

ADVOCATUS

Publicação da Escola Superior de Advocacia Professor Ruy Antunes da OAB/PE

PERNAMBUCO

Ano 5 Maio 2012 Número 8



Entrevista com o Presidente da OAB-PE, Henrique Neves Mariano

ARTIGOS:

**Confidencialidade na Advocacia e seus
Compromissos Éticos.**

Limites ao Poder Decorrente.

**O Estatuto da OAB e o Registro das
Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.**

ALUGUE UM ESPAÇO COMERCIAL NO PONTES CORPORATE CENTER E APROVEITE DIVERSAS VANTAGENS.



AS VANTAGENS DE TER UMA SALA AO LADODE UM HOTEL.



Alugue uma sala comercial bem localizada, ao lado do Mar Hotel, que oferece diversas vantagens e sofisticada estrutura com assinatura da Rio Ave. Aproveite os diversos benefícios que só o Pontes Corporate Center pode oferecer. Ligue agora para o (81) 3302-4500, (81) 9795-5775 ou envie um e-mail para: nnovos@ponteshoteis.com.br.

Foto: Heliane Rosenthal



Henrique Mariano
Presidente da OAB/PE

Foto: Jorge Gregório



Ronnie Preuss Duarte
Diretor-geral da ESA

Prezado(a) colega,

Ao chegar à sua 8ª Edição, a Revista *Advocatus* celebra mais um feito, ao servir de inspiração para a *Advocatus Brasil*, periódico que confessadamente adotou o modelo pernambucano e que será editado conjuntamente por aproximadamente 15 Escolas Superiores de Advocacia de todo o Brasil. Será o maior periódico jurídico do mundo, com tiragem estimada de 200 mil exemplares, distribuídos gratuitamente entre os advogados das seccionais responsáveis pela edição conjunta.

No dia 11 de Janeiro do ano em curso, a OAB-ESA/PE foi a anfitriã, em Recife, dos representantes de seccionais do Brasil para a apresentação do projeto para a criação do periódico. Na altura, foi eleito o conselho gestor, presidido por Renan Aguiar (RJ), e tendo como membros Carlos Rátis (BA), Marcos Palomo (DF) e Gracy Zamperlini (AM). Em 30 de março, realizou-se no Rio e Janeiro um segundo encontro, em onde os detalhes da primeira edição da *Advocatus Brasil* foram acertados, inclusive com a escolha dos nomes dos autores já convidados. No início do segundo semestre a nova revista deverá ser distribuída nacionalmente e também no nosso estado, garantindo aos advogados pernambucanos mais um veículo de qualidade para o aprimoramento técnico-profissional.

A 8ª Edição da Revista *Advocatus* traz como destaque uma entrevista com o Presidente da OAB/PE, Henrique Mariano, contendo um balanço geral da atual gestão, que findará neste ano. Traz ainda uma entrevista com o advogado Pedro Henrique Reynaldo Alves, com um resumo da atuação dos membros do nosso operoso Conselho Federal.

Nesta edição, a Revista *Advocatus* traz ainda artigos doutrinários versando sobre temas de interesse da classe, como os contratos eletrônicos, direito minerário, impenhorabilidades, dentro outros, além de pareceres e do discurso de saudação proferido na solenidade de posse do novo presidente do TJPE.

Como sempre, o material publicado foi criteriosamente selecionado pelo Conselho Editorial no objetivo de possibilitar uma atualização contínua e de qualidade por parte de todos os colegas que integram a advocacia pernambucana.

Aproveitem a leitura!

Henrique Mariano
Presidente da OAB/PE

Ronnie Preuss Duarte
Diretor-geral da ESA

APRESENTAÇÃO	03
ESPAÇO DO CONSELHO FEDERAL	
Pedro Henrique Braga Reynaldo Alves	05
PALAVRA DO SECRETÁRIO-GERAL ADJUNTO	
Bruno de Albuquerque Baptista	06
EDITORIAL	
Rabulândia Ronnie Preuss Duarte	07
ENTREVISTA	
Henrique Neves Mariano	08
ARTIGOS	
Confidencialidade na Advocacia e seus Compromissos Éticos Luis Sebastião de Figueiredo Lima Júnior	11
Justiça Social, Solidariedade e Tributação: caminhos para a concretização dos direitos sociais Pedro de Menezes Carvalho	17
A Proteção do Direito de Crédito através da releitura da Impenhorabilidade da verba alimentar do devedor Tatiane Gonçalves Miranda Goldhar	21
Superfície Transcende Enfiteuse: Diferenças, Divergências e Potencial Construtivo Júlio Gomes de Moraes Vasconcelos Filho	34
Direito Minerário Comparado: O Regime de Concessão de Lavra no Brasil e no Peru Renato Evaristo da Cruz Gouveia Neto	39
A conquista que deve ser comemorada: os Honorários Advocatícios Sucumbenciais na Justiça do Trabalho e a Obrigatoriedade do Causídico Carolina Varela Alípio	43
Juizados Especiais Cíveis – Haverá esvaziamento parcial de sua competência com o Novo Código de Processo Civil? Iure Pedroza Menezes	49
Limites ao Poder Decorrente Walber de Moura Agra	54
O Estatuto da OAB e o Registro das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte Maurício Barreto Pedrosa Filho	60
Realidades Jurídicas apreendidas do uso dos Embargos de Declaração Protelatórios na prática processual José Lourenço Torres Neto	65
O princípio do jus postulandi na justiça do trabalho: a mitigação principiológica para a evolução do direito Renato Hayashi	71
Interpretação e Regulamentação dos contratos eletrônicos Anuska Meira	83
MODELOS E PARECERES	
Parecer: a (I)legalidade de Ato Normativo Local que impede o profissional da Advocacia de ingressar em estabelecimento prisional portando aparelho de telefonia móvel Plínio Leite Nunes	90
Parecer: a Resolução 21/2011 do TJMT e a exigência de número de registro no CPF ou no CNPJ e de CEP das partes na Petição Inicial Welder Queiroz dos Santos	96
DISCURSO	
Uma Justiça Afirmativa de Futuro Jones Figueirêdo Alves	106
JURISPRUDÊNCIA	
Corte Especial do TJPE Des. Fernando Eduardo Ferreira	110

Diretoria da OAB/PE
Presidente Henrique Neves Mariano
Vice-presidente Catarina Almeida de Oliveira
Secretário-geral Pelópidas Soares Neto
Secretário-geral Adjunto Bruno de Albuquerque Baptista
Tesoureiro Hebron Costa Cruz de Oliveira
*
Diretoria da ESA-PE
Diretor-geral Ronnie Preuss Duarte
Diretor-tesoureiro Gustavo Ramiro Costa Neto
Diretor-secretário José Pandolfi Neto
Diretor Cultural Venceslau Tavares Costa Filho
Diretor de Comunicação William Ferreira de Melo
*
Conselho Editorial
Presidente Ronnie Preuss Duarte
Membros Gustavo Ramiro Costa Neto José Pandolfi Neto Venceslau Tavares Costa Filho William Ferreira de Melo Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão André Regis de Carvalho Leonardo Carneiro da Cunha
*
Projeto gráfico e realização Mais Comunicação
Coordenação do projeto: Fábio Ferreira Gueiros
Jornalismo Executiva Press
Fotografia Heliane Rosenthal, Jorge Gregório
Diagramação Alfredo Galamba
Tiragem: 16.000 exemplares
Impressão: Gráfica Santa Marta
ISSN: 2177-3416
*
A revista Advocatus Pernambuco é uma publicação da Escola Superior de Advocacia Professor Ruy Antunes da OAB/PE.

A revista Advocatus Pernambuco não se responsabiliza pelos conceitos emitidos em artigos assinados. A reprodução, no todo ou parcialmente, de suas matérias só é permitida desde que citada a fonte.



ESA/OAB/PE
Rua do Imperador Dom Pedro II, 307
Edf. Armando Monteiro Filho, 1º Andar
Santo Antônio - Recife-PE - CEP: 50010-240
e-mail: esape@smartsat.com.br
Fone: (81) 3224-7282
Fax: (81) 3224-2604



No dia 8 de fevereiro de 2012, a OAB-PE completou 80 anos. Na sua opinião, o que essa data representa para a sociedade pernambucana?

A Ordem dos Advogados do Brasil em Pernambuco sempre cumpriu um papel de relevo e destaque na nossa sociedade civil. De acordo com seu Estatuto (Lei Federal 8.906/94), o papel da OAB nunca se resumiu à defesa dos interesses corporativos dos advogados, transcendendo para a defesa dos interesses da própria sociedade civil, sempre com um compromisso voltado ao aperfeiçoamento das nossas instituições republicanas e democráticas. Portanto, os 80 anos da OAB-PE devem ser celebrados como o marco de maturidade e longevidade de uma das mais importantes, independentes e corajosas instituições de defesa de nossa sociedade.

De forma sucinta, que pontos podemos destacar da atuação da Ordem nesses 80 anos?

A Ordem dos Advogados ao longo desses 80 anos esteve à frente de grandes movimentos pelo aperfeiçoamento de nosso Estado de Direito. Isso é bem exemplificado em seu papel de protagonismo na luta pelas liberdades democráticas, desde a campanha pelas "Diretas Já", como na sua histórica defesa dos presos políticos, restauração do habeas corpus, dentre outras importantes bandeiras. Na atualidade a OAB/PE exerce um papel não menos importante, à medida que enfrenta temas como a reforma política e a corrupção eleitoral, como no caso da "Lei da Ficha Limpa", assim como a defesa das liberdades e garantias individuais, bem exemplificada na luta contra o "Estado Policial" que estava se instaurando recentemente em nosso país com os excessos praticados nas operações e investigações realizadas pela Polícia Federal. Outro grande exemplo da atuação da OAB em defesa da melhoria de nossas instituições foi a recente luta pela preservação das prerrogativas e competências do Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Sem o corajoso papel desempenhado pela OAB, dificilmente o Supremo Tribunal Federal teria contrariado, como fez, os setores reacionários do Poder Judiciário que insistiam em desmantelar o CNJ, retirando os seus poderes de fiscalizar e punir juízes malfeitores.

Fale da atuação da OAB-PE no Conselho Federal da Ordem.

A bancada de Pernambuco no Conselho Federal da OAB tradicionalmente tem grande voz e expressão, mercê dos grandes advogados que já tiveram assento naquele colegiado. Pernambuco é um Estado de grande tradição e de valor reconhecido na área jurídica, e isso ajuda - assim como aumenta a responsabilidade - aqueles que como eu ocupam a representação da classe dos advogados de nosso Estado na OAB Nacional. Atualmente nossa representação vem ocupando importantes espaços no cenário nacional da OAB, com Jayme Asfora na condição de Presidente da Comissão Nacional de Direitos Humanos da Ordem, Leonardo Accioly com papel de destaque na Comissão Nacional de Defesa das Prerrogativas Profissionais, enquanto que eu assumi desde o início do mandato a Presidência da Comissão Especial de Acompanhamento Legislativo da OAB Nacional. Outra marca importante de nossa bancada no Conselho Federal é a nossa união e alinhamento com a Seccional da OAB de Pernambuco.

Quais são as propostas que têm sido apresentadas junto ao Conselho na defesa da classe dos advogados?

O Conselho Federal da OAB vem atuando com muita ênfase na defesa dos advogados em questões relativas a seu dia a dia profissional, como no caso da luta contra o aviltamento dos honorários advocatícios sucumbenciais (arbitrados judicialmente) - campanha iniciada no âmbito da OAB-PE, pelo Presidente Henrique Mariano, e que foi nacionalizada no âmbito do Conselho Federal. A busca da uniformização das férias dos advogados, criminalização das condutas de violação de prerrogativas profissionais, entre outras medidas,

são bandeiras que vimos defendendo com muito afinco junto ao Congresso Nacional, em diversos projetos de lei que estão em tramitação legislativa.

O que você destaca como um trabalho importante que tenha sido realizado pelo Conselho Federal?

A atuação do Conselho Federal da OAB nos tempos atuais, no decorrer desses 2 (dois) mandatos que venho desempenhando pela bancada pernambucana, foi muito marcada por 4 bandeiras que se traduziram em importantes vitórias para a classe dos advogados e para toda a sociedade. Foram elas: A campanha do "Ficha Limpa", que inaugurou em nossa história o salutar processo de iniciativa popular de lei, e mobilizou toda a sociedade civil para cobrar do Congresso Nacional a aprovação de Lei afastando das disputas eleitorais os maus políticos. A luta contra o "Estado Policial", onde as escutas telefônicas aleatórias e a espetacularização das operações policiais, sem consequente punição judicial, ameaçavam os direitos e garantias individuais, momento em que foi aprovada Lei disciplinando o cumprimento de mandados judiciais dentro de escritórios de advocacia, garantindo a inviolabilidade da relação cliente-advogado. A luta pela consagração da constitucionalidade do Exame de Ordem, como forma de proteger a sociedade da deficiência crônica de ensino de diversas faculdades que proliferaram como verdadeiros "caça-níqueis", e que formam bacharéis incapazes de exercer a advocacia. E por fim, a já mencionada luta pela conservação dos poderes disciplinares e correicionais do CNJ.

O que você destaca na relação OAB x Poder Judiciário?

Uma relação harmônica e respeitosa de parte a parte. O Judiciário tem a exata consciência do papel da OAB, e vice-versa. A Ordem sempre esteve engajada em todas as históricas lutas pelo fortalecimento e a independência do Poder Judiciário, tendo isso como pressuposto para um regime democrático. Contudo, a atuação da OAB no combate a mazelas como a ineficiência e a corrupção que afligem parcela do Poder Judiciário, por vezes é mal compreendida por setores da magistratura que não estão acostumados a fiscalização e cobrança social. O enfrentamento da questão do CNJ junto ao STF é um exemplo de periódicos tensionamentos nessa relação, mas acreditamos que a maior parte dos magistrados, assim como dos membros da advocacia, é formada por pessoas que têm um compromisso maior com a justiça, e que isso sempre se sobrepõe a ideologias ou corporativismos.

Como é o trabalho do Conselheiro Federal?

É um trabalho gratificante e inspirador, para todos aqueles que, como eu, amam a advocacia. No Conselho Federal nós estamos mais dedicados ao plano das diretrizes e princípios gerais da atuação de nossa Ordem, seja ao intercedermos junto aos 3 (três) Poderes da República para garantir os interesses da classe, como também na manifestação político-institucional em prol da sociedade brasileira. O papel da OAB no âmbito estadual, de igual importância, está mais vinculado aos casos concretos e questões pontuais observados em cada Estado.

Qual o papel da Comissão de Acompanhamento Legislativo que você Preside?

Essa Comissão é responsável pela interface da classe dos advogados com o Congresso Nacional, representando a voz da OAB em favor ou contra projetos de lei de interesse da advocacia e da sociedade. Nossa atuação consiste em manter contato com os Deputados e Senadores, de todos os partidos, subsidiando os mesmos com a visão da OAB acerca de cada tema, assim como impulsionando o andamento daqueles projetos de interesse dos advogados.

PEDRO HENRIQUE BRAGA REYNALDO ALVES, casado, 42 anos, advogado, Procurador do Estado, sócio-fundador da Limongi Sial & Reynaldo Alves - Advocacia, Conselheiro Federal da OAB por Pernambuco e Presidente da Comissão Especial de Acompanhamento Legislativo da OAB Nacional.



Bruno de Albuquerque Baptista

Em agosto de 2010 fui surpreendido com minha eleição pelo Conselho Pleno da OAB-PE, diante da indicação da Diretoria da entidade, para Secretário-Geral Adjunto em face da vaga surgida pela renúncia, por motivos profissionais, do nosso companheiro Leonardo Coêlho.

A surpresa foi redobrada em razão do fato de que eu era um Conselheiro Seccional em primeiro mandato, atuo em um ramo do Direito pouco “glamouroso”, o Direito Previdenciário, e sou dono de uma timidez pouco comum em advogados.

Encarei o desafio e me integrei à Diretoria da OAB/PE, onde pude constatar mais de perto qual o fator decisivo para o sucesso e a alta aprovação da gestão: a intensa abnegação e união dos Diretores, Conselheiros Federais e Seccionais, Dirigentes da ESA e da CAAPE, todos capitaneados pelo espírito democrático do nosso presidente Henrique Mariano.

A Ordem dos Advogados do Brasil, como é de curial sabença, não se limita a ser uma simples entidade de classe. Ao lado da defesa dos interesses corporativos e das prerrogativas dos advogados, a Ordem é um importante “para-raios” da sociedade, notadamente em defesa da ética e da democracia.

A nossa gestão não se descuidou de qualquer dessas frentes.

Por um lado, a OAB-PE, notadamente por meio de seu presidente Henrique Mariano, teve importante participação na discussão de todos os temas que são caros à cidadania. Só para exemplificar, questões como os “penduricalhos” remuneratórios de nossas Casas Legislativas, Poder Judiciário e Ministério Público foram objeto de contestação veemente. As demonstrações de preconceitos contra nordestinos em redes sociais também não passaram imunes. Até mesmo a péssima prestação de serviços de telefonia móvel foi objeto de demanda judicial proposta pela OAB-PE. Isso para ficar apenas em alguns exemplos.

Por outro lado, a OAB-PE, na atual gestão, desenvolveu-se como defensora das prerrogativas e como prestadora de serviços aos advogados.

Um dos compromissos assumidos no início da nossa gestão foi a maior interiorização das ações da OAB-PE. E esse

compromisso, inegavelmente, vem sendo cumprido. Posso destacar as construções e reformas de sedes de importantes subseccionais, como Petrolina, Limoeiro, Caruaru, Palmares, Paulista, Barreiros, dentre outras. Foram implantadas ou reformadas mais de sala de advogados nos Fóruns espalhados por Pernambuco. Importante frisar também a Caravana do Processo Eletrônico, capitaneada pelo Conselheiro Frederico Duarte, que percorreu todo o interior do estado para propiciar aos advogados a oportunidade de ter acesso a esse instrumento que já é imprescindível para o exercício de nossa profissão. Os cursos de pós-graduação promovidos pela ESA, sejam os presenciais ou à distância, também foram levados ao interior.

A Secretaria-Geral, conduzida com competência por Pelópidas Soares Neto, promoveu medidas que, certamente, contribuíram para uma melhor organização administrativa da nossa entidade. Tudo isso com o escopo de aproveitar com mais eficiência os recursos advindos das anuidades dos advogados pernambucanos que, frise-se, é a mais baixa do Brasil.

Foram normatizados o pagamento e parcelamento das anuidades e ajuizadas ações de execução em face de advogados que se encontravam inadimplentes há vários anos, em detrimento daqueles que se encontram em dia com suas obrigações. Foram realizadas economias importantes com a racionalização do quadro de pessoal e de estagiários, do uso de impressoras e copiadoras, material de escritório e limpeza e água e energia elétrica na sede da Seccional. Só a aquisição das vans que fazem o transporte dos advogados representou uma economia mensal de aproximadamente R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais).

Na atual gestão, a OAB-PE também inaugurou salas dos advogados no Recife, como a instalada na Justiça Militar, e o Posto Avançado de Serviços – PAS, na Justiça do Trabalho (SUDENE), mais que uma sala dos advogados e parlatórios no Presídio Professor Anibal Bruno. Ainda foram instaladas copiadoras no Fórum Rodolfo Aureliano (três), Juizados Especiais da Imbiribeira, Justiça do Trabalho de Olinda, do Recife e no Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região.

Destaco, por fim, dois movimentos iniciados pela OAB-PE que terminaram servindo de exemplo para o Conselho Federal: a campanha contra o aviltamento dos honorários advocatícios sucumbenciais e contra o tráfico de influência no Poder Judiciário.

Ainda há muito a ser feito. Dentre outras ações, até o final da presente gestão, ainda teremos no âmbito da Secretaria-Geral e do Tribunal de Ética e Disciplina, a agilização dos procedimentos ético-disciplinares com a implantação do processo eletrônico e da corregedoria do processo ético-disciplinar.

Neste ano de 2012 em que a OAB-PE completou oitenta anos, os advogados pernambucanos podem se orgulhar de ter uma gestão que aprofundou o caminho, iniciado na gestão de Jayme Asfora, de recuperar a sua credibilidade e aproximar-se da advocacia pernambucana e da sociedade.

Bruno de Albuquerque Baptista
Secretário-Geral Adjunto da OAB-PE



Ronnie Preuss Duarte

Rabulândia

Uma das regras de ouro do marketing empresarial é: agrade o seu cliente. O cliente feliz é um agente multiplicador de negócios. O cliente satisfeito retorna. É sempre uma receita infalível para a criação de um ciclo virtuoso que culmina com o sucesso de qualquer empreendedor.

O problema é que, na educação superior, o cliente é o aluno. E a alegria do aluno, por sua vez, é ser aprovado. Nos cursos jurídicos, o aluno chega buscando vencer uma etapa que se interpõe entre ele e sonhada vaga ofertada nos concursos públicos. Frequentemente não se quer a formação jurídica, mas sim o título de bacharel.

Para agradar à freguesia, sempre ansiosa, as faculdades vão se transformando em grandes entrepostos de treinamento para concursos públicos. Vão horizontalizando o conteúdo, vão remodelando o formato das avaliações, vão afrouxando o rigor dos exames e aprovando uma legião de clientes que pensam poder sempre postergar a apreensão do conteúdo, deixando-a para depois da formatura. Instala-se a ditadura do alunado, clientela que sempre teima em apurar os mestres na convivência do ensino superior.

A reboque de tal estado de coisas, vem a proletarização dos docentes, aviltados pela remuneração cuja média é de pouco mais de duas dezenas de reais por cada hora em sala de aula. É inequívoco que a superficialidade no trato das matérias dispensa uma maior qualificação do professor. Agora, basta atender aos requisitos objetivos de titulação impostos pelos órgãos educacionais. A mediocridade em ambos os pólos da relação educacional passa a ser tolerada. Professores incompetentes e discentes inaptos se ajuntam numa convivência academicamente estéril.

Tal modelo de gestão da educação superior vem paulati-

namente relegando a um segundo plano o conhecimento, a capacidade de pensar o direito enquanto ciência, imprescindível em qualquer carreira jurídica séria. Hoje, prestigia-se a memorização de artigos de leis, das posições dominantes dos tribunais superiores e das elaboradas técnicas de marcação de "xis". A qualidade dos profissionais formados, mesmo os melhores clientes (digo, alunos), é nivelada por baixo.

Um problema crítico do ensino superior privado é a aprovação sem critérios, onde campeia a mais completa frouxidão nas avaliações, estratégia de conveniência lançada pelas instituições pouco acreditadas para evitar a insatisfação do corpo discente, com a conseqüente evasão que sempre reflete negativamente no balanço empresarial.

É passada a hora de atentar para o problema. Urge o reforço da fiscalização dos conteúdos ministrados e da respectiva apreensão pelo alunado. O que se ensina e o quanto é realmente apreendido deve ser rigorosamente verificado pelos órgãos responsáveis.

Só a pressão financeira ensejada pela imputação de responsabilidade civil às faculdades pelos índices pífios de aprovação no exame de ordem, denunciador de uma insuficiência acadêmica, permitirá a reversão do nefasto cenário.

Do contrário, seguiremos a apressada marcha em direção a um destino inexorável: sermos uma nação de rábulas.

Ronnie Preuss Duarte

Presidente do Conselho Editorial
da Revista Advocatus



Henrique Neves Mariano

Presidente da OAB-PE

A OAB-PE lançou recentemente uma campanha contra o tráfico de influência no Judiciário. Qual o objetivo dessa campanha?

Cada dia mais, se constata que o bom advogado, o profissional ético que estuda a causa e articula a estratégia da defesa dos legítimos direitos e interesses dos seus constituintes, tem sido vítima de atravessadores que, sem qualquer cerimônia ou escrúpulo, procuram diretamente a parte ou o respectivo Julgador, valendo-se de relações sociais ou até de laços de consanguinidade. As consequências nocivas desses atravessadores são imensas. Na rigorosa defesa do princípio constitucional da igualdade das partes - sequer, longinquamente, pode-se cogitar de sua existência no âmbito do Judiciário. São verdadeiros lobbistas no pior sentido da palavra.

Os agentes do "lobby" no Poder Judiciário podem ser certos advogados militantes, magistrados e/ou terceiros sem qualquer formação jurídica que, muitas vezes, atuam movidos por laços familiares, sociais, políticos e econômicos, cujos interesses pretendem resguardar. A campanha contra o tráfico de influência no Judiciário também visa valorizar a advocacia no sentido de combater o tráfico de influência destes atravessadores no Judiciário. Com essa finalidade, disponibilizamos toda a estrutura da Ouvidoria para combater essa prática perniciosa que avilta a dignidade dos advogados éticos e ilude os jurisdicionados

com promessas vãs de um sucesso judicial que, quando se evidencia, é efêmero por não resistir a uma revisão pela instância superior.

O viés conscientizador da campanha é constituído de uma série de peças publicitárias que mostram à sociedade que a escolha de um advogado para defender o seu Direito é o único caminho que garante o acesso à Justiça. Buscar esses atravessadores é procurar o caminho errado. As peças têm um caráter mais educativo e foram formatadas, justamente, de modo a mostrar para o público que é preciso mudar alguns hábitos e um deles é o de procurar a Justiça através de lobistas. É um consenso de que o direito do cidadão jurisdicionado não precisa de atravessadores. Precisa, sim, de advogados.

REVISTA ADVOCATUS - Como está sendo a receptividade dessa campanha?

HENRIQUE NEVES MARIANO - A nossa campanha tem sido muito bem recebida não só na advocacia. No seu lançamento, na sede da OAB-PE, tivemos a presença e o apoio da Mesa Diretora e da Corregedoria do Tribunal de Justiça de Pernambuco, desembargadores Jovando Nunes, Fernando Ferreira e Frederico Neves, além do procurador Geral de Justiça, Aguinaldo Fenelon. O presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, desembargador André Genn, não pode comparecer, mas nos enviou uma carta de apoio.

Para todos os presentes, ficou claro que estes atravessadores maculam a imagem da grande maioria dos advogados e também da magistratura diante dos cidadãos. A campanha passa o recado sem fazer qualquer tipo de agressão ao Judiciário. Já recebemos inúmeras manifestações de apoio à iniciativa tanto de advogados, quanto de juízes e promotores. Recentemente, o diretor da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Joaquim Falcão, publicou um artigo elogiando o pioneirismo da OAB-PE em combater esse mal que prejudica a sociedade não só em Pernambuco, como no resto do Brasil. É preciso ressaltar ainda o apoio que recebemos da mídia pernambucana que vem cedendo espaços para divulgar o material da campanha através da TV, do rádio, dos jornais e também em outdoors.

RA - Outra campanha iniciada pela OAB-PE foi a de combate ao aviltamento de honorários. Como está esse trabalho?

HNM - Há muito os advogados têm sido vítimas de decisões judiciais prolatadas nos processos de conhecimento, execução, cautelar e especiais, nas quais são fixados honorários módicos, aviltantes, incompatíveis com o zelo, a qualidade e a efetiva prestação profissional dos advogados. A sentença judicial que fixa honorários em valor módico repercute na relação jurídica que a OAB mantém com seu afiliado: à OAB cabe assegurar o respeito aos direitos e prerrogativas do advogado. A relação com seu inscrito sofre repercussão direta da sentença que fixa os honorários em valor aviltante, atentando contra a própria dignidade profissional e pessoal do advogado.

A partir dessa constatação, a OAB-PE decidiu implantar uma política efetiva de combate ao aviltamento. A intervenção da Seccional em tais casos foi objeto de estudo, a pedido da OAB/PE, do advogado Leonardo Carneiro da Cunha que é Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa, professor-adjunto da Faculdade de Direito do Recife e autor de notórias obras jurídicas, principalmente no âmbito do processo civil.

A atuação da Seccional tem como base o art. 49 da Lei nº 8.906/94, que diz: "Os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB têm legitimidade para agir, judicial e extrajudicialmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições ou os fins desta lei.". E prossegue em seu 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."

RA - Então a OAB-PE decidiu atuar diretamente nesses processos?

HNM - Nos processos judiciais em que sejam fixados honorários sucumbenciais reconhecidamente aviltantes, a OAB/PE tem se habilitado na qualidade de Assistente

Simples. Auxiliando os advogados com a apresentação de defesa, interposição de recursos, formulação de sustentação oral, enfim, com todos os atos processuais necessários à defesa dos legítimos interesses e direitos dos advogados. Essa também foi uma iniciativa pioneira da Seccional Pernambuco da OAB levada ao resto do País.

RA - De que forma?

HNM - Durante a nossa participação na Conferência Estadual dos Advogados, o presidente do Conselho Federal da OAB, Ophir Cavalcante, tomou conhecimento de nosso projeto e decidiu levar a ideia para todas as outras Seccionais da OAB. Segundo ele mesmo afirmou, "a OAB e os advogados estão preocupados em relação à depreciação do trabalho do advogado. Esses profissionais levam 20, 30 anos estudando uma causa e são "premiados" com honorários de R\$ 800 a R\$ 2 mil contra o poder público".

Posteriormente, durante a XXI Conferência Nacional dos Advogados – realizada de 20 a 24 de novembro último em Curitiba – foi aprovada, por aclamação, o lançamento, por parte da OAB Nacional, da Campanha Nacional contra o Aviltamento dos Honorários Advocatícios, a partir da política desenvolvida pela OAB-PE. O lançamento foi feito pelo presidente Ophir Cavalcante, durante uma das plenárias, e ganhou apoio massivo dos participantes. É um grande orgulho para nós da OAB-PE termos sido pioneiros nessa ação.

RA - Como a OAB-PE leva todas essas conquistas também para os advogados do interior?

HNM - Levar as ações da OAB-PE para todo o Estado é um compromisso nosso com a advocacia pernambucana. Estamos, constantemente, atuando também para atender esses advogados através da inauguração de novas sedes de Subseccionais e de salas de advogados nos fóruns de todo o Estado; do combate ao desrespeito de nossas prerrogativas e de iniciativas como cursos de pós-graduação, caravanas das prerrogativas e do processo eletrônico, cursos via satélite, entre outros.

Entre os importantes convênios que já firmamos, através da Caixa de Assistência aos Advogados (CAAPE), está um com o Banco do Nordeste - para a concessão de financiamentos em condições especiais aos advogados, tanto os que já funcionam como pessoa jurídica como os que atuam como pessoa física. Queremos, com isso, proporcionar a todos os advogados as melhores condições para o seu desenvolvimento profissional e o Banco do Nordeste mantém agências em todas as regiões do Estado – o que garante uma maior capilaridade dessa ação.

RA - Mas para realizar essas atividades também é preciso infra-estrutura, a OAB-PE investe nessa área?

HNM - Em menos de dois anos, entregamos sete novas sedes aos advogados do interior do Estado: Petrolina, Limoeiro,

Surubim, Paulista, Palmares, Barreiros e Caruaru. Em abril, vamos entregar a nova sede de Jaboatão dos Guararapes. Esses investimentos permitem à OAB-PE, cada vez mais, levar para todo o Estado os projetos desenvolvidos para a advocacia pernambucana. É preciso ressaltar que cada uma dessas Subseccionais atende a centenas de advogados dos municípios dessas jurisdições. Além da construção e/ou reforma da edificação em si, investimos ainda na compra de mobiliário e de equipamentos que permitam o melhor atendimento aos advogados.

Algumas dessas novas sedes ganharam, por exemplo, estruturas melhoradas que permitem, agora, a realização de cursos de pós-graduação na própria Subseccional. Isso permite que os advogados daquela região não precisem mais se deslocar até a Região Metropolitana do Recife para fazer uma pós que, hoje, é uma das grandes exigências do próprio mercado. Sem falar que as pós-graduações oferecidas pela Escola Superior de Advocacia têm um custo absolutamente mais baixo do que os praticados por outras instituições.

Outro projeto viabilizado foi o de realização de cursos telepresenciais que são oferecidos, via satélite, para a grande maioria das Subseccionais. Esse trabalho é resultado de uma parceria entre a OAB-PE, ESA e Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) – reconhecida como um dos maiores centros de estudos jurídicos do País. Para implementar essa parceria, investimos na compra de antenas parabólicas, TVs e decodificadores que foram instaladas nas Subseccionais. Mensalmente, são oferecidos cursos ministrados pelo corpo docente da AASP que tratam dos mais diversos temas como Direito Trabalhista, novo Código de Processo Civil, Direito Previdenciário, Direito Imobiliário, Direito Bancário, Direito Internacional, Direito Desportivo, Direito Securitário, entre outros.

RA - O processo judicial eletrônico é uma realidade da Justiça brasileira. Como a OAB-PE está atuando para preparar os advogados para esse momento?

HNM - Essa é uma preocupação constante da OAB-PE e se divide em várias frentes: capacitando os advogados, atuando junto aos tribunais, emitindo o certificado digital e oferecendo estrutura para que eles possam realizar seus processos virtualmente. Em relação à capacitação, a nossa Caravana do Processo Eletrônico já percorreu mais de 11.000 km no ano de 2011. Fomos a todas as regiões do Estado de Pernambuco.

O nosso conselheiro seccional e presidente da Comissão de Tecnologia da Informação (CTI), Frederico Preuss Duarte, é o responsável por ministrar as aulas e, diante dos bons resultados que vem sendo obtidos pela Caravana, ele já foi, inclusive, convidado a ministrar cursos preparatórios na área de processo eletrônico em outras Seccionais da OAB. Além

disso, constituímos a estrutura para emissão do certificado digital – o que pode ser feito na sede da ESA, nos escritórios da Região Metropolitana do Recife e, quando a caravana realiza algum evento, os advogados participantes também podem fazer a emissão no mesmo local da aula.

RA - E quais seriam as outras ações da OAB-PE nesse sentido?

HNM - A OAB-PE também vem atuando junto aos tribunais para apresentar sugestões ou reivindicações que garantam à advocacia os melhores resultados com o processo eletrônico. Hoje não existe um sistema unificado de processo eletrônico. As plataformas variam de acordo com os tribunais. Por isso, estamos atentos para mitigar, ao máximo, os riscos de que o desenvolvimento e implantação desses sistemas tragam algum tipo de prejuízo aos advogados e também aos jurisdicionados. A OAB/PE está em contato permanente com os comitês de TI dos Tribunais, inclusive participando de alguns deles, para acompanhar essas etapas.

RA - O senhor falou ainda sobre oferta de estrutura para os advogados realizarem o processo eletrônico, como seria isso?

HNM - Recentemente, através da nossa Caixa de Assistência aos Advogados de Pernambuco (CAAPE), iniciamos o processo de doação e de instalação de novos equipamentos em todas as 24 Subseccionais da OAB-PE no Estado. A iniciativa tem por objetivo garantir a todos os advogados pernambucanos, notadamente aqueles que não têm recursos para investir em equipamentos para uso apenas individual, o acesso ao processo judicial eletrônico. Cada Subseccional será dotada de novos computadores, scanners de alta resolução e leitores de chip (onde estão inseridos os certificados digitais).

Dessa forma, atendemos a todas as necessidades dos advogados em relação ao processo eletrônico. Ou seja, capacitamos eles para atuar nessa nova plataforma, emitimos o certificado digital – que é o pré-requisito número um para acessar ao processo eletrônico. Garantimos a estrutura técnica necessária para que os advogados possam ingressar no mundo virtual.

CONFIDENCIALIDADE NA ADVOCACIA E SEUS COMPROMISSOS ÉTICOS

**Luis Sebastião de Figueiredo
Lima Júnior**

Advogado, Especialista em Direito Civil e Empresarial (UFPE), Especialista em Direito Público (UCM), Secretário Geral da Sub Seção Garanhuns; Representante da OAB/Garanhuns no Conselho Municipal de Defesa do Meio Ambiente (CODEMA) - Garanhuns.

1. INTRODUÇÃO

No cenário jurídico, situação que merece atenção: a lealdade profissional após o termino do Contrato ou Mandato. Sendo um conjunto de regras e preceitos de ordem valorativa e moral de um indivíduo, de um grupo social ou de uma sociedade.

Os contratantes têm tentado preservar seus interesses através de pactos com seus contratados, ora denominando-os sigilo profissional. A própria ausência de apego terminológico convence que o assunto ainda não está amadurecido na cultura empresarial ou jurídica. Esse fato pode ser constatado na doutrina jurídica e também, como veremos, na jurisprudência.

Os códigos de ética disciplinam o dever de lealdade entre o contratante e o contratado, transferindo ao contratado o dever ético de manter a lealdade profissional, mesmo após o término da relação contratual, sem determinação de prazo, para proteger a relação havida entre ambos. O Código de Ética do Advogado, em seu art. 25, dispõe que o "O sigilo profissional é inerente à profissão, impondo-se o seu respeito, salvo grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa", excepcionando somente, nos termos de situações de grave ameaça ao bem jurídico.

2. ÉTICA PROFISSIONAL

A ética profissional é fundada no complexo de normas, estabelecidas pelos usos e costumes. Sendo instituída pela OAB, a que se defere autoridade para dirigir e fiscalizar a profissão. Além do dever ético, existe o dever profissional, que também deve ser resguardado.

Surgem, em decorrência disso, situações distintas que devem ser enfrentadas, uma empresarial e outra trabalhista. A primeira em relação aos escritórios prestadoras de serviços terceirizados (contencioso em grande proporções), ou, no caso de outras transações empresariais. A segunda, em relação aos advogados empregados destas empresas que recebem, manipulam e guardam informações privilegiadas das empresas empregadoras ou terceirizadas. Nesse caso, ele terá domínio de informações não somente do seu empregador, como também da terceirizada. Somam-se a estas os casos das empresas que preparam os seus empregados confiando a eles diversos dados sigilosos.

"Entende-se por ética profissional o conjunto de regras de conduta a que se devem considerar submetidas as pessoas que praticam uma determinada moral comum ou por excesso ou por defeito, vale dizer, ou porque impõem aos membros da corporação obrigações mais rígidas ou porque os isentam de obrigações mais rígidas ou porque os isentam de obrigações impraticáveis, como a de dizer a verdade no caso do médico diante do paciente atingido por uma doença incurável. Nada impede que se chamem as éticas profissionais de morais singulares, tanto mais que os próprios usuários adoram atribuir a elas um nome específico e particularmente chamativo por sua solenidade: deontologia!"

2.1. PRINCIPIO DE CONDUTA ILIBADA

O princípio da conduta ilibada, que além de implicar em comportamento do advogado, deve transcender para a conduta irrepreensível, tanto na vida pública como na particular. Por isso, a sociedade exige aos advogados se caracterizar pela incorruptibilidade, sejam merecedores de confiança e possam desempenhar

1. MADEU, Diógenes. Apud. Norberto Bobbio, Elogio da serenidade, p. 64, Ética Geral e Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 2010, p. 73.

o papel de detentores da honra e propugnadores dos demais valores tutelados pelo ordenamento jurídico.

Ao profissional implica em comportamento sério, com sisudez, discreto sem ser anônimo e reservado sem ser inacessível, pautando-se por uma orientação moral acima de qualquer suspeita, particularmente com relação aos desconhecidos dos aparentes emaranhados das regras jurídicas e dos ritos processuais.

Para que um comportamento indigno ou indecoroso não respingue em todas as demais categorias, a dignidade profissional atuar maliciosa e insinceramente, por isso, falhas cometidas podem desencadear uma extraordinária repercussão, ensejando serem escandalosamente divulgadas e exploradas pela mídia.

O profissional das carreiras Jurídicas deve atuar como correção, fidelidade, lealdade, verdade e decoro profissional, em prol da dignidade da profissão e da confiança da sociedade na atuação daquelas responsáveis pela distribuição da justiça.

[...]

Deste modo, a conduta do profissional de qualquer das carreiras jurídicas deve ser livre de máculas, isto é, sem falsidade, incorreções e deslealdade, pautada na probidade, na discricção, na serenidade e nos bons hábitos, mesmo na vida privada².

2.2. SIGILO PROFISSIONAL³

Sigilo é entendido com coisa ou fato que não se pode revelar ou divulgar, permanecendo escondido da vista ou do conhecimento; assunto que se compartilha com poucas pessoas.

“Não há outro modo de garantir a confiança do constituinte, senão através do sigilo profissional, o que explica as prerrogativas que a lei atribui ao advogado, como elemento de dignidade de sua prática. Se o cliente impuser restrições ao uso de fatos na defesa, mesmo sabendo que eles a dificultem, o defensor os excluirá das peças produzidas embora os considere úteis à qualidade do trabalho. Em juízo e fora dele, não importa. Todavia, se as razões do constituinte não tiverem sustentação lógica sem fatos a serem omitidos, o contratado há de optar entre renunciar ao mandato ou se recusar ao recebê-lo. A advocacia, enquanto função essencial da justiça, por definição constitucional, não sobrevive se não for a certeza de que o sigilo profissional representa a base sobre a qual se sustenta seu exercício”⁴.

Destaca-se, entretanto, que emerge daí a preocupação dos Escritórios de Advocacia com a preservação das informações privilegiadas. São diversos os casos de contratos de prestação de serviços nos quais a empresa contratada se obriga a não divulgar os dados e as informações da empresa contratante, denominados segredos de empresarias (projetos, fusões, dados bancários, aquisições e etc.).

Por outro lado, a cláusula de lealdade vem sendo utilizada há tempo por empresas para as transações, ou em outros assuntos nos quais devam ser resguardados sigilos a critério da negociação. Nesse sentido, o Código de Ética do Advogado não estabelece um lapso temporal para que o advogado possa advogar contra o seu antigo cliente, como profissional, não como parte, para prestigiar o dever de preservação de diversos interesses, aos quais não adentraremos nesse momento; todavia, o sigilo profissional não se limita ao fator temporal ou legal, mas ao dever ético, portanto não ficando sujeito ao tempo.

O dever de sigilo, imposto ética e legalmente ao advogado, não pode ser violado pro sua livre vontade. É dever perpétuo, do qual nunca se libera, nem mesmo quando autorizado pelo cliente, salvo no caso de estado de necessidade para a defesa da dignidade ou dos legítimos do próprio advogado, ou para conjurar perigo atual e iminente contra si ou contra outrem, ou, ainda, quando for acusado pelo próprio cliente⁵.

A cláusula de lealdade profissional, pactuada para vigorar após o término da relação de contratual normalmente traz em seu bojo condições que obrigam somente uma parte, no caso o contratado, a condição de não fazer, no sentido de que ele não poderá praticar pessoalmente, ou por meio de terceiro, nenhum ato que fira a lealdade e a confiança nele depositada por ocasião da relação contratual.

O inciso XIX do art. 7º, ora comentado, assegura ao advogado o direito-dever de recusa a depor como testemunha sobre fato relacionado com seu cliente ou ex-cliente, do qual tomou conhecimento em sigilo profissional. Esse impedimento incide apenas sobre fatos relacionados com seu cliente ou ex-cliente, do qual tomou conhecimento profissional. Esse impedimento incide apenas sobre fatos que o advogado conheça em razão de seu ofício. “O segredo profissional limitar-se-á ao que lhe foi confiado pelo constituinte, mas sobre fatos que, por outros meios, tenham

2. MADEU, Diógenes. *Ética Geral e Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 2010, p. 73.

3. É o que se refere ao segredo ou fato cuja ciência se teve em razão de profissão, ou em pleno exercício de uma atividade profissional, em virtude do que se está no dever de não o revelar.

Além do mais, em face do sigilo imposto, nenhum profissional está na obrigação de revelar fato que tenha sabido com segredo de profissão, pelo que não pode ser

compelido a devassá-lo. (Houaiss)

4. MADEU, Diógenes. Apud. Walter Ceneviva, *Segredos profissionais*, p. 41, *Ética Geral e Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 2010, p. 114.

5. LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71.

chegado ao seu conhecimento, não prevalece o sigilo” (TJSP, Agl 18.143-1) A regrada de tutela do sigilo profissional, mesmo em face do depoimento judicial, é largamente reafirmada na legislação brasileira, como se vê no Código Civil, art. 229, I, Código de Processo Civil, art. 347, II, Código Penal, art. 207, Entendeu o STJ que o sigilo profissional, previsto no citado inciso XIX, que acoberta o advogado, é relacionado “à qualidade de testemunha”, mas não quando o advogado é acusado em ação penal de prática de crime (RT, 718:473) ⁶.

É de se ressaltar, todavia, a regulamentação de condições do sigilo e sim todo o seu conteúdo, e não o nome dado a ela, razão pela qual respeitamos as demais adoções.

Para análise da validade dessa condição, diversos aspectos devem ser considerados. O dever de sigilo profissional existe seja o serviço solicitado ou contratado, remunerado ou não, haja ou não representação judicial ou extrajudicial, tenha havido aceitação ou recusa do advogado ⁷.

Pensamos que a confidencialidade não fere os dispositivos em apreço, notadamente porque a é bilateral e não pressupõe o arbítrio das partes, o que poderia, aí sim, macular de nulidade a condição avençada.

Pacífico, portanto, que a condição de lealdade profissional durante a relação contratual encontra supedâneo legal. A questão que surge, e que enfrentamos nesse momento, é a existência dessa condição para após a extinção do contrato.

2.2.1. VIOLAÇÃO DO SIGILO PROFISSIONAL ⁸

A violação do sigilo profissional sem justa causa é infração disciplinar uma vez que a preservação do sigilo é dever do advogado e só aceitará exceção em situações que a lei permitir.

O direito ao sigilo, no mundo atual passou a integrar os direitos fundamentais do cidadão, que são invioláveis inclusive em face do legislador infraconstitucional. Destina-se a proteger o segredo da pessoa ⁹.

As disposições sobrepujadas nos artigos 25 a 27 no Código de Ética e Disciplina do Advogado apresentam situações que autorizam a quebra do sigilo: estado de necessidade para defesa da dignidade ou dos direitos legítimos do próprio advogado, até mesmo grave ameaça ao advogado se vê afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa.

A pena imposta para a prática dessa infração é a de censura, conforme dispõe o artigo 36, I do EAOAB. É evidente que a condição da confidencialidade objetiva resguardar um segredo do contratante, o qual foi transmitido por força da sua função, ofício ou profissão, o qual, se revelado, poderá trazer prejuízo ao contratante. É de se observar que, nesse dispositivo, não há limitador temporal para qual situação ¹⁰.

6. *Ibidem*, p. 71.

7. *Ibidem*, p. 70.

8. RESOLUÇÃO DO TRIBUNAL DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB/SP SEÇÃO DEONTOLÓGICA nº. 17/2000: Art. 1º - O sigilo profissional do advogado, como princípio de ordem pública, é estabelecido no interesse geral da própria sociedade, assegurando o pleno direito de defesa, e obriga todos os inscritos na Ordem, inclusive os advogados públicos, os estagiários e os consultores em geral (art. 3º, §§ 1º e 2º, da Lei n. 8.906/94, art. 10 do Regulamento Geral e art. 8º do Provimento n. 91/2000 do Conselho Federal); § 1º - Estão resguardados pelo manto do sigilo não apenas os segredos confiados pelo cliente ao advogado e as informações privilegiadas, mas tudo o que lhe chegue ao conhecimento em decorrência do exercício profissional, quer as revelações feitas de viva voz pelo cliente, quer aquelas constantes de documentos e comunicações epistolares, quer ainda aquelas sabidas por outras fontes.; § 2º - O sigilo profissional, de que tratam a Lei n. 8.906/94 e o Código de Ética e Disciplina, diz respeito a fatos e conhecimento do advogado, de interesse no processo, e não a seu saber, a sua inteligência e as suas habilidades, virtudes inerentes ao profissional e das quais poderá dispor livremente no exercício de suas atividades, sem comprometer o segredo profissional.; § 3º - Para garantia do sigilo profissional, o advogado deve zelar pela segurança e inviolabilidade de seus arquivos, sob pena de ser responsabilizado pela violação, por terceiros, dos documentos confidenciais sob sua guarda.; Art. 2º - Não é permitida a quebra do sigilo profissional na advocacia, mesmo se autorizada pelo cliente ou confidante, por se tratar de direito indisponível, acima de interesses pertinentes, decorrente da ordem natural, imprescindível à liberdade de consciência, ao direito de defesa, à segurança da sociedade e à garantia do interesse público.; Art. 3º - Não há violação do segredo profissional em casos de defesa do direito à vida, ofensa à honra, ameaça ao patrimônio ou defesa da Pátria, ou quando o advogado se veja atacado pelo próprio cliente e, em sua defesa, precise alegar algo do segredo, sempre, porém, restrito ao interesse da causa sub iudice.; Parágrafo único - Não ocorre a quebra do sigilo quando, em razão de convênio oficial do qual participa o advogado, deva ele justificar sua recusa ou renúncia ao patrocínio da causa, sempre nos limites da necessidade do atendimento ao convênio, sem desrespeito à confiança depositada no profissional.; Art. 4º - O advogado que, esteja ou não no exercício da advocacia, encontrar-se, em razão de justa causa ou estado de necessidade, na contingência de revelar segredo profissional, assume, em princípio e pessoalmente, a responsabilidade de fazê-lo sem a autorização da Ordem, devendo, no entanto, a revelação, na forma, extensão e profundidade, ser submetida à análise da sua consciência e do bom

senso profissional.; Parágrafo único - Ocorrendo o fato previsto no caput deste artigo, o advogado deverá justificar perante a Ordem a relevância dos motivos de sua convicção, sob pena de incorrer na infração prevista no inciso VII do artigo 34 da Lei n. 8.906/94.; Art. 5º - O sigilo profissional, mormente se o teor do depoimento judicial a ser prestado perante a autoridade se relacione com as anteriores causas que patrocinou, ou de quem seja ou tenha sido advogado, garante, ao mesmo tempo que lhe impõe, o direito/dever de, comparecendo em juízo, recusar-se a depor, haja vista que tal procedimento constitui direito amparado pelo inciso XIX do artigo 7º da Lei n. 8.906/94 e dever normatizado pelo artigo 26 do Código de Ética e Disciplina.

Art. 6º - No caso das confidências feitas ao advogado pelo cliente para instrução da causa, poderão elas ser utilizadas nos limites da defesa, convindo ao advogado obter a autorização do confidante, por escrito, em documento próprio ou no petição judicial.; Parágrafo único - A medida do limite da defesa fica a critério do advogado, que não está, em princípio, na dependência de autorização da Ordem, mas responde pelo excesso praticado.; Art. 7º - Devem ser observados, no que se refere ao sigilo profissional, os princípios e as regras contidos nos artigos 18, 19, 20, 25, 26, 27, 33-IV, 34 e 42 do Código de Ética e Disciplina e as disposições legais dos artigos 7º-II e XIX e 34-VII da Lei n. 8.906/94, artigo 5º-XII da Constituição Federal, artigo 154 do Código Penal, artigo 207 do Código de Processo Penal, artigo 144 do Código Civil, artigos 347-II, 363-IV e 406-II do Código de Processo Civil, artigo 197, parágrafo único, do Código Tributário Nacional e demais legislações pertinentes. São Paulo, 19 de outubro de 2000. Robison Baroni – Presidente; Benedito Edison Trama – Relator.

⁹ LÔBO, Paulo. Apud. Adriano de Cupis, Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 70.

¹⁰ RESOLUÇÃO DO TRIBUNAL DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB/SP SEÇÃO DEONTOLÓGICA nº. 16/98: “Advogado desligado de escritório de advocacia ou de sociedade de advogados, de que tenha participado como empregado, associado, sócio ou estagiário, deve abster-se de patrocinar causas de clientes ou ex-clientes desses escritórios, pelo prazo de dois anos, salvo mediante liberação formal pelo escritório de origem, por caracterizar concorrência desleal, captação indevida de clientela e de influência alheia, em benefício próprio.

Parágrafo único - A concorrência desleal e a captação de clientela, a que se refere o caput desta Resolução, devem ser comprovadas para posterior notificação à parte infratora visando à abstenção das violações”.

2.3. INVIOABILIDADE DO ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA.

A Inviolabilidade do local de trabalho e dos meios de exercício profissional, estendesse aos dados e arquivos de computador em sua posse, trata-se de uma garantia intransponível, que impede, inclusive, a interceptação telefônica do Escritório de Advocacia, sempre que a questão disser respeito à atividade profissional.

2.3.1. QUEBRA DE INVIOABILIDADE ¹¹

Quando ocorram delitos praticados pelo próprio advogado, por determinação judicial ocorrerá a quebra da inviolabilidade do local de trabalho, os arquivos, dados, correspondência, comunicações inclusive telefônicas serão autorizadas a serem investigadas. Até mesmo pode ocorrer a busca e apreensão que tem objetivo de coibir a participação do advogado na ocultação de provas.

2.4. INFRAÇÃO PENAL

O art. 195 da Lei nº 9.279/1996 os incisos III e XI preconizam que comete crime de concorrência desleal quem emprega meio fraudulento para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem ou divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais. É de se notar que na parte final do inciso XI é destacado que essas informações, que podem ser acessadas numa relação contratual, devem ser preservadas mesmo após o término do contrato. Por derivação lógica, pensamos que se encontra estribada nessa previsão legal a condição de vedação de exploração de conhecimentos, informações ou de dados confidenciais, em forma de concorrência ao contratante ou empregador, mesmo após a extinção do contrato.

Sendo assim, podemos concluir que a previsão desse dispositivo dá o suporte para a afirmação de que existe a condição legal da pactuação da cláusula de confidencialidade para vigorar após a extinção do contrato em nosso ordenamento jurídico, mesmo porque ela decorre de disposição legal expressa, na qual, mesmo na ausência de contratação, poderá ocorrer a infração legal na órbita penal.

É evidente que a contratação expressa e formal é aconselhável, pois nela poderão constar detalhes dessa condição, independentemente da tipificação penal.

Destacam-se ainda, da inteligência desse dispositivo, três situações interessantes. A primeira, quando fala de uma situação de relação contratual ou empregatícia. A segunda é a contratual, a qual poderá surgir de qualquer outra relação contratual que não seja a empregatícia. A terceira, que analisaremos em outro tópico, é que o dispositivo não fala em limitação temporal das condições de observância a esse dever de sigilo; por derivação lógica, o item tempo não está limitado pela legislação penal.

O artigo 153 prevê a situação de divulgação de segredo de documento particular ou correspondência, situação que poderia ocorrer como forma também de concorrência desleal. O artigo 154 do Código Penal é mais severo e parece ter aplicação direta ao caso presente, ao preconizar a condição de violação de segredo profissional. O dispositivo fala em violação de segredo profissional, condição que pode ocorrer numa relação contratual. O referido dispositivo, como capitulação legal do delito, "revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem".

Conforme visto algures, o art. 195 da Lei nº 9.279/1996 e o art. 154 do Código Penal não estabelecem tempo para limitação da tipificação penal, o que nem

11. PROVIMENTO Nº 127 /2008: Dispõe sobre a participação da OAB no cumprimento da decisão judicial que determinar a quebra da inviolabilidade de que trata a Lei nº 11.767 , de 2008. O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL , no uso das atribuições que lhe são conferidas no art. 54 , inciso V , da Lei nº 8.906 /94, tendo em vista o decidido na Proposição nº 2008.19.07251-01/COP, RESOLVE : Art. 1º A participação de representante da OAB, no cumprimento da decisão judicial que determinar a busca e apreensão de que trata a Lei nº 11.767 , de 2008, obedecerá às normas estabelecidas neste Provimento. Art. 2º A designação do representante da OAB é competência da Presidência da Seccional onde se localiza o local de trabalho do advogado sujeito da decisão judicial. 1º Quando a decisão judicial abranger o território de mais de uma Seccional, cada uma delas será competente para o acompanhamento da execução da medida na sua respectiva jurisdição. 2º A Presidência da Seccional poderá designar advogado para exercer essa missão. Art. 3º O representante da OAB deverá adotar as seguintes providências, dentre outras que acautelem as prerrogativas dos advogados: I - verificar a presença dos requisitos legais extrínsecos concernentes à ordem judicial para a quebra da inviolabilidade; II - constatar se o mandado judicial contém ordem específica e pormenorizada; III - velar para que o mandado judicial seja cumprido nos estritos limites em que foi deferido; IV - diligenciar para que não sejam alvos de busca e apreensão documentos, arquivos, mídias e objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como os demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes, excetuando a hipótese de indiciamento formal de seu cliente como co-autor do mesmo fato criminoso objeto da investigação; V - acompanhar pessoalmente

as diligências realizadas; VI - comunicar à Seccional da OAB qualquer irregularidade verificada no cumprimento do mandado; VII - apresentar relatório circunstanciado, respeitado o sigilo devido, à Seccional, para eventual adoção das providências que se fizerem necessárias; 1º O relatório circunstanciado dirigido pelo representante da OAB à Seccional deverá ser encaminhado à ciência do advogado e/ou da sociedade de advogados sujeitos à quebra de inviolabilidade. 2º O Conselho Federal da OAB será comunicado, recebendo fotocópia do relatório, no caso de quebra de inviolabilidade que possua repercussão nacional. Art. 4º Verificada a ausência dos requisitos referidos no art. 3º , o representante da OAB formalizará seu protesto, continuando ou não, conforme as circunstâncias, a participar da diligência. Parágrafo único. A recusa poderá ser manifestada verbalmente aos encarregados da diligência, devendo ser formalizada, por escrito, à autoridade judiciária que decretou a busca e apreensão. Art. 5º Verificada a quebra da inviolabilidade da correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática relativas ao exercício da advocacia, com ou sem ordem judicial, deverá a Seccional da área de jurisdição da autoridade infratora adotar as medidas cabíveis para a responsabilização penal e administrativa. 1º Igual medida deverá ser adotada pela Seccional, no caso de busca e apreensão determinada ou executada sem a observância dos limites legais. 2º A competência para a adoção das medidas previstas no caput será do Conselho Federal quando a ilegalidade decorrer de ato de autoridade com competência nacional ou em mais de um Estado da federação. Art. 6º Este Provimento entra em vigor na data de sua publicação. Brasília, 7 de dezembro de 2008. Cezar Britto , Presidente. Marcelo Cintra Zarif, Relator.

poderia, pois os dispositivos falam, de forma genérica, sobre a configuração do ilícito penal de violação de segredo profissional, o qual abrange toda e qualquer situação profissional, e não somente a relação de emprego. É o que destacamos a respeito do dever ético profissional, o qual não fica limitado ao fator tempo.

2.5. RENÚNCIA DO MANDATO JUDICIAL

O Advogado pode renunciar ao mandato judicial sempre que julgar conveniente ou por imperativo ético. O juízo de oportunidade é seu, embora matizado pela ética profissional. Impõe-se o dever de renúncia sempre que o advogado sentir faltar-lhe a confiança do cliente. O Código de Ética e Disciplina (art. 13) determina que a renúncia implica omissão do motivo e a continuidade da responsabilidade profissional do advogado, durante o prazo estabelecido na lei, os 10 dias seguintes à cientificação, o causídico continuará a representar o mandante desde de necessário para evitar prejuízo conforme trata o artigo 45 do Código de Processo Civil Brasileiro, sendo notificação eficaz a comunicação pode ser judicial, pelos correios desde que tenha comprovação de recebimento.

A renúncia não é apenas uma faculdade atribuída ao profissional; é uma imposição ética, em determinadas circunstâncias como as previstas no Código de Ética e Disciplina (Capítulo II do Título I), a saber: a) se o cliente tiver omitido a existência de outro advogado já constituído; b) se sobreviver conflito de interesses entre seus clientes, devendo optar por um dos mandatos, resguardando o sigilo profissional; c) se concluir que a causa é contrária à ética, à moral ou validade de ato jurídico em que tenha colaborado; d) se o cliente impuser a indicação de outro advogado para com ele trabalhar na causa.

Muitos entendem que o prazo de dois anos é razoável; que o prazo deva ser fixado pelo próprio mercado e pelo segmento específico de cada atividade a ser convencionalizada a cláusula da confidencialidade, pois nem todos os domínios tecnológicos se esvaem em tempos curtos ou limitados. Por outro lado, pensamos que prazos superiores a cinco anos, por seu turno, sejam exagerados e devam ser revistos ou fundamentados e justificados. Se uma condição de confiança é pactuada com o mandato ou contrato, e esta, ao nosso perceber, está revestida de valor moral e ético.

Entretanto, se, por razões diversas, tal como a econômica, por exemplo, essa motivação muda, e o advogado se vê na necessidade de reduzir os custos, deverá avaliar a viabilidade de arcar com o ônus da perda desse investimento social, humano e administrativo financeiro.

Com base nesse fundamento é que nasce a motivação à justificativa da existência da mencionada cláusula-contrato; todavia, assim como surgiu a motivação para sua realização, poderá haver o esvaziamento dessa

motivação, ou seja, a ausência do fundamento da condição acordada, em função das condições de mercado ou em decorrência de situação que coloque, por exemplo, o produto sob domínio público. A motivação para a realização do pacto é fundamental até mesmo para justificar sua existência, mesmo que realizado de maneira solene e bilateral.

Ocorrendo, todavia, o esvaziamento da condição ajustada, não dá azo à presunção de extinção do contrato. A extinção do ajuste deve observar as mesmas condições de sua realização.

3. CONCLUSÃO

A proposta deste estudo é refletir um pouco sobre esse assunto, sem a intenção de esgotá-lo, mas de contribuir para sua discussão.

Por outro lado, deve ser considerado o fato de que os advogados não são colhidos no campo, no qual tudo floresce naturalmente, como se emergissem prontos para o mercado especializado. São anos de estudo, preparação e investimentos para capacitação adequada. É evidente que esse fato envolve custo, pois, após a terminação dessa relação contratual, situações específicas restrição do exercício de certas atividades por parte do advogado, que possa pôr em riscos a atividade econômica, restringir a liberdade de trabalho. Independentemente da discussão da confiabilidade como cláusula contratual, portanto acessória a um contrato principal ou subcontrato, ou da possibilidade de ela ser contratada de forma autônoma, o seu conteúdo é questão que merece relevo jurídico. O primeiro aspecto a ser considerado é do seu conteúdo intrínseco. Como visto acima, deve haver a necessária motivação para a realização de tal ato, sob pena de faltar o pressuposto essencial para sua vigência, o interesse. Admissível é a cláusula de confidencialidade que impeça o advogado em ato de concentração de se utilizar de conhecimento/informações confidenciais transferidos por meio da operação seja pelo prazo de dois anos.

Observada essa situação, vislumbra-se o aspecto da necessidade de verificar o conteúdo desse acordo, o qual deve considerar, entre outros, os aspectos acima destacados, tais como: a) identificação específica da atividade ou função a ser objeto da mencionada cláusula; b) motivação da cláusula; c) limitação temporal; d) limitação geográfica; e) eventual remuneração se houver; f) cláusula penal, para o caso de infração ao contrato.

