

JUSTIÇA & CIDADANIA



MINISTRO BENJAMIN ZYMLER
PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO 20 ANOS APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Editorial: A RESPEITABILIDADE DA TOGA E OS DOGMAS DE DOM QUIXOTE

www.editorajc.com.br

QUALIDADE. PRATICIDADE. INOVAÇÃO.

O novo site da Editora JC chega trazendo novidades.

Após um cadastro simples e rápido, você terá acesso a conteúdos exclusivos, além de outras vantagens que só os assinantes e usuários cadastrados da Revista Justiça & Cidadania possuem.



Siga-nos:



Twitter.com/editorajc



Facebook.com/revistajc

JUSTIÇA & CIDADANIA



Foto: Secom TCU

8

O Tribunal de Contas da União
20 anos após a Constituição
Federal de 1988



Foto: Arquivo J & C

A inefetividade
das leis



Foto: Ana Cláudia Andrade

Aplicação da prescrição
prevista no Art. 27 do
Código de Defesa
do Consumidor

18



Foto: Arquivo Pessoal

24 Jaboticaba, jeitinho
e controle de
constitucionalidade
de leis



Foto: Comercio

A possibilidade de
recuperação suspensiva
da falência para seu
encerramento

36

| | |
|--|----|
| EDITORIAL | 6 |
| O INÍCIO DO GOVERNO DILMA-TEMER | 14 |
| PORTADOR DE HIV E EXAME INVOLUNTÁRIO: BREVE REFLEXÃO SOBRE A DECISÃO DO STJ ACERCA DO DIREITO À INTIMIDADE | 23 |
| VALE-TRANSPORTE: POSSÍVEL SUA SUBSTITUIÇÃO POR DINHEIRO? | 26 |
| MUTIRÃO JUDICIÁRIO E O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL | 32 |
| NA DEMOCRACIA, O PODER DO POVO É SOBERANO | 40 |
| EM FOCO: União homoafetiva é reconhecida pelo STF | 42 |
| DOM QUIXOTE: Aposta na conciliação e mediação para resolver conflitos | 44 |
| DIÁLOGO JUDICIAL BRASIL X ESTADOS UNIDOS | 46 |
| PROTAGONISTA DA LIBERDADE | 50 |

JUSTIÇA & CIDADANIA

ORPHEU SANTOS SALLES
EDITOR

TIAGO SALLES
DIRETOR

ERIKA BRANCO
DIRETORA DE REDAÇÃO

DAVID SANTOS SALLES
EDITOR ASSISTENTE

MARIANA FRÓES
COORDENADORA DE ARTE E PRODUÇÃO

DIOGO TOMAZ
DIAGRAMADOR

GISELLE SOUZA
JORNALISTA COLABORADORA

VITRINA COMUNICAÇÃO
REVISÃO

EDITORA J & C

AV. RIO BRANCO, 14/18º ANDAR,
RIO DE JANEIRO – RJ CEP: 20090-000
TEL./FAX (21) 2240-0429

SUCURSAIS

SÃO PAULO

RAPHAEL SANTOS SALLES
AV. PAULISTA, 1765 / 13º ANDAR
SÃO PAULO – SP CEP: 01311-200
TEL. (11) 3266-6611

PORTO ALEGRE

DARCI NORTE REBELO
RUA RIACHUELO, 1038 / SL. 1102
ED. PLAZA FREITAS DE CASTRO
CENTRO – PORTO ALEGRE – RS
CEP: 90010-272
TEL. (51) 3211-5344

BRASÍLIA

ARNALDO GOMES
SCN, Q.1 – BL. E / SL. 715
EDIFÍCIO CENTRAL PARK
BRASÍLIA – DF CEP: 70711-903
TEL. (61) 3327-1228/29

CORRESPONDENTE

ARMANDO CARDOSO
TEL. (61) 9674-7569

EDITORAJC@EDITORAJC.COM.BR
WWW.EDITORAJC.COM.BR

CTP, IMPRESSÃO E ACABAMENTO
ZIT GRÁFICA E EDITORA LTDA

ISSN 1807-779X



Foto: Secom TCU

EDIÇÃO 130 • JUNHO DE 2011

CONSELHO EDITORIAL

BERNARDO CABRAL
Presidente

ORPHEU SANTOS SALLES
Secretário

ADILSON VIEIRA MACABU

ANDRÉ FONTES

ANTONIO CARLOS MARTINS SOARES

ANTÔNIO SOUZA PRUDENTE

ARI PARGENDLER

ARNALDO ESTEVES LIMA

ARNALDO LOPES SÜSSEKIND

AURÉLIO WANDER BASTOS

BENEDITO GONÇALVES

CARLOS ANTÔNIO NAVEGA

CARLOS AYRES BRITTO

CARLOS MÁRIO VELLOSO

CESAR ASFOR ROCHA

DALMO DE ABREU DALLARI

DARCI NORTE REBELO

EDSON CARVALHO VIDIGAL

ELIANA CALMON

ELLIS HERMYDIO FIGUEIRA

ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI

EROS ROBERTO GRAU

FÁBIO DE SALLES MEIRELLES

FERNANDO NEVES

FREDERICO JOSÉ GUEIROS

GILMAR FERREIRA MENDES

HUMBERTO GOMES DE BARROS

IVES GANDRA MARTINS

JERSON KELMAN

JOSÉ AUGUSTO DELGADO

JOSÉ CARLOS MURTA RIBEIRO

LÉLIS MARCOS TEIXEIRA

LUIS FELIPE SALOMÃO

LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS

LUIZ FUX

MARCO AURÉLIO MELLO

MARCUS FAVER

MASSAMI UYEDA

MAURICIO DINEPI

MAURO CAMPBELL

MAXIMINO GONÇALVES FONTES

NELSON HENRIQUE CALANDRA

NELSON TOMAZ BRAGA

NEY PRADO

PAULO FREITAS BARATA

ROBERTO ROSAS

SERGIO CAVALIERI FILHO

SIRO DARLAN

SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA

TIAGO SALLES

VOCÊ MEDE UM JORNAL PELO BRILHO DO SEU PASSADO
E PELO FUTURO BRILHANTE QUE SEUS LEITORES TÊM PELA FRENTE.

todos nós



JORNAL DO COMMERCIO, 183 ANOS.
SEMPRE BRILHANTE. AINDA PROMISSOR.

Jornal do Commercio
BRASIL

DOZE ANOS PRESTIGIANDO A RESPEITABILIDADE DA TOGA



Desde a fundação da Revista, em maio de 1999, mantemos como tônica fundamental da publicação o princípio da defesa intransigente do Poder Judiciário e da magistratura, da qual não nos afastamos e a qual pretendemos firmemente continuar mantendo. E é em defesa desse princípio que formulamos o presente editorial, comemorando os doze anos da Revista.

Nesse mesmo ano de 1999, participando, a convite do desembargador Gilberto Rêgo, de uma homenagem do Tribunal de Justiça ao presidente e ao vice-presidente do Supremo Tribunal Federal, ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio Mello, foi-lhes oferecido pela Revista o Troféu Dom Quixote de La Mancha. O alto significado das palavras de agradecimento proferidas na ocasião fizeram com que a Revista adotasse o troféu com a figura de Dom Quixote de La Mancha como seu símbolo a glorificar as personalidades da vida pública e privada, principalmente os membros da magistratura e os operadores do Direito que expressassem nos seus atos e ações lições de moralidade, ética, coragem, fé inabalável, pureza, amor puro, renúncia e determinação.

Vale relemburar, por extremamente oportunas, as magníficas e expressivas palavras ditas doze anos atrás, naquela ocasião, pelo Ministro Carlos Velloso: “Agradeço o Troféu que nos foi oferecido pelo Dr. Orpheu Santos Salles e pela Revista Justiça & Cidadania. Dr. Orpheu: o Quixote sempre foi o meu herói. Compreender o Quixote é muito importante, é compreender que todos nós estamos empenhados em salvar o nosso povo, em salvar a nossa Nação. Entender que somos os salvadores desta Nação, os salvadores deste País é entender o Quixote



às avessas. Preferimos, portanto, que haveremos de salvar este País e, assim, seremos fiéis ao Quixote. Vamos lutar para fazer deste Judiciário brasileiro um Poder cada vez mais independente, mais poderoso e mais respeitado, porque é o Poder Judiciário quem garante o direito declarado. Os direitos declarados consistem em uma realidade que se realiza no momento em que eles estão garantidos”.

Igualmente admiráveis foram as declarações do Ministro Marco Aurélio Mello, referindo-se à outorga do Troféu Dom Quixote de La Mancha: “Acabamos de receber uma distinção: um prêmio que nos confere a quadra vivida. É uma quadra que exige Dom Quixote. Exige àqueles que agem e combatem a apatia hoje relevada. Precisamos repensar o destino da nossa sociedade; precisamos marchar objetivando proporcionar ao povo brasileiro, àqueles 30 milhões que vivem na absoluta pobreza, o resguardo da própria dignidade do homem. E nesse campo, nós, operadores do Direito, que somos responsáveis pela segurança jurídica, devemos ser acima de tudo artífices da almejada Justiça. Este encontro revela que ainda sonhamos com dias melhores”.

Nesses doze anos de intensa atividade jornalística em prol da justiça e da cidadania, contamos, felizmente, com orgulho e satisfação com o apoio e a valiosa colaboração de juízes, desembargadores, ministros, promotores, procuradores da Justiça, defensores públicos, advogados e renomados juristas nacionais e até de além-mar, o que propiciou publicarmos 130 edições mensais, cujos artigos e matérias reconheceram a Revista como a mais importante e conceituada publicação jurídica do País.

Também nesses anos todos, retribuímos, em 21 solenidades realizadas em Cortes de Justiça, inclusive no Supremo Tribunal Federal, com a outorga dos troféus Dom Quixote de La Mancha e Sancho Pança a cerca de 400 personalidades que enriqueceram a Revista com seus artigos e matérias e que, inclusive, demonstraram ter pautado suas vidas e atividades na perseguição dos mesmos princípios e ideais de amor à Justiça, ética, moralidade, defesa aos desassistidos e injustiçados, como descritos pelo universal escritor Miguel Cervantes Saavedra e consignados às famosas personagens que criou em sua insuperável obra literária.

O mundo de hoje reclama a volta de Dom Quixote, pelo sentido dogmático de pureza, fidelidade, amor, coragem, renúncia, dignidade, altruísmo e determinação; por sentir que sem isso a sua vida não teria sentido. De todos os lados, sob os mais variados e diversos nomes e as mais contraditórias aparências, o que o homem dos nossos dias pede e reclama, e o que ansiosamente espera, é o retorno de Dom Quixote.

Eis a razão pela qual, mais do que se estivesse vivo e presente entre nós, Dom Quixote seria hoje da maior atualidade, pelos exemplos e fundadas esperanças de que seus princípios e dogmas venham a frutificar entre nós.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Orpheu Santos Salles'.

Orpheu Santos Salles
Editor

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO 20 ANOS APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Benjamin Zymler

Presidente do Tribunal de Contas da União

A ideia de criação de um Tribunal de Contas surgiu, pela primeira vez no Brasil, em 23 de junho de 1826, com a iniciativa de Felisberto Caldeira Brandt, Visconde de Barbacena e José Inácio Borges, que apresentaram projeto de lei nesse sentido ao Senado do Império.

As discussões em torno da criação de um Tribunal de Contas duraram quase um século, polarizadas entre aqueles que defendiam a sua necessidade – para quem as contas públicas deveriam ser examinadas por um órgão independente – e aqueles que o combatiam, por entenderem que as contas públicas poderiam continuar sendo controladas pelas mesmas instituições que as realizavam.

Somente com a queda do Império e com as reformas político-administrativas da jovem República, o Tribunal de Contas da União tornou-se realidade. Em 7 de novembro de 1890, por iniciativa do então ministro da Fazenda, Rui Barbosa, o Decreto nº 966-A criou o Tribunal de Contas da União, norteado pelos princípios da autonomia, fiscalização, julgamento, vigilância e energia.

A Constituição Federal de 1891, a primeira republicana, também por influência de Rui Barbosa, institucionalizou definitivamente o Tribunal de Contas da União, inscrevendo-o em seu artigo 89.

Contudo, a instalação do Tribunal somente ocorreu em 17 de janeiro de 1893, devido ao empenho do ministro da Fazenda do governo de Floriano Peixoto, Serzedello Corrêa.

Ao longo da história das Constituições brasileiras, o Tribunal de Contas da União foi, paulatinamente, ampliando suas atribuições.

Originariamente, o Tribunal teve competência para exame, revisão e julgamento de todas as operações relacionadas com a receita e a despesa da União. A fiscalização se fazia pelo sistema de registro prévio, ao contrário do atual que, em regra, é posterior.

Em fevereiro de 1987, a convocação da Assembleia Nacional Constituinte propiciou aos Tribunais de Contas ter suas competências e atribuições reinscritas na nova Carta de forma significativamente aumentada e fortalecida.

Na qualidade de relator-geral da Assembleia Nacional Constituinte, o senador Bernardo Cabral desempenhou papel central e muito colaborou para a criação normativa de uma entidade fiscalizadora superior autônoma, de jurisdição ampliada e com competências próprias, exclusivas e indelegáveis, fazendo com que o controle externo adquirisse novos contornos. Dizia o presidente daquela Assembleia, Deputado Ulysses Guimarães, que era espartana a dedicação do relator à confecção da carta constitucional. Foi também Ulysses Guimarães quem conferiu à nova Carta a denominação de “Constituição fiscalizadora”, de expressivo significado para o Tribunal de Contas.

Atualmente, o Tribunal de Contas da União é considerado órgão essencial para o Estado Democrático de Direito, especialmente porque atua como um guardião do princípio republicano da prestação de contas.

Embora o controle externo esteja a cargo do Poder Legislativo, a Constituição estabeleceu o Tribunal de Contas como órgão executor desse controle, dando-lhe exclusividade de atuação para o exercício dessa função.



Por esse motivo, sua esfera de atuação, com o advento da Constituição Federal de 1988, teve um considerável alargamento, bem traduzido em decisão prolatada no Supremo Tribunal Federal:

“(…) com superveniência da nova Constituição ampliou-se, de modo extremamente significativo, a esfera de atribuições dos Tribunais de Contas, os quais foram investidos de poderes jurídicos mais amplos, em decorrência de uma consciente opção política feita pelo legislador Constituinte, a revelar a inquestionável essencialidade dessa instituição surgida nos albores da República. A atuação dos Tribunais de Contas assume, por isso, importância fundamental no campo do controle externo e constitui, como natural decorrência do fortalecimento de sua atuação institucional, tema de irrecusável relevância.” (ADI 215 MC/PB. Rel. ministro Celso de Mello. DJ: 3/8/1990).

Ao lado de ter sido estendido a toda a sociedade – pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre bens, dinheiros e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária –, também passou a contar com um novo referencial para a fiscalização da gestão dos recursos públicos: o exame da legitimidade e da economicidade.

Assim, a partir de então, o controle externo passou a atuar não somente após a ocorrência dos fatos, mas também em

concomitância com a atuação administrativa e, em alguns casos, até mesmo antes. Do mesmo modo, não mais se circunscreve apenas ao exame da legalidade, legitimidade e economicidade, na medida em que deve averiguar se a Administração Pública pautou suas ações pelos princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência e todos os outros, implícita ou explicitamente, resguardados pela Constituição Federal.

No artigo 70 da Constituição Federal de 1988, observa-se, desde logo, que o Tribunal de Contas da União controlará, de forma irrestrita, todos os gastos oriundos de recursos públicos federais em seus aspectos contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial.

Merece destaque o fato de que a inclusão, pela primeira vez, do controle operacional permitiu a avaliação do desempenho da gestão pública, não somente quanto à legalidade, legitimidade e probidade de seus atos, como também da economicidade dos valores aplicados, comparando dispêndios efetuados e resultados colhidos.

Outros pontos que merecem ressalva são as previsões constantes dos parágrafos do artigo 74 da Constituição Federal. O § 1º determina aos responsáveis pelo controle interno que deem ciência ao Tribunal de Contas da União das irregularidades e ilegalidades de que tomarem conhecimento, sob pena de responsabilidade solidária. O § 2º, por sua vez, possibilita que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato denuncie a prática de ilegalidades ou irregularidades perante a Corte de Contas.

Quanto a este último dispositivo, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO comenta que “fica patenteado que a ordem jurídica brasileira tem nos Tribunais de Contas um instrumento de cidadania ativa”¹.

Em sua história contemporânea ao longo desses mais de vinte anos desde a Carta Magna de 1988, o Tribunal de Contas da União desenvolveu-se, qualificando seus técnicos e realizando prestigiados concursos públicos, e assumiu novos desafios. Hoje, o Tribunal de Contas da União encontra-se em uma posição na arquitetura do Estado muito mais definida e importante do que aquela ocupada em momentos anteriores, o que permite afirmar que a fase atual representa o período de maior pujança da Corte de Contas.

A partir de uma interpretação mais profunda dos dispositivos constitucionais relacionados ao Tribunal de Contas da União, associada à aprovação de algumas leis posteriores à Constituição de 1988, a Corte assumiu encargos e tarefas até então não incluídas entre as suas atribuições.

Com vistas a tornar mais abrangente e eficiente a sua ação fiscalizadora, de forma a alcançar as diversas áreas de atuação governamental, novas técnicas e instrumentos foram incorporados pelo Tribunal, tais como a avaliação de programas governamentais, a fiscalização na área de regulação, auditorias de obras públicas, auditorias ambientais, auditorias operacionais e a avaliação de políticas públicas.

Dentre as ferramentas de fiscalização acima mencionadas, merece destaque a atuação do Tribunal de Contas da União na área de obras públicas.

A questão vem sendo tratada de forma mais intensa pelo Congresso Nacional desde 1995. Naquele ano, criou-se a Comissão Temporária do Senado Federal para inventariar as obras inacabadas em todo o país, analisar a situação dessas obras, estabelecer uma escala de prioridade para a sua retomada, apontar indícios de irregularidades graves para a solicitação de auditorias ao Tribunal de Contas da União, propor legislação moralizadora para a sua execução, instituir mecanismos de acompanhamento pelo Poder Legislativo e, por fim, contribuir para o aperfeiçoamento do processo orçamentário.

A referida Comissão produziu relatório que refletiu grave quadro no gerenciamento de obras públicas no país: 2.214 obras inacabadas, cujo montante de investimento chegava a quase R\$ 15 bilhões.

A partir de 1997, foram inseridos comandos nas Leis de Diretrizes Orçamentárias (LDOs) que disciplinaram o controle externo nesse setor, identificando prazos e responsáveis para a realização de fiscalizações no âmbito do processo orçamentário anual. As aludidas leis passaram a conter dispositivos que impõem ao Tribunal de Contas da União a obrigação de remeter à Comissão Mista Permanente, de que trata o § 1º do artigo 166 da Constituição Federal, informações gerenciais sobre a execução físico-financeira dos subtítulos mais relevantes constantes dos orçamentos fiscal, de investimento e da seguridade social. Essas informações, nos termos inseridos nas LDOs recentes, têm sido remetidas àquela Comissão até o dia 30 de setembro de cada exercício.

Já o anexo de obras irregulares da Lei Orçamentária Anual (atual Anexo VI) tem sua origem em 1999, quando, motivado pela constatação de desvio de recursos públicos na construção da nova sede do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, o Congresso Nacional decidiu rever os procedimentos relativos à alocação de recursos no orçamento da União para as obras nas quais havia indícios de irregularidades graves.

A partir desse diagnóstico, o Congresso passou a determinar ao Tribunal de Contas da União que fizesse levantamentos anuais das obras mais importantes, segundo parâmetros e critérios estabelecidos na própria Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), e o informasse para subsidiar a elaboração da proposta de orçamento anual.

Com a finalidade de sistematizar e padronizar as informações prestadas ao Congresso Nacional, o Tribunal desenvolveu, em 1998, o sistema informatizado denominado FISCOBRAS. Esse sistema, acessível às unidades técnicas do Tribunal em todo o país, por intermédio de sua rede interna, vem sendo aprimorado a cada ano, com vistas à permanente evolução da qualidade dos dados enviados à Comissão Mista de Orçamento².

O encaminhamento desses levantamentos tem-se revelado útil ao Poder Legislativo, pois servem como referencial para a alocação de recursos orçamentários. As leis orçamentárias anuais estabelecem, com base nessas informações, a vedação da execução orçamentária e financeira dos contratos, convênios, parcelas ou subtrechos relacionados com obras ou serviços que apresentem indícios de irregularidade grave, apontados pelo Tribunal de Contas da União, até deliberação em contrário da Comissão Mista.

No ano de 2010, o Tribunal de Contas da União realizou 231 fiscalizações *in loco* (do total de 426 fiscalizações de obras), as quais contemplaram as mais relevantes funções orçamentárias detentoras de recursos do Orçamento-Geral da União de 2010. Entre as auditorias, destacaram-se, em relação à quantidade de fiscalizações realizadas, as funções Transporte, Previdência Social, Saneamento, Energia e Urbanismo, com 92, 36, 24, 22 e 21 fiscalizações, respectivamente. O montante de recursos orçamentários fiscalizados foi superior a R\$ 35 bilhões.

Já a atuação prévia do Tribunal, por meio da adoção de medidas cautelares com o objetivo de evitar grave lesão ao erário ou ao direito alheio, envolveu a cifra de R\$ 2,46 bilhões. Esses resultados evidenciam o mérito da visão proativa adotada pelo Tribunal em relação à despesa pública.

O exercício dessa tarefa de fiscalização de obras tem sido considerado prioridade pelos dirigentes do Tribunal. Vale destacar que, em sua atual estrutura, o Tribunal de Contas da União conta com quatro unidades técnicas especializadas no assunto, as Secretarias de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União (Secobs), que gerenciam e supervisionam as fiscalizações em obras, cada uma responsável por áreas específicas, tais como energia, portos, hidrovias, rodovias, aeroportos, edificações e infraestrutura urbana.

Dentre as variadas facetas do controle externo, cumpre destacar, também, o controle que o Tribunal de Contas da União

exerce sobre os órgãos e entidades estatais encarregados de regular a prestação de serviços públicos delegados.

Os trabalhos inicialmente desenvolvidos pelo Tribunal concernentes ao acompanhamento de concessões trataram de rodovias federais. Posteriormente, o Tribunal decidiu, dada a relevância do tema, criar norma interna sobre a fiscalização de concessões, permissões e autorizações de serviços públicos federais. Desse modo, foi editada a Instrução Normativa nº 10, de 1995, depois substituída pela Instrução Normativa nº 27, de 1998.

