

JUSTIÇA & CIDADANIA

ISSN 1807-779X
Edição 132 - Agosto de 2011
R\$ 16,90

JOSÉ EDUARDO CARDOZO
MINISTRO DA JUSTIÇA

CAMINHOS PARA UM JUDICIÁRIO MAIS EFICIENTE

Editorial: A ORDEM CHEGOU!

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](https://twitter.com/editorajc)



[Facebook.com/revistajc](https://facebook.com/revistajc)

JUSTIÇA & CIDADANIA

Foto: Antonio Cruz/ABr



36 Caminhos para um
Judiciário mais eficiente

Foto: Carlos Humberto/ABr



A dignidade do
servidor público

Foto: Banco de imagem BC



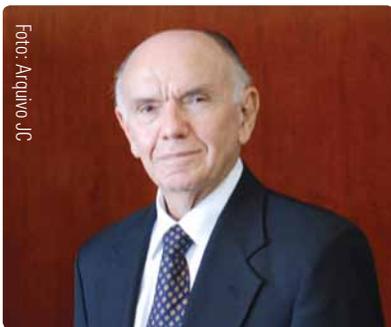
Segurança jurídica
da atuação da
autoridade monetária **12**

Foto: Luiz Antonio SCO/STJ



20 O Suicídio e o seguro
de vida: aspectos
contratuais e sociais

Foto: Arquivo JC



Responsabilidade civil
do transportador **26**

EDITORIAL 6

DOM QUIXOTE: 10
Em prol de um sistema
socioeducativo real

A APLICAÇÃO DO ARTIGO 16
475-J DO CPC NO PROCESSO
TRABALHISTA

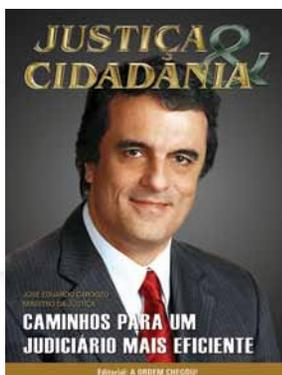
EM FOCO: 24
Horário unificado
em tribunais não vingou

OS TRIBUNAIS DE CONTAS E 32
O CONTROLE EXTERNO DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

DEMOCRACIA COMUNITÁRIA, 42
CONSTRUÇÃO DE IDENTIDADE
E O ENSINO CONTEXTUALIZADO
DO DIREITO

PRINCÍPIO DA 46
PROPORCIONALIDADE FRENTE
À RESTRIÇÃO DE LIBERDADE

A REFORMA DO CÓDIGO 50
DE PROCESSO CIVIL



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: ABr

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

ERNANE GALVÊAS

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.

www.todosnos.com.br



JORNAL DO COMMERCIO, 185 ANOS.
SEMPRE BRILHANTE. AINDA PROMISSOR.

Jornal do Commercio

A ORDEM CHEGOU!

“Dói em cada um de nós, dói na alma, dói no coração ver um governador sair de um palácio direto para a cadeia. Acabrunha um país como um todo e constrange a cada um de nós, como seres humanos. Há quem chegue às maiores alturas para cometer as maiores baixezas.”

Ministro Carlos Ayres Britto

Antológica lamúria que o Ministro Carlos Ayres Britto proferiu em seu voto negando o *habeas corpus* impetrado pelo nefando ex-governador do Distrito Federal, Roberto Arruda, vem à baila como símbolo do espanto pela indignidade cometida, toda vez que a imprensa divulga casos de rapinagem praticados por políticos e seus comparsas e apaniguados contra os cofres públicos.

Essa desprezível mácula que, como um estigma, já se tornou corriqueira, vem-nos desde a República Velha, e faz-nos lembrar da época de um conhecido político paulista que, no exercício de vários cargos – deputado, prefeito e governador –, ganhou fama de desonesto e corrupto, esta adquirida durante os vários mandatos que exerceu, nos quais praticou continuados crimes, fraudando licitações, apropriando-se de dinheiro público e outras mazelas e bandalheiras, o que lhe valeu a alcunha e vulgo de “ROUBA, MAS FAZ”.

Passou-se mais de meio século de falcatruas praticadas por esse indigitado meliante, que deixou escola de seguidores e escroques que, como uma praga, vêm se alastrando sucessivamente em todos os setores dos Poderes da República.

Os atuais predadores do erário público, Ministros de Estado, Senadores, Deputados, Prefeitos, Vereadores e seus prepostos, que atuam com despudor nas áreas respectivas, agora dotados de mais requinte e especialidade na prática de lesar o erário público com desmandos e ladroagens contra as respectivas administrações, com atos de continuado surrupiar das verbas e dinheiros públicos, trazem como consequência que a infeliz e desassistida população carente e miserável



deste País afora – que há décadas sofre e se vê privada do uso e proveito de assistência e benefícios na saúde, na falta da merenda escolar, na construção, nas caatingas do Nordeste, de simples cacimbas para captar água da chuva para mitigar a sede – fica impossibilitada de ter assistência e de sair da condição de miséria em que desgraçadamente vive.

Os escândalos denunciados pela mídia e trazidos a público na imprensa do País sobre a corrupção aberta, abundante e escandalosa, com notícia de desvio criminoso de bilhões de reais dos cofres públicos praticado no Ministério dos Transportes, por meio do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit) e da Valec Engenharia e Construções (empresa pública vinculada ao Ministério dos Transportes), proveniente de licitações fraudadas com contratos de obras superfaturadas; pagamentos por construções de estradas rodoviárias com pontes e viadutos inacabados; construção de portos fluviais no Rio Amazonas, ao custo de R\$ 44 milhões, que não resistiram à sua variação [do rio]; obras, também superfaturadas, denunciadas no sistema ferroviário, a cargo da empresa Valec Engenharia e Construções, além das escandalosas provas de enriquecimento ilícito e ostentação de riqueza, posse de mansões, iates e automóveis de alto luxo dos diretores do Ministério dos Transportes, demonstram claramente a corrupção existente nesse Ministério.

O afastamento e as demissões, pronta e imediatamente ditados pela presidenta Dilma Rousseff, dos Ministros da Casa Civil, inclusive de todos os diretores do Ministério dos

Transportes, demonstram que o novo governo está imbuído de propósitos moralizadores na administração pública federal, o que não deve constituir surpresa para quem se lembra do discurso de posse na Presidência da República, no qual, de viva voz, a nova titular expressou claramente:

“Serei rígida na defesa do interesse público. Não haverá compromisso com o erro, o desvio e o malfeito. A corrupção será combatida permanentemente, e os órgãos de controle e investigação terão todo o meu respaldo para atuarem com firmeza e autonomia.”

Com a credulidade e o otimismo de quem ainda vibra com o som e o canto do Hino Nacional, o hastear da Bandeira Nacional e a esperança que vemos retratada no riso de uma criança, podemos vislumbrar, nesse começo do novo governo, sob o comando e liderança de uma mulher extraordinária que o destino reservou para dirigir a Nação, que vem demonstrando, com uma rígida conduta de trabalho, ação e dignidade, que o Brasil poderá vencer a batalha da moralidade contra a corrupção, repondo a administração pública na linha da conduta moral e da dignidade, tornando-se, enfim, um país sério e responsável.

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

Orpheu Santos Salles
Editor

A DIGNIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO

Marco Aurélio Mello

Membro do Conselho Editorial

Ministro do STF e TSE

Presidente do Instituto Metropolitano de Altos Estudos

Em um Estado Democrático de Direito, há de se observar a ordem jurídica. O respeito deve vir tanto dos cidadãos, em geral, como do Estado, do qual é aguardada postura exemplar. Políticas governamentais são potencializadas e nem sempre isso se verifica quanto a valores básicos. Em verdadeira atuação de força, míope ante os ares da Constituição Federal, parte-se para o menosprezo a interesses maiores, sendo alcançados contribuintes e servidores, toda a sociedade, enfim.

O fator de equilíbrio está na própria Carta da República, a que todos, indistintamente, se submetem. A falha das autoridades constituídas, intencional ou não, fez surgir, com papel insuplantável, segmento equidistante, não engajado nesta ou naquela política governamental, que é o Judiciário. Preserva o Direito e, por esse motivo, torna-se o destinatário das esperanças dos que se sentem espezinhados, dos que sofrem as consequências danosas do desprezo a interesses legitimamente protegidos. É o que vem acontecendo, ano a ano, e nas três esferas – federal, estadual e municipal –, relativamente à equação serviço a ser implementado e remuneração dos servidores públicos.

Embora a Constituição Federal imponha a revisão anual dos vencimentos dos servidores, isso não ocorre, havendo a diminuição do poder aquisitivo. O servidor já não recebe o que recebia inicialmente, com desequilíbrio flagrante da relação jurídica, vindo o setor público, mediante perverso ato omissivo, alcançar vantagem indevida – os mesmos serviços

geram vencimentos que já não compram o que compravam anteriormente.

