obrigado, Marcos Vinicius. Quero saudar meu querido amigo, Marcos da Costa, Presidente da nossa querida OAB de São Paulo, saudar o Paulo Adib Casseb, Presidente do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, saudar o meu querido amigo e também companheiro, que foi vice-Governador de São Paulo, o nosso querido Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, cuja presença muito me honra. Saudar o meu amigo e companheiro e também fundamental na defesa do Simples como um todo, Arnaldo Faria de Sá, que foi meu companheiro na Assembleia Nacional Constituinte. Estava lembrando para ele que nós tínhamos contato muito antes. Meu caro Sérgio Rosenthal, Presidente da nossa tradicional Associação dos Advogados de São Paulo, saudar o Humberto Luiz Dias, Presidente da Junta Comercial de São Paulo, aqui presente, saudar meu querido amigo, Luiz Leme do Leite, fundador do Instituto Brasileiro do Fomento Mercantil, Professor Renato Mello Jorge Silveira, Titular de Direito Penal da Universidade de São Paulo. Saúdo meu companheiro, braço direito, amigo, Nelson Hervey, Secretario Executivo da Secretaria da Micro e Pequena Empresa, como também, o José Levy Junior, Chefe da Assessoria Jurídica do nosso Ministério e que também, foi fundamental nas articulações para que

chegássemos a bom termo. Quero saudar a todos os associados do IASP, as autoridades presentes, minhas senhoras e meus senhores.

Combinei de aqui estar para numa reunião de trabalho, e comemarmos os feitos, antes de mais nada e depois, traçarmos uma linha de trabalho conjunto, até porque não é vocês que ganharam o Simples, o Simples que ganhou os advogados [palmas]. Foi essa conversa que eu tive com o meu amigo Marcus Vinicius, quando ele veio pedir, e já estava na fila há alguns anos, a entrada dos advogados no Simples. Ai falei para ele: “Mas Marcus, nós colocamos na Constituição o papel do advogado como o guardião da constituição e agora, vocês vêm não para pedir a inclusão do advogado, mas para pedir a universalização do Simples, porque a constituição, ela fala do tratamento diferenciado aos Micro e Pequenos Empreendedores. Assim definidos em lei e acabou então, que nós segmentamos, ou seja, uns podem ser, outros não podem ser, quando o princípio do Simples é pelo porte, não pela atividade. Portanto, nós temos que defender a universalização do Simples e ai, ganhamos um grande aliado na nossa luta, e será fundamental para a consolidação das nossas conquistas. Inclusive, como fruto já desse trabalho de parceria, a OAB está patrocinando a edição da Lei Geral, comentada por um grupo de juristas escolhidos pela OAB Nacional, cujo livro deverá estar já, acho que talvez, no mês que vem, por ocasião da Conferência Nacional dos Advogados, e a gente possa distribuir para conhecimento geral da sociedade. Quando a gente fala do Simples, pensamos: ‘ah, porque entrou tal categoria’, a noticia é essa e foi o maior imposto e foi o menor imposto, algumas foram beneficiadas, outras não foram, mas ganharam alguns pontos da legislação que são revolucionários na historia de um país extremamente burocrático; nossa missão é partir para uma simplificação radical de processos no país, para que possamos ter bons controles, porque o controle em excesso acaba gerando um descontrole, e pior que o descontrole. A informalidade e a nossa missão é pela simplicidade. Formalizar uma sociedade inteira e não ter medo de discutir tributo, não, viu D’Urso, porque quando todos pagam menos, o Governo arrecada mais. Esse é um principio muito claro, nós estamos agora levando adiante dentro da nossa proposta.

Eu queria dizer, e aqui foi dito no meu currículo, que eu tenho habilidade de falar, em função da minha formação e é verdade, minha origem é de seguros, trabalhei com seguros e trabalhando em seguros, a gente tem que provar para os outros que morrer é um bom negócio, ai facilita tudo (risos), vocês hão de compreender. E vender a ideia do Simples é muito bom, é muito gostoso, porque nós estamos buscando o óbvio e o óbvio é simples e só as mentes simples enxergam o óbvio, porque a gente busca tanto e acaba esquecendo o óbvio. E essa simplicidade do óbvio, ela se traduz em ação de eficiência, quanto mais simples

a gente fizer, mais eficiente é a busca do resultado, isso nós sabemos. E nós seguimos essa luta há mais de 30 anos, eu entrei na Associação Comercial em 1976, na época do milagre econômico brasileiro. E naquela época, não se falava de outra coisa, senão, as grandes fusões, as incorporações, as grandes empresas, grandes empresas nacionais, grandes empresas multinacionais e naquela época, as grandes empresas estatais e de pequena empresa não se falava, não existia, não era nem considerada. Eu sentia na pele, porque eles diziam que “só as grandes corporações vão vencer e vão sobreviver, os pequenos somem”, era a cultura. Nas escolas, a formação dos jovens em Administração, eu sou administrador, eles eram formados para trabalhar nas grandes empresas, trabalhar por conta própria nem pensar, não existia esse conceito do empreendedorismo. Começamos uma jornada em 1979, eu lancei o primeiro congresso brasileiro da Micro e Pequena Empresa, junto com os companheiros e Associação.

Em 1980, fizemos o segundo congresso e um congresso com mais de cerca de 6 mil participantes. Foi um tumulto. Mostrava que aquilo tudo estava afogado; eles queriam aparecer, eles não apareciam no radar e aí o Ministro Hélio Beltrão então assumiu o Ministério da Desburocratização e nós levamos a ele a ideia do primeiro diploma de tratamento diferenciado, que era o Estatuto da Micro Empresa. Esse estatuto foi elaborado a quatro mãos; e, finalmente, em 1984, levamos para dentro do Congresso Nacional, o Congresso da Pequena Empresa, e ali, aprovamos o primeiro diploma legal de tratamento diferenciado, que era o Estatuto. E o Beltrão me falou: “Se mais não fizemos é porque não havia na Constituição dispositivo que nos desse o respaldo para o tratamento diferenciado”, teria que ter um mandamento constitucional muito firme para poder dar respaldo a uma legislação que pudesse ser respeitada. E foi com esse espírito que nós fomos para a Assembleia Nacional Constituinte. Eu me lembro que nós já discutimos, Arnaldo (incompreendido) também estava na Constituinte e eu fui com esse compromisso, de defender a micro e pequena empresa. A primeira surpresa que advem das urnas foi a votação, porque a micro e pequena empresa não estava no mapa político do Brasil. O mais votado foi o Doutor Ulisses, o segundo mais votado Lula, defendendo os trabalhadores e eu, defendendo a micro e a pequena empresa. Então, mostrava-se a força política do movimento. Foi assim que nós incluímos o Artigo 179 da Constituição, que só veio a ser regulamentado alguns anos depois e por coincidência, eu como Presidente do Sebrae Nacional. Ao ter a missão de regulamentar o Artigo da Constituição, foi quando surgiu o Simples. O primeiro Simples, só federal, porque feria a autonomia de estados e municípios; então você só podia fazer o federal e os Estados poderiam aderir por convênio, mas ninguém quis aderir por convênio, porque o direito de esfolar o contribuinte é do Estado e

do Município, nós não queremos misturar o direito de esfolar. Esse é o conceito, enfrentamos burocracias fiscais, que falaram: “Não, nós queremos o nosso, por favor...”, e isso perdura até hoje em muitas áreas e dificulta o processo de simplificação. Muita coisa aconteceu na sequência; finalmente, com uma emenda constitucional, se eu não me engano, artigo 146, ele permitiu que se fizesse uma ordem, Marcus, que seria o tratamento diferenciado integral e que a lei complementar regulatória, seria uma lei nacional, não uma lei federal, é lei nacional e a lei nacional, ela é mandatória em termos do processo simplificador, porque está inserido no texto constitucional que a união dos estados e municípios darão o tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas, assim definidas em lei, nos campos administrativos, tributários, previdenciários e creditícios, podendo reduzir as obrigações ou mesmo, eliminá-las mediante lei.

A lei pode tudo, porque todos são iguais perante a lei, menos a micro e a pequena empresa. E foi assim então, que veio o Supersimples no ano de 2007/2008. Em 2009, ele foi modificado através de uma legislação complementar que criou o MEI e nós participamos firmemente nisso, eu já era Secretário do Trabalho, que é o Microempreendedor Individual, que é um primeiro passo, um primeiro degrau para entrada da formalização e que está sendo um projeto revolucionário no Brasil, hoje, porque nós estamos com 4 milhões e 200 mil microempreendedores individuais formalizados. Nós temos um universo que contém uns 12 milhões estimados, mas já estamos fazendo a formalização de um milhão por ano, uma população que estava marginal ao processo da Economia e que está se integrando neste processo.

Com a Lei Geral, nós vimos que tínhamos que aperfeiçoá-la e propostas vieram; foi quando a Presidente Dilma teve a coragem de criar o Ministério da Micro e Pequena Empresa, muito criticado porque era o 39º Ministério. Ninguém olhou a importância, porque diziam que era por negociação política; na verdade, não era, ela já estava conversando comigo como vice-Governador aqui e o Manoel sabe bem, vice-Governador não faz muita coisa. Então, ela conversava a respeito da ideia de usar essa experiência da implantação de um Ministério que viesse dar um melhor imagem a esse segmento, porque ele é desfocado, dentro do Executivo; não se fala em pequena empresa. Vocês viram agora, no programa eleitoral, qual dos candidatos que fala de pequena empresa? O que está no programa dos candidatos? Nada, porque o mundo da Economia está no andar de cima, discutindo autonomia do Banco Central.

Estamos discutindo uma série de coisas e o dia a dia da realidade de 97% do universo

empreendedor do Brasil? Ele é a realidade, ele é o Brasil real; mas o Brasil legal insiste em desconhecer o Brasil real e nós estamos fazendo um mergulho, que eu chamo “discutir o andar de baixo da economia”, porque só estamos discutindo o andar de cima, nós estamos falando do chão de fábrica do pequeno empresário, que é aquele que está, no dia a dia, na sua batalha, que tem um inimigo mortal, que se chama burocracia. Burocracia mata e a burocracia no Brasil mata triplamente: na União, no Estado e no Município. Nessa cruzada contra a má burocracia – eu sempre falei isso em todas as minhas manifestações – que a burocracia é como o colesterol, tem o bom e tem o ruim, colesterol bom purifica as artérias e nós precisamos de uma boa burocracia, o ruim entope. Só que o nível de colesterol ruim na nossa Economia é muito alto, ele entope efetivamente todas as artérias do nosso sistema econômico. E partindo para isso, a missão da Lei Geral, a lei da universalização do Simples, trazendo todos os segmentos, elevou em coisas muito importantes e hoje é um dia especial, comemorar com vocês aqui, os feitos maiores e históricos.

Hoje é o dia que começa o fim das certidões negativas de impostos para qualquer registro, abertura, fechamento, fusão, incorporação [palmas]. Todos os atos de registro público, está proibido pedir certidão, porque isso era uma intromissão indevida. Uma coisa é registro, outra coisa é diminuir tributos. Existem instrumentos para cobrar; você não pode é fazer coação contra a atividade do cidadão; o cidadão hoje é coagido. Abrir uma empresa no Brasil é muito difícil, fechar é impossível. Vocês sabem, no dia a dia, como advogados, que primeiro há de se esperar um ano da empresa parada, um ano de empresa parada pagando contabilidade, fazendo balanço, balanço sem declaração, se você não fizer, aí vai o taxímetro das multas por falta de atendimento de obrigações. A assessorias de uma empresa parada gerando despesa que você não fecha. Segundo, se tem um débito, não fecha e não abre. “Ora, eu tive um insucesso, eu quero fechar a minha empresa. Eu posso tentar ter o sucesso, abrir uma outra empresa” “Não, você tem que morrer, se não pagou, tem que morrer”. Nos Estados Unidos tem uma estatística, tanto é que eles apoiam muito a empresa que teve insucesso, porque o sucesso vem, talvez, na terceira tentativa que é o que a gente chama de curva de aprendizado. Eu errei uma vez, porque você só acerta errando; assim é a escola, eu errei uma vez, errei na segunda, posso acertar na terceira, eu tenho muito mais chance. Aqui não pode, aqui você não abre outra. Portanto, para abrir empresa agora está eliminada também a ação da certidão, porque se ele era o Simples, ele pode ser Simples de novo se ele tem uma empresa aberta, ele não tem que fechar aquela empresa e abrir outra, então nas duas não têm certidão negativa. Esse é um ponto que eu acredito que seja um ponto que muita gente não acreditava que a gente pudesse colocar. Eu quero anunciar para vocês que não é só para micro e pequenas empresas, é para todos

os atos constitutivos de qualquer tipo de empresa no Brasil [palmas].