A referida instrução prevê o acompanhamento das concessões, permissões e autorizações de serviços públicos em dois momentos distintos, quais sejam a fase do acompanhamento da outorga e a do acompanhamento da execução contratual.

Desde 1998, ao perceber mudanças advindas da reforma do Estado brasileiro, o Tribunal de Contas da União criou uma unidade técnica voltada essencialmente para a análise dos processos de privatização e para o controle da atuação dos órgãos reguladores: a Secretaria de Fiscalização e Desestatização (Sefid).

Após uma reestruturação ocorrida no Tribunal, o acompanhamento dos atos de gestão orçamentária das agências reguladoras ficou a cargo de outra unidade técnica, permitindo que a Sefid pudesse alocar toda a sua força de trabalho para a verificação dos atos associados à regulação dos serviços públicos.

Atualmente, existem na estrutura do Tribunal duas Sefids, que se dedicam a acompanhar a prestação de serviços públicos nas áreas de energia elétrica, telecomunicações, serviços postais, portos, rodovias, ferrovias, transportes de passageiros interestaduais e internacionais, estações aduaneiras interiores, petróleo e gás natural.

Ao longo dos últimos anos, o Tribunal tem proposto, por iniciativa própria, uma vasta gama de atividades na área de regulação. Igualmente, tem recebido uma série de demandas externas, principalmente das Casas do Congresso Nacional e do Ministério Público Federal. A diversidade e a complexidade dessas matérias impõe alto nível de especialização das equipes técnicas, o que vem exigindo do Tribunal grande esforço na área de capacitação de pessoal.

A esse respeito, cumpre mencionar que o Tribunal de Contas da União, nos últimos anos, vem se abrindo cada vez mais para se inter-relacionar com outras esferas de controle, subsidiando trabalhos de tomada de contas especiais, procedimentos instaurados pelo Ministério Público Federal e investigações realizadas pela Polícia Federal, dentre outros, bem como cedendo servidores a demais órgãos da Administração Pública.

O Tribunal mantém acordos de cooperação técnica com vários órgãos das diferentes esferas de governo, tais como Advocacia-Geral da União, Caixa Econômica Federal, Casa Civil da Presidência da República, Conselho Nacional de Justiça, Controladoria Geral da União, Superior Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal Federal, Secretaria da Receita Federal, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral e diversos Tribunais de Contas estaduais. Na maior parte dessas parcerias, estão previstas ações de treinamento

de servidores, intercâmbio de informações, cooperação técnica e fiscalização de recursos públicos federais repassados a unidades estaduais e municipais.

Com efeito, a cooperação com os órgãos públicos é iniciativa fundamental para melhorar a Administração Pública e para conferir maior celeridade e racionalidade ao processo de controle. Nesse contexto, a proximidade com o Congresso Nacional assume aspecto de maior relevância, haja vista que a ele pertence a titularidade do controle externo.

Dentre as iniciativas promovidas pelo Congresso Nacional para fomentar a participação da sociedade civil organizada no exercício das atividades relacionadas com o Poder Legislativo, destacam-se as audiências públicas, reuniões promovidas pelas diversas Comissões das Casas do Parlamento como instrumento destinado a instruir as matérias em trâmite, bem como tratar de assuntos relevantes de interesse público.

Os planos institucionais do Tribunal de Contas da União, a seu turno, estabelecem ações voltadas ao fortalecimento do canal de comunicação com o Congresso Nacional, à ampliação da oferta de produtos e à apresentação de trabalhos relevantes do Tribunal ao Parlamento.

Desse modo, a Corte de Contas participou de várias audiências, as quais contaram com representantes de diversos órgãos e entidades da Administração Pública, da iniciativa privada e da sociedade civil.

Além disso, um grande desafio que se impõe, neste momento, ao Tribunal de Contas da União é a Copa do Mundo de Futebol de 2014. Desde que o Brasil foi confirmado como país-sede do campeonato, o Tribunal manifestou preocupação quanto à necessidade de realizar o acompanhamento das ações governamentais relacionadas ao evento, dadas a materialidade, a relevância e o risco a que essas despesas estão sujeitas. Estima-se que os gastos deverão superar R\$ 17,3 bilhões, considerando apenas os recursos da União e os empréstimos dos bancos oficiais, sendo R\$ 11,3 bilhões para obras de estádios e de mobilidade urbana e R\$ 6,0 bilhões para reforma e ampliação de aeroportos e portos.

Nesse contexto, o Tribunal de Contas da União vem adotando uma série de medidas para fortalecer a sua atuação fiscalizadora sobre as diversas ações e projetos envolvendo a Copa de 2014 e contribuir para o aperfeiçoamento da gestão e para a redução dos riscos de desvios e de desperdício de recursos na organização do evento.

Dentre as ações adotadas pelo Tribunal para acompanhar os processos referentes à preparação e à realização da Copa de 2014, destacam-se: (i) a assinatura, juntamente com a Câmara dos Deputados, o Senado Federal e os Tribunais de Contas dos estados e dos municípios que sediarão os jogos, do Protocolo de Intenções que constituiu a Rede de Informações para Fiscalização e Controle dos Gastos Públicos na Organização da Copa do Mundo de 2014 (Rede da Copa); e (ii) a deliberação adotada pela Rede da Copa no sentido de os Tribunais de Contas expedirem normativos, nas suas respectivas esferas de competência, disciplinando a alimentação do portal pelos gestores das obras, compras e atividades relacionadas ao evento.

Adicionalmente, no âmbito do Tribunal de Contas da União, foi expedida a Instrução Normativa nº 62, de 2010, que, dentre outros assuntos, dispõe sobre: normas do controle a ser exercido pelo Tribunal em relação aos recursos públicos federais destinados à Copa do Mundo de 2014; forma de atualização do Portal criado pelo Ato nº 1/2009 da Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle do Senado Federal; contingenciamento de recursos; e acesso dos servidores do Tribunal aos canteiros de obras, aos ambientes de realização dos eventos e aos sistemas informatizados dos entes públicos.

A parceria formada pelos Tribunais de Contas estaduais e municipais e o Tribunal de Contas da União visa a fortalecer o trabalho de fiscalização preventiva, a aproximar as metodologias de controle e a oferecer à sociedade informações tempestivas sobre o uso do dinheiro público com a realização do Mundial de futebol. As ações de organização da Copa executadas por órgãos federais e as obras realizadas diretamente pela União, a exemplo de portos e aeroportos, são fiscalizadas pelo Tribunal de Contas da União. O Tribunal também analisa os empréstimos concedidos pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social e pela Caixa Econômica Federal a estados e a municípios.

Todas essas novas demandas envolvem não apenas as citadas Secretarias de Fiscalização de Obras, mas também a Secretaria Adjunta de Planejamento e Procedimento (Adplan), a Secretaria de Fiscalização e Desestatização (Sefid), a Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog) e outras Secretarias de Controle Externo do Tribunal.

Em relação às atividades relacionadas a órgãos e a entidades internacionais, o Tribunal de Contas da União mantém relações de cooperação com Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS) de vários países. A cooperação vai desde o mero atendimento a pesquisas e a outras trocas de informações até a organização de atividades de treinamento e intercâmbio técnico.

O Tribunal é uma instituição reconhecida pela comunidade das Entidades de Fiscalização Superior por sua ativa participação nos diversos fóruns de cooperação internacional. Além de ser membro efetivo de diversos grupos e comitês da Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (Intosai), o Tribunal preside o Subcomitê de Auditoria de Desempenho. Em todos esses fóruns, o Tribunal atua apresentando sua experiência técnica e contribuindo para o desenvolvimento de diretrizes e padrões internacionais de auditoria.

Não obstante encontrarem-se em vigor vários acordos bilaterais celebrados entre o Tribunal e outras EFS, maior ênfase tem sido dada à cooperação técnica que se desenvolve no contexto de acordos multilaterais de cooperação. Além de manter intercâmbio com entidades da Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores e de um de seus grupos regionais, a Organização Latino-americana e do Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores (Olacefs), o Tribunal mantém cooperação com a Organização das Instituições Supremas de Controle (ISC) da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP) e da Organização das Entidades Fiscalizadoras Superiores dos Países do Mercosul, Bolívia e Chile.

A estratégia internacional do Tribunal vem evoluindo no sentido de potencializar sinergias entre as diversas instâncias multilaterais de que faz parte. Com o apoio de agências internacionais de fomento, o Tribunal de Contas da União vem trabalhando para concretizar projetos de desenvolvimento institucional que beneficiem não só os profissionais que aqui trabalham, mas também o sistema de controle e as instituições governamentais do Brasil e dos países com os quais coopera.

É grande o desafio que se constitui o exercício do efetivo controle externo sobre a Administração Pública, que rapidamente se moderniza e opera em um ambiente de complexidade crescente e de mudanças aceleradas.

Por isso, é grande e continuada a preocupação do Tribunal de Contas da União em melhorar seus índices de desempenho por meio de políticas de aprimoramento dos seus processos de trabalho; do desenvolvimento de novas ferramentas e sistêmicas, em vista da atuação cada vez mais rigorosa e seletiva, em áreas de risco e de relevância; da busca de aperfeiçoamento da estrutura legal e normativa de suporte à atividade de controle externo; do trabalho em parceria com diversos órgãos públicos e com a Rede de Controle; e do constante investimento em capacitação de seu corpo técnico e gerencial.

No que toca ao aprimoramento dos processos de trabalho do Tribunal, teve especial destaque, em 2010, o lançamento do processo eletrônico de controle externo, que integra, em uma única interface, os diversos sistemas até então operacionalizados no parque de informática do Tribunal. Essa medida se reveste de singular importância estratégica, haja vista constituir um mecanismo de fomento à obtenção de crescentes ganhos econômicos e tecnológicos para o funcionamento do Tribunal, possibilitando um verdadeiro salto de qualidade nos serviços prestados à sociedade.

Ademais, nos últimos anos, foram alcançados significativos e expressivos resultados quanto ao recebimento de valores de débitos e multas imputados pela Corte de Contas. Já não se pode falar, como no passado, que os recolhimentos são irrisórios; longe disso, verifica-se que, há menos de uma década, não se obtinha sequer 3% de arrecadação do valor total dos débitos e multas imputados. Atualmente, conforme relatório anual de cobrança executiva apresentado pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, restou comprovado que, em uma análise de fluxo "recuperação/condenação", atingiu-se índice superior a 90% do que foi demandado.

Por outro lado, o quadro de pessoal da Secretaria do Tribunal de Contas da União dispõe de 2.710 cargos efetivos, dos quais 2.648 estavam ocupados ao final de 2010. Desse total, com dados já atualizados de 2011, há 1.495 auditores federais de controle externo – área controle externo – ativos, dos quais 1.478 em exercício.

Ocorre que a ampliação de seu espectro de atuação pelo ordenamento constitucional e legal vigente e, por consequência, a agregação de novas tarefas, exigiu do Tribunal de Contas da União uma expansão de suas atividades e uma difusão de suas competências inéditas em sua história.

Essa realidade gera, inevitavelmente, o receio de perda da capacidade que a Corte de Contas tem de realizar essas

múltiplas tarefas de maneira competente e satisfatória – traços reconhecidamente característicos do corpo técnico do Tribunal.

Sintonizado com esse contexto, o Tribunal tem investido significativamente em ações de treinamento, desenvolvimento de competências e educação continuada de seus recursos humanos. A profissionalização do servidor público é essencial à promoção de inovações na Administração Pública e à melhoria dos serviços prestados ao cidadão³.

Nesse contexto, uma das medidas que integram as novas diretrizes educacionais do Tribunal é o Programa de Aprimoramento Profissional em Auditoria (Proaudi), cujo objetivo é qualificar os diretores para desenvolver e supervisionar auditorias em conformidade com as Normas de Auditoria do Tribunal de Contas da União e com os demais padrões e requisitos estabelecidos em normas específicas do controle externo. O citado programa pretende capacitar, até o fim do primeiro semestre do corrente ano, 600 pessoas em auditoria governamental, com vistas a viabilizar o incremento quantitativo e qualitativo do esforço fiscalizatório do Tribunal.

Além disso, tornou-se inevitável e, mais importante, indispensável a expansão dos quadros do Tribunal no sentido de dotá-lo de condições compatíveis com a sua nova missão institucional, o que deve ocorrer acompanhado de um planejamento estratégico que leve a uma setorização maior do Tribunal e à criação de nichos de controle.

Diversas são as iniciativas adotadas pelo Tribunal de Contas da União no âmbito administrativo referentes às estratégias e planos, à gestão de pessoas e à utilização dos recursos, com o objetivo de dotar o controle externo do apoio necessário ao pleno exercício de suas competências constitucionais e legais.

O instrumento do planejamento, no âmbito do Tribunal, possui duas vertentes básicas: procura alinhar estratégias, processos e pessoas aos objetivos institucionais, por meio de metas anuais a serem alcançadas, e atua também como indutor da melhoria da gestão, na medida em que identifica problemas e respectivas causas e estabelece ações corretivas.

Diante do aumento do campo de atuação do Tribunal, conforme já mencionado, nos últimos anos, tem-se dado especial ênfase à função de planejamento, de forma a estabelecer prioridades e melhor atender as expectativas e demandas da sociedade e do Congresso Nacional. O estabelecimento de metas desafiadoras de desempenho, alinhadas às estratégias institucionais, tem contribuído para a melhoria dos resultados, o aperfeiçoamento da gestão de recursos e o desenvolvimento progressivo da organização.

Em dezembro de 2009, foi iniciada a formulação do novo Plano Estratégico do Tribunal de Contas da União – PET-TCU –, que terá vigência durante o período 2011-2015.

O PET-TCU tem como objetivo maior conduzir o Tribunal a melhores resultados na atuação do controle externo. O seu processo de formulação envolveu todo o corpo técnico e dirigentes do Tribunal, principalmente na etapa de diagnóstico institucional, momento em que foram detectados pontos fortes e fracos, além de oportunidades e ameaças presentes nos ambientes em que a Corte de Contas está inserida.

Como forma de preparar o Tribunal para eventos futuros que podem impactar sua atuação, foi inserida, no presente modelo estratégico, a técnica de análise de cenários prospectivos. A missão institucional e os objetivos estratégicos foram ajustados aos novos cenários, ao mesmo tempo em que a fiscalização dos recursos públicos e o apoio ao aprimoramento da Administração Pública permaneceram presentes na diretriz de atuação da Corte de Contas.

Inúmeros temas foram objeto de debate durante a formulação do PET-TCU, merecendo destaque: a avaliação de governança corporativa e dos controles internos dos órgãos públicos; a atuação em cooperação com a Rede de Controle; o ajuste de metodologias de fiscalização para a concomitância do controle; e o tratamento sistêmico de áreas relevantes para o país, como saúde, educação e previdência.

Em um futuro de mais curto prazo, o Tribunal traçou, ainda, ações estratégicas para o biênio 2011/2012 no âmbito das suas Secretarias-Gerais que envolvem desde a ampliação da capacidade e da disponibilidade da infraestrutura de tecnologia da informação, passando pelo aperfeiçoamento da gestão de contratos e dos planos de aquisição e manutenção e culminando no incremento da capacidade de trabalho e na redução do quantitativo de processos sobrestantes existentes em 31/12/2010.

Por tudo isso, é lícito reconhecer que o Tribunal de Contas da União apresenta-se como um órgão moderno e atento às mudanças impostas pelos novos tempos, e que, atuando na defesa dos interesses maiores do erário e da cidadania, contribui não apenas para o aperfeiçoamento da Administração Pública, mas também para a implementação de políticas governamentais.

Quanto ao controle externo, no atual estágio de desenvolvimento em que se encontra, pode-se afirmar que representa, pela sua magnitude e importância, uma promessa segura de estarem bem resguardados os interesses da sociedade quanto à garantia de observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, economicidade e legitimidade no trato da coisa pública.



NOTAS

¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos (um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 223, 2001, p. 20.

² A partir do exercício de 2002, o sistema FISCOBRAS passou a ser desenvolvido em plataforma web, o que propiciou importantes ganhos de velocidade e qualidade técnica para o usuário. Além disso, permitiu maior interação com outros bancos de dados usados pelo Tribunal e pela Receita Federal.

³ No Tribunal de Contas da União, as atividades de seleção, capacitação e desenvolvimento profissional estão a cargo do Instituto Serzedello Corrêa (ISC), criado pela Lei Orgânica do Tribunal (Lei no 8.443/1992) e instituído pela Resolução-TCU no 19, de 1994. Como unidade gestora das ações de educação corporativa na Corte de Contas, o ISC tem, nos últimos anos, trilhado diversos caminhos de modernização técnica, administrativa e gerencial, com vistas a atender às necessidades de desenvolvimento institucional do Tribunal e às exigências da sociedade brasileira por excelência na gestão pública.

O INÍCIO DO GOVERNO DILMA-TEMER

Ives Gandra da Silva Martins

Professor emérito das universidades Mackenzie,
UNIFMU, UNIFIEO, UNIP e CIEE
Membro do Conselho Editorial

Tem-me surpreendido a Presidente Dilma, em seu início de Governo. Nela não votei e, quando lutamos contra o regime de exceção, com armas diferentes – acredito sempre mais na arma da palavra –, não estava convencido de que a então guerrilha pretendesse derrubar o Governo para instalar uma democracia. Muitos guerrilheiros foram treinados em Cuba. Aliás, apesar de, no período, ter havido um pedido de confisco de meus bens e a abertura de IPM contra mim, não creio que aqueles vinte anos de governo militar tenham sido apenas “anos de chumbo”. O fato de não ser o País uma democracia – contra o que nós, Conselheiros da OAB, lutamos –, o Brasil evoluiu, economicamente. O Supremo Tribunal Federal, constituído à época de notáveis juristas, nunca se curvou ao Poder Executivo e este nunca pressionou o Pretório Excelso. Como advogado, sempre senti na Máxima Corte tal independência, que só a enaltece aos olhos da história.

É bem verdade que a então guerrilheira é hoje Presidente da República e eu continuo como modesto advogado provinciano, com posições opostas até a sua eleição.

O que, todavia, me impressiona positivamente são as linhas que parece estar impondo para “arrumar a casa”, que ficou desorganizada por conta do período eleitoral. No que

“ O Supremo Tribunal Federal, constituído à época de notáveis juristas, nunca se curvou ao Poder Executivo e este nunca pressionou o Pretório Excelso. Como advogado, sempre senti na Máxima Corte tal independência, que só a enaltece aos olhos da história. ”



diz respeito à política de juros, age corretamente para reduzir o aquecimento do consumo; em relação à política tributária, pretende fazer uma reforma segmentada, tendo como primeira sinalização a redução da tributação sobre a folha de salários; quanto ao salário mínimo, resolveu pagar o ônus da sensatez contra as reivindicações sindicais e manteve os R\$ 545,00; na política externa, fez com que o Brasil deixasse de acariciar ditadores e de servir como seu interlocutor nos organismos internacionais para seguir o decidido pelo concerto das nações; na política cambial, enfrenta o *dumping* dos países desenvolvidos ou da China com coragem, e pretende cortar as despesas de custeio de uma máquina burocrática esclerosada e adiposa. Por fim, tem um perfil de respeito ao cargo que ocupa, apenas se expondo, quando necessário, em suas manifestações. Como mulher culta, sabe que a dignidade da função exige postura condizente.

Não a conheço pessoalmente, mas minha mulher e eu passamos a respeitá-la mais como presidente do que como candidata.

Já seu vice – este é meu amigo e colega de reflexões acadêmicas – é um dos mais qualificados constitucionalistas do País, sendo assim respeitado nos meios jurídicos. A reforma política que defende é aquela de que o País necessita. Devem

ser eleitos para as Casas parlamentares os mais votados pelo povo e não os dependentes de candidatos chamarizes. A meu ver, os partidos sairiam fortalecidos com a fórmula de Michel, pois deixariam de buscar pessoas famosas para enfileirar candidatos inviáveis e passariam a buscar para seus quadros pessoas com vocação política e prestígio real. Além do mais, concentrar todas eleições num ano, impedindo quase meio ano de semiparalisação para cada pleito, é muito melhor.

Por fim, as indicações técnicas até agora feitas pela Presidente para o Banco Central, Receita Federal, STF e outras áreas do Poder conformam o perfil de burocracia profissionalizada que de há muito o País precisava.

Uma última palavra, sobre o Ministro da Justiça, José Eduardo Cardoso, respeitável professor de Direito Administrativo da PUC de São Paulo, a quem também admiro como colega de magistério e pelo seu perfil ético, o qual me parece estar desenvolvendo um trabalho sério na estruturação jurídica do governo.

Não votei na Presidente e continuarei a acompanhar seu desempenho, como todos os cidadãos deste País, a quem ela e os demais agentes públicos devem se dedicar e servir. Mas não posso deixar de reconhecer a agradável surpresa que constitui seu início de mandato.



A INEFETIVIDADE DAS LEIS

Antonio Carlos Martins Soares

Procurador Regional da República
Membro do Conselho Editorial

Nunca foi tão importante em nossa história republicana questionar a lei como resposta aos conflitos sociais e interpessoais.

A lei como produto de um grupo legiferante, supostamente elaborada por homens guiados pela reflexão e no interesse da coletividade, e aceita por aqueles que estarão a ela submetidos, constitui um mito do Estado de Direito.

Com efeito, nas últimas décadas de nossa história, o nosso corpo de legisladores, fato que a dolorosa experiência diuturna revela, nem é dado à reflexão e muito menos guiado pelo interesse público.

Como se constata, outrossim, e o que é mais grave ainda, os destinatários da norma, tão logo esta entra em vigor, resistem obstinadamente ao seu comando quando os seus interesses são contrariados.

Nesse ponto, poder-se-ia refutar, com boa dose de razão, que a natureza humana, como dizia Spinoza, “é de tal modo que cada um procura sempre com mais ardor o que lhe é útil a si mesmo, e que as leis que julga mais justas são as que creê necessárias à conservação e ao aumento dos seus bens, bem como defende a causa do próximo na medida em que supõe através disso tornar mais firme a sua situação” (SPINOSA. *Tratado político*. Ed. Editorial Estampa, Lisboa, 1977, p. 70).

Mas não é disso que se trata. O grau de rejeição que se verifica na nossa realidade ultrapassa sobremaneira essa reação natural a que alude Spinoza.

Entre nós, vem ganhando nitidez um fenômeno sociológico que não escapou à arguta observação de F. Comparato: a visão sistêmica da vida social nos conduz a enxergar a existência,

em todas as sociedades politicamente organizadas, de uma Constituição formal ao lado de uma Constituição real, ambas estreitamente unidas numa relação dialética permanente.

“A Constituição formal é um corpo unitário de normas, ou uma consolidação de leis fundamentais, as quais conformam todo o ordenamento jurídico estatal. Ela é sempre o produto de uma vontade política do próprio povo, ou, mais frequentemente, de alguém – pessoa individual ou assembleia política – que age em nome próprio, ou em nome do povo.