Até aqui, vinga, em verdadeira confusão terminológica, a óptica de estar o reajuste sujeito à previsão em lei, apesar de não se tratar de aumento, apesar de o próprio Diploma Maior já contemplar os parâmetros a serem observados, ficando afastada a opção político-normativa concernente à lei: a reposição do poder aquisitivo da moeda – o reajuste – deve ser anual, no mesmo índice, que outro não é senão o indicador oficial da inflação do período. Não existe razão suficiente para cogitar da necessidade de lei, a não ser que se potencialize a forma pela forma.

O quadro conduz ao abalo da paz social, como acabou de acontecer no lamentável episódio no Rio de Janeiro, envolvendo policiais militares bombeiros.

Na última trincheira da cidadania – o Supremo –, teve início o julgamento da matéria. Coincidentemente, policiais civis de São Paulo reivindicam o reconhecimento da responsabilidade do Estado ante a omissão, ante a incúria, do poder público, pleiteando a correlata verba indenizatória. Relator do recurso, pronunciei-me pelo acolhimento da pretensão, seguindo-se o pedido de vista da Ministra Cármen Lúcia.

Que prevaleça a concretude da Constituição Federal, alertados os agentes políticos sobre as graves consequências do menosprezo às regras jurídicas, do menosprezo à dignidade dos cidadãos. Somente assim, avançar-se-á culturalmente. 





EM PROL DE UM SISTEMA SOCIOEDUCATIVO REAL

Entrevista: Reinaldo Cintra, juiz auxiliar do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

A maior parte dos estados brasileiros não tem uma política socioeducativa de fato, destinada à reinserção dos adolescentes em conflito com a lei. É o que vem constatando a equipe do Programa Justiça ao Jovem, criado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), para monitorar a internação de jovens infratores. O projeto foi instituído em julho do ano passado e passou praticamente por todas as unidades da Federação. Falta apenas São Paulo, onde o trabalho começará a partir de agosto próximo e deverá ter duração de dois meses. Segundo Reinaldo Cintra, juiz auxiliar do CNJ e coordenador da iniciativa, até o fim deste ano, o Conselho deverá apresentar um relatório nacional com um verdadeiro raio X do sistema socioeducativo no Brasil. A ideia é apontar as principais falhas e propor mudanças procedimentais e até mesmo legislativas que possam garantir o real cumprimento do Estatuto da Criança e do Adolescente.

“Cada unidade trabalha de acordo com a capacidade do seu diretor, da sua equipe técnica e de segurança. Com isso, temos uma discrepância muito grande na forma de tratar (o adolescente). Em determinado estado, temos uma unidade que trabalha muito bem, cuida dos adolescentes e oferece capacitação a eles. E no estado vizinho, temos uma unidade que, por alguma razão, não funciona e o atendimento é de péssima qualidade. O primeiro passo seria, então, um maior esforço dos estados em elaborar uma política de atendimento socioeducativo que fosse factível e implantada efetivamente”, afirmou Cintra à Revista Justiça & Cidadania. Na entrevista, ele relata como o projeto surgiu, como funciona e os objetivos das visitas realizadas a unidades de internação em todo o país.

Revista Justiça & Cidadania – Quando o programa foi criado e por quê?

Reinaldo Cintra – Em um primeiro momento, as visitas feitas às unidades de internação de adolescentes eram vinculadas ao Mutirão Carcerário, projeto destinado aos adultos. Isso não estava gerando frutos porque havia uma confusão muito grande

entre as questões da infância e juventude e a parte de execução penal. Quando o ministro Cezar Peluso assumiu a presidência do CNJ, determinou a separação. Decidimos, então, criar um novo projeto, inicialmente chamado de Medida Justa e agora, de Justiça ao Jovem. O objetivo é fazer uma radiografia do sistema socioeducativo no Brasil, uma vez que não existem elementos sobre essas medidas em relação a todo o país. Então, o objetivo maior é levantar dados, conhecer a realidade e elaborar um trabalho científico que dê subsídio a políticas públicas.

JC – Como esse trabalho é realizado?

RC – A metodologia consiste na realização de visitas a todas as unidades de internação do País. Fizemos isso no Distrito Federal e em quase todos os estados, com exceção de São Paulo. Elaboramos um instrumental de pesquisa que abarcasse a análise da parte arquitetônica das unidades, a parte pedagógica e o serviço prestado pela Justiça na área da Infância e Juventude com relação às medidas. Para checar as informações e saber como o público que recebe a medida, no caso os adolescentes, enxerga o sistema, optamos por um quarto instrumental, que é a oitiva dos adolescentes dessas unidades. Seria inviável ouvir todos, então optamos por entrevistar 10% da população de cada unidade. Dessa forma, verificamos a estrutura física e pedagógica nas unidades visitadas. Depois, essas informações são checadas nas entrevistas com os adolescentes. Também visitamos a Vara da Infância, na qual verificamos os processos, sempre com o intuito de coletar dados e não com finalidade correccional. Com isso, percebemos que cada juiz, às vezes de um mesmo estado, tem uma forma diferente de processar a medida socioeducativa de internação. Faltam uniformização e padronização, de modo a garantir tratamento se não igual, pelo menos semelhante aos jovens. Esse trabalho é feito por equipes compostas por um juiz, dois técnicos, um da área da Psicologia e outro, de Serviço Social ou Pedagogia, e dois servidores de cartórios. Começamos com três equipes e fizemos um projeto piloto no estado de Goiás, em



Foto: Gláucio Detmar/CNJ

Reinaldo Cintra, juiz auxiliar do CNJ

julho do ano passado. Com base nessa experiência, aperfeiçoamos o instrumental e decidimos a estratégia que seria aplicada no resto do país. Depois, fomos a Santa Catarina, onde convocamos mais três equipes. Conforme realizávamos as visitas, íamos aumentando o número de equipes. Hoje temos 11 equipes, que visitam o País inteiro. Para fazer uma fotografia mais real, aceleramos o processo de visitas, enviando aos estados um número de equipes suficiente para que todo o trabalho de verificação das unidades se encerre em, no máximo, uma semana. Com isso, temos um lapso temporal curto, o que traz uma segurança maior aos pontos analisados.

JC – O CNJ encontrou barreira por parte do Executivo ou Judiciário dos estados para realizar as visitas?

RC – Não tivemos, em nenhum Estado, qualquer dificuldade, seja por parte do Poder Executivo ou do Judiciário. As portas sempre nos foram abertas. Sempre tivemos acesso a todas as unidades e dentro das unidades, a todas as salas existentes.

JC – Que diagnóstico já é possível fazer?

RC – Constatamos que grande parte dos estados não tem uma política socioeducativa. Então, cada unidade trabalha de acordo com a capacidade do seu diretor, da sua equipe técnica e de segurança. Com isso, temos uma discrepância muito grande na forma de tratar (o adolescente). Em determinado estado, temos uma unidade que trabalha muito bem, cuida dos adolescentes e oferece capacitação a eles. E no estado vizinho, temos uma unidade, que por alguma razão, não funciona e o atendimento é de péssima qualidade. O primeiro passo seria, então, um maior esforço dos estados em elaborar uma política de atendimento socioeducativo que fosse factível e implantada efetivamente.

JC – A estrutura das unidades preocupa?

RC – Infelizmente, a maioria das unidades é antiga ou adaptada de prédios construídos com outras finalidades. E a maioria dessas adaptações foi feita em estabelecimentos prisionais para adultos.

JC – O sistema socioeducativo, no País, é uma reprodução do sistema carcerário?

RC – Infelizmente, na maioria dos estabelecimentos, ainda temos a visão segregacionista e punitiva. A preocupação maior, então, acaba sendo manter o adolescente dentro da unidade a qualquer preço, sem proporcionar a ele atividade ou serviço que possa levá-lo a repensar sua conduta ou a se sentir responsável pelo mal que praticou. Então, temos a reprodução, em boa parte das unidades, do sistema destinado aos adultos. O jovem fica dentro da cela, saindo apenas para tomar banho de sol. Quando há escolas, são de péssima qualidade. Já oficinas profissionalizantes... é praticamente como ganhar na loteria. Ainda temos esse ranço do Código de Menores, que trata o adolescente como um adulto pequeno. Mas são pessoas diferentes, em fase e níveis de vida diferentes. Eles precisam de um olhar diferenciado.

JC – É possível elencar hoje o melhor e o pior estado?

RC – É difícil, pois como eu disse, dentro de um estado temos unidades muito boas e outras muito ruins. A que me impressionou, de forma muito negativa, pela superlotação das unidades, foi Pernambuco. Já por ocorrências, foi Santa Catarina. No estado do Pará, também se encontrou muito pouca coisa boa.

JC – Cada inspeção resultou em um relatório. Que estados já acataram as sugestões do CNJ?