Isso foi legislado, foi ontem, normatizado e agora, falta ser sistematizado, que você tem que ter um sistema que se converse. Então, o balcão único de atendimento é a Junta Comercial. A Junta se incumba de dar a baixa e comunicar a Receita e tem que comunicar os dados societários para a Receita, para efeito de eventual fiscalização e cobrança futura. Esse sistema fica pronto no final do mês, estamos marcando o dia 30 para início do fechamento de empresas na hora. Vamos começar pela Junta Comercial do Distrito Federal, porque ela é nossa e fica mais fácil ali; a Junta Comercial do Distrito Federal é do Governo Federal, porque ali se registram todos os atos constitutivos das empresas públicas federais do Brasil. Então, estando nas nossas mãos dá para testar, mas já no mês de outubro, todas as Juntas Comerciais já estarão dando baixa imediata. Estima-se, para vocês terem uma ideia, um milhão de CNPJs inativos de cadáveres insepultos, quem sabe a gente possa fazer um enterro coletivo [palmas].

Outro ponto fundamental: Cadastro Único. Acaba a inscrição estadual, acaba a inscrição municipal, acaba a inscrição no meio ambiente, acaba a inscrição na Vigilância Sanitária, acaba a inscrição no Corpo de Bombeiros - a empresa é uma só, por quê que cada um quer ser dono de um arquivo? E aqui, no poder público no Brasil, cada um é dono de um arquivo e que não quer se comunicar com o outro, o cidadão que se ferre, porque ele tem que dar informação para todo mundo. Daqui para frente, a lei determinou, regulamentou o dispositivo constitucional; que é CNPJ, esse é o único número universal, cadastro único e cada ente público que reparta, que utilize aquela informação; fica proibido pedir ao cidadão um dado que o Estado já disponha, você já deu uma informação, o Estado que se comunique entre todos os seus entes essa informação central. Isso vai nos permitir um processo de abertura de empresas em um único balcão, janela única.

Este sistema junto com o licenciamento regrado, que nós estamos classificando, 90% das atividades são de baixo risco, de Corpo de Bombeiros, de Vigilância Sanitária e de meio ambiente, é de baixo risco, não precisa ter vistoria prévia; autoriza na hora, vai fiscalizar depois que está formalizado; ficam botando tudo na fila sem diferenciar; se tivesse esse sistema funcionando agora, nós não teríamos a tragédia Santa Maria, porque lá em Santa Maria, o oficial do Corpo de Bombeiros disse que tinha dois mil processos para olhar, por isso que ele não pôde olhar o da boate. Ela não tinha dois mil processos para olhar, ele tinha uns 30, 40 que eram de alto risco, os outros 1960 já podiam ser liberados e ele estaria livre com tempo para olhar o que devia efetivamente olhar e não olhou, porque a burocracia

põe tudo no mesmo lugar.

Então, com este conceito e com normas já emanadas tanto do meio ambiente, do Corpo de Bombeiro e da Vigilância Sanitária, aplicando o conceito de baixo risco para que o cidadão entrando no sistema digital, ele possa ser classificado como baixo risco, ter o seu CNPJ e ter todas as licenças emitidas no mesmo tempo, reduzindo este prazo terrível dos 150 dias para se abrir uma empresa para no máximo em cinco dias, melhorando a posição do Brasil no ranking do BioBusiness do Banco Mundial, que nos coloca no 116º lugar dos países que dão apoio ao empreendedorismo. Isto também é um avanço extraordinário.

O terceiro ponto é a criação de uma marquise protetora dos pequenos negócios contra o lixo burocrático e corporativo que é jogado todo santo dia em cima de uma fúria regulamentatória que nós temos. Toda lei, norma ou regulamento baixada daqui para frente se não tiverem em seu texto o tratamento diferenciado para micro e pequena empresa, ele não se aplicará ao micro e pequeno empresário. Então, isso é de um avanço extraordinário, porque qualquer multa que seja autuada contra, ela é nula de pleno direito. Eu até mostrei certo dia ao Ministro do Trabalho uma autuação de uma empresinha de ferragens de João Pessoa, com três funcionários, uma pesada multa porque não tinha toalha no toalheiro, para enxugar as mãos, é pegadinha, não é? Então, hoje, o princípio é da dupla visita, primeiro tem que ter o tratamento diferenciado, segundo, nenhuma multa pode ser aplicada se o fiscal não for lá primeiro a orientar e comprovar a orientação; só pode multar, depois, antes, não [palmas].

Isso é o fim da indústria da multa. Existe hoje uma indústria da multa, o cara vai lá exatamente para dar uma pegadinha. Quando a gente se fala disso parece mais uma coisa menor, mas este para formiguinha, um grão constitui uma pedreira para ela ultrapassar. Essas são as dificuldades do dia a dia do cidadão, nessa área, ao enfrentar essa maluquice do regramento público brasileiro.

Compras públicas. A lei anterior falava que o Estado poderá comprar. Agora, diz deverá comprar. Comprar até 80 mil reais, necessariamente, serão compradas de pequenos empresários e os certames licitatórios terão que ser descentralizados, regionalizados, porque esse é um grande instrumento de desconcentração de renda e de desconcentração espacial, de regionalização, melhorando as condições gerais. No mundo inteiro, a compra pública é utilizada como um instrumento de distribuição, aqui é usado como um grande instrumento de concentração de renda, poder, em decorrência, também,

como se sabe, da corrupção. Portanto, entra aí a pequena empresa privilegiadamente. Outro ponto da lei que não foi realçado é que nas liquidações judiciais, a liquidação da empresa equiparou-se a pequena empresa do trabalhador. Primeiro, vem o trabalhador, depois vem a pequena empresa, depois o resto. Ou seja, ele foi protegido no processo, colocado também como o lado mais fraco. Vimos grandes liquidações de grandes falências.

O pequeno empresário ficou por ultimo lugar na fila. Esses são alguns detalhes que eu estou realçando de 50 pontos de inovação. Dai, Marcus, a importância desse grande trabalho da OAB como fruto dessa nossa parceria, junto com o Instituto, junto com a Associação dos Advogados; vamos levar essas novidades juntos, porque é muito difícil na comunicação, você levar sozinho tanta coisa. A única forma é o boca-a-boca; a única forma é esse trabalho de difusão das ideias, comentando, brigando por elas. E agora, Arnaldo, por fim, nós temos um compromisso, que eu assumimos com vocês na aprovação da Lei Geral, que, por sinal, foi por unanimidade.

Existe o problema das tabelas do Simples. As tabelas têm um degrau que vão subindo, e esse degrau faz com que a empresa ao crescer, ela tenha medo de crescer. No Brasil, nós fomentamos o medo da empresa crescer, porque quando ela cresce, se ela muda de faixa, às vezes, ela vai pagar o dobro de imposto, embora seja o mesmo negocio. Se ela está na faixa de 150 e a outra faixa começa em 151, se ela faturou 160, ela vai pagar o dobro de imposto sobre todo o faturamento, não se deduz o anterior. Pedimos um estudo profundo da Fundação Getúlio Vargas, da FIPE, INSPER e Fundação Dom Cabral, sobre o assunto e me entregam em 60 dias. Em 60 dias, nós teremos um estudo, a própria Presidente Dilma, ontem em seu pronunciamento, falou que ela quer substituir a escada por uma rampa suave de crescimento. E quando chegar nos 3 milhões e 600, temos que rever para criar um Simples de transição. Eu estava vendo, sim, que é um paredão.

A empresa que sai do Simples cai no inferno, espécie de morte súbita anunciada. Vocês que convivem o dia a dia no ambiente empresarial, assistindo aos seus clientes, sabem dessa dificuldade do dia a dia. Por isso, eu quero dizer a vocês que cumpro a promessa, apresentamos ainda este ano no Congresso Nacional.

Contribuinte substituto, ele lembra que nós melhoramos, mas não resolvemos. Contribuinte substituto foi um passa-moleque nas Secretarias de Fazenda dos Estados contra o direito da micro e da pequena empresa, consagrado na Constituição. Melhorou, mas ainda não resolveu, vamos voltar a carga, agora.

Dentro dessa linha, eu quero lhes dizer que essa lei é uma lei viva; nós vamos elaborar e vamos fazê-la crescer, vamos estourar os limites do Simples, levando-o para mais empresas. Essa é a verdadeira Reforma Tributária que nós vamos fazer no Brasil [palmas]. Enquanto a outra não vem, passa ano, vem ano, e não vem, vamos de baixo para cima, cavoucando. Vamos ampliar muito a facilidade no Brasil para se fazer negócios. Muitas vezes as pessoas não entendem isso, elas não entendem que é a partir do andar de baixo que nós vamos fazer as mudanças, e que vão contaminar o andar de cima. Tentar de cima para baixo, faltam condições políticas de fazê-las. A micro e pequena empresa tem unanimidade no Congresso Nacional. Não conheço partido que faça um discurso contra tudo isso que foi colocado aqui. Teve um trabalho de engenharia política que permite acreditar mais no país. Hoje, a gente critica muito e participa pouco. Diz-se que o destino de quem não gosta de política é obedecer os que gostam. Nós precisamos ter uma participação maior dentro desse conceito, dentro da mudança. A participação dos Institutos aqui não é política partidária, é política pública. Nós temos que trabalhar dentro de um consenso de mudança de políticas públicas. Pregar aqui é, sem dúvida, é semear em solo muito fértil. Nós precisamos de vocês ao lado dos contadores, para que a gente possa difundir, mobilizar para essa grande mudança. Eu acredito que nós vamos vencer.

Nós estamos fazendo um trabalho prático. Permito-me não largar a causa. Eu tenho o direito, como vice-Governador, e Ministro, de me ocupar com esta causa. Eu tenho convicção daquilo que nós podíamos fazer, tinha certeza de que a Presidente Dilma acredita nisso e nos deu todo o apoio. Sem o apoio dela, muitas vezes, a gente não tinha passado não, principalmente, no voto dos advogados que pediram voto dos corretores de imóveis também. Vianna é o nosso presidente do CRECI que está aqui conosco. A Presidente falou: “Eu não vou vetar, me dê o cálculo da renúncia fiscal, é muito pouco e isso vai ser recuperado para a formalização, então vamos aprovar”. Foi quando eu fique sossegado.

Este dia 7 de agosto será um dia marcante na nossa história. Muito obrigado por essa oportunidade de me confiar esta tribuna para levar as boas novas da simplificação do Brasil. O nosso mantra é: “Pense simples Brasil”. Muito obrigado.

PALESTRAS: REUNIÃO-ALMOÇO DO IASP

REFLEXÕES SOBRE O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA

SÉRGIO ROSENTHAL

Presidente da Associação dos Advogados de São Paulo - AASP

REUNIÃO-ALMOÇO IASP SÉRGIO ROSENTHAL PRESIDENTE DA AASP 17 DE OUTUBRO DE 2014

JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO - PRESIDENTE IASP

Muito boa tarde a todos, é com imensa felicidade que o Instituto dos Advogados de São Paulo realiza esta tradicional Reunião Almoço com a presença do nosso querido Presidente da Associação dos Advogados de São Paulo, Sérgio Rosenthal.

O dia de hoje não é somente de alegria, de festa para a Advocacia, de homenagem para essa figura excepcional que é o Sérgio Rosenthal, mas também uma homenagem à Associação dos Advogados de São Paulo, que congrega 93 mil associados, a maior associação voluntária da América Latina e sem dúvida nenhuma, uma ferramenta absolutamente indispensável para o advogado militante. O Instituto, nessa gestão, a partir do que foi construído ao longo desses 140 anos, ampliou os seus horizontes com alguns convênios e participação mais efetiva em algumas atividades. E isso se fez com a Associação dos Advogados de São Paulo. Tivemos a oportunidade, desde o ano passado, ao longo desses dois anos, de juntamente com a Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional de São Paulo, promover, em conjunto, inúmeras atividades e lutar pela Advocacia. Tivemos muitas vitórias, tivemos períodos difíceis. É exatamente esse convívio que mostra o caráter, a personalidade, o real conteúdo das pessoas. Eu tive esse privilégio de, nessa gestão, conhecer mais a fundo Sérgio Rosenthal.