A Constituição real é a organização normativa dos poderes, públicos ou privados, efetivamente em vigor em determinada sociedade; organização composta de costumes, convenções e leis escritas, **fundadas na tradição e correspondente à mentalidade social predominante, isto é, aos valores, às opiniões e à visão do mundo que prevalecem no meio social** (grifo). A convivência dessas organizações constitucionais numa mesma sociedade obedece a um inter-relacionamento dialético. Elas jamais coincidem inteiramente; nenhuma consegue anular a outra, mas há sempre uma delas que predomina.” (COMPARATO. *Ética*. Ed. Cia. das Letras, 2006, p. 609).

Uma norma se diz socialmente eficaz quando se apresenta apta a produzir os efeitos por ela visados, ou quando encontra na realidade condições adequadas para produzir os seus efeitos. Como assinala T. Ferraz, “a efetividade ou eficácia social é uma forma de eficácia”. Assim, a falta de efetividade pode decorrer



tanto da elaboração defeituosa da norma (seja no preceito, seja na sanção) quanto da ausência de condições adequadas para produzir seus efeitos em face da realidade dos fatos.

Se a efetividade ou eficácia social depende de requisitos fáticos inexistentes na realidade, a ausência deles não afeta a validade da norma, senão a produção dos seus efeitos.

Destarte, a efetividade tem, assim, o sentido de sucesso normativo, influenciando decisivamente no aspecto da obediência social.

Por fim, para aferir o grau de eficácia de uma lei no contexto social, cumpre verificar, antes de tudo, quais as funções por ela visadas no plano normativo.

Por estrita objetividade, consideremos aqui apenas as normas que visam a impor ou a restringir comportamentos humanos.

Tomemos como exemplo uma lei que proibisse o consumo de tabaco em todas as suas espécies produzidas em escala industrial (como cigarros, charutos, cigarrilhas, etc.) sem abolir a sua fabricação em todo o território nacional, e que estabelecesse como sanção a pena de prisão, tão ao gosto do legislador brasileiro.

Na prática, a eficácia social de uma lei dessas resultaria, certamente, inviável. Em primeiro lugar, porque sem proibir a fabricação desses produtos, e ainda que proibisse, a fiscalização resultaria inteiramente ineficaz, considerando todas as dificuldades inerentes a ela, como *v.gratia*, o número insuficiente de fiscais, a extensão do território nacional e a

corrupção inerente a toda atividade de fiscalização. Em segundo lugar, porque esbarraria num forte sentimento de rejeição por parte de um expressivo segmento social constituído de pessoas usuárias do tabaco, cujo consumo, até hoje, representou uma prática socialmente aprovada. Em terceiro lugar, porque a combinação das dificuldades precedentes, somada à execução da pena, levaria o sistema prisional a uma situação caótica.

Tudo isso acaba por minar a própria efetividade das normas legais. É que por serem mal elaboradas tanto na forma como no fundo, passam a sensação de que terão vida curta e, também, por isso não ostentam outra condição própria das leis, ou seja, a sua durabilidade.

Nesse passo, é sempre atual a lição de Beccaria: “Quereis prevenir os delitos? Fazei que as leis sejam claras, simples, e que toda a força da nação esteja aplicada a defendê-la, e nenhuma parte desta seja empregada a destruí-las” (BECCARIA. *Dos delitos e das penas*. Ed. Rio, 1979, p. 110).

E aí chegamos ao ponto fundamental da questão tal como posta. O maior grau de adesão e observância das leis nasce da convicção de que elas, apesar de eventualmente contrariarem interesses pessoais, refletem o aperfeiçoamento das instituições sociais e guardam correspondência com as novas necessidades sociais reclamadas pela sociedade. Ou, em outras palavras, quando cada um de nós (no plano ideal), ou a maioria dos segmentos sociais está convencido de que ela é apta a alcançar a finalidade para a qual se destina.



APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO PREVISTA NO ART. 27 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ÀS DEMANDAS SOBRE FATO DO PRODUTO E DO SERVIÇO

Eliane Leve
Advogada

Introdução

O Código de Defesa do Consumidor dispõe em seu Art. 27 que é de cinco anos, contados do conhecimento do dano e da autoria, o prazo prescricional da pretensão do consumidor à reparação de danos decorrentes de fato do produto ou serviço (acidente de consumo), confira-se:

“Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e sua autoria”.

O referido Código reduziu bastante o prazo prescricional de vinte anos previsto no Código Civil de 1916, circunstância que levou alguns estudiosos a defenderem que o prazo maior do Código Civil antigo deveria ser aplicado às ações de indenização por fato do produto ou do serviço (acidente de consumo), já que não faria sentido que o Código de Defesa do Consumidor fosse mais prejudicial ao consumidor do que a lei comum.

A definição da lei aplicável em relação à prescrição gerou grande discussão doutrinária e jurisprudencial, devendo-se desde logo informar que se encontra atualmente pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça. Acórdão da 2ª Seção daquela Corte definiu que o prazo prescricional aplicável a ações indenizatórias por acidente de consumo é o de cinco anos, previsto no Código de Defesa do Consumidor. Vale conferir a ementa, *in verbis*:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDOR. FATO DO PRODUTO. TABAGISMO. PRESCRIÇÃO. QUINQUENAL. INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO. CONHECIMENTO DO DANO.

1. A pretensão do autor, apoiada na existência de vícios de segurança, é de informação relativa ao consumo de cigarros – responsabilidade por fato do produto.
2. A ação de responsabilidade por fato do produto prescreve em cinco anos, consoante dispõe o Art. 27 do Código de Defesa do Consumidor.
3. O prazo prescricional começa a correr a partir do conhecimento do dano.
4. Recurso Especial conhecido e provido” (STJ. 2ª Seção. Resp. 489.895/SP. Rel. Min. Fernando Gonçalves, pub. 23/04/10 – g.n.).

Princípio da especialidade

O Código de Defesa do Consumidor de fato deve ser aplicado às ações de indenização por acidente de consumo, inclusive quanto à prescrição, pois é lei especial em relação ao Código Civil, com supremacia sobre este, nos termos do Art. 2º, §2º da Lei de Introdução ao Código Civil (princípio da especialidade).

O argumento de que o prazo previsto na lei especial deveria ser afastado, pois menos favorável ao consumidor, não resiste a uma análise mais cuidadosa do tema.



Além do princípio da especialidade, deve ser lembrado que o Código de Defesa do Consumidor trouxe várias benesses ao consumidor, como a responsabilidade objetiva e a inversão do ônus da prova. A própria contagem do prazo prescricional é feita de forma mais favorável ao consumidor, diante da previsão expressa do Art. 27 no sentido que o prazo é contado a partir do conhecimento do dano e da sua autoria e não da ocorrência da lesão.

É que, embora exista certa divergência sobre o tema, a doutrina majoritária defende que o conhecimento da lesão é irrelevante para o curso do prazo prescricional, assim, por exemplo:

“Para que a pretensão nasça, não é pressuposto necessário que o titular do direito conheça a existência do direito, ou a sua natureza, ou a sua validade, ou eficácia, ou a existência da pretensão nascente, ou da sua extensão em qualidade, quantidade, tempo e lugar da prestação ou outra modalidade, ou quem seja o obrigado, ou que saiba o titular que a pode exercer. Por isso, no direito brasileiro, a prescrição trintenária da pretensão de haver indenização por ato ilícito absoluto independe de se saber se houve o dano e quem o causou”.¹

Recente julgamento do Superior Tribunal de Justiça, conforme notícia veiculada no site do Tribunal, concluiu que:

“... o Art. 189 do Código Civil de 2002 (CC/02) define que a data inicial para contagem do prazo é a da ofensa

do direito, ou seja, da publicação. ‘Trata-se de um critério objetivo’, definiu. Conforme a ministra, o critério subjetivo, de contagem do prazo a partir da ciência da ofensa, utilizado pelo TJRJ para decidir o pedido, é exceção, caso contrário ‘trariam enormes dificuldades materiais relacionadas à comprovação do momento exato em que houve a efetiva ciência da violação pela vítima”.²

Afastando essa controvérsia, o Código de Defesa do Consumidor, ao mesmo tempo em que reduziu o prazo prescricional, previu expressamente que ele só é contado a partir do conhecimento não só do dano como da autoria do dano por parte do consumidor, circunstâncias que podem implementar-se anos após a ocorrência do próprio dano ou lesão.

Não seria razoável que o consumidor fizesse jus a esse e aos demais benefícios previstos no Código e ao mesmo tempo pudesse optar pelo prazo prescricional mais longo previsto no Código Civil revogado. O Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicado de forma sistemática para não onerar excessivamente o fornecedor. Mesmo porque, seu objetivo é equilibrar a relação entre fornecedores e consumidores e não favorecer a qualquer preço o consumidor.

A prescrição, por sua vez, tem por objetivo a preservação da paz social. San Tiago Dantas muito bem enfatiza que tanto quanto produzir justiça, o Direito quer produzir segurança, valendo conferir as sábias palavras do mestre:

“O Direito tem dupla finalidade, produzir justiça e segurança – escusado é acentuar em torno disso. Muita gente diz que a finalidade do Direito é produzir a justiça, mas tão importante é a produção de justiça como a produção da segurança e numerosos institutos e normas jurídicas não compreenderíamos se a única finalidade do direito fosse fazer justiça. É que ele quer fazer justiça, mas quer fazer também segurança. Como explicaríamos, por exemplo, que aquele que não usa seus direitos dentro de um período de tempo, que algumas vezes pode ser muito curto, perca depois o direito de usá-lo? É o instituto da prescrição. Como se explica que os direitos prescrevem? Como se explica que um homem possa hoje reclamar contra uma injustiça que lhe foi feita e dentro de alguns dias não possa mais? Não é a satisfação do ideal de justiça que nos levará à perenidade da reclamação; é porque mister se faz também ocupar-se com o ideal de segurança. Precisamos da satisfação das injustiças que nos fazem, mas precisamos saber que, se ainda não foi feita contra nós uma reclamação, de hoje em diante não será mais feita (...).”³

Não se pode, portanto, simplesmente afastar a prescrição para exclusivo benefício de uma das partes, ainda que a parte beneficiada seja o consumidor.

A teoria do diálogo das fontes não afasta a prescrição prevista na lei especial

A conclusão pela aplicação do prazo previsto na lei especial não é alterada pelo Art. 7º, do Código de Defesa do

Consumidor, invocado por alguns defensores da aplicação do prazo vintenário. Esse artigo dispõe que “os dispositivos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade”.

Com base nesse dispositivo, Claudia Lima Marques, por exemplo, defende o que denominou de “teoria do diálogo das fontes”, que propõe:

“No lugar de conflito de leis, a visualização da possibilidade de coordenação sistemática destas fontes: o diálogo das fontes. Uma coordenação flexível e útil (*efet utile*) das normas em conflito no sistema, a fim de restabelecer sua coerência. Muda-se, assim, o paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico ou do ‘monólogo’ de uma só norma, (à – *sic* – ‘comunicar’ a solução justa), à convivência destas normas, ao ‘diálogo’ das normas para alcançar a sua ‘*ratio*’, a finalidade visada ou ‘narrada’ em ambas. Este atual e necessário ‘diálogo das fontes’ permite e leva à aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes, com finalidade de proteção efetiva”.⁴

Essa teoria, assim como o Art. 7º, do Código de Defesa do Consumidor, foi objeto de análise pelo acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, uma vez que a Ministra Nancy Andrighi, em voto que restou vencido, defendeu a aplicação do prazo maior sob tais fundamentos. Corretamente, no entanto, os demais julgadores entenderam que não se justifica o afastamento do prazo prescricional menor, previsto na lei especial, confira-se:

“Sem qualquer desvalor à eminente e mui cara Ministra Nancy Andrighi, peço-lhe vênia para discordar do seu voto, pois dúvida não tenho quanto à total impossibilidade de conjugar o prazo prescricional vintenário do Art. 177 do CCiv1916 com as normas de proteção ao consumidor, previstas no CDC e na legislação que lhe é complementar.

Aliás, estou convicto de que as normas consumeristas somente têm aplicação no âmbito do assim chamado ‘microsistema’ de proteção do consumidor. A integração, a esse microsistema, de normas oriundas de outros conjuntos normativos (microsistemas ou sistemas jurídicos) somente se dá, de ordinário, em duas hipóteses: (i) quando a norma consumerista for lacunosa; ou (ii) quando a norma consumerista expressamente exigir a integração.

(...) ao Poder Judiciário, que deve fazer cumprir o ordenamento jurídico estatal e também está a ele submetido, não é dado inserir, em dado conjunto normativo, normas heterotópicas, e, muito menos, construir um conjunto

normativo *ad hoc*” (STJ. 2ª Seção. Resp. 489.895/SP. Rel. Min. Fernando Gonçalves, julg. 23/04/10 – voto do Ministro João Otávio Noronha).”

Com razão o entendimento prevalente. O Art. 7º, do Código de Defesa do Consumidor, definitivamente, não autoriza a aplicação do prazo maior, previsto na lei ordinária, quando existe prazo diverso previsto na lei específica, ainda que menor. Seu objetivo foi o de ressaltar direitos existentes em outras fontes, mas que não tenham sido previstos no Código. Quis-se evitar que na eventual omissão do Código de Defesa do Consumidor, algum direito se perdesse.

A disciplina da prescrição pelo Código de Defesa do Consumidor não apresenta nenhuma lacuna que justifique a integração a partir do seu Art. 7º, já que a matéria foi inteiramente regulada pelo referido Código, sendo desnecessário recorrer a outras normas, incluindo-se o Código Civil revogado.

O fundamento legal da inicial é irrelevante para a definição da prescrição

Também não socorre ao consumidor, para escapar à prescrição, fundamentar sua ação no direito comum, abrindo mão dos benefícios previstos na lei consumerista na tentativa de afastar a incidência não apenas do Art. 27, do Código de Defesa do Consumidor, mas da lei especial por inteiro.

Isso não é permitido em nosso ordenamento, pois o Código de Defesa do Consumidor é norma cogente, o que significa que deve ser aplicado independentemente da vontade das partes. Além disso, não cabe ao autor escolher os fundamentos legais da ação. Ele deve narrar os fatos, cabendo ao juiz o enquadramento legal (*da mihi factum, dabo tibi ius e iura novit curia*).

Percebendo o julgador que os fatos versam sobre acidente de consumo, deverá julgar a demanda à luz do Código de Defesa do Consumidor, inclusive no que diz respeito à prescrição, mesmo que o consumidor tenha fundamentado a sua ação em institutos previstos no direito comum, como a culpa do fornecedor, por exemplo (Art. 159, do Código Civil anterior).

Controvérsia ilustrativa desta questão dizia respeito ao prazo prescricional para o consumidor demandar contra a transportadora de passageiros por danos decorrentes de acidentes rodoviários. O Superior Tribunal de Justiça havia consolidado o entendimento de que o prazo aplicável em tais hipóteses seria o de vinte anos previsto no Código Civil (Art. 177) e não o de cinco anos previsto no Código de Defesa do Consumidor (Art. 27) por entender que a questão envolvia culpa (Art. 159, do Código Civil) e não fato do serviço (Art. 14, do Código de Defesa do Consumidor, abrangido pela remissão expressa do seu Art. 27). Confira-se:

“(…) I - A hipótese retratada nos autos, acidente com passageira de transporte coletivo, não diz com vício ou defeito de segurança do serviço. Não há como se possa enquadrar a imperícia, imprudência ou negligência do preposto da recorrida, fundamento da ação reparatória, nesse contexto.

II – A responsabilidade do transportador é contratual e o direito que se persegue é de natureza pessoal, regido, portanto, pela norma do Art. 177 do Código Civil, não se aplicando o artigo 27 do CDC (...)” (STJ. 3ª Turma. Resp 234725. Rel. Min. Waldemar Zveiter, julg. 19/02/01).
“(…) 1. Para casos como o presente, indenização decorrente de acidente de trânsito, no qual o passageiro sofre danos físicos por culpa do preposto da transportadora, o entendimento das Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte está consolidado no sentido de ser aplicável a prescrição vintenária do Art. 177 do Código Civil e não a quinquenal do Art. 27 do Código de Defesa do Consumidor (...)” (STJ. 3ª Turma. Resp 464193. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julg. 11/11/02).

Esse entendimento, com o devido respeito, não refletia o melhor direito, pois é evidente que versa sobre alegado acidente de serviço ação em que o passageiro do ônibus pretende receber indenização por conta de danos sofridos em um acidente. Defeito, conforme define o §1º, dos arts. 12 e 14 do CDC (respectivamente fato do produto e do serviço) é a quebra da legítima expectativa de segurança do consumidor. A principal expectativa do passageiro é chegar incólume ao seu destino, de modo que a quebra dessa expectativa legítima configura um defeito no serviço e tem o prazo prescricional regulado pelo Código de Defesa do Consumidor.

A presença ou não de culpa do preposto em nada altera essa constatação, pois irrelevante para o consumidor, tendo em vista que a responsabilidade da transportadora é objetiva. Esse elemento só teria relevância no caso de eventual ação de regresso por parte da transportadora contra o seu preposto (ação que não envolveria relação de consumo).

Ao que parece, o afastamento da prescrição nesses casos pelo Superior Tribunal de Justiça não se amparava em argumentos técnicos, mas visava apenas à proteção exacerbada do consumidor. Tanto que quando entrou em vigor o Código Civil de 2002, que passou a prever o prazo prescricional de apenas três para a reparação civil (Art. 206, §3º, V), houve uma súbita mudança de entendimento naquela Corte, conforme se vê do seguinte acórdão:

“PROCESSO CIVIL, CIVIL E CONSUMIDOR. TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE PESSOAS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. PRESCRIÇÃO. PRAZO. ART. 27 DO CDC. **NOVA INTERPRETAÇÃO, VÁLIDA A PARTIR DA VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO CIVIL.**

- O CC/16 não disciplinava especificamente o transporte de pessoas e coisas. Até então, a regulamentação dessa atividade era feita por leis esparsas e pelo CCom, que não traziam dispositivo algum relativo à responsabilidade no transporte rodoviário de pessoas.

- Diante disso, cabia à doutrina e à jurisprudência determinar os contornos da responsabilidade pelo defeito na prestação do serviço de transporte de passageiros. Nesse esforço interpretativo, esta Corte firmou o entendimento de que danos causados ao viajante, em

decorrência de acidente de trânsito, não importavam em defeito na prestação do serviço e; portanto, o prazo prescricional para ajuizamento da respectiva ação devia respeitar o CC/16, e não o CDC.

- Com o advento do CC/02, não há mais espaço para discussão. O Art. 734 fixa expressamente a responsabilidade objetiva do transportador pelos danos causados às pessoas por ele transportadas, o que engloba o dever de garantir a segurança do passageiro, de modo que ocorrências que afetem o bem-estar do viajante devem ser classificadas de defeito na prestação do serviço de transporte de pessoas.

- Como decorrência lógica, os contratos de transporte de pessoas ficam sujeitos ao prazo prescricional específico do Art. 27 do CDC. Deixa de incidir, por ser genérico, o prazo prescricional do Código Civil. (...)” (STJ. 3ª Turma. Resp 958.833. Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 08/02/08, unânime).

Como se vê, bastou que o prazo do Código Civil fosse menor do que o prazo do Código de Defesa do Consumidor para que o Superior Tribunal de Justiça, em mudança radical de entendimento, entendesse que os acidentes de ônibus enquadravam-se, afinal de contas, no conceito de defeito no serviço.

O pretexto para a mudança de entendimento, de que o novo Código passou a prever que a responsabilidade do transportador era objetiva, com todo o respeito, não convence. O Código de Defesa do Consumidor já traz a previsão de responsabilidade objetiva dos prestadores de serviço desde 1991, mas foi afastado em prol da aplicação do prazo vintenário do Código Civil revogado. Ao menos se corrigiu o erro de entendimento, ainda que pelas razões erradas.

Importa que é irrelevante se o fundamento da inicial é culpa ou acidente de consumo, pois, como dito, ao julgador apenas interessam os fatos narrados, aplicando-se o direito cabível à espécie, independentemente das conveniências de quaisquer das partes.

Direito intertemporal

Por fim, nos casos em que o dano decorrente de fato do produto ou do serviço tiver ocorrido antes da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, são aplicados os princípios de direito intertemporal para a definição do prazo prescricional incidente na hipótese.

Câmara Leal esclarece que:

“Em nosso direito, portanto, que aceitou a doutrina da ir-retroatividade relativa da lei, negando-lhe retroatividade, somente quando esta viria ofender um direito adquirido, um ato jurídico perfeito ou a coisa julgada, não há dúvida que as leis que regem a prescrição são retroativas em relação às prescrições não consumadas e irretroativas em relação às prescrições já consumadas.”⁵

Esse é o entendimento preponderante da doutrina, que vem sendo aplicado pela jurisprudência, qual seja, o da aplicação da lei nova às prescrições em curso. Quando se trata de redução do prazo prescricional, como é o caso do Código de Defesa do

Consumidor, se comparado ao Código Civil revogado, a lei nova é aplicada a partir da sua entrada em vigor, a não ser que o período faltante para a consumação da prescrição pela lei velha seja menor. Cita-se novamente Câmara Leal a esse respeito:

“O critério da lei nova só é aplicado ao prazo desde a data da sua vigência, de modo que o novo prazo corre sempre desta data, como se a prescrição nela recomeçasse. Mas, se, contado o prazo da lei antiga, sua consumação se viesse a dar antes de esgotado o novo prazo, contado pela lei nova, a prescrição se consumaria na conformidade da lei antiga, deixando-se, portanto, de aplicar a ela a nova lei.”⁶

Esse entendimento foi amplamente aplicado pela jurisprudência, sendo inclusive objeto da súmula 445 do Supremo Tribunal Federal, de seguinte teor: “A Lei 2.437, de 7.3.55, que reduz prazo prescricional, é aplicável às prescrições em curso na data de sua vigência (1.1.56), salvo quanto aos processos então pendentes” (grifamos). Atualmente, encontra-se positivado no Art. 2.028, do Código Civil em vigor.

Portanto, em casos de fato do produto ou serviço, o prazo de cinco anos previsto no Art. 27, do Código de Defesa do Consumidor será aplicável a partir da entrada em vigor desse diploma (1991), a não ser que os princípios de direito intertemporal acima enunciados fundamentem a aplicação do prazo previsto na lei antiga.

Conclusão

Destarte, o prazo de cinco anos previsto no Código de Defesa do Consumidor incide nas demandas que pleiteiam reparação por acidente de consumo (fato do produto ou do serviço, artigos 12 e 14, do Código de Defesa do Consumidor), não encontrando aplicação o prazo de vinte anos previsto no Código Civil revogado, salvo as restritas hipóteses de incidência em razão de direito intertemporal.