RC – Esse relatório é entregue para as autoridades dos estados que tenham algum poder de influência sobre o sistema. Nele, apontamos o que vimos e sugerimos algumas providências. É extremamente gratificante perceber que muito daquilo que falamos acabou sendo ouvido e executado. Após a visita ao estado de Santa Catarina, por exemplo, sugerimos a interdição de duas unidades. Elas foram interditadas, sendo que uma chegou até a ser demolida. Em Pernambuco, também após as visitas, na parte que competia ao Judiciário, foram tomadas as providências. O mesmo no estado do Espírito Santo, onde unidades estão sendo removidas e outras, construídas. Em Minas Gerais, foram constatados adolescentes cumprindo medidas dentro de delegacias ou penitenciárias. Após conversas com o Executivo mineiro, tivemos notícias de que houve redução de jovens, em um terço, no sistema penitenciário. Claro que isso tem que acabar, mas acho que é uma resposta significativa, que mostra boas intenções e consciência por parte do Estado. Então, tem sido muito boa a resposta que o Justiça ao Jovem tem recebido dos estados. Todos tiveram algum impacto com as visitas, em menor ou maior escala.

JC – Quando começam as visitas a unidades de São Paulo?

RC – Devem começar na segunda semana de agosto. São, aproximadamente, 60 unidades na Grande São Paulo. No interior, mais umas 80 unidades. O último levantamento que recebi da Fundação Casa apontava 7.700 adolescentes internados nessas unidades. A previsão é de que o trabalho dure dois meses. A ideia, então, é que, até o final de outubro, tenhamos “fechado” o país inteiro e, assim, tenhamos uns dias, antes do fim do ano, para fazermos um relatório nacional. 

SEGURANÇA JURÍDICA

DA ATUAÇÃO DA AUTORIDADE MONETÁRIA

Alexandre Antonio Tombini

Ministro de Estado – Presidente do Banco Central do Brasil

Isaac Sidney Menezes Ferreira

Procurador-Geral do Banco Central do Brasil

Quando nos propusemos a escrever sobre a segurança jurídica e sua relevância para a atuação da autoridade monetária, tínhamos em mente, em especial, questões práticas que há muito ocupam a pauta dos reguladores de distintos segmentos da economia, como resultado da progressiva racionalização da burocracia estatal, desde o advento do Estado moderno. Segurança jurídica, nesse contexto, costuma ser entendida sob a perspectiva do que os economistas denominam de “risco legal” dos atos do regulador, ou seja, o risco de que tais atos venham a ser inquinados de ilegais pelos órgãos de controle interno e externo e pelo Poder Judiciário, com manifestos prejuízos para a execução das políticas públicas.

Essa temática nos traz a lembrança de lição extraída da obra de importante constitucionalista português, que reforça a nossa convicção na relevância do intercâmbio constante entre as ciências da Economia e do Direito: “O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de proteção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições

“ A **segurança jurídica** constitui, antes de tudo, **atributo fundamental** de qualquer **regime republicano e democrático**. ”



Alexandre Antonio Tombini, Presidente do Banco Central do Brasil

ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos por essas mesmas normas.”¹

Permita-nos o leitor, pois, compartilhar brevemente as nossas conclusões sobre tão importante temática. Ao falarmos na segurança jurídica dos atos do regulador do sistema financeiro, referimo-nos a predicado de tais atos que apresenta duas facetas, uma *objetiva* e uma *subjéctiva*. Por um lado, os atos praticados pela autoridade monetária necessitam ser *efetivos*, de modo a influenciar (objetivamente) variáveis micro e macroeconômicas, em consonância com as políticas públicas governamentais. Por outro lado, os atos do regulador influenciam projetos, interesses e direitos de particulares, exercendo, por conseguinte, efeitos (subjéctivos) sobre as *expectativas* dos agentes econômicos. Trata-se, naturalmente, de aspectos de um único fenômeno (faces da mesma moeda, por assim dizer), cuja cisão é justificada unicamente por propósitos analíticos.

Ainda que acadêmica na essência, essa constatação tem aplicações práticas evidentes, pois prestigia, simultaneamente, a racionalidade estratégica na atuação da autoridade

de monetária e a esfera de desenvolvimento autônomo da personalidade de cada indivíduo. Verifica-se, destarte, que o regulador do sistema financeiro apenas pode atuar após se certificar de que seus atos – sejam normas, processos administrativos, intervenções em mercado, práticas de negócio, sanções – conformam-se aos princípios e regras legitimamente consagrados por nosso ordenamento jurídico.

A segurança jurídica constitui, antes de tudo, atributo fundamental de qualquer regime republicano e democrático. Os cidadãos devem conhecer com antecedência as normas a que se sujeitam, as quais, a seu turno, devem resultar de procedimentos legislativos e regulamentares estabelecidos em consonância com a Constituição e as leis. Entendemos que os procedimentos legislativos se revelam legítimos quando asseguram aos cidadãos não apenas a capacidade de eleger representantes, mas igualmente a oportunidade de influenciar com suas opiniões a elaboração das leis, além de fiscalizar sua execução. A seu turno, as normas regulamentares mostram-se legítimas quando sua produção atende aos preceitos materiais e procedimentais veiculados pela Constituição e pelas leis.

Nesse contexto, a atividade do Banco Central encontra-se confinada em balizas legais precisas, que expõem os interesses públicos que devem pautar a atuação da autoridade monetária, além das vedações a que se sujeita e das regras e procedimentos aplicáveis à edição de normas, à intervenção em mercado, ao exercício da supervisão e ao restante de suas atribuições legais. O Banco Central do Brasil, ciente de suas responsabilidades econômicas e sociais, busca contribuir para a legitimidade de suas decisões com os instrumentos que a ordem jurídica põe a sua disposição, cabendo mencionar, dentre outros: a divulgação de relatórios e a publicação tempestiva de dados; a prestação de contas ao Parlamento, ao Governo e à sociedade civil; a condução da supervisão em estrita conformidade com os princípios constitucionais; a realização de consultas públicas sobre projetos de normas; a sujeição a auditorias interna e externa; a manutenção de um canal de comunicação para o recebimento de denúncias e reclamações; a participação ativa em diversos foros internacionais. Tais medidas contribuem para que as atividades regulatória, interventora e supervisora do Banco Central do Brasil atendam aos preceitos legais pertinentes e levem em consideração informações e opiniões oriundas de distintas fontes, revelando-se, nesse sentido, juridicamente seguras.

Não acaba aí, entretanto, a importância da segurança jurídica para a atividade da autoridade monetária. A literatura econômica costuma frisar o destacado papel das expectativas dos agentes de mercado para a condução adequada da política econômica. Ao influenciar as expectativas individuais na linha dos objetivos e das metas governamentais, o Banco Central aumenta a eficiência dos instrumentos que a lei põe à sua disposição para concretizar os interesses públicos na *estabilidade monetária* e na *estabilidade financeira*. A segurança jurídica da atuação da autoridade monetária desempenha, aqui, papel relevantíssimo. Dúvidas acerca da constitucionalidade e da legalidade do arcabouço regulatório aplicável às intervenções em mercado podem influenciar negativamente as expectativas dos agentes econômicos, reduzindo a eficácia das operações do Banco Central.

Essa afirmação pode ser aclarada com um exemplo. Suponhamos que o Banco Central empregue, em determinadas intervenções em mercado, uma modalidade de contrato cuja legalidade é publicamente contestada (por exemplo, mediante procedimento instaurado por órgão de controle externo). A depender do grau de incerteza entre os agentes de mercado, pode-se cogitar que as contrapartes do Banco Central passem a demandar remunerações maiores, para fazer face ao risco legal de que os negócios sejam anulados, o que redundaria em maior dispêndio de recursos públicos. Seria concebível, inclusive, que os agentes econômicos evitassem contratar com a autoridade monetária, com a consequência de que o instrumento negocial em apreço ver-se-ia despedido da capacidade de influenciar as variáveis econômicas no sentido almejado. Percebem-se facilmente, nesse exemplo, os efeitos danosos

que a insegurança jurídica pode acarretar para a boa condução da política econômica.

Situação semelhante pode ocorrer com a edição de normas pelo Banco Central, a exemplo de regras prudenciais dirigidas às instituições integrantes do sistema financeiro. Dúvidas a respeito da conformidade de tais normas à Constituição e às leis podem levar seus destinatários a questioná-las administrativa ou judicialmente ou, talvez, simplesmente descumpri-las. Esses percalços, a par de reduzirem a eficácia das normas impugnadas, com possíveis riscos para a solidez do sistema financeiro, conduzem a desnecessários dispêndios de recursos, relacionados à instauração de processos administrativos punitivos e à judicialização de conflitos.

Correndo o risco de enfasiar o leitor, permitimo-nos apresentar mais um exemplo da relevância da segurança jurídica para a atuação do supervisor do sistema financeiro. As sanções cominadas pela entidade supervisora, após regular transcurso de processo administrativo, devem ser *efetivamente impostas* aos infratores, pois, do contrário, ver-se-ia diminuída a eficiência da atividade de fiscalização. Afinal de contas, se os agentes econômicos supõem que as penalidades fixadas pelo Banco Central não serão de fato aplicadas – é dizer, se confiam na impunidade –, surge para alguns deles o estímulo para descumprir as normas dirigidas ao sistema financeiro. É patente, assim, que deve haver segurança jurídica não apenas quanto à possibilidade de sancionar quem viole determinados preceitos administrativos, mas também a respeito da efetiva imposição de penalidades, com os consequentes aumento do estímulo ao cumprimento das normas postas pelo Banco Central e redução dos dispêndios com a instauração de procedimentos administrativos punitivos.