Na prática, não é isso o que ocorre, contudo as pressões mercadológicas vêm reprimindo o dever ético, o setor empresarial se vê na premência de investir cada vez mais no aprimoramento tecnológico e na preparação de seu quadro profissional.

Outro ponto a ser observado nesse sentido no campo empresarial, é a confidencialidade pela não concorrência ou não competitividade é uma condição acessória a uma situação principal, ou seja, está embutida

nessa mencionada cláusula um subcontrato, como forma de garantia e viabilidade para um contrato principal.

Adotamos o termo cláusula de confidencialidade em detrimento da cláusula da não concorrência ou da cláusula da não competitividade por razão muito simples: a confidencialidade traduz o sentido da qualidade de confidencial, e algo confidencial só se socializa com quem merece tal encargo, por ser merecedor de confiança, e este, até mesmo por postulado ético, deverá respeitar a confiança depositada pelo confidente.

É através dessa dimensão ética que transcende os olhares econômicos e sociais que se deve começar a pensar o pacto da lealdade profissional para vigorar após a terminação do contrato.

Sendo assim, podemos tirar conclusões preliminares, que não existe vedação legal para a contratação da cláusula da confidencialidade para vigência após a relação de emprego, mesmo porque a inobservância, por parte do advogado (ou ex-advogado) dessa condição, fazendo uso inadequado das informações adquiridas em decorrência da sua função, cargo ou profissão, poderá configurar ilícito penal até mesmo sem essa condição ter sido previamente avençada, apenas a censura nos termos do artigo 36, I do EAOAB

4. REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 8.906, de 14 de julho de 1994. Estatuto da Advocacia e da OAB.

BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Lei de Propriedade Industrial, citando os crimes de concorrência desleal.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal brasileiro, citando a violação de segredo profissional

MADEU, Diógenes. Ética Geral e Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 2010.

LÔBO, Paulo. Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

OAB. Código de Ética e Disciplina da OAB de 13 de fevereiro de 1995, publicado em 1º de março de 1995 no Diário da Justiça da União.

RESOLUÇÃO DO TRIBUNAL DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB/SP SEÇÃO DEONTOLÓGICA nº. 17/2000:

RESOLUÇÃO DO TRIBUNAL DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB/SP SEÇÃO DEONTOLÓGICA nº. 16/1998

PROVIMENTO Nº 127/2008: O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL.

A iLand+ tem as melhores soluções e serviços em TI para sua empresa.



Para quem entende o valor da qualidade e da segurança, como prêmio o serviço proativo com confiabilidade premiada¹.

Ligue para iLand e agende uma visita, 81 3037.4050 ou 3038.4050

iLand+
www.ilandsolucoes.com.br



 Windows 7
Professional



JUSTIÇA SOCIAL, SOLIDARIEDADE E TRIBUTAÇÃO: CAMINHOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Pedro de Menezes Carvalho¹

¹Mestre em Direito pela UFPE, professor universitário e advogado.

1. ASPECTOS INICIAIS

O Estado brasileiro fora construído sob o pilar do Estado Social, isto é, o Poder Público deverá atuar de modo a implementar os direitos sociais, efetivando – desse modo – a justiça social. Assim, percebe-se que a arquitetura do Estado pátrio é voltada para um estado planejador e prestador de serviços públicos, para isso é essencial a acumulação de riqueza por parte deste, é justamente nesse momento que surge a ideia de contribuição fiscal.

Quando se fala em direitos sociais a temática da contribuição fiscal gera maior relevância, uma vez que - por terem natureza prestacional – esses direitos necessitam de um maior aparato econômico, pois se encontra inserido no seu âmbito normativo a ideia de distribuição de recursos públicos; os quais são finitos e escassos.

2. A JUSTIÇA SOCIAL E O DEVER DE CONTRIBUIÇÃO

Para que o poder público possa realizar a justiça social é necessária a existência de dotação orçamentária e a melhor forma de obter esses recursos é por meio da tributação.² Onde aqueles que detêm poder econômico irão subsidiar a prestação dos serviços públicos para a parcela hipossuficiente. Em outras palavras, a tributação é o meio utilizado pelo Estado a fim de realizar a concretização dos direitos sociais³, via a promoção das políticas públicas.

A tributação é parte extremamente importante para o desenvolvimento da sociedade, de modo que onde existir uma comunidade há de haver a tributação, pois esta é destinada a manutenção de todo o aparato público.

O Direito Tributário encontra a sua justificação em três véis: como uma expressão de poder, como um sistema jurídico e, por fim, como um sistema de direitos e deveres fundamentais.⁴

O último véil – que é o que interessa ao presente estudo – demonstra que os cidadãos têm a responsabilidade (dever) de efetuar o pagamento dos seus tributos e o Estado tem o direito de exigir o

2. “É que a função financeira dos impostos, traduzida no facto de a sua exigência e cobrança visarem fundamentalmente fazer face às despesas públicas, constitui um ponto de partida que aqui não pode ser ignorado. Efectivamente, não podemos esquecer que determinados fins de interesse geral ou de interesse social são prosseguidos pela sociedade civil, muito embora num sistema de partilha maior ou menor com o estado e demais entidades públicas. O que leva aquela a mobilizar os correspondentes recursos seja directamente, seja sobretudo através da instituição de entes cuja personificação tem por objetivo justamente a persecução permanente de interesses sociais. Pelo que se tais entidades, ao dar satisfação a esses interesses sociais, mobilizando para tal os correspondentes recursos, fazem despesas que, a não ser assim, teriam de ser custeadas com receitas públicas, ou seja, impostos, então elas já estão, a seu modo, a contribuir para as despesas públicas”. NABAIS, José Casalta, Por um Estado Fiscal Suportável: Estudos de Direito Fiscal, Coimbra: Almedina, 2005, p. 106.

3. “(...) se tal dever de cooperação constitui um efectivo encargo tributário para o contribuinte, estamos perante uma decisão de repartição dos encargos tributários – e essa decisão cabe à lei. Se, pelo contrário, estamos perante uma verdadeira obrigação

acessória inserida num procedimento administrativo que liga o sujeito passivo e sujeito activo, com uma oneração reduzida do contribuinte”. SANCHES, J.L. Saldanha, Manual de Direito Fiscal, 2ª Ed. Coimbra: Coimbra editora, 2002, p. 34.

4. “Na atualidade, seu modelo mais radical encontra-se na doutrina que afirma não serem, as normas tributárias, normas jurídicas, em sentido material, vendo-as como ordem do poder soberano que assume a forma de lei, nos termos das competências constitucionais inerentes às funções administrativas e orçamentárias. A obrigação tributária não seria uma relação jurídica, mas sim uma relação de poder, negando a igualdade jurídica das partes. E a versão mais recente desta concepção administrativista, é a doutrina da chamada dinâmica tributária, construída pela Escola de Roma, capitaneada por Gian Antonio Micheli e seguida por seus colaboradores mais diletos, como Augusto Fantozzi, Franco Gallom Andrea Fedele, Pérez de Ayala e Eusébio González. De orientação procedimentalista, entende esta Escola que a relação tributária seria um complexo de deveres formais e substanciais. É a teoria do procedimento impositivo”. TÖRRES, Heleno. Direito Tributário e Direito Privado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.

adimplemento desta obrigação. É uma forma de rateio do custo das prestações dos direitos fundamentais sociais exercido pelo Estado, assim, os cidadãos atuarão solidariamente, na medida em que alguns atuarão no financiamento das prestações que são destinadas a população hipossuficiente.⁵ Trata-se, na verdade, de um dever fundamental – por parte dos cidadãos - de efetuar o pagamento dos tributos e de um direito fundamental – por parte do Estado - de exigir a arrecadação destes, pois com base nessa receita obtida é que o Poder Público poderá subsidiar a concretização das políticas públicas, realizando a justiça social. Para Casalta Nabais:

Como dever fundamental, o imposto não pode ser encarado nem como um mero poder para o estado, nem como um mero sacrifício para os cidadãos, constituindo antes o contributo indispensável a uma vida em comunidade organizada em estado fiscal. Um tipo de estado que tem na subsidiariedade de sua própria acção (econômico-social) e no primado da auto-responsabilidade dos cidadãos pelo seu sustento o seu verdadeiro suporte. Dai que se não possa falar num (pretensão) direito fundamental a não pagar impostos.⁶

Os deveres fundamentais provêm da criação normativa e, não, da existência dos direitos, isto é, o fato de existir um direito fundamental não gera – obrigatoriamente – a necessidade de surgimento de um dever fundamental.⁷ Discorrendo sobre o tema Ricardo Lobo Torres doutrina que:

O poder fiscal se constitui no espaço aberto pelas imunidades e privilégios. Impõe o dever fundamental de pagar tributos, que aparece ao lado de poucos outros deveres criados pelo Estado de Direito – os de servir ao júri, prestar serviço militar e colaborar com a justiça eleitoral.⁸

A primeira Constituição a regulamentar o dever

de contribuição foi a de Massachusetts de 1780, em que em seu artigo 10 vinculava o cidadão à obrigação de contribuir para a proteção comunitária. Posteriormente, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 estabelece no artigo 13 positiva que para a manutenção da força pública e das despesas da administração é indispensável a contribuição dos cidadãos de acordo com suas possibilidades.

Torna-se claro que desde o século XVIII o legislador se preocupa com a necessidade de contribuição do cidadão para o desenvolvimento do Estado, bem como para que essa contribuição esteja inserida no âmbito da capacidade contributiva do cidadão.

Infelizmente os textos constitucionais não vêm dando importância para a definição dos deveres fundamentais, apenas tratam de estabelecer os Direitos Fundamentais. Esta exclusão deriva de aspectos históricos, pois no desenvolvimento do movimento fascista houve uma superestimação do dever que o indivíduo teria perante o Estado totalitário, suprimindo – dessa forma – a liberdade individual.⁹ No entanto, o legislador constituinte esquece da responsabilidade solidária dos cidadãos, devendo os mais abastados contribuir para o desenvolvimento daqueles que estão em situação de hipossuficiência.¹⁰ Isto é, os economicamente fortalecidos tem o dever fundamental de subsidiar o Estado na prestação das políticas públicas, as quais são destinadas aos hipossuficientes. Interessante notar que apesar do contribuinte estar em uma posição passiva em relação ao Estado em um primeiro momento, em um segundo plano aquele se encontra em uma posição ativa em face deste, qual seja, de exigir que todos os membros da sociedade sejam solidariamente destinatários do citado dever fundamental em conformidade com a capacidade contributiva de cada um.¹¹

5. "Não há como raciocinar sobre direitos fundamentais sem examinar os equivalentes deveres, dentre os quais, o dever de ratear o custo do Estado querido pela sociedade. Com efeito, na medida em que a sociedade que um Estado que não seja proprietário de todos os bens (de cuja exploração resultariam recursos suficientes para seu funcionamento) e, mais, se ela pretende que esse Estado faça algo (p.ex., proveja à seguridade social), o dinheiro de que necessita deverá vir de alguma outra origem que não seja a mera exploração de seu patrimônio. Vale dizer, virá da tributação. Daí falar-se em Estado Fiscal como aquele que, para subsistir, necessita de tributos". GRECO, Marco Aurélio. *Solidariedade Social e Tributação*, p. 182. In: *Solidariedade Social e Tributação*, Greco, Marco Aurélio; GODOL, Marciano Seabra de (org.), São Paulo: Dialética, 2005.

6. NABAIS, Casalta. *O dever fundamental de pagar tributos*. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1998, p. 679.

7. "Lato sensu os deveres são, por conseguinte, as situações jurídicas de necessidade ou de adstrição de comportamentos impostas constitucionalmente às pessoas, aos membros da comunidade política. Não são deveres do homem em geral; são apenas aqueles que o homem tem perante o Estado (ou perante outros homens, defronte do Estado) e que derivam do seu estatuto básico, a Constituição, em conformidade com os princípios que a enformam". MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Direitos Fundamentais, Lisboa: Coimbra Editora, 1998, p. 72.

TORRES, Ricardo Lobo. *Os Direitos Humanos e a Tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 287.

8. TORRES, Ricardo Lobo. *Os Direitos Humanos e a Tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 287.

9. "A reação natural dos povos que emergem de regimes despóticos é estigmatizar os deveres e proclamar os direitos, cada vez mais amplos, como se tal fosse possível. Isso porque os governos ilegítimos são, usualmente, associados à proliferação de deveres sem correspondentes direitos. Ocorre que o mais comum em tais períodos é a restrição de direitos, sem a consequente ampliação de deveres. Esta só ocorre verdadeiramente, quando a democracia é restaurada e os direitos se ampliam, pois são eles que acarretam os deveres, sejam os diretamente ligados aos direitos, individuais, coletivos e difusos, sejam os deveres tributários necessários a gerar recursos para custear a efetivação dos direitos sociais". WEISS, Fernando Lemme. *Justiça Tributária: Um enfoque sobre as renúncias fiscais, a Reforma Tributária de 2003/2004 e os Códigos de Defesa dos Contribuintes (ES, IT, SP, MG e o projeto brasileiro)*, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 28.

10. "(...) preocuparam-se de uma maneira dominante, ou mesmo praticamente exclusiva, com os direitos fundamentais ou com os limites ao (s) poder (es) em que estes se traduzem, deixando por conseguinte, ao menos aparentemente, na sombra os deveres fundamentais, esquecendo assim a responsabilidade comunitária que faz dos indivíduos seres simultaneamente livres e responsáveis, ou seja, pessoas". NABAIS, Casalta. *O dever fundamental de pagar tributos*. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1998, p. 18.

11. NABAIS, José Casalta, *Por um Estado Fiscal Suportável: Estudos de Direito Fiscal*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 59.

A tributação e a reserva do possível se interligam com a concretização dos direitos fundamentais, pois esta é vista como forma de expansão da reserva do possível. Uma vez que com base nos recursos obtidos o Estado poderá prestar os direitos fundamentais à população. Quanto maior os recursos obtidos pela tributação, em tese, maiores serão os direitos realizados.

Paulo Caliendo elenca seis possibilidades de utilização dos tributos como forma de alargamento da reserva do possível, para o referido autor os Poderes públicos poderão vincular constitucionalmente as receitas tributárias para a prestação de serviços públicos de saúde e educação; instituir Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE; instituir contribuições sociais; criar incentivos fiscais para a família, educação, esportes e meio ambiente. Além do mais, poderá utilizar a seletividade do Imposto Sobre Produtos Industrializados – IPI e Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS na proteção da cesta básica e uso da extrafiscalidade como forma de implementação de políticas públicas em prol da saúde, educação e desenvolvimento nacional.¹²

Percebe-se nitidamente que o direito tributário é de suma importância para o desenvolvimento da sociedade, haja vista que com base nos recursos gerados pelos tributos o gestor público poderá ampliar a zona de abrangência dos direitos fundamentais, principalmente os de característica prestacional. Para isso é mister que haja uma ampliação da proteção tributária à concretização dos direitos sociais, conforme visto nos exemplos anteriormente citados; como também que ocorra uma maior definição em relação ao dever fundamental do cidadão em pagar os tributos, posto que há a necessidade do maior desenvolvimento do sentimento de solidariedade entre a comunidade, para que assim possa diminuir as fraudes ao sistema tributário e, por fim, deve-se evitar o desvio dos recursos provindos dos tributos, fato que comumente ocorre.

3. A SOLIDARIEDADE SOCIAL E A CONTRIBUIÇÃO FISCAL

Como já fora visto, para a promoção dos direitos fundamentais é essencial que o Estado seja dotado de condições materiais, para isso é mister a demanda de recursos financeiros por parte da sociedade. Assim, o fato de o indivíduo encontrar-se inserido no seio social, faz com que este seja credor e devedor solidário dos direitos fundamentais, uma

vez que para a concretização destes é necessário que toda a sociedade atue em prol desse objetivo.¹³

Por meio do princípio da solidariedade é que se fundamenta a necessidade/dever de participação dos indivíduos no desenvolvimento da sociedade. Este princípio encontra-se elencado no artigo 3º, I da Constituição Federal, em que estabelece que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Nesse sentido, Casalta Nabais:

*A cidadania fiscal implica que todos suportem o Estado, ou seja, que todos tenham a qualidade de destinatários do dever fundamental de pagar impostos na medida da respectiva capacidade contributiva, de outro, impõe que tenhamos um estado fiscal suportável, isto é, um estado cujo sistema fiscal se encontre balizado por estritos limites jurídico-constitucionais.*¹⁴

A solidariedade reflete o ideal da fraternidade levantado pelos revolucionários franceses do século XVIII, que é realizada por meio das contribuições tributárias, bem como por meio de condutas de assistência social que – em alguns casos – geram isenções tributárias. A solidariedade será calibrada por meio do princípio da capacidade contributiva que regulará o grau de contribuição exercido por cada ativo social.

Em virtude da capacidade contributiva e da solidariedade o Estado impõe um respeito da sociedade para com os deveres tributários, pois o exercício dos direitos prestacionais encontra-se diretamente vinculado à contribuição do cidadão com o desenvolvimento social. Assim é que a capacidade contributiva transforma-se no meio pelo qual o tributo tornar-se-á instrumento de desenvolvimento social, posto que os ricos subsidiarão o desenvolvimento das classes mais pobres. Por isso que Marco Aurélio Greco afirma que segundo a perspectiva do Estado Social a tributação não pode ser vista somente sob o aspecto arrecadatório; deve ser vista também como forma de viabilização da dimensão social do ser humano.¹⁵

É justamente isto que se pode esperar de um Direito Tributário moderno, em que todo o conjunto tributário encontra-se voltado para o desenvolvimento da sociedade, bem como esteja em consonância com capacidade econômica do contribuinte. Uma vez que um dos aspectos centrais do Estado é formar um sistema

12. CALIENDO, Paulo. Reserva do Possível, direitos fundamentais e tributação. P. 185.

13. "A lei fiscal vai porém mais longe, ao exigir do contribuinte mais do que a sua identificação subjectiva íntima, activa e concordante entre os fins do imposto e os fins do Estado. Exige dele um comportamento positivo e colaborante". CATARINO, João Ricardo. Para Uma Teoria política do Tributo, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal (184), Centro de

Estudos Fiscal. Lisboa, 1999, p. 213.

14. NABAIS, José Casalta, Por um Estado Fiscal Suportável: Estudos de Direito Fiscal, Coimbra: Almedina, 2005, p. 57.

15. GRECO, Marco Aurélio. Solidariedade Social e Tributação, p. 179. In, Solidariedade Social e Tributação, Greco, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (org.), São Paulo: Dialética, 2005.

tributário baseado no caráter pessoal do contribuinte.¹⁶ É o que se pode retirar do comentário de Klaus Tipke:

*Um princípio, que subtrai o mesmo montante tanto de ricos como de pobres, também não é conciliável com o princípio do Estado Social. Aliás, as necessidades financeiras de um Estado não são sequer atendidas, se os ricos não devem pagar mais do que aquilo que os pobres podem contribuir, ou se sobrecarregaria completamente as classes mais pobres. Mas também dos pobres pode-se retirar apenas aquilo que eles têm.*¹⁷

Tanto é assim que a concessão de qualquer isenção ao dever de pagar impostos deverá ser motivada por um bem social maior, caso contrário estar-se-á diante de um privilégio outorgado a determinada classe social em detrimento do dever de solidariedade, bem como do princípio da capacidade contributiva. Ricardo Lobo Torres entende que:

*Do ponto de vista fiscal odioso é o privilégio que consiste em pagar tributo menor que o previsto para os outros contribuintes, não pagá-lo (isenção) ou obter subvenções ou incentivos, tudo em razão de diferenças subjetivas, afastadas dos princípios de justiça ou de segurança jurídica. A concessão de privilégio odioso ofende a liberdade relativa de terceiros, que ficam obrigados ao desembolso do tributo de que o detentor do privilégio foi dispensado: alguém sempre paga pelos benefícios concedidos a outrem. Em vista disso os privilégios odiosos são proibidos pela CF, explícita e implicitamente.*¹⁸

O privilégio odioso caracteriza-se por qualquer autorização legal dirigida a determinada classe para que essa se encontre fora do âmbito de incidência do tributo, no entanto não é qualquer exclusão que se caracteriza como odiosa, e mister que esta seja destoadada de qualquer motivação ou razoabilidade. Em alguns casos a concessão de exceção ao poder de tributar pode gerar benefícios para a sociedade, como no caso de empresas que desenvolvem ações sociais destinadas a pessoas carentes. Estas empresas, na verdade, promovem direitos sociais por meio de recursos próprios, em outros termos, elas ocupam um lugar que seria de responsabilidade do Estado. Dessa forma, em virtude de o Poder Público não necessitar efetuar dispêndios financeiros para a promoção dos direitos sociais, os seus custos são abatidos dos tributos que tais empresas deveriam arrecadar. Na verdade, trata-se de uma contraprestação em que o Estado não gasta, pois a concretização da norma social ocorre por meio de recursos particulares e este não paga, em virtude de exercer uma função tipicamente estatal.

Caso não haja essa contraprestação estar-se-á caracterizado o privilégio odioso, pois o custo da prestação dos direitos sociais encontra-se o mesmo para o Estado. A diferença é que a arrecadação irá diminuir em uma ponta da cadeia e na outra ponta, o custo para a prestação das políticas públicas permanecerá o mesmo. Assim, qual será a solução

a ser adotada? Simples. Aumentar a arrecadação. E como se procederá? Simples. Elevando as alíquotas para os demais contribuintes. Então, percebe-se claramente que concessão de qualquer isenção ou imunidade gerará uma repercussão econômica para estes.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, arremata-se que o direito tributário deverá ser analisado sempre sob a ótica da concretização dos direitos fundamentais, uma vez que a atuação positiva do Estado passará antes pela arrecadação de recursos orçamentários.

Então, o dever de contribuir para o financiamento dos gastos públicos deve ser visto como um dever de solidariedade. Essa ideia de solidariedade social, inculpada pelo Texto Constitucional de 1988, ganha força em decorrência do fato de o pagamento dos tributos ser um dever fundamental que deverá ser prestado por aqueles que forem dotados de capacidade contributiva. Com isso o Estado obterá recursos os quais serão destinados ao desenvolvimento de políticas públicas, concretizando – assim – os direitos sociais.

5. REFERÊNCIAS

- CATARINO, João Ricardo. Para Uma Teoria política do Tributo, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal (184), Centro de Estudos Fiscal. Lisboa, 1999.
- GRECO, Marco Aurélio. Solidariedade Social e Tributação. In, Solidariedade Social e Tributação, Greco, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (org.), São Paulo: Dialética, 2005.
- NABAIS, José Casalta, Por um Estado Fiscal Suportável: Estudos de Direito Fiscal, Coimbra: Almedina, 2005.
- _____. O dever fundamental de pagar tributos. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1998.
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, tomo IV, Direitos Fundamentais, Lisboa: Coimbra Editora, 1998.
- SANCHES, J.L. Saldanha, Manual de Direito Fiscal, 2º Ed. Coimbra: Coimbra editora, 2002.
- TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva. São Paulo: Malheiros, 2002.
- TÔRRES, Heleno. Direito Tributário e Direito Privado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- TORRES, Ricardo Lobo. Os Direitos Humanos e a Tributação: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- _____. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário, vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- WEISS, Fernando Lemme. Justiça Tributária: Um enfoque sobre as renúncias fiscais, a Reforma Tributária de 2003/2004 e os Códigos de Defesa dos Contribuintes (ES, IT, SP, MG e o projeto brasileiro), 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

16. SANCHES, J.L. Saldanha. Manual de Direito Fiscal, 2º Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 205.

17. TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contribu-

tiva. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 28.

18. TORRES, Ricardo Lobo. Os Direitos Humanos e a Tributação: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 288.

A PROTEÇÃO DO DIREITO DE CRÉDITO ATRAVÉS DA RELEITURA DA IMPENHORABILIDADE DA VERBA ALIMENTAR DO DEVEDOR

Tatiane Gonçalves Miranda Goldhar¹

¹Mestre em Direito Civil (Universidade Federal de Pernambuco). Especialista em Processo Civil (Jus Podivm/Fanese). Coordenadora da Escola Superior da Advocacia em Sergipe. Advogada e Professora Universitária dos cursos de Graduação e Pós-Graduação da Estácio-FASE e da FANESE.

01. INTRODUÇÃO

A prática da advocacia, em defesa dos direitos creditícios, em processos de execução ora de títulos judiciais ora de títulos extrajudiciais, tem nos revelado enormes dificuldades para satisfação do crédito no desenvolvimento do processo executivo.

A eficácia da proteção do direito de crédito tem sido comprometida e tolhida diante das previsões legais de proteção do patrimônio do devedor, mormente quando, no atual sistema jurídico, generosa parcela do patrimônio do devedor está imune à atividade executiva, porquanto ostenta a natureza de bem de família ou verba alimentar.

A temática escolhida convida o leitor a analisar a relação de direito material existente entre o credor e devedor e os princípios que norteiam essa relação, e principalmente a relação processual entre exequente e executado e os meios atualmente disponíveis para busca e satisfação do crédito exequendo, tudo isso considerando as regras que protegem o patrimônio do devedor, como

é o exemplo do art. 649 do Código de Processo Civil que trata dos bens que são protegidos pela nota da impenhorabilidade.

Propõe-se uma releitura do art. 649 do Código de Processo Civil, mormente do inciso IV, sob a ótica do direito fundamental à proteção do crédito como uma forma de reavaliar a regra da impenhorabilidade da verba alimentar, preservando o mínimo vital do devedor para permitir maiores possibilidades de satisfação do crédito exequendo.

02. O DIREITO DO CREDOR E A BUSCA DO CRÉDITO

Historicamente, relembra-nos Caio Mário da Silva Pereira² que o credor quando não obtinha o cumprimento da obrigação devida pelo devedor exigia o pagamento, em caráter punitivo, com o próprio corpo do devedor, através de sua escravidão ou, em casos mais extremos, com a morte do devedor.

A relação obrigacional, durante séculos, foi marcada pela pessoalidade em função do devedor responder com sua própria vida/corpo pelo adimplemento da prestação. Era algo tão natural da sociedade da antiguidade que muitos se tornavam eternos escravos de seus credores por não conseguirem solver o débito. Essa realidade era prevista na Lei das XII Tábuas, em 450 A.C. e no Código de Hamurabi, por volta de 1.728 e 1.686 A.C.

Somente com a *Lex Poetelia Papira* de 428 A.C. a relação obrigacional deu os primeiros passos rumo à impessoalidade, isto é, passou-se a inadmitir a vida ou o corpo do devedor como forma de punição pelo inadimplemento da dívida, de modo que o *Corpus Júris Civili* em torno de 326 D.C. reforçou essa mudança, somente consolidada e abolida definitivamente pelo Código Napoleônico de 1804, na França.³

2. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Atualizador: Luiz Roldão de Freitas Gomes. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.10

3. CHAVES, Cristiano de Farias; ROSENVALD, Nelson. Direito das Obrigações. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010, p. 23-24.

A despeito de a lei ter proclamado a extinção da escravidão ou da morte do devedor como forma de resolver o inadimplemento, ainda havia muitas situações que eram resolvidas nos moldes arcaicos, como até hoje se verifica casos de morte por dívidas, sobretudo nas relações de empréstimo particular onde se pratica de agiotagem – aplicação de juros em patamares superiores ao permissivo legal-, situações que conduzem aos extremos de prática de justiça privada, tais como subjugação, ameaças, restrições à liberdade, quando não a própria morte do devedor, lembrando-nos a fase primitiva da história humana.

Percebe-se que o direito do credor e o poder que ele detinha na relação jurídica obrigacional sempre foi o foco da relação jurídica creditícia; era ele quase de caráter absoluto e devia ser vingado de todas as maneiras possíveis. O devedor sujeitava-se à vontade do credor na busca da garantia de seu crédito.

A relação débito (*shuld*) e responsabilidade (*haftung*), desenvolvida pela escola pandectista alemã, sob a liderança de Alois Von Brinz⁴ demonstrava muito bem essa característica ao apresentar a obrigação como uma estrada de via única em que somente o devedor tinha o ônus, ou seja, o débito na origem e a responsabilidade no conseqüente, arcando assim com o peso da satisfação da dívida perante o credor, cuja posição jurídica material era passiva e bastante confortável, não se cogitando qualquer postura sua que pudesse comprometer o desenvolvimento da relação. Hoje, muito desenvolvido é o conceito de mora *accipiendi* e bastante analisada é a participação do credor no desenvolvimento da relação obrigacional e no adimplemento da obrigação.

Não resta dúvida, portanto, que o credor inicialmente ostentou uma postura vantajosa e absoluta na relação obrigacional, porquanto a lei lhe garantia todos os meios de buscar a dívida com os consectários da mora e encargos contratuais e legais que compensassem os efeitos deletérios do inadimplemento.

Hodiernamente, é inconcebível admitir qualquer ato de justiça privada que almeje resolver a dívida nos moldes da pessoalidade, sobretudo ante a ontologia da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Pacto São José da Costa Rica, com força de norma constitucional no Brasil, entre outros diplomas internacionais garantidores dos direitos fundamentais do homem.

Declaração Universal dos Direitos dos Homens:

Artigo 3: Todo o homem tem direito à vida, à

liberdade e à segurança pessoal.

Artigo 4: Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos estão proibidos em todas as suas formas.

Artigo 5: Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Pacto São José da Costa Rica:

Artigo 3º - Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica.

Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

Artigo 4º - Direito à vida: Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. (...)

Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

Também cumpre esse mister a Constituição Federal de 1988, arts. 1º e 5º e o Código Civil de 2002, art. 11 e ss. quando anunciam a proeminência da dignidade da pessoa humana, núcleo axiológico do sistema jurídico brasileiro e o reconhecimento dos direitos da personalidade, princípios e direitos fundamentais que protegem a pessoa humana de qualquer ato degradante, humilhante, enfim, que possa comprometer a sua integridade física, psíquica e espiritual.

Nessa ordem de idéias, o direito à satisfação da dívida, obviamente, não pode mais se pautar em meios ilícitos e comprometedores da dignidade da pessoa humana para buscar o resultado almejado, devendo o credor adotar as alternativas processuais disponíveis, restringendo o patrimônio do devedor e não a sua pessoa, família ou moradia para pagamento da dívida.

E não poderia ser diferente.

É o patrimônio do devedor, conforme expressam os arts. 391 do Código Civil (“pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”) e 591 do Código de Processo Civil (“o devedor responde, para

4. CHAVES, Cristiano de Farias; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Obrigações*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010, p. 18.

o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”), que deverá servir para a satisfação voluntária ou coercitiva da dívida, através do Poder Judiciário e dos instrumentos existentes no processo para realização da pretensão executiva.

O art. 389 do Código Civil tem a eficácia limitada pelo art. 649 do CPC que trata da impenhorabilidade de alguns bens e sua extensão delimitada pelo princípio da menor onerosidade do procedimento executivo, como confirma o art. 620 do CPC, questões enfrentadas doravante.

03. O DIREITO DO DEVEDOR E A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO MÍNIMO DE ACORDO COM A LEI DO BEM DE FAMÍLIA.

O devedor, em virtude de sua histórica posição frágil e vulnerável na relação obrigacional, especialmente quando analisada as crueldades já experimentadas, goza atualmente de grande proteção da lei e da jurisprudência no que se refere às possibilidades de submissão de seu patrimônio no processo de pagamento da dívida.

É o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III e 5º, da Constituição Federal de 1988) que respalda esse arcabouço legal visando à proteção do patrimônio do devedor contra os atos expropriatórios e demais meios de cobrança que possam resultar em sua ofensa, humilhação, ou ainda, destituição total dos bens.

Nesse aspecto, poderoso instrumento de defesa é a Lei do Bem de Família (Lei n. 8.009/1990), que relaciona os bens impassíveis de expropriação, tais como o bem imóvel que serve à residência familiar⁵, todos os móveis quitados que guarnecem a residência, plantas, benfeitorias de qualquer natureza, equipamentos de uso profissional, ressaltando-se somente os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuoso, na dicção dos arts. 1º e 2º.

Passemos a analisar alguns pontos da Lei do Bem de Família.

A simples leitura do texto legal já anuncia que o credor não poderá constranger quase nada da esfera patrimonial do devedor. A própria residência só se sujeita

à penhora e expropriação nos casos ressalvados em leis, tais como para pagamento de dívidas de natureza propter rem, como é a taxa condominial ou de Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU) ou Imposto Territorial Rural (ITR), na linha do art. 1.715 do Código Civil⁶. Ademais, a casa do indivíduo é patrimônio inviolável, segundo o art. 5º, inciso XI da Carta Magna, por constituir o abrigo que permite a sobrevivência digna da pessoa humana e do núcleo familiar.

Louvável a redação legal do ponto de vista axiológico não encontrando, todavia, fundamento jurídico plausível a ressalva prevista no que pertine à expropriação para pagamento das dívidas resultantes do próprio bem, haja vista que não é pelo fato de a dívida decorrer do próprio bem, seja da aquisição ou de sua manutenção, que autoriza o credor a expropriá-la, deixando o devedor à míngua, num país onde amiúde a moradia passa a ser item de luxo e direito de poucos.

Se o ordenamento protege o direito à moradia, elevando-o ao patamar de direito fundamental da pessoa humana, consagrado pelo Estado Democrático de Direito, ainda que não seja absoluto, é incoerente, do ponto de vista ontológico, permitir que possa ser expropriado para satisfação de dívida de imposto ou de natureza condominial, dado o abalo que isso causaria à dignidade da pessoa humana e ante as possibilidades existentes para a satisfação a dívida.

De mais a mais, a proteção da moradia, de sede constitucional, nada mais objetiva do que resguardar os seus habitantes e a dignidade de cada um deles ou da própria entidade familiar. No dizer de Chaves e Rosenvald, “o bem de família, com isso, há de estar vocacionado à tutela jurídica dessa família instrumental, protegendo a pessoa humana que compõe o núcleo familiar e a sua necessária dignidade”⁷.

Paulo Lôbo⁸, em sua vanguardista leitura das regras e princípios civis, apregoa que:

A solidariedade do núcleo familiar compreende a solidariedade recíproca dos conjugues e companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material. O lar é por excelência um lugar de colaboração, de cooperação, de assistência, de cuidado; em uma palavra, de solidariedade civil.

5. Lembre-se que na atual conjuntura do direito de família, deve-se conceber a família como uma entidade, conceito amplo e aberto que contempla todas as formas de núcleo anímico que se forma pelos laços de vivência e ajudas mútuas, tal como esclarece a súmula 364 do STJ “o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”. Sobre o assunto ver LOBO, Paulo Luis Netto. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

6. “Art. 1.715. O bem de família é isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesas de condomínio.”

7. CHAVES, Cristiano e ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011, p. 850.

8. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio da solidariedade familiar. Direito das Famílias e Sucessões out/Nov/2007, p. 152.

Poucos argumentos justificam ontologicamente essa exceção dentro do sistema jurídico, a qual se respalda unicamente no fato de o bem servir para saldar a dívida relacionada à sua própria existência ou aquisição.

O Superior Tribunal de Justiça, no Resp. n. 873.224/RS, da relatoria do Ministro Luis Fux, tentou justificar a ressalva. Entende o Julgador, então Ministro da Corte Superior de Justiça que a quota-parte, no caso da relação condominial, não se reveste de natureza fiscal, mas serve à sobrevivência da coletividade de modo a justificar a sujeição do bem ao pagamento das dívidas dessa natureza.

O fato de a quota-parte da taxa condominial servir à sobrevivência da coletividade não autoriza por si só a mitigação do direito à moradia do devedor, já que há outros de pagamento das dívidas e instrumentos que sejam mais eficazes do que sujeitar a habitação à expropriação.

Indo além, além do imóvel residencial, a lei também protege todos os móveis (inciso II) que guarnecem a residência, excluindo somente os adornos suntuosos, obras de arte e veículos de transportes. Eis onde reside o problema já que tudo aquilo que guarnecer a casa (sofás, centro, televisões, armários, aparadores, mesas de jantar, aparelhos elétricos, tapetes, quadros, lustres, geladeira, fogão, exaustor, estantes, computadores, etc), será considerado *a priori* impenhorável, tornando acanhadas as possibilidades de satisfação do crédito. A presunção, portanto, é de impenhorabilidade dos bens móveis por formar o conceito de bem de família e viabilizar a comodidade da instituição familiar.

A despeito de algumas decisões judiciais, inclusive da Corte Superior⁹, afirmarem que fogão, geladeira, ar condicionado são bens impenhoráveis, dentre outros utensílios domésticos, dado o bem-estar que trazem aos donos e habitantes do lar, coube a mesma jurisprudência e à doutrina obtemperar o texto da lei, permitindo a penhora e expropriação de bens que, embora guarnecem a residência e sejam úteis à vida moderna, existam em duplicidade, a fim de possibilitar a satisfação da dívida ante as dificuldades práticas enfrentadas.

Aliás, essa é a orientação que se extrai da ressalva presente no inciso II do art. 649 do Código de Processo Civil, alterado pela Lei 11.382/2006, ao dispor "salvo os (bens móveis) de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida".

Nada mais justo, já que uma família pode sim viver sem duas geladeiras, dois fogões, duas televisões, adegas, frigobares instalados em quartos, dois aparelhos de DVD, dois aparelhos de ar condicionados, enfim, itens que se reduzidos em quantidade não comprometerão o desenvolvimento da vida familiar.

Lembre-se ainda dos instrumentos e equipamentos de trabalho de qualquer natureza que são impenhoráveis em observância ao art. 5º, inciso XIII da Carta Magna (é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão), visando o atendimento em primeiro lugar da profissão e, em última análise, da dignidade da pessoa humana já que a limitação ou impedimento do trabalho, em decorrência da constrição de algum bem essencial, comprometerá a obtenção de renda do devedor, por meio do exercício de ofício ou profissão, e consequentemente a sua sobrevivência digna. É o caso do computador para o advogado, para o escritor, do veículo para o taxista ou motorista de transporte escolar etc.

Outros itens protegidos pela nota da impenhorabilidade estão no rol taxativo do art. 649, do CPC, tais como itens de uso pessoal, vestuário, material necessário às obras em andamento, os quais dispensam a alegação em juízo pelo devedor por ostentarem natureza de matéria de ordem pública, reconhecidas de ofício pelo magistrado, conforme nos relembra Chaves e Rosenvald.¹⁰

Há ainda situações especiais de impenhorabilidade comentadas por Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald¹¹, no que diz respeito ao imóvel residencial em locação, conforme dispõe o art. 2º, parágrafo único da Lei do Bem de Família. Segundo o texto legal, a impenhorabilidade nesses casos se protege os bens do locatário quitados e de sua propriedade, não envolvendo qualquer bem do locador.

Dessa maneira, na realização da diligência expropriatória deve o oficial de justiça pedir a demonstração da quitação do preço de aquisição dos bens móveis, com a finalidade de constriar somente aquilo que já efetivamente for de propriedade do devedor. Tais comprovantes também devem ser adunados aos autos visando à comprovação da situação de quitação.

Outra situação interessante é a do imóvel em construção objeto de promessa de compra e venda do devedor ou construído pelo mesmo. Para livrá-lo da expropriação, deve o devedor provar que o bem imóvel em vias de aquisição ou construção se destina à moradia da família, que será único da família e não possui caráter

9. Resp. 109.351/RS.
10. Ob. Cit, p. 862.

11. Ob. Cit, p. 863.

especulativo ou de investimentos, caso contrário servirá à satisfação da dívida perseguida judicialmente¹².

O art. 2º do mesmo diploma trata especificamente dos bens não protegidos pelo manto da impenhorabilidade, tais como os adornos suntuosos e os veículos de transporte.

Com relação aos adornos suntuosos e obras de arte, a identificação desses objetos também pode ser problemática na prática por que depende muito da ótica do oficial de justiça incumbido da diligência de penhora e avaliação, já que o juízo quase nunca se utiliza da inspeção judicial como instrumento para averiguar *in locu* a natureza do bem e as particularidades que o classifiquem como tais.

Isto porque é subjetivo o conceito de adornos suntuosos, sendo difícil precisar exatamente quando um adorno poderá ser considerado suntuoso para fins de proteção do bem de família. Adornos suntuosos normalmente são os bens considerados de ostentação, desnecessários para sobrevivência da pessoa. Integram a categoria de bens de luxo, supérfluos que não guarnecem a casa no sentido de serem imprescindíveis à sobrevivência das referidas pessoas.

Para melhor identificação dessa categoria e atingir a finalidade da lei, o padrão que se utiliza é da classe média, ou seja, o que seriam bens luxuosos para a classe média brasileira, dentro do atual contexto de mercado de consumo? Essa é a pergunta que busca resolver o problema de ordem conceitual e prática.

Cabe, ainda, à jurisprudência definir pontualmente e *pari passu* quais são os bens que integram o conceito de adornos suntuosos. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, tem considerado quadros, estátuas, obras de arte e objetos extravagantes como adornos suntuosos, porém as linhas telefônicas e aparelhos eletrodomésticos, por não possuírem o caráter de ostentação, revestem-se da impenhorabilidade por servirem à normalidade da residência, estando presente num número grande de lares.

Desse modo, itens como televisão, videocassete, DVDs e som, utilitários da vida moderna atual, não podem ser penhorados por guarnecerem a residência, nas palavras do Ministro Sidnei Beneti, da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça,¹³ a não ser quando existirem em duplicidade, como pudemos ressaltar¹⁴.

Quanto aos veículos de transporte, em regra, são

penhoráveis, desde que não constituam instrumentos de trabalho do devedor, situação a ser analisada concretamente.

A garagem de automóveis constantes dos prédios residenciais ou comerciais também pode ser objeto de expropriação, conforme resolve a Súmula 449 do Superior Tribunal de Justiça, “A vaga de garagem que possui matrícula própria no registro de imóveis não constitui bem de família para efeito de penhora”.

Não se olvida ainda que o bem de família possa ser instituído ou criado – bem de família convencional-, segundos os ditames do art. 1.711 do Código Civil.

Art. 1.711. Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial.

O legislador facultou a possibilidade de instituir um bem de família em benefício de entidade familiar como forma de possibilitar a sobrevivência de algum núcleo eventualmente desassistido e permitir que o imóvel seja excluído das hipóteses de constrição patrimonial.

Essa regra deve ser vista com bastante cautela e à luz do princípio da boa-fé objetiva a fim de que não sirva de maquiagem para atos fraudulentos no sentido de proteger o acervo patrimonial do devedor dos atos expropriatórios. Muito criticada pela doutrina é a limitação da instituição voluntária até um terço do patrimônio líquido do instituidor, o que, na prática restringe muito as possibilidades de instituição, sobretudo para as pessoas menos favorecidas.¹⁵

A proteção dos bens do devedor, resguardadas pela Lei 8.009/1990 e pelo art. 649 do Código Civil reforçaram-se ainda mais com o advento da Teoria do Patrimônio Mínimo, sustentada pelo jurista Luiz Edson Fachin, segundo a qual o devedor não pode perder o conjunto de bens ou condições financeiras que constituem o seu mínimo vital, ou seja, tudo aquilo que garante a sua sobrevivência e o seu padrão social.

Luiz Edson Fachin¹⁶ um dos responsáveis por desenvolver a teoria em nosso sistema jurídico, apregoa que todo ser humano tem um conjunto de bens que formam o núcleo essencial garantidor de sua

12. REsp 507048/MG

13. <http://www.conjur.com.br/2010-set-10/tv-videocassete-aparelhos-dvds-sao-impenhoraveis-entende-ministro>.

14. REsp 507048/MG.

15. SANTOS, Marcione Pereira dos. Bem de família: voluntário e legal. São Paulo: Saraiva, 2003, p.119.

16. FACHIN, Luiz Édson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.35.

saúde, educação, moradia, lazer, enfim, que realizam o princípio da dignidade da pessoa humana, a impedir sua exclusão da esfera jurídica patrimonial do titular e assim comprometam sua vida.

O entendimento é louvável porquanto visa à garantia do mínimo existencial do devedor, permitindo que o patrimônio que lhe serve à sobrevivência seja protegido dos meios expropriatórios e comprometa a sua subsistência. O problema ocorre quando esse patrimônio mínimo é ampliado de forma tal pela doutrina e jurisprudência que impede a satisfação da dívida do credor pela intangibilidade quase que absoluta do patrimônio do devedor.

Com a breve leitura da Lei do Bem de Família e do art. 649, do Código de Processo Civil, percebe-se claramente que o sistema jurídico protege consideravelmente os direitos e bens do devedor, tornando parcela abundante do seu patrimônio infensa à atividade executiva, tudo com vistas a garantir a sua sobrevivência digna bem como a de sua família.

04. O PROCESSO EXECUTIVO E OS MEIOS DE SATISFAÇÃO DA DÍVIDA.

Após analisar os bens do devedor que estão legalmente protegidos pela impenhorabilidade, aprofundaremos o estudo com a verificação de alguns princípios que regem o processo executivo, as regras que levam a satisfação da dívida perseguida, a efetividade dos meios processuais disponíveis para atingir esse fim e, ainda, o comportamento do devedor como ator principal na arena do feito executivo rumo à satisfação do crédito exequendo.

É cediço que o processo executivo deflagrado pela execução de títulos executivos extrajudiciais (art. 585 do CPC), assim como a fase de cumprimento de sentença – execução de título judicial (art. 475-J e ss. do CPC) – rege-se pelos princípios da instrumentalidade e da menor onerosidade para o devedor, dentre outros.

Se o credor vai a juízo buscar o pagamento de uma dívida é porque, teoricamente, já tentou todos os meios extrajudiciais e amigáveis existentes, haja vista que a opção processual não é a primeira alternativa do credor, afinal terá que arcar com os custos de um advogado, as custas processuais, mais outras despesas incidentais, estando com o seu patrimônio já desfalcado pelo

inadimplemento da dívida. Todavia, recorre ao Judiciário, representado por um advogado por que crê na segurança dos meios processuais disponíveis e na concretude e eficácia das determinações judiciais.

O devedor no processo executivo não responde somente ao interesse ou pretensão executiva do credor, mas, sobretudo, obedece ou deve obedecer as ordens judiciais, sob pena de multa, inclusive, prevista nos arts. 600 c/c 601 do Código de Processo Civil.

O comportamento do devedor deve ser analisado sempre à luz do interesse do credor, lado oposto, mas principalmente sob a ótica do processo, a fim de coibir posturas que maculem a dignidade da justiça e o bom desenvolvimento do processo executivo.

A fase executiva, mais simplificada e célere com as reformas processuais da última década, é o palco onde atuam credor, devedor e juiz em busca do bem da vida do credor/exequente. Vale-se o exequente de todos os meios lícitos possíveis para receber seu crédito, enquanto o juiz defere ou não defere os atos solicitados, cooperando com a parte interessada na entrega do bem da vida. É o princípio da cooperação que norteia o comportamento de todos.

No entanto, o magistrado deve estar sempre atento à regra do art. 620 do CPC que impõe, dentre as alternativas existentes, a adoção da forma menos gravosa de promoção da execução, cotejando, a todo o momento, o direito do credor à satisfação da dívida com a dignidade do devedor e a intangibilidade do patrimônio mínimo existencial.

Essa regra harmoniza-se com o art. 655 do CPC, onde consta o rol de bens e a ordem de preferência da expropriação, a qual milita em favor do credor em razão de apontar meios mais hábeis para recebimento da dívida exequenda, prestigiando, em suma, o princípio da efetividade da jurisdição.

É preciso lembrar que a ordem do art. 655 do CPC não é absoluta, conforme esclarece a súmula 417 do Superior Tribunal de Justiça (“Na execução civil, a penhora de dinheiro na ordem de nomeação de bens não tem caráter absoluto”), porém a jurisprudência tem sido rigorosa quando à necessidade de atentar para a preferência legal¹⁷, excepcionando-a somente quando o devedor alega prejuízo demasiado.

17. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. INDICAÇÃO DE BENS IMÓVEIS PELO DEVEDOR. INOBSERVÂNCIA DA ORDEM LEGAL DO ART. 655 DO CPC. A INDICAÇÃO DE BENS À PENHORA É ATO DO CREDOR (ART. 652, § 2º, CPC). CONSTRICÇÃO QUE DEVE OBEDECER, DE REGRA, A ORDEM LEGAL. EMBORA A SÚMULA 417/STJ FIRME ORIENTAÇÃO DE QUE A ORDEM DO ART. 655, CPC NÃO É ABSOLUTA, A JURISPRUDÊNCIA DO STJ, POSTERIOR À EDIÇÃO DO VERBETE, TEM MANTIDO A RECUSA DE INDICAÇÃO DE BENS À PENHORA QUANDO

NÃO OBEDECIDA A ORDEM PREFERENCIAL, POR REPRESENTAR MAIOR ONEROSIDADE E DIFICULDADE NA ALIENAÇÃO. LOTES URBANOS SITUADOS EM OUTRA COMARCA. PRECEDENTES DO STJ. NEGADO SEGUIMENTO, POR DECISÃO MONOCRÁTICA. (Agravado de Instrumento Nº 70044261436, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mylene Maria Michel, Julgado em 10/08/2011)

As últimas inovações legislativas, na linha da reformulação do processo executivo tornando-o como uma mera fase do processo de conhecimento, no que diz respeito ao cumprimento de sentença, favoreceram e muito a posição jurídica processual do exequente que, agora, pode indicar os bens do devedor passíveis de constrição, na forma do art. 652, §2º do CPC (“O credor poderá, na inicial da execução, indicar bens a serem penhorados”).

Atente-se que a lei fala em “poderá” denotando uma faculdade e não uma obrigação/dever do exequente, sob pena de inviabilizar por completo a busca pela dívida, já que o credor não é obrigado a conhecer o acervo patrimonial do devedor para fins de constrição e recebimento do seu crédito.

Se o credor conhece essa realidade, ou seja, sabe da existência de crédito em nome do devedor ou de bens passíveis de constrição poderá indicar logo na inicial, no caso de execução de título judicial ou extrajudicial, os bens a serem constrangidos. Caso contrário, o ônus cabe ao devedor, somente.

Nas lições de Humberto Theodoro Júnior, temos que “As partes têm o dever de cooperar na prestação jurisdicional, inclusive na execução forçada. Não revelar os bens penhoráveis, por isso, é um ato atentatório à dignidade da Justiça¹⁸”.

Na prática, todavia, o que se tem visto cotidianamente é a imposição do juízo de que o credor decline detalhadamente os bens do devedor passíveis de penhora, tornando a faculdade em obrigatoriedade o que resulta em inversão dos deveres processuais, onerando e dificultando sobremaneira a vida do exequente¹⁹. Trata-se de direito e não dever processual, cuja imposição dificulta muito a vida do exequente.

Essa faculdade, portanto, deve ser vista como uma forma de beneficiar o credor e não como uma obrigação que o onera, a ponto de paralisar a execução em razão do desconhecimento dos bens do devedor passíveis de penhora. Afinal, quem conhece mais de seus bens senão o próprio titular?

Se o credor não conhecer esses bens, deve o juiz imediatamente ordenar que o devedor demonstre ou indique seus bens passíveis de constrição, sob pena de

ser considerada a omissão uma penalidade, nos termos do art. 600 do CPC.

A citação para pagamento no exíguo prazo de três, no caso de execução de títulos extrajudiciais, e não para oposição de embargos – que também não gozarão inicialmente de efeito suspensivo-, demonstra também um grande benefício ao credor que não precisar mais aguardar a defesa, já que a lei põe a salvo o imediatismo na resolução do impasse com o pronto pagamento da dívida, o que beneficia também o devedor que atende ao despacho de pagamento com a redução pela metade da verba honorária arbitrada pelo juiz, de acordo com o art. 652-A, parágrafo único, do Código de Ritos.

Observe-se ainda que a lei faculta ao credor a adjudicação dos bens levados à leilão, nos moldes do art. 685-A do CPC, possibilitando ao credor permanecer com os bens se assim for mais útil para satisfação da dívida, através da adjudicação.

Some-se a tudo isso, ainda, a possibilidade de o exequente obter, início litis, certidão comprobatória do ajuizamento da execução para fins de averbação no registro de imóveis ou veículos, visando a tornar pública a execução e impedir ou minimizar os possíveis atos de fraude à execução e esgotamento do patrimônio do devedor (art. 615-A do CPC).

Outro ponto positivo das reformas foi a possibilidade de penhora eletrônica de dinheiro, o mais revolucionário e rápido meio de penhorar dinheiro e aplicações financeiras do devedor, através do sistema bacenjud, que ganhou forma e força nos processos executivos e é considerado hoje o melhor e mais eficaz instrumento de satisfação da dívida, materializando assim o inciso I do art. 655 do CPC.

Citado para pagar em três dias, no processo executivo extrajudicial, ou intimado para cumprir voluntariamente o comando judicial, no prazo de quinze dias, no cumprimento de sentença, mantendo-se inerte e silente o devedor, o juízo, após requerimento expresso do credor juntamente com a demonstração do valor atualizado da dívida, está autorizado a ordenar a pesquisa e penhora de dinheiro, via sistema bacenjud, com vistas a buscar quantia suficiente para atender o crédito do exequente, a teor do art. 655-A do CPC.²⁰

18. THEODORO JR., Humberto. A reforma da execução do título extrajudicial. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 30.

19. RECURSO INOMINADO. EXECUÇÃO. EXTINÇÃO DO FEITO. PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE VERIFICAÇÃO DE BENS. NECESSIDADE DE OPORTUNIZAR AO CREDOR A INDICAÇÃO DE BENS ANTES DA EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. Na ausência de bens penhoráveis, o Oficial de Justiça deve descrever aqueles que guarnecem a residência ou estabelecimento do devedor,

conforme art. 659, § 3º, do CPC. O credor tem o direito de indicar outros bens passíveis de penhora antes da aplicação do art. 53, § 4º, da Lei 9.099/95. RECURSO PROVIDO. (Recurso Cível Nº 71002786804, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Afif Jorge Simões Neto, Julgado em 24/08/2011).

20. No caso da execução de título judicial, é bem verdade que após os quinze dias, ao valor da execução será acrescida multa coercitiva prevista no art. 475-J do CPC.

Uma vez procedida à penhora *on line*, cabe ao devedor, após intimado para impugnar à penhora, informar ao juízo a natureza da verba constritada e se for alimentar, pedir o imediato desbloqueio, direito a que lhe assiste a norma 655-A, §2º do CPC.

No silêncio do executado, o juízo, após o prazo legal, deve manter o bloqueio e ato contínuo transferir a quantia para conta judiciária, à disposição do juízo e logo mais do credor, o qual, logo mais poderá levantá-la, dando por encerrado o feito ou, ainda, se o bloqueio não foi suficiente, prosseguir na execução, visando buscar do saldo remanescente até a integralização da dívida.

Esse direito processual é sem dúvidas um grande avanço no processo executivo que antes ficava adstrito a constrição de bem móvel ou imóvel, tornando praticamente inexistentes as possibilidades de satisfação do crédito, em razão da impenhorabilidade do bem de família que protege quase todo o acervo patrimonial do devedor.

Dentre as novidades trazidas pela Lei n. 11.382/2006, essas são as mais proeminentes e que nos interessam para fins de enfrentar o tema trazido ao estudo, de modo que se pode concluir que o processo executivo está bem mais equilibrado e prestigia o direito do credor na satisfação da dívida, sem olvidar das garantias processuais mínimas que protegem o patrimônio vital do devedor.

05. A PROTEÇÃO DO DIREITO DE CRÉDITO E A IMPENHORABILIDADE DA VERBA ALIMENTAR DO DEVEDOR: UMA RELEITURA DO ART. 649, INCISO IV DO CPC.

A despeito da relevância da penhora *on line*, tem-se verificado no cotidiano das execuções que mesmo sendo uma excelente ferramenta à disposição do credor e do juízo, afinal, é de interesse do Poder Judiciário a resolução definitiva das lides com o encerramento e entrega da prestação jurisdicional, não tem trazido resultados ante a disposição encartada no inciso IV do art. 649 do Código de Processo Civil.

Segundo o comando legal mencionado, o salário, a remuneração, o soldo, aposentadoria, vencimentos e tudo quanto for direcionado ao sustento do devedor e de sua família estão protegidos pelo manto da impenhorabilidade com base nas razões anteriormente explanadas, visando, em última análise, a proteção da entidade familiar e da dignidade da pessoa humana de cada integrante.

Indene de dúvidas quanto à importância do valor ético e moral da norma processual. Ela materializa princípios fundamentais e impede a constrição ou

expropriação de quantias que sirvam à sobrevivência do devedor, na ótica da teoria do patrimônio mínimo. Mas, é preciso perguntar: e o direito de crédito do exequente, também essa quantia percebida não integra o patrimônio que provê a sua pessoa, a sua família e o seu trabalho?

O direito à satisfação da pretensão executiva é direito fundamental do credor porque também materializa o princípio da dignidade da pessoa humana e sua negligência, direta ou indiretamente, pode vir a representar um desfalque no seu patrimônio ocasionado pelo inadimplemento contumaz do devedor/executado, traduzindo assim num comprometimento de sua renda e, finalmente, de sua sobrevivência em casos mais graves.

De ver-se que no processo executivo deve-se sempre utilizar os instrumentos hábeis à satisfação da dívida em atendimento ao direito fundamental do credor, sem, para isso, reduzir a vida do devedor ao nada, o que na prática nunca ocorre, é bem verdade.

Não seria leviano afirmar que é muito mais comum assistir a sucumbência da pretensão executiva do que a expropriação total do patrimônio do devedor. É bem mais freqüente o fim da execução pelo esgotamento de todas as possibilidades de busca de patrimônio livre e desembaraçado para a penhora do que efetivamente o sucesso da execução com o pagamento da dívida.

Depara-se, portanto, com dois direitos de natureza fundamental: o direito do credor à satisfação da dívida que lhe compromete, muitas vezes, os negócios e à sobrevivência e de outro lado, o direito do devedor em não ter penhorado os bens que constituem o mínimo existencial para sua vida (resguardados pela impenhorabilidade).

A prática cotidiana do processo executivo, inegavelmente, revela-nos uma colisão de direitos fundamentais que merece toda a atenção do juízo, em especial, como condutor do processo e equalizador dos direitos e deveres de cada parte na relação jurídica processual, tudo com a finalidade de servir à pretensão material do credor.

Como não há princípio nem direito fundamental absoluto na ordem jurídica, quando há uma colisão de direitos fundamentais num dado caso concreto, cabe ao juízo ponderar qual o interesse mais relevante ou, ainda, adotar posturas que mitiguem um direito em prol do outro, sempre motivando suas decisões e evitando o esvaziamento de um dos direitos em jogo.

Para Robert Alexy, estudioso da teoria dos direitos fundamentais, o jurista deve utilizar a lei do sopesamento para cotejar, no caso concreto, qual o princípio ou direito

que deve prevalecer em detrimento do outro, não sendo essa resposta conclusiva e estanque em relação aos demais casos semelhantes, porquanto a análise é episódica e se submete às variantes e as necessidades de cada lide apreciada, num dado momento histórico.

Para Alexy, portanto, “segundo a lei do sopesamento, a medida permitida da não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro”²¹. Destaca-se. Esse grau de importância não deve ser feito de forma apriorística, mas sim pressupondo os direitos que são cotejados no caso concreto.

Enquanto que a verba alimentar sempre teve a nota de impenhorabilidade absoluta como no seu nascedouro, hoje se percebe sua flexibilização para ceder à satisfação da dívida de caráter também alimentar, ao passo em que paulatinamente o juiz reinterpreta a regra processual e, à luz da proporcionalidade e da razoabilidade, também relê os direitos de crédito como um direito fundamental abrindo oportunidades para mitigação da impenhorabilidade e possibilitando à entrega do bem da vida do credor, sem comprometer a sobrevivência do devedor.

Assim, para equilibrar essa relação processual, mister seja realizado pelo juízo um intenso trabalho hermenêutico, à luz do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, mediante a técnica da ponderação, para investigar, no caso concreto, qual o direito fundamental que deve prevalecer se o do credor ou o do devedor.

A tarefa não é nada fácil.

Se analisarmos de forma apriorística, os direitos que entram em rota de colisão na hipótese desse trabalho, qual sejam, o direito fundamental ao crédito do exequente e o direito à intangibilidade da verba alimentar do executado, certamente vamos optar por proteger sempre o direito à irredutibilidade da verba alimentar, sobretudo para pagamento de dívidas. Essa foi a opção do legislador ao criar a lei do bem de família e os artigos do Código de Ritos mencionados exaustivamente até agora.

No entanto, se optarmos por uma análise mais concreta, mergulhando na prática do processo executivo e das possibilidades de satisfação do crédito, verificar-se-á que o direito ao crédito, desnuda, direta e indiretamente, o direito à sobrevivência do exequente/credor, que dele depende para recompor seu patrimônio diante de uma obrigação inadimplida. Independentemente de ser de

origem alimentar, o crédito uma vez satisfeito integra seu patrimônio e será empregado ou na sua renda familiar ou ainda no desenvolvimento de seus negócios, isso sem mencionar a possibilidade de com esse valor ele pagar seus fornecedores, seus empregados, empregar no desenvolvimento de atividades que contribuem diretamente para sua sobrevivência, assim como é o ofício de qualquer trabalho.

Assim, indubitavelmente, que o crédito satisfeito, ou seja, a dívida paga com os consectários de mora, revertem direta ou indiretamente para a sobrevivência do credor, e assim satisfaz o princípio da dignidade da pessoa humana nesse pólo da relação jurídica.

O que ocorre é que a regra da impenhorabilidade criou uma presunção absoluta de carência do devedor acaso seja comprometida uma parcela dessa verba, pensamento consolidado do qual também decorre uma intangibilidade absoluta das quantias (dinheiro) disponíveis em sua conta bancária, eventualmente atingida pelo bacenjud.

É essa visão pré-concebida de intangibilidade dos bens do devedor que se pretender reconsiderar, porquanto, na prática não é bem assim que ocorre. Se o devedor vem a juízo, depois de vários atos dirigidos à satisfação do crédito e informa que a verba é de natureza alimentar, deverá ele além de provar suas alegações, comprovar também que não pode comprometer nem um real dessa renda, sob pena de permitir ao juízo, à luz da razoabilidade e da lei do sopesamento, constriar a parte da verba alimentar, ou seja, da renda que não ostenta natureza alimentar propriamente dita.