Aliás, é por conta do direito intertemporal que a discussão ilustrada neste artigo ainda tem relevância prática, mesmo diante da revogação do Código Civil de 1916. O Art. 2.028 do Código Civil vigente dispõe que “serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data da sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada”. O Código Civil entrou em vigor no dia 11 de janeiro de 2003 e estabeleceu o prazo prescricional de três anos para a reparação civil (Art. 206, §3º, V).

Em sendo assim, não fosse a especialidade do prazo prescricional previsto no Código de Defesa do Consumidor, aqui demonstrada, as ações nas quais o dano ocorreu antes de 11 janeiro de 1993 ainda teriam o prazo disciplinado pelo Código Civil anterior (pois entre a data do dano e a entrada em vigor do Código atual transcorreram mais de 10 anos, que é metade do prazo estabelecido no Código revogado).

Todas as ações em que os danos ocorreram até dezembro de 1990 já estão prescritas pelo prazo vintenário (prescreveram até dezembro de 2010). Ações regidas pela lei comum em que o dano ocorreu entre janeiro de 1991 e 10 de janeiro de 1993 sofrem incidência do prazo vintenário e prescreverão

entre janeiro de 2011 e 10 de janeiro de 2013. Portanto, ainda, podem existir ações indenizatórias em curso que não estariam prescritas pelo Art. 177, do Código Civil revogado, mas, que se versarem sobre fato do produto ou serviço, deverão ter o prazo regulado pelo Art. 27 do Código de Defesa do Consumidor pelas razões discorridas neste trabalho.

As ações que não versam sobre fato do produto ou serviço, em que o dano ocorreu a partir de 11 de janeiro de 1993 até a 11 de janeiro de 2003 (quando entrou em vigor o Código Civil atual), prescreveram em 11 de janeiro de 2006, três anos após a entrada em vigor do referido Código, já que entre a data do dano e a sua entrada em vigor decorreu menos da metade do prazo previsto na lei revogada. Aplica-se, por isso, o Código Civil vigente, contando-se do prazo prescricional de três anos a partir da sua entrada em vigor, segundo entendimento jurisprudencial consolidado e enunciados 50⁷ e 299⁸ do CEJ).

Para esse período, no caso de ações que versam sobre fato de o produto ou serviço, o prazo é de cinco anos (Art. 27, do CDC) contado da data conhecimento do dano e da autoria, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor entrou em vigor em 1991. 

NOTAS

¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, Tomo VI. Campinas: Bookseller, 2000, p. 153. Câmara Leal defende o oposto: “Não nos parece racional admitir-se que a prescrição comece a correr sem que o titular do direito violado tenha ciência da violação. Se a prescrição é um castigo a negligência do titular - *cum contra desides homines, et sui juris contentores, odiosae exceptiones oppositae sunt* - não se compreende a prescrição sem a negligência, e esta, certamente, não se dá, quando a inércia do titular decorre da ignorância da violação” (LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 37).

² http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=101617, consultado em 11/05/11, g.n. A notícia refere-se ao julgamento do Recurso Especial nº 1168336, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 22/03/11, acórdão ainda não publicado.

³ DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil – Teoria Geral*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 16/17.

⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Superação das Antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. in *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 51, jul./set., 2004, p. 59.

⁵ LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. 2a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 102.

⁶ Op. cit., p. 103.

⁷ “A partir da vigência do novo Código Civil, o prazo prescricional das ações de reparação de danos que não houver atingido a metade do tempo previsto no Código Civil de 1916 fluirá por inteiro, nos termos da nova lei (art. 206)”.

⁸ “Iniciada a contagem de determinado prazo sob a égide do Código Civil de 1916, e vindo a lei nova a reduzi-lo, prevalecerá o prazo antigo, desde que transcorrido mais da metade deste na data da entrada em vigor do novo Código. O novo prazo será contado a partir de 11 de janeiro de 2003, desprezando-se o tempo anteriormente decorrido, salvo quando o não-aproveitamento do prazo já vencido implicar aumento do prazo prescricional previsto na lei revogada, hipótese em que deve ser aproveitado o prazo já transcorrido durante o domínio da lei antiga, estabelecendo-se uma continuidade temporal”.

PORTADOR DE HIV E EXAME INVOLUNTÁRIO: BREVE REFLEXÃO SOBRE A DECISÃO DO STJ ACERCA DO DIREITO À INTIMIDADE

Cristiano Villela Pedras

Analista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Em recente julgamento realizado em 22 de março de 2011 (REsp 1.195.995/SP — Informativo nº 467), a 3ª Turma do STJ apreciou uma questão delicada, até então inédita na Corte, que envolve o tema dos direitos fundamentais e a amplitude conferida pelo ordenamento jurídico ao direito à intimidade.

O caso submetido à Corte refere-se a uma ação indenizatória proposta em face de hospital, em que alegou o autor que um preposto da instituição, de forma negligente, realizou exame anti-HIV não solicitado, cujo resultado foi positivo, causando-lhe, assim, dano moral, com manifesta violação de sua intimidade.

A tese que acabou por prevalecer, contudo, ficando vencida a relatora, ministra Nancy Andrighi, considerou que o suposto direito à intimidade do indivíduo sucumbiria a um direito maior: o direito à vida longa e saudável. Argumentou-se que a garantia de tal direito somente foi possível após a revelação ao paciente da informação sigilosa a respeito de seu verdadeiro estado de saúde. Seria essa a melhor solução para o caso?

Uma análise da jurisprudência recente do STJ revela a existência de precedentes na Corte no sentido do cabimento da indenização por danos morais nas hipóteses do chamado “falso positivo”. O argumento comumente utilizado é o de que o dever de reparar o dano advém do defeito na prestação de um serviço de caráter público. São exemplos dessa tese as decisões tomadas no REsp 1.071.969/PE e no REsp 708.087/PE, dentre outras.

As indagações que se colocam residem no problema da ética e do Direito. Afinal, no caso de exame de sangue não solicitado, configuraria a divulgação de seu resultado ao paciente um serviço defeituoso? Ou seria o caso de se considerar ausente a própria configuração do dano moral, presente o dever ético do médico de comunicar ao paciente sua real condição de saúde?


Se por um lado parece razoável a tese de se estar oportunizando ao indivíduo maiores chances de sobrevivência, além de se estar protegendo indiretamente a saúde de terceiros, por outro aspecto, poder-se-ia ponderar até que ponto assistiria ao indivíduo o direito de nada saber a respeito de seu verdadeiro



Foto: Arquivo Pessoal

estado de saúde em nome de uma vida mais curta, porém sem preocupações. Nesse sentido, as ponderações colhidas de acórdão da própria 3ª Turma do STJ, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi: “A descoberta, por qualquer ser humano, de sua condição de portador do vírus do HIV é extremamente dolorosa. A dor, porém, aumenta se tal descoberta se dá por ocasião de exames de rotina” (REsp 1.049.189/SP).

Certamente, todas essas questões são tormentosas e, ao que tudo indica, estão longe de estar pacificadas pela jurisprudência, na medida em que ainda não chegaram aos órgãos colegiados mais representativos das Cortes Superiores de Justiça, como o são as Seções e a Corte Especial do STJ, assim como o Plenário do STF.

A decisão do STJ suscita, assim, um debate que precisa ser aprofundado por toda a sociedade civil, por profissionais da saúde e por juristas, não devendo ficar restrita ao âmbito judiciário. 

JABUTICABA, JEITINHO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS

João Batista Damasceno

Juiz de Direito do TJERJ

No sistema de separação de poderes adotado pela nossa Constituição, a Proposta de Emenda à Constituição que visa a inserir no cenário jurídico brasileiro a análise prévia, pelo Judiciário, da constitucionalidade das normas contidas em projetos de lei é uma anomalia que desfigura o sistema por nós adotado.

As funções atribuídas ao Poder Judiciário se afiguram incompatíveis com a participação no processo legislativo, bem como com a qualidade de consultor prévio sobre a constitucionalidade do projeto. O Supremo Tribunal Federal (STF) tem a atribuição de guardião da Constituição e o efetivo desempenho de seu papel já se mostrará suficiente para a construção de uma ordem jurídica cidadã.

Rui Barbosa dizia que o STF mudaria a República se houvesse nele maioria que exercesse as suas atribuições constitucionais, e João Mangabeira afirmou que o STF foi o poder que mais falhou na República, por haver deixado de cumprir o papel político-constitucional que lhe competia. Para ele, o STF avançou muito timidamente no sentido de exercer o seu papel, ainda assim, a partir da ação daquele que fustigava seu funcionamento.

O Poder Judiciário tem um papel institucional a desempenhar, qual seja exercer a jurisdição. Dizer o Direito é o papel do Judiciário e precisa se aperfeiçoar para cumpri-lo, tal como lhe é reservado institucionalmente. Justiça restaurativas, conciliatórias, mediadoras, terapêuticas, consulentes, ambulantes, itinerantes, mambembes, participantes de mutirões, ações globais e locais ou promotoras de campanhas podem satisfazer a necessidade altruísta dos seus membros, mas não desempenham o papel do Poder

Judiciário. A Justiça não é vingança nem terapia, mas triangulação de relações sociais, e ao Judiciário cabe arbitrar o interesse individual, coletivo ou social em conflito, justificando seu convencimento quanto aos fatos alegados pela reconstrução histórica dos mesmos, e expondo o fundamento jurídico da decisão.

Assim, ao Judiciário não cabe o papel de consultor prévio sobre a constitucionalidade do projeto de lei. O Judiciário tem papel especial na nossa ordem jurídica, pois sendo Estado a ele aplica suas leis. Não raro, o Poder Judiciário é chamado a exercer controle jurisdicional sobre seus próprios atos. O desgaste que se pretende evitar sofra o Legislativo, quando uma lei é declarada inconstitucional, pode recair sobre o Judiciário, se um projeto obtiver consulta favorável quanto à constitucionalidade e for posteriormente, por aquele Poder, declarado inconstitucional.

A proposta, evidentemente, parte de setores do Judiciário temerosos das reações quando declaradas inconstitucionais leis de agrado popular. Mas, no sistema constitucional vigente, do qual se extrai o conjunto de direitos e garantias fundamentais, cabe ao Judiciário afirmar os direitos, mesmo que em contraposição a eventuais desejos momentâneos da maioria. O sistema de garantia de direitos fundamentais, mesmo contra a maioria, tem inspiração nos erros cometidos pelas paixões das maiorias, dentre os quais os julgamentos de Sócrates e de Cristo. O que se propõe é um jeitinho de evitar sejam os juízes chamados à arbitragem sobre a atividade legislativa quando contrária à Constituição. Mas, jeitinho não há se prover soluções permanentes.

Jeitinho não se confunde com ilegalidade, mas seu excesso leva à ilegalidade e corrupção do sistema institucional, notadamente quando entrelaçado com a cordialidade que nos caracteriza. O Judiciário há que se afirmar como uma instituição teoricamente racional, impessoal, anônima e com o uso de categorias intelectuais, sem apelos às categorias emocionais para angariar a simpatia do público. O jeitinho com o qual se busca resgatar a credibilidade da Justiça haverá de estabelecer a prevalência dos valores pessoais e momentâneos sobre os impessoais, abstratos e permanentes.

Essa estratégia de buscar novos papéis a fim de evitar os embates próprios das pretensões em conflito, que ao Judiciário cabe arbitrar, haverá de naufragar o próprio sistema, pois os conflitos inconciliáveis demandantes de arbitragem por um Poder não se solucionam pela simpatia, conciliações e transigências. O bom juiz não é aquele capaz de abrandar os rigores da lei, em razão de sua vontade pessoal e da certeza de sua necessidade ou dos desejos momentâneos da maioria, mas aquele capaz de assumir o desgaste de ser percebido como antipático, antiquado e rígido, se os direitos e as garantias assim exigirem que atue. Para isso é detentor de garantias e prerrogativas.

Não se pode brincar de institucionalidade. Tampouco em se tratando de produção legislativa, cuja edição cabe aos representantes do povo, para este fim eleitos. Se a vontade dos representantes do povo se afigurar incompatível com a Constituição, cabe ao Judiciário afirmar esta em prejuízo daquela.

O controle de constitucionalidade de leis, ou seja, a aferição de compatibilidade da lei com a Constituição tem origem concreta em 1803, quando a Suprema Corte norte-americana se deparou com o caso **Marbury v. Madison**, no qual questões de ordem política e jurídica se entrecruzaram. Da solução daquele caso pelo juiz John Marshall, resultou o afastamento da lei e a supremacia da Constituição. Em verdade, o juiz Marshall não tinha condições de garantir o direito que Marbury pleiteava, pois os republicanos, liderados por Thomas Jefferson, haviam derrotado os federalistas, liderados por Alexander Hamilton, que no apagar das luzes haviam criado cargos, feito nomeações e entregue os atos de investidura aos nomeados, mas sem lhes dar posse. Declarar inconstitucional aquela lei foi menos custoso para o Poder Judiciário do que deferir a segurança e ver a ordem desrespeitada. Mas, o que se celebrou naquele caso foi a consolidação, nas mãos dos juízes, do poder de controle de constitucionalidade ou poder de revisão judicial, que reconheceu, de modo definitivo, a possibilidade de se aferir a compatibilidade da Constituição com os atos dos legisladores.

O argumento de que o juiz John Marshall lançou mão havia sido exposto, pelo candidato derrotado à Presidência, na Carta ao Povo de Nova York, que resultou no número 78 d' O Federalista, de que as leis são elaboradas pelos representantes do povo e por um poder constituído e que a lei ou o ato que disponha de forma diferente da Constituição, elaborada pelo povo, é com ela incompatível e não pode ser aplicada, pois esta tem precedência.

O caso **Marbury v. Madison** foi o primeiro momento de que se tem notícia em que se deixou de aplicar uma lei sob o

Foto: Arquivo Pessoal



fundamento da supremacia da Constituição, ainda que no Brasil a lei seja cotidianamente afastada por considerações de ordem pessoal ou vago sentimento de justiça.

No Brasil, antes mesmo da Constituição de 1891, mas já na República, viemos a conhecer a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis, pois o Decreto 848, de 1890, dispunha em seu preâmbulo que o poder de interpretar as leis envolve, necessariamente, o direito de verificar se elas são conformes ou não à Constituição, cabendo, neste caso, declará-las nulas e sem efeito. No Império brasileiro, não era o sistema de separação de poderes que impedia o controle de constitucionalidade das leis, mas a sanção imperial, que sanava qualquer vício.

A consultoria prévia pela função judiciária do Estado pode ser prática bastante comum em diversos países da Europa, dentre os quais a França. Mas, não se pode dizer que aquele país seja o berço da separação dos poderes. Na França, o Judiciário é um departamento do Estado e não um poder. Tampouco o é na Itália e na Espanha, onde, segundo dizem, faz-se a consulta prévia. Não há quem conheça os sistemas institucionais de tais países que afirme se tratar de sistema com separação de poderes, e pela inexistência de tal separação é que não há invasão de competência. O sistema de separação de poderes é criação dos norte-americanos e foi por nós adotado. A nacionalidade de Montesquieu não denota o sistema de separação de poderes na França. Além disso, no Capítulo VI do Livro XI d' O Espírito das Leis, Montesquieu fala da Constituição da Inglaterra e da separação das funções pelos respectivos exercentes das mesmas. De tal obra não consta a separação de poderes, como pensam aqueles que não a leram. A separação de poderes não é europeia, mas norte-americana; o chá não é inglês, mas asiático. Mas, a jabuticaba e o jeitinho são genuinamente brasileiros. 🏴

VALE-TRANSPORTE: POSSÍVEL SUA SUBSTITUIÇÃO POR DINHEIRO?

Maximino Gonçalves Fontes Neto
Advogado

Menelick de Carvalho
Professor do Curso de Direito da UNB

I – Preâmbulo

Sob três perspectivas, pelo menos, pode-se visualizar o Vale-Transporte: na primeira, constitui-se em inegável e relevante benefício social para os empregados em geral, que, antes do seu advento eram obrigados a suportar integralmente o custeio do seu deslocamento casa-trabalho e vice-versa, anos após anos; na segunda, funciona como incentivo para o transporte de passageiros que passaram a contar com significativo aumento da demanda de passageiros; na terceira, contribui para mitigar o absenteísmo dos empregados, o que, à evidência, beneficia o empregador, até por que os empregados, até positivamente desse benefício, eram transportados até a porta do empregador (pessoa física ou jurídica), sem que este arcaisse com qualquer parcela desse custeio.

Como tudo adquire significado somente em relação a determinado contexto, é relevante conhecer-se a circunstância histórica, em que a Lei nº 7.418/85 – instituidora do Vale-Transporte – veio a lume, de onde veio o impulso exterior para a sua criação.

Coexistia-se com inflação galopante, em que os salários simplesmente eram corroídos, mormente para a população de baixa renda que não podia se socorrer de aplicação em cadernetas de poupança, chegando-se ao ponto de abrir uma por dia, para que o dinheiro não escapasse pelos dedos, como areia.

Foi nesse cenário sombrio, em que os assalariados mal tinham dinheiro para alimentação, quanto mais para o seu transporte, que se tornou obrigatório o Vale-Transporte, por força da Lei nº 7.619, de 30 de setembro de 1987, promulgada

pelo Presidente José Sarney, que também editou o Decreto de execução nº 95.247, de 17 de novembro de 1987.

Já agora, pelo menos, o empregado passa a contar com o Vale, impresso em papel na maioria das cidades, destinado ao seu deslocamento para o trabalho e ao seu retorno.

Depreende-se que esta é a *occasio legis*, sendo o seu fundamento racional a obrigatoriedade de o empregador antecipar o Vale a seu empregado num mês, para a sua consequente utilização no mês seguinte.

II – Da substituição do Vale por dinheiro

A despeito da regra do art. 5º, do Decreto nº 95.247/87, em sintonia com a disposição contida na Lei nº 7.418/85, diversos empregadores, dentre os quais, estabelecimentos bancários, passaram a substituir o Vale-Transporte por dinheiro.

Em julgado do STJ (Recurso Especial nº 194229 – RS (98/0082257-7), o entendimento “(...) o Vale-Transporte, quando descontado no percentual estabelecido em lei do empregado, não integra salário-de-contribuição para fins de pagamento da previdência social. Situação diversa ocorre quando a empresa não efetua tal desconto, pelo que passa a ser devida a contribuição para a previdência social, porque tal valor passou a integrar a remuneração do trabalhador.”

Em outro julgado do STJ (Recurso Especial nº 806.374 – RJ 2005.0215025-5), o entendimento da 2ª Turma foi no sentido de “(...) se o auxílio-transporte é pago em pecúnia, e não por meio de vales, como determina a Lei nº 7.418/85, o benefício deve ser incluído no salário de contribuição para efeito de incidência



Maximino Gonçalves Fontes Neto, advogado

da contribuição previdenciária e do FGTS. Precedentes da Turma.”

Ao se admitir que o Vale-Transporte possa ser concedido apenas em dinheiro, e não pela forma que esse benefício social passou a ter desde o seu advento (papel, cartelas etc.) – aqui, no RJ, praticamente apenas em cartão eletrônico – chega a ser axiomático que muitos empregadores passarão a sonegar esse benefício social aos empregados com o pagamento em dinheiro, como se fora aumento.

Aliás, essa era a preocupação do autor do projeto de lei que originou a Lei nº 7.418/85 do Vale-Transporte, o então Deputado Afonso Camargo, de conceder o Vale em cartela, papel, ou qualquer outra forma, excluído o dinheiro, pois se assim fosse o Vale-Transporte, como benefício social, teria seu efeito inteiramente nulo.

III – Da decisão do STF

No recurso extraordinário nº 478.410-São Paulo, que se originou de ação declaratória de inexistência de relação jurídica ajuizada, perante o Juízo da 24ª Vara Federal de São Paulo, pelo UNIBANCO – União de Bancos Brasileiros S.A., em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, porque esse ente federal questiona o não-recolhimento de “contribuições devidas à Seguridade Social não recolhidas,

correspondentes à parcela da empresa, aos segurados empregados, ao Seguro de Acidente de Trabalho – SAT e as destinadas a terceiros: salário-educação e INCRA”, relativo a todas as agências – matriz e filiais – no período de abril de 1989 a agosto de 1998, incidentes sobre “valores pagos pela empresa a seus segurados empregados, a título de Ajuda Transporte e Vale-Transporte”.

O UNIBANCO, segundo o INSS, indevidamente amparado em Convenção Coletiva de Trabalho considerou tais pagamentos como não integrantes da base de cálculo das contribuições supracitadas, em desacordo com a legislação de regência.

Julgado procedente o pedido para declarar a inexistência de relação jurídica entre o UNIBANCO e o INSS relativamente à obrigação de inclusão na base de cálculo das contribuições

referidas e como consequência a decretar a nulidade das notificações de débitos fiscais, extingue-se o processo a teor da regra contida no art. 269, inc. I, do CPC.

Interposta apelação pelo INSS, o TRF da 3ª Região, em votação unânime, deu provimento à apelação, por entender que “os pagamentos habituais, como é o caso da ajuda transporte e do Vale-Transporte, em dinheiro, integram o salário de contribuição para fins previdenciários (art. 201, § 11 e Lei 8112/91, art. 28, I)”.

Ante essa decisão colegiada, o UNIBANCO interpôs o recurso extraordinário nº 478.410 – SP, a invocar a contrariedade dos artigos 5º, do Decreto nº 95.247/87, e 150, inciso I, da Constituição de 1988, além de outros dispositivos.

Essa Excelsa Corte deu, então, provimento a esse recurso excepcional interposto pelo UNIBANCO.

Nesse inconformismo excepcional, o UNIBANCO questiona decisão colegiada do TRF da 3ª Região, a sustentar a incompatibilidade com regras da Constituição de cobrança de contribuição previdenciária sobre o valor pago em dinheiro, a título de Vale-Transporte, aos seus empregados.

Segundo a decisão do TRF-3ª Região, “o pagamento do Vale-Transporte e da ajuda transporte em dinheiro ao empregado, o que é vedado, configura salário e compõe a remuneração, donde é exigível a contribuição previdenciária incidente sobre tal verba.”

Com efeito, a regra do art. 5º, do Decreto nº 95.247/87, que regulamentou a Lei nº 7.418/85, veda de fato a substituição do Vale-Transporte por dinheiro, mas está em sintonia com as regras contidas nos arts. 4º e 5º, da referida Lei nº 7.418/85.