Não temos dúvidas de que a problemática a que fazemos referência merece estudos mais aprofundados. Contudo, diante dos propósitos do presente documento, limitamo-nos a dedicar estas breves linhas para frisar que a segurança jurídica dos atos do Banco Central, nos seus papéis de regulação, supervisão e intervenção na ordem econômica, justifica-se, primeiramente, por consistir em imperativo republicano de respeito aos direitos individuais e, ademais, por aumentar a racionalidade e a eficiência da atuação da autoridade monetária. Segurança jurídica não se confunde, portanto, com o mero controle de riscos legais. Riscos podem ser tolerados em maior ou menor medida, a depender de suas dimensões e do apetite de cada indivíduo para tolerar as consequências de eventos futuros e incertos. Com a legalidade, entretanto, não se pode transigir. Trata-se de princípio fundamental do Estado de Direito e pressuposto inarredável da atividade administrativa racional.

NOTA

¹ O excerto provém de CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 250.



Isaac Sidney Menezes Ferreira, Procurador-Geral do Banco Central do Brasil

NOTA DO CONSELHO EDITORIAL

Segurança jurídica é sinônimo de confiança na Justiça, ou seja, em um Sistema Judiciário sério, justo e confiável.

A confiança no Sistema Judiciário representa a garantia de uma justa e equitativa decisão em caso de divergência ou conflito entre as partes contratantes, sejam elas privadas ou públicas. No nosso caso, essa confiança é parte integrante do “Risco Brasil”, segundo o qual se mede o preço (juros) que o País habitualmente paga para levantar empréstimos, seja no mercado interno, seja no mercado internacional. Ao que se sabe, a segurança jurídica é o primeiro item nas considerações do investidor estrangeiro.

O “Risco País” pode ser influenciado por vários fatores, destacando-se a capacidade de resgatar suas dívidas, o que depende, naturalmente, da situação fiscal do Governo, da dívida externa, do equilíbrio do balanço de pagamentos, do nível das reservas cambiais, enfim, da liquidez e capacidade de amortizar suas dívidas e efetuar, regularmente, o pagamento dos juros devidos. Em resumo, o “Risco País” é sinônimo do “Risco Soberano”.

No conjunto, como assinalado, esses riscos significam o potencial de ocorrência de um *default* da dívida, uma moratória no pagamento do principal ou dos juros.

Do ponto de vista das relações contratuais entre empresas privadas, esses mesmos riscos existem e como podem resultar em conflito de interesses, digamos entre uma parte nacional e uma estrangeira, torna-se fundamental a questão da segurança jurídica.

Um exemplo claro de sentimento de segurança jurídica pode ser encontrado no sistema financeiro brasileiro, no qual prevalecem normas e regulamentos transparentes, baixados em estreita observância dos mandamentos legais. Os bancos estrangeiros, autorizados a operar no Brasil, sentem-se em absoluta confiança em relação ao Banco Central, porque sabem que o BC atua estritamente dentro dos princípios constitucionais.

Como é fácil perceber, a segurança jurídica varia de país a país, e não é a mesma nos Estados Unidos ou na Venezuela, na União Europeia ou na Rússia, no Japão ou na China, no Brasil ou na Argentina. Do ponto de vista da segurança jurídica, o Brasil é um dos países mais confiáveis.

Por essa razão, aplaudimos o presente artigo.



A APLICAÇÃO DO ARTIGO 475-J DO CPC NO PROCESSO TRABALHISTA

David Alves de Mello Junior
Desembargador do TRT - 11ª Região

A Consolidação das Leis do Trabalho prevê, em seu art. 769, a aplicação subsidiária da norma processual civil no Processo do Trabalho quando houver omissão da legislação sobre o tema e compatibilidade das normas.

O art. 475-J do Código de Processo Civil (CPC) foi introduzido no ordenamento jurídico com o advento da Lei 11.232/2005. Tal dispositivo legal é proveniente do Pacto de Estado em favor de um Poder Judiciário mais rápido e republicano, celebrado no Congresso Nacional, e tem como objetivo imprimir efetividade na condenação, de sorte a impulsionar o cumprimento espontâneo do devedor.

A natureza jurídica dessa multa não é tratada de forma pacífica entre os doutrinadores, tendo as principais linhas de pensamento lhe atribuído a natureza de coerção pecuniária para cumprimento da obrigação e de sanção pecuniária pelo não cumprimento espontâneo do pagamento.

Antes, porém, de tecer comentários acerca da matéria, é preciso ressaltar que, quando a CLT foi editada, em 1943, vigia o CPC de 1939 e a execução fiscal era regida pelo Decreto-lei nº 960/1938. Pelo conteúdo apresentado em tais regramentos, infere-se que a lei trabalhista sempre esteve em vantagem em relação às demais, por apresentar preceitos mais avançados e simplificados. Isso explica a precaução do legislador celetista quanto à aplicação do Código de Processo Civil e da Lei de Execuções Fiscais (LEF), *ex vi* os arts. 769 e 889.

Hodiernamente, no entanto, o quadro está se invertendo. As mudanças processualmente ocorridas foram significativas. O CPC, que antes da reforma de 2005 previa a execução como um processo autônomo em face do de conhecimento, passou a reunir, num único processo, as fases de conhecimento e execução, e foi além da CLT, ao aplicar a multa do art. 475-

J. Sem esquecer, contudo, que a unificação dos procedimentos sempre foi um dos primados da regra celetária.

Se antes o Código de Processo Civil apresentava retrocesso quando comparado com o estatuto celetista, hoje é a CLT que registra regressões em face das atualizações previstas no CPC.

A discussão a respeito da aplicação do art. 475-J do CPC no âmbito trabalhista divide os estudiosos. Enquanto uma parcela de juristas entende ser inaplicável o emprego desse dispositivo, a outra parcela defende a sua aplicabilidade sob o argumento de promover celeridade processual na execução trabalhista.

Corrente contrária à aplicação do art. 475-J

O entendimento dissonante à possibilidade de transportar o art. 475-J do CPC para o Processo do Trabalho fundamenta-se nos critérios enraizados no art. 769 da CLT. Neste comando legal, há permissão de adoção subsidiária às normas do processual civil, desde que: a) a CLT seja omissa quanto à matéria; b) a norma do CPC não apresente incompatibilidade com a letra ou com o espírito do Processo do Trabalho.

Para essa linha de pensamento, a incidência da multa do art. 475-J sobre o processo trabalhista ensejaria afronta ao art. 880 e seguintes da CLT. Argumenta-se que o estatuto celetista dispõe de regramento próprio sobre a matéria, sendo a sistemática do processo comum incompatível com a existente na seara laboral.

A CLT prevê, em seu art. 880, o prazo de 48 horas para o executado pagar a dívida ou garantir a execução, ao passo que o dispositivo do CPC prevê o prazo de 15 dias. Dentre os defensores dessa corrente, encontra-se o douto Manoel Antonio Teixeira Filho¹ e a jurisprudência dominante do Colendo TST, *verbis*:

“Para que se possa cogitar da compatibilidade, ou não, de norma do Processo Civil com a do Trabalho,



é absolutamente necessário, *ex vi legis*, que antes disso, se verifique se a CLT se revela omissa a respeito da material. Inexistindo omissão, nenhum intérprete estará autorizado a perquirir sobre a mencionada compatibilidade. Aquela constitui, portanto, pressuposto fundamental desta.”

MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INCOMPATIBILIDADE COM O PROCESSO DO TRABALHO. REGRA PRÓPRIA COM PRAZO REDUZIDO. Medida coercitiva no Processo do Trabalho diferenciada do Processo Civil. O art. 475-J do CPC determina que o devedor que, no prazo de quinze dias, não tiver efetuado o pagamento da dívida, tenha acrescida multa de 10% sobre o valor da execução e, a requerimento do credor, mandado de penhora e avaliação. A aplicação de norma processual extravagante, no Processo do Trabalho, está subordinada à omissão no texto da consolidação. Nos incidentes da execução o art. 889 da CLT, remete à Lei dos executivos fiscais, com fonte subsidiária. Persistindo a omissão, o Direito Processual comum é, como quer o art. 769, o Processo Civil como fonte subsidiária por excelência. Não há omissão no art. 880 da CLT a autorizar a aplicação subsidiária. Nesse sentido, a jurisprudência da c. SDI se firmou, no julgamento dos *leading case* E-RR- 38300-47.2005.5.01.0052 (relator ministro Brito Pereira) e E-RR- 1568700-64.2006.5.09.0002 (relator ministro Aloysio Corrêa da Veiga), julgado em 29/06/2010). Recurso de embargos conhecido e provido no tema, para afastar a multa do art. 475-J do CPC. (TST; E-RR 94600-04.2007.5.19.0005; rel. min. Aloysio Corrêa da Veiga; 17/12/2010).