Nascido no dia 18 de junho, mesmo dia de personalidades como, Fernando Henrique Cardoso, Paul McCartney, o nosso querido Sérgio é uma grande figura, daquelas pessoas que teve não só um berço, mas uma formação impecável. Eu quero, neste ensejo, fazer uma homenagem ao pai dele, doutor Milton Rosenthal, aqui presente [palmas]. Sérgio estudou no tradicional Dante Alighieri, formou-se no Mackenzie em 1991, fez duas especializações, uma delas em Coimbra, mestrado na Universidade São Paulo, quando despertou para a atividade institucional. Primeiramente, no IBCCrim, onde ele foi Diretor e posteriormente, no MDA, que aqui nós temos a presença do Marcelo e de vários conselheiros do MDA.

Ele foi um dos fundadores e primeiro presidente, onde ali buscava exatamente uma colaboração, isso é. uma coisa que, em conversas com o presidente Marcos da Costa, vimos

a importância de ter pessoas que colaboram com a Advocacia, independentemente da participação onde quer que esteja, mas que tenha essa real vontade de colaborar com a Advocacia. Isso é absolutamente fundamental e o Sérgio começa essa carreira até ingressar no Conselho da AASP. Ele ingressou no Conselho da AASP na vaga do nosso querido Lionel Zaclis que está aqui, aliás, o Lionel fez uma recepção muito bonita quando o Sérgio tomou posse como presidente da Associação dos Advogados de São Paulo e fez uma carreira brilhante, uma carreira de líder, coisa que o Sérgio demonstra com absoluta segurança.

Ele se intitula uma pessoa organizada e competitiva, mas eu digo mais do que isso, o Sérgio é uma pessoa absolutamente responsável e quem é responsável, cumpre com as suas obrigações; não se satisfaz em fazer as coisas de uma maneira regular, ele sempre tenta fazer de uma maneira excepcional. E essa homenagem que nós fazemos ao Sérgio hoje, como presidente da Associação dos Advogados é pelo fato não somente da figura especial que ele é, mas por ter uma visão absolutamente completa da militância da Advocacia. E o tema de hoje que os senhores vão ouvir sobre as *"Reflexões sobre o exercício da Advocacia"* é exatamente resultado de uma experiência que ele tem ao liderar essa Associação, e mais do que isso, as informações que ele tem acesso dentro da Associação e que, de forma inédita, pelo menos para mim, nunca tive essa oportunidade de ter um retrato, que é isso que ele nos apresentará do que esses 93 mil associados se preocupam em relação a Advocacia, quais as necessidades, as expectativas. Senhoras e senhores, o nosso homenageado, presidente da Associação dos Advogados de São Paulo, Sérgio Rosenthal.

[Palmas]

SÉRGIO ROSENTHAL – PRESIDENTE DA AASP

Muito boa tarde a todos. Antes de mais nada, eu gostaria de fazer aqui, um agradecimento especial, em nome da Associação dos Advogados de São Paulo e em meu próprio nome, evidentemente, ao presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo, José Horácio Halfeld Rezende, meu querido e pessoal amigo. José Horácio, talvez essa seja uma das maiores honras que eu recebi nesses quase dois anos à frente da Associação dos Advogados de São Paulo. Mas uma das maiores alegrias que eu tive neste tempo todo foi poder conviver com você e compartilhar com você essa luta e essas vitórias a que você se referiu, em prol da Advocacia, em prol do advogado militante, aquele que sofre as agruras que todos nós sofremos.

Eu sou associado do IASP desde 2001, na gestão do querido Nelson Kojranski, que me convidou a ingressar na entidade. E quero dizer também que sou testemunha deste processo extraordinário de modernização, que você e a sua diretoria trouxeram ao Instituto, uma entidade antiga, tradicional e pelas suas mãos, agora, uma entidade ágil, dinâmica, uma entidade atualizada, tudo isso sem se distanciar um milímetro, se quer, dos princípios, dos valores que nortearam a criação do Instituto e que foram cultivados pelos seus membros, nesses 140 anos de existência.

Gostaria de cumprimentar aqui, especialmente, as autoridades presentes e como recebi muitas fichas com nomes de autoridades que acorreram a essa cerimônia, eu gostaria de fazê-lo na pessoa do presidente de todos nós, Marcos da Costa, nosso presidente da Ordem dos advogados do Brasil [palmas]. Marcos, talvez, essa seja a última oportunidade que eu tenho de falar a um público tão seletivo de advogados, na qualidade de presidente da AASP. Então, eu gostaria de deixar aqui, novamente, registrado algo que eu já disse no passado, mas que é preciso repetir, reprisar, a minha admiração por você é imensa, meu respeito pelo seu trabalho é incondicional. Você, sem dúvida alguma, é uma das pessoas mais leais que eu conheci nessa minha jornada institucional de quase 10 anos de Associação dos Advogados de São Paulo.

Quero ressaltar, aqui, a importância dessa interação que houve entre nós, você, José Horácio e eu e as nossas diretorias e os nossos conselhos, agora, com o resultado extraordinário, que é a extensão do período de recesso aos advogados, primeiramente, concedida pelo presidente do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, Paulo Casseb, que aqui está [palmas], foi o primeiro presidente de Tribunal a deferir essa extensão à classe dos advogados e vem aqui, representando também a classe a que pertenceu, não é, Paulo? Acompanhado de Orlando Giraldi, ex-presidente do Tribunal, que, sempre que pode, também atendeu aos pleitos da Advocacia. Mas eu dizia à respeito dessa extensão das férias, que agora, se dá também no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, evidentemente, um volume muito maior de advogados beneficiados com essa medida, fruto dessa atuação brilhante dos nossos presidentes Marcos da Costa e José Horácio.

Gostaria também de cumprimentar, aqui, os diretores e conselheiros da Associação dos Advogados. Gostaria de cumprimentá-los e agradecer a todos vocês não apenas pela presença aqui, mas pelo apoio que me deram durante todo esse período e continuam me dando, e por esse ambiente tão cordial, tão alegre, tão agradável que vocês criam dentro da Associação dos Advogados para que nós possamos executar esse nosso mister, sem

dúvida, fruto também do trabalho daqueles que nos antecederam, os ex-presidentes que estão aqui e que continuam sempre representando a nossa Associação dos Advogados. Finalmente, eu gostaria de cumprimentar a todos os amigos que vieram aqui para o meu prestígio pessoal, para minha felicidade e o faço na pessoa do meu maior e mais antigo amigo, que é meu pai, Milton Rosenthal [palmas]. Aliás, hoje, tenho a felicidade de ter aqui o meu predecessor e o meu sucessor, que já veio conhecer os colegas, que é o André, o meu primogênito [palmas].

Iniciando essas reflexões, em relação ao exercício da nossa profissão, eu gostaria de trazer algumas informações sobre a atuação da AASP e a partir dessas informações fazer algumas reflexões. A AASP tem procurado atuar em quatro frentes distintas: a valorização da profissão e defesa das prerrogativas profissionais, o que se alia, especialmente, a Ordem dos Advogados; no aperfeiçoamento profissional da nossa classe, o que se alia mais então a essa casa da cultura jurídica brasileira que é o Instituto dos Advogados; no oferecimento de produtos e serviços, que auxiliam os advogados no seu dia a dia profissional, algo que realmente só a AASP faz da forma como faz; e também no combate aos problemas que mais afligem a Advocacia e acho que todos nós fazemos todos os dias.

Quanto à valorização da classe e a defesa das prerrogativas profissionais, uma batalha diária, que é travada, também, por todos e das mais diferentes maneiras, eu não vou aqui fazer qualquer consideração mais profunda sobre a importância das prerrogativas, até porque Marcos da Costa, no almoço realizado ainda este ano, fez uma brilhante exposição sobre a importância das prerrogativas profissionais. Mas eu quero aproveitar essa oportunidade para comentar um fato que ocorreu há pouco tempo e que pra mim, é extremamente significativo, que é a impugnação à inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, seção do Distrito Federal do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa.

Não vou entrar no mérito se a decisão do Tribunal, do presidente da Ordem do Distrito Federal foi acertada ou não, quero apenas ressaltar o caráter didático deste episódio. O Ministro Joaquim Barbosa, enquanto ministro do Supremo Tribunal Federal, se recusou a receber advogados em seu gabinete. Nós temos uma lei federal que diz que é direito do advogado ser recebido pelo Magistrado em seu gabinete. O Estatuto da Ordem dos Advogados não é um regimento interno, é uma lei federal. Uma autoridade do Supremo Tribunal Federal não pode desconhecer a lei e mais do que isso, não pode desrespeitá-la. enquanto presidente da mais alta corte do nosso país. Como presidente do CNJ, o ministro Joaquim Barbosa fez comentários desairosos a respeito da nossa profissão, inclusive

quando julgava um procedimento de controle administrativo impetrado pela Ordem e pela AASP e o IASP em relação aquela ideia luminosa do presidente Ivan Sartori de proibir a entrada, o ingresso de advogados nos Fóruns da capital antes das 11 horas da manhã. Muito bem, então, julgando esse procedimento, disse o ministro Joaquim Barbosa: “Para quê que os advogados querem entrar mais cedo? Advogado não acorda antes das 11 horas da manhã”. Então, este é o comentário do presidente do CNJ para o presidente do Supremo Tribunal Federal. Essa impugnação a sua inscrição nos quadros da Ordem tem, sim, um efeito didático, o efeito de fazer com que toda autoridade que, enquanto autoridade. Quem se julgar no direito de ofender toda uma classe profissional, toda uma categoria e desrespeitar as suas prerrogativas, que saiba o que pode acontecer no futuro [palmas].

Em relação ao aperfeiçoamento profissional, como eu disse, nós temos hoje na AASP e no IASP essa atividade que é feita em colaboração. Enquanto o IASP trabalha e muito pelo incremento da cultura jurídica no nosso país, nós temos procurado na AASP dar um caráter talvez mais prático a esses cursos que são ministrados. Trago esse tema apenas para não perder a oportunidade de comentar aqui que este ano, por meio de um moderníssimo sistema de antenas, combinado com um satélite dedicado, que transmite os nossos cursos da AASP, do nosso estúdio para todos os estados do Brasil, teremos atendido a praticamente 45 mil advogados em todo território nacional, algo que é fruto do trabalho intenso principalmente dos nossos três últimos diretores culturais, Leonardo Sica, Roberto Paraíba e Luís Carlos Moro.

Quanto ao oferecimento de produtos e serviços que auxiliam a classe no seu dia a dia, também, não gostaria para a oportunidade de comentar que embora o serviço de recortes, efetivamente, ainda seja o serviço mais conhecido da AASP, hoje a Associação oferece aos seus associados mais de 50 produtos e serviços, dos mais variados e que, efetivamente, facilitam a vida do advogado. Eu diria que não é possível advogar sem essas facilidades que a AASP cria, mas essa é a nossa visão e eu pretendo falar, também, a respeito da visão das novas gerações de advogados que vêm por aí.

Finalmente, o combate aos problemas que mais afligem a Advocacia. E eu separei dois temas apenas para comentar aqui com os senhores. Eu separei esses dois temas porque esses dois temas dão margem a praticamente 90% das manifestações que eu recebi no decorrer dos últimos dois anos. O primeiro deles, a morosidade da Justiça. 60% das manifestações recebidas na AASP dizem respeito à morosidade da Justiça. 30% das manifestações dizem respeito às dificuldades que os advogados enfrentam no peticionamento eletrônico.

Alguns magistrados têm afirmado que a causa da morosidade na Justiça no Brasil seria o excesso de litigiosidade no país. O presidente José Renato Nalini, quando esteve aqui, em um almoço do IASP, falou a respeito do tema.

Há pouco tempo, o ministro Luiz Barroso, num seminário na AASP, disse que os conflitos no Brasil têm que ser resolvidos em apenas duas instâncias; que é absurdo que tenham que ser utilizadas mais do que duas instâncias para resolução dos problemas no nosso país. Eu gostaria de dizer que eu não concordo nem com a justificativa, nem com a solução aventada pelo ministro Barroso. Primeiro, porque quem mais litiga no Brasil é o Governo, 40% das Ações em tramitação, hoje em dia, são ações de execução fiscal. Agora, é evidente que nós não devemos abrir mão das formas alternativas de resolução de conflitos; todos nós devemos incentivar isso para que nós consigamos chegar a um número razoável de processos tramitando na Justiça.

Se existe demanda, essa demanda tem que ser atendida. A única forma de se dar vazão a esse número gigantesco de processos, que nós temos hoje, é com mais investimentos no Poder Judiciário, é contratação de mais servidores, mais juízes, mais cartórios. Não adianta dizer que a culpa é do advogado, porque litiga muito ou porque recorre muito. Não é essa a causa da morosidade na Justiça. Gestão é algo muito importante também.