Esse é um ônus do devedor que argúi a natureza alimentar. Deve-se trazer aos autos suas despesas mensais a fim de deixar claro ao juízo e ao exequente que a renda se destina exclusivamente para custear essas despesas com família, caso contrário, o juízo deve sim constriar a renda remanescente ainda que potencialmente de natureza alimentar.

Cabe ao juiz se questionar, com o auxílio das argumentações desenvolvidas no processo, qual é o direito fundamental que, naquele momento, é mais proeminente ou mais urgente que se deve assegurar no caso concreto?

Se a resposta a essa ponderação for sempre a proteção do direito do devedor de ter a execução processada de forma menos onerosa ou a absoluta intangibilidade de seus bens – nesse caso, o dinheiro

21. No caso da execução de título judicial, é bem verdade que após os quinze dias, ao valor da execução será acrescida multa coercitiva prevista no art. 475-J do CPC.

– presente na conta bancária, certamente o processo judicial não servirá para entregar o bem da vida ao credor, tornando parcas, quando não, inexistentes as hipóteses de sujeição do patrimônio do devedor à satisfação da dívida, violando o princípio do acesso à justiça e da dignidade da pessoa humana do credor.

Afinal de contas, é comum o recebimento do salário, remuneração e enfim, verbas que têm origem no trabalho e que gozam de natureza alimentar, nas contas correntes, as quais serão objeto de bloqueio via sistema bacenjud.

Mas se a conclusão da ponderação feita pelo magistrado for também sempre aos interesses do credor, violará frontalmente os arts. 648 e 649 do Código de Processo Civil, tornando nula a constrição levada a efeito e oportunizando o devedor a substituir a penhora feita nos termos do art. 656 do mesmo Código de Ritos.

Ante o impasse muito freqüente nos processos executivos, uma alternativa viável, mas que ainda encontra forte resistência doutrinária e jurisprudencial é a possibilidade de manter o bloqueio de dinheiro, mesmo de natureza alimentar, em percentuais de 10% a 40% como forma de aplicar a máxima popular “nem tanto ao céu, nem tanto a terra”, que *mutatis mutandis*, significa em termos jurídicos encontrar o meio termo entre o direito de satisfação do crédito exequendo e a proteção de parte da quantia para a sobrevivência do devedor.

A respeito do assunto, a doutrina ainda é muito tímida e a jurisprudência não firmou qualquer orientação, tendo uma tendência em negar essa alternativa, sob o auspício do dogma de impenhorabilidade do bem de família e da verba de natureza alimentar.

Percebe-se que não há o enfrentamento da problemática vivenciada pelo credor no processo, preocupando-se o jurista em unicamente resguardar cegamente o dogma da impenhorabilidade, olvidando-se nessa linha que também há um direito fundamental no outro pólo da relação que merece proteção.

Normalmente, o argumento que justifica a impossibilidade de manutenção bloqueio de verba alimentar *latu sensu* é o fato de o credor ter várias outras possibilidades de constrição dos bens do devedor, o que embora seja verdadeiro, mas se percebe na prática que dificilmente ou quase nunca consegue o credor satisfazer sua dívida com a constrição de outros bens, imóveis e móveis, porquanto ambas categorias estão protegidas pela impenhorabilidade, o que torna inexistente a efetivação do direito de crédito.

É muito comum recorrer às ferramentas do infojud, dos cadastros do DETRAN, expedir ofícios à

Receita Federal do Brasil, busca em cartórios e perceber que o devedor ou esconde muito bem seu patrimônio ou não possui nenhum bem oficialmente registrado, levando à inexistência de solução eficaz para a obtenção do crédito exequendo. E quando se atinge o bloqueio de dinheiro, via bacenjud, vem o devedor alegar que a verba é de natureza alimentar, pleiteando o imediato desbloqueio, o que sem dificuldades é acolhido e defendido pelo juiz muitas vezes sem qualquer prova das alegações.

Seguem decisões abaixo extraídas do Tribunal de Justiça de Sergipe que acenam o posicionamento negativo do Tribunal sobre a possibilidade de flexibilização da regra do art. 649, inciso IV do CPC:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - INDEFERIMENTO DO PEDIDO DO BANCO DE PENHORA DE 30% DOS SALÁRIOS DO AGRAVADO - IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA DAS VERBAS DE NATUREZA SALARIAL, NOS TERMOS DO ARTIGO 649 DO CPC - PRECEDENTES DESTA CORTE, EM CASOS ANÁLOGOS, NOS QUAIS RESTOU VEDADA A PENHORA DE SALÁRIO, MESMO QUANDO PLEITEADA DE MANEIRA PARCIAL - MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA - RECURSO DESPROVIDO - DECISÃO UNÂNIME (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0357/2011, 9ª VARA CÍVEL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, DES. CLÁUDIO DINART DÉDA CHAGAS, RELATOR, Julgado em 10/05/2011)

Processo Civil - Agravo regimental em agravo de instrumento - Execução - Penhora sobre vencimentos - Impossibilidade de constrição - Precedentes do STJ.

I - É inadmissível a penhora parcial de valores que compreendem salário ou aposentadoria do devedor - Precedentes do STJ;

II - Agravo Regimental desprovido. (AGRAVO REGIMENTAL (C. Cível) Nº 0286/2010, , Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, IOLANDA SANTOS GUIMARÃES , JUIZ(A) CONVOCADO(A), Julgado em 08/02/2011)

Na verdade, uma das poucas hipóteses de flexibilização da norma em comento –art. 655-A, inciso VI, do CPC – é quando o crédito perseguido também tem natureza alimentícia, como é o caso da obrigação de pagar pensão alimentícia. Mas não deveria ser a única.

Nesse sentido, segue a decisão do Tribunal de Justiça de Sergipe:

Agravo de Instrumento. Execução de Alimentos. Determinação de bloqueio via Bacen Jud em conta salário do executado. Possibilidade. Mitigação à impenhorabilidade de salário em razão da natureza do crédito exequendo. Pensão alimentícia. Aplicação do §2º do artigo 649 do CPC. Limite da penhora ao percentual de 30% (trinta por cento) de seus rendimentos. Precedentes. Desbloqueio de 70% (setenta por cento) dos valores bloqueados. Recurso conhecido e

parcialmente provido.

- Admite-se a possibilidade de constrição judicial de valores depositados na conta corrente do executado para salvar dívida proveniente de pensão alimentícia, como o caso dos autos, desde que, por óbvio, restrita a um percentual razoável (30%), até como garantia do princípio da dignidade da pessoa humana do próprio executado. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2588/2010, 6ª VARA CÍVEL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, DES. CEZÁRIO SIQUEIRA NETO, RELATOR, Julgado em 31/05/2011)

De outro lado, analisando o caso concreto à luz do princípio da efetividade processual e da proteção do direito de crédito, segue a decisão do Tribunal de Justiça de Sergipe, da Relatoria de Dra Elvira Maria acolhendo a tese aqui defendida e mantendo o bloqueio em percentual compatível com a renda de sobrevivência do devedor:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE EXECUÇÃO - BLOQUEIO DE NUMERÁRIO EM CONTA SALÁRIO - IMPENHORABILIDADE MITIGADA - POSSIBILIDADE - LIMITAÇÃO A 30% DO VALOR SALARIAL - SATISFAÇÃO DO DIREITO DO CREDOR - EFETIVIDADE DO PROCESSO.

Nada obsta o desconto sobre rendimentos de conta salário do devedor, desde que o seja feito dentro de um limite razoável, pois na esteira do atual entendimento jurisprudencial, restou mitigada a impenhorabilidade desse tipo de conta corrente, uma vez que, o bloqueio judicial de percentual limitado dos valores existentes na conta, não implica em onerosidade excessiva ao devedor e também não ofende os termos do artigo 649, inciso IV do Código de Processo Civil.

A impenhorabilidade de que trata este dispositivo é aquela que incide, diretamente, no demonstrativo de pagamento do devedor, sendo certo que a importância relativa ao salário, assim que cai na conta corrente, perde tal natureza, prestando-se a honrar os compromissos assumidos pelo correntista, cujo valor do bloqueio deverá ser limitado a 30%, mensalmente, até o pagamento total do débito.

Agravo desprovido. Decisão por maioria. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1559/2010, 15ª VARA CÍVEL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, ELVIRA MARIA DE ALMEIDA SILVA, JUIZ(A) CONVOCADO(A), Julgado em 06/12/2010)

Na linha do raciocínio desenvolvido neste trabalho, mais um exemplo de flexibilização do dogma da impenhorabilidade, à luz do princípio da efetividade processual, nesta decisão do Tribunal de Justiça de Pernambuco:

Classe Agravo de Instrumento
Assunto(s) Indenização por Dano Moral,
Indenização por Dano Material
Número do Acórdão 0 0 0 3 1 2 3 -
12.2010.8.17.0000 (208976-5)
Comarca Recife

Número de Origem 00275440520068170001

Relator Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes

Relator do Acórdão Cândido José da Fonte

Saraiva de Moraes

Revisor

Órgão Julgador 2ª Câmara Cível

Data de Julgamento 5/5/2010 14:00:00

Publicação 89

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. «PENHORA» ON-LINE INCIDENTE SOBRE CONTA «SALÁRIO». POSSIBILIDADE. CARÁTER ALIMENTAR. PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE. LIMITE 30%. RAZOABILIDADE. PROVIMENTO PARCIAL.- Em atenção ao princípio da efetividade, mostra-se legal a «penhora» de verba salarial depositada em conta corrente, não afigurando justa a blindagem total daqueles valores quando a constrição não vulnerar a dignidade do devedor;- A simples invocação de impenhorabilidade dos rendimentos previstos no art. 649, IV, do CPC não pode impedir o credor de ter satisfeito seu crédito;- Conclusão que não redunde na legalidade do bloqueio de toda a verba remuneratória, tendo em vista sua presumível natureza essencial;- «Penhora» limitada a 30% (trinta por cento) do rendimento líquido da executada, o que assegura tanto o adimplemento da dívida como o sustento de sua família. Dicção do art. 3º do Decreto 4.840/03;- Recurso parcialmente provido para limitar a «penhora» em 30% (trinta por cento) do valor líquido da remuneração.

Decisão

À unanimidade de votos deu-se provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do Relator.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a despeito da resistência à possibilidade de mitigação da impenhorabilidade da verba alimentar bloqueada, já decidiu manter bloqueio no percentual de 30% do rendimento mensal do devedor, desde que provado que aquela quantia não afetaria sua sobrevivência, diante das provas dos autos.

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CEDULA DE CRÉDITO. PENHORA ON LINE. BLOQUEIO LIMITADO A 30% DO RENDIMENTO MENSAL DO EXECUTADO. POSSIBILIDADE. PRECLUSÃO E INTEMPESTIVIDADE VERIFICADA. VERBA ALIMENTAR PRESERVADA. AUSENTE PROVA DE ÚNICA FONTE DE SUBSISTÊNCIA. NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento Nº 70041062126, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nara Leonor Castro Garcia, Julgado em 31/03/2011)

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. PENHORA ON LINE. VERBAS SALARIAIS. A impenhorabilidade dos

salários (art. 649, IV, do CPC) restringe-se às quantias necessárias à subsistência do devedor. Havendo reserva de capital, a verba perde seu caráter alimentar, tornando-se penhorável. Precedentes jurisprudenciais. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70036199966, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Julgado em 30/06/2010)

Na decisão supra, entendeu o Tribunal, de forma elogiável, que o fundamento da impenhorabilidade é evitar o comprometimento da vida do devedor, com a redução do seu patrimônio a patamares que inviabilizem sua sobrevivência digna, razão pela qual se evita a penhora da verba alimentar quando ela possa efetivamente comprometer

à subsistência do devedor e de sua família, caso contrário, mantém o bloqueio sobre determinado percentual.

O Tribunal de Justiça de São Paulo ainda vacila muito nos dois entendimentos, o que pode ser demonstrado a seguir:

Relator(a): Arantes Theodoro

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 36ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 01/09/2011

Outros números: 1569245920118260000

Ementa: Execução por honorários advocatícios. Penhora sobre salário. Possibilidade excepcional. Art. 649, § 2º, CPC. Construção limitada, porém, a um terço daquela renda, isso de modo a se garantir a subsistência do devedor. Recurso improvido, com observação.

Relator(a): Castro Figliolia

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 31/08/2011

Outros números: 1533416620118260000

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL PRETENSÃO DE PENHORA DE 30% DOS PROVENTOS DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO, COM DESCONTO DIRETAMENTE DA FOLHA DE PAGAMENTO DA AGRAVADA INADMISSIBILIDADE presunção de que os valores recebidos a título de salário são integralmente necessários ao sustento da devedora, razão pela qual não se admite a penhora de vencimentos diretamente da folha de pagamento deferimento que representaria clara violação ao art. 7º, X da CF e ao art. 649, IV do CPC agravo desprovido.

Relator(a): Ligia Araújo Bisogni

Comarca: Santos

Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 24/08/2011

Outros números: 145620220088260562

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS Valores retidos da conta corrente da autora correspondentes a débitos de empréstimo Verba que, mesmo tendo natureza alimentar, foi livremente disponibilizada por seu titular para pagamento de prestações de empréstimo contraído Limitação, todavia, a 30% dos pagamentos recebidos pela autora Dano moral não caracterizado Sentença mantida Recurso improvido.

Já o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, através da Relatoria do Desembargador José Antônio Braga, acolhe o posicionamento aqui defendido e interpreta sistematicamente o art. 649 do CPC, ponderando, igualmente, os direitos e princípios do caso concreto, flexibilizando a regra da impenhorabilidade quando há situações em que a penhora de parte da verba alimentar não comprometerá a vida do devedor, vejamos:

Relator: Des.(a) JOSÉ ANTÔNIO BRAGA

Data do Julgamento: 07/07/2009

Data da Publicação: 20/07/2009

Ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - BLOQUEIO ON LINE - DESNECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DOS MEIOS DE LOCALIZAÇÃO DE BENS PENHORÁVEIS - PENHORA DE VALORES PROVENIENTES DE BENEFÍCIO DE NATUREZA ALIMENTAR - POSSIBILIDADE - LIMITE DE 30%. O deferimento do pedido de bloqueio de importância em dinheiro, por meio do sistema BACEN-JUD, independe da existência de outros bens a serem constrictos, bem como da demonstração de o exequente ter esgotado todos os meios para a localização de bens penhoráveis, tendo em vista a reformulada ordem de preferência de penhora estabelecida pelo artigo 655 do Código de Processo Civil. Tanto o texto constitucional quanto o processual vedam a retenção de salários, pois é através desses que os trabalhadores se mantêm e sustentam suas respectivas famílias, quitando seus compromissos cotidianos. O artigo que veda a penhora sobre os salários, soldos e proventos deve ser interpretado levando-se em consideração as outras regras processuais civis. Serão respeitados os princípios da própria execução, entre eles o de que os bens do devedor serão revertidos em favor do credor, a fim de pagar os débitos assumidos. **A penhora de apenas uma porcentagem da verba de natureza alimentar não fere o espírito do artigo 649 do Código de Processo Civil.**

Assim foi o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça quando percebeu, no caso concreto, que embora de natureza alimentar, a quantia bloqueada já não mais se inserir no montante aplicado à manutenção da família, constituindo-se de reserva de capital, a autorizar o bloqueio e transferência para o patrimônio do credor como forma de solver o débito ou parte dele.

PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. ATO JUDICIAL. EXECUÇÃO. PENHORA. CONTA-CORRENTE. VENCIMENTOS. CARÁTER ALIMENTAR. PERDA.
(...)

- Em princípio é inadmissível a penhora de valores depositados em conta-corrente destinada ao recebimento de salário ou aposentadoria por parte do devedor. Entretanto, **tendo o valor entrado na esfera de disponibilidade do recorrente sem que tenha sido consumido integralmente para o suprimento de necessidades básicas, vindo a compor uma reserva de capital, a verba perde seu caráter alimentar, tornando-se penhorável.** Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento. (Recurso em mandado de segurança n.º 25.397 - DF (2007/0238865-3), Min. Rel. Nancy Andrighi, D.J. 14 de outubro de 2008)

De ver-se que a despeito das poucas decisões nesse sentido, o entendimento começa a mudar e a jurisprudência tem acolhido, paulatinamente, a mitigação da impenhorabilidade da verba alimentar quando ela é a única alternativa viável para satisfazer a dívida e demonstrada que o bloqueio parcial não trará prejuízos maiores ao devedor do que acarretará para o credor com a manutenção do estado de inadimplência e não recebimento da dívida.

Esse raciocínio depende muito do caso concreto, obviamente. É lá que serão verificadas as condições econômicas de cada parte, o montante da dívida, o comportamento do devedor, as reais possibilidades de satisfação do crédito, todas as questões que serão fundamentais à decisão de manutenção do bloqueio visando à satisfação do crédito.

Assim, malgrado haja previsão legal para a impenhorabilidade do vencimento, a jurisprudência pátria vem *pari passu* mudando o seu entendimento para dar uma interpretação mais flexível, mitigando a regra insculpida no inciso IV do art. 649 do Código de Processo Civil, aduzindo que a constrição limitada a determinado percentual não é capaz de afrontar o espírito da lei, a qual visa tão somente a evitar que o pagamento do crédito torne inviável a subsistência por parte do devedor.

Comprovado nos autos que a renda do devedor, ainda que de natureza alimentar, suporte um redução entre 10% a 40% para satisfazer a dívida que ele mesmo ocasionou, nada mais justo e coerente com a lógica da proteção dos princípios fundamentais e, também da razoabilidade, que seja mantida a penhora com a transferência do numerário para o patrimônio do credor visando à satisfação do crédito.

Ainda que não atinja a quantia bloqueada o valor

total da execução, ao menos alguma parte o credor já terá conseguido resgatar e não restará à míngua com seu patrimônio reduzido ante a inadimplência do devedor.

Essa alternativa é útil e bastante justa, á luz da razoabilidade e da proporcionalidade, principalmente nos processos em que o devedor possua renda considerável, cuja constrição parcial, nos percentuais acima sugeridos, possa de alguma forma, constringer seu patrimônio e ainda assegurar uma parte ou todo o crédito exequendo.

06. CONCLUSÃO

Na busca da proteção e garantia do direito de crédito do exequente, percebe-se que a impenhorabilidade da verba alimentar do devedor, prevista tanto na Lei do Bem de Família quanto nos arts. 648, 649, 655 do Código de Processo Civil, tem sido um poderoso instrumento de garantia da intangibilidade dos bens do devedor o que, em última análise, compromete a satisfação do crédito perseguido e torna ineficazes as medidas processuais que visam à entrega do bem da vida ao credor: o pagamento da dívida.

Propôs-se uma releitura da impenhorabilidade do bem de família e da verba alimentar, de modo a permitir sua constrição parcial, em percentuais arbitrados pelo juízo, de forma motivada e considerando sempre o valor da dívida e as alternativas de satisfação buscadas no caso concreto, tudo isso

à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, visando à proteção do direito fundamental de crédito e primando pelo princípio da efetividade do processo.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5e. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CHAVES, Cristiano de Farias; ROSENVALD, Nelson. Direito das Obrigações. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.
- FACHIN, Luiz Édson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- LOBO, Paulo Luis Netto. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. Princípio da solidariedade. Direito de famílias e sucessões, out/nov. São Paulo: 2007.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Atualizador: Luiz Roldão de Freitas Gomes. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SANTOS, Marcione Pereira dos. Bem de família: voluntário e legal. São Paulo: Saraiva, 2003.
- THEODORO JR., Humberto. A reforma da execução do título extrajudicial. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SUPERFÍCIE TRANSCENDE ENFITEUSE: DIFERENÇAS, DIVERGÊNCIAS E POTENCIAL CONSTRUTIVO

**Júlio Gomes de Moraes
Vasconcelos Filho**

Advogado, com graduação concluída pela Universidade Católica de Pernambuco em 2008, Pós-Graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Joaquim Nabuco – ESA em 2011.

INTRODUÇÃO

Esse artigo se propõe ao estudo da superfície e seu potencial face à transcendência com a enfiteuse. Essa espécie de propriedade resolúvel reintroduzida em nosso ordenamento jurídico, transmoldada ou travestida de modernidade, que, por sua vez, reconhecidamente considerada pelos doutrinadores do direito civil, mais conhecidos como doutrina nacional, que afirma ser este um instituto mais moderno, vindo a ter a possibilidade de ocupar as terras carentes de ocupação do nosso extenso país, valendo-se do intuito de fazer cumprir com o que reza a Carta Magna de 05 de outubro de 1988, no seu artigo 182, parágrafo segundo, que traz pela primeira vez em nossas constituições a função social da terra urbana, perfazendo o que se traduz de constitucionalização do direito civil, fazendo com que a propriedade ficasse com seu objeto atrelado ao que veio no parágrafo do artigo supracitado da Constituição Federal. Ademais, tal pesquisa de delineamento bibliográfico, se propôs a formar um plexo compactado, de informações, para que tenhamos uma melhor compreensão da inteligência das normas, aqui, extremamente exploradas, com o intuito de esclarecer os assuntos postos.

1 DESENVOLVIMENTO DA SUPERFÍCIE

1.1 Conceito de superfície como propriedade resolúvel

Para Farias e Rosenthal (2011, p. 485) constata-se que: *O Código Civil vigente suprimiu [...] regra [...] do artigo 59 do Código Civil de 1916 – a coisa acessória segue a principal’. Com isso há a suspensão da acessão, durante o período em que a coisa concedida em superfície esteja em*

pleno cumprimento contratual. Mas com a suspensão da acessão, o proprietário do solo tem que esperar a resolução do termo final do contrato, em regra, para verter para si as propriedades das edificações e ou plantações. Isto porque, na superfície não se cogita [...] relação de subordinação entre um bem prevalente e outro de natureza inferior, tratam-se de duas propriedades autônomas e horizontais, fracionadas, cada qual com sua exclusividade e [...] atributos.

Aí a propriedade volta a ser plena, com aquele que antes era o fundeiro, passando a ter o domínio do prédio por inteiro. Isto porque, o superficiário, na vigência da superfície, ao mesmo pertencem as construções e plantações realizadas naquele solo, a título de propriedade resolúvel.

Portanto, quando operado o termo final do contrato, cessa a suspensão da acessão, voltando ao proprietário do solo o domínio total, de tudo que existe de construído e plantado, em sua propriedade. A acessão da benfeitoria não ocorre por si só. Mas por condição resolutiva. Onerosa ou gratuita.

1.2 Superfície como direito real sobre coisa alheia

A superfície como direito real sobre coisa alheia se verifica inicialmente no Código Civil, artigo 1.225, inciso II e o seu disciplinamento perante a ordem jurídica se dá nos artigos 1.369 a 1.377 do mesmo diploma.

Segundo Farias e Rosenthal (2011, p. 490): “A concessão da superfície será gratuita se as partes assim o ajustarem. [...]. Todavia poderá estabelecer um valor a ser pago ao proprietário de uma só vez, ou uma remuneração mensal chamada solarium (art. 1.370 do CC)”.

Embora haja, quando convencionado o *solarium*, este não será confundido com locação. Pois ao ser posto no cartório de registro de imóveis, toma o formato de direito real, sendo oposto *erga omnes* e, conseqüentemente, traz consigo o direito de seqüela. No desdobramento dos elementos da propriedade, cada um dos proprietários tem seu papel. Pois quem tem o domínio direto, tem também a propriedade resolúvel, tanto das coisas: edificadas quanto plantadas.

1.3 Extinção da superfície

A extinção da superfície se perfaz, no artigo 24 §§ 1º e 2º do Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001; no Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406/2002, do artigo 1.374 à 1.376, do atual diploma legal e pela doutrina civilista brasileira.

No que concerne à extinção, esta se dá por diversas formas, cuja primeira será a chegada do termo final; avençado anteriormente. E, não podendo, segundo, o instituto, em tela, se desvirtuar do que foi acordado entre superficiário e fundeiro; senão com autorização de ambos.

A superfície nas mãos de um só, como superficiário e fundeiro, ou seja, uma só pessoa física ou jurídica exercendo os dois papéis, digo quando há o advento da preferência que unifica os dois domínios: do solo e resolúvel. Aí se opera a confusão dos dois domínios nas mãos de uma única pessoa, significando o domínio pleno. Desse modo é meio hábil para extinção do instituto da superfície, pois não tem sentido a mesma pessoa ser ao mesmo tempo superficiário e fundeiro.

1.4 Transferência da superfície

Para Monteiro (2003, p. 254-255): “[...] durante o prazo definido no contrato de concessão do direito de superfície a transmissão desse direito real por ato *inter vivos* ou *mortis causa*, não permitindo a cobrança de qualquer taxa pelo concedente”.

Essa parte que foi dita pelo autor, encontra-se no *caput* do artigo 1.372 e completa: “ficando, assim, vetada toda espécie de pagamento ao concedente, em face da transferência” (MONTEIRO, 2003, p. 254-255).

Contudo, é vedado, pelo instituto da superfície, de quaisquer das modalidades, qualquer onerosidade no trato de sua transferência, como forma de pagamento ao concedente. Essa disposição legal se encontra positivada no artigo 1.372, parágrafo único do nosso Código Civil. Segunda Silva (1967, p. 1200), afirma que:

Na terminologia jurídica, [...], preempção quer, pois, exprimir a preferência na compra de coisa certa, conforme cláusula anteriormente disposta [...] desse modo, direito de preempção é aquele que se assegura à pessoa para que seja o comprador de uma coisa a ser vendida por seu proprietário.

Esse termo jurídico garante também ao superficiário o direito de preferência, quando da alienação da propriedade do solo.

Já a preferência do concedente se dá, para que o mesmo possa desonerar a *res*, unificando os domínios, nas mãos de uma só pessoa, no caso o então concedente.

2 ENFITEUSE

2.1 Conceito de enfiteuse

O conceito de enfiteuse está disposto nos artigos 678 e 679 do então Código Civil de 1916, ao prescrever:

Dá-se a enfiteuse, [...], quando por atos entre vivos, ou de última vontade, o proprietário atribui a outrem o domínio útil do imóvel, pagando à pessoa, que o adquire, e assim se constitui enfiteuse, ao senhorio direto uma pensão,

ou foro anual certo e invariável (BRASIL, CC, 1916, p. 1).

E o artigo 679 assinala a perpetuidade do instituto. Tal instituto era o direito real sobre coisa alheia, mais amplo que existia em nosso ordenamento pretérito, chegando a confundir-se com a propriedade. Isto porque, é notório que o enfiteuta tanto pode usar como gozar, além; de também, poder dispor da coisa ou do bem dado em enfiteuse, que tais direitos se assemelham a do dono da *res*.

Wald (1995, p. 191) ensina que: “é a enfiteuse que mais se aproxima do direito de propriedade [...]. A enfiteuse é como a propriedade um direito perpétuo, [...] com certas restrições estabelecidas em favor do proprietário”.

Tais restrições, se fazia presente na dificuldade que se operava, para que o enfiteuta unificasse o domínio.

2.2 Objeto da enfiteuse

Entende-se que o § 1º, inciso I, do artigo 2.038, do presente Código Civil, não proíbe que o senhorio direto receba laudêmio sobre a terra nua, urbana ou rural. Pois caso não haja mais edificação ou plantação, no terreno. Em tese, ainda pode haver preferência do senhorio direto. Isto porque entendemos que é possível cobrar laudêmio sobre a terra nua. Porque, caso haja incêndio ou terremoto e arruíne as edificações e plantações ou mesmo se aquele terreno não seja edificado. Há a possibilidade de o senhorio receber pagamento de laudêmio sobre a terra nua.

O *caput* do artigo 2.038 do Livro Complementar das Disposições Finais e Transitórias, do nosso Código Civil, remete a enfiteuse até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916, a partir do artigo 678 e seguintes. Então, esse instituto é regido, hoje, pela pretérita codificação, naquilo que não foi *ab rogado* pelo atual diploma civil.

3 SUPERFÍCIE TRANSCENDE ENFITEUSE

3.1 Diferença entre enfiteuse e superfície

O novo instituto passou a compor o rol taxativo, do atual artigo 1.225 do Código Civil de 2002 e seu disciplinamento se encontra nos artigos 1.369 à 1.377. Como legislação mais moderna, para nossos padrões atuais, a superfície não retém tantos poderes e também, pode ser alienada; usar e receber seus frutos e deixá-la para seus herdeiros. E, nesse caso, podemos dizer que é contabilizado, pra atualidade, amplos poderes nas mãos do superficiário.

Contudo, em regra, o superficiário não poderá se utilizar do subsolo, ficando a propriedade resolúvel limitada à construção e ou plantação; quando que o enfiteuta podia dar uso diverso, à mesma. Mas a superfície veio substituí-la e trouxe em seu objeto a temporariedade. Contudo, pode também, ser transmitida, de maneira resolúvel.

O Código Civil de 2002, acabou com a farra dos proprietários do solo, excetuando-se a

cobrança sobre plantações e ou construções. Então, para distinguir a superfície da enfiteuse; na superfície não há qualquer pagamento, quando da sucessão onerosa do seu titular. Pois na superfície, nada é devido ao proprietário do solo, quando da alienação onerosa do bem gravado. Ademais, no instituto da superfície, só há unificação, em domínio pleno, se na avença, as partes convencionarem essa possibilidade.

Para Teixeira (1993, p. 63), “a enfiteuse não confere a propriedade dos bens enfiteúticos ao foreiro”. A enfiteuse não é propriedade resolúvel, mas o instituto da superfície dá o domínio resolúvel ao superficiário; como forma de fomentar aquela atividade por vir.

3.2 Divergência doutrinária da superfície frente ao Estatuto da Cidade de 2001 e o Código Civil de 2002

Para Farias e Rosenvald (2011, p. 486):

A Lei nº 10.257/01 é especial e sua finalidade e essência são distintas do modelo que agora é apresentado pelo Código Civil. O Estatuto da Cidade regula a disciplina urbanística e deseja promover a função social da cidade, tornando-a sustentável.

A lei especial trata de algo específico, ao passo que a lei geral discorre às generalidades do ordenamento, aqui, em matéria privada, sobre o *direito de superfície*. Para Monteiro (2003, p. 253-254): “o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001), antecipando-se ao Código Civil de 2002, [...], criou o direito de superfície, inclusive como direito real”.

A maior parte da doutrina nacional entende que o Código Civil de 2002, mesmo como lei posterior, não ab roga o Estatuto da Cidade, por ser um microsistema; uma lei especial que trata e disciplina certo setor do direito, aqui, privado.

O enunciado nº 93 da jornada de Direito Civil, diz que:

As normas previstas no Código Civil, regulando o direito de superfície, não revogam as normas relativas a direito de superfície constantes no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), por ser instrumento de política de desenvolvimento urbano (BRASIL, 2009).

Essas inserções ao direito de superfície, apenas, consagram dois diplomas legais, sendo, o primeiro: lei geral e o segundo lei especial.

Farias e Rosenvald (2011, p. 487): na “superfície do Estatuto da Cidade, o poder público pode cobrar das empresas concessionárias [...], um valor pelo uso de seu solo ou espaço aéreo [...], ou [...], seu subsolo, para implantar os serviços”.

O Estatuto da cidade permite ao ente público ser remunerado pela utilização dos seus espaços, como direito real de superfície. Dessa forma, pode-se dizer que o Estatuto da Cidade, regulamenta a superfície, de acordo com que preconiza os artigos 182 e 183 da Constituição atual, regulamentando a função do solo urbano. Enquanto

que o Código Civil, está pra superfície como a legislação que disciplina o interesse particular, frente tanto ao solo urbano, em cidades com menos de vinte mil habitantes quanto em áreas rurais. Ou seja, o Estatuto da Cidade regulamenta questões ligadas à ocupação do solo urbano, em relação ao bem comum, e o Código Civil estabelece parâmetros para questões de âmbito privado. Mas ambos falam de superfície, sendo que cada uma dessas legislações, sua área de atuação específica.

3.3 Potencial construtivo da superfície

A Constituição Federal modificou o conceito individualista de propriedade, passando a ser considerada, também, a sua função social; para promoção do bem comum. Pois a Constituição de 1988, constitucionalizou o direito civil, aqui, para que a propriedade cumpra com sua função social.

A Carta de 1988 produziu no TÍTULO VII (da Ordem Econômica e Financeira), no CAPÍTULO II (da POLÍTICA URBANA) o artigo 182. Para promover tal função, cujo artigo foi regulamentado pelo Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/01, artigo 182, caput:

A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais citadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes (BRASIL, 2001, p. 1).

Além, é claro, em seguida, também, regulamentado pelo Código Civil de 2002, Lei nº 10.406, que veio como um acréscimo, para dar agilidade substancial no desenrolar das atividades jurídicas, levando-os ao caminho de como utilizar a propriedade de modo a beneficiar a sociedade urbana.

As diretrizes contidas nos dispositivos constitucionais foram trazidas, tanto à lei especial quanto à lei geral, tornando seus preceitos, práticas jurídicas; valorizando o bem estar social, a preservação ambiental e conseqüentemente seu equilíbrio e, agilizando as relações jurídicas. Pois a superfície veio ao nosso mundo; trazendo a segurança jurídica própria de um direito real. Para pacificar as relações jurídicas em meio aquele ramo do direito, aqui, o imobiliário.

O suficiente para agilizar projeto habitacionais e comerciais, em meio ao concreto dominante das grandes e médias cidades brasileiras, pobres em áreas suficientemente edificáveis. Todavia esse instituto não foi totalmente explicado nem pelo Estatuto da Cidade de 2001, tão pouco pelo Código Civil de 2002. Contudo o direito é hermético, construindo soluções que supra suas lacunas; para então dar segurança jurídica aos que se utilizam dessa ferramenta de direito real; explorando o máximo as suas potencialidades.

E um dos entraves é afixação mínima e máxima do prazo para utilização desse instituto, tanto numa quanto noutra legislação que trata da superfície; ficando sempre à mercê do interprete.

Esse estudo visa salientar os potenciais aludidos ao direito de superfície, visando as máximas possibilidades, que esse instituto nos reserva.

Para Teixeira (1993, p. 102-103), o Direito Real de Superfície: “implicará a adesão do instituto pelo direito pátrio um enorme incentivo à construção civil, à criação de novos empregos [...], além de influir, segura e notadamente, para o crescimento e desenvolvimento das cidades, vilas e outras povoações”.

Tal realidade já se vê na efetivação do instituto, para fins comerciais; com a realização de contratos de superfície, para construção de equipamentos esportivos, tais quais: arena esportiva, prédios de estacionamento e centros comerciais. Com uso dos implantes por trinta anos, até que o fundeiro adquira, para o seu patrimônio toda aquela acessão, feita às expensas do superficiário.

Há dilação do potencial construtivo urbano, quando se dá a concessão de superfície pro terreno vizinho, podendo crescer no tamanho da edificação. Em meio a uma ideia maior, que é maximizar a área que pode ser edificada, visto que, é o ápice do instituto, nas cidades de grandes populações.

O remembramento no potencial construtivo da superfície é o cerne do instituto, em termos urbanos. Pois quando se lembra, conseqüentemente, aumenta-se o tamanho da construção. De modo que o acréscimo da área superficiária dará ao todo, uma maior possibilidade de construir mais unidades habitacionais, salas, lojas e se for o caso, aumentar uma arena esportiva, por exemplo.

Com a superfície estando contida nos empreendimentos imobiliários, tais ficam quase que desonerados, em relação ao solo. Pois, nas grandes cidades, geralmente, não há grandes terrenos. Mas com o advento da superfície, os pequenos terrenos tomaram força, frente ao potencial construtivo. Isto, porque o remembramento dessas áreas possibilitarão à realização de empreendimentos imobiliários com maior impacto econômico e social.

Comenta Gonçalves (*apud* VENOSA, 2011, p. 449) A superfície veio:

Muito particularmente como instrumento técnico jurídico propulsor do fomento da construção, tão necessário, sobretudo, nos grandes centros populacionais, onde a carência habitacional alimenta [...] dos que neles vivem, uma das angustias.

Desse modo, a superfície veio para incrementar ainda mais esse setor econômico, tão importante na efetivação da função social do solo.

4 ANÁLISE CRÍTICA AOS INSTITUOS ENFITEUSE E SUPERFÍCIE

A transcendência da enfiteuse para superfície veio acompanhada de grande vantagem econômica, principalmente porque o atual instituto não é perpétuo. Embora muito parecidos. Contudo, a superfície veio para

amenizar, em parte, as aspirações sociais concernente à habitação, aqui, urbana, fazendo com que esses terrenos cumpram com sua função social preconizada pela Constituição, de ocupação do solo urbano. Portanto, o diploma legal de 2002, em seu artigo 2.038, põe fim à novas instituições de enfiteuse. E é nesse momento que surge a superfície, para fazer com que a riqueza circule.

Tal instituto não é perpétuo, mas convém durar o maior prazo possível, para que o superficiário lucre com investimento realizado em terreno alheio, retirando daquele imóvel o que desprende e algo mais, para que a vantagem não se limite ao fundeiro, mas também, lucre o superficiário; senão qual sentido teria a adoção de tal instituto pelo Código Civil?

A superfície do atual Código é comemorada pela doutrina civilista brasileira, que tanto criticava a então enfiteuse. Então, a construção do direito romano, que chegou até nós deu grande passo, no sentido de aproveitamento de terrenos urbanos. Contudo, ficamos a quem, da promoção de uma política urbana definitiva, nas médias e grandes cidades, desse tão extenso país. Pois a riqueza continua nas mãos de poucos.

A reedição desse instituto, no direito brasileiro, não passa de paliativo, frente a grandes problemas habitacionais nas áreas próximas aos centros produtivos, onde seria interessante a edificação de moradias populares, próximas aos locais de trabalho dos que mais precisam.

Dessa forma, a substituição da enfiteuse, ultrapassada, pela superfície trouxe grande atrativo econômico, sendo um grande impencilho, para que haja a tão esperada reforma urbana. Os terrenos que outrora se encontravam baldios, alimentando a especulação imobiliária, não mais serão perdidos por seus relapsos proprietários, pois tem no instituto,

em tela, como dar utilidade às terras urbanas e conseqüentemente, longe estamos da justa divisão do solo urbano. E por ser institutos que permitem a concentração de riqueza nas mãos

de poucos, são tidos como “tapa-buracos”, frutos de artifícios de legisladores descomprometidos com efetivação do ius proprietatis dos menos abastados. Tais institutos são artifícios para o cumprimento, da “função social da propriedade”, preconizada pela Constituição Federal de 1988.

E, embora, haja potencial construtivo latente, o instituto se reporta mais à fins comerciais. Todavia quando para fins habitacionais, são em sua maior parte utilizados para edificações de habitações de luxo, direcionado para certo público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando a superfície, o seu potencial construtivo, em meio ao concreto predominante e enorme áreas em acelerada estagnação construtiva

nos grandes centros urbanos do país. Então, o atrativo econômico e social é um plus, trazido à luz por este instituto, para o desenvolvimento habitacional e comercial, nas cidades populosas brasileiras.

No entanto, a superfície não foi totalmente explicada, tão pouco no Estatuto da Cidade nem no Código Civil de 2002. Por isso entende-se que há uma lacuna legislativa. Porém, com a concisão do direito, que se torna hermético, quando necessário; a analogia e o direito comparado, supri tais deficiências. E, para que quem se utilize desse instituto tenha segurança jurídica, para investir sem medo o seu capital. Então considera-se, que tal falta de ação legislativa não inibirá o uso da superfície, para os fins preconizados na atual Constituição. Pois tanto a doutrina quanto à jurisprudências serão capazes de responder à altura que merecem seus usuários.

Para que tais sejam considerados direito reais sobre coisa alheia e tenha eficácia erga omnes e consequentemente o direito de sequência, há necessidade do registro no cartório de registro de imóveis competente, para tal.

A superfície de onde se encontrava adormecida foi reeditada travestida, no atual ordenamento jurídico pátrio.

O Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257 de 2001, nos artigos 21 à 24, foi o primeiro diploma legal a regulamentar o artigo 182 § 2º da Constituição, cujo teor se refere à função social da propriedade urbana e na mesma esteira jurídica veio a constitucionalização do direito civil.

O Código Civil de 2002 discorrem sobre superfície, nos artigos 1.369 à 1.377. E diz o enunciado nº 93 da jornada de direito civil; que aquela lei geral não ab roga lei especial e que serão utilizadas concomitantemente e uma suprirá a outra, no que uma delas se omitir.

Contudo, a bem, desses aparentes conflitos de normas, que foram solucionados pela jurisprudência. Ainda temos na superfície - a galinha dos ovos de ouro -, que é o potencial construtivo dedicado, à superfície. Cujas utilidade é sem dúvida, bastante cobiçada por aqueles que pretendem investir em equipamentos urbanos, de cunho privado.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Vade mecum. 9. ed. São Paulo: Rideel, 2009.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direitos reais. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. 37. ed. rev. atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.
- SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 3.
- TEIXEIRA, José Guilherme Braga. O direito real de superfície. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Direitos Reais. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

WALD, Arnaldo. Curso de direito civil brasileiro. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DIREITO MINERÁRIO COMPARADO: O REGIME DE CONCESSÃO DE LAVRA NO BRASIL E NO PERU

**Renato Evaristo da Cruz
Gouveia Neto**

é Advogado da Votorantim Cimentos, Especialista em Direito Minerário, Integrante da Comissão Jurídica do Instituto Brasileiro de Mineração – IBRAM, Membro da Comissão de Meio Ambiente da OAB-PE, Pós-Graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Mackenzie (SP), Pós-Graduado em Direito Público com ênfase em Direito Processual Civil pela Universidade Potiguar-RN e Pós-Graduado em Direito Tributário Empresarial pela Faculdade Armando Álvares Penteado (SP).

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, observa-se que os cursos de direito comparado não são amplamente implementados.

Verifica-se, outrossim, mesmo quando não há o oferecimento formal da disciplina nos programas das faculdades e universidades, um crescimento acentuado de eventos nacionais em que o tema direito comparado é debatido, bem como um aumento significativo em teses e dissertações abordando o direito comparado de um modo geral.

Nos dias atuais, a experiência vivida da comparação jurídica é habitual, em vista, especialmente, sobre aspectos de natureza econômica, regrados pela globalização e fácil acessibilidade da internet a nível mundial.

O ensino por ramo do direito é de fundamental importância, todavia, é o direito comparado de uma forma geral que melhor nos permite alcançar os objetivos de aperfeiçoamento do direito pátrio, o estudo a fundo dos sistemas jurídicos de outros Estados e da aproximação dos diferentes povos, respeitados obviamente, as suas identidades culturais.

Nesse passo, o objetivo do presente artigo não tem a pretensão de exaurir todas as questões atinentes ao tema da Concessão de Lavra no Brasil e no Peru. Também

não é objetivo do presente artigo, o de identificar qual dos dois regimes de Concessão de Lavra é o mais eficiente, o menos burocrático, qual dos dois regimes é o mais favorável ao crescimento da economia mineral, qual dos dois regimes é o mais seguro em termos de investimentos ao minerador, mas, tal estudo permite traduzir a necessidade de crescente conciliação dos sistemas jurídicos, e para tal, há necessidade de se compreender os sistemas e seus institutos que poderão influenciar na elaboração de leis.

No presente artigo, abordaremos em linhas gerais, dentro do ramo do direito minerário, o tema da concessão de lavra no Brasil e no Peru. Escolhemos o Peru como país a ser objeto dos mencionados estudos comparativos por ser um país com forte vocação mineral.

2. O REGIME DE CONCESSÃO DE LAVRA NO BRASIL

O Brasil possui o entendimento de que os direitos dominiais do subsolo são distintos dos direitos sobre a superfície (solo). Este entendimento é manifestado de forma expressa na Constituição Federal de 1988 que, em dois artigos sedimentou a separação das duas propriedades, solo e subsolo, introduzindo o domínio da União Federal sobre os recursos minerais. Neste aspecto, dispõe o texto constitucional vigente:

Art. 20. São bens da União:

...

IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

Assim, conforme dispõe a atual legislação, o aproveitamento das jazidas minerais no Brasil se dá sob o regime de concessão (art. 176, §1º da Constituição de 1988), transferindo-se para o concessionário apenas o direito à prospecção (pesquisa) e posterior exploração¹ (lavra) das jazidas², tudo com a concordância expressa do Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, mantendo-se íntegra e em favor da União a propriedade das minas, que se constitui, portanto, em um bem público, revestido das características de inalienabilidade e imprescritibilidade. É possível encontrar no Código Civil Brasileiro o conceito de bem público, no artigo 98, que dispõe:

Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

O Código de Mineração de 1967, com a nova redação dada ao art. 2º pela Lei n. 9.314, de 14.11.1996,³ instituiu cinco formas de regime de aproveitamento dos minerais em que administração pública pode conferir a exploração ou aproveitamento dos recursos minerais ao uso especial de particulares, concessionários ou não de serviços públicos, a saber: Regime de Concessão, Regime de Autorização, Regime de Licenciamento, Regime de Permissão de Lavra Garimpeira e Regime de Monopolização.

O referido dispositivo prevê os regimes de licenciamento (quando depender de licença expedida em obediência a regulamentos administrativos locais e de registro da licença no DNPM e quando se tratar ainda de substâncias para aplicação imediata na construção civil), de permissão de lavra garimpeira (quando depender de portaria de permissão do Diretor Geral do DNPM, para o caso privativo de pedras preciosas, pedras semipreciosas e para metais preciosos) e de monopolização (quando, em virtude de lei especial, depender de execução direta ou indireta da União – ex.: a pesquisa, lavra, enriquecimento, reprocessamento, industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, (art. 20, inciso XXIII da Constituição Federal de 1988).

O dispositivo estabelece ainda a separação dos regimes de autorização e concessão. O regime de autorização para a pesquisa mineral, e o regime de concessão para a lavra, sobressaindo esta última apenas quando concluídos e aprovados os relatórios de pesquisa pelo DNPM, demonstradas a viabilidade

técnica e econômica da jazida. Após atender a um todo procedimento a ser seguido nos termos do art. 31 até 45 do Código de Mineração.

Desta sorte, a extração de minério será regularizada através da obtenção no DNPM do Registro de Licença ou do Alvará de Pesquisa, o qual servirá de pré-requisito para a obtenção da Concessão de Lavra. O Registro de Licença e o Alvará de Pesquisa são outorgados pelo Diretor Geral do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM). Já a Concessão de Lavra é outorgada pelo Ministro de Minas Energia.

3. O REGIME DE CONCESSÃO DE LAVRA NO PERU

O Peru é um país com forte vocação na produção mineral. A exemplo do Brasil, todo recurso mineral localizado no subsolo pertence ao Estado Peruano, denotando a ideia de que os direitos dominiais do subsolo são distintos dos direitos sobre a superfície (solo).

Nessa ótica, o Estado Peruano é quem autoriza a exploração de todos os recursos minerais.

Dispõe o artigo 66 do texto Constitucional vigente da República do Peru:

Artículo 66 - Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

Uma vez que os recursos minerais são pertencentes ao Estado Peruano, o aproveitamento das jazidas minerais pelo minerador se opera mediante a outorga do título denominado de Concessão Mineira.

O artigo 9º do Decreto Supremo nº 014/1992 reza sobre a Concessão Mineira:

Artículo 9º.- La concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos, que se encuentren dentro de un sólido de profundida dindefinida, limitado por planos verticales correspondientes a los lados de un cuadrado, rectángulo o poligonal cerrada, cuyos vértices están referidos a coordenadas Universal Transversal Mercator (UTM).

La concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentre ubicada.

1. Exploração: Aproveitamento econômico das jazidas.

2. Jazidas: Reservas minerais com valor econômico.

3. Art. 2º. Os regimes de aproveitamento das substâncias minerais, para efeito deste Código, são: I - regime de concessão, quando depender de portaria de concessão do Ministro de Estado de Minas e Energia; II - regime de autorização, quando depender de expedição de alvará de autorização do Diretor-Geral do Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM; III - re-

gime de licenciamento, quando depender de licença expedida em obediência a regulamentos administrativos locais e de registro da licença no Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM; IV - regime de permissão de lavra garimpeira, quando depender de portaria de permissão do Diretor-Geral do Departamento Nacional de Produção Mineral. DNPM; V - regime de monopolização, quando, em virtude de lei especial, depender de execução direta ou indireta do Governo Federal.

Las partes integrantes y accesorias de la concesión minera siguen su condición de inmueble aunque se ubiquen fuera de su perímetro, salvo que por contrato se pacte la diferenciación de las accesorias.

Son partes integrantes de la concesión minera, las labores ejecutadas tendientes al aprovechamiento de tales sustancias. Son partes accesorias, todos los bienes de propiedad del concesionario que estén aplicados de modo permanente al fin económico de la concesión.

Um fato interessante e que merece destaque é que no referido país apenas o título denominado de Concessão Mineira é utilizado pela administração pública para conferir a pesquisa, exploração ou aproveitamento dos recursos minerais aos particulares. No Peru, o procedimento para o requerimento da concessão de lavra se diferencia em razão de ser o minerador enquadrado como pequeno minerador ou médio/grande minerador. O pequeno minerador é enquadrado como aquele minerador que explora ou beneficia determinado minério até o limite de 350t (trezentos e cinquenta toneladas) por dia.⁴ O minerador que explora ou beneficia por dia determinado minério acima deste limite é considerado médio/grande minerador. Em razão desta diferenciação, o órgão administrativo que possui competência para a outorga da Concessão de Lavra ao minerador também se diferencia. O pequeno minerador deve dar entrada ao pedido de Concessão de Lavra na Diretoria Regional de Energia e Minas (Governo Regional), enquanto os médios e grandes mineradores assim classificados devem dar entrada no pedido de concessão de lavra no diretamente ao Ministério de Energia e Minas localizado na capital Lima.

Após a outorga da Concessão Mineira, como último passo, há ainda a necessidade de o minerador registrar o título no Registro de Direitos Mineiros na Superintendência Nacional de Registros Públicos (SUNARP).⁵ Este procedimento do registro do título mineiro é muito importante, visto que, somente quando o título for registrado pode-se fazer valer o direito a pesquisar e explorar a área que compreende a Concessão Mineira outorgada frente a qualquer pessoa ou entidades privadas ou públicas.

Por sua vez, o minerador que possui interesse na pesquisa do subsolo não precisa de prévia autorização ou um título específico do Estado Peruano. O minerador interessado em prospectar o mineral deve fazer um acordo com o superficiário da área objeto da pesquisa, desde que, a referida área não possua Concessões Mineiras outorgadas anteriormente.

Sobre a prospecção mineral no Peru, o Decreto Supremo 014/1992 em seu artigo 2º é bem claro ao dispor que a pesquisa e prospecção mineral são livres em todo

território nacional, não necessitando, portanto, de uma autorização específica do Estado para tal finalidade:

Artículo 2º- El cateo y la prospección son libres en todo el territorio nacional. Estas actividades no podrán efectuarse por terceros en áreas donde existan concesiones mineras, áreas de no admisión de denuncios y terrenos cercados o cultivados, salvo previo permiso escrito de su titular o propietario, según sea el caso.

Ainda é digno de ressaltar que, após a outorga da Concessão Mineira, o minerador fica obrigado a trabalhar e investir na produção mineral. Esta é a interpretação extraída do artigo 38 do Decreto Supremo nº 014/1992 que prescreve:

Artículo 38 - De conformidad con lo dispuesto por el Artículo 122 de La Constitución Política del Perú, la concesión minera obliga a su trabajo, obligación que consiste en la inversión para la producción de sustancias minerales.

Tal obrigação de investir recursos financeiros na área objeto do pedido de Concessão de Lavra e a conseqüente obrigação do início dos trabalhos de extração do minério visa incentivar o crescimento econômico do país que, por via reflexa, proporciona a geração de empregos, infra-estrutura e no bem-estar social da população.

4. CONCLUSÃO

Como foi dito na parte introdutória do presente artigo, o nosso objetivo não foi exaurir o tema da Concessão de Lavra no Brasil e no Peru. Também não foi a nossa pretensão a sistematização do instituto da Concessão de Lavra nestes dois países latino-americanos, entretanto, entendemos que a exposição evidenciou a compreensão dos regimes de Concessão de Lavra realizados por meio do estudo comparado entre os dois Países.

Partindo destas premissas, concluímos o seguinte:

Ambos os países possuem o entendimento de que os direitos dominiais do subsolo são distintos dos direitos sobre a superfície, sendo os Estados proprietários de todos os recursos minerais existentes no subsolo. O aproveitamento das jazidas minerais nos dois países dá-se sob regime de concessão.

No Brasil, o aproveitamento dos recursos minerais se dá em cinco formas diferentes, a saber: Regime de Concessão, Regime de Autorização, Regime

4. Disponível em: <http://www.minem.gob.pe>

5. Disponível em: <http://www.minem.gob.pe>

de Licenciamento, Regime de Permissão de Lavra Garimpeira e Regime de Monopolização, enquanto no Peru, somente existe um título denominado de Concessão Mineira e este já está incluso o direito do minerador de efetuar a pesquisa mineral no subsolo, diferentemente do Brasil que necessita de uma autorização própria para efetivação das pesquisas minerais denominado de alvará de pesquisa.

Como vimos, no Peru, o procedimento para o requerimento da concessão de lavra é diferenciado em razão de ser o minerador enquadrado como pequeno minerador ou médio/grande minerador.

No Brasil, não existe a mencionada diferenciação, sendo irrelevante saber se o minerador é enquadrado como pequeno minerador ou médio/grande minerador. No que refere à obrigação do registro do título de Concessão de Lavra após a sua outorga em um órgão especial para tal finalidade, verifica-se que apenas o Peru possui tal exigência, de modo que, existe ainda a necessidade de o minerador registrar o título no Registro de Direitos Mineiros na Superintendência Nacional de Registros Públicos (SUNARP). No Brasil não existe a necessidade do registro do título de Concessão de Lavra. O Ministro de Minas e Energia outorga o título e este já possui eficácia jurídica erga omnes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em <www.revistadoatribunais.com.br. Acesso em 19.10.2011.

BRASIL. Congresso Nacional. Decreto Lei 227 de 28 de fevereiro de 1967. Disponível em www.revistadoatribunais.com.br. Acesso em 19.10.2011.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 9.314, de 14.11.1996. Artigo 2º. Disponível em www.revistadoatribunais.com.br. Acesso em: 22.10.2011.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Artigo 98º. Disponível em: www.revistadoatribunais.com.br. Acesso em: 19.10.2011.

PERU. Congresso Nacional. Constituição Federal do Peru. Disponível em: www.minem.gob.pe. Acesso em: 02.11.2011.

PERU. Congresso Nacional. Decreto Supremo nº 014/1992. Disponível em: www.minem.gob.pe. Acesso em: 02.11.2011.

A CONQUISTA QUE DEVE SER COMEMORADA: OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO E A OBRIGATORIEDADE DO CAUSÍDICO

Carolina Varela Alípio

Advogada Trabalhista.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo possui o escopo de destacar a vitória que nós advogados, especialmente os da área trabalhista, em breve teremos, se o tema aqui tratado vingar, definitivamente, em nosso ordenamento jurídico brasileiro.

A CCJ (Comissão de Constituição e Justiça) da Câmara dos Deputados aprovou na terça-feira do dia 29 de novembro de 2011 o projeto de lei que torna obrigatória a presença de advogado nas ações trabalhistas.

Além disso, o projeto também fixa os honorários dos profissionais na Justiça do Trabalho. Ele foi aprovado por setenta e sete dos setenta e nove parlamentares presentes (um voto contra e uma abstenção).

Aprovada em caráter terminativo, a proposta deverá ser encaminhada à apreciação do Senado Federal e altera o artigo 791 da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), ficando revogados os artigos. 731, 732 e 786 da referida norma trabalhista, além do projeto revogar o artigo 15 da Lei nº 5.584/70.¹

As principais mudanças advindas do referido projeto de lei (além da indispensabilidade do advogado em todos os atos da Justiça do Trabalho e da fixação do percentual dos honorários de sucumbência entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação) foram a vedação da condenação

recíproca da sucumbência, a concessão da gratuidade de Justiça para o vencido que comprovadamente não tiver meios de pagar a verba honorária de sucumbência e a destinação ao advogado da verba honorária, quando a parte estiver assistida pelo sindicato de classe.²

Neste diapasão, é bom salientar que a CLT foi elaborada na década de 1940, “quando a Justiça do Trabalho era um órgão administrativo e a maioria das relações trabalhistas, agrária” por isso a referida norma encontra-se antiquada até hoje e precisa ser mudada para adaptar-se ao ordenamento jurídico contemporâneo.³

Assim, pode-se dizer que hoje, em pleno século XXI, a maioria da mão de obra empregada está no setor terciário, no comércio. Logo, infere-se que deve haver uma adequação da lei à realidade e é isso que o projeto de lei aprovado na Câmara dos Deputados está propondo.

1 - Novos critérios para fixação dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho.

Quem milita, na área trabalhista, sabe que nós, causídicos desse ramo tão peculiar do direito, não temos a prerrogativa, via de regra, a auferir, ao final da ação, os honorários de sucumbência.

Já, os mandatários com capacidade postulatória perante a Justiça Comum tem fixado pelo juiz da causa os referidos honorários. Nada mais justo com a dignidade e valorização desta profissão tão liberal.

Contudo, estes últimos profissionais do direito, embora beneficiários da referida verba, muita das vezes, são “vítimas pela fixação de honorários irrisórios, sobretudo no âmbito da Justiça Federal”. Essas são as verídicas palavras do ilustríssimo professor, advogado e doutrinador Ronnie Preuss Duarte⁴.

1. Câmara aprova honorários sucumbenciais. Disponível em: www.camara.gov.br. Acesso em 2 de janeiro de 2012.

2. Aprovada na CCJ da Câmara os honorários de sucumbência. Disponível em: www.sindadvogados-rj.com.br. Acesso em 15 de janeiro de 2012

3. Câmara vota sucumbência para advogados trabalhistas. Disponível em www.conjur.com.br. Acesso em 3 de janeiro de 2012.

4. DUARTE, Ronnie Preuss. Honorários esmolares. In: Revista Advocatus. Recife: Nº7, Página 07, 2011.

Mesmo que sejam “honorários esmolares”⁵, segundo a opinião desse ilustre e notável doutrinador, pelo menos, ao meu ver, são perceptíveis ao final do processo (a parte vencida paga ao advogado da parte vencedora os respectivos honorários, arbitrados, obviamente, pelo juiz). Já no caso dos advogados atuantes na Justiça do Trabalho essa percepção sequer ocorre. Fato lamentável.

Isso é uma injustiça histórica para com os profissionais atuantes perante a justiça obreira e, felizmente, está prestes a ser abolida, pois teremos garantido por lei os nossos merecidos e sonhados honorários sucumbenciais.

Neste diapasão, deduz-se que o Projeto de Lei 5452/09, aqui em comento e aprovado na CCJ da Câmara dos Deputados, pretende alterar a Consolidação das Leis do Trabalho e é um substitutivo a outro Projeto, o Projeto de lei nº 3392/04. Este último pretendia tornar advogados imprescindíveis a todas as causas trabalhistas. O PL 5452/09 trata disso e ainda estabelece regras para o pagamento de honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho.⁶

Na CCJ, o texto já teve parecer favorável do relator. Além disso, o texto possui origem em anteprojeto da OAB do Rio de Janeiro, de autoria dos juristas Arnaldo Sussekind (que também é um dos autores da CLT) e Benedito Calheiros Bonfim.

Na opinião da OAB do Rio de Janeiro, o projeto tenta corrigir uma “grande injustiça”. cometida contra os advogados trabalhistas. Para o presidente da seccional fluminense da Ordem “é uma questão da construção da dignidade do profissional que atua na Justiça do Trabalho”.⁷

Por isso, a classe defende que o mesmo tratamento dado a outros advogados se estenda aos trabalhistas. Além disso, a situação atual prejudica também os trabalhadores, que mesmo ganhando a causa ainda tem de pagar o advogado.⁸

Assim, como pode-se perceber, o projeto aqui em comento é uma demanda antiga da advocacia trabalhista. Isso porque, como sabido, os honorários advocatícios não são perceptíveis pelos advogados, atualmente, na Justiça do Trabalho, a não ser quando o trabalhador é assistido por um advogado de sindicato e pede a justiça gratuita (essas são as exceções as quais devem acontecer, concomitante, a fim de que sejam cabíveis os honorários advocatícios sucumbenciais trabalhistas).

Contudo, não deveriam existir exceções. Isso é um absurdo Jurídico, os honorários trabalhistas tinham que ser sempre devidos ao profissional postulante obreiro, o qual labora na mesma proporção dos causídicos de qualquer outro ramo do direito, mas mesmo assim sofre essa discriminação.

Se, após a aprovação do senado, conseguirmos, definitivamente, esse tão esperado êxito dos honorários sucumbenciais e, por força das circunstâncias, eles forem irrisórios e “esmolares” igual ocorre, muita das vezes, nas demais áreas do direito, aí, nesse caso, teremos outra batalha a enfrentar, todavia, hoje, ao menos, já conseguimos uma vitória, mesmo que singela: “os honorários estão prestes a vingar”.

A referida medida foi comemorada, também, no âmbito do Conselho Federal da OAB. O presidente da entidade, afirmou: “Não é justo que o trabalhador, que recebe o seu crédito, tenha que retirar desse crédito o valor dos honorários para pagamento do advogado. A Ordem entende que essa prática estaria diminuindo o valor devido ao trabalhador e sem penalizar a parte contrária pelo pagamento do advogado, contratado a fim de defendê-lo, trabalhador, numa questão a que tinha direito. Por isso, essa aprovação é justa, é merecida, é fruto da importância da advocacia brasileira como instrumento da defesa, como instrumento que viabiliza uma defesa com paridade de armas. Não se pode ter uma defesa desqualificada, frente a um empregador, sobretudo que tem a lhe defender grandes escritórios de advocacia. Por isso, é necessário que haja sim a remuneração do advogado da parte vencedora pelo trabalho que executa em favor de seus clientes, por meio dos honorários de sucumbência”.⁹

As palavras do presidente são neste sentido, pois o projeto de lei, aqui em comento, estabelece que se o trabalhador ganhar a causa, ele não terá mais descontado de seu dinheiro os honorários devidos ao advogado, cabendo ao empregador pagar esses honorários advocatícios. Isso é louvável. É a plena concretização da justiça.