No voto condutor do acórdão do STF, o Ministro Eros Grau assevera, em fragmento, que **“(…) a admitirmos não possa esse benefício ser pago em dinheiro sem que seu caráter seja afetado, estaríamos a relativizar o curso legal da moeda nacional”**. (grifou-se)

E prossegue que **“(…) a cobrança de contribuição previdenciária sobre o valor pago, em dinheiro, a título de Vales-Transporte, pelo recorrente aos seus empregados afronta a Constituição, sim, em sua totalidade normativa”**. (grifou-se)

Para concluir que “(…) por estas razões, o artigo 5º, do Decreto nº 95.247/87 é absolutamente incompatível com o sistema tributário da Constituição de 1988.

Embora no acórdão tenha-se entendido que a vedação de substituição do Vale-Transporte por dinheiro (prevista no art. 5º do Decreto nº 95.247/87) é absolutamente incompatível com o sistema tributário da Constituição de 1988”, essa decisão transcende desse âmbito.

Ainda que se admita que o pagamento em dinheiro, como substituto do Vale-Transporte, não possa se constituir em fato gerador da contribuição previdenciária prevista no art. 201, § 11, da Constituição de 1988, mesmo assim a vedação de substituir o Vale-Transporte por dinheiro tem por objetivo impedir a dissimulação de determinados empregadores, que eventualmente sonham esse benefício social, estando essa vedação em sintonia com a regra do art. 7º, *caput*, da Lei Fundamental: “são direitos

dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria da condição social”.

Parece que, neste caso, poder-se-ia adotar o mecanismo de controle de constitucionalidade, segundo o qual se declara ilegítima a leitura da norma infraconstitucional em contraste com o princípio normativo contido no art. 5º, inciso XXXV, da Lei Fundamental, preservando-se demais leituras compatíveis com a Constituição.

Como se sabe, trata-se da chamada interpretação conforme a Constituição, em que o órgão jurisdicional declara qual das possíveis interpretações de uma norma legal se revela compatível com a Carta Magna, cabendo notar que o texto do art. 5º, do Decreto nº 95.247/87, há de permanecer íntegro, mas sua aplicação restrita ao sentido declarado pelo STF.

De se reconhecer a inegável correção do decidido no acórdão e a riqueza e a profundidade da fundamentação do voto condutor da lavra do eminente Ministro Eros Grau.

E isso, no sentido de se evitar que leituras forçadas de trechos isolados e descontextualizados do voto como um todo e do âmbito das considerações, levantadas nos debates havidos, possam colocar em risco não apenas o direito subjetivo dos trabalhadores ao Vale-Transporte – enquanto benefício específico, que o teor do decidido corretamente visa proteger – mas, igualmente, o direito objetivo de todos os cidadãos a políticas públicas, consistentes, sobretudo – ou mais diretamente – a de transporte coletivo, haja vista a complexidade da fundamentação apresentada.

Assim, por isso, torna-se necessária a explicitação da relação entre o teor do decidido e a fundamentação do acórdão, o que foi propugnado através do recurso adequado.

Foi, precisamente, para melhor fundamentar a decisão – contrária ao entendimento predominante nos Tribunais da Justiça Federal – de que o fato de o empregado haver percebido o Vale-Transporte em pecúnia não descaracteriza a natureza jurídica indenizatória e não salarial do benefício.

E, portanto, não tem o condão de ensejar o dever de recolhimento de tributo (contribuição previdenciária) sobre a parcela, ao arripio do princípio constitucional da legalidade em sua dimensão tributária, que todo o profundo excuro acerca da natureza jurídica, convencional, da moeda, foi empreendido pelo Ministro Relator, para assim bem firmar o conceito de “curso legal da moeda”.

Desse modo, sempre a limitar, expressa ou contextualmente, a argumentação à comprovação do caráter abusivo da pretensão levantada pelo fisco, é que afirma **“(…) a admitirmos não possa esse benefício ser pago em dinheiro sem que seu caráter seja afetado, estaríamos a relativizar o curso legal da moeda nacional”**. (grifou-se)

O que relativizaria o curso da moeda seria, exata e precisamente, a hipótese de se admitir a possibilidade da alteração da natureza do benefício, quando pago em pecúnia, porque **“(…) a cobrança de contribuição previdenciária sobre o valor pago, em dinheiro, a título de Vales-Transporte, pelo recorrente aos seus empregados afronta a Constituição, sim, em sua totalidade normativa.”**



Professor Menelick de Carvalho

E conclui, rapidamente, no final do voto: “(...) o artigo 5º do Decreto nº 95.247/87 é absolutamente incompatível com o sistema tributário da Constituição de 1988.”

Como se vê, toda a fundamentação foi desenvolvida para reforçar a não incidência de tributo, restringindo-se, assim, a incompatibilidade afirmada do artigo 5º do decreto regulamentar da Lei nº 7.418/85, ao âmbito do princípio da legalidade em sua dimensão especificamente tributária, tal como prefigurado no “sistema tributário da Constituição de 1988”.

Nota-se, assim, que se aplicou, precisamente, uma interpretação conforme sem redução de texto do art. 5º do Decreto que regulamenta a lei do Vale-Transporte que encerra o voto do relator quando expressamente afirma “(...) o artigo 5º do Decreto nº 95.247/87 é absolutamente incompatível com o sistema tributário da Constituição de 1988”.

Contudo, esses mesmos trechos do acórdão poderiam, numa leitura descontextualizada, ensejar o entendimento de que na presente lide se estaria a declarar incidentalmente a inconstitucionalidade *tout court* do art. 5º do Decreto nº 95.247/87, afastando-se do ordenamento jurídico a vedação de pagamento em pecúnia do benefício do Vale-Transporte, o que traria, como se observará, consequências desastrosas não somente para o direito subjetivo do trabalhador ao

“ Ao se admitir que o Vale-Transporte possa ser concedido apenas em dinheiro, e não pela forma que esse benefício social passou a ter desde o seu advento (papel, cartelas etc.) (...) muitos empregadores passarão a sonegar esse benefício social aos empregados com o pagamento em dinheiro, como se fora aumento. ”

benefício, como para todos os usuários dos sistemas urbanos de transporte coletivo.

Como bem salienta o Ministro Relator, o curso legal da moeda nacional foi fixado pelo Decreto-Lei nº 857/69 e, conquanto o seu art. 2º estabeleça exceções vinculadas a pagamentos típicos em moeda estrangeira, essas não afetam o conceito jurídico próprio de *curso legal* da moeda, pelo contrário, o delimitam no marco legal.

O referido decreto-lei foi recepcionado, no cabível, como lei ordinária na ordem constitucional de 1988.

Por seu turno, a Lei nº 7.418/85, que instituiu o Vale-Transporte, foi também recepcionada, no mesmo escalão normativo.

Assim dispõem os arts. 4º e 5º da referida lei:

LEI Nº 7.418/DE 16.12.1985

“Art. 4º - A concessão do benefício ora instituído implica a aquisição pelo empregador dos Vales-Transporte necessários aos deslocamentos do trabalhador no percurso residência-trabalho e vice-versa, no serviço de transporte que melhor se adequar.

.....
Art. 5º - A empresa operadora do sistema de transporte coletivo público fica obrigada a emitir e a comercializar

o Vale-Transporte, ao preço da tarifa vigente, colocando-o à disposição dos empregadores em geral e assumindo os custos dessa obrigação, sem repassá-los para a tarifa dos serviços.”

.....
(grifaram-se)

Como se observa, os artigos ora transcritos instituem um sistema complexo que possibilita o aprimoramento do sistema de transporte coletivo custeado com recursos advindos do empregador, com vistas a assegurar não apenas o direito subjetivo do empregado de não arcar com o ônus de seu deslocamento para o trabalho, mas com repercussões públicas que ultrapassam em muito esse mister.

Nessa vertente, desde sua criação nos anos 80 do século passado, o Vale-Transporte se consolidou como uma eficaz garantia de fortalecimento do transporte coletivo nas cidades brasileiras.

Ao canalizar recursos para que os usuários pudessem ter acesso ao serviço, esse relevante benefício social permitiu a efetivação de uma Política Pública direcionada a garantir a mobilidade da população brasileira, não só daquela que recebe diretamente o benefício, mas de todos os usuários que são beneficiados indiretamente com a melhoria do serviço.

Houve uma melhoria significativa na qualidade dos serviços prestados, que pode ser comprovada, entre outros fatores, pela redução drástica de protestos contra o serviço.

Ao viabilizar a utilização dos sistemas públicos de transporte coletivo, sejam eles oferecidos através de metrô, trens urbanos, ônibus, microônibus, o Vale-Transporte tem permitido carrear recursos para investimento, manutenção e operação destes sistemas, garantindo que nossas cidades possam desenvolvê-los e viabilizando políticas públicas de redução dos níveis de poluição causados pelos veículos particulares.

Conduzir os recursos dos empregadores diretamente para o sistema de transporte público contribuiu, inclusive, para a maior efetividade das políticas públicas nas áreas de saúde e meio-ambiente, com significativo impacto na melhoria da qualidade de vida nas cidades brasileiras (conf. a pesquisa “Vale-Transporte: 20 anos de história”, publicada em 2005 pela Associação Nacional das Empresas de Transportes Urbanos – NTU – DOC. XII).

A criação de tal sistema complexo, nos artigos transcritos, já contém em si, implicitamente, a vedação que será expressa no Decreto nº 95.247/87, que regulamenta a referida lei, nos seguintes termos:

DECRETO Nº 95.247/87

.....
“Art. 5º - É vedado ao empregador substituir o Vale-Transporte por antecipação em dinheiro ou qualquer outra forma de pagamento, ressalvado o disposto no parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único - No caso de falta ou insuficiência de estoque de Vale-Transporte, necessário ao atendimento da demanda e ao funcionamento do sistema, o beneficiário será ressarcido pelo empregador, na folha de pagamento imediata, da parcela correspondente, quando tiver efetuado, por conta própria, a despesa para seu deslocamento.”

Tanto é assim que a única ressalva admitida no parágrafo acima transcrito vincula-se à impossibilidade de o empregador cumprir o disposto no art. 4º da lei, em razão de a empresa operadora do sistema de transporte coletivo público não ter realizado a contento a obrigação, a ela atribuída pelo art. 5º da mesma lei, de emitir e comercializar o Vale-Transporte.

Desse modo, é que, ainda que se considere que tais disposições legais configurem uma limitação ao curso legal da moeda nacional, esta foi fixada em dispositivos legais de mesmo escalão normativo e devidamente regulamentada, pois o dispositivo do decreto simplesmente explicita a vedação já legalmente suposta e requerida como condição de viabilidade do instituído na própria lei.

Por isso mesmo, quando essa vedação já implícita na lei foi expressa pelo artigo 5º do referido decreto, cumpriu-se aí tão-somente o papel estrito de uma norma regulamentar, que nada de novo acrescentou ao ordenamento jurídico, apenas explicitou o que, já na lei, era uma norma de Direito Positivo necessariamente suposta.

Prova disso é precisamente que o sistema instituído na lei, tal como prefigurado em seus artigos 4º e 5º, restaria completamente frustrado sem a vedação neles necessariamente já implícita e explicitada no art. 5º do decreto regulamentar.

Assim, uma leitura que propugnasse pela inconstitucionalidade *tout court* do artigo 5º, do decreto regulamentar, seria equivocada.

Por, a um só tempo, inviabilizar o sistema instituído na lei corretamente regulamentada e desconhecer precisamente a Constituição, como totalidade normativa que, nos termos do parágrafo segundo do artigo 5º, da Constituição, envolve não apenas os direitos sociais consagrados no art. 7º, como todos aqueles advindos do processo democrático, enquanto vivência institucional da nossa comunidade de princípios, no sentido mais amplo do termo.

O fato de este último aspecto não haver sido sequer abordado em nenhum dos votos, nem nos que alicerçaram o entendimento majoritário, nem nos vencidos, e de que tampouco foi objeto de qualquer menção ou discussão nos debates havidos, vem reforçar o entendimento de que com a frase conclusiva do voto condutor, em que se consubstanciou o acórdão, realizou-se uma *interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto*, do dispositivo regulamentar.

Interpretação conforme referente à inviabilidade, por absoluta incompatibilidade com o sistema tributário nacional, da pretensão da obrigatoriedade de recolhimento de contribuição previdenciária do Vale-Transporte ainda quando percebido pelo empregado em moeda.

Dessa forma, impõe-se ler a última frase do voto condutor à sua melhor luz, ou seja, como realizando a referida interpretação conforme sem redução de texto, no sentido de que assim preserva a integridade do sistema do Vale-Transporte, criado na década de oitenta do século passado, e a manutenção da condição estrutural de sua continuidade, restando plenamente válida a vedação legal expressa no dispositivo regulamentar em questão.

No cerne do decidido, este v. acórdão de nossa Suprema Corte vem contribuir decisivamente para a unificação do entendimento dos tribunais inferiores ao afirmar que o pagamento em moeda do Vale-Transporte não altera a natureza indenizatória do benefício e que, portanto, não pode se constituir em fato gerador de arrecadação de contribuição previdenciária.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, à luz da Constituição como totalidade normativa, consagra assim o entendimento preponderante do TST acerca da matéria.

São inúmeros os julgados que reconhecem que o Vale-Transporte, ainda quando pago em dinheiro, não possui natureza salarial, mas indenizatória e, que, por isso mesmo, não autorizaria a incidência de contribuição previdenciária (a título de exemplo, os seguintes julgados: TST-AIRR-174240-84_2005_5_01_0245, T S T - R R - 6 9 0 0 - 3 3 _ 2 0 0 8 _ 5 _ 1 2 _ 0 0 1 0 , TST-RR-246200-28_2005_5_02_0066).

Consoante o entendimento acolhido na seara da matéria, o que é determinante para a definição da natureza (salarial ou indenizatória) de um benefício não é a remuneração em espécie ou *in natura*, mas o seu caráter de contraprestação ou não do trabalho.

Em outras palavras, quando a verba se destina a remunerar o trabalho, ela assume feição salarial, e quando a parcela tiver por objetivo compensar ou prevenir um gasto feito pelo empregado em virtude do trabalho terá ela natureza indenizatória (ou, simplesmente, não-salarial).

E isso porque tradicionalmente a legislação trabalhista atribui natureza salarial a todas as parcelas recebidas pelo empregado e que se destinam a remunerar o trabalho (ou seja, que correspondem a uma contraprestação ao trabalho efetuado).

O pagamento da remuneração pode ocorrer, inclusive, sob a forma das chamadas utilidades, que não são fornecidas em pecúnia, mas, sim, por meio de benefícios ou prestações *in natura* pelo empregador.

Por outro lado, a mesma legislação retira a natureza salarial da prestação *in natura* quando ela tiver por objetivo/finalidade viabilizar a própria prestação dos serviços ou quando se destina a evitar/compensar um gasto feito pelo empregado em virtude do trabalho. Seguindo o mesmo critério, afirma a Súmula nº 367, I, do TST que “a habitação, a energia elétrica e veículo fornecidos pelo empregador ao empregado, quando indispensáveis para a realização do trabalho, não têm natureza salarial (...)”.

A natureza salarial também é excluída quando o legislador objetiva incentivar a empresa a fornecer certos benefícios;

assim ocorre com a educação fornecida pelo empregador, cuja natureza salarial é afastada pelo inciso II, do § 2º, do art. 458 da CLT.

Assim, pode-se compreender o profundo enraizamento no campo do Direito do Trabalho do entendimento de que o Vale-Transporte – cuja finalidade é prevenir o gasto do empregado com o deslocamento até o trabalho e o seu retorno a casa – possui natureza indenizatória e não salarial.

O fato de ser fornecido em pecúnia não altera sua natureza indenizatória. O que importa é o fato de que o Vale-Transporte não tem por objetivo remunerar o trabalho.

E a lei expressamente reconhece isso. O art. 2º da Lei nº 7.418/1985 dispõe que o Vale-Transporte “*não tem natureza salarial, nem se incorpora à remuneração para quaisquer efeitos*” (alínea “a”) e “*não constitui base de incidência de contribuição previdenciária ou de Fundo de Garantia do Tempo de Serviço*” (alínea “b”).

O Decreto nº 95.247/1987, a seu turno, repete isso no art. 6º, da Lei nº 8.212/1991 – que trata do custeio dos benefícios da Previdência Social – expressamente exclui da incidência da contribuição previdenciária a parcela recebida a título de Vale-Transporte (art. 28, I, e § 9º, “f”).

IV – Da Conclusão


O Vale-Transporte é direito social que se extrai do dispositivo contido no art. 7º, última parte, da Constituição de 1988.

Decerto o pagamento em dinheiro, como substituto do Vale-Transporte, não pode constituir-se em fato gerador da contribuição previdenciária prevista no art. 201, § 11, da Constituição de 1988.

Mas nem por isso a vedação de substituir o Vale-Transporte por dinheiro, que tem por objetivo impedir a dissimulação de determinados empregadores, que eventualmente sonogam esse benefício social, estando essa vedação em sintonia com a regra do art. 7º, *caput*, da Lei Fundamental: “**são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria da condição social**”, pode ser considerado inconstitucional nessa leitura.

A forma de se preservar a regra do art. 4º, da Lei nº 7.418/87, e do art. 5º, do Decreto nº 95.247/87, é a de que ao se proceder ao exame de inconstitucionalidade das normas investigam-se os vários sentidos que compõem os significados desses dispositivos.

Assim, declarar-se-ia, de modo a não se mexer no texto, a inconstitucionalidade daqueles incompatíveis com a Constituição Federal, como o sentido de que o pagamento em dinheiro pudesse se constituir em fato gerador da contribuição previdenciária prevista no art. 201, § 11, da Constituição de 1988, sendo nula a norma que extraísse com esse sentido.

Mas, por outro lado, declarar-se-ia constitucional a vedação da substituição do Vale por dinheiro, preconizada nos referidos dispositivos (art. 4º, da Lei nº 7.418/87 e do art. 5º, do Decreto nº 95.247/87), pois compatível com a Constituição da República (art. 7º, última parte), preservando-se esse instituto no seu aspecto mais relevante: o social. 

MUTIRÃO JUDICIÁRIO E O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

Regina Coeli Formisano
Juíza Federal do TRF 2ª Região

1. Fundamentos contra o mutirão carcerário

Um conhecido procurador de justiça do Estado da Bahia, em entrevista recente aos órgãos de comunicação, referiu-se ao Mutirão Carcerário, afirmando que este não passa de uma ação midiática, comparando-o a uma pessoa que tem péssimos hábitos alimentares, não pratica qualquer exercício físico e, para resolver sua obesidade, faz uma lipoaspiração a cada seis meses, sendo que, no caso do mutirão, os problemas estruturais não são enfrentados e então se faz o mutirão para tentar desinchar as cadeias e presídios.

A Associação dos Magistrados do Maranhão, em 29.04.2010, outrossim, firmou o entendimento de que os mutirões carcerários, realizados sem a participação do juiz do processo de conhecimento ou da execução penal, ofende o princípio do Juiz Natural e institui “um tribunal de exceção”. Por essa razão, apresentou ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) o Pedido de Providências nº 00003157-59.2010.2.00.0000, destacando que aquele Colendo Conselho de Justiça já havia decidido que não se podia cogitar o afastamento dos juízes titulares das varas beneficiadas (PCA nº 043/2005/CNJ):

“Outros juristas entendem que mesmo que os Tribunais designem magistrados para atuarem concorrentemente com o juiz natural, a ofensa ao princípio do juiz natural ainda persistirá, vez que, no mutirão carcerário, os feitos serão encaminhados para juízes incompetentes. A competência é a medida da jurisdição e esta é intransferível, intransmissível, indelegável.”

2. O princípio do juiz natural e o juízo de exceção

O princípio do juiz natural e a garantia de que não haverá juízo ou tribunal de exceção, encontram-se inscritos nos incisos LIII e XXXVII do art. 5º da Constituição Federal vigente.

Tem por escopo garantir a imparcialidade do Judiciário e a segurança do povo contra o arbítrio estatal. O juiz natural é

somente aquele integrado no Poder Judiciário, com todas as garantias institucionais e pessoais previstas na Constituição Federal, devendo, esse princípio, ser interpretado em sua plenitude, de forma a não só inibir a criação de Tribunais ou juízos de exceção, como também a exigir respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência e a imparcialidade do órgão julgador.

O Juiz Natural é princípio albergado, no ordenamento pátrio, desde a Constituição Política do Império do Brasil, publicada em 25 de março de 1824, em que previa em seu Título VIII – “Das disposições geraes, e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros”, extenso rol de direitos humanos fundamentais, entre eles o princípio do Juiz Natural, repetido, igualmente, por nossa 1ª Constituição Republicana, de 24 de fevereiro de 1891, que, em seu Título III – Seção II, o previa na Declaração de Direitos, assim como nas demais Cartas Republicanas que se seguiram.

Dessarte, o direito a um juiz imparcial constitui garantia fundamental na administração da Justiça num Estado Democrático de Direito, servindo de substrato para a previsão, em matéria de direito processual, das hipóteses de impedimento e suspeição do magistrado, sempre no intuito de garantir a imparcialidade do órgão julgador.

3. O princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal alberga tal princípio no Artigo 1º, inciso III:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - ...

II - ...

III – a dignidade da pessoa humana...”



Torna-se claro que foi dado a esse princípio destaque especial na Magna Carta de 1988, pois o faz figurar no artigo primeiro, no qual lança os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Portanto, os demais princípios e garantias parecem todos ser decorrência desse super-princípio que paira acima dos demais, apresentando-se como vetor principal do Artigo 5º, no qual estes foram elencados e se encontram.

Nesse sentido, o direito ao Juiz Natural encontra-se insito no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sendo dele decorrente.

Vários são os juristas que conceituaram o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Alexandre de Moraes (1) entende que:

“A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.”

Nelson Nery², de outra banda e sob outro enfoque, entende que: “É o fundamento axiológico do Direito; é a razão de ser da proteção fundamental do valor da pessoa e, por conseguinte, da humanidade do ser e da responsabilidade que cada homem tem pelo outro.”

4. Outros fundamentos

O Superior Tribunal de Justiça, em casos diversos, vem decidindo que não considera como absoluto o princípio da identidade física do juiz, sendo que a ausência do Juiz Natural

só gera nulidade do acórdão se houver violação ao contraditório e à ampla defesa.

Aquela Corte, outrossim, em outros tipos de julgados, como por exemplo, da convocação de magistrados para os Tribunais, vem entendendo que tal convocação somente se justifica em caso de excesso de trabalho, não podendo, entretanto, os juízes convocados, proferirem julgamento, mas, tão somente, auxiliar os juízes de segundo grau em suas decisões. Este é o entendimento de três dos cinco magistrados que compõem a 5ª Turma daquela Corte: Min. Gilson Dipp, Min. Napoleão Maia Filho e Adilson Vieira Macabu, em julgamento não encerrado, de Habeas Corpus, em razão do pedido de vista da Ministra Laurita Vaz.