O Tribunal de Justiça Militar de São Paulo tem gestão, é o tribunal mais célere do país. A pesquisa “De olho no Fórum”, que nós fazemos na AASP, revela que cartórios com o mesmo número de processos e o mesmo número de funcionários trabalham de forma absolutamente diferentes. Medidas de gestão não podem ser confundidas com a fixação de metas de produção sem qualquer preocupação com a qualidade dessas decisões. Eu extrai aqui uma informação de que em 2013 o Superior Tribunal de Justiça julgou 345 mil processos, dá mais do que 10 mil processos por ministro em um ano. Vocês acham que é factível que um ministro tenha julgado 10 mil processos em um ano? Quantos processos será que cada ministro leu desses 10 mil que ele julgou? Então, isso é a Justiça da fantasia?

Agora, não é por isso que o processo tenha que ser solucionado em duas instâncias. A proposta do ministro Barroso, eu quero dizer que, na minha opinião, nós vivemos em um país em que se julga mal, em que a jurisprudência é absolutamente errática e que a segurança jurídica é, no mínimo, questionável. Isso só vai ser resolvido quando nós tivermos possibilidade de dar vazão a esses processos, que ingressam no Poder Judiciário e quando os juízes de primeiro grau utilizem as orientações dos Tribunais Superiores, como

baliza para as suas decisões; enquanto cada um julgar como deseja, teremos, sim, 345 mil processos chegando ao Superior Tribunal de Justiça por ano.

Em relação ao processo eletrônico, razão da segunda maior reclamação que nos chega na Associação dos Advogados de São Paulo, é preciso dizer algo, que foi dito desde o início. Peticionamento eletrônico não é apenas uma ferramenta nova que os advogados passaram a usar; peticionamento eletrônico é uma nova filosofia de trabalho. Outro dia, dois membros aqui do IASP. estavam conversando sobre isso, um perguntou ao outro: “Você tem facebook, WhatsApp?”, aí ele falou: “Não, tenho Dorflex, serve?”, então, na verdade, a maior parte da Advocacia não estava preparada para trabalhar com o processo eletrônico. Jamais essa implantação poderia ter sido feita de forma compulsória e abrupta como foi feita no Tribunal de Justiça de São Paulo [palmas].

Eu atribuo as dificuldades pelas quais passaram os advogados que acorreram a AASP e que, com certeza, estão aqui presentes, também, a essa pressa e essa absoluta insensibilidade do ex-presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Ivan Ricardo Sartori, de fazer, na sua gestão, a implantação de algo que deveria ter sido feita de forma gradual e racional. Mas há uma questão ainda mais grave, com a qual nós devemos nos preocupar, e esse, sim, é o verdadeiro objeto dessa minha sintética explanação. É o futuro da Advocacia no nosso país. É sobre isso, principalmente, que eu gostaria de falar com vocês. Para tanto recolhi alguns dados que eu tenho certeza irão despertar interesse. Atualmente, no Brasil, nós temos, aproximadamente, 750 mil estudantes nos cursos de Direito.

Estima-se que a cada ano, aproximadamente, 100 mil desses alunos se tornem bacharéis. 100 mil bacharéis por ano. Esse número exorbitante é fruto desse incremento no número de cursos de Direito que houve no Brasil, que é algo totalmente absurdo, já foi dito aqui, inclusive, se não me engano, pelo Flávio Crocce Caetano, também num almoço do IASP. Nós temos, hoje em dia, no Brasil, 1195 curso de Direito. Flávio até trouxe o dado de que temos mais cursos de Direito no Brasil do que no resto do mundo inteiro. Mas a comparação com o mundo, eu nem acho importante, a comparação que eu faço aqui é que em 1991, o ano em que eu me formei, nós tínhamos no Brasil, 165 cursos de Direito e agora temos 1195. É obvio que a distribuição desses cursos não se dá de forma equânime pelo território nacional. No Estado do Acre, por exemplo, existem 4 cursos de Direito; no Distrito Federal, 22 cursos de Direito; Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, 44 cursos de Direito em cada um. Ai, começam as desproporções assim, mais flagrantes, na Bahia, existem 51 cursos de Direito; em Minas gerais, existem 133 cursos de Direito, é, 133 cursos de Direito e em São

Paulo, aqui no nosso estado, nós temos hoje em dia, 170 cursos de Direito. Ou seja, quando eu me formei, existiam 165 no país, hoje, existem 170 aqui em São Paulo.

Muito embora nós tenhamos esse grande filtro, que o Supremo já disse ser absolutamente constitucional e que não pode ser extinto jamais, que é o Exame de Ordem, nós temos uma aprovação de aproximadamente, 19 mil novos advogados por exame. Com isso, o crescimento no quadro de advogados no Brasil, nos últimos 10 anos, foi de 95%. Nós tínhamos em 2004, 422 mil advogados e hoje em dia, temos 827 mil advogados no Brasil. Esse é o ultimo número. 827 mil. Estima-se que em 2017, até o final de 2017, nós tenhamos um milhão de advogados no Brasil. A proporção de advogados por habitantes, evidentemente, também não é equânime e também foi alterada com esse quadro. No Amazonas, por exemplo, existe um advogado para cada 606 habitantes; em Minas Gerais, existe um advogado para cada 245 habitantes; agora, em São Paulo, Raquel, existe um advogado para cada 173 habitantes. Evidentemente que um número tão alto de advogados faz com que a remuneração, ao menos, de forma geral, seja reduzida. Uma pesquisa com os nossos associados da AASP feita pela Fundação Getúlio Vargas revelou que apenas 20% dos nossos 93 mil associados recebe mensalmente, até 3 mil reais, ou seja, 20% consegue ganhar 3 mil reais por mês. 35% dos nossos associados ganham entre 3 mil e 6 mil reais por mês, portanto, esse teto de 6 mil reais representa o teto de praticamente, 55% da Advocacia, ao menos, dos associados da AASP. E apenas 8% dos nossos associados recebem 15 mil reais ou mais. O quê que significa isso? Significa que a remuneração de 92% dos nossos associados está aquém da remuneração de um Magistrado aqui no Brasil.

Qual é a principal consequência disso? Nossa profissão está perdendo seu caráter liberal. Uma pesquisa com alunos da Universidade de São Paulo revelou que apenas 15% daqueles alunos desejam advogar quando terminarem o curso de Direito, querem todos prestar concurso e com isso, vão buscando a estabilidade da carreira pública. Estabilidade que vem, evidentemente, recheada com outras benéfices: carro com motorista, são 60 dias de férias, agora o auxílio moradia. É atraente, realmente, para um estudante de Direito, não há dúvida alguma. Mas a profissão vai perdendo o seu caráter liberal também porque a nova geração de advogados não quer viver a instabilidade da Advocacia, não deseja passar pelas agruras do dia a dia da Advocacia. Então, mesmo aqueles que optam pela Advocacia, têm optado pela profissão de advogado como empregado de alguma empresa, empregado de alguma instituição.

Isso é absolutamente preocupante. Este cenário aliado à característica mais marcante

dessa nova geração, que é essa relação umbilical com os meios eletrônicos, com o mundo digital, tem gerado, aqui, tem gerado um profissional com as seguintes características, é isso que eu gostaria de passar a vocês, eu me refiro a profissionais que no momento têm até 30 anos de idade, é a chamada geração Y. Primeiro lugar, esses profissionais têm essa vinculação absoluta com os meios eletrônicos, são profissionais que não compram livros, profissionais que não frequentam bibliotecas, e que fazem as suas pesquisas doutrinárias por meio do Google. Invariavelmente, utilizando trabalhos de conclusão de curso que foram elaborados por colegas que se formaram dois ou três anos antes.

A segunda principal característica dessa geração de advogados é a falta de envolvimento com a classe. Isso é muito sério, Marcos, são profissionais individualistas, que não identificam o valor do associativismo e eu falava à respeito disso com Elias Farah outro dia. Os nossos associados mais jovens, eles se associam a AASP quando essa relação matemática, essa relação econômica lhes parece favorável: "Quanto custa a mensalidade da AASP? O que vocês vão me dar em troca? Qual é o desconto para que eu assista aos cursos? Quantas revistas vocês vão me mandar por mês? O quê que eu vou ganhar com isso?", se matematicamente a conta empata ou lhe parece vantajosa, ele se associa, mas ele não se associa porque a Associação dos Advogados de São Paulo é uma entidade que busca valorizar a sua profissão, busca defender as suas prerrogativas profissionais. É preciso resgatar essa importância do associativismo, a importância de se envolver com a classe a que pertencem.

Agora, para terminar, eu gostaria de destacar aqui a característica que para mim, pessoalmente, é a mais preocupante de todas em relação as novas gerações de advogados. É a falta de envolvimento emocional com o processo. Processos são dramas humanos. Todos nós aqui neste salão vivenciamos os dramas humanos dos nossos clientes e somente essa experiência é que nos deu a verdadeira dimensão da nossa profissão. Sem experimentar isso, não se pode dizer que se é advogado. Portanto, meus amigos, é a nossa obrigação e eu deixo aqui, finalmente, essa mensagem de que passemos as novas gerações de advogados que, primeiramente, o advogado exerce um *múnus público*, o verdadeiro advogado, ele deve, sempre, se indignar com a arbitrariedade e com a injustiça. E, principalmente, devemos passar às novas gerações de advogados, o orgulho que todos nós aqui sentimos no dia em que fomos a Ordem dos Advogados do Brasil receber as nossas carteiras profissionais. Devemos passar às novas gerações de advogados o mesmo orgulho que todos nós sentimos, todos os dias, em todas as oportunidades em que dizemos alguém: "Eu sou advogado". Muito obrigado.

MANIFESTAÇÕES E DISCURSOS

JUSTIÇA MILITAR : SINÔNIMO DE SEGURANÇA

JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO

Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP

A Justiça Militar, por sua nomenclatura, incomoda alguns que, indevidamente, a relacionam com o anacronismo ou o período de ditadura militar.

É de se ressaltar que esta fase do período de ditadura militar em nosso país encontra-se sepultada como registro histórico e lembrada como exemplo do contexto nefasto no qual não havia liberdade.

A liberdade, valor tão fundamental, prestigiada pela Constituição Federal de 1988 está intimamente ligada à segurança, cuja dimensão destacamos em duas facetas.

A segurança jurídica, tão almejada, é sinal do equilíbrio e fortalecimento das bases do desenvolvimento econômico e social do país. Representa a garantia para o cidadão da estabilidade das normas e sua interpretação.

A outra faceta revela a segurança como uma política pública que garante ao cidadão usufruir seus direitos, sabedor de que há vigília e prontidão para o socorro, a prevenção e repressão do crime pela polícia militar.

E nesse contexto, os problemas que naturalmente surgem neste âmbito da polícia militar ficam a cargo de uma Justiça especializada, a Justiça Militar que garante o julgamento célere e eficaz dos atos praticados pelos policiais militares tidos como violadores da ordem jurídica.

A mencionada celeridade e eficácia devem ser ressaltadas pelos números que comprovam que, no Estado de São Paulo, o Tribunal de Justiça Militar cumpriu, na íntegra, a meta 3 do CNJ para 2013 (julgar 90% dos processos originários e recursos, ambos cíveis e criminais, e dos processos de natureza especial em até 120 dias), com o seguinte prazo médio de duração: 7,6 dias para mandado de segurança; 22,8 dias para habeas corpus; 40,4 dias para agravo em execução; 81,2 dias para revisão criminal e 84,7 dias para apelação.

O julgamento colegiado do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo é realizado da forma como de fato idealizou-se a estrutura do Poder Judiciário, ou seja, o julgamento do recurso pelo Tribunal deve ser efetivamente apreciado por todos os julgadores que, ao estudar o caso, expressam os fundamentos do seu convencimento.

A importância de ressaltar essa conduta decorre da necessidade de o cidadão comum

entender que não é normal e não se pode compactuar que os processos não sejam lidos pelos julgadores.

Se o julgamento do recurso é de competência do Tribunal, deve ser feito de forma colegiada com a efetiva participação dos julgadores.

Já se afirmou, e continua se repetindo, que os Juízes não têm condições de ler os processos pela enorme quantidade. Evidentemente há algo errado, especialmente com a sociedade, doente, que despeja no Poder Judiciário muito além da defesa dos seus interesses, mas, especialmente, descompassos e deficiências de políticas públicas a cargo do Executivo e Legislativo.

Nada obstante a extrema importância desse assunto, merecedor de um estudo próprio, o fato é que os julgadores do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo estudam os processos, debatem e todos apresentam seus fundamentos em tempo adequado a garantir um rápido julgamento respeitando o direito de defesa.