Corrente favorável à aplicação do art.475-J do CPC

Por sua vez, a corrente favorável à aplicação do art. 475-J no âmbito trabalhista encontra nos princípios que regem a execução trabalhista o sustentáculo para aplicação do dispositivo processual, quais sejam: ausência de autonomia da execução em face do processo de conhecimento; lacuna de efetividade da legislação trabalhista; celeridade, efetividade e acesso real do trabalhador à Justiça do Trabalho e interpretação sistemática dos arts. 652, “d”, e 832, § 1º, ambos da CLT.

Afirma-se que a multa de 10% na execução é empregada no Direito do Trabalho, pois há omissão na CLT (quanto à multa) e compatibilidade com o Processo do Trabalho, ao se buscar aferir crédito trabalhista de caráter eminentemente alimentar. Consideram-se aí os postulados axiológicos – ou finalidades sociais à luz do art. 5º – da LINDB.

Há quem defenda a tese de que ou se aplica integralmente o art. 475-J ou não se aplica nada. A grande maioria dos julgados, no entanto, aplica subsidiariamente o CPC tão somente em relação à multa de 10 %, deixando incólume o prazo celetista de 48h.

Aplica-se ao caso o Enunciado nº 71 da Primeira Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, *verbis*:

“Art. 475-J do CPC. Aplicação no Processo do Trabalho.

A aplicação subsidiária do art. 475-J do CPC atende às garantias constitucionais da razoável duração do processo, efetividade e celeridade, tendo, portanto, pleno cabimento na execução trabalhista”.

Nesse sentido, a valiosa doutrina de Mauro Schiavi² sobre o tema:

“O Juiz do Trabalho poderá, no dispositivo da sentença, fixar multa pecuniária para o cumprimento da obrigação de pagar. Não dispendo a CLT sobre o percentual da

multa, o Juiz do Trabalho deverá se valer do percentual fixado no art. 475-J do CPC.

Em que pese o respeito que merecem os entendimentos em contrário, não há incompatibilidade da fixação de multa pecuniária para o cumprimento espontâneo da execução pelo devedor que antecede o próprio início da execução trabalhista, vale dizer: o cumprimento da sentença e a fixação da multa pelo seu inadimplemento antecedem o início da execução trabalhista e a aplicabilidade dos arts. 880 e seguintes da CLT.

O que foi dito acima não significa desconsiderar o Processo do Trabalho ou dizer que a CLT está ultrapassada ou revogada, mas reconhecer que o Processo do Trabalho deve ser um instrumento efetivo de distribuição de justiça e pacificação do conflito trabalhista, dando a cada um o que é seu por Direito. Sendo assim, pensamos que o art. 475-J do CPC e a sua consequente multa devam ser aplicados ao Direito Processual do Trabalho.”

Antes de se colocar em xeque a aplicação, ou não, de tal dispositivo, devem-se voltar os olhos para o jurisdicionado, que em sua grande maioria tem um crédito alimentar inadiável, não podendo ficar à mercê da literalidade do estatuto celetista.

O emprego subsidiário do estatuto processual civil encontra relevância inequívoca no caso em análise, pois ao mesmo tempo em que melhora a efetividade da prestação jurisdicional trabalhista, atende aos princípios da celeridade e duração razoável do processo, axiomas elevados ao rol de direitos fundamentais na Carta Magna.

Ou a CLT se submete urgentemente a uma reforma, sob pena de ser aplicada subsidiariamente ao CPC, ou deverá acompanhar a modernidade instituída pelo CPC.

A matéria ganhou tamanha proporção que houve tramitação na Câmara dos Deputados dos Projetos de Lei nºs 1.503/2007 e 1.957/2007 – atualmente arquivados – com o propósito de acrescentar parágrafo único ao art. 769 da CLT, *verbis*:

“Art. 769 (*omissis*)

Parágrafo único: O Direito Processual comum também poderá ser utilizado no Processo do Trabalho, inclusive na fase recursal ou de execução, naquilo em que permitir maior celeridade ou efetividade de jurisdição, ainda que existente norma previamente estabelecida em sentido contrário”.

Momento de aplicação do art. 475-J

Outra questão a ser levantada diz respeito ao momento de aplicação da multa do art. 475-J. Mais uma vez, nos deparamos com vozes dissonantes sobre o tema. Para alguns, a referida norma deverá ser aplicada somente na execução definitiva e para outros, a aplicação é cabível também na execução provisória.

Entende-se por execução definitiva a que se funda em sentença já transitada em julgado ou em título executivo extrajudicial. Por sua vez, será provisória a execução que se funda em decisão não transitada em julgado, uma vez impugnada por recurso recebido no efeito devolutivo, que é a natureza normal dos recursos trabalhistas.

Dentre os argumentos contrários à execução provisória trabalhista, destacam-se: a) possibilidade de modificação da decisão; b) onerosidade excessiva; c) violação do devido processo legal.

O Superior Tribunal de Justiça, discorrendo sobre a matéria, decidiu, por maioria, pela inaplicabilidade do art. 475-J do CPC em sede de execução provisória.

PROCESSUAL CIVIL. MULTA DO ART. 475-J. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

I. Ainda que a execução provisória se realize, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, na dicção do art. 475-O do CPC, é inaplicável a multa do art. 475-J, endereçada exclusivamente à segunda, haja vista que se exige, no último caso, o trânsito em julgado do pronunciamento condenatório, aqui não acontecido. II. Recurso especial conhecido e provido. **STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 979.922 – SP. RELATOR: MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR. 02/02/2010.**

Segundo o posicionamento do STJ, a multa do art. 475-J é endereçada exclusivamente à execução definitiva, uma vez que se exige, para aplicá-la, o trânsito em julgado do pronunciamento condenatório.

O mestre Fredie Didier Jr³ assinala:

“A norma inserta na primeira parte do caput do art.475-J visa a que o devedor cumpra, sem mais delongas, o comando judicial, de modo a impedir a incidência da multa; exige-se, pois, o pagamento, que remete à ideia de extinção da obrigação. O problema é que, uma vez provocado o reexame da matéria mediante a interposição de recurso, ainda que sem efeito suspensivo, a obrigação ainda não está revestida de certeza jurídica, não podendo funcionar a multa como instrumento para coagir o devedor a extingui-la, mediante o cumprimento voluntário da prestação pecuniária certificada na decisão exequenda. Ocorrendo pagamento, não há como subsistir o recurso interposto. É forçosa a sua inadmissibilidade.”

Para os defensores da aplicação do art. 475-J na execução provisória, contudo, a sentença produz o efeito da exigibilidade independentemente do trânsito em julgado. Afirmam ser a exigibilidade da sentença trabalhista (líquida) imediata, uma vez que os recursos trabalhistas não possuem efeito suspensivo.

É o entendimento de Luciano Athayde Chaves⁴:

“Pode-se objetar que a aplicação da multa em execução provisória seja excessiva e gravosa ao devedor. Não penso assim. Há muito se clama por efetividade processual, mas esta jamais terá lugar enquanto a decisão de primeiro grau for apenas um ritual de passagem, pouco se podendo fazer até sua confirmação. Precisamos avançar numa interpretação conforme a Constituição que nos permita prestigiar as decisões judiciais, todas elas. Isso não somente reduzirá o número de recursos, mas elevará substancialmente a qualidade das tutelas jurisdicionais.

A imposição da multa na execução provisória, além de necessária, não implica esvaziamento da execução, pois o art.475-O, nomeadamente seu § 2º, estabelece os limites de liberação de créditos sem caução, quadro que costumamos encontrar na jurisdição trabalhista.”

Compartilho do posicionamento firmado pelo STJ.

Entendo não ser cabível a aplicação da multa do art. 475-J na execução provisória. A multa não poderá incidir sobre questões passíveis de discussão e reforma, sob pena de acarretar situação gravosa ao devedor. O aguardo no julgamento do recurso e o trânsito em julgado da decisão mostram-se mais irrepreensíveis ao caso.

Proponho que a matéria em debate seja analisada sob a ótica da interpretação sistemática, a ponto de, em havendo estatutos jurídicos mais avançados, com prestação jurisdicional correspondente às atuais exigências legais, estes sejam aplicados. O juiz pode utilizar todo o arcabouço de normas existentes nos diversos subsistemas processuais, desde que compatíveis, a fim de imprimir efetividade às normas jurídicas, ainda mais quando se tem em mente a natureza célere da Justiça do Trabalho.

Na prática, num processo permeado de recursos, o que não é incomum ocorrer, a aplicação da penalidade de 10% pode colher um litigante desavisado, não necessariamente recalcitrante, que, pela demora, tenha sido surpreendido com o trânsito em julgado

da sentença. Isto porque, uma vez lançada na sentença a multa, será de cobrança obrigatória, mesmo diante de circunstância processual inserta em nossa atual miríade recursal que tenha levado o executado a retardar involuntariamente o cumprimento do julgado. Por outras palavras, ao ser condenado ao pagamento de direitos trabalhistas, o empregador, de antemão, já é penalizado com um acréscimo, sem dar qualquer motivo a tal pena.

Em síntese, reafirmo posicionamento no sentido de empregar a multa de 10%, do art.475-J, ao Processo do Trabalho na fase de execução definitiva. A discussão não se pauta pura e simplesmente na aplicação subsidiária de um dispositivo processual comum à justiça especializada. Vai além. Trata-se da possibilidade de, atendendo ao princípio da norma mais favorável, proteger o empregado, garantir uma execução mais célere e propiciar efetivamente a justiça.