Ora, segundo a Loman, a substituição de desembargadores é permitida somente nos casos de férias ou afastamento do magistrado por mais de trinta dias, devendo o nome do magistrado convocado ser aprovado por maioria absoluta do Plenário do Tribunal ou da Corte Especial. Portanto, a convocação do juiz de primeiro grau para auxílio no segundo grau, não lhe concede jurisdição para julgar, em Corte Superior.

Portanto, conforme posicionamento do Ministro Gilson Dipp, a lei ordinária não disporá sobre convocação para auxílio, fundada na previsão de convocação para substituição, prevista na lei complementar nº 35/1979; diploma competente para tratar da questão.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, em julgado recente no qual foi reconhecida a Repercussão Geral, entendeu da seguinte forma, RE 597133/RS(pub.05.04,2011), relator Min. Ricardo Lewandowski, *verbis*:

“Não viola ‘o postulado constitucional do juiz natural’ o julgamento de apelação por órgão composto majoritariamente por juízes convocados, autorizado no âmbito da Justiça Federal pela Lei 9.788/199.”

Nada obstante, a questão do mutirão afasta-se um pouco da convocação de magistrados para o segundo grau, já que, na verdade, tudo se passa em primeiro grau de jurisdição. No entanto, remanesce a dúvida, vez que as demandas são atribuídas a um determinado magistrado e serão julgadas por outros.

O STJ firmou entendimento, no sentido de que não há ofensa ao Juiz Natural. Nesse sentido, a ementa do acórdão (Ag828862/PR, sob a relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, em 23/10/2007) a seguir (inteiro teor no anexo II):

“AUSÊNCIA DE PRÉ-QUESTIONAMENTO. REGIME DE ‘MUTIRÃO’. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. NÃO OCORRÊNCIA.”

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o qual vem coordenando os mutirões, por certo, tem entendimento firmado no mesmo sentido, decidindo no sentido de que não há ofensa ao princípio do Juiz Natural, em todos os procedimentos de controle administrativo.

Os argumentos daquele Conselho são bastante convincentes:

1 - Os mutirões têm por escopo agilizar os processos e, para tanto, contam com o auxílio de juízes titulares e substitutos, desde que criados, através de ato da presidência do Tribunal;

2 - Nestes, os juízes titulares não são afastados das demandas. Não havendo assim ofensa ao juiz natural, bem como não cria tribunal de exceção;

3 - Os mutirões beneficiam os presos;

4 - O Judiciário, como guardião das garantias e direitos individuais, não pode, em razão da morosidade, passar a ser o obstáculo do exercício desses direitos e garantias;

5 - O direito ao Juiz Natural e a garantia contra tribunais de exceção, não podem se erigir como impedimento a outros princípios constitucionais como a duração razoável do processo e o princípio da dignidade da pessoa humana.

5. Conclusão

Não resta dúvida de que há uma convergência, no mundo jurídico, no sentido de que o mutirão carcerário tem sido uma ação benéfica para a sociedade, para o Judiciário e especialmente para os presos.

No entanto, a análise de possível ofensa ao princípio do Juiz Natural deve passar antes pela ponderação dos princípios constitucionais envolvidos à luz da proporcionalidade, prevalecendo o princípio de maior peso. Ou seja, na existência de um conflito entre o princípio do Juiz Natural e o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, qual é o princípio que irá prevalecer.

Ora, não é preciso que se percorra o Ordenamento Jurídico na sua integralidade para vislumbrar que o Princípio da Dignidade Humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, em que se constitui a República Federativa do Brasil.

Ou seja, entre todos os princípios constitucionais, o princípio-vetor, isto é, o princípio que fundamenta e que serve de base para a Democracia e a partir do qual os demais serão estabelecidos é, sem dúvida, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Portanto, um princípio que prevalece sobre os demais.

Além disso, tenho que merecer análise, nesse contexto, o princípio jurídico, importado do direito francês: “pas de nullité sans grief”, cuja tradução literal é: “não há nulidade sem prejuízo”.

Nessa esteira, não se declara nulo nenhum ato processual que não tenha resultado em prejuízo para as partes e que não haja influenciado na decisão da causa ou na apuração da verdade real, nos moldes dos artigos 563 e 566 do Código de Processo Penal.

“Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.”

“Art. 566. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.”

A jurisprudência vem sufragando esse entendimento:

“HC 148251 / GO HABEAS CORPUS

2009/0185529-7

Relator(a) ministro GILSON DIPP

Órgão julgador

T5 - QUINTA TURMA

Data do julgamento

05/04/2011

Data da publicação/fonte

DJe 15/04/2011

Ementa

CRIMINAL HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. PRISÃO CAUTELAR. LIBERDADE PROVISÓRIA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA.

PREJUDICIALIDADE. NULIDADE PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUIZO. INTIMAÇÃO DO LAUDO DA PERÍCIA DE RECONSTITUIÇÃO DOS FATOS.

CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA.

I. A prolação de sentença condenatória prejudica a análise da alegação de vícios na segregação cautelar, apta à concessão da pretendida liberdade provisória, diante da existência de novo título a respaldar a custódia.

II. No processo penal, eventual nulidade dos atos exigem a comprovação do prejuízo, sendo aplicável à espécie o princípio do *pas de nullité sans grief*. No caso concreto, a defesa não se desincumbiu de demonstrar a ocorrência de prejuízo que justificasse tal nulidade.

III. Afere-se dos autos que a nova perícia de reconstituição dos fatos foi requerida pela própria defesa que acompanhou todo o procedimento e que, ciente do teor do laudo pericial, foi intimada a apresentar alegações finais, inexistindo, pois, violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

IV. Ordem parcialmente conhecida e denegada.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça. “A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, denegou a ordem”. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.”

Finalmente, insta ressaltar posicionamento de Fernando da Costa Tourinho Filho, no sentido de que “em matéria de nulidade, e para simplificar o rigorismo formal, foi adotado o princípio do *pas de nullité sans grief*. Não há nulidade sem prejuízo. Para que o ato seja declarado nulo é preciso haja, entre a sua imperfeição ou atipicidade e o prejuízo às partes, um nexo efetivo e concreto. Se, a despeito de imperfeito, o ato atingiu o seu fim, sem acarretar-lhes prejuízo, não há cuidar-se de nulidade” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. vol. 3. Ed. Saraiva, 17ª Ed., p. 115).

BIBLIOGRAFIA

1 - Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. Alexandre de Moraes, 5ª edição, São Paulo, Editora Atlas S.A-2005, página 128

2 - NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2006.

ANEXOS

1 - "RE 597133 / RS - RIO GRANDE DO SUL
RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI
Julgamento: 17/11/2010
Órgão julgador: Tribunal pleno
Publicação

REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO
DJe-065 DIVULG 05-04-2011 PUBLIC 06-04-2011
EMENT VOL-02497-02 PP-00273

Parte(s)
RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
RECTE.(S): IORQUE BARBOSA CARDOSO
ADV.(A/S): AMADEU DE ALMEIDA WEINMANN
E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S): PAULO DARIVA E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ementa

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL PENAL. JULGAMENTO DE APELAÇÃO POR TURMA JULGADORA COMPOSTA MAJORITARIAMENTE POR JUÍZES FEDERAIS CONVOCADOS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO. I – Não viola o postulado constitucional do juiz natural o julgamento de apelação por órgão composto majoritariamente por juízes convocados, autorizado no âmbito da Justiça Federal pela Lei 9.788/1999. II – Colegiados constituídos por magistrados togados, integrantes da Justiça Federal, e a quem a distribuição de processos é feita aleatoriamente. III – Julgamentos realizados com estrita observância do princípio da publicidade, bem como do direito ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório. IV – Recurso extraordinário desprovido.

Decisão

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, negou provimento ao recurso extraordinário, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que o provia. Votou o presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausentes, neste julgamento, os senhores ministros

Ayres Britto e Joaquim Barbosa. Plenário, 17.11.2010.

2 - AgRg no Ag 828862 / PR
AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
2006/0205541-8

Relator(a)
Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1123)
Órgão julgador
T2 - SEGUNDA TURMA
Data do julgamento
23/10/2007
Data da Publicação/Fonte
DJ 23/11/2007 p. 458

Ementa

AUSÊNCIA DE PRÉ-QUESTIONAMENTO. SÚMULAS NS. 282 E 356 DA SUPREMA CORTE. ANÁLISE DE LEI LOCAL IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 280 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REGIME DE "MUTIRÃO". VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. NÃO-OCORRÊNCIA. REEXAME DE PROVA. SÚMULA N. 7/STJ.

1. A ausência de pré-questionamento da questão federal suscitada impede o conhecimento do recurso especial (Súmulas ns. 282 e 356 do STF).

2. É inviável, em sede de recurso especial, o exame de eventual ofensa a dispositivos de legislação estadual, circunstância que atrai a aplicação, por analogia, da Súmula n. 280 do Supremo Tribunal Federal.

3. A orientação jurisprudencial do STJ firmou-se no sentido de que o regime de "mutirão" não fere o princípio do juiz natural, notadamente quando a questão discutida nos autos independe da produção de provas em audiência.

4. Descabe ao STJ, em sede de recurso especial, revisar a orientação adotada pelas instâncias ordinárias quando alicerçado o convencimento do julgador em elementos fático-probatórios presentes nos autos (Súmula n. 7/STJ).

5. Agravo regimental improvido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Castro Meira.

A POSSIBILIDADE DE RECUPERAÇÃO SUSPENSIVA DA FALÊNCIA PARA SEU ENCERRAMENTO

Arthur Migliari Júnior

Promotor de Justiça do Estado de São Paulo

Introdução necessária

A questão que se coloca em discussão neste estudo é a possibilidade de se encerrar uma falência decretada com base na Lei 11.101/05 por meio de um projeto de recuperação de empresas, aprovado pelos credores, de modo a suspender o andamento da falência, razão pela qual prefiro batizá-lo de recuperação suspensiva da falência. Evidentemente, à primeira vista, parece-nos um tanto quanto arriscado tencionar aceitar tal colocação por entender que o processo falencial deva seguir sempre o mesmo critério e o mesmo ritual.

No entanto, a questão que se coloca dentro dos critérios adotados pela nova sistemática legislativa falencial é totalmente diversa, se bem que anteriormente já se falasse da possibilidade de que os credores, reunidos em maioria, pudessem decidir de maneira ampla a solução dos problemas com a falência, conforme o Artigo 123 do Decreto-Lei 7.661/45.

O novel instituto falencial tem uma roupagem moderna, abrangente, que procura dinamizar o processo e evitar o desperdício de tempo e dinheiro que, nesse caso, envolve o direito dos credores, ávidos por se desvencilhar o mais rápido possível dos entraves provocados pela quebra do seu patrimônio.

Por aí se vê a modificação substancial de pensamento do legislador de 2005 para o tacanho legislador de 1945; eis que neste instituto antiquado todos perdiam, ao passo que no atual só há perda se houver incapacidade de diálogo ou malversação dos bens arrecadados, pois a ideia principal é afastar o devedor do comando de sua empresa, permitindo que as falhas anteriormente cometidas sejam sanadas, recuperando-se os produtos e vendendo-os, ou arrendando-os, ou entregando-os aos credores, mas tudo de maneira legal e imediata.

Diante desses primeiros argumentos, devemos nos redimir do antigo pensamento de que a falência é um mal e um carcinoma do tecido social, impregnada de dolo latente, levada a empresa ao estado falitário por empresários corrompidos, dentro do sistema.

Urge encontrar soluções seguras e rápidas para as falências não se eternizarem nos escaninhos dos fóruns brasileiros, mesmo porque há princípios rígidos que pugnam pela celeridade, como veremos adiante.

Alguns princípios que regem a nova Lei 11.101/2005

Para ARTHUR KAUFMANN, “toda legislação positiva pressupõe sempre certos princípios gerais do Direito”.

O que nos interessa neste curto estudo é lembrarmos atentamente o Artigo 75 da Lei 11.101/05 e seu parágrafo único, que trata dos meios produtivos na falência e da celeridade processual, conforme o Artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal (fruto da EC 45/04). Ficou decretado que a chamada “concordata suspensiva” estava proscria do Direito Falencial brasileiro (Artigo 192, da LRE). De fato, a concordata suspensiva sempre foi um estorvo para a rápida solução dos processos falenciais, uma vez que era necessária a solução da parte criminal da falência para, depois disso, dar início à realização do ativo, visando ao pagamento do passivo. A Lei 11.101, de 2005, não repetiu o mesmo “erro”.

Inicialmente aplaudida a iniciativa e a forma rápida de venda dos bens da massa falida, não se apercebeu, à época da constituição da novel legislação, a possibilidade de que uma “recuperação suspensiva na falência” poderia ser a solução

mais rápida para o encerramento da falência. Daí decorre o presente estudo.

Atento a isso, impõe destacar que uma falência poderá ser encerrada precocemente desde que a maioria dos credores consinta com isso, mesmo porque precisamos ficar bem alertas ao seguinte dogma: trata-se de direito disponível o dinheiro alheio!!!, algo de que pouca gente se dá conta nesse mundo jurídico de viés bem estreito. Se os credores concordarem, encerra-se a falência.

O Artigo 145 da Lei 11.101/05 repete o antigo Artigo 123 do Decreto-Lei 7.661/45, permitindo que a maioria qualificada dos credores (2/3) possa deliberar a respeito, reiterando o Artigo 46. Em verdade, o antigo Artigo 123 do Decreto-Lei 7.661/45 sempre teve pouca utilização no cenário jurídico nacional.

Na minha visão, qualquer credor poderá requerer a convocação de Assembleia Geral de Credores, assim como o administrador judicial e até mesmo o falido ou os administradores da empresa falida, eis que não há limitação legal, e onde a lei não distingue, não poderá o exegeta fazê-lo.

Fixemo-nos no falido. É ele afastado da administração de seus nos termos do Artigo 103, quando da quebra. Porém, permanece no direito de se defender e fazer defender seu patrimônio – do qual está provisoriamente afastado, por conta da quebra –, mas continua com a possibilidade de requerer as providências necessárias para a conservação de seus direitos (parágrafo único do Artigo 103 da Lei 11.101/05).

Dito isso, vislumbra-se que há a possibilidade de resolver a sua falência dentro do menor espaço de tempo possível, e me parece bastante claro, com base na própria Constituição Federal, que não lhe impede esse sagrado direito de peticionar em juízo, defender seu patrimônio, solucionar sua falência, quitar-se moral e socialmente com os credores e volver à vida pública e privada.

O Artigo 145 fala em constituição de sociedade com os atuais sócios – *rectius* falidos – ou com terceiros. Isso me parece que o princípio elencado no Artigo 145 é a antiga concordata suspensiva da falência com nova roupagem, modernizada, arrojada, pujante, despertando o novo sentimento de que o legislador de 2005 não afastou a possibilidade de um retorno à vida empresarial por meio da empresa falida, agora não mais dentro de uma empresa falida, mas, sim, dentro de uma empresa em recuperação judicial suspensiva da falência.

A visão ofuscada do passado a respeito da concordata suspensiva fez com que os pensadores do moderno Direito Recuperacional e Falencial simplesmente passassem a abominar a ideia de que a mesma pudesse perdurar entre nós, mesmo porque sempre causou mais embaraços do que soluções aos processos.

No entanto, urge destacar, de outra forma, que apesar de sua proscrição formal, não nos parece totalmente fora de propósito a possibilidade de se resolver o problema da quebra com a recuperação suspensiva da falência dentro de outros critérios mais práticos e pragmáticos, principalmente porque a negociação é o alvo principal da legislação recuperacional brasileira.

Colocados em assembleia geral, os credores teriam o poder de contornar os entraves causados pela quebra, mesmo porque a sequência natural do processo falencial é a demora



no recebimento dos valores a que julgam ter direito, com a inesgotável necessidade de ter um ingrediente pouco esperado: a paciência para o recebimento de seus créditos, se vierem um dia, efetivamente, a recebê-los.

Em assembleia geral (AGC), deliberando sobre o *quantum*, o número de parcelas, os eventuais juros a receber, as cláusulas de fixação de responsabilidades etc., os credores cumpriram de maneira muito mais ampla os princípios elencados na recuperação da empresa, agora na falência. A deliberação dos credores poderia surtir muito maiores benefícios sociais a todos os envolvidos, evitando-se o dissabor de se perderem tempo e dinheiro para o recebimento daquilo que lhes é devido, abstraindo-se do tormentoso procedimento judicial.

Enfim, uma deliberação seria muito mais útil. Seria cumprida a função social do processo falencial, o esgotamento da tutela jurisdicional ocorreria no menor espaço de tempo possível e seriam evitados recursos às instâncias superiores – outro fator “eternizador” de processos falenciais –, sendo que a deliberação sobre os assuntos da empresa falida seria decidido por outros os credores, juntamente com o criador do problema, que é o empresário, ora falido.

O legitimado a requerer a recuperação suspensiva da falência

De outra banda, o Artigo 145 fala em “outra forma de realização do ativo”. Ora, dentre os meios de realização do ativo de um devedor pode-se, sim, seguramente e sem medo de errar, pleitear que seja constituída uma sociedade de credores, que seu débito seja pago parceladamente,

que sejam obtidas concessões dos credores (que estão defendendo direitos disponíveis, repese-se!), ou, ainda, qualquer outra forma de recuperação prevista no Artigo 50 da Lei 11.101/2005, que não é *numerus clausus* diante da locução final: “dentre outros”.

Esta última colocação, “dentre outros”, não exclui a recuperação na falência como forma de finalizá-la. Pensemos abertamente e sem freios ou falsos moralismos. E a “legislação pertinente a cada caso” é a própria Lei 11.101/2005, mesmo porque o todo legislado é constituído de partes estanques, mas que não estão dispersas dentro do sistema. A ideia é que se possa resolver a falência com uma solução inovadora, criativa, que agrade pelo menos à maioria dos credores, mesmo porque serão eles que irão deliberar em assembleia geral o que fazer da empresa falida, dentro daquilo que se chamou “democracia monetária”.

A questão da chamada democracia monetária ganhou grandes contornos nos processos falenciais e recuperacionais modernos, pois a intenção do legislador foi a de desjudicializar ao máximo a intervenção estatal-judicial, com todo o seu poder de império e sua estruturação rígida. Dessa maneira, o foco principal do processo falencial é buscar a solução mais rápida, barata e segura para a decretação da falência, evitando-se o processamento demasiado de atos “sem sentido prático”, fazendo com que os credores encontrem uma solução em sintonia com o devedor, colocando-os para dialogar e chegar ao consenso, dentro da moderna linha de pensamento referente à recuperação social da empresa.

Qualquer um que seja falido poderá resolver sua pendência judicial falencial no menor espaço de tempo, inclusive pleiteando tal benesse, eis que baseada na Constituição Federal e na lei, ambas mandando resolver o problema rapidamente, e ninguém mais interessado do que ele próprio procurando se livrar da pecha de “empresário falido” imposta na sentença de quebra.

Dentre a enorme série de vantagens, uma AGC tem autonomia para deliberar sobre uma gama de assuntos, inclusive com a criação de sociedade de propósitos específicos, divisão de unidades produtivas etc., tudo isso como forma de procurar o encerramento da falência.

De outro modo, creio que o pedido de convocação de assembleia para decidir os destinos do seu patrimônio, que está arrecadado, é antes de mais nada e principalmente do próprio falido, pois não poderá dispor de nada, desde o momento da decretação da quebra, até o seu encerramento.

Se vingasse a tese até agora encontrada, estaria o falido impossibilitado de ver, ainda em vida, sua falência encerrada, o que é totalmente contrário aos textos constitucionais já mencionados anteriormente.

A solução alternativa

A atual legislação segue a tendência mundial de evitar ao máximo a proliferação de empresas falidas que não têm nada a servir à sociedade. Ao revés, não produz, não emprega, não paga tributos etc. A atual legislação procura fazer com que se extraia da massa falida uma alternativa para o problema causado pela

quebra, sem a criação de sucatas futuras ou de bem sem valor que nada renderão para a massa falida, *ad futurum*.

Dentro desse quadro desgastante, é necessário que o exegeta observe que, antes do rigorismo legal, há uma unidade produtiva paralisada, pronta para voltar a funcionar, seja através de terceiros seja através do próprio falido, eis que o artigo 50 da Lei 11.101/2005 tem essa finalidade explícita.

Se só isso não fosse o suficiente, poderíamos observar, ainda, que uma empresa funcionando sob a supervisão judicial é muito melhor para o mercado do que uma empresa eternamente paralisada. Levantemos os olhos ao nosso redor e vejamos a enorme quantidade de problemas que assolam o Judiciário como um todo, no qual centenas, milhares de processos falenciais se arrastam diariamente, para cima e para baixo, sem solução.

Nessa sina, quase todos perdem... Alguns levam vantagens incomensuráveis e procuram mais e mais vantagens, sempre com o discurso de que não há solução possível.

Há, sim, grandes soluções, que estão na própria novel legislação falencial, voltada para o mundo, para o mercado, para a produção, para o fortalecimento do empresariado de uma maneira geral.

Foi-se o tempo em que o falido era apenas o falido, equidistante do Judiciário. É o tempo de renovação e, passados mais de cinco (5) anos da vigência da presente lei, que deu certo, devem ser aprofundados os institutos para a solução dos problemas advindos da quebra, e, segundo imagino, a recuperação suspensiva da falência é uma solução.

Dentro dessa linha de raciocínio, incumbe ao falido a obrigação de elaborar um plano de reerguimento da empresa falida dentro dos seus exclusivos meios para tal finalidade, buscando os recursos adequados para tanto, oriundos, obviamente, de local lícito, mesmo porque não seria crível permitir-se encerrar um procedimento falencial com algo ilegal.

O plano de recuperação de empresas deverá ser submetido ao conhecimento prévio dos credores, exatamente como na recuperação de empresas, tudo sob as expensas do falido, mesmo porque a possibilidade de gastos excessivos com uma assembleia geral – que poderá ser negativa aos interesses do falido – geraria mais danos do que benefícios aos credores.

De mais a mais, como todo plano de recuperação de empresas, está sujeito a alteração por parte dos credores, os quais poderiam propor ao falido a aprovação do “plano B” em vez do plano inicialmente sugerido, dentro da linha de discussão tendente à aprovação do reerguimento da sociedade falida.

Além disso, situações especiais do plano de recuperação de empresas poderiam ser debatidas dentro da assembleia geral entre os credores e o devedor, com o estabelecimento de critérios específicos para casos específicos, desde que os demais credores estivessem de acordo.