O direito de defesa é exercido pelo Advogado cujo tratamento dispensado é digno de nota, não somente pelo respeito, mas pela efetiva concretização do art. 133 da Constituição Federal.

Quando a Constituição Federal afirma que o Advogado é indispensável à Administração da Justiça, é elementar concluir que o Advogado não está ao lado da Justiça, mas é dela parte integrante.

E não se conhece outra Justiça que trate o Advogado da forma mais adequada do que o Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo.

Tal não decorre da disposição regimental que confere ao Advogado o tratamento nominal de Excelência, igualmente dispensado aos Magistrados, mas especialmente no atendimento dos cartórios e debates nos gabinetes e sessões de julgamento que permitem algo elementar, e cada vez mais difícil ocorrer em outros Tribunais, inacreditavelmente: o Advogado ser ouvido.

As virtudes do correto funcionamento do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo não são o principal argumento, mas sim a eficácia do resultado dos seus julgamentos

dirigidos para um contingente de quase 100.000 policiais militares em atividade, além de 40.000 militares na inatividade, que garantem a segurança pública de nossa sociedade.

Não é sem razão que o Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo consegue afastar a impunidade e garantir um padrão adequado de conduta no combate à criminalidade, pois os policiais militares sabem que efetivamente podem ser punidos e exonerados em tempo adequado, de forma independente e corajosa.

Portanto, a proposta de remeter os processos que tramitam numa justiça especializada, como é o caso da Justiça Militar, para serem julgados pela estrutura da Justiça comum, absolutamente abarrotada de outros processos, sem experiência na matéria, e com demora no julgamento, é o ambiente propício para a ineficiência, impunidade e insegurança.

Em tempos de ameaça constante à segurança, mais do que um desserviço é um atentado pretender extinguir ou mutilar a Justiça Militar que é a garantia da eficiência da Polícia e sinônimo de segurança.

José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro

Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo

MANIFESTAÇÕES E DISCURSOS

11 DE AGOSTO

JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO

Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP

O dia 11 de agosto é comemorado como o Dia do Advogado, e mais, recentemente, também comemorado como o Dia do Magistrado, Dia do Estudante e Dia do Jurista, em decorrência da sua origem: 11 de agosto de 1827, quando houve a instalação dos primeiros cursos jurídicos no Brasil pelo imperador Pedro I. Assim foram abertas as faculdades de Direito de São Paulo (atual Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo) e de Olinda (atual Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco).

A justa lembrança, amplamente conhecida e comemorada, confere a dimensão da profissão do advogado.

Sem a presença do advogado, não há defesa e não há contraditório. Sem a presença do advogado, não se esgotam os debates, e não se forma a jurisprudência. Sem a presença do advogado, não há Justiça.

Mesmo sendo uma data comemorativa, não olvidamos o absurdo número de cursos jurídicos autorizados que despejam bacharéis na sociedade, cuja maciça maioria não consegue a aprovação no necessário Exame de Ordem. O Exame de Ordem é a garantia mínima para o início de uma profissão cujo relevo social decorre, não somente da estatura constitucional, mas, especialmente, da capacidade de transformar a vida do cidadão.

“O advogado é a voz constitucional do cidadão”, como de forma precisa é a visão do presidente do CONselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Marcus Vinicius Furtado Coêlho, que conduz, com segurança, as ações institucionais de uma classe constituída por mais de 850 mil pessoas em todo o país.

A partir daquele longínquo início em 11 de agosto de 1827, floresceu a ideia, na verdade, a necessidade, de um órgão que pudesse ser um centro de reunião daqueles que se formavam na faculdade, e de debates e estudos das decisões judiciais. Especialmente, após 3 de fevereiro de 1874, quando da instalação do atual Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

É nesse contexto que nasce o Instituto dos Advogados de São Paulo, fundado em 29 de novembro de 1874, que completará 140 anos de existência, sendo a mais antiga instituição jurídica do Estado de São Paulo.

Declarado de utilidade pública pelo Decreto Federal 62.480, de 28 de março de 1968,

pelo Decreto Estadual 49.222, de 18 de janeiro de 1968, e pelo Decreto Municipal 7.362, de 26 de janeiro de 1968, o Instituto dos Advogados de São Paulo tem natureza de associação civil de fins não econômicos que congrega atualmente 950 associados, admitidos por rigorosa avaliação com pareceres e votação, dentre os principais juristas, professores, advogados, magistrados e membros do Ministério Público do país, dedicando-se aos altos estudos e a difusão dos conhecimentos jurídicos, ampliando os horizontes da cultura e das carreiras jurídicas em benefício da sociedade.

Além de honrar as tradições culturais, o Instituto dos Advogados de São Paulo foi o berço da Ordem dos Advogados no Estado de São Paulo, em virtude de Getúlio Vargas editar o Decreto 19.408, de 18 de novembro de 1930, para organização das Cortes de Apelação, que em seu artigo 17 estabeleceu: “Fica criada a Ordem dos Advogados Brasileiros, órgão de disciplina e seleção da classe dos advogados, que se regerá pelos estatutos que forem votados pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, com a colaboração dos Institutos dos Estados, e aprovados pelo Governo”.

Com a aprovação do Regulamento da Ordem dos Advogados do Brasil, pelo Decreto 20.784 de 14 de dezembro de 1931, Plínio Barreto foi eleito em 22 de janeiro de 1932 para providenciar a organização da Ordem dos Advogados Brasileiros, no Estado de São Paulo.

Plínio Barreto, advogado, jurista, jornalista, presidente do então denominado Instituto da Ordem dos Advogados de São Paulo, cumpriu sua missão de instalação da OAB, mesmo diante da Revolução Constitucionalista, pois iniciou o trabalho de inscrição dos advogados, e organizou a eleição da diretoria e conselho.

O Instituto, também por eleição, indicou 11 do total de 21 conselheiros da OAB, sendo os demais eleitos em assembleia da própria OAB, sendo certo que a grande maioria eram membros do Instituto da Ordem dos Advogados de São Paulo que veio a alterar o seu nome para Instituto dos Advogados de São Paulo diante da instalação da OAB.

Como não poderia ser diferente, o Instituto dos Advogados e a OAB sempre mantiveram hígidos os seus laços, especialmente pelo propósito de defesa do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos, dos direitos e interesses dos advogados, bem assim da dignidade e do prestígio da classe dos juristas em geral.

E mesmo com os olhos postos na lição do filósofo grego Hermógenes que “são os

homens e não as leis que precisam mudar. Quando os homens forem bons, melhores serão as leis. Quando os homens forem sábios, as leis por desnecessárias, deixarão de existir. Mas isto, será possível somente, quando as leis estiverem escritas e atuantes no coração de cada um de nós”, na incansável perseguição pelo justo e pelo correto, é o advogado que representa o cidadão.

José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro

Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo

MANIFESTAÇÕES E DISCURSOS

A MAGNITUDE DO PROCESSO ELEITORAL

JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO

Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP

A magnitude do processo eleitoral, a que foi submetido o Brasil, colocou um holofote sobre alguns desafios para os próximos quatro anos. Algumas lições remontam a tarefas elementares, e que nunca foram feitas, como a diminuição dos gastos públicos. Outras tarefas surgem como um consenso, tais como a reforma política.

O sentimento de retomar uma união nacional, manifestados nos discursos dos então candidatos, Aécio Neves e Dilma Rousseff, logo após o resultado das eleições, decorre de uma natural polarização de segundo turno, na qual o eleitor deve escolher um dos dois nomes, uma das duas propostas.

E o debate, por mais deficiente que tenha sido, e de fato foi deficiente, fez aflorar a real necessidade de mudança, o que impulsionou a Presidente Dilma Rousseff, agora reeleita, a prometer “ser a Presidente das reformas que o país precisa.”

E não são poucas as reformas estruturais que o país precisa.

Conseguir realizá-las dependerá, como sempre, do apoio do Congresso Nacional, o que poderá ocorrer se a base do governo conseguir mobilizar os representantes dos novos partidos eleitos.

É evidente que o cenário atual é de incerteza, diante da diminuição de representação da base do governo.

Portanto, a primeira lição do “novo governo” será definir uma agenda institucional conjunta, que tenha a condição de atender o interesse público e motivar os representantes eleitos pelo povo.

E, já nesta primeira tarefa, haverá um imenso desafio no que tange ao conteúdo da reforma política que se pretende, tais como medidas que qualifiquem a representatividade dos partidos, destacando-se a cláusula de barreira. Além de adequar a questão jurídica, lembrando a declaração de inconstitucionalidade da cláusula de barreira pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.351/DF, é de se ressaltar que determinadas medidas podem ser contrárias aos interesses dos recém-eleitos por partidos de menor representatividade.

Nesse sentido, a estratégia de convocar um plebiscito, com a ressalva do correto encaminhamento da questão a ser respondida pela sociedade, pode servir de antídoto

para neutralizar oposições contrárias ao interesse público.

Contudo, paralelamente, haverá a necessidade de promover medidas que verdadeiramente garantam a liberdade de expressão e o combate à corrupção.

A autonomia dos órgãos de fiscalização e controle são fundamentais para que haja condições políticas, não somente para governar, mas de implementar as medidas que garantam estabilidade e desenvolvimento, tais como as reformas política, tributária, administrativa objetivando tornar a gestão pública mais transparente, mais eficiente, menos onerosa, e que haja um incentivo ao empreendedor, diminuindo a burocracia e a informalidade, como se fez com a edição do SuperSimples.

Mas, esse foco poderá ser perdido com o resultado dos processos de apuração de corrupção em curso.

Nesse sentido, a correta utilização do instrumento de delação premiada, e a lisura na condução dos processos judiciais, terão papéis preponderantes nesse novo cenário político.

É elementar o respeito à garantia do sigilo dos processos judiciais, tanto quanto a probidade que se espera de qualquer cidadão, especialmente daquele que é representante da sociedade, e administra a coisa pública.

Por essas razões, evidencia-se a relevância da Advocacia e do Poder Judiciário no aprimoramento da nossa democracia, nossos portos seguros, que tanto soluciona os conflitos de natureza privada, quanto garante o equilíbrio nas grandes questões nacionais.

O cenário é de um Poder Judiciário abarrotado por quase 100 milhões de processos, a maioria por causa do Poder Público e dos grandes litigantes de massa num contexto de insegurança jurídica e deficiência na prestação de serviços ao cidadão, cujo Supremo Tribunal Federal tem a fundamental missão de controle de constitucionalidade das normas, e, de julgar ações penais originárias.

Tal contexto demonstra a importância da composição do STF, especialmente diante de vagas abertas por aposentadoria não constituem um fato inesperado, mas com data certa e determinada em virtude do limite de idade de 70 anos.

Atualmente, sem a indicação do nome na vaga aberta pela saída do Ministro Joaquim Barbosa, há uma interferência indevida do Poder Executivo no Poder Judiciário que fica impedido de decidir questões como as causas relativas aos planos econômicos, pois atualmente não há quórum para o julgamento.

E para os desafios que se avizinham, tanto aqueles destacados, como os que ainda não puderam ser vislumbrados, o Supremo Tribunal Federal será o divisor de águas para garantir a ordem política e jurídica.

José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro

Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo

MANIFESTAÇÕES E DISCURSOS

SOLENIDADE DE POSSE DOS
MAGISTRADOS APROVADOS NO
184º CONCURSO DE PROVAS E TÍTULOS
PARA INGRESSO NA MAGISTRATURA

RICARDO CHOLBI TEPEDINO

Conselheiro da OAB seção São Paulo.
Associado Efetivo do IASP.

Exmo. Desembargador José Renato Nalini, eminente Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, em nome de quem saúdo todas as ilustres autoridades presentes; meus caros colegas de banca do centésimo octogésimo quarto concurso de ingresso na magistratura paulista; minhas senhoras e meus senhores e, acima de tudo, prezadíssimos doutores que hoje serão investidos no cargo de juízes substitutos, pois vocês são, indubitavelmente, os protagonistas da tarde de hoje, e a vocês em especial me dirijo.

Uma tarde com certeza memorável na vida de cada um, porque ela marca uma vitória, num concurso difícilíssimo, longo, estafante, uma verdadeira gincana jurídica, onde a sorte certamente auxilia, como em tudo nessa vida, mas que não se vence sem um grande esforço pessoal – basta lembrar que naquele domingo, 1º de setembro de 2013, mais de 12.000 pessoas se dividiram nos andares de um campus na Barra Funda para prestar a primeira prova, mas somente 108 chegaram aqui, a lembrar a máxima do Evangelho de que se muitos são chamados, poucos são os escolhidos. Parabéns pelo triunfo e pela conquista pessoal merecida.