NOTAS

¹ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Processo do Trabalho. Embargos à execução ou impugnação à sentença?* (A propósito do art. 475-J, do CPC) in: *Revista LTR 70-1180*.

² SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 3ª. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 920.

³ DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 5. Bahia: Ed. Jus Podvim, 2009, p. 522.

⁴ CHAVES, Luciano Athayde. *Estudos de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009, p. 238.

B | M Bergher & Mattos
Advogados Associados

Advocacia Criminal



O SUICÍDIO E O SEGURO DE VIDA

ASPECTOS CONTRATUAIS E SOCIAIS

Palestra proferida pelo Ministro do STJ, João Otávio de Noronha, no V CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE SEGUROS E PREVIDÊNCIA, Associação Internacional de Direito de Seguros (AIDA) e Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes (EJEF – TJ/MG), 31 de março a 2 de abril de 2011, Belo Horizonte – MG

“ Neste momento, quando nos reunimos para os trabalhos do V Congresso Brasileiro de Direito de Seguros e Previdência, evento que, pelas anteriores e exitosas edições, já repercute como fórum de seminiais discussões, sempre de importância vital para a economia, especificamente para o setor de seguros, cumpre-me, de início, expressar meu contentamento por saber que as questões sobre as quais nos debruçaremos são deveras instigantes, sobretudo porque algumas delas têm sido objeto de debate que perdura por anos no âmbito do Judiciário, das universidades e das instituições financeiras.

O tema hoje de nossa reflexão – O suicídio e o seguro de vida: aspectos contratuais e sociais – é indiscutivelmente de relevância social, de acirrados debates no Superior Tribunal de Justiça. Aliás, poucas matérias têm gerado tantas teses como o seguro. Tenho dito, reiteradas vezes, em julgamentos naquela Corte, que, se há um instituto que ainda merece compreensão mais aprofundada por parte daqueles que fazem a jurisprudência, esse é o contrato de seguro.

Percebo que a finalidade social, também a econômica, desse tipo de contrato é pouco conhecida, razão, pois, de não haver consenso quanto à matéria e, conseqüentemente, de serem proferidas, nessa área, decisões tão díspares pelo Brasil afora.

Inevitavelmente, quando falamos em seguro de bens, pressupomos risco; de igual forma, quando falamos em seguro de vida, prevemos risco. O fato é que o seguro está, umbilicalmente, ligado a risco. Assim, considera-se o risco fator preponderante no cálculo do prêmio.

Permitam-me aqui, rapidamente, referir algumas questões que estão sendo discutidas no Superior Tribunal de Justiça.

Recentemente instaurou-se, na Quarta Turma, interessante discussão provocada pelo Ministério Público. Apreciava-se uma ação civil pública mediante a qual se buscava a anulação de cláusula de apólice de seguro de veículo considerada abusiva pelos membros do Ministério Público.

A pretensão ministerial foi rejeitada em primeiro grau, igualmente em segundo grau. Ao ser apreciada no Superior Tribunal de Justiça, percebemos que o entendimento acerca da matéria não era pacífico. O relator deu provimento ao recurso para anular a cláusula questionada.

A questão intrincada era a seguinte: na apólice, havia uma cláusula segundo a qual a indenização em caso de dano ao veículo seria não por preço certo, mas por preço de mercado. Para o órgão ministerial, esse tipo de cláusula é abusiva, já que o preço do veículo no mercado se deteriora com o decorrer do tempo.

Não é o que acontecia, porém, antes do cruzado pois, àquela época, ou seja, no tempo do monopólio de quatro fábricas estrangeiras aqui sediadas – Volkswagen, Ford, GM e Fiat –, o preço do veículo no mercado subia dia a dia, porque faltavam veículos nas concessionárias.

Diante disso, chegou-se à conclusão de que o argumento do *Parquet* era ali irrelevante.

Para se contratar um seguro de veículo, normalmente, duas ou três cotações são realizadas.

Antes de qualquer coisa, deve-se observar que esse tipo de apólice, com cláusula de indenização pelo valor de mercado, é autorizado pela Susep, o órgão regulador e fiscalizador do sistema.



Ministro do STJ, João Otávio de Noronha

Em segundo lugar, o contratante precisa entender que, quando se indeniza pelo valor de mercado, o valor do prêmio é menor do que seria se a indenização fosse por preço certo.

Em terceiro lugar, não se pode ignorar que, em se tratando de seguro de dano, a lei veda – já vedava, agora o Código Civil tem artigo expresso – indenização em valor maior do que o valor real da coisa.

Diante disso, tudo leva à conclusão da validade e eficácia da referida cláusula. O Ministério Público sustentou que o cumprimento do quanto nela disposto geraria enriquecimento ilícito para a seguradora, todavia, não logrou demonstrar, concretamente, a abusividade alegada. Ora, não se pode falar de abusividade por presunção. Abusividade se demonstra em cada caso, cabalmente. Essa é a orientação do Superior Tribunal de Justiça quando julga demandas que tratam da abusividade das taxas de juros nos contratos financeiros, e não pode ser diferente nos contratos de seguro.

Data venia, não se trabalha em matéria de ação civil pública com presunção, muito menos com presunção de fato concreto. A Quarta Turma, após acalorado debate, entendeu que, se o Judiciário, naquele caso específico, anulasse a mencionada cláusula, acabaria, na realidade, com um produto do sistema de seguro. Em outras palavras, estaria taxativamente proibindo a venda de qualquer apólice de seguro cujo valor da indenização fosse o valor de mercado.

Qual seria a consequência? Uma intervenção do Judiciário (que não tem competência para tanto), mediante sentença judicial, no domínio econômico. Estaria, pois, retirando de circulação um produto que se vende aos montes – o contrato

de seguro de veículo com estipulação de indenização por preço de mercado. Foi a conclusão a que se chegou ao final de um longo debate.

É evidente que o bom senso imperou, tendo decidido a Turma, por três votos a um, vencido o relator, que havia de prevalecer a cláusula, até pelo impacto da decisão, porque, se considerada nula, em tese, nulas estariam todas as apólices nas quais constasse igual disposição.

Hoje, no Brasil, praticamente não se contrata mais seguro a preço certo.

Vê-se aí a importância do Judiciário nas relações econômicas. A intervenção pode ser boa, quando faz prevalecer a equidade, a igualdade entre as partes, mas pode ser desastrosa se não calibrada a decisão, se não medir as consequências.

Em minhas pregações, tenho salientado que o juiz precisa ter plena consciência da repercussão de suas decisões no meio social e econômico. Cada vez mais, o Direito ocidental, em especial o Direito brasileiro, aproxima-se da *common law*, dando força maior aos precedentes, portanto, às decisões judiciais.

Daí o perigo das ações civis públicas fundadas em tese, e não em caso concreto: na realidade, sob o manto da abusividade de determinada apólice, seria declarada a abusividade de todas as outras. Não preciso dizer que isso importaria em milhares e milhares de demandas no já sobrecarregado Poder Judiciário.

Falo isso neste congresso de magistrados porque o maior mal que pode acontecer à Justiça Civil é ela perder a credibilidade.

Devo esclarecer: juiz não protege consumidor, juiz não protege a parte mais fraca. Quem protege? A lei. Não podemos julgar com dose alta de subjetivismo dizendo ‘este aqui é um pobre, é um coitado’, quando ele não tem a proteção da lei. Se cada juiz fizer concessão com o chapéu alheio, evidentemente, justiça não haverá, porque o que é justo para um pode não ser para outro. Só temos um caminho: o da lei.

É lógico que me refiro à lei aplicada segundo uma série de regras de interpretação. E a lei, às vezes, a exemplo do Código do Consumidor, inverte o ônus da prova, protege o hipossuficiente etc. No entanto, o julgador deve ater-se exatamente às hipóteses nela previstas.

Não quero com isso dizer que não pode o juiz alargar a sua interpretação. Pode, mas quando não existir lei. É a regra do Código de Processo Civil. Nem precisaria existir expressamente regra no ordenamento porque, na falta de lei, é dever do juiz entregar a prestação jurisdicional, buscando solução com base na analogia ou em outro critério de equidade.

Voltando ao contrato de seguro, ressalto que, segundo pesquisas, as transações de seguro ocupam um quinto do PIB. Isso significa que o setor é responsável, em grande medida, pelo desenvolvimento econômico do País. E ainda há muito espaço para crescer, se comparada a realidade brasileira com a americana.

Com o passar do tempo, a sociedade brasileira tem aprendido a lidar com esse produto. Tem sido progressiva a busca por seguro de vida, de veículo, de residência, pelo chamado seguro-saúde, frequentemente contratado quando se viaja. O fato é

que o brasileiro tem sentido a necessidade de, cada vez mais, valer-se de seguro.

Qual é o propósito, então, do seguro? Transferência de risco, evidentemente. É lógico que não se pode usar o mesmo argumento para o seguro de vida, que não prevê indenização, mas o pagamento de um capital segurado. Alguns nele veem a formação de uma poupança. No meu entender, é um contrato de capital segurado.