Dessa forma e neste sentido, temos que destacar, também, as palavras de muitos juristas do segmento obreiro que afirmaram ser tal conquista “uma aspiração de décadas dos advogados trabalhistas, aprovada em todos os Congressos da OAB e da ABRAT e vem beneficiar não só os advogados como também os trabalhadores.”¹⁰

Assim, convém assinalar que, se projeto de lei for definitivamente aprovado, a sentença condenará o vencido, inclusive quando vencida a Fazenda Pública, ao pagamento de honorários de sucumbência aos advogados (como dito, anteriormente, fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento, sobre o valor da condenação) atendidos o grau de zelo do profissional; o lugar da prestação do serviço, a natureza, a importância da causa, o trabalho realizado pelo profissional e o tempo exigido para seu serviço.¹¹

5. DUARTE, Ronnie Preuss. Honorários esmolares. In: Revista Advocatus. Recife: N°7, Página 07, 2011.
6. Câmara aprova honorários sucumbenciais. Disponível em: www.camara.gov.br. Acesso em 2 de janeiro de 2012.
7. Aprovada na CCJ da Câmara os honorários de sucumbência. Disponível em: www.sindadvogados-rj.com.br. Acesso em 15 de janeiro de 2012
8. Aprovada na CCJ da Câmara os honorários de sucumbência. Disponível em: www.sindadvogados-rj.com.br. Acesso em 15 de janeiro de 2012

gados-rj.com.br. Acesso em 15 de janeiro de 2012
9. Câmara aprova honorários sucumbenciais. Disponível em: www.oab.org.br. Acesso em 3 de janeiro de 2012.
10. Aprovada na CCJ da Câmara os honorários de sucumbência. Disponível em www.sindadvogados-rj.com.br. Acesso em 5 de janeiro de 2012.
11. Câmara aprova honorários sucumbenciais. Disponível em www.oabvarginha.org.br. Acesso em 20 de janeiro de 2012

Nas causas sem conteúdo econômico e nas que não se alcance o valor de alçada, bem como naquelas em que não houver condenação, os honorários dos advogados sempre serão fixados consoante apreciação equitativa do Juiz.

Já nas causas onde a parte estiver assistida por Sindicato de Classe, a condenação nos honorários advocatícios não a alcançará, devendo ser pagos através da conta das dotações orçamentárias dos Tribunais¹².

Assim, a parte que declarar não possuir condições de demandar sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família não sofrerá condenação em honorários advocatícios, desde que tenha sido deferida a justiça gratuita. Nas ações em que for deferida justiça gratuita à parte, os honorários advocatícios, pagos pelo vencido, reverterão ao profissional patrocinador da causa.¹³

Neste diapasão, o Conselho da Justiça Federal (CJF) definiu que os advogados são os beneficiários diretos dos honorários, fazendo com que, na prática, eles recebam mais rapidamente essas verbas, que passam a estar desvinculadas dos créditos dos clientes. Nas causas contra o Poder Público, por exemplo, valores de até R\$ 32,7 mil serão recebidos fora da fila dos precatórios.

Isso porque a decisão, tomada pelo CJF, diz que o beneficiário dos honorários é o advogado. Um dos efeitos é que, nas causas contra o Poder Público, honorários de até 60 salários mínimos (R\$ 32,7 mil) serão recebidos de forma mais rápida, fora da fila dos precatórios, por meio das Requisições de Pequeno Valor (RPV).¹⁴

Ainda sobre esse tema, há opiniões críticas muito interessantes no tocante à defesa dos honorários trabalhistas, por exemplo, para o deputado federal Hugo Leal (PSC-RJ), relator do projeto na CCJ da Câmara, o texto acaba com uma forma de “discriminação”. “Por que só o advogado da Justiça do Trabalho não recebe honorários sucumbenciais?” indagou o parlamentar. Para ele, a proposta decorre “da necessidade de qualificação do debate na Justiça do Trabalho”, cujas causas se tornaram mais complexas ao longo dos anos.¹⁵

Além disso, segundo a opinião de muitos advogados trabalhistas a medida inibirá as demandas de má-fé. “Ao condenar o vencido a pagar honorários de sucumbência, o projeto vai diminuir as aventuras jurídicas”. Ao mesmo tempo, as empresas deverão mudar o cálculo das condenações. “Nas ações de maior risco, elas deverão contingenciar de 10% a 20% do valor da causa para a sucumbência”¹⁶

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) comemorou a decisão. “Essa defesa, que parece ser meramente corporativista, na verdade tem o viés de proteger o cidadão. Na medida em que o advogado é valorizado, a defesa é valorizada e o cidadão é favorecido”, disse o secretário-geral do Conselho Federal da OAB, Marcus Vinicius Furtado Coelho, que defendeu a entidade no processo.

Portanto, dado o exposto, essas foram as significativas e louváveis mudanças em âmbito dos honorários sucumbenciais perante a Justiça do Trabalho. Esperar-se-á que o referido projeto de lei, aqui em análise, seja aprovado também no Senado e sancionado pela presidenta da república, passando a vigorar no nosso ordenamento jurídico brasileiro, o mais breve possível.

2 - A IMPRESCINDIBILIDADE DA PRESENÇA DE ADVOGADO NAS AÇÕES TRABALHISTAS

Até então, é permitido a parte litigar na justiça obreira sem a presença de um mandatário.

Isso porque a redação atual da CLT em seu artigo 791 afirma que os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente (e, portanto, sem advogado) perante a justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final).¹⁷

Ocorre que, se for aprovado, definitivamente, o projeto de lei, a redação da CLT terá a seguinte alteração, no que tange a obrigatoriedade do advogado:

“Art. 791

A parte será representada:

I Por advogado legalmente habilitado

II Pelo Ministério Público do Trabalho

III Pela defensoria Pública da União

§ 1º Será lícito à parte postular sem representante legalmente habilitado quando tiver habilitação legal para postular em causa própria¹⁸.”

Logo, pode-se perceber que o texto definitivo do substitutivo (PL 3392), altera completamente a redação originária do artigo 791 da CLT.

Dessa forma, tal mudança no artigo 791 da CLT significa que dar-se-á fim ao “*jus postulandi*”¹⁹ que é a capacidade que se faculta a alguém de postular as suas pretensões na Justiça perante as instâncias judiciárias. Ou seja, é “a capacidade postulatória da própria parte, que tem o poder de agir em um processo sem a assistência de um advogado”, isto quer dizer que ao reclamante é

12. Aprovada na CCJ da Câmara os honorários de sucumbência. Disponível em www.sindadvogados-rj.com.br. Acesso em 5 de janeiro de 2012

13. Aprovada na CCJ da Câmara os honorários de sucumbência. www.sindadvogados-rj.com.br. Acesso em 10 de janeiro de 2012

14. Aprovada os honorários de sucumbência. www.institutoreagebrasil.com.br. Acesso em 8 de janeiro de 2012.

15. Câmara aprova honorários sucumbenciais. Disponível em: www.camara.gov.br. Acesso em 2 de janeiro de 2012.

16. Câmara aprova honorários sucumbenciais. Disponível em: www.camara.gov.br. Acesso em 2 de janeiro de 2012.

17. Brasil. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 4 de janeiro de 2012

18. A nova alteração na Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em www.sindadvogados-rj.com.br. Acesso em 2 de janeiro de 2012

19. O “*jus postulandi*”. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org>. Acesso em 4 de janeiro de 2012.

autorizado o comparecimento em audiência judicial sem que esteja representado por um advogado.

Via de regra, somente advogados, e não as partes (pessoas que litigam na justiça) tem o “direito de postular”. Desse modo, o direito de postular é a capacidade postulatória que é inerente a mandatários.

Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 133 consagra a indispensabilidade do advogado, todavia há exceções, admitindo-se o direito de postular às próprias partes do litígio, independente de advogados; uma dessas ocasiões são as causas trabalhistas (CLT, arts. 786 e 791).²⁰

Hoje, na justiça do trabalho, somente de acordo com o enunciado da súmula 425 do TST é imprescindível o advogado em quatro casos específicos: “O jus postulandi das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.”²¹

Uma corrente doutrinária acredita que o princípio do Jus Postulandi foi criado como a forma de solucionar o problema do acesso a Justiça à população, visto que as defensorias públicas não têm condições de atender a elevada demanda de casos.²²

Todavia, a população mais humilde e carente, financeiramente, deveria ser, exatamente, a maior beneficiada com o instituto do Jus Postulandi.

Isso não ocorre na prática trabalhista, pois é justamente esta parcela da população, leiga e desprovida de recursos financeiros, que em uma audiência judicial, facilmente, irá se intimidar com a simples presença de um advogado, sucumbindo-se a uma covarde desigualdade, pois os empregadores, em sua maioria, mais abastados, nunca estão desprovidos de mandatários.

Assim, o Jus postulandi consagra a desigualdade processual entre as partes no processo, fazendo que, na maioria das vezes, o reclamante, parte mais vulnerável, esteja completamente indefeso e sem argumentos frente a um profissional treinado e competente para resolver as questões jurídicas.

Dessa forma, fica a crítica ao “jus postulandi” ainda inerente ao direito do trabalho e prestes a ser abolido do ordenamento jurídico trabalhista brasileiro. Tal crítica tem pleno respaldo na prática processual cotidiana do direito do trabalho, pois o reclamante não passa de um leigo (na maioria das vezes) desprovido de toda técnica jurídica, que anos a fio é estudada nas faculdades de direito do Brasil e, portanto, não poderá enfrentar todo o rito processual de uma instrução probatória. Sendo, uma

vítima do “jus postulandi” do processo do trabalho.

Todavia, é lamentável que constatamos que este instituto ainda encontra uma grande porção de defensores no mundo jurídico e que também conta com o apoio dos nossos legisladores.

Felizmente, como já citado, o jus postulandi está prestes a ser abolido, definitivamente, da seara trabalhista brasileira devido ao projeto de lei aprovado na Câmara.

Analisando sob outro aspecto, quando o “jus postulandi” for definitivamente extirpado do direito do trabalho brasileiro, poderá ser inviável, economicamente falando, para o Estado, dar cumprimento ao texto constitucional, que prevê a obrigação de assistência judiciária gratuita aos pobres (5º, LXXIV). Isso é devido à impossibilidade do Estado em disponibilizar defensores públicos em número suficiente.

Contudo, esse é um louvável desafio a ser enfrentado pelo governo brasileiro quando o “jus postulandi” se findar definitivamente. Isso porque é mais que necessário se dá assistência jurídica aos que provarem insuficiência de recursos.

Assim, cruelmente, a legislação trabalhista brasileira continua apostando no “Jus Postulandi,” deixando a parte sozinha, a sua pura sorte, e o Estado, conseqüentemente, ao fazer isso, se desincumbe de tão nobre tarefa, a tarefa de “trazer justiça ao povo”.

Autorizar que o reclamante possa pleitear seus direitos em Juízo desprovido de um advogado não tem o poder de eximir o Estado da obrigação de se prestar assistência judiciária gratuita aos pobres.

Desse modo, a parte que não pode pagar por um advogado, pois muitas das vezes nem possui condições financeiras para arcar com as despesas básicas de um processo, realiza sua autodefesa em juízo, auto prejudicando-se. E, isso, além de uma grande covardia, é um descaso com os princípios morais que nossa Carta Magna tentou proteger.

Nesse sentido, a realidade jurídica ideal brasileira na justiça do trabalho seria que o Estado promovesse aos cidadãos um acesso à Justiça eficaz e provido de advogados, mesmo que todos estes mandatários sejam custeados pelo poder público, o que seria de grande ajuda para a população carente, como já relatado, pois o Estado estaria apenas dando cumprimento a um preceito constitucional.

Assim, num enfoque detido acerca dos benefícios ou malefícios advindos do Jus postulandi, parece correto recomendar a alteração ou revogação imediata do artigo 791 da consolidação das Leis do Trabalho, adaptando-o aos ditames constitucionais vigentes.

20. O “jus postulandi”. Disponível em www.jurisway.org.br. Acesso em 3 de janeiro de 2012.

21. Súmula 425 TST. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 5 de janeiro de 2012.

22. O jus postulandi. Disponível em www.jurisway.org.br. Acesso em 3 de janeiro de 2012.

Neste diapasão, o objetivo primeiro da Justiça do Trabalho é a proteção do trabalhador, tanto do ponto de vista material, como processual. E sendo assim, não se pode negar a realidade fática: o princípio do *Jus postulandi*, além de não solucionar o problema do acesso à justiça, representa uma total afronta aos princípios constitucionais e laborais que o Estado tem a obrigação de proteger.

Felizmente, o “*jus postulandi*” findará, definitivamente, se o projeto de lei aqui em análise for aprovado no Senado e sancionado pelo Presidente da República.

Portanto, o fim do “*jus postulandi*” é uma vitória para os causídicos do ramo obreiro, pois a presença do advogado se sobrepõe a muitas críticas (como as feitas durante a votação na CCJ por alguns deputados)

Segundo esses parlamentares (contrários à presença do causídico no processo do trabalho), a medida da obrigatoriedade de advogado pode levar a um retrocesso e prejudicar o acesso amplo à Justiça do Trabalho. Eles afirmaram que “a Justiça do Trabalho ousou inovar ao permitir seu acesso sem a presença de advogado. Esse projeto quer voltar ao monopólio do advogado”.²³

“Data vênia”, e com o devido respeito, a opinião dos parlamentares está totalmente equivocada, pois o advogado trabalhista é o profissional qualificado a levar os fatos ao Juiz e requerer o que é de direito do trabalhador. O obreiro que ousa litigar sozinho (sem a assistência de um mandatário) quase sempre é muito prejudicado nos pedidos formulados em sua reclamação trabalhista, pois, o Juiz, como cediço, só pode deferir o que foi pedido.

Portanto, a crítica dos parlamentares em afirmar que o projeto de lei está causando o monopólio do advogado é totalmente desprovida de fundamentação jurídica, legal e lógica. É uma crítica absurda para a ordem jurídica brasileira.

Além disso, nos demais ramos do direito o advogado é obrigatório. E no direito do trabalho não deveria ser diferente.

Qualquer causídico, se tiver a oportunidade de conferir algumas reclamações trabalhistas, formalizadas sem a presença de advogado, irá perceber que o reclamante foi prejudicado na omissão de pedidos. Assim, fica claro que a exigência da presença do Advogado na Justiça do Trabalho resguarda os direitos do trabalhador, equilibra as partes e faz com que a Justiça seja concretizada e materializada em sua forma mais ampla.²⁴

Logo, não se trata de monopólio de advogado, mas sim, do exercício da profissão jurídica para garantir todos os direitos do trabalhador hipossuficiente e

injustiçado, na maioria das vezes.

Sonegando as críticas negativas e contrárias à presença do advogado no processo do trabalho, este artigo visa a reiterar o quanto é fundamental a atuação do mandatário nas ações judiciais trabalhistas.

Por exemplo, ocorrem muitas “desistências” incentivadas pelos servidores da justiça do trabalho que ficavam sensibilizados com o reclamante que não estava assistido por profissional do Direito, e que sem testemunhas não teria seu pedido atendido. Assim, neste caso específico, se o advogado estivesse presente seria garantida a justiça e haveria menos desistências sem motivo. Esse caso específico, demonstra o quanto o advogado é primordial, não só no processo do Trabalho, mas em qualquer outro ramo do Direito.

Outro exemplo, que ocorre no Brasil de hoje, é que várias Varas do Trabalho se recusam em formalizar reclamações trabalhistas sem a presença do advogado, isso se dá pois os servidores do judiciário sabem que sem a presença do advogado as ações serão infrutíferas e não atendidas em sua plenitude. Isso é a realidade.²⁵

Neste diapasão, fica claro que a presença do advogado é mais do que fundamental nas ações trabalhistas.

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) comemorou a decisão. “Essa defesa, que parece ser meramente corporativista, na verdade tem o viés de proteger o cidadão. Na medida em que o advogado é valorizado, a defesa é valorizada e o cidadão é favorecido”, disse o secretário-geral do Conselho Federal da OAB, que defendeu a entidade no processo administrativo levado ao CJF.²⁶

Portanto, o texto definitivo do projeto de lei 5452/09 que, como visto anteriormente, é um substitutivo ao Projeto 3392/04, estatui a indispensabilidade do advogado, afirmando que as partes que não tiverem condições de contratar advogado podem pedir justiça gratuita, e obviamente nesse caso, os honorários advocatícios pagos pelo vencido reverterão ao profissional patrocinador da causa (art 791, § 8º da nova redação da CLT, proposta pelo projeto de lei).

3 - CONCLUSÃO

De todo o exposto, pode-se perceber a importância das modificações legislativas propostas pelo projeto de Lei nº 3.392, de 2004, aqui em comento e com seu texto definitivo sob o número 5452/09 e aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados.

23. Aprovados na CCJ da Câmara os honorários de sucumbência. Disponível em: www.clippingmp.planejamento.com.br. Acesso em 10 de janeiro de 2012.

24. SARAIVA, Renato. Curso de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: Método, 2008.

25. Honorários sucumbenciais. Disponível em: www.diariodeumjuiz.com.br. Acesso em 9 de janeiro de 2012

26. Câmara aprova honorários sucumbenciais. Disponível em: www.oab.org.br Acesso em 2 de janeiro de 2012.

Primeiramente, as mudanças foram no tocante aos honorários advocatícios que serão obrigatórios e à imprescindibilidade de advogado na justiça do trabalho.

Ambas as alterações tiveram aprovação na Câmara do Deputados e são de extrema importância para os advogados em geral, principalmente os que atuam no ramo obreiro e para o cidadão que carece por justiça.

Portanto, o presente artigo não pretendeu apenas narrar fatos, mas levar o leitor a uma reflexão crítica dessas notáveis mudanças que irão revolucionar o direito do trabalho, equiparando-o aos demais ramos do direito nos quais os honorários advocatícios já são uma prática costumeira e por tabela o é a indispensabilidade do advogado.

Nós, advogados, devemos nos orgulhar dessa mudança. Ela é mais do que merecida.

4 – REFERÊNCIAS

• Aprovados os honorários de sucumbência. Disponível em: www.institutoreagebrasil.com.br. Acesso em 8 de janeiro de 2012.

• Aprovada na CCJ da Câmara os honorários de sucumbência . Disponível em: www.sindadvogados-rj.com.br. Acesso em 15 de janeiro de 2012

• Aprovados na CCJ da Câmara os honorários de sucumbência. Disponível em: www.clippingmp.planejamento.com.br. Acesso em 10 de janeiro de 2012.

• BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 4 de janeiro de 2012

• Câmara aprova honorários sucumbenciais. Disponível em: [.www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br). Acesso em 2 de janeiro de 2012.

• Câmara aprova honorários sucumbenciais. Disponível em : www.oab.org.br. Acesso em 3 de janeiro de 2012.

• Câmara aprova honorários sucumbenciais. Disponível em www.oabvarginha.org.br. Acesso em 20 de janeiro de 2012

• Câmara vota sucumbência para advogados trabalhistas. Disponível em www.conjur.com.br. Acesso em 3 de janeiro de 2012.

• CARRION, Valetin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. São Paulo: Saraiva. 2007.

• DUARTE, Ronnie Preuss. Honorários esmolares. In: Revista Advocatus. Recife: N°7, Página 07, 2011.

• LEITE BEZERRA HENRIQUE, Carlos. Curso de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: Ltda, 2009

• Honorários sucumbenciais. Disponível em: www.diariodeumjuiz.com.br. Acesso em 9 de janeiro de 2012

• MARTINS PINTO, Sérgio. Direito Processual do Trabalho. São Paulo: Atlas. 2009.

• MORGADO, Almir; GRAVATÁ, Isabelli. Direito Processual do Trabalho. Rio de Janeiro: Impetus. 2008

• O “jus postulandi”. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org>. Acesso em 4 de janeiro de 2012.

• SARAIVA, Renato. Curso de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: Método, 2008.

JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS – HAVERÁ ESVAZIAMENTO PARCIAL DE SUA COMPETÊNCIA COM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL?

lure Pedroza Menezes

Mestrando em Direito (Universidade de Lisboa). Juiz de Direito (TJPE). Professor de Direito Processual Civil da Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Professor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE). Membro do Instituto de Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro fundador da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP).

1. GENERALIDADES SOBRE A COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL – A QUESTÃO DA MENOR COMPLEXIDADE

A Lei nº 9.099/95 (LJE) possui regras específicas acerca da competência dos Juizados Especiais Cíveis (JEC). Diferente não poderia ser. Não são numerosas e estão basicamente previstas nos arts. 3º e 4º do mencionado diploma legal. Embora diminuto o número de regras a respeito, têm importantes repercussões, notadamente pelas inúmeras divergências doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema.

A LJE arrolou as causas possíveis de trâmite no Juizado (art. 3º, incisos I a IV). Entretanto, a Lei parte de uma regra geral: a menor complexidade.

A menor complexidade foi mencionada pela Constituição Federal (art. 98, I). A CF/88, no entanto, não disse o que seria “menor complexidade”. A LJE parece tê-lo feito, ao enunciar:

Art. 3º. O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis

de menor complexidade, assim consideradas: I – as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo; II – as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil; III – a ação de despejo para uso próprio; IV – as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo.

É certo que não se mostra razoável dizer que uma causa é complexa pela sua natureza, pelo menos não sob o método optado pela LJE. Basta dizer que, em verdade, uma ação de despejo por falta de pagamento é, rotineiramente, mais simples que uma ação de despejo para uso próprio. De outro lado, não se pode pretender que uma causa com alçada inferior a 40 salários mínimos seja mais simples que uma de valor superior, pois a complexidade se revelará nas circunstâncias fáticas e jurídicas sobre as quais se apóia a demanda.

Houve inegável erro metodológico do legislador ao dizer, supostamente, quais seriam as causas de menor complexidade, apenas pelo seu valor e matéria. A complexidade, em verdade, demandará, no mais das vezes, exame do caso concreto.

Com isso não se pretende afirmar que o rol do art. 3º deva ser descartado. Ele é de fundamental importância, já que define a competência do JEC. Quer-se afirmar, apenas, que aquelas causas, por si só (valor e materialidade), não revelam qualquer traço esclarecedor de “menor complexidade”.

Referido conceito, subjetivo por natureza, há de ser investigado conforme a razão, a lógica, a experiência, a proporcionalidade. A respeito, diz J. E. Carreira Alvim:

A expressão ‘menor complexidade’, além de ser um conceito fluido é, igualmente, indeterminado, pois os seus limites dependem da ótica subjetiva do julgador, o que faz com que, na prática, o que um juiz considera pouco complexo, outro considere muito complexo, e um preserve, e o outro não, a sua competência¹.

A doutrina tende a caracterizar a complexidade a partir das dificuldades probatórias. A respeito, já

1. ALVIM, J. E. Carreira. Juizados especiais cíveis estaduais. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 27.

escreveu Eduardo Sodré:

O conceito de complexidade da querela pressupõe análise da dificuldade de dilação probatória e não das discussões jurídicas surgidas no seio da relação processual até porque iura novit curia².

No mesmo sentido a lição de Fernanda Baeta Vicente e Luís Fernando Nigro Corrêa:

A expressão 'menor complexidade' está relacionado ao objeto da prova a ser produzida e não ao direito invocado pelas partes, ou seja, afastar a aplicabilidade dos critérios informativos mencionados no art. 2º da Lei³.

Aliás, essa foi a conclusão a que chegou o FONAJE, através do Enunciado nº 54: "A menor complexidade da causa para a fixação da competência é aferida pelo objeto da prova e não em face do direito material"⁴.

É com base nesta concepção de menor complexidade que se conclui, com certa tranquilidade na doutrina e na jurisprudência, que não é possível a prova pericial nos JEC (pelo menos a prova pericial dita complexa, regulada pelo CPC). Esta, uma vez requerida, se entendida pelo magistrado para o seu convencimento como necessária, resultará na resolução do processo sem exame de mérito, por incompetência jurisdicional⁵.

Além da complexidade probatória, há de se falar na complexidade ritualística, também impeditiva de ser utilizada no JEC. A LJE estabeleceu um único procedimento (o sumaríssimo) para toda e qualquer causa cognitiva. Desse modo, não aceita ações de rito especial (Enunciado nº 08 do FONAJE), nem incidentes que tumultuem a simplicidade da marcha procedimental⁶.

Aplica-se o entendimento aqui esboçado também às causas em que haja litisconsórcio multitudinário ou qualquer outra que possa comprometer o informalismo e a celeridade própria dos Juizados.

Portanto, a ideia de complexidade transcende a tentativa legal de estabelecer o que é complexo.

2. COLOCAÇÃO DOS PROBLEMAS

O objeto do presente trabalho se prende a dois problemas fundamentais:

1) A interpretação que há de ser conferida às causas do art. 275, II, do CPC/73, de modo a compreendê-las:

a) como rol estanque existente ao tempo da edição da LJE;

b) mediante enquadramento de "mobilidade" das causas *ratione materiae*, por força de evolução legislativa;

2) Os efeitos no Novo Código de Processo Civil (NCPC) sobre a competência do JEC, designadamente aquela estabelecida no art. 3º, II, da LJE, que, como já afirmado, reporta-se ao art. 275, II, do atual CPC (1973).

Vejamos um a um.

3. O ART. 275, II, DO CPC – O RITO SUMÁRIO DECORRENTE DA MATERIALIDADE DAS CAUSAS ALI ARROLADAS

O CPC/73, no processo cognitivo comum, como é de conhecimento geral, prevê dois ritos: o ordinário (mais complexo) e o sumário (com suposta intenção de celeridade e encurtamento/simplificação de atos processuais). Como regra geral, estabelece o rito ordinário. Destarte, o rito sumário logra aplicação apenas naquelas situações previstas expressamente (*numerus clausus*).

Especificamente no que toca ao rito sumário, num primeiro momento o CPC/73 o cogita pelo valor da causa (antes, 20 salários mínimos; atualmente – desde a Lei nº 10.444/02 –, 60 salários mínimos). É o caso do inciso I do art. 275.

Em seguida, vislumbra o rito sumário independentemente do valor da causa. Para tanto estabelece rol taxativo de causas, tratadas *ratione materiae*.

São exemplos (mais corriqueiros): cobrança ao condômino; ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre; cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo de via terrestre; cobrança de honorários dos profissionais liberais. No entanto, há um rol de causas outras.

A lista de demandas sujeitas ao rito sumário (e este é um ponto importante para o presente trabalho) não é estanque. Basta dizer que no decorrer dos anos, o art. 275 do CPC foi alvo de diversas alterações. É a partir daí que passo às reflexões no tocante ao conteúdo almejado pelo art. 3º, II, da LJE.

2. SODRÉ, Eduardo. Juizados especiais cíveis – processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 8.

3. VICENTE, Fernanda Baeta, CORRÊA, Luís Fernando Nigro. Lei dos juizados especiais cíveis estaduais comentada. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 15.

4. O próprio FONAJE também entende que não há complexidade na indenização por danos morais (Enunciado nº 69) e na discussão de juros (Enunciado nº 70).

5. Atente-se que provas que envolvam necessidade de perícia, desde que simples, sem comprometimento da celeridade, informalidade e simplicidade do procedimento, pode ser admitida, o que reclamará análise em cada caso concreto. A respeito, diz a LJE: "Art. 35. Quando a prova do fato exigir, o Juiz poderá inquirir técnicos de sua confiança, permitida às partes a apresentação de parecer técnico. Parágrafo único. No curso da audiência, poderá o Juiz, de ofício ou a requerimento das partes, realizar inspeção em pessoas ou coisas, ou determinar que o faça pessoa de sua confiança, que lhe relatará

informalmente o verificado".

6. A afirmação não é inteiramente verídica, pois há ações de rito especial que por força de competência funcional, devem ser apreciadas no JEC, mormente aquelas cujo mérito é a correção de ato processual praticado no âmbito do processo sob rito sumaríssimo. Como exemplo, podemos citar os embargos de terceiro, que, questionado ato jurisdicional do JEC, deverá, necessariamente, serem propostos em tal juízo. Outro exemplo é o mandado de segurança. Se o seu objeto for a impugnação de ato processual no âmbito do Juizado, o que não é raro, frente à irrecurribilidade em separado das decisões interlocutórias, fatalmente a competência será da Turma Recursal. Há vezes no sentido contrário, advogado a competência do Tribunal de Justiça, uma vez que autoridade coatora é sempre o magistrado. Porém, domina o entendimento jurisprudência no sentido de que a competência para o writ é da Turma Recursal instalada no âmbito do próprio Juizado.

4. A COMPETÊNCIA “MÓVEL” DO ART. 3º, II, DA LJE

Como já visto em linhas gerais, a LJE pretendeu dotar os Juizados Especiais Cíveis de competência para apreciação das causas arroladas pelo CPC como tipicamente submetidas ao rito sumário.

No entanto, a LJE não descreveu esse rol. Na técnica legislativa adotada, fez apenas referência, no art. 3º, II, ao art. 275, II, do CPC (conhecidamente o artigo que lista as causas em razão da matéria sujeitas ao rito sumário).

Atualmente, o art. 275, II, arrola as seguintes causas:

- a) arrendamento rural e parceria agrícola;
- b) cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio;
- c) ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico;
- d) ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre;
- e) cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo, ressalvados os casos de processo de execução;
- f) cobrança de honorários dos profissionais liberais, ressalvado o disposto em legislação especial;
- g) que versem sobre revogação de doação;
- h) demais casos previstos em lei.

Questiona-se: pretendeu a LJE reportar-se a um rol (art. 275, II, do CPC/73), tal qual existente à época da sua elaboração em 1995 (1ª hipótese)?

... Ou seria melhor entender que a intenção do legislador foi trazer para a competência do Juizado as causas adotadas, no âmbito da “justiça comum”, como sendo de possível rito sumário, acompanhando a evolução legislativa acerca deste enumerado legal (2ª hipótese)?

Qual o método hermenêutico mais apropriado?

Um exemplo ilustrará melhor o questionamento: quando da publicação da LJE (1995), uma espécie prevista no art. 275, II, do CPC/73 era a “revogação de doação, fundada na ingratidão do donatário” (item “n”). Portanto, desde que fundado em ingratidão, e somente sob tal argumento, o interessado poderia demandar a revogação da doação, seja na “justiça comum” (sob rito sumário), seja no JEC, com forte do art. 3º, II, da LJE.

Contudo, em 2009, através da Lei nº 12.122, o art. 275, II, sofreu alteração passando a constar apenas “revogação de doação” (texto migrado para o item “g”). Portanto, para fins de rito sumário, a revogação de doação não mais necessitaria de fundamento em ingratidão do donatário.

A 1ª hipótese antes ventilada conduziria o intérprete à conclusão de que no JEC só seria possível revogação de doação por ingratidão (regra vigente ao

tempo da edição da LJE).

Já a 2ª hipótese permitiria a “atualização da competência”, vale dizer: a referência feita no art. 3º, II, da LJE, deve acompanhar o ritmo de eventuais alterações, no âmbito do CPC, no que tange às demandas que podem correr sob rito sumário.

A indagação denota importância que não é apenas acadêmica. Após a edição da LJE, o art. 275, II, do CPC/73, já foi alvo de várias alterações, em especial pelas Leis nº 9.245/95 e 10.122/09, que redundaram em modificação de texto.

Parece-nos que a temática da LJE é reportar-se às causas do rito sumário em vigor ao tempo da propositura da ação. É neste momento que o aplicador da lei deve observar quais causas, no regime do CPC, estão sujeitas àquele procedimento.

Não haveria sentido a LJE conceder ao JEC competência para as causas arroladas no rito sumário do CPC se não fosse para acompanhar a sua evolução legislativa e as suas adequações aos novos anseios sociais, sob pena de aplicar dispositivo revogado referente a demandas originadas após a dita revogação. Seria inconcebível!

Indo mais longe, se, supostamente, o rol das causas do rito sumário fosse migrado do inciso II do art. 275 para um outro inciso, ou, ainda, para um outro artigo, não restaria ao intérprete outra solução senão mitigar o conteúdo literal do art. 3º, II, da LJE.

Este (o art. 3º, II, da LJE), sem dúvida, não pretendeu estancar-se num certo conteúdo textual do art. 275, II, do CPC. Almejou, em verdade, dizer que as causas do rito sumário (no estado em que se encontra a lista legal vigente) podem ser propostas no Juizado Especial Cível.

5. O ESVAZIAMENTO DO OBJETO DO ART. 3º, II, DA LJE COM O NOVO CPC

O NCPC, cujo Projeto encontra-se em avançado trâmite legislativo no âmbito do Congresso Nacional, esvaziará o objeto textual do art. 3º, II, da LJE. Isso porque o Novo CPC (de acordo com o Relatório aprovado no Senado em 2011) simplesmente extingue o rito sumário. Uniu o rito ordinário e sumário criando a figura do “rito comum”.

Não se poderia pensar que com o NCPC o Juizado ainda terá competência fundada diretamente no art. 275, II, do CPC/73, pois, como visto, a remissão feita pela LJE deve acompanhar a evolução legislativa.

A dois pesos, duas medidas.

Da mesma forma que a competência do JEC poderia ser ampliada, com o alargamento do rol do art. 275, II, do CPC/73; poderia, a contrario sensu, sofrer diminuição, caso o rol fosse reduzido; ainda, poderia ser excluída aquela competência do JEC se o rito sumário

fosse extinto, como, de fato, propõe o NCPC⁷.

A alteração a ser implementada pelo NCPC dará um novo norte ao Juizado, notadamente para a corrente doutrinária defensora da não-limitação à alçada dos 40 salários mínimos no tocante às causas do art. 3º, II (isto é: do art. 275, II, do CPC/73), pois, sem previsão de rito sumário (ou equivalente) no Novo CPC, não se poderia pensar em causas superiores aos 40 salários mínimos, na órbita do art. 3º, II, da LJE.

No entanto, eventuais causas do rito sumário do CPC/73 aforadas no JEC deverão ser respeitadas. Inteligentemente, o Novo CPC resolve uma questão de direito intertemporal, ao enunciar no (atualmente) art. 1000, § 1º:

As regras do Código de Processo Civil revogado relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais não mantidos por este Código serão aplicadas aos processos ajuizados até o início da vigência deste Código, desde que não tenham, ainda, sido sentenciados.

Uma outra questão, agora já adentrando na segunda problematização tratada neste breve artigo, é saber se a extinção do rol do rito sumário, que fatalmente esvaziará o texto do art. 3º, II, da LJE, terá efeitos práticos na diminuição da competência do JEC.

A questão ora tratada atinge os interesses também dos defensores da limitação à alçada (40 salários mínimos), mesmo na hipótese do art. 3º, II (corrente a qual sempre esteve filiado).

Ao que tudo leva a crer, todas as causas do art. 275, II, do CPC/73, podem ser enquadradas no inciso I do art. 3º da LJE, que não faz limitação *ratione materiae* alguma. Faz apenas limitação no tocante à alçada (eis porque trouxemos as influências do NCPC tanto no tocante aos defensores da não-limitação, como da corrente limitadora da alçada, no caso do multicitado art. 3º, II, da LJE).

Com efeito, todas as causas dispostas no atual art. 275, II, do CPC, desde que não sejam complexas (exame do caso concreto), podem (em tese) ser aforadas no âmbito do JEC (bastando que satisfaçam os outros requisitos genéricos), pois, a materialidade de todas elas não afasta, in abstracto, a competência do JEC.

De qualquer forma, para evitar discussões a respeito, a exemplo de eventual argumento no sentido de que, por derrogação do art. 3º, II, da LJE, as causas atualmente arroladas no art. 275, II, do CPC, não mais poderiam (com a vigência no Novo CPC) ser propostas no JEC (ainda que pudessem ser enquadradas, supostamente, no art. 3º, I, da LJE), seria de bom alvitre,

à título de sugestão, que o rol constante no art. 275, II, do CPC/73 fosse mantido, com o Novo CPC, de alguma forma, para fins de preservação da competência do Juizado Especial.

6. CONCLUSÕES

i) A menção que a LJE faz ao CPC, quanto às causas de rito sumário, não se atrela à textualidade estática do art. 275, II, do CPC/73, mas a qualquer causa, no CPC ou fora dele, para qual o legislador estabeleça o rito sumário, devendo tal interpretação ser feita ao tempo da propositura da ação;

ii) Uma vez que o NCPC não tem previsão de rito sumário (o que influenciará, inclusive, eventuais leis extravagantes que arrolem causas a correr sob aquele procedimento), haverá esvaziamento textual do art. 3º, II, da LJE;

iii) Nem por isso haverá reflexo na extinção da competência do JEC para as causas hoje previstas no art. 275, II, do CPC/73, pois todas elas podem ser enquadradas na cláusula geral do art. 3º, I, da própria LJE;

iv) Em termos práticos, haverá apenas reflexo no tocante ao valor da causa para as demandas aforadas após a vigência do NCPC, pois, ficando as causas do art. 3º, II, transportada para a cláusula geral do art. 3º, I, cairá por terra a possibilidade de demandas no JEC superiores a 40 salários mínimo. Portanto, o reflexo se dará apenas para a corrente doutrinária e jurisprudencial que entende possível aforamento de demandas sem limite de alçada (nos casos do atual art. 3º, II, da LJE), linha esta, repita-se, com a qual nunca concordamos.

v) No intuito de evitar discussões a respeito, sugestiona-se a manutenção do conteúdo do art. 275, II, do CPC/73, no Novo CPC, para fins de preservação de competência do JEC, ou, ainda, de alteração da própria LJE, para nela se fazer incluir aquela relação de causas.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, J. E. Carreira. Juizados especiais cíveis estaduais. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. Teoria e prática dos juizados especiais estaduais e federais. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Hélio Martins. Lei dos juizados especiais cíveis anotada e sua interpretação jurisprudencial. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Manual dos juizados especiais cíveis estaduais e federais. São Paulo: RT, 2006.

MENEZES, Iure Pedroza. As repercussões da

7. Estariam salvas, é claro, as demandas propostas no JEC ao tempo de vigência do CPC/73, que se estenderá até o fim da vacatio legis a ser estabelecida pelo NCPC (atual-

mente previsto para um ano).

cláusula de eleição de foro no processo civil brasileiro – um olhar sobre as relações de consumo. In: PAULA, Fernanda Pessoa Chuahy de, MENEZES, Iure Pedroza, CAMPELLO, Nalva Cristina Barbosa. Direito das obrigações – reflexões no direito material e processual. São Paulo: GEN/Método, 2011.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. Lei dos juizados especiais cíveis anotada – doutrina e jurisprudência dos 27 estados da federação. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SODRÉ, Eduardo. Juizados especiais cíveis – processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

VICENTE, Fernanda Baeta, CORRÊA, Luís Fernando Nigro. Lei dos juizados especiais cíveis estaduais comentada. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LIMITES AO PODER DECORRENTE

Walber de Moura Agra

Mestre pela UFPE, Doutor pela UFPE/Università degli Studi di Firenze; Pós-Doutor pela Université Montesquieu Bordeaux IV; Visiting Research Scholar of Cardozo Law School. Professor Visitante da Università degli Studi di Lecce; Professor Visitante da Université Montesquieu Bordeaux IV; Diretor do IBEC – Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais; Membro Correspondente do CERDRADI – Centre d'Études et de Recherches sur les Droits Africains et sur le Développement Institutionnel des Pays en Développement. Professor da Universidade Católica de Pernambuco. Procurador do Estado da Pernambuco. Advogado. Conselheiro Seccional da OAB/PE. Presidente da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/PE. Vice-Diretor da Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral.

O Poder Decorrente é legatário da forma de estado federativo que foi agasalhado pela Constituição de 1988, mantendo uma tradição que começou com o Texto Magno de 1891. Por esta forma de estado, cada componente da federação possui autonomia para criar seu ordenamento jurídico próprio, estruturado na forma de uma constituição estadual, tomando como parâmetro o exemplo norte-americano, em que cada um dos Estados-membros possui uma Constituição.

A função de definir as autonomias estaduais foi incumbida às Constituições Estaduais. O professor Baracho plantea que a autonomia é princípio fundante dos entes federativos, defluindo por meio deste princípio

a possibilidade da organização de órgãos estatais que possam realizar as suas funções.¹ Autonomia significa a liberdade que os Estados têm de direcionarem suas atividades, envolvendo a liberdade financeira, orçamentária, administrativa, tributária etc.

Segundo Sampaio Dória, a autonomia dos entes federativos poderiam ser classificado de quatro formas: atribuições políticas; legislação privativa ou cooperativa com a da União; decretação de tributos e organização de serviços sociais.²

Contudo, como o nosso federalismo se configura centrífugo, em que a intensidade da autonomia dos entes federativos é reduzida, ao contrário do que ocorre nos EUA, onde o federalismo é centrípeto, o que representa uma autonomia de intensidade bastante relevante. Assim, no Brasil, a abrangência da constituição estadual não se encontra muito bem definida, carecendo de estudos mais aprofundados.

Outra restrição a essa autonomia se mostra na nossa tradição histórica. Como desde a proclamação da república vêm ocorrendo sucessivos golpes de estado ou ditaduras veladas sob a forma de democracia, que suplantam a descentralização de poder em favor de uma centralização em torno do governo federal, existe uma carência na sedimentação histórica de atuação das autonomias estatais. Poucos são os Estados-membros que têm uma tradição de luta para a manutenção de suas prerrogativas. Como exceções podemos apontar os Estados de Pernambuco, Rio Grande do Sul, São Paulo.

Destarte, ocorre um hiato normativo entre a realidade fática e o texto da norma,³ constituindo o que Oliveira Vianna denominou de idealismo utópico, que seria o fenômeno de implantar-mos idéias preconcebidas de outras realidades sociais diferentes da nossa, ao contrário de realizarmos um idealismo orgânico mediante a criação de instrumentos jurídicos baseados em uma realidade própria, sem que houvesse um descompasso entre a norma e fato, entre o sein e o sollen.

1. "A autonomia é princípio do Estado-ordenamento. Não é simples desdobramento da atividade estatal, através de órgãos ou de áreas incumbidas de realizar determinadas atribuições." BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Federalismo. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 50.

2. Leciona Sampaio Doria: "A autonomia dos Estados, embora não extensa, entre nós, como a dos Estados na União Americana, ainda assim consiste no exercício de poderes imperativos de grande importância. Podem ser classificados em quatro categorias: 1º) atribuições políticas; 2º) legislação privativa ou cooperativa com a da União; 3º) decreta-

ção de tributos; e 4º) organização de serviços sociais. DORIA, Sampaio. Direito Constitucional. Teoria Geral do Estado. Vol. I. São Paulo: Max Limonad, p. 518.

3. DANTAS, Ivo. Constituição Federal, Teoria e Prática. V. I, Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 18.

A terminologia Poder Decorrente, ao invés de Poder Constituinte Decorrente, foi escolhida porque constituinte, do latim *constituire*, é a denominação correta apenas para o Poder Constituinte, em virtude de ser este que poder o que estrutura o ordenamento jurídico de forma originária. Tanto o Poder Reformador quanto o Poder Decorrente atuam depois de as estruturas jurídicas estarem formuladas, acabadas, não cabendo nominá-los como constituintes.

Poder Decorrente é aquele responsável por criar as Constituições dos Estados Membros. É um poder que foi criado pela Constituição Federal, decorrente da sua vontade, e, portanto, deve se subordinar aos seus direcionamentos.

Foi necessária a sua criação porque os Estados-Membros têm autonomia e não soberania. Esta somente pertence à União, que a exerce externamente nos moldes delineados pela Constituição e em igualdade de condições com outros países. A diferenciação entre federação e confederação reside no fato de que nesta cada componente permanece com a sua soberania imaculada e naquela a soberania passa a pertencer a um único órgão, o governo federal.

O Brasil adotou como regime político a democracia, professando os princípios de um estado democrático de direito. Por isto, seguindo o disposto no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, que ressalta a importância da soberania popular, as Constituições Estaduais devem ser oriundas do mesmo princípio legitimatório, a vontade do povo. Funcionando, inclusive, como um princípio central, de imposição obrigatória para os legisladores constituintes estaduais. Depreende-se, então, que a fonte legitimatória das Constituições Estaduais é a soberania popular.

Todas as Constituições republicanas disciplinaram o Poder Decorrente, reconhecendo a sua importância no ordenamento jurídico como instrumento garantidor da autonomia estadual. Porém, a Constituição de 1937 e a de 1967/69, meritórias no seu teor autoritário, tiveram como escopo concentrar o poder, conseqüentemente, enfraquecendo as prerrogativas estaduais.

O texto da Constituição de 1937 retirou a legitimidade popular das Constituições Estaduais, prevendo que cada um dos Estados-membros deveria outorgar suas *Lex Mater*, sem a participação da população. O texto da Constituição de 1967/69 previu que as

Constituições Estaduais deveriam apenas adaptar o Texto da Carta Federal, fazendo as correções necessárias, de forma não democrática, já que estávamos convivendo com uma ditadura, para a adequação à nova estrutura de poder, ou seja, reduziu o Poder Decorrente a mero apêndice do Poder Constituinte, negando-lhe a sua característica de sucessividade, integrando o ordenamento nas lacunas deixadas pela Constituição.

A Constituição de 1988 determinou que cada Assembléia Legislativa, com poderes plenipotenciários, elaborasse as respectivas Constituições Estaduais, no prazo de um ano, contado da data da promulgação da *Lex Mater*, respeitando as prerrogativas de repetição obrigatória desta.⁴ A pertinência da Carta Magna estadual se configura em delinear o seu auto-governo, estruturando suas funções e delimitando suas prerrogativas de acordo com o seus interesses próprios e peculiares.

Em relação a sua taxionomia podemos enquadrá-lo como de natureza jurídica, semelhante à natureza do Poder Reformador. Não pode ser denominado como um poder de natureza política, como o Poder Constituinte, porque nasceu de uma norma jurídica, sua origem está adstrita à Constituição Federal, não retirando sua fonte de legitimidade de fatores sociais, como mudança nos fatores reais de poder, dentro de uma visão lassaliana.⁵

O Poder Decorrente, na esfera do ordenamento jurídico estadual, tem as características de supremacia, suprallegalidade e imutabilidade relativa.⁶ Supremacia porque a Constituição estadual é a norma preponderante do ordenamento jurídico estadual, devendo todas as demais normas, tanto estaduais como municipais, adequarem-se a ela. Suprallegalidade em razão de que, se as normas municipais e estaduais não se adequarem as suas cominações, serão tipificadas como inconstitucionais e retiradas do ordenamento jurídico. E imutabilidade relativa em virtude de seu procedimento de modificação é muito mais complexo que o procedimento para a modificação das demais normas, exigindo solenidades mais difíceis, como um quorum de dois terços por exemplo.

Gozando de supremacia a Constituição Estadual se reveste de competência para poder disciplinar os três poderes da melhor forma que lhe convier, sempre respeitando os limites sinalizados pela Constituição Federal. Sendo a *Lex Mater* do ordenamento estadual, situa-se em um escalonamento normativo superior, podendo estruturar os entes estatais de forma a atender as peculiaridades estaduais.

4. Art. 11 do ADCT: "Cada Assembléia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta.

5. LASSALLE, Ferdinand. *Qué es una Constitución...*. Buenos Aires: Siglo Veinte Uno, 1969, p. 21.

6. AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um Atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: Safe, 2000, p. 53.

Em uma hierarquização dos poderes, podemos afirmar que em um primeiro plano, encontra-se o Poder Constituinte, em segundo, o Poder decorrente, em terceiro, o Poder Reformador Estadual e depois os três Poderes estaduais (executivo, legislativo e judiciário). Com isto, não estamos de forma alguma corroborando com a assertiva de que possa existir uma diferenciação em escala normativa entre as normas infra-constitucionais. A estrutura hierárquica se restringe apenas às normas que estruturam os poderes e aos próprios poderes.

Como o Estado-membro faz parte da federação e o ordenamento jurídico nacional tem como pedra angular a Constituição Federal, ordenando a formação social e jurídica dos seus membros,⁷ o Poder Decorrente não tem uma amplitude de regulamentação ilimitado, muito pelo contrário, sua incidência se encontra mitigada pelos direcionamentos estabelecidos pela Constituição Cidadã, não podendo nenhuma norma infra-constitucional limitar a sua amplitude.

Determina o conteúdo da Constituição Estadual Cooley: "Toda a constituição estadual deve esperar-se que contenha: 1) um descrição do systema de governo; 2) os requisitos geraes para o direito do suffragio; 3) os freios (checks) e os equilíbrios (balances) do governo republicano, reconhecendo tres separados departamentos governamentaes; 4) algum reconhecimento de auto governo (self government) local; 5) uma declaração de direitos protectores dos indivíduos e das minorias."⁸ Na verdade, este conteúdo carece de uma validade universal. De acordo como o sistema federativo adotado, os textos estaduais terão maior ou menor esfera de atuação.

A Constituição do Estado de Pernambuco, que teve como um dos seus principais idealizadores o professor Pinto Ferreira, indubitavelmente, é um dos melhores Textos constitucionais estaduais. Ela é distribuída em oito títulos, acrescidos de um preâmbulo. Aliás, a única Constituição que não incorporou o preâmbulo foi a do Estado do Acre. Nele foram reafirmadas as prerrogativas do auto-governo estadual, regulamentando de forma clara e direta as atuações dos três poderes estaduais.

Divide-se, desta forma, a Constituição do Estado de Pernambuco em: título I: dos princípios fundamentais; título II: da organização do Estado e seus Poderes; título III: da organização municipal e regional; título IV: da administração; título V: da tributação e do orçamento; título VI: da ordem econômica; título VII: da ordem social e título VIII: disposições constitucionais finais.

Ela é classificada como um Texto Constitucional analítico, o que tem sido motivo de constantes críticas por parte de vários setores da sociedade pernambucana. Acreditamos que o tamanho do texto não é um parâmetro para se aferir se ele atende ou não às necessidades da população. O objetivo de um texto extenso é regulamentar com certa estabilidade, alguns setores da vida social, para que modificações ocasionais e voláteis na composição das forças políticas não acarretem alterações que tendam exclusivamente a fragilizar a legalidade jurídica, debilitando a segurança do império da lei.

A primeira grande limitação às Constituições Estaduais são as normas da Constituição Federal. Como esta é a norma suprema de todo o ordenamento jurídico nacional, as demais normas que afrontarem o seu conteúdo serão tidas como nulas, conforme decidiu a jurisprudência do Supremo, ou seriam inexistentes, como fora pleiteado por Francisco Campos.⁹

José Afonso da Silva as denominou de princípios estabelecidos e Raul Machado Horta as chamou de princípios centrais. Os princípios estabelecidos se constituem em limites, porque a Constituição Estadual não tem caráter originário, ela é derivada, subordinada e limitada pelas normas da Constituição Federal.

A tarefa de identificar os princípios estabelecidos não é uma tarefa simples em razão que eles não vêm explicitados na Constituição. Oferece Raul Machado Horta uma diretriz para a identificação: "A identificação dos princípios estabelecidos reclama a interpretação do texto da Constituição Federal no seu conjunto, para reunir as regras dispersas que definem a origem, a causa, o começo, o germe, o elemento predominante da Constituição Federal.

Os princípios estabelecidos se alojam nas normas constitucionais federais sobre repartição de competências, o sistema tributário, a organização dos poderes, os direitos sociais, a ordem econômica, a educação, a família e a cultura, afinal, na matéria dispersa no texto constitucional federal"¹⁰

Basicamente, as normas estabelecidas se referem aos princípios informadores do regime político, como a república, o parlamentarismo, as condições de elegibilidade; aos princípios que limitam a competência dos Estados-membros, como a definição da competência exclusiva, privativa, comum e concorrente; às normas de pré-organização do Estado brasileiro, como aquelas que

7. SMEND, Rudolf. *Constitucion y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 129.

8. COOLEY, Thomas. *Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da*

América do Norte. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. P. 405.

9. CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Vol. I, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. P. 399.

10. HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1999, P. 68.

tratam da magistratura e do ministério público e por último, as normas pertinentes aos direitos fundamentais, como aquelas contidas no art. 5º da Constituição.

O fator teleológico destas normas é garantir a homogeneidade do ordenamento, impedindo que as normas constitucionais estaduais causem antinomias e arrefeçam a capacidade concretiva da Constituição Federal. A capacidade elaborativa estadual se restringe à esfera das peculiaridades regionais e ao espaço de incidência que fora definido pela Lei Maior.

Eles são princípios, de teor abstrato e contando com alta carga de generalidade, que dispõem sobre determinados preceitos que não podem ser suprimidos pela legislação estadual porque dizem respeito a elementos essenciais da federação. Então, os princípios pertinentes ao estado federativo, à república, ao sistema parlamentarista, às competências e aos direitos e deveres fundamentais devem ser mantidos, não se admitindo acinte aos seus preceitos.

As normas de pré-organização, estruturando os entes federativos independente do Poder Decorrente, têm reprodução obrigatória, impondo o transporte de dispositivos da Lex Mater para as Constituições Estaduais. Elas são uma espécie de normas estabelecidas, diferenciando-se das demais porque sua função se reduz a estruturar os órgãos estatais.

Esta limitação abrange os princípios que expressamente digam respeito a estes assuntos e os que, de forma indireta, implícitos, sobre eles versem. Assim, a votação indireta, afora a exceção prevista no § 1º, do art. 81 da Constituição Federal, está terminantemente vedada como matéria constitucional estadual, porque gera uma antinomia com o princípio do estado democrático de direito e com a soberania popular.

Os limites implícitos podem ser mandatórios, estipulando uma determinada conduta, e vedatórios, impedindo determinado comportamento. Exemplo de um limite implícito mandatório é aquele que obriga a repartição de competência entre os poderes e como exemplo de um limite implícito vedatório, nós temos o art. 21 da Constituição Federal que dispõe acerca da competência exclusiva da União, em nenhuma matéria daquelas estipuladas nos vinte e cinco incisos os Estados podem exercer competência.

Vários artigos das Constituições Estaduais foram tipificados como inconstitucionais por descumprirem os preceitos estabelecidos da Lei Maior e retirados do ordenamento pelo controle de constitucionalidade na forma concentrada.

Limitação diferente, por não ser da esfera jurídica e sim da realidade sócio-cultural-econômica, são as supralegalidades autogenéticas.¹¹ Sua taxionomia destoa de parâmetros jurídicos para encontrar amparo nas limitações oferecidas pela realidade fática, pelas limitações oferecidas pelo contexto histórico material.

Fundamenta o professor Zagrebelsky que as questões políticas se configuram limites para a normatização jurídicas. Mesmo concordando com a expressão de Luhmann de que a Lei Maior seria o elo de ligação entre o direito e a política, as interferências políticas se configuram como limitações aos direcionamentos jurídicos.¹²

Exemplo de uma limitação fática pode ser encontrada na escassez econômica por que passam os entes federativos, impedindo que haja a estipulação de um salário mínimo de mil dólares ou que se imponha como obrigatoriedade imediata a construção de casas populares para aqueles que não dispõem de habitação. A sua esfera de proibição não pode ser encontrada em nenhum texto jurídico, mas na realidade sócio-cultural-econômica estadual.

A competência residual dos Estados-membros, estipulada no § 1º, do art. 25, que expressa serem reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição, encontra restrições para a sua elaboração nas supralegalidades autogenerativas.

Competência residual é aquela competência que não foi indicada para nenhum ente federativo, e em decorrência pode ser exercida na esfera estadual. Este tipo de competência pode ser disciplinada tanto na esfera constitucional quanto na esfera infra-constitucional do Estado-membro.

As limitações, neste caso específico, são de ordem material e de ordem histórica, não havendo tradição para o alargamento da competência legislativa. É plenamente possível que uma Constituição Estadual preveja a criação de um código de defesa do contribuinte com relação aos

11. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6º ed., Almedina, 1993, p. 117.

12. "I fondamenti giuridico-formali e politico-sostanziali della giustizia costituzionale ne determinano anche i limiti. Tali limiti segnano il confine oltre il quale si estende

il territorio delle questioni meramente politiche nel quale il giudice costituzionale può entrare so abusivamente." ZAGREBELSKY, Gustavo. *La Giustizia Costituzionale*. Milano: Il Mulino, 1988, p. 61.

tributos estaduais. Mesmo sendo uma norma de eficácia limitada, ela se configura compatível com as normas da Constituição Federal.

A dificuldade para elaboração da competência residual está em que como nosso Texto Constitucional é analítico, disciplinando uma série de objetos, para tentar estabelecer uma estabilidade jurídica, o espaço de atuação da competência residual se encontra bastante restrito.

Como o Brasil é uma forma federativa de estado, a essência deste sistema se encontra na repartição de competências, insculpida no nosso Texto Constitucional nos arts. 21 usque 30, definidas em: competência exclusiva, competência privativa, competência comum, competência concorrente, competência municipal, competência estadual e competência do Distrito Federal. Inexistindo hierarquização entre os entes estatais, o que há são espaços de incidência, onde cada ente tem seu campo de atuação limitado pela Constituição.

Dentro da divisão destas competências, fica vedado ao Poder Decorrente qualquer tentativa de legislar acerca de um assunto que esteja fora da sua esfera de competência, tanto a competência administrativa como a legislativa. O motivo não pode ser imputado à que as normas federais são superiores às normas estaduais, maculando um dos princípios básicos de uma federação, que é a igualdade dos entes federativos, e sim, a que existe uma divisão por espaços de incidências, prescritos nos mencionados artigos.

Outra limitação que podemos apontar são os princípios sensíveis, dispostos no art. 34, VII, da Constituição Federal. Eles são assim denominados porque têm uma especial relevância no ordenamento jurídico: quando afrontados, acarretam a intervenção federal por parte do governo federal nos Estados, constituindo-se na primeira ação direta de controle de constitucionalidade no ordenamento brasileiro, surgida na Constituição de 1934.

A hodierna Constituição elencou os seguintes princípios sensíveis: forma republicana, sistema representativo; regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal e prestação de contas da administração pública, direta e indireta. Acinte a qualquer um destes princípios por parte das Constituições Estaduais ensejará a supressão da autonomia estadual por intermédio da ação interventiva.

É oportuno frisar que a maioria destes princípios se configuram como princípios estabelecidos ou princípios centrais, sejam explícitos, sejam implícitos. A diferença é que o descumprimento destes não dá ensejo apenas a um controle de constitucionalidade, com a expulsão da norma do ordenamento, neste caso há a intervenção do ente federativo que descumpriu o princípio.

Os princípios fundamentais se constituem em limites intransponíveis para o legislador constituinte estadual. Desde a Constituição de Bonn de 1949, que dedicou os arts. 1º ao 19º a defini-los devido às atrocidades promovidas pela II Guerra Mundial, que todos os Textos Magnos pós-guerra passaram a elencá-los dotando-os de uma forma pungente.

Biscaretti di Ruffia considera os direitos fundamentais como direitos subjetivos públicos dos cidadãos, tomados como valores absolutos. Em virtude disto são irrenunciáveis e intocáveis por parte do Estado e considerados como de natureza própria dos homens, de conotação jusnaturalista, sendo anteriores ao aparecimento do ordenamento estatal e, por isto, não podendo ser por eles modificados.¹³

No Brasil, seguindo a tradição iniciada com o Texto de 1824, que pioneiramente passou a agasalhar direitos, antecedendo inclusive a Constituição da Bélgica, de 1831, os direitos e garantias constitucionais passaram a ser disciplinados no título II, no início da Constituição, assumindo uma função premente, já que sua localização topográfica, no início do texto, avulta sua importância.

De forma alguma um direito alçado à nível constitucional pode ser obnubilado por uma norma constitucional estadual, mormente porque os direitos se configuram como cláusulas pétreas, passíveis de modificação apenas por um novo Poder Originário, em um fenômeno denominado de transconstitucionalização.

Como sua premência no ordenamento jurídico está consolidada, a maioria das Constituições Estaduais não trazem um capítulo específico para a exposição dos direitos. Aqueles expressos na Constituição Federal têm inteira vigência e cominação. Entretanto, nada impede que outros direitos possam ser disciplinados pelos textos estaduais, desde que não confrontem com normas da Lei Maior.

13. "La elaboración doctrinal de los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos, considerándolos en forma absoluta como derechos irrenunciables e intocables por parte del Estado, ya que se estiman como derivados de la naturaleza propia de todos los hombres y, por tanto, anteriores y superiores a las

disposiciones de los diversos derechos positivos." RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1988, p. 118.

Tendo como referência a Constituição Cidadã, estas são limitações ao Poder Decorrente. Com o aprimoramento das instituições democráticas e da consciência popular, a bifurcação de competências, específica de um federalismo dual, em que há uma separação entre as competências da União, Estados e Municípios pode ser modificada para um federalismo cooperativo, em que a atuação de um ente federativo possa ser suprida pelo outro, potencializando o atendimento às necessidades públicas.

BIBLIOGRAFIA

AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: Um Atentado ao Poder Reformador*.

Porto Alegre: Safe, 2000.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro:

Forense, 1986.

CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional.. Vol. I*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed.,

Almedina, 1993.

COOLEY, Thomas. *Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da*

América do Norte. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

DANTAS, Ivo. *Constituição Federal, Teoria e Prática*. V. I, Rio de Janeiro: Renovar,

1994.

DORIA, Sampaio. *Direito Constitucional. Teoria Geral do Estado*. Vol. I. São Paulo: Max

Limonad.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

LASSALLE, Ferdinand. *Qué es una Constitución..* Buenos Aires: Siglo Veinte Uno, 1969.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*.

México: Fondo de Cultura Económica, 1988.

SMEND, Rudolf. *Constitucion y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios

Constitucionales, 1985.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La Giustizia Costituzionale*. Milano: Il Mulino, 1988.

O ESTATUTO DA OAB E O REGISTRO DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

Mauricio Barreto Pedrosa Filho

Advogado, Especialista em Direito Administrativo pela UFPE, Mestre em Direito pela UNICAP. E-mail: maurbpf@ig.com.br

Promulgada a Constituição de 1988, tornou-se necessária a regulamentação de muitos de seus dispositivos, destacando-se desse universo jurídico-legislativo posterior o vigente Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (LC nº 123/2006), o qual será aqui objeto de sucinta análise crítica frente ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/1994), em especial quando dispensa aquele o visto de advogado nos atos constitutivos das sociedades empresárias que se revistam da forma de microempresa (ME) ou de empresa de pequeno porte (EPP).

De igual, buscaremos uma reflexão: Até que ponto é salutar dispensar o prefalado visto para registrar os atos constitutivos de tais sociedades empresárias?