A experiência demonstrou que inúmeras assembleias de credores chegaram a consenso, estabelecendo situações distintas para determinadas classes de credores, ou até mesmo

para credores específicos, em face das condições pessoais e específicas de alguns credores. Essa é a importância da chamada democracia monetária.

É claro que a opção por um modelo pré-determinado pelo devedor ou pelo administrador, ou pelo Comitê de Credores, ou por credores isoladamente considerados tem o ingrediente primário de que cada um tem um interesse próprio diante do problema existente.

No entanto, em assembleia geral, esse problema e o interesse próprio tendem a ser absorvidos pelos demais problemas e interesses gerais, formando uma coesão, que, diante do decidido em assembleia, poderá ou não ser sublevado, considerando-se a decisão da maioria.

O Estado de Direito conhece os problemas individuais, mas se submete ao clamor coletivo de uma assembleia geral, sendo essa a essência da democracia monetária prevista na Lei 11.101/2005. O problema pessoal se rende diante do problema coletivo. A não aceitação será tratada mais adiante.

Creio que o amadurecimento da democracia monetária da presente legislação falencial recuperacional seja a pedra de toque do sucesso do modelo adotado pelo Brasil, rompendo com o passado e seu processamento antiquado, com a confecção de "relatórios" inúteis, em sua maioria sem praticidade alguma, sendo tudo substituído por assembleias gerais, muito mais práticas, amplas, democráticas e, principalmente, eficazes, já saindo com soluções e não mais problemas.

Conclusão

Dentro dessa linha de raciocínio, podemos concluir o presente estudo afirmando que a novel legislação falencial não sepultou totalmente o instituto da concordata suspensiva, mas, ao revés, deu-lhe nova roupagem, ao instituir a possibilidade de solucionar a falência com a comunidade de credores deliberando em assembleia geral de credores, o que chamaremos de recuperação suspensiva da falência, permitindo que o processo falencial se encerre no menor espaço de tempo possível.

Podemos considerar que uma recuperação suspensiva do processo falencial seria algo pioneiro no sistema jurídico nacional, desde a implantação da novel legislação, em 2005, produzindo o benefício adicional de resgatar um empresário falido para o mercado enquanto se soluciona sua falência, gerando maior credibilidade no sistema.

Creio que a recuperação suspensiva da falência daria uma nova opção ao empresariado, que, mesmo falindo, teria ainda ânimo de ajudar o Judiciário a solucionar os problemas decorrentes da quebra, eis que teria condições de retornar à sua atividade produtiva, resgatando sua dignidade pessoal e moral como ser humano, pois o reerguimento dos negócios demonstraria que o mal foi passageiro.

Uma nova chance é o que muitos que erraram buscam incessantemente. A nova opção que sugerimos é uma solução que está na lei. Apenas ainda não foi revelada, mas sem sombra de dúvida poderá se tornar um marco no cenário jurídico nacional.



SANTOS SALLES ADVOGADOS ASSOCIADOS

- Direito Tributário
- Direito Previdenciário
- Direito das Relações de Consumo
- Direito Civil
- Direito do Trabalho
- Direito Penal Empresarial
- Direito Administrativo
- Direito Internacional
- Mediação e Arbitragem
- Petróleo, Energia e Gás
- Direito das Telecomunicações



Av. Paulista, 1765 -13º andar
TEL: +55 (11) 3266-6611 - São Paulo
Rio de Janeiro - Brasília - Campinas
Belo Horizonte

www.santossalles.com.br

NA DEMOCRACIA, O PODER DO POVO É SOBERANO

Ralph Anzolin Lichote
Advogado

Em nome da democracia e da Justiça, muito se tem invocado o politicamente correto, mesmo que para isso se tenha de rasgar a Constituição. Trata-se de, no mínimo, farsa intelectual tentar analisar a questão por opiniões próprias, preceitos próprios ou, até mesmo, costumes e tradições religiosas.

O politicamente correto expõe a homofobia e mascara a teofobia. Bem como os homossexuais, os religiosos têm sofrido de forma até mesmo debochada preconceitos e críticas quando se posicionam à frente daquilo em que acreditam. Assim, se olharmos os dois pontos de vista, ambos estão se posicionando erroneamente. Nem o Supremo Tribunal Federal, nem o movimento a favor da união homoafetiva ou casamento gay (como preferir) acertaram em suas invocações imoderadas e intolerantes.

Com certeza a Constituição Federal, devendo ser lembrada como nossa Magna Carta, garante sim, a todos nós, e não somente a uma parcela em particular, a igualdade, mas não essa igualdade confusa e arbitrária. Ela própria salienta questões que acabam por especificar situações em que somos tratados diferentemente, como questões etárias. Isso não quer dizer que estejamos sendo discriminados por não sermos considerados maiores em determinadas situações. Um bom exemplo seria o fato de um menor de 16 anos poder votar e não poder solicitar sua Carteira de Habilitação. Essa questão vem sendo polemizada há muito tempo, mas ninguém viu o STF rasgar a Constituição e declará-la, por si mesma, inconstitucional!

Ocorre que em relação à questão julgada pelo STF insurge uma minoria influente amparada pela alegação de que o Poder Legislativo demora em muito para solucionar tal questão. Ofenderam-se direitos universais em prol do favoritismo particularista de alguns e pela covardia de solucionar a pendência de forma correta. Podemos afirmar que houve uma total invasão das atribuições do Poder Legislativo. A questão é só uma: a quem reclamamos essa arbitrariedade? A quem recorremos?

Sabemos que é mais uma etapa da luta contra preconceitos e tabus existentes no Brasil. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal é o interpretador da nossa Constituição. Nela se deve amparar para perseguir a vontade do constituinte, não confrontar esta vontade de frente e rasgá-la impunemente sem legitimidade para tanto. O grande problema é que ambos os lados tentaram esvaivar goela abaixo suas vontades, sem nenhum tipo de respeito e tolerância. Tolher a liberdade de opção sexual

é estupidez; porém, empurrar a aceitação em meio à sociedade, ferindo a liberdade de crença, é estupidez semelhante.

Não se pode considerar uma ofensa aos princípios religiosos e familiares conceder aos casais homossexuais direitos análogos aos percebidos na união estável. A grande aflição que nos agride a alma é inserir palavras na Constituição; “casamento” e “união civil” não são meras palavras ao serem inseridas. Mesmo que o Supremo tenha tido a louvável intenção de combater preconceitos e truculências arcaicas nos pensamentos da sociedade, essa Corte não pode fechar os olhos para princípios da maioria da população e inovar sem respaldo constitucional, invadindo o Poder Legislativo. Na democracia, nenhum poder é soberano.

Levantou a minoria homossexual os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. O STF violou, em nome desses, o princípio da segurança jurídica. Nenhuma tradição, nenhum princípio ou, ainda, nenhum costume deve ser quebrado por enxames modistas de uma minoria. Como dito, a minoria deve, sim, ser respeitada. Porém, não às custas de ofensa à constitucionalidade brasileira.

Mais uma vez, não se trata de negar direitos aos casais homossexuais, e, sim, de não aceitar que novos conceitos sejam truculentamente inseridos na CRFB/88. Tais conceitos são claramente rejeitados pela maioria da sociedade. O poder de “impor” à sociedade novos padrões em relação à união de casais ou ao casamento é do Congresso Nacional, e somente dele. Abriam-se, assim, precedentes para que o Supremo Tribunal Federal e suas Excelências substituam as atribuições daquele. Sobre o que mais se espera daqui para a frente que o STF legisle?

Deve-se aqui separar aqueles moderados dos que simplesmente querem impor o que acham certo. Não é assim que funciona! Não se pode enfiar garganta abaixo o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Já se sabe hoje que a entidade familiar, seja ela homo ou heterossexual, já é reconhecida pelo povo brasileiro. Haja vista a paternidade socioafetiva que vem galgando patamares de reconhecimento pela Justiça brasileira; isso prova que os conceitos vêm sendo mudados. Mas, não quer dizer que tenhamos de inovar até mesmo no processo legislativo para agradar uma minoria que alega o tempo todo ser marginalizada.

Sabemos que existe uma lacuna na lei, no Artigo 226 da CRFB/88, no qual a união estável apenas é reconhecida como a existente entre o homem e a mulher. Isso prova, sem nenhuma margem de dúvida, que a vontade do constituinte era de não

reconhecimento do casamento enquanto união entre pessoas do mesmo sexo. Vale destacar aqui o voto da ministra Carmem Lúcia: "É exato que o § 3º do Artigo 226 da Constituição é taxativo ao identificar que 'Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar'. Tanto não pode significar, entretanto, que a união homoafetiva (...) seja, constitucionalmente, intolerável e intolerada, dando azo a que seja, socialmente, alvo de intolerância, abrigada pelo Estado Democrático de Direito. Esse se concebe sob o pálio de Constituição que firma os seus pilares normativos no princípio da dignidade da pessoa humana, que impõe a tolerância e a convivência harmônica de todos, com integral respeito às livres escolhas das pessoas".

Ela mesma, ministra Carmem Lúcia, reconhece a lacuna e o desrespeito ao artigo acima citado e aos protocolos de reescrita da nossa Magna Carta. A união estável recebe a devida proteção do Estado, sendo esta bem definida pela própria Constituição. E não cabe ao STF reescrevê-la, rasgá-la e enxovalhá-la. Intolerância social e preconceitos irracionais não podem realmente ser vitoriosos em nenhuma forma de sociedade.

E como fica o PLC 122, que quer ampliar ainda mais o direito de se expressar dos homossexuais e, de forma desigual, nega o mesmo direito aos religiosos? Ora... inverteu-se completamente a via do preconceito alegado. O preconceito vem vindo de todos os lados. Assim como todos os que optam pelo homossexualismo têm o direito de expressar sua preferência, os religiosos também

o possuem. Mas, no caso, não o direito de opção ou preferência, apenas de opinião, crença e fé.

Como dito, aberto o precedente, será que o STF, nesse PLC 122, não irá invadir as paredes do Legislativo mais uma vez e ordenar o que a religião deve ou não professar? Trata-se de uma decisão que traz à memória o AI-5, porém, de forma menos sincera. Destarte tudo o que foi dito, não significa negar a existência da lacuna legal; não significa negar a existência dessas relações homossexuais ou homoafetivas; não se trata de intolerância religiosa (embora ela exista); o cerne aqui é a declarada inconstitucionalidade da própria Constituição por parte do Supremo.

No mais, somente uma Emenda à Constituição poderia moderar essa intolerância recíproca e mudar o conceito reescrito pelo STF. Nem mesmo a mais bela e sábia das decisões deixa de ser arbitrária quando substitui a vontade dos representantes do povo. Afinal, o poder deve sempre emanar de suas mãos!

Em nome da "igualdade" e da "dignidade da pessoa humana" foram violados direitos de ambos os lados: heterossexuais e gays. Com base nisso, operou-se o milagre de se poder pisar na Constituição, de se aplicarem subterfúgios e de se mascarar o que se entende por politicamente correto. Mas, a própria Corte sabe que de correto nada existiu. Se o Congresso não o fez, foi porque não quis.

Aplausos ao poder da minoria: reescrever a Constituição não é para qualquer um! Atribuição do Congresso usurpada pelo Supremo Tribunal Federal não feriu nenhuma classe em questão. Feriu o povo brasileiro.



B | M Bergher & Mattos
Advogados Associados

Advocacia Criminal



UNIÃO HOMOAFETIVA É RECONHECIDA PELO STF

Um marco histórico. Assim pode ser definido o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) que culminou com o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidades familiares. A decisão, unânime, foi proferida no último dia 5 de maio, durante a apreciação de ações movidas pela Procuradoria-Geral da República e o Governo do Estado do Rio de Janeiro. Os casos foram relatados pelo ministro Carlos Ayres Britto, que, inspiradíssimo, defendeu em seu voto que “o sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”.

A determinação abre um importante precedente. O ministro Celso de Mello, durante o julgamento, defendeu o efeito vinculante do entendimento. Isso quer dizer que a primeira e a segunda instância de todo o Brasil terão de seguir a orientação do Supremo ao julgarem causas semelhantes. Assim, também, como o Poder Público, ao analisar as ações administrativas que visarem ao reconhecimento da união homoafetiva.

Com a decisão, cresceu a busca de informações por parte de casais gays acerca dos procedimentos necessários para proceder ao reconhecimento, explicou Yoya Rosane Fernandes Bessa, advogada especializada em direito processual, penal e administrativo. “Havia por parte de vários casais a busca da efetivação do reconhecimento das suas uniões, porém, quando era levada à Justiça, não se tinha a certeza se haveria o reconhecimento. Com o julgamento no STF, já houve uma busca nos cartórios de todo o país por casais homossexuais querendo reconhecimento das suas situações”, constatou.

“Praticamente no primeiro dia útil após a decisão do STF, vários casais do mesmo sexo me procuraram para regularizar suas situações. Já estou preparando as respectivas minutas das escrituras públicas de constituição de união estável para serem lavradas. Por meio delas, os interessados poderão definir alguns tópicos relevantes, tal como o regime de bens, por exemplo”,

acrescentou ainda a advogada Gladys Maluf Chamma, especialista em Direito de Família e sócia do escritório Chamma Advogados Associados.

Vale ressaltar que o casamento civil de pessoas do mesmo sexo ainda não é possível. Elas não podem, portanto, alterar o estado civil ou adotar o nome do parceiro. Mas, podem fazer um contrato ou uma declaração de união estável em cartório e, com isso, ter a certeza de que a Justiça garantirá os seus direitos.

Esse fato, por si só, é um grande avanço na sociedade brasileira. De acordo com especialistas, as regras a serem aplicadas às uniões homoafetivas deverão ser as mesmas que já valem para as uniões estáveis entre homens e mulheres. Isso quer dizer, na prática, que planos de saúde, por exemplo, não poderão criar qualquer tipo de impedimento à inclusão do parceiro homossexual como dependente. Além disso, em casos de separação, um dos dois poderá entrar com uma ação de reconhecimento por união estável.

“Com a união estável, os casais homoafetivos terão legalmente reconhecido o vínculo dessa união, o que irá gerar não apenas direitos, mas também obrigações. Agora, assim como os casais heterossexuais que já vivem em união estável, o companheiro será reconhecido como dependente para fins previdenciários, será incluído no plano de convênio médico e será aceito nos clubes, o que ainda era objeto de restrição em grupos mais fechados”, explicou o advogado Luiz Kignel, especialista em Direito de Família e Sucessão Empresarial e sócio da PLKC Advogados.

Segundo os advogados, no caso da dissolução da união, especificamente, o que muda é a forma como o Judiciário analisará os casos. Hoje, as ações não são julgadas pelas varas de família. Antes são analisadas pelos magistrados como uma sociedade de fato, ou seja, uma sociedade comercial, em que o parceiro tinha de comprovar, para fins de partilha, que tinha contribuído para a formação dos bens do casal. Com a decisão do STF, passa a



prevalecer a comunhão parcial de bens, em que os bens adquiridos pelo casal após a união são divididos meio a meio.

Nos casos de herança, os especialistas aconselham aos casais a formalizarem, por meio da escritura de união estável, o regime de bens que deverá prevalecer no caso de falecimento de um dos parceiros. Caso não haja um contrato nesse sentido, valerá o regime parcial de bens: em que o companheiro terá direito à metade do patrimônio, e a outra metade deverá ser dividida entre os demais herdeiros (filhos e pais).

Importante mudança ocorre em relação à adoção. A Justiça já tem precedentes no sentido de dar a guarda conjunta a um casal homossexual. No entanto, decisões nesse sentido ainda são poucas. Por receio, muitos casais optam por apenas um dos parceiros ingressar com o pedido de adoção, por meio de ações individuais e na condição de solteiro. Agora, se já houve uma adoção individual e o companheiro homossexual desejar incluir seu nome na guarda da criança, isso já é juridicamente possível.

A mudança, além de representar um importante avanço para a comunidade LGBT, poderá ser também uma grande conquista para crianças e adolescentes que precisam de uma família. O número de jovens disponíveis para adoção é seis vezes menor do que o de pretendentes em adotar, segundo o Cadastro Nacional de Adoção (CNA), gerido pelo Conselho Nacional de Justiça.


De acordo com o CNA, o número de crianças e adolescentes aptos a serem adotados chega a 4.427, enquanto o de possíveis pais é da ordem de 26.694. Na maior parte dos casos, esses jovens não são inseridos em uma família por não atenderem ao perfil exigido. Os pretendentes, em sua maioria, preferem crianças até três anos de idade, do sexo feminino e da cor branca. Também nesse caso, a decisão do Supremo pode combater o preconceito.

Mas essas não são as únicas implicações do reconhecimento. Ao proferir seu voto, o decano do STF, ministro Celso de Mello, frisou que o Judiciário foi chamado "para garantir o livre exercício da

liberdade e igualdade, como garantem os direitos fundamentais", devido à falta de normas específicas sobre o tema.

Para Luiz Kignel, a decisão unânime tomada pelo Supremo, estendendo aos casais homoafetivos os benefícios da união estável, demonstra a preocupação do Poder Judiciário em conferir ao cidadão direitos e garantias prejudicados com a inércia do Congresso Nacional. "É importante que se diga que o STF não criou a união homoafetiva e tampouco a está promovendo. O que fez o STF foi reconhecer uma situação fática, já aceita pela sociedade, inclusive a heterossexual", afirmou o advogado.

Na avaliação dos advogados, o reconhecimento pelo Judiciário da união estável entre casais do mesmo sexo, exigirá um posicionamento do Poder Legislativo sobre o assunto. Levantamento do Núcleo de Assessoramento Técnico da Câmara dos Deputados mostra a existência de oito projetos atualmente em tramitação na Casa, que visam justamente a regulamentar os direitos dos casais homoafetivos. "O Legislativo não deve se omitir após a decisão do STF. Seria uma vergonha, para esse Poder, não editar leis que efetivamente garantam o direito da união homoafetiva", defendeu a advogada Yoya Rosane.

Para Gladys, o Legislativo deverá focar sua atuação na normatização de questões como a adoção. "Aos casais homossexuais deverão ser aplicadas as mesmas regras de união estável entre pessoas heterossexuais. Todavia, existem algumas restrições legais que deverão, oportunamente, ser regularizadas, como por exemplo, no caso de adoção de filhos. Como constar a filiação no registro civil da criança, se não há previsão legal para a existência de dois pais ou duas mães? Neste ponto, há uma lacuna à qual a lei deve ser adaptada para se resolver. Anoto que, o texto do Código Civil é discriminatório no conceito de família, já que só reconhece a entidade familiar, como aquela mantida entre um homem e uma mulher, nos termos do artigo 1.723 do Código Civil", explicou. 



APOSTA NA CONCILIAÇÃO E MEDIÇÃO PARA RESOLVER CONFLITOS

Entrevista: Desembargador Roberval Casemiro Belinati, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Uma Justiça que estimula o cidadão a buscar a solução de suas próprias demandas. Essa é a base do Sistema Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, desenvolvido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). O desembargador da Corte, Roberval Casemiro Belinati, coordenador geral do programa, explica como a iniciativa funciona. “As bases do Sistema são a mediação e a conciliação. A Justiça Comunitária, que integra o Sistema, estimula a comunidade a buscar seus próprios caminhos para a realização da Justiça. Agentes comunitários, orientados por magistrados, de ativa e aposentados, e por técnicos judiciários, procuram, em sessões de mediação, a solução dos litígios”, afirmou.

A iniciativa vem apresentando bons resultados. Somente em 2010, a Justiça Comunitária do Distrito Federal atendeu 5.422 pessoas diretamente e cerca de 10 mil indiretamente, contribuindo positivamente para a solução de milhares de litígios nas áreas cível e de família, sempre por meio da mediação e da conciliação.

O programa se chamava inicialmente Múltiplas Portas de Acesso à Justiça, com a ideia de mostrar que o processo judicial não é a única porta à qual o cidadão pode bater para buscar a solução de um conflito. O objetivo é conscientizar a população de que também há alternativas, também conduzidas pelo Poder Judiciário, que oferecem a possibilidade de resolverem as demandas de forma pacífica, rápida e sem a negação de direitos.

Recentemente, o Sistema Múltiplas Portas de Acesso à Justiça foi adequado às orientações do Conselho Nacional de Justiça e ganhou novo nome: Sistema Permanente de Métodos

Consensuais de Solução de Conflitos. Para o desembargador Belinati, iniciativas como essa são o caminho para o Judiciário sanar problemas como o da morosidade.

“Cada vez que um acordo é homologado, um processo deixa de existir. A vantagem é que pela mediação ou pela conciliação muitas demandas são resolvidas com celeridade e economia. O que poderia demorar meses ou anos acaba sendo resolvido, às vezes, em apenas uma sessão. Acredito que esse Sistema retrate o que vai ser obrigatório dentro de pouco tempo no Brasil”, afirmou o desembargador à Revista Justiça & Cidadania. Confira a seguir a íntegra da entrevista.

Revista JC – Quando e por que o Sistema Múltiplas Portas de Acesso à Justiça foi criado?

Desembargador Roberval Casemiro Belinati – O Sistema Múltiplas Portas de Acesso à Justiça, do TJDFT, foi criado pela Resolução nº 5, de 7 de maio de 2009, com a finalidade de administrar o Serviço de Apoio aos Programas da Justiça Comunitária, da Justiça Restaurativa, da Central Judicial do Idoso e dos Núcleos de Mediação Cível e de Família do Distrito Federal. O Sistema foi instalado em 2009, mas há mais de dez anos o TJDFT, em alguns setores, vem solucionando litígios por meio da mediação e da conciliação. No dia 13 de maio de 2011, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal aprovou uma nova Resolução, seguindo os termos da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça. O Sistema Múltiplas Portas foi ampliado e ganhou um novo nome. Passou a se chamar Sistema Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos.



As bases do Sistema são a mediação e a conciliação. A Justiça Comunitária, que integra o Sistema, estimula a comunidade a buscar seus próprios caminhos para a realização da Justiça. Agentes comunitários, orientados por magistrados, da ativa e aposentados, e por técnicos judiciários, procuram, em sessões de mediação, a solução dos litígios. Em 2010, a Justiça Comunitária do Distrito Federal atendeu 5.422 pessoas diretamente e cerca de 10 mil indiretamente, resolvendo milhares de litígios nas áreas cível e de família por meio da mediação. A Central Judicial do Idoso, desde a sua instalação, já atendeu pessoalmente mais de dois mil idosos e resolveu centenas de problemas por telefone. O atendimento aos idosos não se limita à área judicial, mas se estende à área assistencial; vai, por exemplo, do deferimento de preferência em um processo até a solicitação de um remédio ou uma passagem de ônibus junto ao Governo para o idoso. A Justiça Restaurativa atendeu mais de 500 pessoas no último ano, procurando restaurar traumas decorrentes de crimes, por meio de um processo dialógico, com a participação das pessoas envolvidas e da comunidade.