Numa apólice de seguro de vida, o prêmio não é calculado aleatoriamente. Regras técnicas e científicas devem ser observadas. Leva-se em conta a tábua de idade, a tábua de vida. De que morre o cidadão brasileiro? A resposta pode variar por região, pode não variar. No mínimo, existe um padrão nacional a considerar.

Qual o índice de suicídio? Qual o índice de inadimplemento? O lugar no qual vive o segurado é fator de maior risco ou de menor risco?

Mas, na contratação de seguro, e principalmente seguro de vida, há algo chamado mutualidade. Para construir o conceito de mutualidade, imagine-se a seguinte situação: um cidadão se propõe a fazer um seguro vida e estipula o capital de um R\$ 1 milhão. Qual o preço desse seguro? Se a seguradora der o preço de mercado, não faz a operação de seguro, faz uma operação de suicídio econômico. Por isso, seguro é risco. Ninguém pode singularmente fazer seguro de outro, porque, na realidade, não tem como diluir risco.

Nessa perspectiva, o que é mutualidade? É a cooperação entre os segurados: num conjunto de segurados, em que há uns com maior risco, outros com menor risco, dilui-se o risco entre todos. Forma-se, grosso modo, aquilo que se chama de captação de recursos ou poupança suficiente para as indenizações.

Também não se calcula isso aleatoriamente. A mutualidade tem impacto principalmente no preço do prêmio. É necessário, portanto, realizar o cálculo atuarial da apólice, que leva em conta, sobretudo, a mutualidade, o risco e a idade do segurado. Daí se falar em 'escadinha'.

É lógico que alguém com 35 anos de idade oferece menos riscos que outro de 70 anos. Não pagam ambos o mesmo preço. O fato é que aquele que viveu 70 anos está mais perto do evento morte (somos finitos, essa é uma realidade); em razão disso, o risco aumenta.

Esses parâmetros, sem dúvida alguma, são todos imprescindíveis para a estipulação do preço do prêmio.

Além disso, é oportuno lembrar que, quanto à relação contratual de seguro, a lei não fala apenas em boa-fé. A lei se refere à mais estrita boa-fé; em outras palavras, à boa-fé objetiva. Entre os fatores da boa-fé objetiva, estão, por exemplo, o dever de o segurado informar a doença preexistente, bem como o risco da atividade exercida.

Tudo isso é fundamental para o cálculo do prêmio. Após essas considerações, é possível falar sobre os aspectos contratuais e sociais do seguro de vida na hipótese de suicídio, questão ainda hoje polêmica no Superior Tribunal de Justiça. Não há consenso quanto ao pagamento do capital segurado quando o fato gerador é o suicídio.

Surge, então, a questão da interpretação do art. 798 do Código Civil. Desde a sua origem, o contrato de seguro sempre repeliu o pagamento do capital na hipótese de suicídio. O seguro já traz, em sua concepção, a mentalidade de exclusão da indenização do suicídio.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao tempo em que aquela Corte ainda detinha a competência para julgar matéria infraconstitucional, firmou-se no sentido de que, quando não voluntário nem premeditado o suicídio, a seguradora deveria indenizar, e essa discussão abarrotou os fóruns brasileiros por muitos anos.

O novo Código Civil expressamente tratou da matéria no art. 798, ali colocado até em razão da legítima pressão feita pelos representantes do setor de seguros sobre o Congresso, a fim de que resguardados fossem seus interesses.

A redação do dispositivo em questão foi clara e objetiva. Eis o que dispõe o art. 798 do Código Civil:

'O beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos dois primeiros anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, observado o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.'

Não há dúvidas de que o Código adotou um critério, *data venia* dos que pensam em contrário, objetivo e claro. Para o pagamento de seguro em caso de suicídio, examina-se o tempo de adesão à apólice ou da formação do contrato. Se já decorreram mais de dois anos, nada se discute. Paga-se o capital segurado. Se o contrato ainda não atingiu os dois anos, não há o que pagar, ou seja, o Código traçou um critério objetivo, temporal.

A pretensão do legislador foi pôr fim, de vez, a essa discussão de suicídio premeditado ou voluntário, porque algo extremamente difícil, quando não impossível, é provar que o suicídio foi cometido dessa forma.

Na minha concepção, não se pode produzir tal prova, e por uma razão muito simples: é difícil demonstrar que o cidadão se matou com o intuito de deixar o seguro para alguém.

Apenas numa hipótese talvez fosse possível fazer essa prova: quando o segurado deixa uma carta. Todavia, quando isso acontece, a família não apresenta tal documento à seguradora. Quem apresentaria? Bom samaritano em matéria de segurado é difícil. Só quando o segurado deixa a carta e se imputa a morte a alguém da família. Nesse caso, o familiar certamente vai comunicar à seguradora que a morte foi premeditada e apresentar a carta deixada pelo suicida só para se ver excluído da ação criminal. Com exceção dessa hipótese, é praticamente impossível ou irreal a prova, e o Direito é uma realidade que regula fatos sociais que se concretizam, surgindo daí o conflito, que ao Judiciário cabe resolver, subsumindo os fatos às normas.

Mas não é que o Judiciário adora uma polêmica, quando não, criar! Causou-me perplexidade o julgamento de um caso em que figurava como parte o Banco Icatu. Tratava-se de decisão proveniente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

O recurso especial foi afetado à Segunda Seção pela Ministra Nancy Andrichi, que proferiu voto no sentido de que, não obstante a redação do referido art. 798, o não pagamento do capital segurado nos dois primeiros anos só poderia ocorrer se a seguradora lograsse demonstrar a premeditação do suicídio.

Levando em consideração a composição da Seção daquela época, sabia que o resultado do julgamento seria pela interpretação literal do artigo. O advogado, em nome da parte, contudo, desistiu do recurso. Quando meu voto já estava para ser proferido, foi feito acordo entre as partes. A questão, portanto, não ficou definida.

Novo recurso foi julgado; dessa vez, no âmbito da Terceira Turma. O julgamento estava empatado (dois a dois). Vindo um terceiro ministro para definir a questão, seguiu a tese defendida pela Ministra Nancy Andrichi.

A questão está em aberto na Quarta Turma. Sou relator de um caso. Já proferi meu voto no sentido de que, em matéria de suicídio, o Código adotou critério objetivo. Amparei-me nas lições de Pablo Gagliano, de José Delgado e de Fábio Ulhoa Coelho.

O Ministro Benetti apresentou um fundamento sociológico bastante razoável. Votou pelo não pagamento do prêmio nos dois primeiros anos como incentivo à vida. Não se deve criar um produto que permita ao cidadão pôr fim à própria vida com o intuito de deixar algo para a família.

Deveras relevante, mas o fundamento de que me vali no debate da Quarta Turma foi de que o Código não mudou por mudar. Trouxe, então, à memória uma frase colhida da obra *O leopardo*, de Lampedusa. O sobrinho da nobreza italiana pergunta: 'Mas, tio, a revolução vai mudar?'. Eis a resposta: 'Meu filho, as coisas precisam mudar para continuar como estão'.

Data venia, é o que vai acontecer se o Superior Tribunal de Justiça partir para dar interpretações ao art. 798 do Código Civil.

Será que o legislador teria alterado o texto para fazer subsistir o mesmo critério? Teriam as seguradoras atuado no Congresso para que se criasse um sistema mais rígido quanto ao pagamento do que o reinante na jurisprudência vigente?

Com todo o respeito ao Código de Defesa do Consumidor, que é um primor em termos de legislação brasileira, um dos mais avançados do mundo, com todo o respeito a esse sistema que regula o consumo e a matéria de seguro, não me parece razoável, em relação ao art. 798 do Código Civil, adotar conclusão que fira o seu texto e o próprio espírito da lei. A vontade da lei é clara, límpida.

Surge a pergunta: por que tal afirmação? Porque não se deve olhar o caso concreto apenas. Quando se paga o capital segurado ao beneficiário, cria-se, para o sistema, um ônus. Ora, se o pagamento é devido nos dois primeiros anos, salvo se demonstrado que o suicídio foi voluntário ou premeditado, isso haverá de ser precificado.

Observe-se a importância dessa mercadoria no sistema social. Dependendo da forma como for interpretada a norma do dispositivo legal em questão, o efeito imediato será o aumento da precificação do prêmio de seguro, é evidente.

O resultado será todos os segurados pagando pelo risco de suicídio de alguns.

Inexiste razão para essa solidariedade. Seria melhor viabilizar o seguro como produto acessível em termos de preço a uma escala maior de consumidores, a fim de que todos possam proteger seus entes em caso de falecimento.

Não se pode negligenciar a função social do contrato de seguro. É indispensável a observância do princípio do equilíbrio entre o prêmio e o risco, entre o prêmio e o capital. Não pode ser diferente.

Um bom exemplo é o da Allianz do Brasil. Na apólice dessa seguradora, não havia a chamada 'escadinha'. O Banco do Brasil, que tinha uma participação naquela instituição financeira, buscou trazer investidores internacionais para se associar à Allianz do Brasil. A intenção era fazer da Allianz uma seguradora pujante, competitiva no mercado, mas nada acontecia.