A IMPOSIÇÃO DO VISTO DE ADVOGADO NO ATO CONSTITUTIVO DAS PESSOAS JURÍDICAS

Consolidado o regime democrático no País, a Ordem dos Advogados do Brasil voltou parte dos seus interesses para reformar a Lei nº 4.215/1963, que dispunha sobre a profissão do advogado. Com isso, surgiu a Lei nº 8.906/1994, conhecida como Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (EOAB), que conferiu aos advogados, além de fortes deveres ético-profissionais, prerrogativas amoldando as suas funções ao regime democrático de direito, assegurador de garantias e direitos do cidadão. Mister alvitrar que o advogado, no seu ministério privado, presta serviço público e exerce função social (art. 2º, § 1º, EOAB), sendo ainda indispensável à administração da justiça (art. 133, CF/88), de igual importância aos magistrados e promotores.

Dentre as muitas disposições do Estatuto, diz o § 2º do seu art. 1º que “Os atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, sob pena de nulidade, só podem ser admitidos a registro, nos órgãos competentes,

quando visados por advogado”. Cabe aqui ressaltar que o legislador, em 1994, tocante a tal exigência, repetiu norma semelhante que havia sido inserida no art. 71 do antigo diploma dos advogados (Lei nº 4.251/1963), por força da Lei nº 6.884/80. Dita inserção assim tratava a questão: “(...) § 4º Os atos constitutivos e os estatutos das sociedades civis e comerciais só serão admitidos a registro e arquivamento nas repartições competentes quando visado por advogados”.

Ora, diante disso, depreende-se que o legislador, em 1980, já vislumbrou como instrumento de segurança jurídica às partes interessadas no registro de atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas o visto de advogado, e que o de 1994 inspirou-se naquele dispositivo para dar a atual redação ao § 2º do art. 1º do EOAB.

Por outro lado, a Lei nº 8.934/1994, que dispõe sobre o registro de empresas mercantis, em nada tratou sobre exigência do visto, todavia, o seu regulamento, Decreto nº 1.800/96, estabeleceu no art. 36 que o ato constitutivo de sociedade mercantil e de cooperativa somente pode ser arquivado se visado por advogado, com a indicação do nome e do número de inscrição na respectiva Seccional da OAB. De um lance d’olhos sobre ditas normas, em especial àquelas da OAB, e sem muito esforço de exegese, vê-se que tanto o registro de empresas (entenda-se Juntas Comerciais), quanto o cartório de registro de pessoas jurídicas estão adstritos ao visto de advogado nos atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, sob pena de nulidade desses documentos.

Em suma, o advogado continuou ser peça-chave (e ainda é) na criação/registo de qualquer pessoa jurídica, certamente, para garantir segurança jurídica não apenas aos partícipes do ente que se pretendia criar, mas também a todo o corpo social e às autoridades públicas que passariam a lidar com aquela pessoa jurídica.

Para justificar essa imposição legislativa, servimo-nos do magistério de Paulo Luiz Netto Lôbo acerca do § 2º do art. 1º da EOAB:

A participação obrigatória do advogado em qualquer ato jurídico importaria lesão ao princípio da liberdade de exercício da atividade econômica, assegurada na Constituição, art. 170. Afigura-se compatível com o princípio constitucional, contudo, tal obrigatoriedade quanto a atos constitutivos de pessoas jurídicas, porque as consequências

da criação desses entes sobre grupos sociais diversos exigem uma cautela maior. A experiência demonstrou que esse campo foi ocupado por outros profissionais, sem qualificação jurídica (despachantes, contadores), utilizando formulários e modelos nem sempre adequados, provocando dificuldades e litígios evitáveis, especialmente nos casos de dissoluções societárias.¹

Quem milita na seara do Direito Empresarial sabe que alguns profissionais sem formação jurídica confeccionam contratos de constituição de sociedades simples e empresárias, nem sempre escorreitos, e que, quando exigidos pelo órgão registral, prejudicam o interesse das partes nele envolvidas.

DA DECISÃO DO STF NA ADI-MC Nº 1.194-DF

A inconstitucionalidade do § 2º do art. 1º do EOAB foi questionada junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), em 1995, pela Confederação Nacional da Indústria (ADI-MC nº 1.194-DF). No entanto, aquela Corte considerou constitucional² o referido dispositivo legal, eis que negou liminar para suspender a sua aplicação, em processo relatado pelo então Ministro Maurício Corrêa. Assim, permaneceu imutável a exigência do visto de advogado nos atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas até que, em julgamento ocorrido em 20.05.09, o Pleno confirmou, por maioria, a medida cautelar.³

DO EMPRESÁRIO

O atual Código Civil derogou a antiga teoria dos atos de comércio e, em seu lugar, adotou a teoria da empresa, que, em apertada síntese, podemos dizer que veio disciplinar as atividades econômicas dos particulares alargando o âmbito de incidência do Direito Comercial, antes delimitado pela teoria dos atos de comércio, para nele abranger a prestação de serviços, a negociação de imóveis e as atividades rurais, enfim, para disciplinar especificamente a produção ou circulação de quaisquer bens ou serviços. Antes, porém, essa teoria já vinha sendo acolhida pela doutrina, pela jurisprudência e por algumas leis esparsas em virtude da insuficiência da teoria dos atos de comércio então adotada.

Em nosso sistema jurídico, o empresário pode ser uma pessoa física que como tal será chamado de empresário individual; em havendo uma sociedade, será denominada sociedade empresária. Tanto o empresário individual como a sociedade empresária podem se revestir da condição de microempresa, nos moldes da Lei Complementar nº 123/2006.

Conforme já mencionado, o empresário (que

não deve mais ser chamado de comerciante em virtude da adoção da teoria da empresa) é definido como aquele profissional exercente de atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens ou serviços, ressalvadas as exceções do parágrafo único do art. 966 do Código Civil (Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual de natureza científica, literária ou artística, ainda que com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa).

Em decorrência do dispositivo supra, concluímos que são as atividades econômicas civis que não se enquadram no conceito de empresário e, portanto, não se submetem ao regime jurídico-empresarial, nem à legislação das MEs e EPPs. Lembramos que é obrigação de todo empresário a sua inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis (art. 967, CC) e que a sociedade empresária somente adquirirá personalidade jurídica com igual registro (art. 985, CC), sendo a ausência do mesmo impeditivo às benesses da atual Lei de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, dado que a mesma não contempla a sociedade em comum, tampouco o empresário irregular (v. art. 9º, caput, da LC nº 123/2006).

DA MICROEMPRESA (ME) E DA EMPRESA DE PEQUENO PORTE (EPP)

A Constituição Federal, no art. 179, estabelece que o Poder Público dispensará tratamento diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte, no sentido de simplificar o atendimento às obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, podendo a lei, inclusive, reduzir ou eliminar tais obrigações. O objetivo dessa norma é o de incentivar tais empresas, criando as condições para o seu desenvolvimento, leciona Fábio Ulhoa Coelho.⁴

Sob a égide do art. 179 da CF/88, surgiram as Leis nºs 8.864/1994, 9.841/1999 e a LC nº 123/2006. Mercê do art. 3º, incisos I e II, da citada Lei Complementar, considera-se ME aquela cuja receita bruta anual é de até R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais), e EPP aquela cuja receita bruta anual é de até R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

São oportunas aqui algumas palavras sobre o histórico das microempresas no Brasil, pois que surgiram, no cenário jurídico nacional, precisamente nos idos de 1984, durante o Governo Figueiredo, por força da Lei nº 7.256/84, regulamentada pelo Decreto nº 90.880/1985. A referida lei foi substituída pela Lei nº 8.864/1994, depois revogada pela Lei nº 9.841/1999, tendo esta última sido revogada pela Lei Complementar nº 123/2006.

1. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Ob. cit., p. 27.

2. ADI nº 1.194/MC-DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Julgamento: 14.02.96, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJ 29.03.96, p. 09344.

3. "A obrigatoriedade do visto de advogado para o registro de atos e contratos cons-

titutivos de pessoas jurídicas (art. 1º, § 2º, da Lei nº 8.906/94) não ofende os princípios constitucionais da isonomia e da liberdade associativa." ADI nº 1.194-DF, DJe nº 171, divulgado em 10.09.09.

4. COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 34.

À época do Governo Figueiredo, o Brasil inaugurou uma política de desburocratização e, nesse contexto, estava inserida a microempresa, que atraiu para si benefícios tributários, administrativos, previdenciários, creditícios e sobretudo de desenvolvimento empresarial. Essa tônica atinente às microempresas continua até hoje, tendo o legislador de 1994, por meio da Lei nº 8.864, inovado com a criação da figura da EPP, secundado pelas legislações posteriores.

Entretanto, a liberação do visto de advogado nos atos constitutivos das sociedades empresárias, que se revistam da forma de ME ou EPP, inicialmente surgiu com a Lei nº 9.841/1999, que, no parágrafo único do seu art. 6º, assim previa: Não se aplica às microempresas e às empresas de pequeno porte o disposto no § 2º do art. 1º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Como dito acima, a mencionada lei foi revogada pela vigente LC nº 123/06, a qual também dispensa o pré-falado visto (§ 2º do art. 9º).

DA INSEGURANÇA JURÍDICA

Em duas oportunidades, o legislador dispensou o visto em apreço, alijando a participação de advogado nos atos constitutivos das sociedades que se revistam de ME ou EPP, mesmo sob a égide da decisão do STF que considerou constitucional o § 2º do art. 1º do EOAB.

Lembremos que o STF já havia enfrentado a questão na ADI-MC nº 1.194-DF desde 14.02.1996, portanto, dez anos antes da edição da LC nº 123 (DOU de 15.12.2006). Nessa senda, não se pode aceitar desconhecimento do legislador a respeito da constitucionalidade declarada do § 2º do art. 1º do EOAB.

Causa espécie que a nossa Corte Suprema convalide a constitucionalidade de uma norma específica (in casu do § 2º do art. 1º do EOAB) e o legislador, por meio de normas supervenientes – Lei nº 9.841/99 e LC nº 123/2006 – restrinja a sua aplicabilidade, o seu alcance, desvirtuando o instituto original que previa dar segurança jurídica aos atos essenciais à constituição das pessoas jurídicas e com isso afastar prejuízos futuros às partes envolvidas, sobretudo decorrentes de irregularidades e/ou fraudes cometidas por profissionais estranhos à área jurídica que se arvoram em praticar atos típicos de advogado, como são as “atividades de consultoria e assessoria” (v. art. 1º, II, EOAB).

Não conseguimos fugir à ideia de que segurança jurídica é garantia constitucional assegurada ao cidadão para que também uma determinada situação concreta de direito não seja alterada, especialmente quando sobre ela exista pronunciamento judicial, tudo o que foi olvidado pelo legislador no caso em exame, permissa venia. É fato que as normas restritivas do visto do advogado nos atos constitutivos das sociedades empresárias que se

revestem da forma de ME ou EPP agredem a segurança jurídica, eis que brotaram sob a égide da supracitada decisão do STF, ou seja, quando já havia pronunciamento judicial da Corte Suprema sobre a constitucionalidade da matéria e, mesmo assim, o § 2º do art. 1º do EOAB sofreu restrições no seu alcance por normas supervenientes e impróprias à temática da profissão de advogado, restrições essas que, ao nosso entendimento, afrontam a garantia do livre exercício e profissão (art. 5º, XIII, CF/88), já que o profissional advogado teve o seu campo de atuação profissional cerceado no ponto aqui em comento.

O então Ministro do STF, Maurício Corrêa, quando enfrentou a questão da necessidade do visto, asseverou com muita propriedade que “[...] a importância do registro das pessoas jurídicas advém da segurança dos que com elas tratam, e a interferência do advogado seria a minimização da possibilidade de enganos e fraudes”.⁵

Cumpra aqui alertar que o Registro Público de Empresas Mercantis não exige o reconhecimento das firmas postas nos atos constitutivos das sociedades empresárias levadas a registro, mercê do art. 63 da Lei nº 8.934/1994, o que, à primeira vista, pode até simplificar o seu trâmite, mas facilita fraudes.

Seguindo o raciocínio esposado nos parágrafos precedentes, hoje não é raro escritórios de advocacia serem procurados por pessoas inocentes e probas que foram surpreendidas com a notícia de que são sócias de uma sociedade empresária – seja ME ou EPP – que aplica golpes financeiros na praça, muitas vezes já em estado falimentar, embora dela nunca tenham participado ou assinado qualquer documento constitutivo. Mais grave, em tais casos, é quando ocorre a desconsideração da personalidade jurídica da empresa para se atacar o patrimônio pessoal dos sócios (mui triste é o desespero de alguém que nunca participou de qualquer sociedade empresária ter de responder com o seu patrimônio por dívidas que jamais gerou de forma direta ou indireta!), o que é cabível, v.g., nas seguintes hipóteses: art. 50 do Código Civil (abuso da personalidade jurídica, o que pode ser provado inclusive pela configuração de uma confusão patrimonial); art. 28 do Código de Defesa do Consumidor; art. 18 da Lei nº 8.884/94 (Lei Antitruste); art. 4º da Lei nº 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais); arts. 81 e 82 da Lei de Falência (nº 10.101/2005), e mesmo art. 135 do Código Tributário Nacional.

A desconsideração da personalidade jurídica da empresa é medida excepcionalíssima, porque a regra é que prevaleça a autonomia patrimonial, sendo uma exceção a desconsideração. Contudo, toda vez que um sócio, ou sócios, utilizam-se da pessoa jurídica que compõe, desvirtuando-a dos seus objetivos, tendo por base a fraude, a prática mesmo de estelionatos, o abuso

5. STF, ADI-MC nº 1.194-DF.

de poder, deve-se aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, não para extingui-la, mas como forma de garantir a pacífica ordem econômica e social.

Destarte, a personalidade jurídica das empresas deve ter propósitos legítimos e lícitos, e não ser pervertida. Caso esses propósitos sejam desvirtuados, não se pode fazer prevalecer o dogma da separação patrimonial entre a pessoa jurídica e os seus membros. A teoria da desconsideração vem demonstrar que a personalidade jurídica da empresa não é um direito absoluto, logo, se o uso de uma certa pessoa jurídica se volta para atingir objetivos contrários ao bom uso do Direito, resta evidente a necessidade de ser combatida com ferramentas lícitas.

O exemplo acima torna-se mais fácil de ocorrer quando inexistente o “óbice” do visto do advogado nos atos constitutivos das sociedades empresárias que se revestem da forma de ME ou EPP. Ressaltamos aqui a responsabilidade do profissional advogado no lançamento do seu visto no ato constitutivo de qualquer pessoa jurídica, pois que o mesmo pressupõe autoria do documento, constituindo infração disciplinar, na forma do art. 34, V, do EOAB, a simples assinatura sem efetiva autoria do texto, como já bem se manifestou o Órgão do Especial do Conselho Federal da OAB ao apreciar consulta quanto ao alcance do § 2º do art. 1º do EOAB (OE nº 7/95, DJ 13.11.1995).

CONCLUSÃO

Em conclusão, consignamos que registro de sociedade empresária é matéria de ordem pública, por isso atrai para si especial atenção, e ainda o seguinte:

- O legislador, ao dispensar o visto do advogado nos atos constitutivos das MEs e EPPs, contrariou decisão do STF (ADI nº 1.994-DF), o que dá azo a efeitos indesejados, erros e fraudes.
- Se o intento do legislador do Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte era tornar menos onerosa a constituição de sociedades abrangidas por esses conceitos, sobretudo para os pobres que não podem pagar honorários de advogado com o fito de atender ao mandamento do EOAB (§ 2º do art. 1º), deveria ter permitido a instituições voltadas ao incentivo das empresas, caso do SEBRAE⁶, por seu

órgão jurídico, aferir e vistar cada ato constitutivo das sociedades empresárias revestidas da forma ME ou EPP. Experiência nesse sentido já ocorreu em 1995, quando a OAB firmou convênio com o próprio SEBRAE para viabilizar o preceito legal do visto, sobretudo nas MEs, onde cabia ao mesmo o pagamento dos honorários dos advogados pelos serviços de elaboração, alteração e análise de contratos sociais, segundo decisão do Conselho Federal da OAB (DJ 06.09.1995).

- Perdura a exigência do visto de advogado para o registro dos atos constitutivos das demais sociedades empresárias, dado que a LC nº 123/2006 (§ 2º do art. 9º) dispensou aquele para sociedades empresárias que se enquadrem como ME ou EPP.

- Mercê do art. 44 do Código Civil são pessoas jurídicas de direito privado as associações, sociedades e fundações, nada tratando a respeito do empresário individual, não sendo outro o entendimento de que este equipara-se à pessoa jurídica para certos fins legais⁷, como previdenciários, trabalhistas etc. O visto do advogado, in casu, não se aplica para empresários individuais nem firmas individuais⁸, usando-se a antiga terminologia da época da teoria dos atos de comércio, muito menos é exigido pelo Departamento Nacional de Registro de Comércio (DNRC), ao qual cabe funções de disciplina, supervisão e fiscalização do registro de empresas no Brasil.

- O registro público das atividades empresariais tem a correta denominação de “registro de empresas mercantis e atividades-afins”, existe em cada Estado membro e no Distrito Federal (as conhecidas Juntas Comerciais), e hoje, sob a égide do atual Código Civil, qualquer sociedade com finalidade econômica, ou seja, as sociedades empresárias, independentemente do objeto a que se dedicam, devem se registrar na Junta Comercial do Estado em que estão sediadas. Descabe proceder ao registro nesse órgão de sociedades simples, e das sociedades voltadas à prestação de serviços de advogados, pois que estas têm os seus atos constitutivos registrados perante a OAB (art. 15, § 1º, EOAB), e aquelas perante os cartórios de registro de pessoas jurídicas (art. 1.150, CC).

- O § 2º do art. 9º da LC nº 123/2006 contraria também o princípio constitucional da isonomia, dado que a ofensa a tal princípio revela-se sempre

6. “O Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae) é uma entidade privada sem fins lucrativos que tem como missão promover a competitividade e o desenvolvimento sustentável dos empreendimentos de micro e pequeno porte. Os micro e pequenos negócios são essenciais para o desenvolvimento do Brasil, e é necessário que atuem em um ambiente institucional que estimule a criação de empresas formais, competitivas e sustentáveis. Sebrae. papel funcional do Sebrae.” Disponível em: <http://www.sebrae.com.br>. Acesso em: 01.06.08.

7. A norma estatutária não alcança as empresas individuais, porque não configuram pessoas jurídicas. A empresa individual, dita firma individual é equiparada a pessoa jurí-

dica para determinados fins legais, como por exemplo, os tributários. Mas a equiparação visa fins determinados que não altera a natureza do ente. Pessoas jurídicas de direito privado no Brasil, são as associações civis (sem fins lucrativos), as fundações e as cooperativas e as sociedades civis e mercantis. As empresas individuais registram-se mediante formulários padronizados que declara apenas dados predeterminados, não havendo formulação de conteúdo que os atos constitutivos societários exigem, para regulação de conduta de administradores e associados”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Ob. cit., p. 27.

8. “Não se aplica às microempresas e às empresas de pequeno porte o disposto no § 2º do art. 1º da Lei nº 8.906, de 04.07.94.”

em tratamento desigual a situações idênticas, ou tratamento igual a situações diferentes.⁹ É o que ocorre na hipótese desse comando legal, onde nem todas as sociedades empresárias são destinatárias do preceito atacado, somente ficam isentas do visto de advogado aquelas que se revestem como ME ou EPP, ou seja, há distinção (mesmo um privilégio) e isso não é, e nunca foi, a inteligência do EOAB que, sem exceção, exige o visto de advogado para o ato ou contrato constitutivo de qualquer pessoa jurídica sob pena de nulidade.

• Por derradeiro, dizem os publicistas: “Violar um princípio é muito mais sério do que violar a lei”.¹⁰

.....

9. Segundo José Afonso da Silva: “Além da base legal em que assenta o princípio da igualdade perante a lei, consistente no tratamento igual a situações iguais e tratamento desigual a situações desiguais, a Constituição veda distinções de qualquer natureza (art. 5º, caput). SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9. ed. São Pau-

lo: Malheiros, 1993, p. 203.

10. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 45.

REALIDADES JURÍDICAS APREENDIDAS DO USO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTETATÓRIOS NA PRÁTICA PROCESSUAL

José Lourenço Torres Neto

Advogado. Bacharel em Direito e Especialista em Direito Processual pela FMN em Recife/PE. Mestrando no curso de pós-graduação em Teoria Geral e Filosofia do Direito na UFPE. Participante do GP Retórica das Idéias Jurídicas do Brasil do PPGD de Direito da UFPE, sob orientação do Prof. Dr. João Maurício Adeodato. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/7901606887149048>.

INTRODUÇÃO: UMA PATOLOGIA NO SISTEMA RECURSAL BRASILEIRO

A Justiça está doente, e em razão disso, é necessário estudar e combater uma das causas dessa crise institucional: a demora na prestação da Justiça pelo Estado.

Em trabalhos elaborados por juristas de diversas nacionalidades sobre a crise da Justiça de seus países, extrai-se que naqueles em que prevalece o sistema de common law, notadamente a Inglaterra e os Estados Unidos, a principal fonte de preocupação a ensejar cuidados é o elevado custo do processo, mais que sua duração; já nos países de civil law ocorre o inverso: a principal causa dessa patologia é a excessiva demora na obtenção da tutela jurisdicional, notadas as exceções funcionais de alguns países europeus. O Brasil, como país periférico da civil law, portanto, sofre com a demora judicial.

Em nome da segurança jurídica o sistema processual brasileiro tem municiado os litigantes com uma quantidade impressionante de “recursos” a fim de que as decisões sejam revistas e, recurso, como bem

entendem os estudiosos do Direito, é um “remédio”, ou seja, um instrumento processual com a finalidade de corrigir um desvio jurídico; um meio de correção.

Mas, o que dizer quando um remédio, que deveria apenas corrigir, passa a ser o próprio desvio jurídico? Para responder essa e outras questões faz-se necessário um aprofundamento nas espécies de “remédios” processuais que se transmutaram em verdadeiras “doenças” jurídicas. Como a quantidade é grande realizou-se um recorte para melhor entender o todo. O objeto estudado aqui são os embargos de declaração protetatórios no direito civil; estes causam o mesmo mal em qualquer área do Direito: demora, protelação. E “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”, já dizia Rui Barbosa em sua Oração aos Moços em idos de 1920.¹

A fim de que não pareça um exagero escrever sobre o instituto dos embargos de declaração, justificamos também a exploração do tema trazendo à colação parte de um pequeno julgado do tribunal máximo da justiça brasileira, o Supremo Tribunal Federal. Veja-se:

STF. EMENTA: Processual. Agravo regimental interposto contra decisão colegiada. Recurso manifestamente incabível. Litigância de má-fé. Multa de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa. Regimental não provido. (BRASIL. STF. RE 222752 ED-ED-ED-ED-AgR-AgR/SP - São Paulo. AG.REG. NO AG.REG. NO AG.REG. NOS EMB.DECL. NOS EMB.DECL. NOS EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Rel: Min. NELSON JOBIM. Segunda Turma. Jul: 15/04/2003. Pub: DJ 06.06.2003, p. 00034).

Ao olhar despercebido, parece ser um incidente normal no curso de um processo, mas é um abuso recursal que, destaque-se, só em segundo grau de jurisdição naquele tribunal superior, gastou nada menos que oito (08) anos! Enquanto alguns processos não se movem por vários motivos, este, ao contrário, é um “exemplo” de “atividade” judicial, em que pese todo o sarcasmo que a ficção jurídica permite. Um paradoxo: excesso de “atividade” que “imobiliza” o Processo.

1. BARBOSA, Rui. Oração aos moços. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 14.

1 A DEMORA DA JUSTIÇA COMO PRÁTICA PROCESSUAL

O Direito aparece não só para dirigir condutas, mas também brota para editar regras que administrem os conflitos inerentes à vida gregária. Dentro desse processo, que tem por objetivo produzir um “efeito jurídico final”, ocorre a tão temida e mal fadada “demora”. O “efeito jurídico final” que tantas vezes demora em ser atingido é a decisão judicial e seus efeitos.

Diante da exigência do Estado de monopólio da prestação jurisdicional, resta às partes o direito de ter a solução adequada para suas lides, e isso envolve a questão da tempestividade ou dilação.

Certamente a demora nas decisões jurídicas é um fenômeno mundial, mas o ordenamento jurídico brasileiro tem um fator agravante que é a previsão excessiva de meios para impugnar as decisões. Há apelações, recursos ordinários e recursos inominados, há embargos de declaração, embargos infringentes, o recurso extraordinário e o recurso especial, entre os vários meios contra as decisões; contra as decisões interlocutórias cabem agravos.² E assim, não é demais se afirmar que a interposição de recursos meramente protelatórios consiste hodiernamente numa das grandes causas de demora na prestação jurisdicional. Como remédio, o recurso é um instrumento de correção. Sua finalidade não é perpetuar indefinidamente o processo e afastar a eficácia da decisão de quem de direito. Sem dúvida é para garantir o contraditório e, assim, tornar possível o devido processo legal. Mas, o que serve de remédio para uma coisa, não deve ser um veneno para outra.

No entanto, para que os recursos alcancem essa função é necessário que eles sejam utilizados de maneira coerente com sua finalidade por ambas as partes, qual seja, corrigir desvios e disponibilizar prontamente a prestação jurisdicional. Logo, o uso abusivo e indiscriminado de recursos, através de estratégias retóricas, pode levar à caracterização de litigância de má-fé.

2 OPOSIÇÕES INJUSTIFICADAS AO ANDAMENTO DO PROCESSO: LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E RECURSOS PROTETATÓRIOS

A litigância de má-fé é uma prática que abraça um conceito amplo. Isso se dá porque, como sujeitos da relação processual, da qual a figura central é o juiz, as partes visam deste uma providência que componha, segundo o Direito, o conflito de interesses em que se

encontram. Assim, observando o lado oposto, quer nas suas afirmações, quer nas suas atividades, que se dirigem todas ao juiz e tem por finalidade a composição da lide com justiça, as partes devem proceder de boa fé, não só nas suas relações recíprocas, como também em relação ao órgão jurisdicional. Se por um lado, cumpre às partes dizer a verdade, por outro, suas atividades no processo devem ser exercidas com “moralidade e probidade, dirigidas por espírito de colaboração com o juiz na justa composição da lide”.³

Este pensamento não é exclusivo do ordenamento brasileiro. Por exemplo, o Código de Processo Civil italiano ao descrever o comportamento das partes segundo a boa fé, impõe que “todas as pessoas que participam do processo devem comportar-se de boa fé”.⁴

O CPC brasileiro reitera e amplia esse princípio, chamado de princípio da lealdade processual, quando afirma no artigo 14 que: “são deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - proceder com lealdade e boa-fé; III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito”.

O princípio da lealdade processual é também denominado de princípio da probidade ou ainda, da moralidade e diz respeito ao comportamento no processo não só das partes, mas também de seus advogados.

A tudo o que vai contra isso se pode chamar de ilícito processual e somado ao desrespeito do dever de lealdade processual e aos que integram dito processo, abrangido o dolo e a fraude processuais, se imputam sanções processuais e pecuniárias. O artigo 16 do CPC determina que “Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente”. E ainda o artigo 18 do mesmo CPC prescreve que: “o juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a 1% (um por cento) sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou”. O parágrafo 2º do mesmo artigo ainda prevê que: “o valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento”. Dada as práticas usuais, tais sanções não são mais severas por causa da resistência que o sistema legislativo tem para aplicar penas exemplares.

2. ALMEIDA, Roberto Moreira de. Teoria geral do processo: penal, civil e trabalhista. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2010. p. 443.

3. SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. v. 2: 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 80.

4. “Comportamento secondo buona fede - Tutte le persone che partecipano al procedimento devono comportarsi secondo buona fede”. Codice di procedura civile italiano, 2008 (Stato 1º gennaio 2012), art. 52. Tradução nossa.

Muitos casos de má-fé são presumidos ou o podem ser, como se apreende do texto do artigo 17 do CPC e na fase de execução, os atos do executado, atentatórios à dignidade da Justiça, acarretam sanções mais graves como diz o artigo 601 do CPC; isso se comparado à fase instrutória, claro.

Contudo, é a ambigüidade do texto que estimula a prática atentatória à boa processualística, pois, muitos devedores, se arriscam a pagar valores, por eles considerados ínfimos, de 1% ou no máximo 20%, certos de que o processo poderá se arrastar por anos a fio ou algum outro incidente poderá levar à sua extinção ou arquivamento. Além disso, o parágrafo único deste artigo 601 do CPC dá o “tiro de misericórdia” na boa fé quando afirma que: “O juiz relevará a pena, se o devedor se comprometer a não mais praticar qualquer dos atos definidos no artigo antecedente e der fiador idôneo, que responda ao credor pela dívida principal, juros, despesas e honorários advocatícios”. Ou seja, a promessa de um devedor que fraudou a execução, ou se opôs maliciosamente à execução (o que por si só é de difícil valoração), empregando ardis e meios artificiosos (os quais são relativizáveis à subjetividade das partes), ou que resistiu injustificadamente às ordens judiciais ou não indicou no prazo legal bens à penhora, pode, ao alvitre do juiz, ter mais valor que seus atos de má-fé manifestamente praticados. Tais atos são injustificáveis e temerários.

Dentre os recursos interpostos com intuito manifestamente protelatórios, se inserem os embargos de declaração protelatórios. E sobre os embargos de declaração é relevante que se conheça sua origem e história.

3 UM POUCO DA HISTÓRIA ACERCA DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

É ponto pacífico na história do direito lusitano que os embargos de declaração, mas não só eles, como meio de obstar ou impedir os efeitos de um ato ou decisão judicial, são criação genuína daquele direito, sem qualquer antecedente conhecido. Além disso, alguns autores reportam que de semelhante remédio processual não se encontra o menor traço no direito romano, no germânico ou no canônico.⁵

No Brasil, os embargos de declaração remontam às ordenações Portuguesas. Roberto Demo afirma que, como colônia portuguesa, o Brasil estava submetido

às Ordenações do Reino - compilações de todas as leis vigentes em Portugal - que constituíam a base do direito vigente e eram verdadeiras consolidações gerais e que serviram de molde para as futuras codificações.

Nesse contexto, continua o mesmo autor, os primeiros registros legais dos embargos declaratórios foram previstos no Livro III, Título 69, § 4º e no Título 79, § 4º das Ordenações Afonsinas, e podiam ser interpostos contra sentenças que apresentassem palavras escuras e intrincadas.⁶

Posteriormente, nas Ordenações Manuelinas, os embargos de declaração foram renunciados no art. 5º do Título L, Livro III, intitulado “Das sentenças definitivas”, permitindo ao julgador, inclusive nas sentenças definitivas, declarar e interpretar as possíveis palavras escuras e intrincadas. De igual forma, as Ordenações Filipinas hospedaram os embargos declaratórios no art. 6º, do Título LXVI, Livro III, e autorizaram o julgador a interpretar possíveis erros, como também autorizava as partes a apelarem da declaração duvidosa de qualquer tipo de sentença.

Assim, a despeito da demora processual ser uma característica mundializada, os embargos de declaração, como criação exclusiva lusitana e mantida unicamente no ordenamento pátrio, embora pareçam indispensáveis como recursos ao processo, de fato, apenas adicionam maior morosidade ao processo brasileiro.

4 CONCEITOS, NATUREZA E OUTRAS QUESTÕES SOBRE OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Como já vimos, recebe o nome de embargos de declaração o recurso destinado a pedir ao juiz ou juízes prolores de sentença ou acórdão, que esclareçam obscuridades, contradições ou omissões existentes nos julgados.⁷ Segundo a lição de Almeida⁸ cabem embargos de declaração às sentenças, acórdãos e decisões interlocutórias quando: houver obscuridade ou contradição; ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal. Além disso, a Lei dos Juizados Especiais, a Lei 9099/95, inclui a hipótese da “dúvida” no seu artigo 48. Tese bem discutida e rechaçada por Arnóbio Teodósio.⁹

Com o destaque do efeito integrativo na teoria recursal mantêm-se a tese de que os embargos de declaração buscam obter do juiz ou juízes uma declaração

5. AZEVEDO, Luiz Carlos de; COSTA, Moacyr Lobo da. Estudos de história do processo: recursos. São Paulo: Joen LTDA, 1996.

6. DEMO, Roberto Luis Luchi. Embargos de declaração: aspectos processuais e procedimentais. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

7. SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. v. 2: 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 150.

8. ALMEIDA, Roberto Moreira de. Teoria geral do processo: penal, civil e trabalhista. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2010. p. 464.

9. TEODÓSIO, Arnóbio Alves. Impropriedade do elemento dúvida como pressuposto para interposição dos embargos de declaração no juizado especial cível. Revista do foro, v. 126. João Pessoa: TJPB. 2010. Disponível em: <<http://revistadoforo.tjpb.jus.br/dynamicResources/doutrina/10.pdf?jsessionid=4FBA9ABF2FF54D58A6B466DB5B1BB20F>>. Acesso em: 24 jan. 2012.

que integre o julgado, possibilitando sua melhor inteligência e interpretação. Mas, não só isso. Os embargos de declaração possuem efeito devolutivo, devolvendo ao mesmo juízo a reapreciação da matéria impugnada, e o efeito suspensivo, que suspendem uma eventual execução provisória daquilo que foi decidido. E mais, os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outro recurso por qualquer das partes, exceto nos juizados especiais cíveis, onde os embargos de declaração não interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, mas apenas o suspendem.¹⁰

O Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, sob relatório do Senador Valter Pereira e que deverá ser votado na Câmara no ano de 2012, em parecer aprovado em 01 de dezembro de 2010, expressamente delinea as espécies recursais e mantém os embargos de declaração como recurso: “São cabíveis os seguintes recursos: I - apelação; II - agravo de instrumento; III - agravo interno; IV - embargos de declaração; [...]”.¹¹

E ainda, o mesmo projeto estabelece: “Os embargos de declaração não têm efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de outros recursos por qualquer das partes. § 1º: A eficácia da decisão monocrática ou colegiada poderá ser suspensa pelo respectivo juiz ou relator se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso, ou, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou difícil reparação. [...]”.¹²

Assim, caso não sejam apresentadas alterações ao texto na casa legislativa que apreciará o dito projeto, os embargos de declaração permanecerão produzindo seus efeitos, inclusive, dilatando a prestação jurisdicional, como sempre.

5 AINDA SOBRE EFEITOS E PUNIÇÕES

Além das amplas hipóteses de cabimento que a lei confere os embargos de declaração, o artigo 536 do atual CPC destaca que esta espécie recursal não está sujeita a preparo, ou seja, ao pagamento de custas processuais, taxas judiciárias e/ou porte de retorno. Também, quando se diz que a interposição dos embargos de declaração interrompe o prazo para a interposição de outros recursos, quer dizer que após a decisão sobre os mesmos, recomeça a fluir novamente aquele prazo. Certamente tudo isso

contribui para que os mesmos sejam utilizados com frequência para procrastinar o feito.¹³ Não era assim no código anterior, de 1939, que previa a suspensão do prazo.

Outro fato a se realçar é que o atual CPC optou por, ao atribuir a multa do parágrafo único do artigo 538, ainda não excluir o efeito interruptivo previsto no caput daquele artigo. Não poucos doutrinadores e até mesmo operadores do Direito, consideram ser excessivamente ínfima a condenação por embargos de declaração protelatórios. O que vem a ser a quantia de 1% sobre o valor da causa diante do benefício de manter o bem litigioso sob a esfera patrimonial do devedor? Mesmo a elevação para 10%, em caso de reiteração, resulta irrisória em face da gravidade da conduta do recorrente. Fato é que, dessa forma se desrespeita a ordem do processo, zomba-se do Judiciário e o que se recebe como penalidade é uma multa que talvez não represente mais que uma mera advertência. Isso quando não, em certos casos, a depender do vulto do direito discutido, passa-se mesmo por gracejo conferido àquele que teima em retardar indevidamente o pleito, ganhando tempo à custa do prejuízo alheio. “[...] Os embargos declaratórios têm servido de instrumento de chicana processual”.¹⁴

Não bastasse isso, parece que há um irrefletido receio na utilização das normas processuais que coíbem ou mesmo punem a má-fé por retardamento injustificado da lide. A procuradora do trabalho Gabriela Maciel realizou pesquisa de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e descobriu que num determinado período a Suprema Corte denegou provimento a quase 79% do total dos embargos declaratórios julgados e apenas, pasme-se, 17% destes foram considerados de caráter protelatório.¹⁵ Ou seja, do total de casos estudados, apenas 13,43% dos embargos de declaração julgados foram considerados pelo STF como causadores de retardos indevidos propositadamente. Se foram aplicadas sanções, não se sabe.

Deve-se enfatizar que as sanções legais recaem sobre os autores das ações. Por sua vez, os advogados que, ou orientam ou aceitam causas inescrupulosamente, e que fazem parte de um universo distinto, são regidos pelo Código de Ética e Disciplina da OAB que no inciso II do artigo 2º descreve como sendo um dever do advogado: “atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa fé”. Ainda,

10. ALMEIDA, Roberto Moreira de. Teoria geral do processo: penal, civil e trabalhista. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2010. p. 464-465.

11. BRASIL. Senado. Projeto de Lei nº 166, 2010a. p. 537-538. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84495&tp=1>>. Acesso em: 26 jan. 2012. Artigo 948.

12. BRASIL. Senado. Projeto de Lei nº 166, 2010a. p. 538-539. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84495&tp=1>>. Acesso em: 26 jan. 2012. Artigo 980.

13. MACIEL, Gabriela Tavares Miranda. Recursos protelatórios: litigância de má-fé e argumentação entimemática. In: ADEODATO, João Maurício (org.). O direito dogmático periférico e sua retórica – consolidação de um grupo de pesquisa em filosofia e teoria do direito. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 110.

14. MACIEL, Gabriela Tavares Miranda. Recursos protelatórios: litigância de má-fé e argumentação entimemática. In: ADEODATO, João Maurício (org.). O direito dogmático periférico e sua retórica – consolidação de um grupo de pesquisa em filosofia e teoria do direito. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 111.

15. MACIEL, Gabriela Tavares Miranda. Recursos protelatórios: litigância de má-fé e argumentação entimemática. In: ADEODATO, João Maurício (org.). O direito dogmático periférico e sua retórica – consolidação de um grupo de pesquisa em filosofia e teoria do direito. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 111.

o mesmo Código, no artigo 6º, proíbe o advogado de “[...] expor os fatos em juízo falseando deliberadamente a verdade ou estribando-se na má-fé”; e, mesmo, no artigo 20, de “[...] patrocinar causa contrária à ética, à moral ou à validade de ato jurídico em que tenha colaborado [...]”.

A Lei 8906 de 4 de julho de 1994 dispõe em seu art. 44, inciso I, que é finalidade do órgão representativo dos advogados, a OAB, logo, extensível aos seus membros e representados, “defender [...] 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 realidade parece ser outra da refletida nesses diplomas. Só alguns órgãos de representação profissional advertem ou punem seus associados, e muitos advogados não se lembram desses preceitos para cumpri-los.

CONCLUSÃO: É NECESSÁRIO PENSAR A RESPONSABILIDADE NO ABUSO DO DIREITO DE RECORRER

A justa e correta distribuição da justiça é um direito que deve ser assegurado pelo Estado a qualquer sujeito parcial do processo. Isso pressupõe, da parte do Estado, a utilização de instrumento idôneo e eficiente para a consecução desse objetivo, mediante o reconhecimento e a satisfação dos legítimos interesses das partes.

Mas, faz-se necessário recorrer por causa da existência de decisões equivocadas, omissas ou mal redigidas, quando, não poucas vezes, são resultado de um “copiar” – “colar” descuidado e gritante. Logo, não cabe ao advogado prescindir de nenhum recurso previsto em lei para a defesa de quem o constituiu.

Ele não pode se furtar à sua legítima responsabilidade e, nem por isso pode, ou deve, ser de todo condenado. Esse é o entendimento de advogados como Raul Haidar que afirmou, já há algum tempo, que “não se pode atribuir ao único operador do Direito – o advogado – que se sujeita a prazos rigorosos, qualquer possibilidade de retardar ilegalmente os feitos”.¹⁶ Não de todo, repita-se.

É necessário entender que mesmo os embargos de declaração, ainda que protelatórios, têm prazo, e os advogados a eles estão sujeitos. Não ocorre o mesmo com a distribuição, o julgamento e as intimações que se ocultam em desculpas, as mais esdrúxulas possíveis. Na verdade, todos esses atos processuais possuem prazos legais ou regimentais, mas não são cumpridos. E o pior, a maioria não tem sanção em caso de descumprimento.

São bem conhecidas as deficiências que afetam o Judiciário, a quem falta tudo: juízes, servidores, edifícios,

equipamentos, etc. Mas, ainda que isso possa explicar genericamente seus problemas, não há nada que justifique a inexistência de um mecanismo que possa fazer com que os responsáveis pelas decisões cumpram com seu trabalho num prazo, pelo menos, razoável.

É emblemático, no campo das decisões que nunca chegam, o caso referente à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1127, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros em setembro de 1994, e que se arrastou por mais de quinze anos no Supremo Tribunal Federal, onde foram suspensos diversos dispositivos da Lei 8906/94, o Estatuto da Advocacia. O Supremo Tribunal Federal foi extremamente ágil apenas para em menos de trinta dias conceder a liminar e suspender diversas prerrogativas da Advocacia e depois simplesmente “engavetou” o processo. Aliás, o processo esteve parado desde 18 de novembro de 1994 até 31 de outubro de 1997 e de 15 de outubro de 1998 até 13 de agosto de 2001 e, aguardando manifestação do advogado geral da União, veio a julgamento da Plenária em 17 de junho de 2006. Pasmese, o acórdão só foi publicado em 11 de junho de 2010!¹⁷

Seria muito simplista se dizer que a demora se deve a um “formalismo processual”, “excesso de leis” ou falta de “meios alternativos de Justiça”. Há inúmeros outros casos de processos importantes que são simplesmente “engavetados” e cuja demora nada tem a ver com isso. Falta, também entre outras coisas, melhor controle externo da magistratura, em todos os níveis e instâncias, não obstante os avanços trazidos pela EC 45 que criou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Todavia, a luta jurídica que se trava, a exemplo dos Mandados de Segurança 31083 e 31085 que tramitam no STF sob relatoria do Ministro Luiz Fux, para reduzir também as prerrogativas do CNJ e sua corregedoria, é um exemplo dessa resistência por uma parte da magistratura.

Entretanto, tanto a visão apaixonada em favor do principal instrumento de trabalho do advogado de defesa, como a crítica desmedida ao remédio processual destinado ao reexame das decisões judiciais, desembocam em medidas parciais e superficiais.

Não é apropriado identificar o Poder Judiciário como único culpado, nem atribuir unicamente à interposição procrastinatória de recursos a responsabilidade por uma justiça intempestiva. Muitos são os fatores que atuam nesse contexto. No entanto, é de se reconhecer que a interposição desenfreada de embargos de declaração, entre outros recursos, é fator de grande peso (MACIEL, 2010, p. 114).¹⁸

Como todo direito, recorrer é um direito passível

16. HAIDAR, Raul H. Porque a justiça é tardia... Revista consultor jurídico. Pub. em: 08 de nov. de 2002. Disponível em: <http://www.expressodanoticia.com.br/index.php?pagid=OCBjvml&id=22&tipo=0H2Bt&esq=OCBjvml&id_mat=735>. Acesso em: 12 de jan. de 2012.

17. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual. Ação direta de inconstitucionalidade (Med. Liminar) nº 1127-8. Relator: Min. Marco Aurélio. Plenária. Publicado em: DJ 11 de

jun. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1127&proproce=1127>>. Acesso em: 13 fev. 2012.

18. MACIEL, Gabriela Tavares Miranda. Recursos protelatórios: litigância de má-fé e argumentação entimemática. In: ADEODATO, João Maurício (org.). O direito dogmático periférico e sua retórica – consolidação de um grupo de pesquisa em filosofia e teoria do direito. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 114.

de abusos. Recorre-se mesmo sabendo que não se tem direito. Recorre-se sabendo que não será provido. Recorre-se apenas para adiar a efetividade da decisão recorrida. Normalmente, isso significa dizer que é o réu, querendo manter o status quo, quem recorre para procrastinar a satisfação dos direitos se não é surpreendido pelo benefício do autor recorrer infundadamente.

Mas, o abuso do direito de recorrer é uma ofensa ao Estado e à parte contrária. Tal direito deve ser decretado abusivo mesmo que pragmaticamente não se considere genericamente um direito como um abuso. Na verdade um abuso de direito pode não ser mais um direito. Se deliberadamente um embargo ou um agravo protela indevidamente, porque não dotado de fundamento razoável, a realização do direito afirmado pelo autor e reconhecido pelo juízo, este deve ser considerado abusivo e punido.

Infelizmente, quem mais recorre é o Estado e seus concessionários de serviços públicos. Somados, o desrespeito a institutos processuais e o abuso no direito de recorrer, compromete a autoridade do próprio Estado, enquanto Poder Judiciário, pois sua forma de atuação, o processo, perde a razão de ser na medida em que não alcança a solução adequada (entenda-se efetiva e tempestiva) de conflitos que lhe são apresentados. Ao invés de punições, o Estado recebe prerrogativas que o acobertam.

Cada operador do Direito deve entender que a simples interposição de embargos de declaração protelatórios ou de quaisquer recursos motivados pela injustiça e delação da Justiça, atinge o sistema judiciário como um todo e não só a parte adversa especificamente, porque funcionários e magistrados empenham-se, quando se empenham, no desenvolvimento de atos processuais decorrentes da propositura de recursos, muitos deles sabidamente julgados ao final, improcedentes.

Todo esse conjunto só pode resultar numa tremenda mazela social, levando à descrença no Poder Judiciário junto com seus operadores, e, talvez, à sua deslegitimação, como já em alguns poucos bolsões sociais. Ou se terá uma sociedade mais justa e uma cura social a partir da atuação no e do Judiciário, ou restará apenas o óbito do socialmente útil da sua presença.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Roberto Moreira de. Teoria geral do processo: penal, civil e trabalhista. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2010.
- AZEVEDO, Luiz Carlos de; COSTA, Moacyr Lobo da. Estudos de história do processo: recursos. São Paulo: Joen LTDA, 1996.
- BARBOSA, Rui. Oração aos moços. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual. Ação direta de inconstitucionalidade (Med. Liminar) nº 1127-8. Relator: Min. Marco Aurélio. Plenária. Publicado em: DJ 11 de jun. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1127&proproce=1127>>. Acesso em: 13 fev. 2012.
- BRASIL. Senado. Projeto de Lei nº 166, 2010. p. 538-539. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84495&tp=1>> . Acesso em: 26 jan. 2012.
- DEMO, Roberto Luis Luchi. Embargos de declaração: aspectos processuais e procedimentais. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- Haidar, Raul H. Porque a justiça é tardia... Revista consultor jurídico. Pub. em: 08 de nov. de 2002. Disponível em: <http://www.expressodanoticia.com.br/index.php?pagid=OCBjvml&id=22&tipo=0H2Bt&esq=OCBjvml&id_mat=735>. Acesso em: 12 de jan. de 2012.
- MACIEL, Gabriela Tavares Miranda. Recursos protelatórios: litigância de má-fé e argumentação entimemática. In: ADEODATO, João Maurício (org.). O direito dogmático periférico e sua retórica – consolidação de um grupo de pesquisa em filosofia e teoria do direito. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. v. 2: 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- TEODÓSIO, Arnóbio Alves. Improriedade do elemento dúvida como pressuposto para interposição dos embargos de declaração no juízo de especial cível. Revista do foro, v. 126. João Pessoa: TJPB. 2010. Disponível em: <<http://revistadoforo.tjpb.jus.br/dynamicResources/doutrina/10.pdf?jsessionid=4FBA9ABF2FF54D58A6B466DB5B1BB20F>>. Acesso em: 24 jan. 2012.

O PRINCÍPIO DO JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO: A MITIGAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA PARA A EVOLUÇÃO DO DIREITO

Renato Hayashi

Advogado, Consultor Jurídico na área Trabalhista, Membro da Comissão de Direito Educacional e da Comissão do Advogado com Vínculo de Trabalho da OAB/PE, Coordenador da Pós-Graduação em Direito Processual em Limoeiro da ESA e Faculdade Maurício de Nassau, Coordenador da Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho da ESA e Faculdade Joaquim Nabuco, Coordenador da Pós-Graduação em Direito Público do ATF Cursos Jurídicos e Faculdade Maurício de Nassau, Professor de Metodologia Científica e Direito do Trabalho de diversos cursos de Pós-Graduação, Professor de Hermenêutica Jurídica, Direito Constitucional e Processo Constitucional da FACIG e Professor de Direito do Trabalho no Curso preparatório para concurso *Probus Lumen*.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho se destina ao estudo do princípio do jus postulandi no âmbito da justiça do trabalho brasileira.

O jus postulandi concede ao empregador e ao empregado, no processo trabalhista, a capacidade de postular em juízo sem a constituição de um advogado.

Essa liberdade postulatória causa grandes divergências no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que existem dispositivos legais que garantem ao advogado a exclusividade da capacidade postulatória.

A problemática do presente trabalho gira em torno do exercício do jus postulandi e suas implicações e até que

ponto é vantagem para a parte atuar no processo trabalhista sem o devido acompanhamento de um advogado.

A necessidade de discussão do tema decorre do simples fato de que na relação trabalhista temos um empregado, que é hipossuficiente tanto na esfera econômica quanto na esfera jurídica, devendo, portanto, ser protegido pelo Estado, que goza do poder de império.

Não obstante, o salário recebido pelo empregado corresponde à fonte de renda e subsistência do trabalhador e de sua família, cuja natureza é estritamente alimentar, o que torna ainda mais difícil litigar na justiça do trabalho.

No ordenamento jurídico brasileiro, o salário possui status de intocável, pois é ele quem garante a sobrevivência das famílias brasileiras.

O salário mínimo está devidamente previsto no art. 7º, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, in verbis:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; (BRASIL, 1988).

Para desenvolver essas linhas argumentativas foi utilizada a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, além da interpretação da legislação brasileira.

Com o intuito de tornar o trabalho mais metódico, fracionamos em unidades autônomas (capítulos) que compõe um todo.

No segundo capítulo abordaremos o conceito e o funcionamento do princípio do jus postulandi no

âmbito da justiça do trabalho brasileira. Essa análise leva em consideração os aspectos doutrinários, legais e jurisprudenciais.

No terceiro capítulo há uma investigação dos reflexos principiológicos causados pelo exercício da capacidade postulatória pela parte. Como uma análise estritamente principiológica fugiria a proposta do presente trabalho, realizamos um corte epistemológico, de forma que o estudo se deu, exclusivamente, em relação aos princípios que são diretamente ligados ao princípio do jus postulandi.

No quarto capítulo mudamos o nível de abordagem para uma questão prática, através da análise dos discursos jurídicos doutrinários e jurisprudenciais que são a favor e contrários ao exercício do jus postulandi na justiça do trabalho. A orientação metodológica se dá em razão da dialética dos argumentos analisados, ou seja, a relação entre tese e antítese.

Por fim, no quinto capítulo, faremos uma conclusão teórica e a contribuição doutrinária para a solução e posterior evolução do direito, pois atualmente tal polêmica só prejudica a parte mais delicada e frágil da relação processual: o empregado.

A estrutura da conclusão terá como ponto de partida epistemológico o pensamento de Hans Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito e o pensamento do Professor João Maurício Adeodato, em especial, a necessidade de evolução do direito por meio da supressão principiológica.

2 O JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO

O jus postulandi no direito processual do trabalho corresponde ao direito de exercer privativamente a capacidade postulatória em juízo (MARTINS, 2003, p. 179).

Segundo Carlos Henrique Bezerra Leite (2011, p. 408):

Capacidade postulatória, também chamada de jus postulandi, é a capacidade para postular em juízo. Trata-se de autorização reconhecida a alguém pelo ordenamento jurídico para praticar atos processuais.

O princípio do jus postulandi se aplica a outros ramos do direito, mas é no Direito Processual do Trabalho que atinge maior alcance e divergência doutrinária.

Conforme Mauro Schiavi (2011, p. 288):

Sempre foi polêmica a questão do jus postulandi da parte na Justiça do Trabalho. Há quem o defenda, argumentando que é uma forma de viabilizar o acesso do trabalhador à Justiça, principalmente aquele que não tem

condições de contratar um advogado. Outros defendem sua extinção, argumentando que, diante da complexidade do Direito Material do Trabalho e do Processo do Trabalho, já não é possível à parte postular sem advogado, havendo uma falsa impressão de acesso à justiça deferir à parte a capacidade postulatória.

Para o exercício do jus postulandi as partes precisam ter capacidade jurídica e capacidade de estar em juízo, segundo Cleber Lúcio de Almeida (2008, p. 262):

Tem capacidade para ser parte toda pessoa, física ou jurídica, detentora da capacidade de direito, isto é, da aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações (art. 1º do Código Civil). Contudo, somente tem capacidade de estar em juízo a pessoa que estiver no exercício dos seus direitos (art. 7º do CPC) Quem não se encontrar no exercício de seus direitos, embora possa ser parte, deverá ser representado ou assistido em juízo, conforme o grau de sua incapacidade (arts. 8º do CPC e 793 da CLT) (Grifos no original).

Tantas divergências ocorrem, principalmente, porque as lides trabalhistas, em regra, tratam de salário, que possui natureza alimentícia, elevando, ainda, o grau de complexidade social.

A prerrogativa de postular privativamente em juízo é facultada tanto ao obreiro, quanto ao empregador, ou seja, ambos podem litigar em juízo sem constituir um advogado.

Ratificando o entendimento doutrinário, temos a definição de Carlos Henrique Bezerra Leite (2006, p. 28):

O jus postulandi nada mais é do que a capacidade de postular em juízo. Daí chamar-se também de capacidade postulatória, que é a capacidade reconhecida pelo ordenamento jurídico para a pessoa praticar pessoalmente, diretamente, atos processuais.

Observa-se que o jus postulandi, no âmbito da justiça do trabalho, só pode ser exercido nas relações de emprego, ou seja, as partes devem preencher os requisitos contidos nos Arts. 2º e 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho (1943):

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Para Renato Saraiva (2008, p. 56) a relação de emprego possui seis elementos caracterizadores:

Analisando o conceito de empregado descrito no diploma consolidado (art. 3º) podemos identificar a presença de quatro requisitos caracterizadores da relação de emprego:

- a) trabalho prestado por pessoa física;*
- b) não-eventualidade;*
- c) subordinação jurídica (dependência);*
- d) onerosidade (pagamento de salário).*

Os outros requisitos caracterizadores da relação de emprego – pessoalidade (o serviço tem de ser prestado pessoalmente pelo empregado) e alteridade (risco da atividade econômica pertence única e exclusivamente ao empregador) – podem ser encontrados no art. 2º, que define o conceito de empregador [...]

Nas demais relações de trabalho as partes são obrigadas a constituírem um advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

É importante esclarecer que a relação de trabalho é gênero, cujas espécies são as relações de emprego, autônomo, avulso, voluntário, eventual, institucional etc (SARAIVA, 2008, p. 38-42).

A restrição material para o exercício do jus postulandi também é compartilhada por Renato Saraiva (2009, p. 40):

“O ‘jus postulandi’ da parte é restrito às demandas que envolvam relação de emprego. Logo, em caso de ação trabalhista concernente à relação de trabalho não subordinado, as partes deverão estar representadas por advogados”.

Assim, tem-se que o princípio do jus postulandi afasta a necessidade das partes constituírem um advogado para litigar na justiça do trabalho.

Mesmo após a Emenda Constitucional 45, que ampliou a competência da Justiça do Trabalho, o jus postulandi permanece restrito às relações de emprego (SARAIVA, 2009, p.41):

Logo, em caso de ação trabalhista concernente à relação de trabalho não subordinado, as partes deverão estar representadas por advogados, a elas não se aplicando o art. 791 da CLT, restrito a empregados e empregadores.

Nesse mesmo sentido (LEITE, 2011, p. 410):

Vale dizer, se os sujeitos da lide não forem empregado ou empregador, não poderão, em linha de princípio, exercer o jus postulandi. Logo, para as ações trabalhistas não oriundas da relação de emprego a representação das partes por advogado, passará a ser obrigatória.

À luz da hermenêutica literal o art. 791, da CLT, é cristalino ao estabelecer que é permitido

às partes acompanhar as reclamações trabalhistas até o final, ou seja, o jus postulandi aplica-se à todas as instâncias: “Art. 791 - Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final (BRASIL, 1943).

Segundo Carlos Henrique Bezerra Leite (2011, p. 408):

Pode-se dizer, portanto, que o jus postulandi no processo do trabalho, é a capacidade conferida por lei às partes, como sujeitos da relação de emprego, para postularem diretamente em juízo, sem necessidade de serem representadas por advogado.

Complementando o disposto no art. 791, da CLT, tem-se o art. 839, da CLT, que concede a possibilidade da própria parte apresentar a reclamação trabalhista: “Art. 839 - A reclamação poderá ser apresentada: a) pelos empregados e empregadores, pessoalmente, ou por seus representantes, e pelos sindicatos de classe; (BRASIL, 1943).

A mens legis que concedeu a capacidade postulatória na relação de emprego tem como fundamento maior a hipossuficiência financeira das partes, ou seja, permite que a parte deixe de arcar com os honorários advocatícios (GIGLIO: 2007).

Segundo o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Súmula 425, o exercício do jus postulandi não é pleno. Empregador e empregado só podem exercer a capacidade postulatória nos juízos de primeiro e segundo graus:

O jus postulandi das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho. (BRASIL, ano da súmula, p.)

Caso haja necessidade de o processo ser analisado pelo Tribunal Superior do Trabalho, Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal é necessário que um advogado elabore e assine o recurso.

Essa interpretação também é acompanhada por parte da doutrina (ALMEIDA, 2008, p. 265):

A capacidade postulatória reconhecida pelo art. 791 da CLT é restrita ao âmbito da Justiça do Trabalho. Assim, eventual recurso extraordinário deve ser firmado por advogado, ainda que se trate de demanda trabalhista submetida àquele tribunal em grau de recurso.

Numa primeira análise verifica-se que a súmula do TST vai de encontro ao disposto na legislação trabalhista, uma vez que limita o exercício do jus postulandi.

A partir da análise do texto normativo e da súmula 425, do TST, verifica-se que o exercício de tais direitos pode resultar num grave prejuízo as partes litigantes, pois as partes, em regra, desconhecem as normas jurídicas que possuem elevada complexidade, sendo esse o entendimento de Valentin Carrion (2009, p. 605):

Pelo texto da CLT, a parte está autorizada a agir pessoalmente; é uma armadilha que o desconhecimento das leis lhe prepara, posto que ou não é necessitado e poderia pagar, ou, sendo-o, teria direito à assistência judiciária gratuita e fácil da L. 1.060/50 (e não à limitada da L. 5.584/70); v. art. 789/11.

Assim como toda ciência, a ciência jurídica possui suas peculiaridades, técnicas e procedimentos, ignorar tais conhecimentos resulta grave prejuízo às partes, que serão prejudicadas definitivamente pela própria ignorância.

Numa demanda judicial não basta que as partes contem suas versões do fato, é necessário construir argumentos válidos e pertinentes, oriundos de uma interpretação das Leis e da Jurisprudência, além dos aspectos formais que regem o processo trabalhista, tais como: competência, provas, prazos, recursos etc.

Destarte, é muito improvável que um empregador ou um empregado que desconheçam todos os aspectos jurídicos saiam vencedores em um processo trabalhista.

Valentin Carrion esclarece, ainda, que a questão financeira não gera um impedimento in totum, pois existe a assistência judiciária gratuita (2009, p. 605).

Não obstante, existem ainda as assessorias jurídicas que são oferecidas pelos sindicatos de classe, que também é gratuita, ou seja, o ente sindical disponibiliza, gratuitamente, um advogado para defender os interesses do empregado.

No caso dos empregados assistidos pelos advogados do sindicato e que forem beneficiários da justiça gratuita, aplicar-se-á o disposto na Súmula 219, do Tribunal Superior do Trabalho:

Justiça do Trabalho - Condenação em Honorários Advocatícios

I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato

da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (ex-Súmula nº 219 - Res. 14/1985, DJ 26.09.1985)

II - É incabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista, salvo se preenchidos os requisitos da Lei nº 5.584/70. (ex-OJ nº 27 da SBDI-2 - inserida em 20.09.2000)

Assim, o empregado que preencher os requisitos contidos na Súmula 219, do TST, não terá nenhum custo com o Poder Judiciário, tampouco com o Advogado e ainda contará com o trabalho de um profissional legalmente constituído e possuidor dos conhecimentos técnicos necessários para a defesa dos seus direitos subjetivos.

A gratuidade da justiça está prevista na Lei 1.060, de 05 de fevereiro de 1950. O art. 3º traz a abrangência dos efeitos da justiça gratuita:

Art. 3º. A assistência judiciária compreende as seguintes isenções:

I - das taxas judiciárias e dos selos;

II - dos emolumentos e custas devidos aos Juizes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça;

III - das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais;

IV - das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal e nos Territórios; ou contra o poder público estadual, nos Estados;

V - dos honorários de advogado e peritos.

VI - das despesas com a realização do exame de código genético - DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade. (Incluído pela Lei nº 10.317, de 2001)

VII - dos depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009). (BRASIL, 1950)

Vale ressaltar que o jus postulandi não atinge ao terceiro interessado no processo (ALMEIDA, 2008, p. 264):

O art. 791 da CLT atribui capacidade postulatória a empregados e empregadores. Dessa forma, eventuais

embargos de terceiro devem ser firmados por advogado, salvo a hipótese de embargos oposto pelo próprio executado, na situação prevista no art. 1.046, §2º, do CPC.

O próprio Supremo Tribunal Federal se posicionou na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.127-8, de autoria da Associação dos Magistrados do Brasil, ao determinar que o jus postulandi é aplicável nos Juizados Especiais e na Justiça do Trabalho (LEITE, 2011, p. 408).

Entretanto, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal não deve e nem pode extirpar o debate acadêmico, pois é dessa forma que as normas jurídicas evoluem, bem como o entendimento dos Tribunais. Não obstante, a decisão não se deu através da edição de uma súmula vinculante, o que facilita, ainda mais o debate.

A título de exemplo da possibilidade de mudança do entendimento dos Tribunais, temos a união entre pessoas do mesmo sexo, que antes era juridicamente impossível e atualmente passa a ser possível.