Penso que além da celebração de um êxito, a cerimônia de hoje representa, na vida de cada um de vocês, um rito de passagem: a partir de agora vocês deixam a advocacia, que aqui tenho a honra de representar, e, ao que tudo indica, por muito tempo – por décadas. A partir de hoje, os senhores são magistrados, integrantes do Poder Judiciário do mais importante Estado da federação.

Parabéns, novamente: o Poder Judiciário é seguramente o mais augusto dos poderes do Estado, até porque investido dele, os senhores exercerão na terra uma função divina, que é a de julgar. Que Deus os abençoe nessa belíssima missão a que agora vocês se entregam.

Sobre o Judiciário, recorro a Pedro Lessa, um expoente da magistratura do início do século XX, e à sua obra que dentre de meses completará um século, intitulada *Do Poder Judiciário*. Nascido embora em Minas Gerais, radicou-se Pedro Lessa em São Paulo desde que ingressou nas Arcadas, e aqui fez fulgurante carreira de advogado, até ser nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal, onde pontificou por 3 lustros. Naquele opúsculo, invocando o jurista francês Esmein, assevera que “cronologicamente é o judiciário o primeiro poder que aparece na sociedade, pois é pela administração da justiça que se satisfaz a primeira necessidade social, sentida pelas primitivas agremiações humanas, quando não existem ainda normas jurídicas, nem sequer os chefes das tribos já conservam em tempos de paz os seus poderes de comando, o que quer dizer que ainda não se esboçara o poder

legislativo, nem o executivo”.

Mais adiante, o notável Lessa, agora se abeberando na doutrina norte-americana, afirma que o Judiciário, no mecanismo da república, tem o papel de roda mestra.

Mas, se de fato, é indubitosa a majestade desse Poder do qual agora os senhores, por méritos próprios, encarnarão, não é nada fácil o seu exercício, a exigir não somente inspiração, mas muita transpiração; não somente talento, mas temperança. E não só: o exercício do poder requer equilíbrio, pois não é pequena a tentação do convite que lhes fará a soberba.

Nesta sala há muitos exemplos de magistrados que podem lhes servir de orientação na caminhada que agora os senhores iniciam – dentre tantas opções, peço vênias então para lhes recomendar como modelo a seguir o do eminente Presidente Nalini, que, mercê das peregrinas virtudes de homem e de jurista, honra o Judiciário paulista, a cuja chefia chegou merecidamente ao cabo de quase 4 décadas na carreira. O Des. Nalini não é apenas um bom juiz, no sentido de bom aplicador da lei – é um juiz comprometido com o seu tempo, é um juiz, e isso tenho o dever institucional de registrar, que reconhece e prestigia o papel do advogado na distribuição da justiça.

Os senhores são juizes do século XXI. Juizes de uma nova era, da era do chamado ativismo judicial, que dá ainda maior relevo ao Judiciário do que aquele decantado por Pedro Lessa; da era do primado da boa-fé objetiva; do respeito intransigente à dignidade da pessoa humana e às suas diferenças. Dir-se-á que todos esses são conceitos nascidos e nutridos no século passado, é se dirá a verdade. Mas é agora, é mais recentemente, que eles deixaram a dogmática para se transformar em realidade palpável e cotidiana – eu mesmo, formado há 29 anos, quando me recordo dos meus primeiros tempos de advocacia nos anos 80 mais parece que estou tendo alguma visão mediúnica de uma outra encarnação, vivida em outra época, em outra sociedade, em outra cultura

Sobretudo ao juiz do século XXI, em especial a um juiz de São Paulo, cujo Judiciário se acha sitiado por um exército de processos em andamento – mais de 25 milhões de feitos! - se espera especialmente *efetividade*, ainda que com sacrifício da erudição e das perfeições de forma. A sociedade clama por justiça, e caberá aos senhores prestá-la com a celeridade possível, missão árdua para qual lhes desejo todo êxito.

Longe dos tempos de Ruy Barbosa, quando discurso que se prezasse tinha de ter ao menos hora e meia – e os dele, as vezes para desespero da audiência, eram ainda bem mais bem compridos – a principal qualidade dos de hoje não é tanto a eloquência, mas a brevidade. Se não posso assegurar a primeira, é fácil lhes brindar com a segunda, até porque hoje o dia é dos novos juízes de São Paulo, a quem, como integrante da banca do concurso e como representante da classe dos advogados, saúdo a chegada.

Mas nem tão breve assim, sinto desapontá-los! Antes de encerrar, tenho de agradecer, e tenho a pedir.

Agradeço, inicialmente, ao Dr. Marcos da Costa, Presidente da Seccional paulista da Ordem dos Advogados do Brasil, que me honrou com a indicação do meu nome para fazer parte da banca; ao egrégio Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, que homologou essa indicação; aos eminentes Desembargadores, titulares e suplentes, que compuseram a banca, e que me acolheram no seu seio fraternalmente – muito obrigado, de coração, aos senhores a quem hoje me regozijo ao chamar de amigos; ao meu suplente, colega e amigo, Dr. Flavio Pereira Lima, que muitas vezes me substituiu; aos dedicados e competentes funcionários que auxiliaram a comissão.

Mas o meu maior agradecimento é aos participantes do concurso: os que, vitoriosos, lograram chegar aqui, mas também aos que ficaram pelo longo caminho desse certame – muito obrigado por ter partilhado comigo desse momento especialíssimo de minha carreira como advogado, que foi a de ter composto a banca do concurso para ingresso na magistratura paulista, uma experiência formidável e uma honra para mim que os senhores talvez não possam dimensionar. Para mim, que cheguei a São Paulo há 19 anos e a adotei como minha, essa participação foi também uma conquista.

E a vocês, meus caros vitoriosos do centésimo octogésimo quarto concurso de ingresso na magistratura paulista, o pedido. No exame oral, coube a mim argui-los por primeiro – assim, era comigo que começava o canhoneio, e eu posso fazer ideia de quão difícil era vencer a bateria que disparava do planalto sobre o indefeso candidato situado na planície. Procurei, na medida do possível, dar ao menos tempo para que os senhores melhor se acomodassem, para que se sentissem mais confortáveis para arrostar a artilharia que estava por vir: após saudá-los, fazia uma pergunta bem simples, dessas cuja resposta ninguém poderia desconhecer. Espero que com isso lhes tenha ajudado, era esse o meu propósito.

A minha primeira saudação era invariavelmente respondida por um *Boa Tarde Excelência*, pronome de tratamento que as circunstâncias me emprestaram efemeramente. As coisas agora se invertem: esse pronome é agora dos senhores; eu, com todos os meus colegas de classe, volto à simples senhoria e à planície, de onde continuo a postular a jurisdição junto a Vossas Excelências e a seus colegas da magistratura. Assim, o que lhes peço é que quando um advogado entrar no seu gabinete para um despacho e lhes disser um *Boa Tarde Excelência*, que o recebam com a acolhida que, sem sair do meu dever de examinador, assim como vocês no de juízes, procurei lhes dar no concurso.

Concluo então – e finalmente! – com a honra de ser o primeiro advogado a lhes dirigir essa respeitosa saudação: Boa tarde, excelências! Que a carreira que hoje se inicia seja longa, profícua e portadora de alegrias e realizações.

Muito obrigado.

São Paulo, 13 de outubro de 2014

RICARDO CHOLBI TEPEDINO

MANIFESTAÇÕES E DISCURSOS

ORAÇÃO AOS MEUS AMIGOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PAULO BOMFIM

Decano da Academia Paulista de Letras.

*Na aurora dos novos tempos
Os amigos se reúnem
E a praça vai se povoando
Da revoadada de lembranças
E da presença sonhada
Dos dias que vão nascer!
No Tribunal de Justiça
Quanta saudade habitando
Os salões e os corredores,
Entre a voz dos que partiram
E a juventude que surge
Das arcadas do porvir!
Na aurora dos novos tempos
Evocações vão descendo
Escadarias de mármore!
Falam os velhos retratos,
Ouve-se a vos das paredes,
Peregrinação de andares,
Espelhos evocam sonhos,
Flutuam togas no tempo
E na espada de São Paulo
A balança da justiça
Reflete a alma da terra!
Contemplando vossos rostos
Gravo os olhares que ficam
Na emoção deste momento!
Ilumina-se o Palácio
Com luzes do alvorecer,
O futuro está chegando
E os passos não são perdidos;
No recordar das comarcas,
No dourado das plenárias,
Em vossas mãos colocamos
A esperança que renasce,
O ideal de Piratininga,
O brio de nossa gente,*

*A confiança que desponta
Na aurora de novos tempos!*

PAULO BOMFIM

MANIFESTAÇÕES E DISCURSOS

AGRADECIMENTO NA HOMENAGEM PRESTADA PELA FIESP

NEWTON DE LUCCA

Desembargador Federal. Ex-Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
Associado Colaborador do IASP.

Fiquem tranquilos todos. Não farei nenhum discurso, proferindo, apenas, meras palavras de agradecimento, permeadas com citações de versos que me ajudaram a viver... Quem não sabe fazer orações, nem perorações como eu, só pode mesmo valer-se do talento dos outros, quer para iniciar, quer para concluir...

E aqui me permito lembrar a história de um discurso proferido por um saudoso professor que tive no passado, Norton Severo Batista, ex Diretor do Colégio Rio Branco e um dos grandes tribunos que conheci...

De tal modo ele interpolava, entre os numerosos nomes que precisava citar, trechos de poemas de rara beleza, que um longo discurso, enfadonho e difícil de se ouvir, ele o tornara extremamente elegante e agradável, coisa que este seu ex aluno, evidentemente, jamais conseguirá fazer nestas pálidas e canhestras linhas que se seguem...

Tento registrar, por isso, de forma singela e genérica, meu sincero agradecimento aos que tanto auxílio me deram e tantas homenagens me prestaram, pedindo, desde logo, sinceras escusas pelas inumeráveis omissões que irei cometer. Espero que sejam perdoáveis, pois serão muitas...

Como declinar aqui e agora mais de uma centena de nomes de pessoas e entidades, que me apoiaram de maneira deveras invulgar, já que, como diria o Poeta:

Meu ser evaporou na lida insana...

Do tropel das paixões que me arrastava;

Ah! cego eu cria, ah! mísero eu sonhava

Em mim quase imortal a essência humana.

Abstenho-me de mencionar, igualmente, datas, nºs de portarias e de decretos editados, com o evidente propósito de tornar esta minha fala um pouco menos sensaborana. Deus me livre do risco da autocongratulação, tão recorrente neste nosso mundo jurídico...

Devo dizer, aliás, que o único belo discurso preparado ao longo da minha vida --- se é que era belo mesmo --- eu não pude pronunciá-lo quando ele seria pertinente, sendo esta oportunidade serôdia demais para fazê-lo...

E para ilustrar como assim é a vida, valho-me da "História antiga", de Raul de Leoni:

*"No meu grande otimismo de inocente,
Eu nunca soube por que foi... um dia,
Ela me olhou indiferentemente,
Perguntei-lhe por que era... Não sabia...*

*Desde então, transformou-se de repente
A nossa intimidade correntia
Em saudações de simples cortesia
E a vida foi andando para frente...*

*Nunca mais nos falamos... vai distante...
Mas, quando a vejo, há sempre um vago instante
Em que seu mudo olhar no meu repousa,*

*E eu sinto, sem no entanto compreendê-la,
Que ela tenta dizer-me qualquer coisa,
Mas que é tarde demais para dizê-la..."*

Já a gratidão, meus caros amigos, nunca é tarde para manifestá-la, motivo pelo qual peço vênha e paciência para que possa dizer o quanto sou grato aos que se fazem presentes nesta noite tão especial para mim...

Sintam-se todos, por favor, afetuosa e carinhosamente abraçados por este que lhes fala, independentemente de ouvirem seus nomes aqui solenemente proclamados...

Seja-me permitido iniciar pelo nosso anfitrião, Dr. Paulo Skaf, a quem devo muito do êxito obtido, especialmente no que se refere aos trabalhos desenvolvidos em prol da conciliação. Dando-me mais uma das suas inequívocas demonstrações de amizade, não hesitou um minuto sequer em nos oferecer este jantar, não para que me fosse prestada uma homenagem, como generosamente está sendo dito e feito, mas para que pudesse agradecer, simplesmente agradecer --- de coração aberto e simples, como sempre foi o meu --- a todos aqueles que me apoiaram, que me incentivaram --- e até mesmo me consolaram --- no árduo, penoso e espinhoso período de exercício da presidência.