JC – Qual é a base norteadora desse Sistema?

RCB – O Sistema procura desenvolver outros mecanismos de resolução de conflitos, em especial os consensuais, como mediação e conciliação. Resolve as demandas por meio do acordo e, assim, reduz o número de processos, em menor espaço de tempo, com menos custos, oferecendo maior satisfação às partes.

JC – Como o projeto funciona, quem está envolvido na sua execução e a quem se destina?

RCB – O Sistema atende à população do Distrito Federal e até mesmo do entorno, nas áreas cível, de família, fazendária, do consumidor e criminal, quando o crime é de menor potencial ofensivo. São realizadas sessões de mediação e conciliação. Celebrado o acordo, este será homologado por um juiz. Não havendo entendimento, as ações tramitarão regularmente nos juízos. As pessoas envolvidas são magistrados, da ativa ou aposentados, promotores de justiça, defensores públicos, advogados, pessoas da comunidade, voluntários e servidores da Justiça. As pessoas leigas não têm remuneração, prestam serviços por amor à causa da Justiça e por solidariedade ao próximo.

JC – Na sua avaliação, como o Sistema vem contribuindo para acelerar a Justiça?

RCB – Cada vez que um acordo é homologado, um processo deixa de existir. A vantagem é que pela mediação ou pela conciliação muitas demandas são resolvidas com celeridade e economia. O que poderia demorar meses ou anos acaba sendo resolvido, às vezes, em apenas uma sessão. Acredito que esse Sistema retrate o que vai ser obrigatório dentro de pouco tempo no Brasil, no Poder Judiciário. Em alguns países a mediação é obrigatória. Antes do ajuizamento da demanda, as partes têm de provar que passaram pela mediação. No Brasil, a mediação ainda não é obrigatória, mas os tribunais estão ampliando os seus serviços de métodos consensuais para resolver os litígios rapidamente.

JC – Que outros projetos estão em funcionamento hoje, no TJDF, no sentido de acelerar a prestação jurisdicional?

RCB – Acredito que o TJDF possua hoje o mais moderno, completo e avançado sistema de métodos consensuais de solução de conflitos. O Tribunal acaba de criar o Núcleo de Mediação e Conciliação, vinculado à Corregedoria, para ser um grande centro de atendimento. Criou, também, o Centro de Solução de Conflitos e de Cidadania da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar.

JC – Os acordos celebrados têm força de decisão judicial? Como ocorre o acompanhamento da execução?

RCB – Sim, os acordos homologados por uma sentença proferida por um juiz têm força de título judicial. Temos visto, cada vez mais, da parte do Poder Judiciário, esforços no sentido de viabilizar a mediação e a conciliação como solução dos conflitos.

JC – Na sua avaliação, esse modelo pode de fato ajudar a diminuir a demanda de processos que sobrecarregam os tribunais?

RCB – Os métodos consensuais de conflitos oferecem rapidez e maior satisfação às partes, e acredito que, no futuro, deverão ser obrigatórios em todas as áreas, inclusive na área criminal, envolvendo até crimes de maior potencial ofensivo. Creio que facilitarão ao juiz, ao promotor de Justiça e à defesa, por exemplo, a negociação da pena para o réu, solucionando rapidamente o processo criminal.





Congresso Americano, Washington, D.C.

DIÁLOGO JUDICIAL BRASIL x ESTADOS UNIDOS

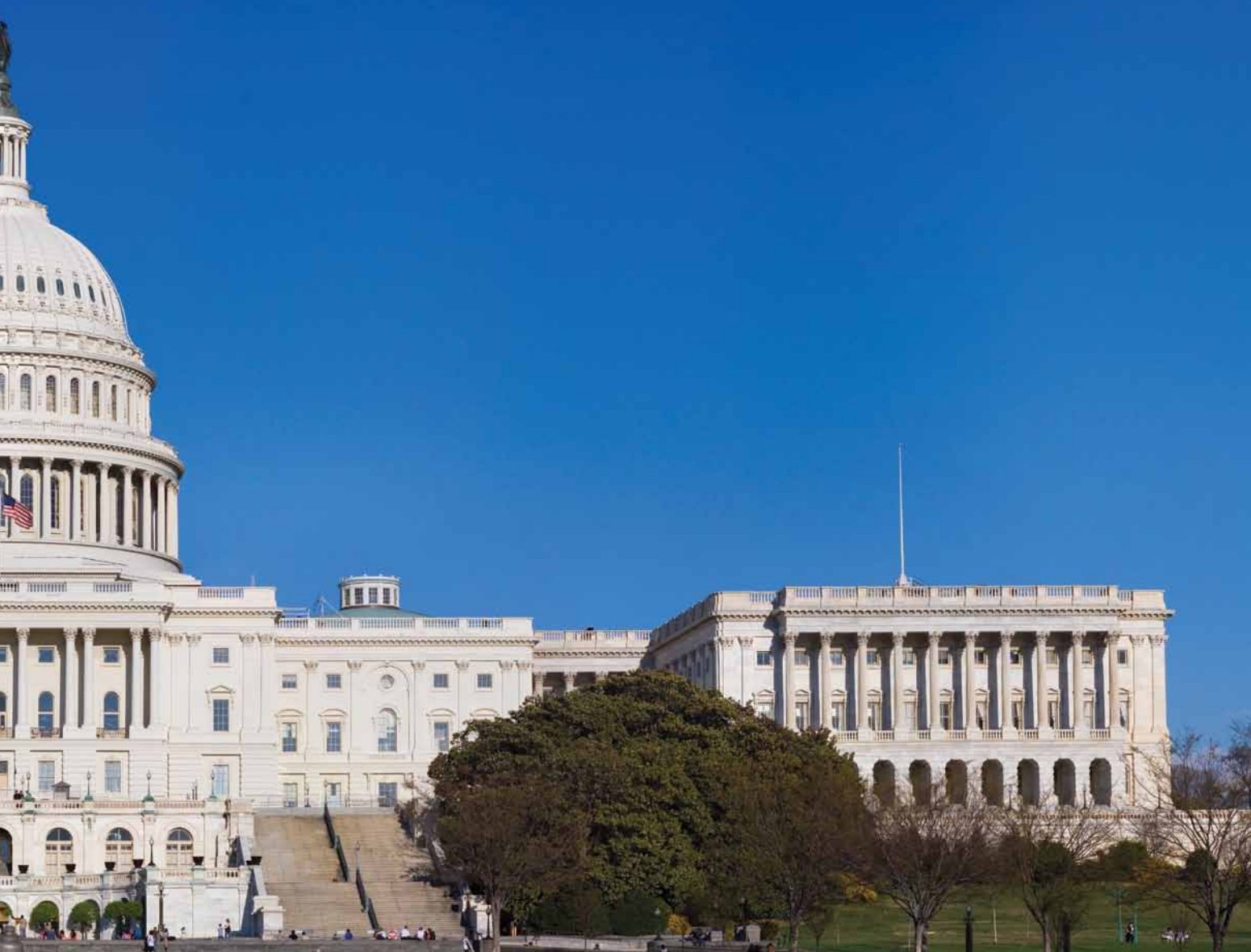
Da Editoria

A quantidade de recursos cabíveis ao Supremo Tribunal Federal (STF) – a mais alta instância do Poder Judiciário no Brasil – causou surpresa a magistrados americanos. O mecanismo de acesso ao tribunal guardião da Constituição Brasileira foi a tônica da apresentação do presidente da Corte, o ministro Cezar Peluso, durante o *Diálogo Judicial Brasil e Estados Unidos*, realizado entre 11 e 13 de maio, no Congresso Americano, em Washington D.C. (EUA).

Realizado pela primeira vez em 1998, e repetido este ano, o Diálogo Judicial Brasil x Estados Unidos contou com a

participação de personalidades do Judiciário brasileiro. Além de Peluso, também estiveram presentes os ex-presidentes do Supremo, ministros Ellen Gracie e Gilmar Mendes, e o ministro Ricardo Lewandowski, que acumula a presidência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

Também participaram do evento o secretário-geral do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Fernando Marcondes; a conselheira do CNJ, Morgana Richa; o diretor da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, Joaquim Falcão; o presidente do Tribunal de Justiça do



Rio, desembargador Manoel Alberto Rebêlo dos Santos; além da desembargadora Norma Suely Fonseca Quintes e do desembargador Luiz Felipe Francisco, representando o Judiciário fluminense, além dos advogados Max Fontes e Marcus Fontes, presidente e vice-presidente da Harvard Law School Association of Brazil, entidade que tem contribuído para aproximar o Poder Judiciário brasileiro da comunidade jurídica norte-americana. Do lado americano, o destaque ficou por conta de Clifford Wallace, veterano juiz da Corte de Apelação dos EUA.

Os temas discutidos no encontro focaram a organização judicial, as formas de procedimento, a seleção judicial e seu treinamento, as eventuais reformas de procedimentos e as alternativas de solução de conflitos. Um dos objetivos do evento foi discutir a busca por mecanismos para desestimular o uso de recursos judiciais protelatórios da execução das sentenças.

No evento, o presidente do STF defendeu o desestímulo aos recursos como resposta à grande demanda da sociedade brasileira. Nesse sentido, Peluso destacou a sua Proposta de Emenda Constitucional – a PEC dos Recursos – que tem

como objetivo permitir a execução de sentenças com decisão de segunda instância. Ele afirmou que a ideia não é acabar com a possibilidade de recursos ao STF, mas impedir que o Supremo examine causas já transitadas em julgado. De acordo com ele, a grande maioria dos recursos extraordinários que chega à Corte não resulta em reforma das decisões de segunda instância. “Menos de 1% dos casos têm as sentenças modificadas”, disse Peluso.

O tema do devido processo legal foi debatido com ênfase pelo professor Joaquim Falcão, da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. O professor explicou aos juízes e juristas norte-americanos que atualmente existem no Brasil pelo menos 37 formas de se recorrer ao STF no Brasil, dado que surpreendeu os juristas americanos. Falcão ressaltou que o excesso de recursos faz parte da tradição do direito brasileiro.

No entanto, o professor defendeu mudanças nessa cultura. “Será que o excesso de recursos utilizados pelo governo federal não está em nome do devido processo legal indo contra os objetivos do devido processo legal?”, indagou Falcão, destacando que dados recentes publicados pela FGV, no relatório *Supremo em Números*.



Mesa composta pelos participantes do evento na *Law Library of Congress*

Essa pesquisa demonstra que 90% dos processos que chegam ao STF são recursos apresentados pelo Poder Público e que a União Federal é a principal usuária do sistema recursal brasileiro.

Direitos fundamentais

O papel das cortes supremas em relação aos direitos fundamentais e à democracia também foi um ponto abordado no evento. A juíza norte-americana Diane Wood destacou as diferenças entre as constituições do Brasil e dos Estados Unidos em relação principalmente aos direitos individuais.

A magistrada destacou que a Constituição norte-americana é bem mais sucinta que a brasileira, o que faz com que a Suprema Corte Americana não tenha que se envolver em questões tão detalhadas quanto o direito individual dos cidadãos. Ela lembrou que os direitos fundamentais são coletivos e não devem se prender a questões individuais.

Peluso, por sua vez, destacou que o STF continua tendo papel importante na consolidação da democracia após a promulgação da Constituinte de 1988. Já o ex-presidente do Supremo, ministro Gilmar Mendes, destacou a legitimidade, a transparência e a segurança jurídica das decisões proferidas pela mais alta Corte do Brasil, afirmando que essas conquistas somente foram alcançadas devido à diversidade de instrumentos processuais destinados à fiscalização da constitucionalidade dos atos do poder público e à proteção dos direitos fundamentais no Brasil. “Ao contrário do que ocorre em diversos sistemas de justiça constitucional, nos quais as ações de inconstitucionalidade são julgadas em audiências privadas, as sessões de julgamento no STF são plenamente públicas. Os debates são transmitidos ao vivo pela TV Justiça e pela Rádio Justiça, ambos com alcance em todo o território nacional”, informou o ministro.

A ministra Ellen Gracie manifestou posição semelhante,

ao defender a criação da TV e da Rádio Justiça, pela Justiça brasileira. “No Brasil temos que trilhar esse caminho, pois nossas decisões ainda são muito herméticas”, destacou a ministra. Ela, no entanto, reconheceu a necessidade de que as decisões do STF e do Judiciário de um modo geral sejam mais claras para que o público as entenda.

A transmissão das sessões foi ponto de controvérsia, por parte dos americanos. Após ouvir a experiência brasileira, o jurista Jeffrey Minear foi categórico ao declarar que transparência tem limite. Na Suprema Corte norte-americana, as decisões são tomadas em sala fechada, o que permite que os juízes falem francamente um com outro. Ele explicou que a transparência vem no produto final. “Depois que os juízes passam dias redigindo as decisões para que o público entenda, tudo é divulgado”, afirmou.

Eleições

Os avanços no campo da Justiça Eleitoral foi outro ponto destacado no evento. O presidente do TSE, ministro Ricardo Lewandowski, ressaltou as conquistas da legislação eleitoral brasileira, que possui características únicas e peculiares se comparadas ao sistema norte-americano. O ministro também comentou o recente acordo firmado entre o Brasil e os EUA, por ocasião da visita do presidente Barack Obama ao País, e que possibilitará a troca de experiência brasileira em relação ao voto eletrônico para a América.

O sistema e a legislação eleitoral brasileiros foram elogiados pelo professor Keith Rosenn, jurista norte-americano que debateu o tema com o ministro Lewandowski. Ele afirmou que “nos Estados Unidos não existe um sistema uniforme de legislação que se compare com o Código Eleitoral no Brasil. Eu parabeneizo o Brasil pela forma como a Justiça Eleitoral vem funcionando, o que, como disse o ministro Lewandowski,

é básico para preservar a democracia”.

Rosenn ainda o trabalho dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), que também atuam no Tribunal Superior eleitoral (TSE). “Não sei como eles conseguem. Trabalham muito no STF com uma carga elevada de processos e, ainda, atuam como juízes eleitorais administrando uma área geográfica enorme e com mais de 120 milhões de eleitores”, comentou o professor americano.

Combate à corrupção

A corrupção no processo eleitoral, assim como no sistema de um modo geral, no entanto, foi duramente criticada pelo jurista americano. A ministra Ellen Gracie afirmou que, nessa área, o uso da tecnologia e, especialmente, os avanços na legislação têm ajudado o Brasil a obter bons resultados, sobretudo no campo criminal. “No Brasil, por longo período, a persecução criminal de personagens do mundo político, em especial parlamentares, foi eficientemente impossibilitada. Não que houvesse na lei alguma regra de imunidade absoluta, como *“the King can do no wrong”*, mas porque a atuação do Poder Judiciário ficava na dependência de expressa autorização da Casa Legislativa a que pertencesse o acusado”, afirmou.

O quadro, de acordo com ela, passou a sofrer mudanças, sobretudo após a Constituição de 1988. “Desde 1988, tivemos avanços importantes no combate à corrupção, como a Lei de Responsabilidade Fiscal e a Lei de Improbidade Administrativa, que têm levado à cassação de mandatos e outras punições. E, mais recentemente, a Lei da Ficha Limpa”, explicou a ministra Ellen Gracie, informando que,

embora o STF tenha considerado que a lei da Ficha Limpa não poderia ser usada no processo eleitoral de 2010, esta não fora declarada inconstitucional.

O juiz norte-americano, Peter Messite, destacou que nos Estados Unidos o nível de corrupção também é elevado. “Concorremos diretamente com o Brasil em termos de corrupção”, afirmou. Na avaliação dele, a grande diferença entre os dois países está na forma do tratamento legal dado aos casos. Messite salientou que nos Estados Unidos não há previsão de foro especial para políticos, como no Brasil. “Não temos o conceito de foro privilegiado. Quando temos um político corrupto ele vai a julgamento em júri normal, na Justiça comum. No Brasil, quando alguém é pego, todo mundo faz e, normalmente, a coisa ‘acaba em pizza’, como vocês dizem”, ponderou o juiz.

Troca de experiências

O Diálogo Judicial Brasil x Estados Unidos teve início na noite do dia 11 de maio, com um jantar na Embaixada do Brasil oferecido pelo Embaixador Mauro Vieira, ao qual esteve presente o presidente da Suprema Corte, Chief Justice John Roberts, que discursou ressaltando a importância do encontro entre os dois países. O evento possibilitou verdadeira oportunidade para a troca de experiências entre magistrados e juristas brasileiros e norte-americanos.

Nos dois dias seguintes, o evento teve continuidade com seis painéis, de cerca de uma hora e meia cada um, realizados no Plenário da *Law Library of Congress*, com a apresentação de um expositor de cada país, seguidos de comentários e de debates entre os magistrados e juristas convidados.



Foto: TJRJ

Da esq: Desembargador Luiz Felipe Francisco; Desembargador Manoel Alberto Rebêlo dos Santos, Presidente do TJRJ; advogados Max Fontes e Marcus Fontes, Presidente e Vice-Presidente da Harvard Law School Association of Brazil.



PROTAGONISTA DA LIBERDADE

Ricardo Viveiros

Jornalista

Escritor



O dia 31 de março deste ano – lembrar para não acontecer jamais – registrou 47 anos do Golpe Militar de 1964. O cardeal emérito de São Paulo, dom Paulo Evaristo Arns, completará 90 anos de vida este ano, uma vida dedicada ao verdadeiro sacerdócio: amor ao próximo. Dom Paulo é uma das mais respeitadas autoridades em direitos humanos, no Brasil e no mundo. Para ele, nada é mais importante do que o exercício pleno da liberdade.


E foi com a sua fé inabalável que, em 1973, ele criou a Comissão de Justiça e Paz. Mais do que um organismo da Igreja Católica, é um permanente olhar sobre a vida. Um instrumento para defender a justiça, promover a paz, baseado no respeito à democracia – naqueles tempos duros da ditadura, um valor a ser

reconquistado. A liberdade sempre foi um sagrado direito para o bom pastor, Paulo Evaristo, o cardeal Arns.

As cicatrizes dos regimes de opressão sofridos pelos países da América Latina, em especial o Brasil, estão não apenas nos corações e mentes dos que combateram por você, por mim, por nós. São marcas também nos milhões de excluídos deixados pela falta de desenvolvimento em mais de duas décadas de opressão. Triste herança que, até hoje, não teve solução. Porque persiste, embora concretos avanços, a indignidade da falta de saúde, educação, trabalho, segurança.

A batina de dom Paulo traz, entranhada no tecido, a poeira imunda das prisões nas quais foram torturados aqueles que defendiam a liberdade. Porque não houve gemido que ele não tenha ouvido, se fizesse presente e levasse conforto. E sempre de maneira corajosa, exigisse respeito. Sua imagem, voz, gestos são inesquecíveis para aqueles que, como eu, mereceram sua mão sobre a cabeça nos momentos mais sofridos, quando do injusto castigo imposto pelos ladrões da liberdade. É impressionante como ele soube, em nome de Deus, fazer com que os carcereiros e torturadores aceitassem suas ponderações em favor dos crentes e dos ateus, sem discriminar ninguém.

São muitos os episódios que recordam sua fraternidade: na Pastoral do Migrante, no Glicério; com as mães solteiras na Pro Matre Paulista; nos cárceres do DOPS, na Rua Piauí; nas favelas das zonas Sul e Leste; nas unidades da FEBEM; nos corredores da PUC; nos estúdios da Rádio América; nas páginas do “O São Paulo”; nos movimentos populares; nos estádios de futebol em meio à barulhenta torcida do seu Corinthians – porque, até nisso, seu sentimento estava sintonizado com o povo, com a maioria.

Pequeno, gestos contidos, voz doce. Grande, gestos firmes, voz determinada. Dom Paulo segue, às vésperas dos 90 anos, corajoso, solidário, lúcido, informado, consciente dos problemas e defensor de possíveis soluções. O guerreiro continua vivo! O pastor, o mestre, o jornalista, o escritor, o ativista – o eterno homem de fé, de esperança, de respeito ao semelhante não se aposentou. Um ser humano completo, para quem viver é participar. Uma lição de vida, um exemplo, um cidadão brasileiro a ser – por inquestionável merecimento – reverenciado e jamais esquecido. 

BRASIF

45 ANOS PENSANDO ADIANTE



As empresas Brasif estão completando 45 anos de história. E só chegaram tão longe porque, desde o início, se apoiaram em três bases: a confiança de seus clientes, a força de seus colaboradores e parceiros e o olhar voltado para o futuro. Graças a esses valores, a Brasif cresceu e se transformou em uma referência de qualidade e inovação. Uma companhia que acredita no Brasil e, por isso, trabalha diariamente para seu desenvolvimento. A todos que acreditaram nesse sonho, nosso muito obrigado.

BRASIF **BRASIF** **BRASIF** **BRASIF** **BRASIF**
INDUSTRIAS FERRAS PRINCIPAL ENGENHARIA ECONOMIA

Tudo Velho



GENEAL
Soluções em Engenharia

LOONGERIE



EMPRESAS
BRASIF
45 ANOS

FONTES • TARSO RIBEIRO

ADVOGADOS



- Direito Econômico e Antitruste
- Direito Regulatório / Concessões de Serviços Públicos, Transportes, Telecomunicações, Portos e Rodovias
- Parcerias Público-Privadas
- Licitações e Contratos Administrativos
- Jurisdição Constitucional, Ações Diretas de Inconstitucionalidade, Amicus Curiae
- Direito Tributário
- Direito Societário
- Direito Comercial
- Direito Bancário
- Direito do Consumidor
- Direito do Trabalho e Previdência Social
- Direito Imobiliário
- Direito Ambiental
- Energia, Petróleo e Gás
- Concessões (Civil e Comercial)
- Auditoria Legal
- Reestruturação e Recuperação Econômica de Empresas
- Mercado Asiático
- Competition / Antitrust Law
- Regulation / Public Services Concessions, Transportation, Telecom, Ports, Highways
- Public-Private Partnerships
- Bidding Procedures & Government Contracts
- Judicial Review, Direct Actions of Unconstitutionality, Amicus Curiae
- Tax Law
- Corporate Law
- Commercial Law
- Banking
- Consumer Relations
- Labor Law
- Real Estate Law
- Environmental Law
- Energy, Oil & Gas
- Litigation (Commercial & Civil)
- Audit / Due Diligence
- Restructurings & Reorganizations
- Asian Affairs



RIO DE JANEIRO

844 DO MERCADO, 114-PANDEIRO • PRAÇA XV • CEP 20010-020 • RUA DO LUIZ, 1176-TRAI
RIO DE JANEIRO • SÃO PAULO • BRASÍLIA



WWW.F.T.R.COM.BR