3 REFLEXOS PRINCIPIOLÓGICOS DO EXERCÍCIO DO JUS POSTULANDI: UMA SÍNTESE EPISTEMOLÓGICA

Os princípios são os alicerces de um sistema, no sistema jurídico são o ponto de partida de todos os argumentos juridicamente válidos e das próprias normas jurídicas.

Vale ressaltar que princípios e regras não se confundem (LENZA, 2011, p. 137):

A doutrina vem se debruçando sobre a importante e complexa distinção entre regras e princípios, partindo da premissa de que ambos são espécies de normas e que, enquanto referenciais para o intérprete, não guardam, entre si, hierarquia, especialmente diante da ideia da unidade da Constituição. (Grifos no original)

Segundo Renato Saraiva (2008, p. 31):

Princípios são proposições genéricas que servem de fundamento e inspiração para o legislador na elaboração da norma positivada, atuando também como forma de integração da norma, suprimindo as lacunas e omissões da lei, exercendo, ainda, importante função, operando como baliza orientadora na interpretação de determinado dispositivo pelo operador de Direito.

Por sua vez, os princípios são gerais e abstratos, aplicando-se a todo o sistema jurídico, uma vez que serve de fundamento inicial para todas as normas jurídicas e atos jurídicos (GAGLIANO; PALPLONA FILHO, 2004, p. 24).

Os princípios gerais do direito estão previstos no

art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” (BRASIL, 1942).

O citado texto normativo deixa claro aos operadores do direito que os princípios também devem ser usados pelos magistrados quando não houver uma norma específica a ser aplicada ao caso concreto. Tal solução jurídica ocorre, principalmente, porque os princípios são gerais e abstratos, o que facilita sua aplicação a diversos casos.

Segundo Miguel Reale (2009, p. 285):

“Princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da praxis”.

Para o direito pátrio os princípios são mais que um ponto de partida serve, ainda, para o preenchimento de lacunas normativas, nos termos do art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Como o jus postulandi é um princípio do direito processual do trabalho, atualmente, não há de se falar em supressão total de seus efeitos ou sua aplicação plena, pois sempre há outros princípios que se aplicam ao mesmo tempo. Os princípios coexistem nas relações jurídicas.

O exercício do jus postulandi traz reflexos em relação a outros princípios, tais como, o princípio da proteção ao trabalhador, o princípio do devido processo legal, o princípio da ampla defesa e o princípio do contraditório.

O princípio da proteção ao trabalhador é o princípio de maior amplitude do Direito do Trabalho, pois confere proteção jurídica à parte mais fraca da relação trabalhista, uma vez que o empregado em relação ao empregador é hipossuficiente economicamente e processualmente (SARAIVA, 2008, p. 32).

A partir do princípio de proteção ao trabalhador o ordenamento jurídico brasileiro criou diversas regras que garantem a efetividade do sistema jurídico.

Segundo Renato Saraiva (2008, p. 32):

O princípio da proteção, em verdade, insere-se na estrutura do Direito do Trabalho como forma de impedir a exploração do capital sobre o trabalho humano, possibilitando a melhoria das condições de vida dos trabalhadores e permitindo o bem-estar social dos obreiros.

O princípio do devido processo legal possui duas vertentes: formal e material. Formalmente o princípio garante direito de liberdade e materialmente garante igualdade em face do Estado (MORAES, 2007, p. 100).

Para Mauro Schiavi (2011, p. 80):

O devido processo legal consiste no direito que tem o cidadão de ser processado por regras já existentes e que sejam devidamente observadas pelo Judiciário.

[...] Pelo princípio do devido processo legal, ao cidadão deve ser concedido um conjunto prévio de regras processuais, previstas na lei, a fim de que ele possa postular sua pretensão em juízo e o réu possa apresentar seu direito de defesa, valendo-se dos instrumentos processuais previstos em lei, não podendo ser surpreendido pela arbitrariedade do julgador.

Consequentemente à aplicação do princípio do devido processo legal há a estabilidade e segurança jurídica, uma vez que as pessoas terão a certeza de que as regras jurídicas serão fielmente obedecidas pelo Estado.

Já o princípio da ampla defesa busca, segundo Alexandre de Moraes (2007, p.100):

[...] o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário [...]

Na opinião de Mauri Schiavi (2011, p. 86):

“A doutrina tem destacado que a ampla defesa compõe o contraditório, sendo o direito do réu de resistir, em compasso com os instrumentos processuais previstos na legislação processual, à pretensão do autor”.

Carlos Henrique Bezerra Leite (2011, p. 59), trata, ainda, acerca da bilateralidade da relação jurídica processual:

Advirta-se, porém, que esse princípio também é de mão dupla, uma vez que a bilateralidade da ação e da defesa aproveita tanto o réu quanto o autor. Vale dizer, reconhece-se, atualmente, em virtude da aproximação cada vez maior entre o direito material e o direito processual, que o autor, quando vai a juízo, encontra-se em situação de “defesa” do seu direito material lesado ou ameaçado de lesão pelo réu. É por isso que o princípio da ampla defesa, em favor do autor, permite ao juiz conceder tutelas antecipatórias para proteção imediata do direito material do autor.

Por fim, o princípio do contraditório caracteriza-se, no pensamento de Alexandre Moraes (2007, p.100) como:

[...] a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio),

pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito de defesa de opor-se-lhe ou dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Vale ressaltar que o cerceamento de defesa gera nulidade do ato praticado.

Ratificando o entendimento, temos Mauro Schiavi (2011, p. 85):

*O princípio do contraditório tem raízes no adágio latino *audiatur et altera pars*, ou seja, ambas as partes devem ser ouvidas.*

O contraditório tem suporte no caráter bilateral do processo. O autor propõe a ação (tese), o réu, a defesa (antítese) e o juiz profere a decisão (síntese). Dois elementos preponderam no contraditório: a) informação; b) reação. Desse modo, a parte deve ter ciência dos atos processuais e a faculdade de praticar os atos que a lei lhe permite.

No que se refere à parte do processo, temos a definição de Carlos Henrique Bezerra Leite (2011, p. 59): “Vale dizer, parte é quem participa, efetiva ou potencialmente, do contraditório na relação jurídica processual”.

Assim, o exercício do jus postulandi traz reflexos que vão além das partes, do Estado e dos advogados, atingindo, ainda, o próprio processo e seus princípios norteadores.

4 DIVERGÊNCIAS NO ÂMBITO DO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

O art. 133 da Carta Magna dispõe que o advogado através de sua atuação técnica é indispensável ao acesso a justiça. O referido dispositivo reza: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. (BRASIL, 1988).

Segundo o autor Amauri Mascaro Nascimento (1999, p. 331-332), o art. 791 da CLT permitiu no processo trabalhista a interposição de ação sem a presença de advogado, o que se caracteriza como o jus postulandi. Porém, no art. 133 da Constituição Federal foi declarado que deve haver a presença do advogado no processo e diante disto surgiu o impasse quanto à aplicação do jus postulandi. Sendo, inclusive considerado revogado por alguns juristas. Para outros o art. 133 da CF/88 é condicionado a limites da CLT.

Para Renato Saraiva, em razão deste artigo 133 da Carta Maior, o disposto no art. 791 da CLT estaria revogado para uma minoria doutrinária em razão de ser incompatível

com a Constituição; porém o TST continuou a assegurar o jus postulandi na justiça do trabalho (2009, p. 40-41).

Com base no referido art. 133 da Carta o advogado é ser indispensável na causa e o patrocínio forense, segundo Amauri Mascaro Nascimento (1999, p. 328).

O professor Éderson Garin Porto (2008) ressalta, com maestria, em seu artigo, a importância do advogado:

Na sociedade brasileira, pelas contradições e características socioeconômicas e políticas que apresenta, o causídico exerce, dentre outras tantas, as funções de postular direitos e defender a Constituição, a ordem pública 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, consoante se extrai do artigo 44 do Estatuto da Ordem dos Advogados - Lei n.º 8.906/90.

Éderson Garin Porto (2008) fala, ainda, acerca do início do exercício da advocacia:

Muito embora não seja unânime o surgimento da advocacia como atividade profissional organizada, alguns estudiosos situam a regulamentação do exercício da profissão no século XIII, com a Ordenança Francesa do Rei São Luiz, quando teriam sido fixados requisitos para exercê-la. No século XIV, a sociedade livre e voluntária dos profissionais do foro passou a ser chamada de Ordem dos Advogados – Ordre des Advocats – que, anos mais tarde, pelas mãos de Felipe de Valois, receberia o seu Código. As normas reguladoras da advocacia vedavam a postulação em juízo por quem não fosse advogado, exigindo a prévia inscrição e juramento para que o profissional fosse considerado habilitado.

Já o doutrinador Thiago Cássio D'Ávila Araújo (2006) traz o conceito da advocacia sob diversos pontos de vista, uma vez que a advocacia não existe, apenas, no direito e sim na sociedade como um todo:

Sob o critério filosófico-liberal, advocacia é a atividade jurídica exercida pelos guardiões das liberdades humanitárias, políticas e filosóficas, e que visa à manutenção e aplicação da ordem jurídica aos casos concretos em sociedade, pugnando pelo Estado de Direito. Sob o critério político, advocacia é a atividade que propicia a defesa de interesses de pessoas envolvidas em conflitos sociais, perante o Poder Judiciário ou órgãos administrativos, de acordo com normas e princípios jurídicos preestabelecidos (Estado de Direito) pela linha de poder dominante em uma dada sociedade, escolhida pelo povo e que o representa (Estado Democrático). Sob o critério constitucional-positivo, advocacia é uma das funções essenciais à justiça, sendo o advogado indispensável à administração desta, e inviolável por atos e manifestações no exercício de sua atividade, na forma da lei.

Sob o critério formal (ou legalista), advocacia é a atividade privativa de bacharel em Direito, regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. Sob o critério formal-funcional, advocacia é a atividade privativa de bacharel em Direito, regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, desde que, subjetivamente, se verifiquem ausentes: causas legais de impedimento, incompatibilidade ou licença obrigatória, e ainda, sanção disciplinar ou ordem judicial que impeça, limite ou proíba seu exercício. Sob o critério material, advocacia pode ser: a atividade de provocação da jurisdição em favor do jurisdicionado pelo exercício da capacidade postulatória (aspecto processual); a mediação de conflitos entre os homens em sociedade por métodos de conciliação (aspecto negocial); a consultoria e assessoria em matéria jurídica (aspecto auxiliar); a fiscalização de regularidade de contratos constitutivos de pessoas jurídicas sujeitas a registro no órgão competente (aspecto burocrático).

No entendimento de José Afonso da Silva (2000, p.582):

Certamente a advocacia não é uma profissão nem superior, nem mais pobre do que as outras. Todas as profissões e as atividades laborativas humanas são nobres e importantes na medida em que todas contribuem a sua maneira para o progresso social. Pode-se dizer que a sociedade constitui uma coletividade de variadas profissões. O advogado não é o único profissional que mereceu referência direta da Constituição. O professor, o jornalista e o médico também mereceram atenção. Mas todas encontram nela o seu ponto de apoio.

Moacyr Amaral Santos (2007, p. 380) afirma que:

Figura singular a do advogado, há um tempo servidor da justiça, assistente técnico e procurador do cliente. Seu traço característico é o de servir a Justiça, como técnico do direito. E porque serve ao Estado e porque função específica deste é fazer justiça, no exercício de sua profissão exerce o advogado um múnus público. Por reconhecer-lhe essa característica é que o Estado lhe concede o privilégio do exercício do jus postulandi.

Existe um lugar comum, advindo da Ordem dos Advogados do Brasil, que se refere à impossibilidade de se fazer justiça sem advogado. Não obstante, o advogado é imprescindível à administração da justiça (SCHIAVI, 2008 p.252).

No que tange ao interesse privado, ao verificar que a parte em sua subjetividade não está suficientemente preparada para defender o seu direito em virtude de a mesma não ter a calma e a organização de alguém que examina a causa de modo objetivo e sem emoções pessoais que proporciona a escolha dos melhores e mais eficazes argumentos, garantindo a parte uma devida

defesa em que ela possivelmente não conseguiria fazer (NASCIMENTO, 1999, p. 328-329).

Já Sérgio Pinto Martins (2003, p. 181) dispõe:

O empregado que exerce o ius postulandi pessoalmente acaba não tendo a mesma capacidade técnica de que o empregador que comparece na audiência com advogado, levantando preliminares e questões processuais. No caso, acaba ocorrendo desigualdade processual, daí a necessidade de advogado.

Amauri Mascaro Nascimento (1999, p. 330) relata:

[...] Essas razões psicológicas e técnicas demonstram que a presença dos patrocinadores responde, antes de tudo, ao interesse privado da parte, a qual, confiando ao expert não só o ofício de expor suas razões, mas também o de cumprir por sua vez os atos processuais, escapa dos perigos da própria inexperiência e consegue o duplo fim de não incorrer em erros, de forma a ser mais bem defendida em sua substância.

Nesta linha de raciocínio vemos que é evidente a melhor formação do processo com a constituição do patrono e a parte terá uma maior segurança em virtude da qualificação técnica e especializada do patrocínio.

Ao mesmo tempo a importância da Constituição do advogado decorre da complicação evidente de leis e jurisprudência que a cada dia aumentam em número que exigem uma extrema especialidade jurídica de técnica profissional (NASCIMENTO, 1999, p. 329).

Mesmo o advogado sendo uma faculdade a parte em virtude da possibilidade de exercer o seu direito pessoalmente em juízo, o advogado é quem possui conhecimento e habilidade técnica para postular em juízo, pois, a presença do advogado no processo oferece uma maior segurança à defesa do direito e às partes (MARTINS, 2003, p. 181).

Neste mesmo raciocínio defende Amauri Mascaro Nascimento:

Com efeito, a presença do advogado consciente valoriza o processo, facilita a exata formação do contraditório e é realmente indispensável. A advocacia é inerente aos propósitos de boa realização da justiça, daí serem baldadas, na história, as tentativas da sua supressão, como a de Frederico, O Grande, da Prússia, em 1781, que entendia que o melhor sistema para restabelecer a justiça era a supressão dos advogados... também a revolução russa de 1917 voltou atrás do seu propósito de substituir os advogados por um colégio de procuradores empregados do Estado. Hoje, em todos os países civilizados, a presença do advogado é uma

arma de liberdade e de valorização do homem, em nada diferindo esse panorama no âmbito trabalhista. (Grifo nosso, 1999, p.330)

Não somos mais uma sociedade primitiva onde os problemas são resolvidos pelas práticas costumeiras, estamos diante de uma sociedade que pelo papel da escrita que já desempenha, necessita de uma técnica refinada oferecida por especialistas do direito, ou seja, os advogados; pois, os atos processuais para serem cumpridos precisam de certos cumprimentos jurídicos que são prescritos e o conhecer deles só se adquire por meio de uma vasta prática, de modo que a parte não poderia expressar a sua pretensão e nem mostrá-la em termos técnicos, ou seja, jurídico. (NASCIMENTO, 1999, p. 329).

A justiça vem de um clamor social, deriva da coletividade e o juiz não tem condições de resolver diretamente com as partes, pois, seria bem difícil em lidar com a obscuridade diante da ausência do tecnicismo e objetividade que são oriundos de um profissional que cumpre o ritual do processo, onde só assim o mesmo conseguirá ser mais célere, aplicando-se a norma ao caso concreto, realizando o fenômeno da subsunção.

Segundo o doutrinador Sérgio Pinto Martins (2003, p.180) a nossa Constituição não teve como pioneirismo essa posição, de modo que o art. 68 do antigo Estatuto da Ordem (lei nº 4.215/63) já tinha esse entendimento e relata que o advogado como particular exercia função pública que não é dispensável a administração da justiça.

Houve uma inclinação à modificação de admitir o jus postulandi até que fosse criada lei que regulasse o art. 133 da CF/88, sendo que o STF proferiu decisão dizendo quanto ao conteúdo do artigo da Constituição e o mesmo em sua visão aduz a questão da inviolabilidade da profissão e não a respeito da indispensabilidade (NASCIMENTO, 1999, p. 332).

O antigo Estatuto da OAB (Lei nº 4.215/63) foi revogado pela Lei nº 8.906/94, atual Estatuto. Este também revogou outros dispositivos na visão de Sérgio Pinto Martins (2003, p. 180), mas, não revogou o jus postulandi especificamente e por isso surgiu questionamentos quanto à continuação do art. 791 da CLT.

Com o Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94) em seu art. 1º, surgiu novamente a discussão do jus postulandi, pois, o referido artigo afirmou que é devida particularmente ao advogado a postulação no Poder Judiciário e nos juizados especiais. Diante disto, surgiram duas posições.

A primeira posição que exterminou o jus postulandi, defendendo que o Estatuto não a considerou, ressaltando só a possibilidade de impetração do Habeas

Corpus por qualquer um do povo; e a segunda posição onde defende que a reclamação verbal (*jus postulandi*) realizada pela parte sem o patrono é lei especial, portanto, a lei geral (Estatuto da OAB) não poderia revogá-la (critério da especialidade). (NASCIMENTO, 1999, p. 332).

Em contrapartida há o entendimento do doutrinador Sergio Pinto Martins, do critério cronológico previsto no § 1º do art. 2º da antiga nomenclatura LICC (Dec. N.4657/1942) e atual nomenclatura Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Lei n. 12.376/2010); de a lei posterior prevalecer sobre a anterior, pelo que se aplicaria ao art. 791 da CLT, pois esta como mais antiga deve ser revogada em face do art. 1º do Estatuto da OAB (Lei nº 6.906/94).

Já o art. 2º do atual Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94) dispõe, *in verbis*:

Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

§ 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

§2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público.

§3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta Lei. (BRASIL, 1994)

Como dito anteriormente o art. 1º do Estatuto da OAB, reza que é privativo ao advogado postular em qualquer órgão do Judiciário e também nos juizados especiais; o referido artigo ressaltou neste mesmo dispositivo em seu § 1º quanto à impetração do Habeas Corpus, pois, este não foi abrangido quanto à necessidade de presença de advogado.

Desta forma, podemos perceber através da análise destes dispositivos que cabe ao advogado postular particularmente em qualquer órgão do Poder Judiciário, incluindo-se aí a Justiça do Trabalho e também os juizados especiais, somente excetuando-se o remédio constitucional Habeas Corpus em virtude da sua natureza de emergência. Neste raciocínio dispõe o doutrinador Sergio Pinto Martins, *in verbis*:

Logo, já que é privativa do advogado a postulação em qualquer órgão do Poder Judiciário, sendo a Justiça do Trabalho um desses órgãos, e a única exceção vem a ser a interposição o Habeas Corpus, a conclusão a que podemos chegar é que o ius postulandi, previsto no art. 791 da CLT, não mais persista, tendo sido revogado o referido preceito da CLT por ser incompatível com as normas citadas. (2003, p. 181).

Sergio Pinto Martins (2003, p. 181), dispõe em sua obra da Lei nº 5.584/70, esta lei por sua vez fala sobre

normas de natureza processual trabalhista e o citado autor ensina que esta disciplina além de outras questões, sobre a assistência judiciária, porém, é evidente que o juiz não pode suprir a presença de advogado nas demandas que não houver um, desta feita a parte deve constituir um patrono para que o represente, especialmente nas causas que a lide deriva de uma reclamação sem advogado, ou seja, de uma parte que exerceu o *jus postulandi*, como por exemplo a reclamação verbal prevista no art. 786 da CLT, desta maneira este passa a não existir em razão da obrigação de advogado.

Ainda, Sergio Pinto Martins (2003, p. 181) fala em sua obra que em medida liminar o STF suspendeu o art. 1º, I do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94) numa ação direta de inconstitucionalidade – ADIN em razão da obrigação do advogado no processo do Judiciário, inclusive Justiça do Trabalho e também juizados especiais; resultando, portanto na continuidade do *jus postulandi* do art. 791 da CLT.

É importante demonstrar o quanto o *jus postulandi* foi discutido e que essa discussão chegou ao ponto de o art. 791 da CLT ser alterado, só não entrou em vigor em decorrência de veto presidencial que o fundamentou em razão da contrariedade do interesse público. Neste raciocínio Sergio Pinto Martins, *in verbis*:

A Lei nº 10.288, de 20-9-2001, daria nova redação ao art. 791 da CLT, com o seguinte teor: “a assistência de advogado será indispensável a partir da audiência de conciliação, se não houver acordo antes da contestação, inclusive nos dissídios coletivos”.

Com fundamento no § 1º do art. 66 da Constituição, o presidente da república vetou a nova redação do art. 791 da CLT e fundamentou o veto como sendo contrário ao interesse público. (2003, p. 181).

Na visão do doutrinador Amauri Mascaro Nascimento, os aspectos positivos quanto à continuidade do *jus postulandi*: Pela questão do acesso à justiça garantindo pelo direito de petição previsto no art. 5º, XXXIV, a; também quanto ao inciso XXXV do mesmo dispositivo que garante o direito a jurisdição pelo que a lei não excluirá da apreciação do judiciário, lesão ou ameaça ao direito.

Uma vez que também existe visível deficiência na defensoria pública e a parte não pode se ver prejudicada pela extinção do seu direito por muitas vezes não possuir condições financeiras; e há também a questão de reclamação de valores muito pequenos que a participação do advogado prejudicaria a parte ao receber aquele mínimo. (1999, p. 332-333).

Quanto aos aspectos negativos do *jus postulandi* no processo trabalhista o citado autor menciona que

quando há um patrono no processo, a comunicação com juiz fica mais simples em virtude de sua capacitação especializada, fazendo com que sejam reveladas as pretensões e as mesmas sejam resolvidas de acordo com o ordenamento jurídico.

Também a questão do emocional da parte que prejudica a sua defesa e há a complexidade da matéria, onde só uma interpretação de quem tem uma determinada formação jurídica poderá dar consistência ao direito pleiteado (1999, p. 333-334).

Sergio Pinto Martins (2003, p. 182-183), quanto à presença do advogado dispõe:

O advogado deveria ser necessário em todo e qualquer processo, inclusive na Justiça do trabalho, pois é a pessoa técnica, especializada na postulação. A ausência de advogado para o reclamante implica um desequilíbrio na relação processual, pois não terá possibilidade de postular tão bem quanto o empregador representado pelo causídico, podendo perder seus direitos pela não observância de prazos etc. Contudo, essa assistência deveria ser fornecida pelos sindicatos ou, em sua impossibilidade, pelo Estado. Este deveria fornecer gratuitamente advogados para quem deles necessitasse na Justiça do Trabalho, mediante o que é feito no Juízo Criminal, em que é indicado um advogado dativo, que acompanha o processo e é remunerado pelo Estado. Tal atribuição é considerada um múnus público e deveria ser prestada por advogados recém-formados, para que aos poucos adquirissem a prática e, enquanto isso, poderiam ajudar os necessitados.

Neste mesmo raciocínio Amauri Mascaro Nascimento defende a extrema importância do advogado para a justiça, dispondo:

O advogado é indispensável à administração da justiça, princípio cuja amplitude pode levar à exigibilidade da sua participação em todos os processos judiciais, independentemente da natureza e expressão econômica das causas. O ideal está na implementação da defensoria pública, de modo a torná-la em condições de prestar assistência judiciária àqueles que dela venham a necessitar, atuando diretamente perante a Justiça do Trabalho, com equipes de plantão para desempenhar as funções atualmente cumpridas pelos funcionários da Justiça do Trabalho encarregados de dar atendimento às reclamações apresentadas diretamente pelos trabalhadores e encaminhá-las segundo o devido processo legal. Aos sindicatos cabe duplo papel. Ampliar o atendimento judiciário gratuito aos necessitados membros da categoria que representa, prestando-lhes, por meio do seu corpo de advogados, a assistência de que necessitam para o acompanhamento dos processos judiciais. Colaborar para que a composição dos conflitos trabalhistas se faça também extrajudicialmente. Para em fim, a organização de comissões paritárias sindicais em todas as categorias e localidades, por

uma ampla rede para a prévia apreciação das reclamações antes da postulação judicial, é indispensável. Desde que se transforme, no modelo brasileiro, a conciliação para ser uma fase prévia à postulação judicial, na qual a presença do advogado deve ser facultativa, será mais eficaz a composição dos conflitos trabalhistas. (1999, p. 334).

Destarte, o exercício do jus postulandi na justiça do trabalho traz mais malefícios que benefícios, uma vez que faltam as partes os conhecimentos técnicos mínimos para a defesa de direitos em juízo.

Tal prejuízo possui grandes proporções, pois o salário, objeto principal do litígio trabalhista, possui natureza alimentícia, sendo, assim, indispensável à sobrevivência do trabalhador e de sua família.

5 CONCLUSÃO: A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO PARA A EVOLUÇÃO DO DIREITO

Com o passar dos tempos nossa sociedade torna-se cada vez mais complexa e o direito tem acompanhado as evoluções sociais.

Tal premissa nos remonta à teoria do sistema autopoietico, onde o sistema jurídico busca uma evolução através de uma interação com os sistemas exteriores que compõem a sociedade (ADEODATO, 2007, p. 207).

O Direito possui a peculiaridade de regular o próprio processo criativo (KELSEN, 2003, p. 246).

Sendo o direito um sistema autônomo e perfeito, com o passar dos tempos e a evolução social, surge a necessidade de o direito acompanhar tais mudanças.

A "oxigenação" do sistema jurídico se dá por meio de uma abertura cognitiva do sistema, segundo o Professor João Maurício Adeodato (2007, p. 207):

O acoplamento estrutural viabiliza a abertura cognitiva do sistema jurídico, mantendo-o permeável, sensível às influências de novas perspectivas religiosas ou morais, por exemplo, e também influenciando-as, como ocorreu no Brasil em relação à proteção à concubina e aos vínculos homossexuais.

É graças à abertura cognitiva realizada pelo sistema jurídico que as informações exteriores ao direito são absorvidas, permitindo, assim, a evolução que propomos no presente trabalho.

Contudo, a abertura cognitiva não pode absorver toda e qualquer informação, pois isso geraria um caos no sistema jurídico, consoante o entendimento do Professor João Maurício Adeodato (2007, p. 207):

Mas essa permeabilidade precisa efetivar-se segundo critérios e procedimentos controlados pelas próprias regras internas do sistema jurídico, tornando necessária uma interiorização das novas perspectivas morais, para ficar no exemplo, por meio de vias dogmáticas como a edição de novas leis ou concretizações jurisprudenciais, configurando o fechamento cognitivo.

Assim, a abertura cognitiva sem o respectivo fechamento cognitivo torna o sistema jurídico um sistema corrupto, que sofrerá constantes influências dos sistemas exteriores.

O estudo do presente trabalho se dá em dois níveis de fundamentação: o teórico e o factual.

A fundamentação teórica reside na teoria de que o sistema jurídico precisa evoluir constantemente para que não fique alienado ou defasado em relação ao contexto social.

A fundamentação factual consiste nos grandes transtornos e prejuízos causados as partes da reclamação trabalhista quando não estão representadas por um advogado.

É inimaginável que uma pessoa comum e sem nenhuma formação jurídica queira atuar sozinha numa demanda judicial, pois um processo é composto por diversos procedimentos extremamente formais e que se não preenchidos corretamente acarretam nulidade dos atos praticados.

Considerando a teoria pura do direito, de Hans Kelsen (2003) para o direito não importa a verdade real e sim a verdade do processo. O fato é único é irrepetível, cabendo ao juiz decidir o conflito com base nas informações formalmente corretas apresentadas pelas partes.

Segundo Kelsen (2003, p. 01), a teoria do direito deve ser "pura":

[...] isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio lógico fundamental.

Assim, permitir o exercício do jus postulandi por uma pessoa sem formação jurídica é eliminar qualquer chance de êxito da demanda judicial.

Nesse sentido, temos o entendimento de Mauro Schiavi (2011, p. 290):

[...] pensamos que o empregado assistido por advogado tem maiores possibilidades de êxito no processo, assegurando o cumprimento do princípio constitucional do acesso real à Justiça do Trabalho, e também a uma ordem jurídica justa. Não se pode interpretar a lei pelas exceções. Hoje, a parte não estar assistida por advogado na Justiça do Trabalho é exceção. De outro lado, diante da complexidade das matérias que envolvem o cotidiano do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho, a não assistência por advogado, ao invés de facilitar, acaba dificultando o acesso, tanto do trabalhador como do tomador de serviços, à Justiça.

Nossa experiência prática com o jus postulandi na Justiça do Trabalho não nos anima a defendê-lo, pois, quando as duas partes estão sem advogados, dificilmente a audiência não se transforma numa discussão entre reclamante e reclamado por desentendimentos pessoais alheios ao processo e dificilmente se consegue conter os ânimos das partes.

Não obstante ao posicionamento sumular do Tribunal Superior do Trabalho, o Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, estabeleceu a proibição das partes apresentarem reclamações trabalhistas orais, por meio da Resolução Administrativa TRT 04 2000.

Segundo o art. 1º, da Resolução Administrativa do citado Tribunal Regional do Trabalho:

Art. 1º Não mais admitir a propositura de reclamações verbais, no âmbito deste TRT da 6ª Região, excetuando-se os casos expressamente autorizados pelo Tribunal.

Tal proibição nada mais é que a confirmação de que o exercício do jus postulandi pela parte só traz transtornos não só à parte, mas também ao Poder Judiciário.

A atuação do advogado vai muito além da simples presença em audiência, todo o trabalho inicia muito antes do acesso ao Poder Judiciário.

Para que o pleito chegue ao Poder Judiciário, é necessário muito trabalho por parte do advogado no momento da elaboração da petição inicial/reclamação trabalhista, pois cabe ao advogado transformar todos os argumentos de fato apresentados pelo cliente em uma argumentação jurídica com os devidos fundamentos legais. Para desenvolver tal atividade são necessários anos de estudo e prática, o que jamais será alcançado por um leigo.

Destarte, faz-se necessária a mitigação do princípio do jus postulandi no âmbito da justiça laboral, uma vez que, pelos fundamentos apresentados, o exercício desse direito acarreta grandes transtornos e prejuízos às partes e ao Estado.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ALMEIDA, Cleber Lúcio. Direito Processual do Trabalho. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- ARAÚJO, Thiago Cássio D. Conceito e características da advocacia. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8324/conceito-e-caracteristicas-da-advocacia>>. Acesso em: 07 set. 2011.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: Vade Mecum. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. Consolidação das Leis do Trabalho de 1943. In: Vade Mecum. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. Estatuto da Advocacia de 1994. In: Vade Mecum. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº. 219 e 425. In: Vade Mecum. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. Lei 1.060 de 1950. In: Vade Mecum. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. In: Vade Mecum. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CARRION, Valentin. Comentários à consolidação das leis do trabalho. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PALPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GIGLIO, Wagner D. Direito Processual do Trabalho. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Ius postulandi e honorários advocatícios na Justiça do Trabalho à luz da Emenda Constitucional nº 45/2004. Revista Iob Trabalhista e Previdenciária, São Paulo, v. 208, n. 17, p.28-31, out. 2006.
- _____. Curso de Direito Processual do Trabalho. 9 ed. São Paulo: Ltr Editora Ltda, 2011.
- LENZA, Pedro. Curso de Direito Constitucional Esquematizado. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARTINS, Sergio Pinto. Direito Processual do Trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito Processual do Trabalho. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- PORTO, Éderson Garin. A função social do advogado. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11634/a-funcao-social-do-advogado>>. Acesso em: 07 set. 2011.
- REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SARAIVA, Renato. Curso de Direito Processual do Trabalho. 6 ed. São Paulo: Método, 2009.
- SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: LTr, 2008.
- _____. Manual de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: LTr, 2011.
- _____. Direito do Trabalho. 9 ed. São Paulo: Método, 2008.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

INTERPRETAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Anuska Meira

Advogada formada pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Pós-graduada em Direito Público pela LFG (Rede Luis Flávio Gomes) - Ananguera/Uniderp. Mestranda em Direito Internacional na Universidade de São Paulo (USP).

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As transformações ocorridas na seara das telecomunicações e da informática, encontram-se vinculadas ao modelo econômico que se baseia na globalização e no desenvolvimento tecnológico. Os direitos advindos da realidade virtual, ampliam o horizonte dos direitos fundamentais, dado o caráter dinâmico da Ciência Jurídica ante a complexidade social e científica. Desta feita, redimensiona-se a atuação do Estado em cada nova incursão tecnológica, pois se rompem paradigmas, os quais acarretam a reestruturação das relações sociais.

O alastramento tecnológico no meio social ocorreu rapidamente. Os fatores de produção em série, baseados no trabalho mecânico de uma pouco qualificada massa de operários, foram substituídos por empregados cada vez mais especializados, quando não por equipamentos de última geração. Diante disso, o novo modelo de produção e assimilação das novas tecnologias afloraram novas possibilidades de comercialização, mais rápidas e, principalmente, mais lucrativas. Nesse contexto, o advento da internet modificou, sensivelmente, os padrões de conhecimento humano e a internacionalização da cultura, otimizada pela incorporação de técnicas eletrônicas na vida social.

Ante essa perspectiva, tornam-se realidade o e-commerce e, por conseguinte, a generalização dos contratos eletrônicos, os quais relativizaram conceitos há muito sedimentados - dentre os quais citam-se os aspectos cronológicos e geográficos.

Assim, a cada nova incursão científica que amplia a funcionalidade da Internet, especificamente no âmbito das

relações econômicas, diversas conseqüências vêm sendo acarretadas e, por isso, especialistas - os quais se deparam com a necessidade de tornar possível o sigilo das operações, qualidade e garantia dos serviços on-line -, Estados Nacionais - uma vez que a eles são levados os conflitos advindos dessa nova realidade fática - e a sociedade civil procuram soluções aos problemas suscitados.

FUNCIONAMENTO

Organização e conexão

Quanto à sua organização, pode-se visualizar a internet na forma de espinhas dorsais, capazes de manipular grandes volumes de informações, constituídas basicamente por roteadores de tráfego interligados por circuitos de alta velocidade. A estas estruturas básicas denominados backbones o usuário final se conecta direta ou indiretamente. Será indiretamente quando o internauta valer-se de provedores de acesso ou servidor que, utilizando-se da estrutura telecomunicações existentes, viabiliza e comercializa o acesso, armazenamento, movimentação e recuperação de informações, conectando aquele à rede.

A interligação física a estas redes pode ser feita por meio das linhas dos sistemas telefônicos, via banda larga (cabo) ou através de sinais de satélite. Conectado à rede através de um modem, o usuário, para nela operar, deverá possuir um endereço lógico em um protocolo da internet, que possibilitará seu reconhecimento pelos demais componentes da rede.

Esse endereço lógico formado por uma combinação numérica, corresponde ao chamado IP (Internet Protocol). A cada código numérico corresponderá um domínio ou Domain Name System. Para maior facilidade de memorização, a esses números foram atribuídas letras do alfabeto, de maneira que possam ser representados por uma série de palavras.

COMUNICAÇÃO

No ambiente da Internet, o usuário deverá ainda dispor de softwares específicos, conhecidos por browsers, que permitirão ao internauta escolher e utilizar as funções oferecidas. Dentre os browsers disponíveis, podemos encontrar o Internet Explorer, Mozilla Firefox e Netscape Navigator. O browser opera fazendo a seleção e o pedido

da informação desejada, especificando o protocolo que será utilizado, além de encerrar a fase de conexão com o servidor, salvando o documento escolhido. Para o usuário, estes comandos estão disponibilizados na forma de links, dispositivos que materializam a idéia do hiperdocumento, relacionando o comando efetuado ao documento lançado.

Quanto às comunicações eletrônicas, elas poderão se realizar de forma interpessoal, interativa ou sistêmica. Será interpessoal quando emissão e informação de recepção forem realizadas diretamente por pessoas, como e-mail. A forma interativa ocorrerá no acesso às páginas da WWW e a intersistêmica se dará em comunicações sem a intervenção humana direta, como no caso dos EDI. Em tempo, por EDI entendemos a troca eletrônica de dados, inclusive documentos, através de uma rede de comunicação local, privada (intra-rede) ou pública.

A Internet como Veículo à Atividade Comercial Eletrônica

A década passada foi marcada pela popularização dos denominados websites de comércio eletrônico, os quais, inicialmente, foram utilizados como instrumentos para veicular propaganda ou mídia sobre os produtos. Posteriormente, ante a progressividade que norteia o surgimento de novas necessidades humanas, a Internet consagrou ampla inovação relativa ao desenvolvimento do comércio, à prestação de bens (produtos e serviços), principalmente aqueles destinados ao consumo.

O Comércio eletrônico pode ser compreendido como uma forma de transação comercial, realizado num ambiente eletrônico, sustentado por um complexo tecnológico que propicia processar e transmitir dados digitalizados.

A doutrina baseia-se nas seguintes perspectivas para que se realize o comércio eletrônico. A saber:

1. Processo de negócio: o comércio eletrônico aplica tecnologias com o fim de otimizar negócios e fluxos de informações;
2. Serviço: traduz-se numa ferramenta que propicia a aproximação de empresas e consumidores, cortando custos pela prestação do serviço, melhorando a qualidade das mercadorias e, também, aumentando a velocidade da entrega do serviço;
3. Comunicações: são entregues informações, bens (produtos e serviços) ou pagamentos por qualquer meio eletrônico (linhas de telefone, redes de computadores);
4. On-line: o comércio eletrônico possibilita

a compra e venda de bens na Internet e de outros serviços on-line.

Assim, o e-commerce pode ser vislumbrado como um conjunto de processos negociais contextualizados num ambiente eletrônico, aplicando-se intensa tecnologia de comunicação e informação.

Ressalte-se que, como paradigmas norteadores do comércio eletrônico, indispensável que políticas públicas e padrões técnicos sejam estabelecidos, sob pena de inutilizar a otimização comercial que vem sendo observada.

As relações no âmbito do comércio eletrônico podem ser categorizadas nas seguintes classes: de negócio-a-negócio, no ambiente entre organizações; de negócio-a-consumidor, no ambiente entre organizações e consumidores; e intra-organizacional, no ambiente interno das organizações.

O fornecedor, compreendido nos termos do artigo 3º, da legislação consumerista pode ser a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Apesar da falta de disciplinamento, as transações comerciais pela Internet têm crescido vertiginosamente com a tentativa de tornar o mercado mais próximo do consumidor, com muita informação e baixo custo na transação.

O Website à Luz do Código do Consumidor

Com o despontamento das transações comerciais efetuadas pela Internet, suscitaram-se inúmeras dúvidas atinentes à legalidade, segurança, territorialidade à aplicação das leis, os requisitos necessários para que os websites efetuassem tais transações e, finalmente, se a Lei consumerista, por excelência, seria ou não aplicada às relações de consumo celebradas através do e-commerce.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) é consagrado como fonte natural que disciplina as relações jurídicas de consumo, com o intuito de respeitar sua dignidade, saúde e segurança, proteger seus interesses econômicos e, ainda, consagrar transparência e harmonizar as relações de consumo. Sendo assim, indubitavelmente, a legislação consumerista incidirá nos negócios jurídicos instrumentalizados por contratos eletrônicos, os quais tenham sido celebrados pela Internet, quando os contratantes estejam domiciliados no Brasil, embora nele não haja capítulo específico para negócios virtuais.

Os contratos eletrônicos de consumo estão vinculados aos ditames que norteiam os contratos de consumo em geral, a saber: hiposuficiência; boa fé; transparência, leia-se: o direito à informação adequada sobre o produto, assim como o serviço deve vir com a correta especificação de suas características; equilíbrio contratual; confiança; proteção contra a publicidade enganosa e abusiva; possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor; responsabilidade contratual do fornecedor, em especial as referentes à reparação por perdas e danos.

Assim, aplicam-se aos contratos eletrônicos consumeristas as disposições pertinentes aos contratos realizados pela via tradicional. Na esteira desse entendimento, o Substitutivo ao Projeto de Lei n. 4096, de 2001, prescreve, em seu artigo 30, o que se segue: “aplicam-se ao comércio eletrônico as normas de defesa e proteção do consumidor vigentes no País”.

CONTRATOS ELETRÔNICOS

José Rogério Cruz e Tucci, define os contratos eletrônicos como as “espécies de signo eletrônico transmitidos pela internet que permitem a determinação de deveres e obrigações jurídicos”. Observa-se que os projetos de lei 1.589/99 e 672/99, a MP 2.200-2/2001 e o substitutivo à lei do comércio eletrônico não se preocuparam em definir os contratos eletrônicos. Em verdade, os referidos institutos apenas indicaram os requisitos necessários à sua validade. À luz do exposto, consagram-se os contratos celebrados pela via eletrônica, leia-se: por meio informático, como um negócio jurídico capaz de gerar seus efeitos no âmbito patrimonial.

São aplicáveis aos contratos eletrônicos todos os princípios basilares dos contratos, quais sejam: da liberdade, da autonomia da vontade, da obrigatoriedade, do consensualismo e da boa-fé. Além disto, existem princípios específicos aos contratos eletrônicos, como o princípio da equivalência funcional entre os atos jurídicos produzidos por meios eletrônicos e os atos jurídicos produzidos por meios tradicionais, princípio da inalterabilidade do direito existente sobre obrigações e contratos, princípio da identificação (que pode ser feito, por exemplo, por meio da assinatura digital), e o princípio da verificação (dispondo que os documentos eletrônicos devem ser armazenados).

O valor jurídico do contrato eletrônico

Grande parte das controvérsias suscitadas nos contratos celebrados pela via eletrônica podem ser superadas pela releitura de alguns conceitos já sedimentados em nossa ordem jurídica, assim como pela regulamentação específica que deve nortear tal realidade. Os contratos eletrônicos não diferem em sua essência dos

contratos tradicionais, uma vez que a natureza jurídica das obrigações contraídas são similares. A diferença fulcral que envolve tais contratações são as peculiaridades da contratação on-line.

A validade jurídica do documento eletrônico, atualmente, é norteado pelas seguintes tendências: uma que comporta uma concepção estrita de documento, a qual o consagra como aquele que materializa num papel determinadas informações; outra que vislumbra no suporte eletrônico prestabilidade de documento para representar qualquer fato ou uma manifestação de pensamento. Nesse contexto, Marcelo Abellha Rodrigues assevera que se deve deixar de lado a concepção de documento: “como se fosse sinônimo de prova literal, de um papel escrito”. Angela Bittencourt Brasil, pertinentemente consagra documento eletrônico como a “representação de um fato concretizado por meio de computador e armazenado em programa específico capaz de traduzir uma seqüência da unidade internacional conhecida como bits”. O Substitutivo ao Projeto de Lei nº 4.906, de 2001, em seu artigo 2º, consagra documento eletrônico como “a informação gerada, enviada, recebida, armazenada ou comunicada por meios eletrônicos, ópticos, opto-eletrônico ou similares”.

Independentemente do suporte probatório ser eletrônico ou não, deve ele ser norteado pela confiança inerente a qualquer meio de prova. A Receita Federal, por exemplo, atribui validade jurídica às declarações anuais de imposto de renda transmitidas pela Internet, desde 1989, prática que vem sendo seguida por outros segmentos da sociedade.

O princípio da liberdade da forma dos atos jurídicos, consagrado internacionalmente pela Lei Modelo da UNCITRAL, dispõe que, ressalvadas as disposições em contrário das próprias partes, a formação, oferta e aceitação de um contrato podem ser expressas por mensagem eletrônicas. O projeto de Lei 1589/99 estabelece em seu artigo 3º que “o simples fato de ser realizado por meio eletrônico não sujeitará a oferta de bens, serviços e informações a qualquer tipo de autorização prévia”. O Substitutivo ao Projeto de Lei nº 4096, em seu artigo 3º, consagra que “Não serão negados efeitos jurídicos, validade e eficácia ao documento eletrônico pelo simples fato de apresentar-se em forma eletrônica”. Desta feita, se os documentos eletrônicos forem capazes de comprovar a prática de determinados atos, os quais tenham sido utilizados como meios de prova.

A novidade das compras coletivas

Atualmente existe uma febre relacionada às compras coletivas, que são contratos eletrônicos de

compra e venda, formados no e-commerce, nos quais um produto ou serviço de uma empresa é oferecido por outra, proprietária da página virtual, aos consumidores, sob a condição suspensiva da necessidade de ser atingido um determinado número de compras, anteriormente estabelecido (daí seu caráter coletivo). Ou seja, a compra só será eficaz se um determinado número de consumidores também realizar aquela compra.

Este tipo de negócio foi criado nos Estados Unidos por Andrew Mason, que lançou o primeiro site neste modelo em novembro de 2008, o Groupon. Aqui no Brasil o pioneiro foi o Peixe Urbano, que iniciou suas atividades em março de 2010. Desde então, a Compra Coletiva se consolidou entre os brasileiros, beneficiando tanto as empresas, que podem vender suas mercadorias em maior volume graças ao seu baixo preço, quanto os consumidores, que poderão adquirir bens com descontos por estarem realizando uma compra coletiva.

Vemos, com isso, três relações jurídicas distintas: entre a empresa proprietária do domínio (empresa virtual), e a empresa proprietária dos produtos/serviços (empresa real); entre a empresa virtual e o consumidor; e, por fim, entre a empresa real e o consumidor.

A relação contratual estabelecida entre a empresa que oferece o serviço virtualmente e a prestadora do mesmo tem caráter civil, sendo regida pelo Código Civil, e não apresenta hipossuficiência entre as partes. No contrato entre a empresa virtual e o consumidor, além de haver a relação de consumo há também um contrato de adesão, por meio do qual o comprador do produto ou serviço aceita os termos da compra. Vale lembrar que essas empresas virtuais de compras coletivas não são empresas intermediadoras, uma vez que o contrato é estabelecido diretamente com elas (o que gera para a mesma responsabilidade civil objetiva, independente de culpa, solidariamente com empresa real). Por fim, o contrato entre a empresa prestadora do serviço (empresa real) e o consumidor é caracterizado também, sem dúvida, por uma relação de consumo.

Importante lembrar que de acordo com o princípio da boa-fé objetiva, o consumidor deve receber, da empresa real, o produto ou serviço, da mesma forma e com as mesmas características que ele é prestado em condições normais, sem ser adquirido em sites de compras coletivas, ou seja, o produto ou serviço é devido na mesma qualidade e quantidade. Também não é permitido que os produtos ou serviços adjacentes aos comprados tenham seu valor aumentado de forma desproporcional, de modo que violem o princípio da boa-fé. A empresa real tem responsabilidade subjetiva e solidária com a virtual, porém esta solidariedade deixa de existir quando o serviço ou produto é oferecido em desigualdade de condições, como anteriormente citado.

Perspectiva regulamentadora do comércio eletrônico internacional

Ante a internacionalização da economia (leia-se: globalização), algumas questões foram suscitadas, dentre as quais se pode citar, pelo seu caráter de relevância ao próprio equilíbrio das nações: a competência jurisdicional e, particularmente, o juízo competente à resolução de controvérsias nos contratos eletrônicos realizados no âmbito internacional.

Diante disto, inúmeras propostas legislativas têm sido suscitadas. Relembre-se, contudo, que as relações por serem marcadamente globais, necessitarão de legislação que mantenha a mesma natureza e alcance internacional.

INEFICÁCIA PARCIAL DAS CONVENÇÕES VIGENTES

Interessantemente, observa-se que algumas instituições internacionais vêm tentando uniformizar regras que se apliquem ao comércio econômico internacional e, em especial, no que pertine às transações negociais materializadas por meio de contratos eletrônicos.

A Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias se destaca em matéria de compra e venda internacional, tendo sido adotada na Conferência da Organização das Nações Unidas, ocorrida em Viena, no ano de 1980, suas normas começaram a vigor em 1º de janeiro de 1988. A importância desta Convenção se concentra na regulamentação de normas materiais e uniformes aos cinquenta e quatro Estados dela signatários, possibilitando certa redução nos conflitos gerados pela negociação e execução dos contratos entre vendedores e compradores internacionais.

Alguns fatores restritivos da incidência dessa Convenção no âmbito do comércio internacional eletrônico levam à constatação da ineficiência desta Convenção para regulamentar os contratos internacionais realizados pela Internet. A saber:

1. A Convenção é restrita aos vendedores e compradores que estejam situados nas delimitações geográficas dos países que a ratificaram;
2. Tem-se hipóteses em que a Convenção não pode ser aplicada, tais como: as reservas feitas pelos Estados, as regras de ordem pública, a vontade das partes.
3. A Convenção rege, tão somente, os vínculos obrigacionais advindos de contratos de compra e venda ;

4. Do âmbito da Convenção, excluem-se normas sobre as transações negócio-a-consumidor.

Dentre Convenções gerais que permitem delinear uma lei aplicável, podem ser referidas as de Haya e a de Roma.

A Convenção de Haya - datada de 15 de junho de 1955, só entrou em vigor em 1o de setembro de 1964 - tem pertinência às compras internacionais de bens móveis corpóreos, mas foi ratificada por poucos Estados. A referida Convenção prescreve que deve ser aplicada a lei do vendedor, como regra principal do Direito Internacional Privado, em vendas internacionais e, também estabelece o sistema normativo a ser aplicado, automaticamente, no caso de vício de norma contratual. Observa-se, contudo, que a Convenção de Haya também sofre restrições no mercado internacional eletrônico, uma vez que não atinge as prestações de serviços nem a venda de objetos incorpóreos, situações corriqueiras com o advento da Internet.

A Convenção de Roma, de 19 de junho de 1980, entrou em vigor depois de 1o de abril de 1991 e estabeleceu quais regras deveriam ser aplicadas às obrigações contratuais aos doze Estados da União Européia que a ratificaram. Assim, a Convenção supra se aplica ao âmbito das obrigações contratuais e exclui diversas matérias, dentre as quais podem ser citadas: as obrigações nascidas no âmbito cambiário, as obrigações que nascem do Direito de Sociedade e os contratos de seguro.

Diversas Convenções foram elaboradas, especificamente, à aplicação ao Comércio Eletrônico Internacional, em que pese a falta de um diploma legal específico. Eis, a exemplo do exposto, que a UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) elaborou, em 1996, legislação sobre Comércio Eletrônico, com o fim de possibilitar certa uniformização aos parâmetros internacionais utilizados na seara comercial.

A partir de então, diversas organizações passaram a se preocupar com a elaboração de modelos uniformes, os quais tivessem o condão de suplantar obstáculos que limitam, ou até mesmo impedem, que ocorra um maior fluxo negocial no âmbito do mercado global. Assim, no ano de 1997, A OECD (Organization for Economic Co-operation and Development), viabilizou reforma na praxis comercial, regulamentando, dentre outros pontos, a competência a solução de controvérsias em âmbito do comércio internacional. A União Européia apresentou, em dezembro de 1998, proposta uniformizadora de aspectos jurídicos pertinentes ao comércio eletrônico internacional.

Nesse contexto, viabiliza-se o entendimento de que há certo esforço em implementar juridicamente

modelo legaliforme que estruture ou, ao menos, apóie as transações comerciais veiculadas pela Internet, ressaltando-se, por oportuno, que as jurisdições nacionais não poderão ser suprimidas pela prática do comércio eletrônico.

DIGRESSÕES ACERCA DO JUÍZO COMPETENTE ÀS CONTROVÉRSIAS DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

No que pertine aos contratos eletrônicos, tem-se certa dificuldade em visualizar o local em que o vínculo se reputa constituído. Observa-se principalmente quando os contratos eletrônicos são celebrados em países diversos, suscitando-se, por conseqüência, a seguinte problemática: quem será competente à resolução das pretensões resistidas ou insatisfeitas que tenham origem no contrato eletrônico?

O comércio eletrônico não se limita às dimensões geográficas de um Estado Nacional, ultrapassando, por conseguinte, a jurisdição de diversos países, já que se constitui numa das formas de contratação à distância. A maior dificuldade está em definir o local de constituição do vínculo obrigacional. Essa regra, como afirma Lucon, nem sempre "é possível de ser aplicada às transações eletrônicas, celebradas por meio de transmissão eletrônica de dados, já que, no mais das vezes, torna-se difícil determinar o lugar no qual a obrigação se constitui".

A Lei Modelo da UNCITRAL firma, em seu artigo 15, §4º, o seguinte: uma declaração eletrônica se considerará expedida e recebida no local onde remetente e destinatário, respectivamente tenham seu estabelecimento. O Projeto de Lei 672, de autoria do Senado Federal, expõe na esteira desse raciocínio, em seu artigo 24, que:

Art. 24. Uma mensagem eletrônica se considera expedida e recebida nos locais onde o remetente e o destinatário tem seus estabelecimentos respectivamente.

Parágrafo único. Para os fins do disposto neste artigo: se o remetente ou o destinatário tem mais de um estabelecimento, considera-se aquele que guarda relação mais estreita com a transação subjacente ou, inexistindo esta o seu estabelecimento principal; se o remetente ou destinatário possui estabelecimento, considera-se, para os fins desse artigo, o local de sua residência habitual.

Numa perspectiva inicial, e tomando-se como ponto de partida o artigo 9o, da Lei de Introdução ao Código Civil, a lei aplicável às relações de compra e venda que forem celebradas no país com vistas à aquisição de um bem no exterior, será a do local em que se situa o proponente, leia-se: o local em que se encontra o seu estabelecimento eletrônico. Reitere-se, ainda, que a mesma lógica será

utilizada quanto à competência para dirimir eventuais controvérsias suscitadas no bojo do contrato eletrônico.

Nesse contexto, observa-se que a problemática que ora se desdobra deve ser vislumbrada no âmbito do Direito Internacional Privado, já que o envolvimento de mais de um Estado, ao menos em tese, dotaria cada Poder Judiciário de competência para aplicar o seu direito ao negócio jurídico realizado por meio de um contrato eletrônico. Antônio Montenegro sustenta que, pelas condições diferenciadas do tema “só o Código de Auto-Regulamentação da Internet, por ser fruto do consenso dos que a ela aderem, seria capaz de resolver satisfatoriamente a questão”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Internet possibilitou uma troca dinâmica e contínua de realidades, valores e bens, conformando novos padrões de riqueza e novas tecnologias. Diante disso, as negociações comerciais foram dinamizadas e despontaram na economia digital e nas transações econômicas em ambiente eletrônico, propiciando amplo intercâmbio de mercadorias e serviços.

Ainda não existe no Direito brasileiro uma legislação específica que disciplina o comércio eletrônico entre as empresas e entre empresas e consumidores. Dessa maneira, para tudo o que acontece na Internet, são utilizados mecanismos de algumas leis, como a Lei de introdução ao Código Civil, o Código Civil, o Código de Processo Civil e Código de Defesa do Consumidor – CDC.

Apesar de ainda não haver uma regulamentação específica, o legislativo brasileiro já atentou para esta necessidade. Junto à Comissão Especial de Ciência e Tecnologia da Câmara dos Deputados, tramitam projetos de lei que cuidam do comércio eletrônico, do documento eletrônico e da assinatura digital, dentre eles, os mais pertinentes são os projetos de lei de n.º. 1.589/1999 do deputado federal Luciano Pizzato e o 4.906/2001 de autoria da OAB/SP – Ordem dos Advogados do Brasil, seccional de São Paulo.

O Senado constituiu ainda, em 2010, uma comissão de juristas que tem trabalhado em textos para a reforma do Código de Defesa do Consumidor, sendo um destes textos especificamente para a regulamentação do comércio eletrônico. A expectativa é a de que essas medidas de reforma do CDC sejam apresentadas já como Projeto de Lei no primeiro semestre deste ano e que até o final de 2012 sejam aprovadas.

A problemática dos limites da jurisdição nos contratos eletrônicos é eivada de extrema complexidade. O

primeiro motivo concerne à validade do contrato formado pela Internet, pois ante falta de regulamentação legal, alguns insistem em desprestigiar o documento eletrônico, não lhe atribuindo a mesma eficácia jurídica consagrada ao documento tradicional. O segundo motivo é decorrente da dificuldade em se definir o local de constituição do vínculo obrigacional, o qual é eivado de certa dificuldade, quando as negociações sejam celebradas por meio de transmissão eletrônica de dados.

As relações de consumo transnacionais não estão sob a incidência da Lei consumerista, devendo, por conseguinte, aplicar-se a Lei de Introdução ao Código Civil, que dispõe em seu artigo 9º, § 2º, o seguinte: as obrigações contratuais estabelecidas entre um nacional e um estrangeiro, serão reguladas pela legislação do proponente. Seguindo a inteligência do dispositivo e, reitere-se, diante da falta de instituto específico, deve-se estabelecer como competente à solução de controvérsia decorrente do contrato eletrônico, a legislação do local de residência ou a sede do ofertante, pois isso, em último caso, dota a relação contratual eletrônica de maior segurança.

Se o ofertante é empresário, forma mais peculiar de contratação no âmbito da Internet, o estabelecimento virtual se caracteriza pelo tratamento virtual entre fornecedor e consumidor, considerando-se o local em que esteja sediado o estabelecimento da empresa de onde emanara a proposta, independentemente do acesso à empresa ter ocorrido através de transmissão e recepção eletrônica de dados. Assim, nos contratos eletrônicos de compra e venda, pode-se firmar como competente o país em que se acha situado o estabelecimento, vez que o site da empresa faz as vezes de estabelecimento comercial.

Apesar de o Brasil não possuir uma Legislação específica que regule as transações efetuadas no ambiente virtual, impende, inicialmente, adaptar as legislações existentes, procedendo, por conseguinte, em momento posterior, estudo sobre sua aplicabilidade ou não às relações jurídicas estabelecidas virtualmente. Nesse contexto, observa-se, que, apesar de não dispor de forma específica sobre Comércio Eletrônico, o CDC pode, perfeitamente, ser aplicado às relações jurídicas de consumo estabelecidas no ambiente virtual, desde que o consumidor tome as devidas cautelas no momento da contratação de fornecimento de produto ou serviço, com relação à regularidade do website, bem como se o mesmo atende aos requisitos jurídicos exigidos pela legislação nacional. Em se tratando de estabelecimento eletrônico internacional, deve-se ter a consciência de que o negócio jurídico, a partir da aceitação da oferta será regulado pela legislação do país do fornecedor e, conseqüentemente, das possíveis

restrições à responsabilidade civil do mesmo, por força do artigo 9º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

O mundo jurídico necessita adaptar-se às transformações advindas da utilização da virtualidade, e espera-se que seja dado mais um importante passo até o final deste ano, com a aprovação nas reformas do CDC. E, no que pertine às atividades empresariais, observa-se que elas vêm absorvendo as inovações tecnológicas apresentadas, dado o seu caráter progressista.

Em conclusão, as questões que surgirem dessa nova maneira de comércio, no decorrer do tempo, encontrarão as soluções pertinentes aos casos concretos, uma vez que os conceitos clássicos interagirão com os novos e, por conseguinte, haverá adaptação às transações internas e internacionais pela Internet. A revolução representada pela informática “substituindo o século do papel pelo século da informação digital”, deverá ser acompanhada pela correspondente revolução no mundo jurídico, de modo que esta será essencial para viabilizar a inserção dos países na sociedade da informa(tiza)ção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- BARBAGALO, Erica Brandini. Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas na formação do vínculo. São Paulo: Saraiva, 2001
- BLUM, Rita Peixoto Ferreira. Direito do consumidor na internet. São Paulo: Quartier Latin, 2002.
- CASTRO, Luiz Fernando Martins. O comércio eletrônico e a defesa do consumidor no direito brasileiro e no Mercosul. In: Roberto Roland Rodrigues da Silva Júnior (coord.). Internet e Direito. São Paulo: Lúmen Jures, 2003.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 2000. v. III.
- CORRÊA, Gustavo Testa. Aspectos jurídicos na Internet. São Paulo: Saraiva, 2000.
- GUERREIRO, Carolina Dias Tavares. Contratos eletrônicos e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. In: Valdir de Oliveira Rocha Filho (Coord.). O direito e a internet. São Paulo: Forense Universitária, 2001.
- JUNQUEIRA, Miriam. Contratos eletrônicos. Rio de Janeiro: Mauad, 1997.
- KALAKOTA, R; WHINSTON, A. Electronic commerce: a manager's guide. New York: Addison-Wesley, 1997.
- LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). Direito & Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes. São Paulo: Edipro, 2001.
- MAIA, Álvaro Marques Cordeiro. Disciplina Jurídica dos Contratos Eletrônicos no Direito Brasileiro. Salvador: Nossa Livraria, 2003.
- PEIXOTO, Rodney de Castro. O comércio Eletrônico e os Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- ROHMANN, Carlos Alberto. Curso de Direito Virtual. Belo Horizonte, 2005.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. In: Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho (Coord.). Direito & Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes. São Paulo: Edipro, 2001.
- Artigo de Revista e Periódico
- Baptista, Luiz Olavo. Comércio Eletrônico: Uma Visão do Direito Brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, n. 94.
- BRASIL, Ângela Bittencourt. E-commerce: uma abordagem. Ciberlex. Disponível em: <URL: <http://www.ciberlex.adv.br/>>.
- Internet**
- BRASIL, Ângela Bittencourt. Assinatura Digital. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 40, mar. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1782>>
- SILVA, Rosana Ribeiro da. A viabilidade da prática de atos processuais via meios eletrônicos. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 35, fev. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1222>>
- CARDOSO, Oscar Valente. Contrato eletrônico entre pessoas de países diferentes e lei aplicável. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3101, 28 dez. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/20729>
- BRUNO, Gilberto Marques. As relações do “business to consumer” (B2C) no âmbito do “e-commerce”. Retirado em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2319/as-relacoes-do-business-to-consumer-b2c-no-ambito-do-e-commerce>

PARECER: A (I)LEGALIDADE DE ATO NORMATIVO LOCAL QUE IMPEDE O PROFISSIONAL DA ADVOCACIA DE INGRESSAR EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL PORTANDO APARELHO DE TELEFONIA MÓVEL

AUTOR: PLÍNIO LEITE NUNES

1. A CONSULTA

O Excelentíssimo Senhor Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Pernambuco consulta esta Comissão de Defesa, Assistência e Prerrogativas do Advogado (CDAP) acerca da (i)legalidade da Portaria n.º 036, de 11 de janeiro de 2012 (publicada no DOE/PE de 14 de janeiro de 2012) oriunda da Secretaria Executiva de Ressocialização do Estado de Pernambuco (SERES), que proíbe “qualquer pessoa de ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar – sem autorização legal – nos estabelecimentos prisionais do Estado de Pernambuco”. (Grifamos)

Segundo se lê do preâmbulo da aludida Portaria, a medida proibitiva estaria fundada na “necessidade de intensificar a segurança no âmbito das unidades prisionais do Estado de Pernambuco e, objetivando se fazer cumprir o disposto na Lei nº 12.012/2009, a qual acrescentou ao Decreto-Lei nº 2.848/1940 – Código Penal Brasileiro, no Capítulo III - Dos Crimes Contra a Administração da Justiça, o art. 349-A, o qual dispõe que: “ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional, é crime punível com pena de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano”.