Mas não posso deixar de fazer, especificamente, ainda que incompletos, os seguintes agradecimentos especiais:

ao Excelentíssimo Senhor Vice-Presidente da República, aqui presente, jurista Michel Temer, que, no exercício da Presidência da República, para ficar num único exemplo, compreendendo o enorme desfalque do nosso Tribunal, nomeou cinco desembargadores de uma única vez...

ao Excelentíssimo Senhor Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Ricardo Lewandowski, também aqui presente, que, entre tantas coisas, me acolheu por diversas vezes em seu gabinete de trabalho, aconselhando-me no que era preciso e visitando nosso Tribunal para colher sugestões para a elaboração de uma futura Lei Orgânica da Magistratura;

aos Excelentíssimos Senhores Ministros do Superior Tribunal de Justiça, Antônio Carlos Ferreira e Paulo Dias de Moura Ribeiro, amigos e conselheiros, que também se deslocaram de Brasília para me brindar com suas presenças;

ao Excelentíssimo Senhor Advogado-Chefe da Advocacia Geral da União, Ministro Luiz Adans, aqui representado pelo Prof. Otávio Luiz Rodrigues Júnior, meu companheiro de USP, pela extraordinária e eficiente colaboração prestada na defesa dos interesses do Tribunal, seja perante o Conselho Nacional de Justiça, seja perante a própria justiça Federal de outros Estados da nossa Federação; idêntico agradecimento, eu o faço ao Dr. Tércio Issami Tokano, Procurador Geral da União, aqui da nossa 3ª. Região;

ao Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado da Defesa, pela outorga da Ordem do Mérito Militar, no grau de Comendador no Corpo de Graduados Especiais;

ao Excelentíssimo ex presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Eminentíssimo Desembargador Ivan Sartori, também aqui presente, pela outorga do “Colar do Mérito Judiciário”, cabendo fazer o mesmo agradecimento à Eminentíssimo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª. Região, Desembargadora Maria Doralice Novaes, a outorga do grau de Grã-Cruz; (se Deus quiser, futura Ministra do nosso Superior Tribunal do Trabalho); também aqui presente... e ao Eminentíssimo Desembargador Flávio Allegretti de Campos Cooper, Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª. Região, pela amável entrega de idêntico Colar, também aqui presente;

(bem, acho que deixarei de lado, doravante, o também aqui presente, pois percebo, para alegria minha, que todos, ou quase todos, vieram... Haja coração!...

Ao Tribunal de Justiça do Estado do Pará, pela outorga do grau de Grande Oficial da Ordem do Mérito Judiciário;

Ao Dr. Nelson Faria de Oliveira, Fundador e Secretário Geral da Comunidade de Juristas da Língua Portuguesa, pela amável acolhida dada à minha pessoa e ao Tribunal Regional Federal, tanto quando estive fazendo palestra na Faculdade de Direito de Lisboa, como quando a nossa Corte de Justiça foi homenageada pela Câmara Municipal de São Paulo. Acho que o “também aqui presente,” volta a valer, neste caso, já que o Dr. Nelson reside na ocidental praia lusitana...

À Ordem dos Advogados do Brasil e ao Presidente do seu Conselho Federal, Dr. Marcus Vinicius Furtado Coêlho, nesta noite representados pelo presidente da OAB, Seção de São Paulo, Dr. Marcos da Costa, tanto pela colaboração prestada como pela homenagem daquele Egrégio Conselho pelos relevantes serviços prestados à Cidadania e ao Estado Democrático de Direito, agradecimento que estendo aos professores doutores Márcio Kayatt e Roberto Rosas que, de forma tão generosa, naquela oportunidade me saudaram; igual agradecimento à Conselheira Federal, Dra. Tallulah Kobayshi de Andrade Carvalho, assim como ao eminente advogado e amigo, Carlos Maluf Sanseverino, Presidente da Comissão Nacional de Direito Ambiental. A ele devo, também, a amável outorga do Prêmio de Mérito Ambiental Stela Prado;

Ao Dr. Ruy Altenfelder, presidente do CIEE – Centro de Integração Empresa-Escola, quando me outorgou o Troféu Integração ;

Ao Senhor Superintendente Regional da Polícia Federal de São Paulo, Delegado Roberto Troncon Filho, pela homenagem da Polícia Federal em reconhecimento pela busca constante do aperfeiçoamento do Poder Judiciário e pela defesa do Estado Democrático de Direito.

Ao Comando da Aeronáutica brasileira, tanto pela outorga da Medalha Mérito Santos-Dumont, quanto pelo diploma de Membro Honorário da Força Aérea Brasileira;

Aos numerosos municípios do Estado de São Paulo, entre eles os de Araçatuba, Botucatu, Catanduva, Limeira e Taubaté, que me receberam como seu Hóspede Oficial, quando lá estive inaugurando Varas Federais e Juizados Especiais Federais;

À Câmara Municipal de São Paulo, tanto pela Ordem Cruz do Anhembi no Grau Grão-Colar, outorgada pela Sociedade Amigos da Cidade, quanto pela salva de prata conferida ao Tribunal Regional Federal;

À 2ª Circunscrição Judiciária Militar e à Academia Brasileira de Arte, Cultura e História, pela outorga do Colar D. João VI;

Ao Egrégio Conselho da Justiça Federal, pela homenagem aos relevantes serviços prestados durante o mandato como Conselheiro, no biênio 2012/2014.

Ao Senhor Presidente da Caixa Econômica Federal, Dr. Jorge Hereda, aqui representado pelo seu Diretor Jurídico, Dr. Jailton Zanon da Silveira, pela incomparável ajuda prestada, valendo lembrar aquela que, no apagar das luzes do ano passado, me permitiu a aquisição de dois quadrantes da Torre Norte, valendo dizer que mais de oito milhões de reais teriam sido perdidos não fosse a decisiva e extraordinária colaboração da entidade;

À imprensa séria deste País, aqui representada pelos Drs. Carlos Araújo e Camargo Aranha, da Rede Globo; do Dr. Zacarias Pagnanelli, Diretor Executivo da Rede Record; do Dr. Márcio Chaer, do Consultor Jurídico; dos Drs. Orpheu Santos Salles e Tiago Salles da Revista Cidadania & Justiça; e da Dra. Carmela Grüne, do Jornal Estado de Direito; todos eles representam o antônimo do “jornalismo trapeiro” a que me referi no discurso de posse e que tanta fúria despertou nos “bandoleiros de plantão”, expressão esta última que mais fúria ainda despertou;

Ao Banco do Brasil, aqui representado pelo seu Gerente de Governo, Dr. Evaldo Borges, sempre sensível às solicitações do nosso Tribunal;

Ao advogado e amigo, Dr. José Manssur, presidente do Conselho Deliberativo do Esporte Clube Pinheiros, pelas homenagens prestadas a este veterano pinheirense, que ora volta a frequentar os encantos do nosso clube;

À Juíza Federal, Leila Paiva, pelo exaustivo trabalho diário que teve, sempre até muito tarde, para que fosse possível inaugurar dezenas de Juizados Especiais Federais e de Varas Federais, nos Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul. Em nome dela, saúdo a todos os magistrados federais que me ajudaram de forma absolutamente decisiva;

Registro, agora, agradecimento muito especial aos colegas do Tribunal, que tanto me apoiaram, destacando, exemplificativamente:

À desembargadora federal Marisa Santos, pela brilhante condução dos trabalhos à frente dos Juizados Especiais Federais;

À desembargadora federal Daldice Santana, pela meritória atividade de comando do Gabinete da Conciliação, com excelentes resultados obtidos, merecedores de prêmios consecutivos outorgados pelo Conselho Nacional de Justiça;

Ao Desembargador Federal Mairan Maia, pelo belíssimo trabalho levado a cabo na direção da nossa Escola da Magistratura Federal;

Ao Desembargador Federal Antônio Cedenho, pelo empenho em levar adiante a Revista do nosso Tribunal, hoje reconhecida e citada por juristas e professores...

Ao Desembargador Federal Cotrim Guimarães, pela brilhante condução do 17º Concurso de Ingresso à Magistratura Federal;

Aos desembargadores federais, Fábio Prieto, hoje presidente da nossa Corte, Therezinha Cazerta e Johansom di Salvo, pela extraordinária colaboração prestada nos trabalhos do E. Conselho da Justiça Federal da 3ª. Região;

À desembargadora federal, Consuelo Yoshida, pelo belo trabalho desenvolvido à frente da Comissão do Meio Ambiente do nosso Tribunal;

Aos presidentes das entidades de classe, AJUFE e AJUFESP, Desembargador Nino Toldo e juiz federal Paulo Cezar Neves Jr., respectivamente, pelo diálogo constante e pelo respeito que sempre tiveram para com o presidente do Tribunal no trato dos problemas relacionados à Justiça Federal;

Agradeço, ainda, a Universidade de São Paulo, na pessoa do seu Secretário Geral, Prof. Ignácio Poveda Velasco, representando o Magnífico Reitor, Dr. Marco Antônio Zago, assim como agradeço à querida Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, aqui representada pelo seu Diretor, José Rogério Cruz e Tucci, pelo seu vice-diretor, Prof. Renato de Mello Jorge Silveira, além da Profª. Paula Forgioni, Chefe do Depto. de Direito Comercial

ao qual pertenço, desde o já distante ano de 1972.

Se mais não pude me dedicar ao nosso “Templo do Direito”, de que nos falava Ruy Barbosa, foi por causa dos meus deveres como presidente do Tribunal.

E quantos nomes não faltaram e não faltarão, ainda, nesta minha descosturada arenga? Mas, esquecer?... quem há-de?... como diria o poeta...

- Eloísa de Souza Arruda, Secretária da Justiça do Estado de São Paulo;
- Desembargador José Renato Nalini, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;
- Desembargador Paulo Adib Casseb, Presidente do Tribunal Militar de São Paulo;
- Presidentes da AASP e do IASP: Sérgio Rosenthal e José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, respectivamente;
- Prof^a. Samantha Meyer, coordenadora deste evento, em nome de quem também saúdo a enorme plêiade de professores de Direito, aqui presente, assim como me permito saudar, em nome do E. Ministro Francisco Rezek, todos os meus amigos e demais autoridades não especificamente citadas...

Também desejo agradecer aos colegas que tão bem souberam entender a postura humilde com que procurei marcar a minha gestão, não me deixando seduzir, em nenhum momento, pelos esplendores pirotécnicos do cargo. Sempre serviram à maravilha, para mim --- e continuarão a servir, se Deus quiser --- aqueles versos do saudoso poeta Cassiano Ricardo, na metáfora do cego do realejo, com seu pássaro, a desvendar o seu próprio futuro:

*“Que eu seria parente dos pássaros
(e eu sou mesmo)
Por causa da asa, irmã do meu pensamento.
Que o santo de minha predileção
Seria S. Francisco de Assis.
Realmente, S. Francisco é o meu santo.
(Aquele com quem aprendo a ser simples,
Simples como a água, e irmão do pirilampo.)
Que os meus maiores inimigos
seriam a complicação, o ornato,
O colarinho duro, o parnasianismo*

*e a gravata,
e --- de fato --- a minha luta
é a da humildade
contra a complicação, o ornamental,
o excesso.
Sou um bicho de concha
sem nenhuma fosforescência.)”*

Ao cabo de tudo, alguns julgarão que terei chegado muito entristecido desta minha longa jornada, é verdade, com efeito, que por muitas vezes, quem me acompanhava era a amargura daqueles versos de Camões:

*No mais, Musa, no mais, que a lira tenho
Destemperada e a voz enrouquecida;
E não do canto, mas de ver que venho,
Cantar à gente surda e endurecida;
O favor com que mais se acende o engenho,
Não no dá a Pátria, não, que está metida
No gosto da cobiça e da rudeza,
Duma austera, apagada e vil tristeza...*

Ou, então, era o desencanto daqueles outros versos de nosso romântico condoreiro, Castro Alves:

*Auriverde pendão de minha terra,
Que a brisa do Brasil beija e balança,
Estandarte que a luz do sol encerra
E as promessas divinas da esperança...
Tu que, da liberdade após a guerra,
Foste hasteado dos heróis na lança
Antes te houvessem roto na batalha,
Que servires a um povo de mortalha!...*

*Fatalidade atroz que a mente esmaga!
Extingue nesta hora o brigue imundo
O trilho que Colombo abriu nas vagas,*

*Como um íris no pélagos profundo!
Mas é infâmia demais! ... Da etérea plaga
Levantai-vos, heróis do Novo Mundo!
Andrada! arranca esse pendão dos ares!
Colombo! fecha a porta dos teus mares!*

Outros julgarão que terei chegado extenuado e desesperançoso, sem ter logrado aprender nada num ambiente tão avesso aos que gostam de agir e de refletir com humildade...