Sucede que essa medida, cuja legalidade é objeto desta consulta, resultou por atingir indiretamente profissionais da advocacia, que agora estão sendo impedidos de ingressar com seus aparelhos de telefonia móvel em

estabelecimentos prisionais do Estado. Em consequência, isso tem gerado um natural inconformismo de todos os que se utilizam e necessitam de tais instrumentos no exercício da atividade profissional.

Daí a imperiosa necessidade de avaliar se o referido ato normativo é compatível com a ordem jurídica e, fundamentalmente, se viola prerrogativa(s) do advogado inscrita(s) na Lei 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia), enquanto “conjunto de direitos e garantias que lhes é especificamente dirigido para o livre exercício da profissão.”¹

A consulta foi-me distribuída por ordem do eminente Conselheiro e Presidente da Promotoria de Defesa, Assistência e Prerrogativas do Advogado (PDAP), Dr. Maurício Bezerra Alves Filho.

2. INTRODUÇÃO

A revolução tecnológica e o progresso científico representam, sem dúvida, umas das marcas indelévels do mundo globalizado, constituindo um verdadeiro salto qualitativo na forma como se desenvolve a sociedade contemporânea (pós-industrial) e se processam as relações e interações sociais.

Como argumenta ROSENAU², a tecnologia eliminou distâncias geográficas e sociais com o auxílio de aviões supersônicos, computadores, satélites e todas as outras inovações que permitem hoje, mais do que nunca, que pessoas, ideias e produtos atravessem tempo e espaço da forma mais segura e mais rápida.

Criada em 1969 pelo Pentágono norte-americano³,

1. Cf. TORON, Alberto Zacharias; Szafir, Alexandra Leblson. Prerrogativas Profissionais do Advogado. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2010, pág. 5. No mesmo sentido, a lição de Paulo Lôbo: “Se, no passado, prerrogativa podia ser confundida com privilégio, na atualidade, prerrogativa profissional significa direito exclusivo e indispensável ao exercício de determinada profissão no interesse social. Em certa medida é direito-dever e, no caso da advocacia, configura condições legais de exercício de seus *mínus público*” (cf. LÔBO, Paulo. Comentários ao

Estatuto da Advocacia e da OAB. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 61).

2. Apud BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Rad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010, pág. 73.

3. Cf. RAMONET, Ignacio. A tirania da comunicação. 3.ed. Trad. Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis: Editora Vozes, 1999, pág. 8.

a internet (ou rede mundial de computadores) revolucionou a comunicação social, permitindo interações em tempo real entre milhões de habitantes no mundo. O mesmo se deu com outras importantes tecnologias como a telefonia móvel, os satélites, cabos de fibra óptica e métodos digitais, responsáveis pelo aumento substancial do fluxo de comunicação e informação em escala global, tornando-se uma característica regular e penetrante da vida social.⁴

No caso específico da telefonia móvel celular, o amplo e acelerado movimento de desestatização ou privatização por que passaram diversas companhias do setor em todo mundo, ainda na década de 80, a tornou praticamente um serviço indispensável da vida moderna. Tanto do ponto de vista das relações pessoais quanto profissionais.

No Brasil, esse processo de expansão se deu, sobretudo, a partir do Programa Nacional de Desestatização de 1991⁵ que, mais adiante, transferiu à iniciativa privada serviços públicos essenciais, como o de telefonia.

Pesquisas recentes revelam que o número de celulares em alguns Estados brasileiros já ultrapassou o de habitantes,⁶ o que dá uma pequena dimensão do quanto esse serviço se tornou essencial à sociedade, mais até do que o da telefonia fixa tradicional.

Não obstante, se de um lado os avanços tecnológicos e científicos propiciaram um crescimento do conforto e do bem-estar individual e coletivo, de outro, não menos verdadeiro é que o resultado desse progresso tem sido desvirtuado e muitas vezes colado a serviço do crime organizado, como é o caso dos telefones celulares.

Quase que diariamente notícias são veiculadas por jornais de grande circulação dando conta da apreensão de aparelhos de telefonia celular na posse de detentos recolhidos em estabelecimentos prisionais (Penitenciárias, Presídios, Delegacias, Cadeias Públicas) que os utilizam para comunicação com o mundo exterior, tanto no sentido de articular empresas criminosas quanto simples comunicação com familiares.

Em 2001, o país assistiu, perplexo, ao que ficou conhecido como maior rebelião generalizada de presos da história do Brasil até então, ocorrida no Estado de São Paulo. Através do uso de telefones celulares, presos integrantes do Primeiro Comando da Capital (PCC) se organizaram e promoveram a rebelião. Vários presídios daquele estado, inclusive os do interior, rebelaram-se.

Atento a essa preocupante realidade, que põe em sobressalto a segurança pública em sentido amplo, o Congresso brasileiro resolveu enfrentar mais abertamente

o problema. Inicialmente, através de medidas operacionais que possibilitassem, por exemplo, o bloqueio dos sinais de transmissão dos celulares, como prevê a Lei de Execução Penal (art. 4.º), com redação dada pela Lei 10.792/03. Não obstante, os elevados custos dessas operações e as dificuldades de ordem tecnológica praticamente se tornaram uma barreira intransponível ao enfrentamento de tão delicada questão.

Diante desse quadro, decidiu o legislador novamente alterar a Lei de Execução Penal, agora para tornar “falta grave” disciplinar, os atos de possuir, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo (art. 50, VII incluído pela Lei 11.466/07).

Essa mesma lei, com efeito, alterou o Decreto-Lei n. 2.848, de 07.12.1940 (Código Penal) que passou a vigorar acrescido do seguinte art. 319-A: “Deixar o Diretor de Penitenciária e/ou agente público, de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.”

Como é intuitivo perceber, os alvos da norma, no âmbito administrativo-disciplinar, foram os presos provisórios e os condenados em cumprimento de pena privativa de liberdade, destinatários dos aparelhos. Na seara criminal, os Diretores de Penitenciárias ou quem suas vezes fizer (punidos a título de omissão).⁷

Certo é que, em 2009, sobreveio a Lei 12.012, de 6 de agosto, modificando o Código Penal e ampliando o espectro de incidência da norma criminalizante. Essa legislação veio, no particular, estabelecer sanções a qualquer pessoa⁸ (não apenas os Diretores de Penitenciária e/ou agentes públicos) responsável pelo ingresso ou facilitação da entrada desses aparelhos no interior das unidades prisionais.

Assim, de acordo com o art. 349-A, acrescido pela novel legislação, será punido com pena de detenção de 03 meses a 01 ano aquele que “ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional”.

Em seu parecer no Senado Federal, o então relator da matéria, Senador Romeu Tuma, fez questão de enfatizar que a criminalização dessas condutas estaria indo justamente ao encontro “de esforço anterior experimentado por esta Casa, que fez nascer o projeto que incluiu entre as faltas disciplinares dos presos a posse, a utilização ou o fornecimento de aparelho telefônico, de rádio ou similar (atual inciso VII do art. 50 da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, acrescentado pela Lei n. 11.466, de 2007).”

4. De acordo com a União Internacional de Telecomunicações (UIT), o mundo soma, atualmente, 1 bilhão de usuários de internet e 4 bilhões de usuários de celulares e de telefones fixos. Disponível em: <http://www.celulares.etc.br/celular-no-brasil>. Acesso em: 03.02.2012.

5. Cf. BRUM, Argemiro J. O desenvolvimento econômico brasileiro. 25.ed. Petrópolis: Unijuí, 2008, p. 533.

6. Revista Veja. Ed Abril, edição 2127 – ano 42 - nº 34 – 26.8.2009, p.55.

7. Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte especial. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v.5, p. 109.

8. Neste sentido: DEMALTO, Celso. Código Penal Comentado. 8.ed. São Paulo: Renovar, 2010, p. 1014.

Deixando assentado, por outro lado, que: “A presente proposta se dirige às visitas e aos agentes penitenciários, principalmente, que incorrerão no crime proposto, caso tentem repassar qualquer tipo de aparelho de comunicação à pessoa em cumprimento de pena”. (Grifamos)

Diante disso, diversos atos normativos administrativos, estaduais e federais, foram editados no sentido de disciplinar a entrada de celulares no interior dos estabelecimentos prisionais. Alguns, até, foram editados ainda em 2007, como no caso da Portaria 22/07, do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), vazada nos seguintes termos:

Art. 1º Fica proibida a entrada, permanência ou uso de aparelho de telefonia móvel celular, bem como seus acessórios, e de qualquer outro equipamento ou dispositivo eletrônico de comunicação, capaz de transmitir ou receber sinais eletromagnéticos, no interior das penitenciárias federais.

Parágrafo único. Excetuam-se da proibição os equipamentos de radiocomunicação do acervo do DEPEN, utilizados no serviço diário das unidades, bem como o aparelho de telefonia móvel institucional da Diretoria da Penitenciária, neste caso, somente na área administrativa.

Art. 2º Os objetos mencionados no caput do artigo anterior serão entregues ao plantonista no portão de acesso às dependências das penitenciárias (P1), e lá permanecerão acautelados, enquanto perdurar a permanência de seus portadores no interior dos estabelecimentos penais, sem prejuízo da revista eletrônica ou manual realizada antes do ingresso em área restrita.

Parágrafo único. Os objetos acautelados serão restituídos aos seus portadores, por ocasião da saída dos mesmos das dependências das penitenciárias.

Art. 3º O descumprimento ao previsto nesta Portaria sujeitará os seus autores às sanções cabíveis, nos termos da legislação vigente.

Não obstante, alguns desses diplomas, distorcendo o sentido e o alcance da norma penal incriminadora (CP, art. 349-A), lograram estender a proibição ali descrita a profissionais da advocacia, passando a impedir-lhes de ingressar em unidades prisionais na posse de telefones celulares, não obstante se trate, como demonstraremos a seguir, de um instrumento inviolável de trabalho.

Dentre estes atos normativos, com efeito, está a Portaria n.º 036/12 da Secretaria Executiva de Ressocialização do Estado de Pernambuco, de seguinte teor, litteris:

1. *PORTARIA SERES n.º 036/2012, de 11 janeiro de 2012*

(publicada no DOE/PE de 14 de janeiro de 2012)

O Secretário Executivo de Ressocialização, no uso de suas atribuições legais, visando à necessidade de intensificar a segurança no âmbito das unidades prisionais do Estado

de Pernambuco e, objetivando se fazer cumprir o disposto na Lei n.º 12.012/2009, a qual acrescentou ao Decreto-Lei n.º 2.848/1940 – Código Penal Brasileiro, no Capítulo III - Dos Crimes Contra a Administração da Justiça, o art. 349-A, o qual dispõe que: “ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional”, é crime punível com pena de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano”, RESOLVE:

I – Proibir qualquer pessoa de ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar - sem autorização legal - nos estabelecimentos prisionais do Estado de Pernambuco;

II – Autorizar o uso de rádios comunicadores do tipo handtalk para comunicação entre os Diretores, Agentes de Segurança Penitenciária e componentes da guarda interna e externa da unidade prisional, quando em serviço;

III – Revogam-se as disposições em contrário;

IV – Esta portaria entrará em vigor a partir da data de sua publicação;

Publique-se. Registre-se. Cumpra-se.

Cel. PM Romero José de Melo Ribeiro

Secretário Executivo de Ressocialização

Tal como adiante será bem examinado, a referida Portaria, salvo melhor juízo, consubstancia inegável violação à Constituição Federal, no que assegura o livre exercício profissional (art. 5.º, XIII), bem como à Lei 8.906/94, ao transgredir o preceito que garante ao advogado a inviolabilidade de seus instrumentos de trabalho.

3. DA PORTARIA N.º 036/12

Publicada no DOE de 14.01.2012, a Portaria n.º 036/12 da Secretaria Executiva de Ressocialização do Governo do Estado de Pernambuco (SERES) não faz qualquer distinção entre os que estão autorizados a ingressar em unidades prisionais na posse de aparelhos celulares, rádio ou similares. A exceção corre a conta dos Diretores, Agentes de Segurança Penitenciária e componentes da guarda interna e externa da unidade prisional que, em serviço, podem utilizar rádios comunicadores do tipo handtalk.

No caso, duas as razões invocadas pela autoridade administrativa: (a) garantir a segurança interna das unidades prisionais; (b) fazer cumprir os termos do art. 349-A do Código Penal.

De antemão, verifica-se que o ato normativo em referência contém vícios de ordem material. Inicialmente, por ter deixado, propositadamente ou não, de estabelecer necessárias ressalvas em relação aos advogados que, por força de lei, têm assegurado o livre exercício da profissão (CF, art. 5.º, XIII; Estatuto da OAB, art. 7.º, I) e o uso regular de seus instrumentos de trabalho (Estatuto da OAB, art. 7.º, II). Direitos estes, diga-se de passagem, que não

podem ser reduzidos ou suprimidos a partir de um mero ato administrativo local.

A propósito, tal é a generalidade do texto normativo em questão que da forma como redigido é possível concluir que não apenas advogados, mas inclusive membros do Ministério Público, Juízes e servidores da justiça (como Oficiais de Justiça, por exemplo) também se incluem entre os que estão de logo impedidos de adentrar estabelecimentos prisionais com seus aparelhos de telefonia móvel. O que, por certo, não parece razoável aceitar.

Como se não bastasse, o ato em comento sequer faz distinção entre as áreas do estabelecimento prisional abrangidas pela vedação, que, por isso mesmo, acaba extensível a qualquer espaço do plano arquitetônico das unidades. Algo, porém, que não se mostra razoável conceber. Isto porque, como sabido, há áreas no interior das unidades prisionais, especialmente onde funcionam os respectivos setores administrativos, em que não há qualquer tipo de contato dos presos com meio externo, nem dos visitantes com o meio interno (celas, pavilhões ou áreas de convívio).

De modo que, nestas condições, não seria possível antever que o simples porte de aparelho celular pelo advogado de boa fé possa necessariamente representar qualquer tipo de risco à segurança dos estabelecimentos prisionais do Estado.

Não há, portanto, razoabilidade da medida neste aspecto.

Por outro lado, no que se refere à atividade propriamente dita do advogado, verifica-se que a Portaria 036/12 transgride, frontalmente, a Constituição Federal, em seu art. 5.º, XIII, que assegura o direito ao “livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.”

De fato, não há nega que a inusitada proibição representa, em si, um empecilho, um embaraço inadmissível e injustificável ao livre exercício da advocacia, na medida em que tolhe o profissional do direito de portar e eventualmente utilizar em áreas não restritas das unidades prisionais um instrumento de trabalho.

Com efeito. O aparelho celular constitui, atualmente, uma das mais essenciais ferramentas à disposição do advogado, já incorporadas ao seu cotidiano laboral, seja no sentido de facilitar a comunicação com clientes, seja no sentido de permitir acesso à rede mundial de computadores (tecnologia disponível em vários aparelhos celulares) para consultas em tempo real de andamentos processuais em sítios eletrônicos das Cortes Estaduais e Federais do país. Tudo, a bem do

serviço que presta ao cliente e à administração da Justiça (CF, art. 133).

Sem se falar que o celular é útil, até mesmo, para acesso a Diários de Justiça Eletrônicos (DJe), onde são publicados atos e decisões em processos eletrônicos, conforme preconizado pela Lei 11.419, de 19.12.2006, que dispõe sobre informatização do processo judicial eletrônico.

Em casos tais, a proibição estampada na Portaria 036/12 gera uma situação no mínimo inusitada. Sem seu aparelho de celular, não poderá o advogado, no interior de uma unidade prisional, ter acesso às informações processuais nem publicações de interesse de seus clientes. Tampouco pode ele ser informado, por funcionários ou quem faça as vezes em seu escritório, porque simplesmente está incomunicável.

Há mais. No caso específico do advogado militante na área criminal, tem-se ainda a particularidade de poder, a qualquer tempo, ser acionado para acompanhar clientes em delegacias, no caso de autos de prisão em flagrante ou de cumprimento de qualquer ordem prisional, ou mesmo ser necessária a sua presença em outros locais ou repartições para a prática de atos reputados urgentes. Tudo a evidenciar que a impossibilidade de fazer uso ou pelo menos ter disponível seu celular pode não apenas prejudicar o exercício de seu múnus, como trazer danos irreparáveis a quem dele necessite (cliente).

Por tudo isso, é inegável a utilidade e mesmo indispensabilidade do aparelho de telefonia celular no exercício da atividade do advogado.

E como instrumento de trabalho, deixe-se claro, é inviolável, conforme prevê, textualmente, o art. 7.º, II, do Estatuto da OAB, com redação determinada pela Lei 11.767/2008, verbis:

“Art. 7.º São direitos do advogado:

(...)

II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia.” (Grifamos)

Trata-se, com efeito, de uma inafastável prerrogativa do advogado, que não se confunde com privilégio, pois, como acentua Gisela Gondin Ramos, “estes direitos não lhe são conferidos na condição de pessoas físicas, comuns, mas na especial condição de agente público, para que lhe sejam asseguradas perfeitas condições ao pleno exercício profissional, de modo a garantir seja atendido o interesse público na realização da justiça”.⁹

9. Cf. RAMOS, Gisela Gondin. Estatuto da Advocacia: comentários e jurisprudência selecionada. 4.ed. Florianópolis: OAB/SC, 2003, pág. 134.

Por isso mesmo, exigir que o advogado deixe o aparelho celular em seu veículo antes de ingressar em estabelecimentos prisionais, ou mesmo lhe obrigar a deixá-lo nas respectivas portarias, ofende a lei federal que regula a matéria, sendo o caso, até mesmo, de se cogitar em crime de abuso de autoridade, descrito no art. 3.º, “j”, da Lei 4.898, de 9 de dezembro de 1965,¹⁰ sujeitando o infrator às penalidades previstas no 6.º,¹¹ do mesmo diploma legal.

Note-se, demais disso, que tal é o grau de proteção dado pela lei a tão importante prerrogativa que nem por ordem judicial seria dado impedir o profissional da advocacia de dispor sobre seu aparelho celular, a menos que estivesse ele sendo alvo de investigações pela prática de crime (art. 7.º, §6º, da Lei 8.906/94),¹² caso em que admite a lei, excepcionalmente, determinação judicial de busca e apreensão do instrumento. Do que, evidentemente, não trata a espécie.

Fora disso, restringir ou eliminar esse poder de disposição constitui indisfarçável violação de prerrogativa. Inadmissível, portanto.

Para além disso, é bem de ver que a Portaria em questão contraria o art. 6.º, parágrafo único, da Lei 8.906/94, segundo o qual, verbis:

“As autoridades, os servidores públicos e os serventuários da justiça devem dispensar ao advogado, no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho.” (Grifamos)

De fato, a partir do momento em que se impõe ao advogado inaceitável entrave ao livre exercício de sua profissão e uso de um instrumento de trabalho, a autoridade administrativa acaba por limitar, e mesmo suprimir, condições adequadas ao desempenho de seu mister, o que fere de morte o dispositivo acima transcrito.

E não é só. Tampouco é possível admitir que o alegado fim de “intensificar a segurança no âmbito das unidades prisionais do Estado de Pernambuco” possa ser tido como motivo bastante a afastar uma garantia, como o é

a inviolabilidade dos instrumentos de trabalho do advogado. Com maior razão ainda, quando se trata de um fundamento tão vazio quanto retórico, apto a justificar qualquer tipo de abuso ou arbitrariedade.

Admitir o contrário, nestas condições, seria o mesmo que aceitar a incomunicabilidade do preso em relação a seu advogado; ou, mutatis mutandis, a tortura no âmbito das unidades prisionais para obter-se delação ou confissão de pessoas que eventualmente estejam planejando rebeliões ou fugas; ou ainda admitir que a administração penitenciária possa, por conta própria e a pretexto de garantir a segurança interna, impor castigos coletivos; incluir em Regime Disciplinar Diferenciado presos pertencentes a facções criminosas, sem autorização judicial etc. etc., situações tão inconcebíveis quanto a proibição estendida aos advogados pela Portaria 036/12 de que ora se cuida.

Depois, ao infligir injustificado impedimento ao profissional da advocacia, a pretexto de “resguardar a segurança” – o que soa muito mais como um discurso autoritário, típico de Regimes Totalitários, do que propriamente uma justificativa de viés republicano – essa mesma Portaria lança odiosa suspeita sobre toda a classe de advogados, partindo de uma não menos detestável presunção de que ingressam com celulares no interior dos presídios com a finalidade de entregá-los ou facilitar essa entrega a quem ali esteja custodiado.

Com efeito, não se faz demasiado lembrar, que independentemente da profissão que exerça ou o cargo que ocupe, qualquer um que fizer ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional, estará sujeito às penas da lei, sem que seja necessário qualquer tipo de “regulamentação” por atos normativos locais, restringindo ou fulminando prerrogativas de quem, por lei, não poderia ser alcançado pela “norma regulamentada”.

O mesmo se diga em relação à alegada necessidade de “fazer cumprir o disposto na Lei nº 12.012/2009, a qual

10. Art. 3.º Constitui abuso de autoridade qualquer atentado: (...)

j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional.

11. Art. 6º O abuso de autoridade sujeitará o seu autor à sanção administrativa civil e penal.

§ 1º A sanção administrativa será aplicada de acordo com a gravidade do abuso cometido e consistirá em:

a) advertência;
b) repreensão;
c) suspensão do cargo, função ou posto por prazo de cinco a cento e oitenta dias, com perda de vencimentos e vantagens;
d) destituição de função;
e) demissão;
f) demissão, a bem do serviço público.

§ 2º A sanção civil, caso não seja possível fixar o valor do dano, consistirá no pagamento de uma indenização de quinhentos a dez mil cruzeiros.

§ 3º A sanção penal será aplicada de acordo com as regras dos artigos 42 a 56 do Código Penal e consistirá em:

a) multa de cem a cinco mil cruzeiros;

b) detenção por dez dias a seis meses;

c) perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo até três anos.

§ 4º As penas previstas no parágrafo anterior poderão ser aplicadas autônoma ou cumulativamente.

§ 5º Quando o abuso for cometido por agente de autoridade policial, civil ou militar, de qualquer categoria, poderá ser cominada a pena autônoma ou acessória, de não poder o acusado exercer funções de natureza policial ou militar no município da culpa, por prazo de um a cinco anos.

12. Art. 7.º (...)

§ 6º Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do caput deste artigo, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes

acrescentou ao Decreto-Lei nº 2.848/1940 – Código Penal Brasileiro, no Capítulo III - Dos Crimes Contra a Administração da Justiça, o art. 349-A”.

Perceba-se que a Portaria atrai para si uma função que a norma penal incriminadora não requer nem lhe atribui. Ou seja, de ato regulamentar. De fato, como preceito auto-aplicável, o art. 349-A não necessita que atos normativos o regulamentem. Se fosse esse o caso, certamente não seria através de um ato administrativo local (Estadual), mas, sim, de uma norma de abrangência nacional (CF, art. 22, I).

Assim não bastasse, ao simplesmente “reproduzir” o texto da lei penal, olvidando de seu real sentido e alcance, o ato normativo local acaba restringindo o que a norma punitiva não limita. Atente-se para o fato de que a lei penal não encerra, em si, qualquer restrição à atividade do advogado (nem de qualquer outra função, cargo ou profissão). Em realidade, dispõe de maneira genérica, como convém fazê-lo, sobre a punição de qualquer um que se ponha a praticar as ações que incrimina.

Como toda lei penal, há de ser interpretada e aplicada de acordo com o caso concreto.

No caso da Portaria 036/12, porém, é diferente. Não poderia ela simplesmente transpor o conteúdo do texto penal sem atentar para as particularidades que aquele mesmo texto não pode nem deve se ater, notadamente em assuntos restritos ao âmbito administrativo (como critérios e regulamentação sobre entrada e saída de pessoas das unidades, por exemplo).

Por isso mesmo, caberia a ela, Portaria, estabelecer ou excepcionar as situações não alcançadas pela proibição, não sendo suficiente a exceção feita aos Diretores e Agentes de Segurança.

E justamente por assim não ter procedido, o ato culminou por ampliar, sem qualquer critério, o alcance e o sentido do texto reproduzido, que nunca foi o de obstaculizar o exercício da profissão pelo advogado.

4. DAS CONCLUSÕES

A par de tais considerações, estamos em que a Portaria 036/12:

- 1) Transgride o art. 5.º, XIII, da Constituição Federal, que garante o livre exercício da profissão;
- 2) Viola o art. 7.º, II, da Lei 8.906/94, que assegura a inviolabilidade dos instrumentos de trabalho do advogado;
- 3) Ofende o art. 6.º, parágrafo único, do Estatuto da OAB, na medida em que não observa a necessidade de dispensar ao advogado condições adequadas ao desempenho de sua profissão;
- 4) Está sujeita a enquadramento no art. 3.º, “j”, da Lei 4.898/65, que dispõe sobre o crime de abuso de autoridade em relação a qualquer tipo de atentado aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional.

Assim sendo, somos pela notificação do Excelentíssimo Senhor Secretário Executivo da Secretaria de Ressocialização do Estado/PE no sentido de que, a teor da

Súmula 473/STF, revogue a Portaria n.º 036/12 ou adéque seu conteúdo para efeito de assegurar aos advogados o direito de portarem aparelhos celulares nas áreas administrativas das unidades prisionais, sob pena de impetração de competente Mandado de Segurança, visando garantir o exercício de direito líquido e certo, bem como oferecimento de representação, para efeito de apuração de responsabilidade criminal, pelo crime, em tese, de abuso autoridade.

É o parecer que submeto à douta consideração da CDAP. Recife, 06 de fevereiro de 2012.

PARECER: A RESOLUÇÃO 21/2011 DO TJMT E A EXIGÊNCIA DE NÚMERO DE REGISTRO NO CPF OU NO CNPJ E DE CEP DAS PARTES NA PETIÇÃO INICIAL

AUTOR: WELDER QUEIROZ DOS SANTOS

EMENTA: OBRIGATORIEDADE DE NÚMERO DE REGISTRO NO CPF OU NO CNPJ E DE CEP DAS PARTES NA PETIÇÃO INICIAL SOB PENA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO – EXIGÊNCIA POR MEIO DE RESOLUÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL – VIOLAÇÃO AO PODER NORMATIVO DO TRIBUNAL – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA - NÍVEL INFRACONSTITUCIONAL – INEXISTÊNCIA DESSES REQUISITOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – ILEGALIDADE – INDICAÇÃO DE NÚMERO NO CPF OU NO CNPJ E DE CEP – DEVER PROCESSUAL DAS PARTES.

1. A exigência de obrigatoriedade de o autor informar na petição inicial o número de registro no CPF ou no CNPJ e de CEP das partes, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito, salvo as causas que visem ao suprimento de registro de nascimento e que seja absolutamente impossível, por meio da Resolução 021/2011/TP do TJMT extrapola os limites normativos dos Tribunais estabelecidos pelo art. 96 da Constituição.

2. A exigência de obrigatoriedade de o autor informar na petição inicial o número no CPF ou no CNPJ e de CEP das partes viola o princípio do acesso à justiça, garantido pelo art. 5o, XXXV da Constituição.

3. O art. 282, II, do Código de Processo Civil exige para a individualização das partes o nome e o prenome. A exigência de indicação de número no CPF ou no CNPJ não pode ser considerada requisito da petição inicial.

4. O art. 282, II, do Código de Processo Civil exige que o autor informe o domicílio e a residência das partes. O CEP não é elemento de definição de domicílio ou residência e não pode ser considerado requisito da petição inicial.

5. Não obstante não possam ser considerados requisitos da petição inicial, a indicação do número no CPF ou no CNPJ e do CEP constitui dever processual das partes, decorrente da necessidade de agirem com boa-fé e do dever de colaboração.

1. RELATÓRIO

Em 07 de novembro de 2011, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, por meio do Tribunal

Pleno, aprovou, por unanimidade, a Resolução n. 021/2011 que dispõe sobre a obrigatoriedade de o Autor indicar na petição inicial protocolada no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso o número de registro no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou Jurídicas (CNPJ) e o Código de Endereçamento Postal (CEP) dos litigantes, sob pena de indeferimento – diga-se, extinção do processo sem resolução do mérito – se não sanado o “vício” no prazo de 10 (dez) dias contados da data de distribuição do feito, exceto as causas que visem ao suprimento de registro de nascimento e aquelas em que tal procedimento seja absolutamente impossível.

Em caso de inexistência de número de registro no CPF ou no CNPJ ou de CEP de um dos litigantes, prevê a Resolução que esta circunstância deverá ser declarada na petição inicial, respondendo o declarante pela veracidade da informação.

A mesma obrigatoriedade é imposta ao Réu na contestação ou na primeira ocasião em que se manifestar nos autos e também, em segunda instância, aos advogados de recorrentes, recorridos ou terceiros interessados em relação aos seus constituintes.

Disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico de 06/12/2011, a Resolução 021/2011/TP/TJMT tem sido aplicada no âmbito do Poder Judiciário mato-grossense.

Provocada pelo Dr. Duílio Piato, a Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Mato Grosso, por meio de seu Vice-Presidente, Dr. Maurício Aude, solicitou à Comissão de Direito Civil e Processo Civil à análise e à emissão de parecer sobre a legalidade da Resolução. O Presidente desta Comissão temática, Dr. Ricardo Turbino Neves, honrosamente designou-me para examinar o caso.

Concluído o relato, o presente parecer versa sobre as seguintes questões: 1. O Tribunal possui competência normativa para instituir a obrigatoriedade de constar na petição inicial o CPF ou o CNPJ e o CEP dos litigantes? 2. A exigência de número de inscrição no CPF ou no CNPJ e de CEP dos litigantes, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito, viola o princípio constitucional do acesso à justiça? 3. O Código de Processo Civil exige a indicação de número de registro no CPF ou no CNPJ e de CEP das partes como requisito da petição inicial? 4. O

CEP é elemento definatório de domicílio ou residência? As partes possuem o dever de indicar o número de registro no CPF ou no CNPJ e o CEP no processo?

Examinados os dispositivos da Resolução à luz do modelo constitucional do processo, segue o parecer.

2. PARECER

2.1. Modelo constitucional do processo

Hoje, não há como interpretar o direito, qualquer que seja ele, sem ter os olhos voltados para a Constituição. Ela passou a ser o ponto de partida para qualquer reflexão sobre o direito, de modo que toda a ordem jurídica deve ser lida e compreendida à luz da Carta Magna.

A Constituição de 1988 é marco de uma época de vertiginosa ascensão científica do constitucionalismo, denominada de neoconstitucionalismo ou de pós-positivismo.¹ Como lecionam Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, “as normas constitucionais conquistaram o status pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam. Mais do que isso, a Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais”.²

No âmbito do direito processual civil, fala-se então em respeito ao modelo constitucional do processo, de modo a respeitar as diversas normas que dizem respeito ao direito processual civil referentes: (i) à tutela constitucional do processo, onde se pugna pela respeito às garantias fundamentais do processo; (ii) à tutela de determinados direitos individuais ou coletivos por meio de procedimentos constitucionalmente diferenciados; (iii) à organização do Judiciário brasileiro; e (iv) à disciplina das funções essenciais à Justiça.³

Para fins do presente parecer, impende analisar as normas referentes à organização judiciária, especificamente no que diz respeito à competência normativa dos tribunais, e as normas de tutela constitucional do processo.

Como não poderia ser diferente, a análise da exigência de número de registro no CPF ou no CNPJ e de

CEP das partes na petição inicial, na contestação e nos recursos por meio da Resolução 21/2011/TP/TJMT também deve respeitar o modelo constitucional do processo, sendo preciso investigar se os dispositivos constantes na referida Resolução encontram suporte constitucional e legal.

2.1.1. Modelo constitucional do processo e competência normativa dos tribunais

A Constituição brasileira de 1988 prevê que compete privativamente à União legislar sobre direito processual (art. 22, I⁴) e concorrentemente entre a União e os Estados ou Distrito Federal legislar sobre procedimentos em matéria processual (art. 24, XI⁵), resguardando aos Tribunais a competência privativa para se organizar administrativamente (art. 96, I⁶).

Os Regimentos Internos, as Resoluções e demais atos administrativos dos Tribunais, assim, devem voltar-se à disciplinar assuntos relativos à sua organização interna, à sua atividade administrativa e, não podem, em nenhuma hipótese, tratar de matérias referentes à processo ou à procedimento. Como leciona Cassio Scarpinella Bueno, “no máximo podem fazer menção a elas de forma a deixar mais claras as tarefas administrativas e burocráticas sobre que disciplinam e que serão desempenhadas por seus magistrados e pelos seus serventuários em geral. Nunca, contudo, criar regras de processo ou de procedimento”.⁷

O próprio o art. 96, I da Constituição prevê que os Tribunais, ao elaborarem suas atos administrativos, devem observar as normas de processo e as garantias processuais das partes. Sendo assim, nenhuma norma de organização judiciária pode, a pretexto de regulamentar, deformar os institutos processuais ou ir contra a lei federal, sob pena de não resistir ao modelo constitucional do processo.⁸

A Resolução n. 21/2011/TP/TJMT, ao dispor sobre a obrigatoriedade de o Autor indicar na petição inicial o número de registro no CPF ou no CNPJ e o CEP dos litigantes sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito se o “vício” não for sanado no prazo de 10 (dez) dias contados da data de distribuição do feito, extrapola

1. Para um estudo aprofundado sobre a importância do constitucionalismo para o direito brasileiro, consultar: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, passim.

2. BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Luís Roberto Barroso (org.). 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 329-330.

3. Essa divisão em quatro grupos de normas constitucionais que dizem respeito ao direito processual civil é proposta por Cassio Scarpinella Bueno. (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1, p. 126-128).

4. “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”;

5. “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XI - procedimentos em matéria processual”;

6. “Art. 96. Compete privativamente: I - aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva; c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição; d) propor a criação de novas varas judiciárias; e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei; f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados”;

7. SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 1, p. 212.

8. Conf. ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. *Manual de direito processual civil: Parte geral*. 12 ed. São Paulo: RT, 2008, v. 1, p. 273.

os limites constitucionais estabelecidos aos Tribunais pelo art. 96, I da Constituição. Não competem aos Tribunais estabelecerem requisitos à petição inicial, à contestação e aos recursos sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito em caso de ausência desses elementos exigidos por meio de normas de organização judiciária, como é o caso da Resolução 21/2011/TP/TJMT.

Data venia, a exigência de indicação de número de registro no CPF ou no CNPJ e de CEP dos litigantes não pode ser considerada regulamentação específica das informações necessárias à apresentação de petições iniciais, ainda que essas informações sejam facilitadoras do desenvolver do processo.

Com efeito, o art. 282, inciso II do Código de Processo Civil vigente dispõe que a petição inicial deve indicar “os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu”. Não se exige o número no CPF ou no CNPJ para a identificação das partes. Muito menos, o CEP, que não é elemento definitivo de residência ou domicílio, como se verá a seguir.

Portanto, a Resolução 21/2011/TP/TJMT, ao exigir o número de registro no CPF ou no CNPJ e o CEP, extrapola os limites normativos destinados aos Tribunais conforme estabelecido pelo art. 96 da Constituição, sendo, neste ponto, formalmente inconstitucional.

2.1.2. Modelo constitucional do processo e acesso à justiça

Não obstante a conclusão do item anterior, impende ainda investigar se os dispositivos da Resolução 21/2011/TP/TJMT são materialmente compatíveis com a Constituição e com o Código de Processo Civil.

A Constituição brasileira de 1988 dispõe no art. 5o, inciso XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito”.

Embora conste que “a lei” não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, é certo que não só a lei em sentido literal, mas também os atos administrativos, judiciais e até mesmo particulares⁹ não podem impedir o acesso ao Poder Judiciário.

O dispositivo consagra o direito de ação, bem como o princípio constitucional do acesso à justiça, também conhecido como princípio do acesso à ordem jurídica justa, da inafastabilidade da jurisdição, da inafastabilidade do controle jurisdicional ou da ubiquidade da jurisdição, garantindo a todos o acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou repressiva relativa a um direito.

Conforme assevera Cândido Rangel Dinamarco, o dispositivo garante a própria “obtenção da justiça substancial”. E complementa que “não obtém justiça substancial quem não consegue sequer o exame de suas pretensões pelo Poder Judiciário”.¹⁰

Percebe-se, desse modo, que o princípio do acesso à justiça garante ao cidadão não apenas o ingresso em juízo, mas também afasta toda e qualquer exigência normativa que impeça o cidadão de obter a tutela jurisdicional de forma adequada e efetiva. Como leciona Cassio Scarpinella Bueno, “se a Constituição impõe que a lei não retire do Poder Judiciário a apreciação de qualquer ameaça ou lesão a direito, não há como negar que qualquer lei – e, com maior vigor ainda, qualquer ato infralegal – que pretenda subtrair da apreciação do Poder Judiciário ameaça ou lesão a direito é irremediavelmente inconstitucional”.¹¹ Na mesma linha, Nelson Nery Junior sustenta que “todo e qualquer expediente destinado a dificultar ou mesmo impedir que a parte exerça sua defesa no processo civil atenta contra o princípio da ação e, por isso, deve ser rechaçado”.¹²

Isso porque o acesso à justiça é imposição dos princípios democrático e do Estado de Direito. É nesse sentido que Ronnie Preuss Duarte assevera que “o direito de acesso à justiça (...) é uma emanção indissociável do Estado de direito. Não se pode falar, absolutamente, em Estado democrático de direito sem que aos cidadãos seja garantida, em toda sua plenitude, a possibilidade de, em igualdade de condições, socorrer-se dos tribunais para a tutela das respectivas posições jurídicas subjetivas”.¹³

Portanto, é forçoso concluir que nenhum ato normativo pode retirar da apreciação do Poder Judiciário a prestação de tutela jurisdicional, sob pena de violar o princípio do acesso à justiça, o princípio democrático e o princípio do Estado de Direito.

No entanto, isso não quer dizer que a lei não pode estabelecer condições para o exercício do direito de ação, para o acesso à justiça, seja por meio das condições da ação, dos pressupostos processuais ou de formas processuais a serem observadas para a regular tramitação processual. Como leciona Nelson Nery Junior, “A necessidade de serem preenchidas as condições da ação (CPC 267 VI) e os pressupostos processuais (CPC 267 IV), serem observados os prazos para o exercício do direito de ação, bem como de serem obedecidas as formas dos atos processuais significam limitações naturais e legítimas ao exercício do direito de ação”.¹⁴

É sob essa ótica que devem ser vistos os

9. Ressalvada a convenção de arbitragem. Conf. STF, Tribunal Pleno, AgR na SE 5206, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 12/12/2001, DJ 30-04-2004, p. 29.

10. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. I, p. 119.

11. SCARPINELLA BUENO, Cassio. Curso sistematizado de direito processual civil, v. 1, p. 140.

12. NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal: Processo civil, penal e administrativo. 9 ed. São Paulo: RT, 2009, p. 177.

13. DUARTE, Ronnie Preuss. Garantia de acesso à justiça: Os direitos processuais fundamentais. Coimbra: Coimbra Ed., 2007, p. 88-89.

14. NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal, p. 175-176. No mesmo sentido: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: RT, 2011, p. 215-225; SCARPINELLA BUENO, Cassio. Curso sistematizado de direito processual civil, v. 1, p. 399-406.

elementos estruturais da petição inicial: tratam-se de aspectos formais ou processuais estabelecidos para regular a tramitação processual e que tem por finalidade máxima iniciar a demanda e viabilizar a prestação da tutela jurisdicional.

2.2. A qualificação das partes como requisito da petição inicial

O art. 282 do CPC de 1973, semelhante ao art. 153 do CPC de 1939, preocupou-se, na verdade, em definir, organizar e estabelecer um verdadeiro roteiro elaborativo da petição inicial, exigindo que o autor indique o juízo a quem a peça é dirigida, decline a qualificação das partes, exponha os fatos e fundamentos jurídicos do pedido, formule o pedido com suas especificações, indique os meios de prova de que pretende dispor, requeira a citação do réu e atribua valor à causa.

O que importa verificar para a análise da compatibilidade da Resolução 021/2011/TP/TJMT com o sistema processual civil é o que o Código de Processo Civil exige para a qualificação das partes, bem como identificar se esta regra está em conformidade com sua finalidade subjacente.

O art. 282, inciso II do CPC exige que a petição inicial indique “os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu”.

As finalidades da indicação desses elementos são: (i) quanto aos nomes e prenomes: individualizar, da forma mais próxima possível, os sujeitos processuais que pede e em face de quem é pedido tutela jurisdicional, de modo a identificar os elementos subjetivos da ação e possibilitar ao juiz a verificação da legitimidade para a causa (ad causam) e para o processo (ad processum);¹⁵ (ii) quanto ao estado civil, determinar hipótese de participação de ambos os cônjuges (art. 10, CPC); (iii) quanto à profissão, verificar a incidência de regras específicas de citação (como a do militar, art. 216, parágrafo único, CPC) e a possibilidade de dispensa de depoimento pessoal (art. 347, II, CPC); e (iv) quanto ao domicílio e residência, permitir a prática de atos de comunicação, como a citação do réu e a intimação pessoal das partes (v. g., art. 343, § 1o, CPC) e, eventualmente, fixar a competência territorial (art. 94, CPC).¹⁶

Entre essas exigências e suas respectivas finalidades, impende, para a análise da Resolução n. 021/2011/TP/TJMT, relacionar a finalidade de individualização das partes (nomes e prenomes) com a obrigatoriedade de o Autor indicar na petição inicial o número de registro dos litigantes no CPF ou no CNPJ, bem

como o requisito do domicílio e residência do(s) autor(es) e do(s) réu(s) com a obrigatoriedade de indicar o CEP do endereço dos litigantes.

2.3. Indicação de nomes e prenomes e a obrigatoriedade de número de registro no CPF ou no CNPJ das partes na petição inicial

O inciso II do art. 282 do CPC disciplina que a petição inicial deve constar o nome e o prenome das partes, com a finalidade de individualizá-las e de possibilitar ao juiz a verificação da legitimidade ad causam e da legitimidade ad processum.

Com a intenção de “regulamentar especificamente” às petições iniciais, o art. 1o da Resolução 021/2011/TP/TJMT passou a exigir no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso a indicação de CPF ou CNPJ, sob pena de extinção do processo, in verbis:

“Art. 1o. O advogado ou a parte, quando postular em causa própria ou em qualquer ação judicial, deverá consignar na petição inicial o número de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas – CPF ou o número de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ (...) dos litigantes.

(...)

§ 3o. As petições iniciais que não atenderem ao disposto neste artigo e que não puderem ser sanadas no prazo de 10 (dez) dias contados do ato da distribuição do feito serão indeferidas, com posterior devolução dos documentos ao advogado ou à parte, mediante recibo”.

Essa obrigatoriedade – embora seja útil para a perfeita individualização dos sujeitos da relação processual, para evitar confusão de pessoas, para facilitar a verificação de litispendência e de prevenção e para a realização de atos executórios (v.g., penhora on-line) etc. – não pode ser considerada requisito essencial da petição inicial, com a conseqüente extinção do processo sem resolução de mérito em caso de sua ausência, pois extrapola as exigências legais e constitucionais.

A uma, porque a ratio existendi do número de registro no CPF e no CNPJ é tributária. A duas, porque o Código de Processo Civil não exige essa indicação. A três, porque essa indicação obrigatória, em última análise, viola o direito constitucional ao acesso à justiça.

Com efeito, o número no CPF e no CNPJ são números de registros junto à Receita Federal do Brasil com finalidade tributária onde se armazenam informações do contribuinte fornecidas por ele próprio e por outros

15. Por todos, Arruda Alvim afirma que “tal indicação servirá: 1.o) para se verificar a legitimação processual ativa e passiva; 2.o) ainda, para se constatar haver legitimação para a causa, ativa e passiva”. (ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. Manual de direito processual civil: processo de conhecimento. 11 ed. São Paulo: RT, 2007, v. II, p. 217).

16. Conf. MEDINA, José Miguel Garcia; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Parte geral e processo de conhecimento. São Paulo: RT, 2009, p. 142-143 (Processo civil moderno, v. 1); CARMONA, Carlos Alberto. Em torno da petição inicial. Revista Forense, v. 101, p. 39-56, 2005.

sistemas da Receita Federal.¹⁷ Sua posse nem obrigatória é, mas é necessária para a realização da maioria das operações financeiras.¹⁸

Além disso, o art. 282 do CPC não prevê a obrigatoriedade de indicação do número de registro no CPF ou no CNPJ na petição inicial. Não há obrigatoriedade de constar o número no CPF ou no CNPJ das partes no processo. A qualificação exigida é aquela necessária a individuação das partes, assim, não se pode exigir obrigatoriamente a indicação do número de registro no CPF ou no CNPJ das partes para o ajuizamento da ação.¹⁹

Por fim, exigir a indicação de número no CPF ou no CNPJ por meio de qualquer ato normativo viola o art. 5o, XXXV da Constituição, que garante que a tutela jurisdicional preventiva e repressiva dos direitos dos cidadãos. Como leciona Cândido Rangel Dinamarco, “é contrária à lei e às garantias constitucionais do processo a exigência, que às vezes tem sido feita, de indicação do número de registro fiscais, como é o caso do CPF. Tais registros são de mera finalidade tributária e o juiz não deve comportar-se como servil arrecadador de tributos nem agente da Receita Federal. O que importa nesse momento é a identificação dos sujeitos, nada mais”.²⁰ No mesmo sentido é o pensamento de Leonardo Greco ao aduzir que “algumas organizações judiciárias têm exigido abusivamente que o autor se identifique e identifique o réu pelos números desses cadastros, o que, além de ilegal, pode inviabilizar o acesso à justiça por parte de muitas pessoas que neles não estejam registradas ou não disponham de acesso fácil aos números do CPF ou do CNPJ do seu adversário. O importante é que o autor forneça dados suficientes para identificar a si mesmo e ao réu, para que fiquem inconfundivelmente definidos os sujeitos principais da ação e do processo, que serão alcançados nessa qualidade pelos efeitos da formalização do litígio e de sua decisão final”.²¹

Contudo, embora tenha fins fiscais, não seja exigido pelo CPC e sua exigência obrigatória viole o acesso à justiça, a indicação do número de registro das partes no CPF ou no CNPJ é tendência legislativa, ainda que inconstitucional, no direito processual civil brasileiro.

A lei que regulamenta o processo judicial eletrônico, Lei n. 11.419/2006, em seu art. 15, caput, exige

que o Autor apresente seus documentos fiscais e também do Réu, “salvo impossibilidade que comprometa o acesso à justiça”. Essa exigência no processo judicial eletrônico, mesmo com essa ressalva, não passou imune à críticas. José Eduardo Carreira Alvim e Silvério Luiz Nery Cabral Junior comentam que: “Em que pese a ressalva feita pelo art. 15, de que tal exigência não deve comprometer o acesso à justiça, a prática tem revelado que, pelo menos relativamente à pessoa física, o obstáculo existe, porquanto, ao exigir que a petição informe o número do CPF, em vez de garantir o acesso à justiça ao nacional, como promete a Constituição, garante-a apenas ao contribuinte, o que não deixa de ser um fiscalismo incompatível com as garantias constitucionais de acesso à Justiça. Ademais, apesar de as normas específicas sempre ressaltarem a situação do não-contribuinte ou do isento que não declare, na prática, a obtenção de autorização para a distribuição da petição com a dispensa da exigência compromete o direito do postulante, se, por exemplo, deixar para ajuizar a ação no último dia do prazo para a consumação da decadência ou da prescrição. Agindo como agiu, a lei protege mais amplamente o estrangeiro, que, por não ser contribuinte no Brasil, não tem a obrigação de informar nada a respeito, do que o nacional, que, apesar de não ter CPF tem que ‘correr atrás’ para obter uma dispensa dele”.²²

No projeto de novo Código de Processo Civil, durante sua tramitação no Senado Federal, também foi acrescentado como requisito da petição inicial “o número no cadastro de pessoas físicas ou no cadastro nacional de pessoas jurídicas”.²³ Da mesma forma como essa exigência nos aparenta ser inconstitucional – por violação ao acesso à justiça (art. 5o, XXXV, CRFB/1988) – na Resolução 021/2011/TP/TJMT e no art. 15 da Lei 11.419/2011, também será no novo Código de Processo Civil, se for aprovado pela Câmara dos Deputados (PL 8046/2010) com a redação dada pelo Senado Federal (PLS 166/2010).

Ademais, não se pode esquecer que há demandas que podem ser propostas contra pessoas ou um grupo de pessoas que nem sempre são identificadas e nem comandadas por uma entidade juridicamente caracterizável, como são os casos extraordinários de demandas possessórias contra invasões de terrenos rurais e urbanos por grupos de “sem terras” ou de “sem tetos”.

17. De acordo com o site da Receita Federal do Brasil, o CPF “é um banco de dados gerenciado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB que armazena informações cadastrais de contribuintes obrigados à inscrição no CPF, ou de cidadãos que se inscreveram voluntariamente”. (O que é CPF?. Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/PessoaFisica/cpf/PerguntasRespostas/PerguntasRespostas.htm#1>>. Acesso em 02/02/2012).

18. Conf. COCUS, Monica. Você sabe realmente para que serve seu CPF? Disponível em <http://www.senado.gov.br/portaldoservidor/jornal/jornal87/utilidade_cpf.aspx>. Acesso em 02/02/2012.

19. Conf. MEDINA, José Miguel Garcia; ARRUDA ALVIM WAMBIE, Teresa. Parte geral e processo de conhecimento, p. 142-143.

20. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. III, p. 369.

21. GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil: processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. II, p. 9.

22. CARREIRA ALVIM, José Eduardo; CABRAL JUNIOR, Silvério Luiz Nery. Processo judicial eletrônico: Comentários à Lei 11.419/06. Curitiba: Juruá, 2008, p. 63.

23. Art. Art. 293, II do texto aprovado pelo Senado Federal (PLS 166/2010 e PL 8046/2010). Previsão inexistente no anteprojeto de Código de Processo Civil elaborado pela Comissão de Juristas nomeada pelo Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, presidida pelo Ministro Luiz Fux, teve como relatora-geral a Professora Teresa Arruda Alvim Wambier e como membros os professores Adroaldo Furtado Fabrício, Bruno Dantas Nascimento, Benedito Cerezo Pereira Filho, Elpídio Donizetti Nunes, Humberto Teodoro Júnior, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Paulo César Pinheiro Carneiro.

Nesses casos, ainda assim, é possível a propositura de demanda contra os Réus, inclusive, sem a qualificação completa, por conta do princípio da instrumentalidade das formas que pugna pela inexistência de nulidade se a finalidade do ato processual for atingida e se inexistir prejuízo para a parte contrária e para o processo. Como destaca Cândido Rangel Dinamarco: “Nas demandas propostas a esse respeito (possessórias), sendo praticamente impossível a nomeação e qualificação dos réus, em nome do acesso à justiça deve ser tolerada a ausência de todos os nomes ou ao menos a indicação dos poucos que o autor conseguir identificar. Do contrário, ele teria de renunciar à possibilidade de obter tutela jurisdicional e uma regra técnica do processo estaria coonestando as malícias do anonimato e suplantando o que a Constituição garante (art. 5o, inc. XXXX)”.²⁴

Portanto, a meu ver, a exigência de indicação de número no CPF ou no CNPJ, apesar de ser útil para a individualização das partes, não pode ser considerado requisito da petição inicial já que o CPC não exige essa indicação, a finalidade de sua existência é fiscal e a sua indicação obrigatória viola o direito constitucional ao acesso à justiça.

Por isso, se não dispuser o autor do número de cadastro do Réu no CPF ou no CNPJ, mas fornecer outros elementos suficientes para identificá-lo, como a forma pelo qual ele é conhecido na sociedade à qual pertence (apelido), cabe ao juiz determinar a sua citação e não determinar a emenda da petição e, posteriormente, indeferi-la. Como assevera Leonardo Greco, “se não dispuser o autor de dados fundamentais, como o nome do réu, mas tiver fornecido outros elementos suficientes para identificá-lo, nem por isso deverá o juiz indeferir a petição inicial, cabendo ao oficial de justiça, no ato de citação, ao localizar a pessoa que apresente as características indicadas pelo autor, colher o seu nome e os demais dados de identificação”.²⁵

2.4. Indicação de domicílio e residência e a obrigatoriedade de CEP das partes na petição inicial

O inciso II do art. 282 do CPC determina ainda que a petição inicial indique domicílio e residência das partes, com a finalidade permitir a prática de atos de comunicação, como a citação do réu e a intimação pessoal das partes, além de, eventualmente, servir como regra de fixação de competência territorial (art. 94, CPC).

O art. 1o da Resolução 021/2011/TP/TJMT, com o fim de regulamentar às petições iniciais, passou a exigir a

indicação de CEP no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso, nos seguintes termos:

“Art. 1o. O advogado ou a parte, quando postular em causa própria ou em qualquer ação judicial, deverá consignar na petição inicial (...) o endereço completo, incluindo o Código de Endereçamento Postal, dos litigantes. (...)

§ 3o. As petições iniciais que não atenderem ao disposto neste artigo e que não puderem ser sanadas no prazo de 10 (dez) dias contados do ato da distribuição do feito serão indeferidas, com posterior devolução dos documentos ao advogado ou à parte, mediante recibo”.

Essa obrigatoriedade – embora seja facilitadora da prática de atos de comunicação no decorrer do processo – não pode ser considerada como elemento definitivo do endereço do domicílio e da residência das partes para fins de requisitos da petição inicial, com a consequente extinção do processo sem resolução de mérito em caso de sua ausência.

O Código de Endereçamento Postal foi criado no Brasil pelos Correios em 1971 com objetivo de organizar, agilizar e facilitar a postagem, localização e distribuição das correspondências.²⁶ O CEP “é um conjunto numérico constituído de oito algarismos, cujo objetivo principal é orientar e acelerar o encaminhamento, o tratamento e a distribuição de objetos de correspondência, por meio da sua atribuição a localidades, logradouros, unidades dos Correios, serviços, órgãos públicos, empresas e edifícios” e sua finalidade “é racionalizar os métodos de separação da correspondência por meio da simplificação das fases dos processos de triagem, encaminhamento e distribuição, permitindo o tratamento mecanizado com a utilização de equipamentos eletrônicos de triagem”.²⁷

Observa-se, portanto, que o CEP não compõe o endereço do domicílio ou da residência do cidadão, mas sim, serve para racionalizar a forma de distribuição das correspondências pelos Correios.

O que o Autor precisa indicar na petição inicial é o endereço no qual o réu pode ser localizado para ser citado e o seu endereço para que possa ser intimado pessoalmente, se for o caso, para a prática de atos processuais. O relevante é que os dados fornecidos sejam suficientes para que o Poder Judiciário consiga localizar as partes. Como observa José Joaquim Calmon de Passos, “Às vezes sua indicação será genérica, como, por exemplo, rua Tal, s/n.o, ou na vila Tal, ou cidade Tal. Indicação dessa natureza é muito comum quando se trata de pequenas cidades do interior do Estado”.²⁸ Pode-se ainda, indicar locais onde a pessoa possa ser encontrada, como

24. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, v. III, p. 368-369.

25. GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil, v. II, p. 9.

26. Conf. Sistema de endereçamento postal no Brasil. Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Sistema_de_endereçamento_postal_no_Brasil>. Acesso em 29.01.2012.

27. Estrutura do CEP. Disponível em <http://www.correios.com.br/servicos/cep/cep_estrutura.cfm>. Acesso em 29.01.2012.

28. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Comentários ao Código de Processo Civil. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, v. III, p. 196.

exemplifica Daniel Amorim Assumpção Neves, “como o local em que comumente desfruta seus momentos de lazer (bar, restaurante, clube social, parques etc.) ou ainda em que exerça função ou profissão (escritório, consultório, empresa etc.)”.²⁹

A celeridade processual e a razoável duração do processo, garantias constitucionais do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB/1988), não serão alcançáveis somente pela agilidade dos Correios na distribuição das citações e intimações pessoais das partes, mas, principalmente, pela agilidade das Secretarias das Varas, Câmaras ou Turmas do Poder Judiciário que, muitas vezes, demoram meses para juntar um mandado de citação, um mandado de intimação, ou uma petição. A estruturação do Poder Judiciário para atender os cidadãos é muito mais importante que a mera indicação ou não de CEP. E mais, a sanção atribuída a sua ausência – extinção do processo sem resolução de mérito – atenta muito mais contra a concretude dos princípios da celeridade processual e da razoável duração do processo, uma vez que a tutela jurisdicional propriamente dita será denegada.

Ainda que se entenda que o CEP compõe o endereço, o que não nos parece acertado, cumpre ressaltar que o Código de Processo Civil exige a indicação do domicílio e residência das partes, com a finalidade de comunicá-lo dos atos processuais, e não o endereço completo, como faz a Resolução 021/2011/TP/TJMT.

O Poder Judiciário deve tolerar – e muitas vezes tem tolerado – eventuais erros ou imperfeições na indicação do endereço já que o direito processual civil é regido pelo princípio da instrumentalidade das formas, onde o ato processual que atinja seu fim, ainda que de forma diversa da prevista na lei, sem causar prejuízo a parte e ao processo, deve ser convalidado. Vale o brocardo francês *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo). Como leciona Carlos Alberto Carmona, o processo deve ser “totalmente informado pela idéia da instrumentalidade, de tal maneira que a petição inicial não pode ser encarada como um entrave para o acesso à ordem jurídica justa. Daí a necessidade de reler com atenção, paciência e boa vontade o artigo 282 do Código de Processo Civil. O objetivo desta releitura é o de procurar a máxima utilidade para cada item relacionado pelo legislador, expurgando o dispositivo legal de interpretações formalistas, que não servem para o processualista do terceiro milênio, identificando os elementos que estariam fora do núcleo indispensável para o deferimento da peça inicial do processo”.³⁰

Ainda mais quando é possível no processo, para fins de proteção (tutela jurisdicional) ao direito, a citação por edital em caso de ausência de endereço. José Joaquim

Calmon de Passos anota que “podem ser desconhecidos tanto o domicílio quanto a residência do réu. O que não impede a formulação da inicial, porque autorizada a citação do demandado por edital”.³¹ E Leonardo Greco observa que “há situações em que o autor não conhece o endereço do réu, nem onde ele possa ser encontrado; nesses casos, deverá fazer a chamada afirmação de ausência (CPC, art. 232-I), em que consignará o desconhecimento da residência ou domicílio do réu, afirmando, sob as penas da lei, que o seu paradeiro é ignorado”.³²

Com efeito, excepcionalmente, o Código de Processo Civil vigente, no art. 231, II, prevê a possibilidade de citação por edital do Réu que se encontre em local não sabido, incerto ou inacessível com a finalidade de evitar o perecimento de eventual direito.

Portais razões, a exigência de CEP na petição inicial – embora seja útil à racionalização da comunicação dos atos processuais pelos Correios – não pode ser considerada obrigatória uma vez que o CPC não exige essa informação, mas sim a indicação de domicílio e residência das partes com a finalidade de comunicá-las dos atos processuais. Ao exigir a indicação sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito, a Resolução 021/2011/TP/TJMT vai de encontro ao direito constitucional ao acesso à justiça. Se o Autor não dispuser do CEP do endereço do Réu, pode fornecer outros elementos suficientes para que ele possa ser localizado. Ao juiz cabe determinar a citação do Réu e não determinar a emenda da petição e, posteriormente, extinguir o processo.

2.5. Qualificação completa das partes, processo cooperativo e boa-fé processual

Não obstante não possam ser considerados requisitos essenciais da petição inicial, não se duvida que a indicação do número de registro no CPF ou no CNPJ e do CEP das partes seja útil para a perfeita individualização dos sujeitos da relação processual, para distinguir homônimos e evitar confusão de pessoas, para facilitar a verificação de litispendência e de prevenção, para a realização de atos executórios e, até mesmo, para facilitar a expedição de certidões pelos Tribunais e a consolidação de um banco de dados de pessoas. Concorda-se com isso.

A indicação de número de registro no CPF ou no CNPJ e a indicação de CEP do endereço do domicílio ou residência, ou qualquer outro meio que possibilite a qualificação das partes da forma mais completa possível é dever (processual) dos envolvidos na relação jurídica processual, decorrente da boa-fé e do dever de colaborar com o processo.

29. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 2 ed. São Paulo: Método, 2010, p. 279.

30. CARMONA, Carlos Alberto. Em torno da petição inicial, p. 44.

31. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Comentários ao Código de Processo Civil, v. III, p. 196.

32. GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil, v. II, p. 9.

O art. 14, inciso II do CPC prevê que: “são deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo proceder com lealdade e boa-fé”. Trata-se de uma norma de conduta – agir com boa-fé, objetivamente – que consagra o princípio constitucional processual implícito da boa-fé processual.³³

Este princípio da boa-fé processual impõe o dever de cooperação entre os sujeitos do processo.³⁴ Assim, cabe ao Autor, em regra, indicar o seu número de registro no CPF ou no CNPJ e manter atualizado seu endereço, se for o caso, com o CEP. Por boa-fé processual, inclusive, recomenda-se que o Autor apresente, ainda que em nota de rodapé, o motivo pelo qual deixou de informar o seu número no CPF ou no CNPJ e seu CEP, já que a regra na prática forense é a indicação desses elementos. “Somente um desconhecimento considerável da lei ou a má-fé em omitir determinado dado podem explicar uma qualificação deficitária do autor”.³⁵

O que não pode haver, principalmente, é a obrigatoriedade, sob pena de extinção do processo, de o Autor indicar esses dados do Réu. Não se pode fechar os olhos para o fato de que, muitas vezes, há dificuldades na identificação de todos os dados do Réu, mesmo os exigidos pelo art. 282 do CPC.

Após ser citado, cabe ele próprio – ao Réu – suprir os dados não indicados na petição inicial e manter atualizado o seu endereço, sob pena de arcar com os ônus processuais de sua não atualização. A mesma regra, quanto à atualização, vale para o Autor.