E julgarão mal, já que posso dizer, com Norberto Bobbio, que:

"Da observação da irredutibilidade das crenças últimas, extraí a maior lição da minha vida. Aprendi a respeitar as ideias alheias, a deter-me diante do segredo de cada consciência, a compreender antes de discutir, a discutir antes de condenar. E porque estou com disposição para as confissões, faço mais uma ainda, talvez supérflua: detesto os fanáticos com todas as minhas forças."

E porque me mantive a confortável distância daqueles que se deixam levar pelos arroubos do fanatismo, da prepotência, e da arrogância empedernida, posso dizer que certas expressões como: orgulho, vaidade, cobiça, inveja, vingança e quejandos tornaram-se, no vocabulário da alma, simples arcaísmos, já sem nenhuma significação para mim...

Também estou feliz por me achar naquela condição de Dante Alighieri, descrita no final do Canto V, da Divina Comédia, em que o poeta, guiado pelas mãos de Virgílio, escreve versos considerados como dos mais belos da grandiosa obra:

*"salimmo sú, el primo e io secondo
tanto ch'í' vidi de le cose belle
che porta 'l ciel, per un pertugio tondo
E quindi uscimmo a riveder le stelle."*

Ou, se se preferir em vernáculo:

*"E então saímos nós, primeiro ele
eu atrás, lá do céu as coisas belas*

*pela pequena fresta vislumbramos
e então pudemos contemplar estrelas."*

Agora sei que, cumprida a áspera missão do meu mandato, já posso rever as estrelas do céu... Mais do que isso, acho que posso dizer que estou voltando àquela que há de ser a maior dedicação da minha vida: à família, à poesia e a Deus...

Enfim, meu muito obrigado emocionado
a todos...

São Paulo, 12 de maio de 2014
NEWTON DE LUCCA

MANIFESTAÇÕES E DISCURSOS

AGRADECIMENTO PELA MEDALHA RUI BARBOSA

PAULO ROBERTO DE GOUVÊA MEDINA

Conselheiro Federal da OAB de Minas Gerais.

Ao conferir-me a Medalha Rui Barbosa, o Conselho Federal proporcionou-me a maior emoção da minha vida de advogado e professor universitário. Tive oportunidade de expressar este sentimento na memorável sessão de 10 de fevereiro do corrente ano, quando, em calorosa aclamação, o plenário acolheu a proposta respectiva, subscrita por grande número de Conselheiros. Agradecendo, na ocasião, as palavras do colega José Norberto Lopes Campelo, porta-voz da moção indicando meu nome para a suprema honraria, e as manifestações do Presidente Nacional da OAB, Marcus Vinicius Furtado Coelho, do Presidente da Seccional de Minas Gerais, Luís Cláudio da Silva Chaves e dos representantes de todas as delegações presentes, externei meu profundo reconhecimento pela distinção e, aqui, o reitero, penhorado.

Meu estado d'alma, desde então, elevou-se ao nível mais alto a que pode conduzir a sensibilidade humana e agora transborda, na apoteose desta XXII Conferência Nacional dos Advogados, em que nos reunimos e nos fortalecemos, sob a égide de dois ícones da advocacia, Evandro Lins e Silva e Heleno Cláudio Fragoso – patronos do evento – e sob a inspiração do eminente jurista Paulo Bonavides, nosso homenageado especial. Sinto-me, naturalmente, lisonjeado pelo galardão que passo a ostentar. Mas, longe de envaidecer-me, o momento que vivo mostra-me o quanto é modesto o agraciado para tão nobre insígnia. Só consigo superar esta contradição íntima, que me confunde e me perturba, fugindo da posição desvanecedora, mas imerecida, em que me vejo colocado, para ceder lugar, no foco desta homenagem, aos advogados de Minas Gerais, de ontem e de hoje, dos quais passo a ser, assim, simples representante nesta hora – se isso já não for muito. É, realmente, à altiva tradição jurídica de que se orgulha o meu estado que devem ser creditadas as glórias da Medalha Rui Barbosa. Foi essa tradição construída e consolidada ao longo do tempo, desde Bernardo Pereira de Vasconcelos - que fundou os alicerces das instituições imperiais, como Rui o faria em relação à República - e Lafayette Rodrigues Pereira - que o nosso patrono considerava o maior jurisconsulto do seu tempo -, até chegar aos que hoje militam nos auditórios de Minas ou cultuam o Direito nas suas academias, passando por tantos nomes que ilustraram as letras jurídicas do país ou tornaram-se figuras modelares da advocacia, como foi o caso de três detentores da imponente Medalha – Heráclito Fontoura Sobral Pinto, Dario de Almeida Magalhães e José Ribeiro de Castro Filho. Quis o destino que me coubesse assumir, no triênio que marca a profícua gestão do nosso *bâtonnier* Marcus Vinicius, a condição de depositário da maior honraria conferida pela Ordem dos Advogados do Brasil, em nome da imensa grei formada pelos homens de Minas dedicados ao Direito.

É assim que a recebo, é com este espírito que procuro ser digno da honrosa condecoração. Passo a figurar, deste modo, no elenco dos mineiros que tiveram o privilégio de ser contemplados com a maior distinção da classe, vendo ao meu lado – o que só aumenta a responsabilidade de honrá-la – os eminentes colegas Agesandro da Costa Pereira e José Afonso da Silva, que, nascidos em Minas Gerais, realizaram suas brilhantes carreiras, respectivamente, nos estados do Espírito Santo e de São Paulo.

Outra circunstância que me conforta e me dá, ao menos, a ilusão de poder suportar o peso dessa Medalha, é a de que ela cai sobre o peito de um discípulo do seu patrono.

Reporto-me, nesta manhã, em que a memória afetiva se aguça, a tempos que já vão longe, ao remoto ano de 1949, quando, ao ensejo das comemorações do centenário de Rui Barbosa, veio-me às mãos um livro precioso – *Rui, pequena história de uma grande vida* –, de autoria da consagrada escritora e poetisa Cecília Meireles. O pequeno volume da grande obra teria influência decisiva na minha formação. Ele descortinou para mim o papel representado na nossa história pelo eminente vulto da nacionalidade e abriu caminho para outras muitas leituras em torno da sua vida. Mas, sobretudo, indicou-me o rumo da vocação, despertando, cedo ainda, o desejo de tornar-me advogado. Hoje, no outono da existência, decorridos cinquenta e dois anos desde a minha graduação em Direito, posso, como o personagem de Machado de Assis, *atar as duas pontas da vida*, sentindo o orgulho de ver coroada uma longa trajetória, como estudioso e aplicador do Direito, ao receber a Medalha que tem o nome daquele que, na altura dos meus dez anos, me fez compreender a grandeza da profissão que iria abraçar.

De Rui Barbosa, da sua obra opulenta, do seu ideário liberal, da sua atuação paradigmática como advogado das liberdades públicas, tive ocasião de falar, recentemente, por designação do Presidente Marcus Vinicius Furtado Coelho, na sessão realizada pelo Conselho Federal, em Salvador, a 25 de novembro de 2013. Não me cabe rememorar, neste ato, o que procurei expor na terra do nosso patrono nem seria isso necessário, de tal modo é conhecida a sua pregação cívica pelos advogados brasileiros. Quero, apenas, salientar a atualidade da luta empreendida por Rui em defesa dos princípios mais caros à nossa classe e em favor das prerrogativas de que os advogados sempre foram ciosos.

Na *Oração aos Moços*, verdadeiro breviário para o exercício da advocacia, Rui Barbosa legou-nos lições imperecíveis. *“Legalidade e liberdade são as tábuas da vocação do advogado”* – proclamou, acrescentando, no final desse trecho, que antecede à peroração,

sábios conselhos: *“Não proceder nas consultas senão com a imparcialidade real do juiz nas sentenças. Não fazer da banca balcão nem da ciência mercatura. Não ser baixo com os grandes, nem arrogante com os miseráveis. Servir aos opulentos com altivez e aos indigentes com caridade. Amar a pátria, estremecer o próximo, guardar fé em Deus, na verdade e no bem.”*

Tais palavras, singelas e puras, dirigidas a jovens bacharéis que se diplomavam, revelam a preocupação do advogado das grandes causas com a conduta do profissional, seja no exercício do seu mister, seja na esfera de sua vida particular. Elas correspondem, na sua síntese, a boa parte de um código de ética. Recordando-as e sobre o seu significado refletindo, é como se procurássemos levar desta Conferência a voz de um oráculo, a luz de um guia, para prosseguir, com maior segurança, na peleja que, a cada dia, empreendemos em prol da realização do Direito e da consagração da Justiça.

Rio de Janeiro, 20 de outubro de 2014.

PAULO ROBERTO DE GOUVÊA MEDINA

MANIFESTAÇÕES E DISCURSOS

CARTA DA XXII CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO

Presidente Nacional da OAB

EDUARDO SEABRA FAGUNDES

Coordenador da Comissão de Redação da Carta do Rio de Janeiro

Os Advogados brasileiros, reunidos em sua XXII Conferência Nacional para discutir assuntos relacionados ao tema central CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS, reafirmam os compromissos da classe com os ideais que inspiraram a elaboração da Constituição de 1988 e com os princípios que se traduzem nesse documento histórico, cujos vinte e seis anos de vigência devem ser celebrados.

Consideram que o aprimoramento das instituições pressupõe uma reforma política democrática que atribua maior autenticidade à representação popular e, ao mesmo tempo, torne o processo eleitoral imune a interferências econômicas capazes de deturpá-lo, para o que é essencial a proibição do financiamento de campanhas por empresas. Expressam, igualmente, a aspiração geral por uma reforma do Poder Judiciário suscetível de atender à demanda crescente pelo acesso à Justiça, conjugada a novos instrumentos processuais que assegurem o devido processo legal, sem prejuízo da adoção de meios alternativos de solução de conflitos. Nessa ordem de ideias, ponderam que a implantação do processo judicial eletrônico não pode trazer entraves ao acesso à Justiça nem deixar de atender à realidade nacional, que é a de um país de dimensão continental e de diversidades regionais acentuadas.

Entendem que para assegurar a realização de tais objetivos e seu contínuo aperfeiçoamento, o ensino jurídico há de buscar, sempre, o mais alto nível de qualidade, e isso recomenda a observância de critérios para a autorização de novos cursos, que atendam à necessidade social de sua criação.

Mostram-se conscientes de que a contribuição da classe no sentido de viabilizar os ideais colimados passa pelo permanente cuidado com a própria conduta dos profissionais, manifestando, a esse respeito, a certeza de que a revisão e atualização do Código de Ética e Disciplina se efetivarão em prol desse objetivo.

Proclamam a intangibilidade das prerrogativas do advogado. Recordam que o advogado é essencial à administração da Justiça e, por isso mesmo, constitui direito seu ter livre acesso aos gabinetes dos magistrados, assim como deve merecer tratamento condigno por parte desses, dos membros do Ministério Público e dos servidores da Justiça.

Ressaltam a expectativa de que os interesses da classe mereçam atuação por parte dos três Poderes da República, referindo entre tais interesses o que diz respeito às férias dos advogados, com suspensão dos prazos processuais. Declaram o propósito de contribuir para o aperfeiçoamento da cultura jurídica, de forma a contemplar no estudo

e na aplicação do direito, fundamentalmente, a proteção do meio-ambiente, a garantia dos direitos humanos, a superação dos preconceitos de toda ordem, a igualdade social, o respeito à diversidade e às minorias.

Louvam a importância que se tem atribuído à transparência das ações dos poderes públicos e manifestam o pensamento geral de que a moralidade administrativa está a exigir, na hora presente, vigilância constante. Interpretam as recentes manifestações populares como sinais evidentes de que a sociedade brasileira compartilha desses anseios, ao mesmo tempo em que reafirmam a convicção de que as soluções almejadas hão de ser atingidas pelos caminhos institucionais.

Estão convencidos, por derradeiro, de que as eleições em curso representam demonstração clara de vitalidade das instituições e de que o mais importante será a preservação da paz social e da harmonia dos brasileiros, de modo que todos possam alcançar a realização do ideal maior, que é o desenvolvimento e a grandeza do Brasil, com a consolidação de uma sociedade justa, fraterna e solidária.

Rio de Janeiro, 23 de outubro de 2014.

MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO
Presidente Nacional da OAB

EDUARDO SEABRA FAGUNDES
Coordenador da Comissão de Redação da Carta do Rio de Janeiro



EDITORA
IASP



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO



EDITORA
IASP