A esse respeito, dispõe o parágrafo único do art. 238 do CPC, incluído pela Lei n. 11.382/2006, que “presumem-se válidas as comunicações e intimações dirigidas ao endereço residencial ou profissional declinado na inicial, contestação ou embargos, cumprindo às partes atualizar o respectivo endereço sempre que houver modificação temporária ou definitiva”.

Assim, constitui indubitavelmente ônus das partes, decorrente do princípio da boa-fé processual e do dever de colaboração, declinar e manter atualizados seus endereços durante a tramitação do processo.

Constatada a má-fé da parte que, intencionalmente e maliciosamente, opuser resistência injustificada ao andamento do processo (art. 17, IV, CPC), seja ao omitir o número de registro no CPF ou no CNPJ (v. g., para evitar a identificação pelo Poder Judiciário de prevenção, de litispendência ou a realização de penhora on-line), seja ao não manter atualizado o endereço para a realização

de comunicação de atos processuais, cabe ao juízo ou ao tribunal, de ofício ou a requerimento, condenar o litigante de má-fé ao pagamento de multa, por improbidade processual, de até 1% sobre o valor da causa e, ainda, ao pagamento de indenização a parte contrária pelos prejuízos sofridos em decorrência do ato desprovido de boa-fé (art. 18, caput, CPC). Havendo litigância de má-fé, cabe a condenação, mas não a extinção do processo sem resolução de mérito, como dispõe a Resolução 021/2011/TP/TJMT.

3. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que a Resolução 021/2011/TP/TJMT é formalmente e materialmente incompatível com a Constituição de 1988.

Pelo aspecto formal, ao dispor sobre a obrigatoriedade de constar na petição inicial, na contestação e nos recursos o número no CPF ou no CNPJ e o CEP dos litigantes, exceto as causas que visem ao suprimento de registro de nascimento e aquelas em que tal procedimento seja absolutamente impossível, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito se o “vício” não for sanado no prazo de 10 (dez) dias contados da data de distribuição do feito, extrapola os limites constitucionais estabelecidos pelo art. 96, I da Constituição. Ao Tribunal compete disciplinar assuntos relativos à sua organização interna, à sua atividade administrativa e, não podem, em nenhuma hipótese, tratar de matérias processuais ou procedimentais.

Pelo aspecto material, essas exigências violam o princípio do acesso à justiça, direito fundamental do cidadão conforme art. 5o, XXXV da Constituição, uma vez que nenhum ato normativo pode retirar da apreciação do Poder Judiciário a prestação de tutela jurisdicional.

Ademais, do ponto de vista infraconstitucional, o Código de Processo Civil exige a indicação de nome, prenome e domicílio ou residência das partes, não impondo o dever de indicar o número de registro delas no CPF ou CNPJ e o CEP de seus endereços. O que importa para fins de nome e prenome é a individualização das partes e a verificação, pelo juiz, de suas legitimidades ad causam e ad processum. Quanto ao domicílio e à residência, a finalidade é permitir a prática de atos de comunicação, como a citação do réu e a intimação pessoal das partes e, eventualmente, fixar a competência territorial.

A exigência de indicação de número de registro no

33. Fredie Didier Jr. leciona que “Os sujeitos do processo devem comportar-se de acordo com a boa fé, que, nesse caso, deve ser entendida como uma norma de conduta (“boa fé objetiva”). Esse é o princípio da boa fé processual”. (DIDIER JUNIOR, Fredie. Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 79).

34. Sobre o dever de colaboração no processo civil, Daniel Mitidiero sustenta: “No processo

cooperativo, que é necessariamente ‘devido proceso legal’, além de objetivar-se a boa-fé, somando-se à perspectiva subjetiva a objetiva, reconhece-se que todos os participantes do processo, inclusive o juiz, devem agir lealmente em juízo”. (MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: RT, 2009, p. 5-96).

35. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil, p. 280.

CPF ou no CNPJ, apesar de ser útil para a individualização das partes, não pode ser considerada requisito da petição inicial já que o CPC não exige essa indicação, a sua razão de existir é tributária e a indicação obrigatória viola o direito constitucional ao acesso à justiça.

O CEP, embora seja útil para a comunicação de atos processuais pelos Correios, também não pode ser considerado requisito da petição inicial uma vez que ele não compõe o endereço do domicílio ou da residência da parte e também porque a sua ratio existendi é racionalizar a forma de distribuição das correspondências pelos Correios. O que é necessário ao processo é a indicação de endereço no qual o réu pode ser localizado para ser citado e o endereço de ambas as partes para que possam ser intimadas pessoalmente. Ao exigir a indicação, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito, a Resolução 021/2011/TP/TJMT vai de encontro ao direito constitucional ao acesso à justiça.

Não obstante não possam ser considerados requisitos da petição inicial, a indicação do número de registro no CPF ou no CNPJ e do CEP constitui dever processual das partes, decorrente da necessidade de agirem com boa-fé e do dever de colaboração.

Salvo melhor juízo, é o parecer.

Cuiabá/MT, 06 de fevereiro de 2012.

ANEXO I

Resolução do Tribunal Pleno

RESOLUÇÃO n.º 021/2011/TP

Dispõe sobre a obrigatoriedade de indicar na petição inicial protocolada no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso o número do Cadastro de Pessoas Físicas ou Jurídicas, o Registro Geral e o Código de Endereçamento Postal.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO, por meio do Tribunal Pleno, no uso de suas atribuições legais, e

CONSIDERANDO o princípio da celeridade processual, consagrado pelo inciso LXXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal;

CONSIDERANDO a necessidade de regulamentação específica das informações necessárias à apresentação de petições iniciais;

CONSIDERANDO que o art. 15 da Lei n. 11.419/2006 prevê que, "salvo impossibilidade que comprometa o acesso à justiça, a parte deverá informar, ao distribuir a petição inicial de qualquer ação judicial, o número no cadastro de pessoas físicas ou jurídicas, conforme o caso, perante a Secretaria da Receita Federal", ou seja, o CPF ou CNPJ;

CONSIDERANDO que a Resolução n. 46 do Conselho Nacional de Justiça, em seu art. 6º, dispõe que "o cadastramento de partes nos processos deverá ser realizado, prioritariamente, pelo nome ou razão social constante do cadastro de pessoas físicas ou jurídicas

perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil, mediante alimentação automática, observados os convênios e condições tecnológicas disponíveis";

CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal (REs. n. 460/2011), o Conselho da Justiça Federal (REs. n. 441) e o Superior Tribunal de Justiça (REs. n. 309/05) já dispõem sobre a necessidade de indicação do CPF ou CNPJ da parte nas petições protocoladas nesses tribunais;

CONSIDERANDO o Provimento n. 07/09-CGJ;

CONSIDERANDO que o artigo 133 da Constituição Federal estabelece que os advogados são auxiliares indispensáveis à administração da Justiça, incumbindo-lhes a missão de contribuir para torná-la mais efetiva e célere,

RESOLVE:

Art. 1º O advogado ou a parte, quando postular em causa própria ou em qualquer ação judicial, deverá consignar na petição inicial o número de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas – CPF ou o número de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ, bem como o endereço completo, incluindo o Código de Endereçamento Postal, dos litigantes.

§ 1º Excluem-se dessa obrigatoriedade as ações que visem ao suprimento de registro de nascimento e aquelas em que tal procedimento seja absolutamente impossível, após análise do magistrado responsável pela distribuição, na primeira instância, e pelo relator, na segunda instância.

§ 2º Se algum dos litigantes não tiver essas inscrições, referida circunstância deverá ser declarada na petição inicial, respondendo o declarante pela veracidade da afirmação.

§ 3º As petições iniciais que não atenderem ao disposto neste artigo e que não puderem ser sanadas no prazo de 10 (dez) dias contados do ato da distribuição do feito serão indeferidas, com posterior devolução dos documentos ao advogado ou à parte, mediante recibo.

Art. 2º O advogado da parte ré deverá mencionar, na contestação ou na primeira oportunidade em que se manifestar nos autos, o CPF ou o CNPJ de cada um dos réus, bem como o Código de Endereçamento Postal dos réus e do local em que as intimações serão recebidas, visto que compõe o endereço.

Art. 3º Na segunda instância, os advogados de recorrentes, recorridos ou terceiros interessados terão de informar o CPF ou o CNPJ de seus constituintes bem como o código de endereçamento postal em todas as petições dirigidas ao Tribunal, notadamente na primeira ocasião em que se manifestar nos autos.

Art. 4º Tais informações deverão ser fielmente cadastradas nos bancos de dados dos Sistemas Judiciários em uso no Poder Judiciário, servindo como base para pesquisa, inclusive de certidões.

Art. 5º Descumpridas as normas desta Resolução, o juiz ou relator determinará que seja sanada a omissão no prazo de até 10 (dez) dias.

Art. 6º Os casos omissos quanto à aplicação

desta Resolução serão decididos pelo magistrado que presidir a causa.

Art. 7º Esta Resolução deverá ser publicada 03 (três) vezes consecutivas no Diário da Justiça Eletrônico e entrará em vigor após a última publicação.

Art. 8º Revogam-se as disposições em contrário.

Sala das Sessões do Tribunal Pleno, em Cuiabá,
07 de novembro de 2011.

Des. RUBENS DE OLIVEIRA SANTOS FILHO
Presidente do Tribunal de Justiça

Des. JOSÉ FERREIRA LEITE

Des. JOSÉ JURANDIR DE LIMA

Des. JOSÉ TADEU CURY

Des. MARIANO ALONSO RIBEIRO TRAVASSOS

Des. ORLANDO DE ALMEIDA PERRI

Des. MANOEL ORNELLAS DE ALMEIDA

Des. PAULO DA CUNHA

Des. JOSÉ SILVÉRIO GOMES

Des. JUVENAL PEREIRA DA SILVA

Des. SEBASTIÃO DE MORAES FILHO

Des. JURACY PERSIANI

Des. MÁRCIO VIDAL

Des. RUI RAMOS RIBEIRO

Des. GUIOMAR TEODORO BORGES

Desa. MARIA HELENA GARGAGLIONE PÓVOAS

Des. CARLOS ALBERTO ALVES DA ROCHA

Des. GÉRSO FERREIRA PAES

Des. LUIZ FERREIRA DA SILVA

Desa. CLARICE CLAUDINO DA SILVA

Des. TEOMAR DE OLIVEIRA CORREIA

Des. ALBERTO FERREIRA DE SOUZA

Desa. MARIA EROTIDES KNEIP BARANJAK

Des. MARCOS MACHADO

Des. DIRCEU DOS SANTOS

Des. LUIZ CARLOS DA COSTA

Des. JOÃO FERREIRA FILHO

Des. PEDRO SAKAMOTO

UMA JUSTIÇA AFIRMATIVA DE FUTURO

Jones Figueirêdo Alves

Desembargador Decano do Tribunal de
Justiça de Pernambuco

01. No momento em que os novos dirigentes assumem os destinos do Judiciário estadual, escolhidos ao biênio 2012/2013, e consabido que o ritual solene institucional faz o protocolo de passagem, cumpre-nos a elevada honra de, em nome deste Tribunal de Justiça e da magistratura pernambucana, dirigir-lhes a palavra.

Palavra que celebra história, densifica júbilo, congrega sentimentos. Sobretudo, convicções do mérito de honra que notáveis membros da Corte recebem de seus pares ao serem sufragados à qualificação substancial de gestores maiores da Justiça, enquanto instituição de Poder. e assumem as suas tarefas, em admissão missionária do serviço confiado.

É sempre assim, uma ordem prática de inexorável tempo encerra um biênio (extremamente profícuo), outro lhe segue, os mesmos cargos diretivos ganham novos titulares, as expectativas se renovam e cada um, a seu turno, sobrepõe o bom desempenho, com os acréscimos de sua obra, nas mesmas diretrizes de uma justiça afirmativa.

Aperfeiçoa-se a esse novo tempo, a convicção de que a justiça envolve virtude e escolha, significando aumento de responsabilidades ao privilégio dirigente de dar sequência transformadora a um Poder em sucessivas melhorias, consolidar êxitos e interagir novos fazeres.

02. Saibam Vs. Exas. que o Tribunal está melhor, a justiça está melhor, muito além do amplo visível, muito além do possível esperado, quando identificados problemas, depurados erros, corrigidos desacertos e rumos, superados foram, em definitivo, os dogmas de modelos precários ou improvisados.

Resultaram exigidos, antes de mais, o compromisso absoluto de cada um com o verdadeiro interesse público, segundo o qual as pessoas haverão de render-se, sempre, aos sacrossantos deveres da instituição com os serviços de uma boa justiça; e a consciência crítica do poder fazer melhor e com maior precisão.

Nessa verdade estabelecida, o ex-Presidente des. José Fernandes de Lemos (2010-2011) empreendeu a cruzada intemorata das convicções de fé que nos conduzem à assertiva de que os tempos são outros, os tempos são novos. Sua gestão plasmou-se com austeridade, controle e credibilidade de um Judiciário mais comprometido com a sua própria identidade institucional, em prestígio da sociedade a que deve servir e tem servido com inegável capacidade de superação.

São estes tempos aguerridos, dotados de força moral, de resultados eficientes, de um Tribunal de Justiça irreversível e de esforços heróicos de seus juizes que agora vos recebem; colocado o altar da justiça no seu devido lugar. Tempos translúcidos e confiantes, de um Poder que se desvenda e dialoga com a sociedade.

Em bom rigor, não existe crise do Judiciário ou crise nele instaurada. A crise repousa, sim, na falta de bom senso de alguns que debitam a uma instituição inteiriça os malfeitos de raros, e as omissões de outros poucos, como se o país lograsse democracia com um Judiciário desacreditado ou impotente perante aqueles que, em fortuna de malícias, o preferem ineficaz para não alcançá-los nas diatribes de locupletamentos ou na voracidade dos desmandos. E assim o fazendo, debilitam a instituição, descurando a sua credibilidade e operosidade que servem de garantias constitucionais destinada a qualquer cidadão de bem e ao bem da sociedade.

A quem interessa, portanto, um Judiciário vulnerável ou juizes submetidos às Idiosincrasias de interesses obscuros de poderes subterrâneos ou a disputas internas?

A toda evidência, os juizes deste país, cômicos de sua missão, estiveram perplexos diante de embates ociosos ou de polêmicas desmensuradas, quando a grande discussão a se exigir e a mais crível de ser travada pertine, apenas e tão somente, à institucionalidade do próprio Poder no que lhe diz respeito ser eficiente e ágil, aprimorado na sua atuação judicante. Um sistema capaz de responder de forma adequada à missão constitucional de distribuição de justiça, ante as crescentes demandas, uma maior consciência

de cidadania e de direitos e as garantias de acesso funcional a essa provocação jurisdicional.

A tanto bastam-lhe os recursos adequados, infraestrutura material e de pessoal compatíveis, uma legislação avançada sem os rituais de cumplicidade formal com os recalitrantes da ordem jurídica, efetivando-se, às expensas, a política constitucional da Emenda nº 45, de 2004. Uma reforma judiciária que, ao fim e ao cabo de sete anos, ainda não obteve cumprir, rigorosamente, o princípio da razoável duração do processo.

Este o bom combate, em ordem, inclusive, de o contributo do Conselho Nacional de Justiça, de ímpar relevância, vir significá-lo irmanado na gestão compartilhada dos grandes temas e avanços do Judiciário. Um Conselho capaz, sobretudo, de enfrentar os impasses da falta de autossuficiência de tecnologia de informação dos tribunais e se apresentar como o maior gestor da eficiência do Judiciário.

03. É neste cenário de desafios que bem sabemos o quanto cada um de vós representa para a instituição judiciária, tamanha a magnitude da história pessoal que os apresenta perante esta Casa e perante todos.

São as credenciais de biografia, de atitudes da toga e de cidadão, as digitais colocadas no pergaminho da vida, que vos outorgam a maior autoridade. Em substância estão aptos às novas e nobres missões. Aptos em abertura de espíritos devotados. Mais que suficientes, por desígnio, resolutos na iniludível vocação de praticar justiça.

04. Para além disso, pela vez primeira, a Mesa Diretora do Tribunal é formada por desembargadores da Corte nela ingressos já no novo século, mais precisamente, em março de 2001 (Desembargador Jovaldo Nunes) e em abril 2002 (Desembargadores Fernando Eduardo e Frederico Neves). Tal fato assume, em si mesmo, uma forte simbologia, como pressuposto de invocação de futuro.

Vislumbra-se, em certeza categórica de imperativo kantiano, uma Mesa diretiva una, uníssona na sua trindade perfeita e dialogada, com a causalidade que construirá novos significados e sentido de modernidade às proposições de trabalho em gestão de justiça.

Na visão de ideias fecundas, de gestão estratégica e planejada, esta nova Mesa desenvolverá, indubitavelmente, uma justiça de ontologia contingente, situada na totalidade das aspirações sociais que a reconhecem como a maior expressão de valor. Valor que a sociedade identifica como a exata conformidade dos dinamismos da Justiça com seus próprios fins.

05. Há um halo brilhante de confiança que aqui, em representação, se renova, no ritmo inexorável de uma Justiça

sempre à mercê de desafios de uma sociedade conflituosa e criminogênica, mas, a um só tempo, solidária e sensível na busca de seus direitos. A reclamar um jus dicere a seu amparo, no tempo de medida certa. Uma sociedade capaz de acreditar sempre, a cada demanda, na presteza dos julgados.

06. Segue-se entender, daí, que a crença de uma justiça de homens justos é, sobretudo, saber que o que é compatível a ela não significa os interesses de cada um, segundo princípios de justiça que lhes sejam mais pessoais ou convenientes.

A reivindicação de justiça não é simplista ou exauriente, no código das convenções. Justiça é fazer a coisa certa, conforme os provocativos dilemas de Michael Sandel – o mais instigante professor de Harvard e filósofo de sua geração –; e não situar teorias de moralidade baseadas em ideias utilitaristas. Os que a fazem, como homens e instituição, a escolhem, portanto, com a dignidade de viabilizá-la segundo o interesse social e o benefício de todos.

Eis o manto da justiça com o talho da sociedade. Virtude cívica e bem comum servem juntos à liturgia deste momento e à vigília desse novo tempo.

07. É, pois, com a toga tecida de humanidade, e com o conteúdo de vida judicante experiente e refletida, tornando-a mais leve e diáfona, que agora vos é reservado, eminentes Desembargadores Jovaldo Nunes, Fernando Eduardo e Frederico Neves, a regência eficiente do presente e a instigação abreviada do futuro do Judiciário, em percepção de uma efetividade ótima.

Bem é dizer, portanto, em uma visão aristotélica - com lógica e silogismo, em sua “Ética a Nicômaco” - que “nós observamos que todos os homens entendem chamar justiça essa espécie de disposição que torna os homens aptos a executar as ações justas e que os faz agir justamente e querer as coisas justas” (V,1, 112a6). Igualmente é certo, como refletiu Platão, que conhecimento e justiça são inseparáveis, e esta, em sua maior latitude, deve se constituir na verdade em ação.

Em ser assim, para a melhor justiça sempre serão necessários homens melhores, homens sábios, e verdades sempre presentes.

08. Exatamente isso: homens humanistas, que se concretizam sólidos e inteiros em suas virtudes.

E como o bem se explica na personalidade equilibrada de quem reúne, sem qualquer temor, emoção e coragem conjugadas em favor da razão, vós sois as pessoas que, no curso de suas retílineas condutas, em equilíbrio harmonioso consigo, revelam o bem humano.

O bem que cada um deve ter em si como integridade

do caráter. E se os teóricos modernos da virtude a encontram como questões pessoais onde os indivíduos são, eles mesmos, responsáveis por seu caráter, há de se dizer que o potencial humano de justiça avocam as noções de bem e de virtude em substância que transcendam a nossa limitada condição humana.

09. Caríssimo Des. Jovaldo Nunes: a Paraíba ensinou e confirmou com Eptácio Pessoa, jurista, político, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Juiz da Corte Internacional de Justiça e Presidente do país (1919-1922), único brasileiro a ocupar a presidência dos três poderes da República, e com o saudoso Ministro Djaci Falcão, do STF - que também presidiu a nossa Corte e aqui empreendeu uma judicatura histórica - a grandeza de seus homens.

Agora, em V. Exa. ela se repete característica no seu destino triunfante. Desde o antigo distrito de Várzea da Ema, a povoação nativa, às margens do Rio dos Porcos, no sertão do Vale do Piancó, ao universo mais amplo das geografias reeditadas com a vinda ao Recife, aos dezesseis anos, a Paraíba de seu berço de origens vos contempla, nas muitas paisagens memorialistas de vida, testemunhando sua jornada vitoriosa.

Lado outro, há que assistir as cenas dignas do memorialismo regional de José Lins do Rego - paraibano do Pilar, criador do novo romance brasileiro - onde se reconhece no capitão Vitorino, o quixotesco sertanejo que em coragem moral aceita todas as lutas e por notável idealismo empreende a luta pelos fracos e pela verdadeira justiça, não a do imaginado moinho de ventos. Importava naquele personagem estóico a sua "liberdade de agir e de falar, conforme o que é justo e melhor para o homem" e, nesse contexto, "havendo por certo um ganho em grandeza humana".

Filho de serventuário de Justiça, o saudoso Antonio Nunes, e de Estela Gomes, e também servidor de justiça, na acepção mais acendrada e vertical, como serventuário por quinze anos, entre 1967 e 1982, e magistrado há trinta anos, o Desembargador Jovaldo Nunes é também um personagem do idealismo. Fundado na largueza de espírito liberto à capacidade de dialogar os mesmos sonhos, com toda a magistratura que nele deposita o ideário comum.

É homem que sabe ser firme nas decisões, com leveza de alma. Homem que se fez a si mesmo, "self-made man"; compreensivo na clareza persuasiva, oferece à toga a universalidade de validade das razões humanas do próprio direito.

Na Presidência deste Tribunal, a Corte e todo o Poder Judiciário estarão sob o incentivo indutor de Vossa Excelência, conjugando forças para uma resposta plena de justiça feita. Afinal, em elegia conforme o poeta, também do

Piancó, Ascendino Leite, a segura constatação:

"Sou tão sincero no que faço, que penso: Deus me segue...". Deus o segue, sim. E Deus o protegerá, sempre.

10. Caríssimo Des. Fernando Eduardo: o quinto constitucional, pela classe da advocacia, em vossa pessoa, resulta plenamente justificado, quando o seu labor judicante, no esmero mais eloqüente possível da proficiência, melhor o legitima.

Em menos palavras, a magistratura pressupõe juízes de seu talento, a ensinar que o direito posto resulta de uma aplicação correta do caso julgado, na minúcia dos autos bem lidos e interpretados. De conhecimento científico mais rigoroso, técnica e ânimo por justiça, Vossa Excelência é o oitavo membro oriundo da OAB a ter assento nesta Corte, desde a Constituição de 1934, a partir de Orlando Aguiar, na cadeira do sempre lembrado Antônio de Brito Alves e então sucedendo a Arthur Pio dos Santos.

Sua chegada trouxe consigo a legitimidade de uma eleição direta da classe, por ela sufragado como o mais votado desde então, após uma vitoriosa carreira de trinta anos de advocacia empresarial.

Também filho de servidores públicos, de poucas poses, sobremaneira virtuosos e devotados, Vossa Excelência, com eles aprendeu a ética de uma vida digna, traçando o paradigma existencial. Esteta da palavra, bem o sabe que os princípios da justiça se orientam nesse paradigma, a observar as implicações dos acertos, em luminosidade do exemplo paternal.

É nessa perspectiva centrada com inspiração dominante de uma instituição perfeitamente justa que a sua justiça ilumina esta Casa. Na Vice-Presidência, com particular sapiência, seu esmerado apuro jurídico ensinará grandes lições de direito.

11. Caríssimo Des. Frederico Neves: O verdadeiro é o todo, escreveu Hegel no prefácio à sua fenomenologia do espírito.

Por essa metafísica de compreensão, onde o direito é, a um só tempo, realidade social e princípio normativo e como tal a exigir colmatar o espaço abissal entre o ser e o dever-ser, de uma teoria pura do direito liberta de ingredientes factuais, Vossa Excelência tem contribuído, com notável sensibilidade, para aproximar o direito à sua dimensão objetivada de vida, como sentimento palpante de realidade.

Mais que isso, como jurista moderno, tem na processualística civil dimensionado o direito à medida de sua concretude substancial. Operador de percuciente presença

na doutrina nacional e na jurisdição mais avançada.

Eminente processualista, presidindo a Comissão da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), formada para colaborar com a preparação do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, Vossa Excelência tem colocado sua valiosa doutrina e experiência judicante a serviço de uma mais qualificada eficiência da jurisdição através do processo que, em verdade, serve à realização do direito e não constitui um fim em si mesmo.

Magistrado com vinte e seis anos de judicatura, tendo dirigido - a exemplo dos Des. Jovaldo Nunes e José Fernandes - a Escola da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE) e professor de escol, emprestará à Corregedoria Geral da Justiça uma nova feição correcional. Uma atuação corregedora ministerial em prestígio da orientação jurídica capaz de redefinir a relevância do processo judicial mais seguro e eficaz, como instrumento de presteza de justiça.

Estamos bem certos que o todo hegeliano, em verdade dialética dos novos destinos da Justiça, completa-se com o trabalho que Vossa Excelência dedicará na Mesa Diretora e, por identidade de razões, será a integração desse todo, que permitirá os mais importantes e significativos avanços de nossa Justiça.

Enfim, é mais um tempo de travessia. Deus, com exatidão evangélica, por solicitude e intercessão, faz erguer mais uma ponte inteira. Entre a instituição e os novos dirigentes do Judiciário de Pernambuco, e entre estes e a feliz ventura institucional de aprimorarmos todos juntos uma justiça afirmativa de futuro.

Deus guarneça o êxito na missão de cada um de vós.

Discurso de Saudação à nova Mesa Diretora do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, integrada pelos Desembargadores Jovaldo Nunes Gomes (Presidente), Fernando Eduardo Ferreira (Vice-Presidente) e Frederico Ricardo de Almeida Neves (Corregedor Geral da Justiça), proferido em nome da Corte de justiça estadual, em Sessão Solene do Tribunal Pleno, realizada em 09.02.2012.

CORTE ESPECIAL DO TJPE

Mandado de Segurança (Questão Relevante) nº 0264378-1

Impetrante: Mariana Vieira Sarmento

Impetrado: Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello, Desembargador Presidente da Comissão do Concurso Público para Provimento do Cargo de Juiz Substituto da Carreira da Magistratura do Estado de Pernambuco

Relator: Des. Fernando Ferreira

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO – SIMPLES COLEGIADO – DE COMISSÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DO CARGO DE JUIZ SUBSTITUTO DA CARREIRA DA MAGISTRATURA. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Tribunal de Justiça é incompetente para, originariamente, processar e julgar mandado de segurança contra ato de Comissão de Concurso Público para Provimento do Cargo de Juiz Substituto, que tem natureza jurídica de órgão auxiliar transitório do Poder Judiciário e que, nada obstante presidida por desembargador, mercê de comando de matiz constitucional é integrada por membro indicado pela Ordem dos Advogados do Brasil (CF, 93, I), reputado agente público honorífico. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, bem como do Tribunal de Justiça de Pernambuco, editados em consonância com a inteligência da Súmula nº 177/STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos com suscitação de Questão Relevante no Mandado de Segurança nº 0264378-1, julgada em 23 de janeiro de 2012 e em que figuram, como impetrante, Mariana Vieira Sarmento, e, como impetrado, Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello, Desembargador Presidente da Comissão do Concurso Público para Provimento do Cargo de Juiz Substituto da Carreira da Magistratura do Estado de Pernambuco, **ACORDAM** os Desembargadores da Corte Especial do Tribunal de Justiça de Pernambuco, unânimes, em reconhecer a relevância da questão e, por maioria, em declarar a incompetência absoluta do Tribunal de Justiça para, originariamente, processar e julgar o mandamus, com decorrente remessa do processo, por distribuição, a Juízo de Direito de Vara de Fazenda Pública da Capital, consoante relatório, votos e ementa que integram este acórdão.

Recife, 07 de fevereiro de 2012

Des. **Fernando Eduardo Ferreira**
Relator

Mandado de Segurança (Questão Relevante) nº 0264378-1**Impetrante:** Mariana Vieira Sarmento**Impetrado:** Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello, Desembargador Presidente da Comissão do Concurso Público para Provimento do Cargo de Juiz Substituto da Carreira da Magistratura do Estado de Pernambuco**Relator:** Des. Fernando Ferreira**QUESTÃO RELEVANTE**

Reverente à norma escrita na alínea m do art. 85 do RITJPE, ponho em mesa, *“em razão da existência de questão relevante que possa impedir o julgamento de mérito, por incompetência do órgão julgador ou manifesta inadmissibilidade da ação ou do recurso”*, suscitação de ofício da incompetência absoluta do Tribunal, por qualquer de seus órgãos, para – originariamente – processar e julgar este mandado de segurança, de vez que impetrado contra ato administrativo de exclusiva autoria da Comissão do Concurso Público para Provimento do Cargo de Juiz Substituto da Carreira da Magistratura do Estado de Pernambuco, presidida pelo desembargador Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello, distribuído aleatoriamente (na última terça-feira, 17/01) à minha relatoria pelo acervo deste órgão fracionário.

É que, conforme denúncia da impetrante veiculada por petição endereçada a estes autos logo após sua recepção neste Gabinete (fls. 107/110), estão sendo processados por eminentes integrantes desta Corte Especial mandados de segurança rigorosamente parelhos, porque aviados por outros candidatos que, à exemplo da requerente, não lograram pleno êxito na revisão de provas que prestaram na segunda etapa do certame. Isso, decerto, explica o que, a princípio, me pareceu um mero equívoco do distribuidor do processo, posto que, ao menos aparentemente, a circunstância que norteou o acatamento das distribuições desses outros feitos é a percepção de que, na medida em que o ato impugnado em todas essas ações seria ato do próprio tribunal, a competência da Corte Especial para – originariamente – processar e julgar o *mandamus* é definida pelo que está estampado no art. 22, nº I, alínea e, primeira figura, do citado diploma normativo doméstico.

Sucedede que, a par de outros julgados do Tribunal lavrados com fundamento em premissa diametralmente oposta, também muito recentemente, até porque concernente a impugnação mandamental contra ato comissivo de idêntica natureza relativo à primeira fase do mesmo certame (todos esses precedentes mais adiante identificados), o 1º Grupo de Câmaras Cíveis decidiu que na espécie a competência era de Vara da Fazenda Pública da Capital.

A relevância da questão, destarte, é manifesta, haja vista a perplexidade que causa ao jurisdicionado a dicção, num e noutro sentido, de decisões proferidas por órgãos do Tribunal em idênticas relações jurídico-processuais.

Realmente, o que se espera desta Corte é que, para o Sul ou para o Norte, para Leste ou para Oeste, defina – ainda que, por evidente, sem caráter erga omnes, nem

mesmo vinculante – o rumo a ser seguido, porque de fato não é sequer razoável se admitir que pretensões idênticas, eis que vinculadas através do mesmo tipo de ação excepcional, possam ser solucionadas em instâncias diversificadas do Judiciário local. Daí a proposta de tolerância de Vossas Excelências para a relevância desta suscitação.

Ou, por outras e mais esclarecedoras palavras, como assim pontificou o Des. Ricardo Paes Barreto em aguda intervenção quando de julgamento de mandado de segurança similar da relatoria do Des. Patriota Malta no 2º Grupo de Câmaras Cíveis:

“DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO:

E outra coisa que acho que é importante, é porque se define essa questão de competência do órgão para não ficar, como bem lembrou o Desembargador Patriota, em um foi de um jeito e em outro está sendo de outro. Só na última sessão foi que se despertou para essa questão da competência. Às vezes chegam dezenas de impetrações e uns têm mais percepção e observam essa questão.

DESEMBARGADOR ALBERTO VIRGÍNIO:

E cria-se o precedente.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO:

Cria-se o precedente. Os que passaram errados, de alguma forma, passaram. Nós não podemos retroagir. Mas, dali para frente, fica definido que nessas hipóteses, na altura dos que ainda são remanescentes, a competência é do primeiro grau” (TJPE-2º Grupo de Câmaras Cíveis, MS 182285-7, rel. Des. José Carlos Patriota Malta, v.u., j. em 21.10.2009, trecho extraído das notas taquigráficas da sessão, fl. 239 dos autos respectivos, ressalvadas as imperfeições do apanhado).

É o relatório no que, em essência, importava expor para demonstrar a relevância da arguição ex officio.

Des. **Fernando Eduardo Ferreira**
Relator

CORTE ESPECIAL

Questão de Ordem no Mandado de Segurança nº 0264378-1

Impetrante: Mariana Vieira Sarmento

Impetrado: Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello, Desembargador Presidente da Comissão do Concurso Público para Provimento do Cargo de Juiz Substituto da Carreira da Magistratura do Estado de Pernambuco

Relator: Des. Fernando Ferreira

VOTO

Mandado de segurança requerido, em caráter repressivo, contra ato administrativo dito “ilegal e abusivo do **PRESIDENTE DA COMISSÃO DO CONCURSO PARA O PROVIMENTO DE CARGO DE JUIZ SUBSTITUTO**, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello, cujo ato resultou na desclassificação da Impetrante do referido Concurso Público” (fl. 02 – transcrição fiel).

É importante notar que, ao inaugurar o capítulo “DOS PEDIDOS FINAIS” da peça de impetração, nestes termos absolutamente franciscanos, vale dizer, sem qualquer justificativa a respeito, a requerente afirma a competência da Corte Especial para processar e julgar este mandado de segurança:

“Em vista do que se expôs, requer a Impetrante:

i) que o presente Mandado de Segurança seja distribuído a um dos eminentes Desembargadores integrantes da Corte Especial desse Egrégio Tribunal;” (transcrição fiel).

Entretanto, como assinei na exposição desta questão de ordem, em petição posteriormente atravessada nestes autos a impetrante busca justificar seu entendimento agitando a tese de que o ato administrativo vergastado consubstanciaria ato do próprio Tribunal. Pelo que, à luz do quanto está escrito na primeira figura da alínea e do nº I do art. 22 do RITJPE, definida estaria a competência da Corte Especial para processar e julgar, originariamente, este writ.

Cuido, porém, equivocada a percepção da impetrante.

Com efeito, quanto ao indigitado certame até já os únicos atos praticados pelo Tribunal, através de sua Corte Especial – atos próprios –, consistiram **(i)** na edição da Resolução nº 280/2010, com posteriores pequenas alterações pela Resolução nº 295/2010, via da qual foi aprovado o Regulamento do concurso, e **(ii)** na indicação de dois desembargadores dentre os 3 que integram a Comissão do Concurso, que não o respectivo presidente (eis que esse foi indicado por ato pessoal do Presidente do TJ – COJE/PE, art. 101, última parte). Nada mais. Nem mesmo, e então por essa autoridade como titular do

cargo ou de seu órgão de cúpula diretivo (COJE/PE, Seção IV), o Edital foi subscrito pelo Tribunal. Até porque, consoante o diálogo entre as normas postas no art. 100, segunda figura, e no art. 21, nº I, da Resolução nº 75/09, do Conselho Nacional de Justiça, dito diploma normativo foi elaborado pela Comissão do Concurso, exclusivamente.

De modo que o ato açoitado, consistente na majoração, por provimento de recurso, de nota originariamente atribuída pela Fundação Carlos Chagas à Prova de Sentença – terceira prova da Fase de Seleção – a que se submeteu a impetrante, insuficiente, contudo, para lhe proporcionar sequer atingir a nota de corte 6,0, foi ato praticado **exclusivamente** pela Comissão do Concurso, no exercício de competência adrede conferida pelo Edital, como segue:

“Capítulo XVII – Dos Recursos

[...]

8. *No caso dos recursos processados por intermédio da Fundação Chagas, esta promoverá a separação dos requerimentos de interposição das respectivas razões recursais, estabelecendo entre elas apenas um vínculo numérico.*

8.1. *Em seguida, a Fundação Carlos Chagas, retendo os requerimentos de interposição, encaminhará à Secretaria do Concurso: (a) a lista dos candidatos recorrentes e a identificação numérica das respectivas razões recursais; e (b) uma via de cada uma das razões recursais (com a respectiva identificação numérica), acompanhada de parecer fundamentado e conclusivo pela procedência ou improcedência do recurso.*

8.2. *Uma vez recebido o material enviado pela Fundação Carlos Chagas, caberá à Secretaria do Concurso formar os processos correspondentes (com tombamento e autuação de cada uma das razões recursais), remetendo-os em seguida para a Comissão do Concurso, para fins de distribuição aleatória à relatoria de um dos seus componentes.*

9. *Cada recurso será distribuído por sorteio e alternadamente a um dos membros da Comissão, que funcionará como relator, vedado o julgamento monocrático.*

10. *A Comissão do Concurso decidirá pelo provimento ou pelo improvimento dos recursos interpostos, por maioria de votos (todos fundamentados), em sessão pública convocada para esse fim, mediante aviso publicado no Diário do Poder Judiciário do Estado de Pernambuco e no ‘site’ WWW.tjpe.jus.br (excetuados os casos expressamente previstos neste Edital, nos quais a necessidade de preservação do candidato obste a realização de sessão pública).”*

Certo, ademais, que ditas regras editalícias foram escritas em sintonia fina com a inteligência que deflui da exegese do disposto nos arts. 3º, par. único, e 22, nº III, da Resolução nº 75/09-CNJ.

Por isso mesmo, ou seja, na medida em que o ato guerreado foi praticado pela Comissão do Concurso no pleno uso de atribuição própria, afaste-se, de logo, qualquer conjectura de atuação pelo exercício de eventual **delegação administrativa** de quem quer que seja.

De mais a mais, a Comissão do Concurso, não fosse pela singela circunstância de – por força de norma de dignidade constitucional (CF, 93, I) – ser integrada, também, por representante indicado pela Seccional local da Ordem dos Advogados do Brasil, reputado agente público honorífico pelos mais acatados administrativistas, dita Comissão, repito, não integra o elenco de órgãos próprios do Tribunal, nem de jurisdição e nem de administração, versado no seu regimento interno, diploma esse ao qual compete definir tais órgãos próprios e estabelecer sua estrutura e funcionamento (COJE/PE, art. 20).

Efetivamente, a natureza jurídica do colegiado presidido pela autoridade averbada coatora é a de **órgão auxiliar transitório** do Poder Judiciário local. Diz isso lei formal, invocável por analogia.

Realmente, como se sabe, o Ministério Público avançou em relação à magistratura nacional, pois já logrou a promulgação de sua Lei Orgânica Nacional, Lei nº 8.625/93. Que define e posiciona a Comissão de Concurso na sua estrutura organizacional de maneira a ser observada no âmbito de cada unidade federativa, mercê de lei complementar de iniciativa facultada aos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados. De modo que, em Pernambuco, por imperativo da Lei Complementar nº 12/1994 (LOEMP), observadas as alterações ditadas, sucessivamente, pela LCE nº 21/98 e pela LCE nº 57/04, esse parâmetro da Comissão de Concurso é o seguinte:

*“Art. 7º - Integram a estrutura organizacional do **Ministério Público**:*

[...]

*IV – como **órgãos auxiliares do Ministério Público**:*

[...]

*c) a **Comissão de Concurso**;*

[...]

*Art. 26 – À Comissão de Concurso, **órgão auxiliar de natureza transitória**, incumbe realizar a seleção de candidatos ao ingresso na carreira do Ministério Público, observado o disposto no art. 129, § 3º, da Constituição Federal” (sem os destaques).*

Em matéria de simetria para o caso concreto, por evidente, onde se lê “Ministério Público” leia-se **Poder Judiciário do Estado** (e não Tribunal de Justiça, que com aquele não se confunde, posto dele ser órgão, como diz o art. 44 da Carta local).

Dúvida alguma me assalta, portanto, quanto à realidade lógico-jurídica subjacente de que o ato administrativo aqui impugnado, de natureza simples colegiada, jamais pode ser tido como ato próprio do Tribunal. E nem como ato, para cuja prática, direta ou indiretamente tenha concorrido o Presidente da Casa.

Não fosse assim, é dizer, pudesse prevalecer o entendimento da impetrante, este mandamus seria **natimorto** na medida em que, nada obstante deva responder pelo ato do colegiado que preside¹, o desembargador impetrado não pode ser invocado para em sede mandamental responder por ato do próprio Tribunal.

É que a única autoridade, a cujo cargo a lei confere atribuição ou competência – indelegável – para responder a writ assestado contra ato do próprio Tribunal, é seu Presidente (COJE/PE, art. 28, e RITJPE, art. 38, cabeça e nº I). E, por substituição “em suas férias, licenças e impedimentos ocasionais”, ao Vice-Presidente (RITJPE, art. 39, nº I); o qual, de seu turno, também excepcionalmente pode ser substituído pelo critério do decanato (RITJPE, art. 4º, par. único).

No caso, pois, e isto, repito, se pudesse prevalecer a tese da requerente (certo que não se tem aludida hipótese de atuação do impetrado como substituto – pelo decanato – do Presidente do Tribunal), é convir que cabível seria a **denegação** da ordem à luz do disposto no § 5º do art. 6º da lei de regência², pois essa autoridade então competente, o Presidente, não foi incluído no polo passivo da impetração. Sequer como litisconsorte necessário.

Afasto, destarte, a incidência na espécie da regra de competência fixada no art. 22, nº I, alínea e, do RITJPE.

Resta verificar, todavia, se outro órgão do Tribunal tem competência para, originariamente, processar e julgar esta ação mandamental.

Isso porque, especulativamente, alguém sempre poderá argumentar que o ato – colegiado – terá sido praticado por desembargadores. E, se precedente pudesse ser a tese, o Tribunal, então por qualquer de seus Grupos de Câmaras Cíveis, teria a requestada competência na matéria, conforme o que está escrito no art. 24, nº I, última parte, do RITJPE.

Sucedo que de há muito, e hoje sem mínima divergência, o Superior Tribunal de Justiça fixou o entendimento (por analogia aqui aplicável) de que, quando se trata de mandado de segurança requerido contra ato de órgão colegiado – não integrado por Ministros de Estado, exclusivamente –, competente para dele originariamente conhecer é

1. “ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. PROCURADOR DO ESTADO. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM: PROCURADOR-GERAL. PRESENCIA DA COMISSÃO DO CERTAME. Em sede de mandado de segurança impetrado com o objetivo de impugnar decisão da Comissão do Concurso Público para Provimento no Cargo de Procurador do Estado, o Procurador-Geral, na condição de Presidente da referida Comis-

são, tem legitimidade passiva para responder pelos atos da integralidade dos membros desta. Recurso provido” (STJ-6ª T., RMS 6152/RN, rel. Min. Vicente Leal, v.u., DJU de 26.02.1996)

2. Lei nº 12.016/09, art. 6º: “§ 5º - Denega-se o mandado de segurança nos casos previstos pelo art. 267 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil”

Juízo de primeiro grau. Colho a propósito, até porque rigorosamente pertinente ao caso em análise, este vetusto julgado deveras emblemático no tema:

“PROCESSUAL – MANDADO DE SEGURANÇA – PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA – ATO PRATICADO COMO PRESIDENTE DE COMISSÃO DE CONCURSO – COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA – INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

I – As regras que outorgam competência originária aos tribunais, para conhecimento de mandado de segurança, por serem excepcionais, merecem interpretação restrita.

II – Compete aos Juízos estaduais de primeiro grau conhecer, originariamente, mandado de segurança contra ato de presidente de comissão de concurso, ainda que este ocupe, concomitantemente, o curso de Procurador-Geral de Justiça.

III – Constatada a incompetência originária do Tribunal (porque a autoridade impetrada carece de foro privilegiado) devolvem-se os autos para conhecimento pelo Juízo competente” (STJ-1ª T., RMS 1509/MA, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, v.u., DJU de 12.09.1994).

Por isso que, pouco depois da dicção desse precedente, ou seja, em novembro/96, e então em radical modificação do posicionamento estampado na Súmula nº 103 do extinto Tribunal Federal de Recursos, o Tribunal da Cidadania editou o enunciado nº 177 da súmula de sua jurisprudência dominante: *“O Superior Tribunal de Justiça é incompetente para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de órgão colegiado presidido por Ministro de Estado”.*

Convém inclusive deixar assentado que, salvante subsequente mitigação da aspereza de seu enunciado pela consideração de que o cabimento da Súmula nº 177 pressupõe a composição do órgão colegiado pela integração de agente com função distinta da de Ministro de Estado, hodiernamente o magistério jurisprudencial nela refletido é sufragado sem discrepância no Superior Tribunal de Justiça, como mostram estes recentes julgados: MS nº 17.617/DF, rel. Min. Teori Albino Zavascki, decisão monocrática publicada no DJe de **29.09.2011**; MS nº 13.092/DF, rel. Min. Mauro Campbell Marques, acórdão unânime da Primeira Seção publicado no DJe de **30.06.2010**; e AgRg no MS nº 14.726/DF, rel. Min. Luiz Fux, acórdão unânime da Primeira Seção publicado no DJe de **01.02.2010**.

No campo da doutrina, a respeito da inteligência da Súmula 177/STJ acatados doutrinadores pátrios (Roberval Rocha Ferreira Filho e Albino Carlos Martins Vieira por todos) asseveram:

“Os atos administrativos, quanto à composição da vontade que os conforma, podem ser classificados em simples e complexos. Estes, quando resultam da conjugação de vontades de órgãos distintos; aqueles, oriundos da manifestação jurídica de um único órgão. Os atos simples ainda podem ser

subdivididos em singulares ou colegiados, se provêm de um único agente, ou se do concurso de várias vontades unificadas de um mesmo órgão, no exercício da mesma função.

Quando o ato emana de órgão colegiado, a vontade que o perfaz é a do próprio colegiado, não a de um de seus membros, e é a partir desse substrato que se afere a competência do órgão jurisdicional para apreciar o mandado de segurança porventura impetrado contra o ato, pois a identificação da autoridade coatora é pressuposto básico para o endereçamento do 'writ'.

A prestação de informações pelo presidente do órgão não tem o condão de transformá-lo em autoridade coatora singular, até porque, na formação da vontade do grupo, sua posição pode ter sido vencida pela maioria. O presidente apenas representa o colegiado, não personifica o órgão nem a sua decisão.

Assim, o art. 105, I, da CF/1988, que atribui ao STJ competência para o processo e julgamento originário de mandado de segurança impetrado contra ato de ministro de Estado, dos comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal, por si só, não é suficiente para identificar a competência de apreciação do 'mandamus' contra decisões de órgãos colegiados. Nesses casos, a determinação há de ser fixada pela natureza e pelo nível hierárquico do órgão coator"³.

Na esteira desses magistérios jurisprudencial e doutrinário, então, e na medida em que decerto não se confundem o **órgão** e o **agente do órgão**, perceba-se circunstância crucial no caso em análise, ou seja, a circunstância de que o ato dito ilegal e abusivo proveio do concurso de vontades de vários agentes de um só órgão, "no exercício da mesma função". Essa **função**, destarte, não é ligada à atividade específica ou inerente ao cargo de desembargador. Porque o órgão colegiado é integrado por agente, o representante da OAB, que, conceituado – a exemplo do mesário eleitoral – como **agente público honorífico**, sequer é servidor público. Confira-se, pela lição de Hely Lopes Meirelles:

"Apreciados os órgãos públicos como centros de competência, aptos à realização das funções do Estado, vejamos, agora, as pessoas físicas que atuam como seus agentes, com parcelas de seu poder.

Agentes públicos – são todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal. Os agentes normalmente desempenham funções do órgão, distribuídas entre os cargos de que são titulares, mas excepcionalmente podem exercer funções sem cargo. A regra é a atribuição de funções múltiplas e genéricas ao órgão, as quais são repartidas especificamente entre os cargos, ou individualmente entre os agentes de função sem cargo.

[...]

Agentes honoríficos: *são cidadãos convocados, designados ou nomeados para prestar, transitoriamente, determinados serviços ao Estado, em razão de sua condição cívica, de sua honorabilidade ou de sua notória capacidade profissional, mas sem qualquer vínculo empregatício ou estatutário e, normalmente, sem remuneração. Tais serviços constituem o chamado 'múnus público', ou serviços públicos relevantes, de que são exemplos a função de jurado, de mesário eleitoral, de comissário de menores, de presidente ou membro de comissão de estudo ou de julgamento e outros dessa natureza.*

Os agentes honoríficos não são servidores públicos, mas momentaneamente exercem uma função pública e, enquanto a desempenham, sujeitam-se à hierarquia e disciplina do órgão a que estão servindo, podendo perceber um 'pro labore' e contar o período de trabalho como de serviço público" (destaques do original)⁴.

De seu turno, malgrado tema que – dada sua índole marcadamente processual – de regra não rende ensejo à sua apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, pelo menos em dois momentos, ambos em sítio de recurso em mandado de segurança, essa Corte Maior posicionou-se com a observância do mesmo princípio, como evidencia a ementa do seguinte julgado:

"COMPETÊNCIA – MANDADO DE SEGURANÇA – ATO DE MINISTRO DE ESTADO PRATICADO NA QUALIDADE DE PRESIDENTE DE ÓRGÃO COLEGIADO – JUÍZO FEDERAL x SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. À luz do disposto no artigo 105, inciso I, alínea 'b', da Constituição Federal, a competência do Superior Tribunal de Justiça em mandado de segurança pressupõe a posição do Ministro de Estado, como autoridade coatora, considerado o ato, comissivo ou omissivo, ligado à atividade específica que exerça, inerente ao cargo, ou seja, a atuação, em si, como Ministro de Estado, a integrar a mais alta equipe de assessores do Presidente da República. Tratando-se de procedimento relativo a órgão colegiado, como é o caso do Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, do qual o Ministro do Trabalho é presidente por força do disposto no § 1º do artigo 3º, da Lei nº 8.036/90, a competência para processar e julgar o mandado de segurança é do Juízo Federal. Precedente: recurso em mandado de segurança nº 10.078-DF, Pleno do Supremo Tribunal Federal, relator designado Ministro Pedro Chaves, julgado em 22 de agosto de 1962, publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência nº 28, páginas 90 a 92" (STF-2ª T., RMS nº 21560/DF, rel. Min. Marco Aurélio, v.u., DJU de 18.12.1992).

Mercê da relevância do precedente, convém a reprodução da suma do voto relatorial, no que interessa:

4. Hely Lopes Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro", Malheiros Editores, 27ª ed./2002, pp. 73/74 e 79

“O que se tem na hipótese vertente?”

O impetrante – de forma correta, ou não, não cabe a esta altura perquirir – objetivando levantar o saldo da respectiva conta do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, impetrou mandado de segurança indicando como autoridade coatora o Presidente do Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço que, por força de lei - § 1º do artigo 3º da Lei nº 8.036/90 – é o Ministro de Estado do Trabalho. Assim o fez porquanto é inconciliável com a noção de autoridade a figura em si de um colegiado. Tratando-se de mandado que ataque ato omissivo ou comissivo deste, a impetração deve ser dirigida, como foi, contra aquele que, na dicção oportuna de Pontes de Miranda, apresenta-o. Destarte, assenta-se como inafastável que o Impetrante, ao mencionar o Ministro de Estado do Trabalho como autoridade coatora, fê-lo não considerando o cargo por este ocupado na elevada assessoria do Presidente da República, isto é, o cargo de Ministro, mas a condição de Presidente de um órgão colegiado.

[...]

Neste mandado de segurança não está em questão ato do Ministro do Trabalho praticado, de forma direta, em tal condição, o que exclui a observância da regra da alínea ‘b’ do inciso I do artigo 105 da Carta. Procura-se afastar, isto sim, procedimento adotado, pelo Ministro, na condição de Presidente do Conselho Curador do Fundo, o que atrai a competência da Justiça Federal de primeiro grau. O fato de cuidar-se de ato omissivo do próprio presidente e não, em si, do Conselho, não modifica o panorama. É que, sendo do primeiro a omissão, está ligada à atividade inerente ao Conselho, isto segundo as razões da própria impetração”.

Sob a mesma ótica de que na espécie não se impugna ato individual e pessoal de magistrado (e, sim, de colegiado não exclusivamente integrado por magistrados) têm decidido outros Tribunais pátrios, como evidencia a seguinte ementa atribuída a recentíssimo julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em hipótese de pertinência ímpar com o caso em análise:

“MANDADO DE SEGURANÇA – COMPETÊNCIA – Ato de comissão de concurso presidida por Juiz de Direito – Não se tratando de ato pessoal e individual do Magistrado, inexistente competência originária do Tribunal de Justiça, pois a comissão não goza do foro privilegiado – Súmula 177 do STJ – Não conhecimento, determinando-se a remessa dos autos ao juízo de origem” (TJSP- 8ª Câmara de Direito Público, MS 0011120-60.2011.8.26.0000, rel. Des. Cristina Cotrofe, v.u., j. em 23.02.2011).

Idêntico posicionamento na matéria vem sendo predominantemente observado no âmbito deste Tribunal, por seus dois Grupos de Câmaras Cíveis, como dá notícia precedente do 2º Grupo de Câmaras Cíveis lavrado para questionamento de ato simples

colegiado em certame público similar a este, versado neste writ, assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS E TÍTULOS. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO CONCESSIVA DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE PASSIVA ‘AD CAUSAM’. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. EXTINÇÃO DO FEITO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, QUANTO AO PRIMEIRO REQUERIDO. SEGUNDO IMPETRADO SEM PRERROGATIVA DE FORO. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO TRIBUNAL PARA JULGAR O PROCESSO. REMESSA PARA O 1º GRAU DE JURISDIÇÃO. EFEITO EXPANSIVO OBJETIVO EXTERNO CONFERIDO AO EXERCÍCIO RECURSAL. ANÁLISE DO MÉRITO DO AGRAVO PREJUDICADA. SUSCITAÇÃO DE OFÍCIO.

1. *Por imperativo decorrente da exegese harmônica de normativos diversos (Lei Complementar nº 12/1994 – LOEMP, com as alterações ditas, sucessivamente, pela Lei Complementar nº 21/1998 e pela Lei Complementar nº 57/2004, Resolução RES-CSMP nº 001/2008, que estabeleceu o ‘Regulamento do Concurso para Ingresso na Carreira do Ministério Público do Estado de Pernambuco’, ‘Edital de Abertura de Inscrições nº 001/2008’, ‘Edital de Inscrições Preliminares nº 003/2008’ e ‘Edital de Divulgação dos Recursos das Inscrições Preliminares nº 005/2008’), a Comissão do Concurso Público para Provimento de Cargos de Promotor de Justiça e Promotor de Justiça Substituto, por seu Presidente, é quem deve responder a impugnação, em sede de mandado de segurança, de ato consistente no indeferimento de inscrição preliminar de candidato ao concurso.*

2. *Na espécie, o Procurador Geral de Justiça, cuja atuação isolada relativamente ao certame até então restou limitada à subscrição do edital de abertura e à delegação da Presidência da Comissão do Concurso a Procuradora de Justiça, não tem competência ou atribuição, nem mesmo mínima possibilidade, de rever – ou de refazer – o ato impugnado no mandado de segurança de origem, motivo pelo qual, conforme reiterados precedentes do Superior Tribunal de Justiça, deve ser excluído da lide (RMS 25208/SC, rel. Ministro Felix Fischer, DJ de 05.05.2008, MS 9933/DF, rel. Ministro Arnaldo Esteves de Lima, DJ de 06.03.2006 e RMS 24116/AM, rel. Ministro Felix Fischer, DJ 02.06.2008).*

3. *A Seção de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que agente da Administração Pública, cujo exercício do cargo lhe confere a prerrogativa do foro privilegiado, ‘só é parte legítima para figurar como autoridade coatora quando pratica pessoalmente o ato impugnado’, não cabendo sua indicação em mandado de segurança, destarte, para responder pela defesa de ato ‘praticado por delegado seu’ (MS 6669/DF, rel. Ministra Eliana Calmon, DJ de 13.08.2001).*

4. *Sob a égide da norma estampada na alínea ‘a’ do nº I do art. 24 do Regimento Interno, Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça de Pernambuco não é competente para processar e julgar mandado de segurança contra ato praticado por Comissão de Concurso Público.*

5. Mandado de segurança extinto sem resolução de mérito quanto ao Procurador Geral de Justiça, por efeito expansivo objetivo externo que adornou questão de ordem – suscitada de ofício em sítio de agravo do regimento – de sua ilegitimidade passiva ‘ad causam’, e conseqüente determinação de remessa do processo para distribuição a um dos competentes Juízos de Direito da Comarca da Capital, local onde se situa a sede funcional da outra impetrada, com a desconstituição, por nulidade, da liminar agravada (CPC, art. 113, § 2º) – TJPE-2º Grupo de Câmaras Cíveis, AgRg no MS 174356-6/01, rel. Des. Fernando Ferreira, v.u., DJe de 08.06.2010, acórdão transitado em julgado.

No mesmo sentido, também muito recentemente, até porque concernente a impugnação mandamental contra ato comissivo de idêntica natureza relativo à primeira fase do mesmo vestibular, o 1º Grupo de Câmaras Cíveis decidiu que na espécie a competência é de Vara da Fazenda Pública da Capital (MS 241706-7, rel. Des. Eduardo Sertório, decisão unipessoal publicada no DJe de 05.05.2011, transitada em julgado).

Lado outro, não se argumente que, por se tratar de questionamento em torno de critério de revisão de prova em concurso público de interesse do Poder Judiciário local, por isso que patrocinado pelo TJPE, ao arrepio da norma regimental pertinente a relevância da matéria definiria a competência originária de seu órgão jurisdicional máximo para processar e julgar esta ação excepcional.

Com efeito, tanto não se argumente porque, desde sempre, os Tribunais Superiores definem que para a fixação da competência em casos que tais é “irrelevante a natureza jurídica da questão a ser apreciada no ‘mandamus’”, como está posto na ementa de mais um dos muitos julgados ditados com a observância desse mesmo norte, como segue:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. AÇÃO MANDAMENTAL IMPUGNANDO CORREÇÃO DE PROVA. NATUREZA DA AUTORIDADE COATORA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. A competência para julgamento de mandado de segurança é fixada em razão do cargo ocupado pela autoridade apontada como coatora, sendo irrelevante a natureza jurídica da questão a ser apreciada no ‘mandamus’. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

2. No caso dos autos, a candidata impetrou ação mandamental para impugnar a correção de prova de concurso público, apontando como autoridade coatora o Presidente da Comissão de Processos Vestibulares da Universidade Federal de Campina Grande, órgão responsável pela realização do certame.

3. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 6ª Vara de Campina Grande – SJ/PB, ora suscitante” (STJ-Terceira Seção, CC nº 103.883/PB, rel. Min. Jorge Mussi, v.u., DJe de 21.02.2011).

Aliás, dada sua natureza pedagógica no tema, convém reproduzir esta passagem valorativa de outra peça – o voto condutor – desse recente acórdão:

“Sobre o tema, merece destaque a lição de Hely Lopes Meirelles:

‘A competência para julgar mandado de segurança define-se pela categoria da autoridade coatora e pela sua sede funcional.

(...)

Para os mandados de segurança contra atos de autoridades estaduais e municipais o juízo competente será sempre o da respectiva comarca, circunscrição ou distrito, segundo a organização judiciária de cada Estado, observados os princípios constitucionais e legais pertinentes.

(...)

Para a fixação do juízo competente em mandado de segurança não interessa a natureza do ato impugnado; o que importa é a sede da autoridade coatora e sua categoria funcional, reconhecida nas normas de organização judiciária pertinentes’ (MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. 26ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 68-70).

Nessa linha de pensamento, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se no sentido de que a competência para julgamento de mandado de segurança é fixada em razão da função ou do cargo da autoridade apontada como coatora, sendo irrelevante a natureza jurídica da questão a ser apreciada no ‘mandamus’ (Rcl 2439 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/09/2004, DJ 26-11-2004 PP 00005 EMENT VOL-02174-01 PP-00085).

Não é outro o entendimento desta Terceira Seção sobre o tema” (voto do Ministro Jorge Mussi).

O caso, portanto, é de incompetência absoluta ora declarada *ex officio* (CPC, art. 113).

Bem por isso, e, naturalmente, observada a necessidade da lavratura de acórdão caso venha a ser acolhida esta arguição (RITJPE, art. 123, § 1º, primeira parte), sou pela remessa deste processo – por distribuição – a um dos competentes Juízos de Direito da Comarca da Capital (Vara de Fazenda Pública), local da sede funcional do requerido, com as anotações de baixa nos registros correspondentes neste Tribunal.

É como voto.

Des. **Fernando Eduardo Ferreira**
Relator

Cursos de Pós-graduação da ESA/OAB em parceria com a UNINASSAU.

A ESA/OAB-PE em parceria com a Uninassau oferece cursos de pós-graduação em Direito nas cidades de:

Petrolina:

Direito Civil e Processo Civil

Garanhuns:

Direito Penal e Processo Penal
Direito Civil e Processo Civil

Limoeiro:

Direito Processual: Civil, Constitucional,
Penal e Trabalhista

Vitória:

Direito do Trabalho e Direito Previdenciário

Recife:

Direito do Consumidor*

* Parceria da ESA/OAB-PE, Procon e Uninassau.



UNINASSAU

CENTRO UNIVERSITÁRIO MAURÍCIO DE NASSAU
FAZENDO PARTE DA SUA HISTÓRIA

Grupo Ser Educacional  Gente criando o futuro

posgraduacao@mauricionassau.com.br

Inscrições e Mais Informações ESA/OAB-PE:

81-3224-7282 / 3224-2425 - Rua do Imperador, nº 307, Ed. Armando Monteiro Filho - 1º andar - Santo Antônio - Recife/PE

OS CURSOS DE GRANDE SUCESSO AGORA PELA INTERNET

www.misaelmontenegro.com.br

Profissionalizantes

Reforço Universitário

Concursos

OAB

Miniaulas

The screenshot displays the website's interface. At the top, there are navigation buttons for 'Início', 'Quem somos', 'Professores', 'Depoimentos', 'Cursos online', 'Notícias', 'Fale conosco', 'Estrutura online', 'Links', and 'Localização'. A search bar is located in the top right corner. The main banner features the text 'Curso completo PROCESSO CIVIL Prof. Misael Montenegro Filho' with a scale of justice icon. Below the banner, a 'Cursos Online' section lists various courses with 'Ver mais' buttons. A sidebar on the right contains 'Últimas notícias' and social media links for Facebook and YouTube. The footer includes the site's name, copyright information, and the Idealizzo logo.



CURSOS JURÍDICOS
MISAELO MONTENEGRO