Em reunião com a Prince, uma parceira do Banco do Brasil no sistema de previdência privada, foi levada a proposta de parceria também na área de seguro. A resposta não foi outra senão a de que, com aquela apólice, considerada insolvente, a seguradora quebraria. O fato é que não se pode investir dinheiro bom em cima de dinheiro ruim.

Daí a necessidade da revisão da apólice, o que gerou polêmica. Há alguns casos sendo julgados no STJ, contudo, de modo geral, os segurados já migraram para uma nova apólice. De fato, o sistema não vive, como alguns pensam, da sorte. O sistema vive da atividade empresarial sujeita a risco, mas depende de planejamento, depende de uma apólice atuarialmente solvente, sólida, correta.

Não sendo assim, o inadimplemento será total, acarretando uma série de prejuízos, tal como o não pagamento aos últimos segurados do capital segurado e desemprego, pois à medida que a seguradora quebra, demissões aos montes ocorrem, e tudo isso porque não se compatibilizou o preço com o risco assumido. Em termos de mercado, nada pode ser mais perverso para os consumidores do que desequilíbrios dessa natureza.

Eis, em suma, minha convicção acerca do seguro de vida na perspectiva do suicídio. Com essas considerações, minha pretensão não foi outra senão chamar a atenção para o aspecto contratual desse tipo de seguro, sem olvidar, é claro, o seu tão importante aspecto social, por todos nós amplamente reconhecido.

Creio que comungamos, os senhores e eu, no pensamento de que o aumento das exigências do mercado soa como imperativo, de um lado, de aperfeiçoamento do contrato de seguro, sobretudo do seu texto quando estipula o preço e prevê os riscos; de outro, de mudança na jurisprudência pelas razões aqui expostas. Daí a importância de encontros com este – fundamentais, diria eu –, voltado para o debate de matéria de inquestionável relevância social, sobretudo pela proposta de aprimoramento da cultura jurídica e das instituições.

Encerro, portanto, estas palavras dizendo que não se pode andar na contramão da história: é preciso disposição para se adequar às exigências dos novos tempos.

Muito obrigado!"



HORÁRIO UNIFICADO

EM TRIBUNAIS NÃO VINGOU

Não será desta vez que os tribunais do País funcionarão em tempo integral e em horário unificado. A resolução que estipulava o atendimento ao cidadão de segunda a sexta-feira, das 9h às 18h, editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão de fiscalização e planejamento estratégico do Poder Judiciário, foi revogada pelo Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal (STF), no fim do mês de junho. A norma, que também estabelece jornada de oito horas diárias para os serventuários, deveria ter entrado em vigor no último dia 4 de julho.

A decisão do Ministro foi liminar e ainda terá o mérito apreciado pelo plenário da mais alta Corte do País. Foi tomada na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.598, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). A entidade é a que mais congrega magistrados em todo o Brasil, com quase 14 mil associados.

No processo, a AMB questiona o artigo 1º da Resolução 130 do CNJ, que estabelece: “Respeitado o limite da jornada de trabalho adotada para os servidores, o expediente dos órgãos jurisdicionais para atendimento ao público deve ser de segunda a sexta-feira, das 9h às 18h, no mínimo”. Além disso, segundo a norma, “no caso de insuficiência de recursos humanos ou de necessidade de respeito a costumes locais, deve ser adotada a jornada diária de oito horas diárias, em dois turnos, com intervalo para o almoço”.

A resolução foi relatada pelo conselheiro Milton Nobre. “O que se pretende com a Resolução 130 do CNJ é garantir ao jurisdicionado um horário de atendimento mínimo, regular e padronizado em todo o Judiciário brasileiro. Desse modo, sendo o jurisdicionado o beneficiário dos dispositivos acrescentados, não há dúvidas de que todas as unidades com atribuições tipicamente jurisdicionais estarão alcançadas pela norma”, afirmou o relator.

“Tem tribunal que, na sexta-feira, atende só pela manhã”, justificou o conselheiro Walter Nunes a aprovação da resolução. “O objetivo é adequar a norma à realidade de algumas unidades da Justiça que possuem apenas dois ou três funcionários”, acrescentou.

Para a AMB, o CNJ praticou inconstitucionalidade formal e material ao editar a resolução, pois dispôs sobre matéria de lei da iniciativa privativa do Poder Executivo e sobre matéria de regimento dos tribunais. Em outras palavras, segundo a Associação, a resolução do CNJ teria imposto às cortes condutas que somente elas próprias poderiam estabelecer ou exigências que somente a lei poderia criar.

Além disso, a resolução teria gerado duas fontes de aumento de gastos públicos. A primeira, decorrente do aumento da jornada mínima diária e a segunda, por causa da imposição do horário de expediente. “Para atender a essas duas obrigações, por mais que os tribunais consigam fazer ajustes internos, não há como negar que, se o servidor trabalhava seis horas, ao passar a trabalhar oito horas terá de receber a remuneração equivalente para as duas horas a mais que trabalhará”, diz a AMB na ação, ao destacar que essa jornada de trabalho é superior à mínima prevista no Estatuto dos Servidores Públicos aplicada aos tribunais federais.

A Associação alegou, na ação que moveu no STF, que reconhece “a possibilidade de o CNJ recomendar aos tribunais a edição de lei que entendesse necessária, desde que fosse preservada a autonomia própria de cada Corte para deflagrar, a seu próprio juízo e conveniência, o processo legislativo de sua iniciativa reservada”.

Dessa forma, a entidade argumentou que a matéria é de competência legislativa da União e dos Estados, sendo a iniciativa reservada ao chefe do Poder Executivo e do Poder



Judiciário, conforme previsto na Constituição Federal, no artigo 61, parágrafo 1º, inciso II, alínea “c”, e no artigo 96. Por isso, a determinação seria “inaceitável e inconstitucional”.

De fato, a resolução gerou protestos e outras entidades também questionaram a norma no STF. Entre elas, a Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (Anamages).

Ao conceder a liminar pedida pela AMB, o Ministro considerou a “iminência dos efeitos da resolução nº 130 do CNJ”. O Ministro foi enfático: “O que se impede, por meio da presente liminar, é a ampliação imediata do horário de atendimento, frise-se, horário de atendimento ao público do Poder Judiciário imposta pelo CNJ antes que o Plenário desta Corte decida definitivamente sobre o tema”.

O Ministro argumentou que não há coincidência entre a jornada de trabalho e o horário de atendimento ao público, “especialmente porque, tal como ocorre com os empregados de bancos, por exemplo, juizes e servidores do Poder Judiciário também trabalham quando o atendimento não é aberto ao público. Jornada de trabalho e horário de atendimento ao público são temas que não podem ser confundidos”.

O presidente da AMB, Nelson Calandra, comemorou a liminar e disse que a decisão foi uma conquista da Justiça brasileira. “Com essa decisão, prevalece a autonomia dos estados, pois cada tribunal vai respeitar o fuso horário e as peculiaridades da sua região. Essa é uma vitória não apenas da AMB, mas sobretudo da Justiça brasileira”, disse. Segundo afirmou, com a ação direta de inconstitucionalidade, “a Associação subscreveu a indignação dos presidentes de tribunais estaduais que, após a edição da resolução do CNJ, tiveram subtraída a competência de decidir sobre o horário de funcionamento das cortes”.

Calandra explicou que a liminar do Ministro Fux, além de garantir a autonomia dos tribunais, também resguardou a

competência legislativa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, assim como do próprio Supremo. “A edição de normas a serem aplicadas em todo o Brasil é competência do Congresso Nacional, após iniciativa do STF, e posterior sanção do Presidente da República”, afirmou.

O Conselho Nacional de Justiça não se manifestou sobre a decisão do Supremo. Mas algumas entidades essenciais à administração da Justiça, conforme estabeleceu a Constituição, manifestaram-se totalmente contrárias à liminar concedida pelo Ministro Fux. Foi o caso da Ordem dos Advogados do Brasil, que classificou a decisão como um atentado contra o acesso à Justiça.

“A permanecer a interpretação de que cada tribunal pode fazer o seu horário, não se estará privilegiando o acesso à Justiça nem respeitando o princípio da isonomia entre os cidadãos”, afirmou o Presidente do Conselho Federal da OAB, Ophir Cavalcanti, por ocasião da liminar. De acordo com ele, a prevalecer a regra atual, em que há tribunais que trabalham seis horas, enquanto outros trabalham sete ou oito horas, o País terá alguns estados em que cidadãos terão tratamento diferente de outros, ferindo-se assim o princípio da isonomia.

Na avaliação de Cavalcanti, se perdurar essa situação, a independência constitucional entre os poderes também fica ameaçada. “A independência dos poderes tem por meta servir ao povo e não aos próprios poderes; se não houver a consciência de que a Justiça é um valor da sociedade, vamos continuar com essa lógica de que o poder é mais importante que o povo”, afirmou.

Apesar da liminar, alguns tribunais decidiram manter o atendimento ao público nos moldes determinados pelo CNJ. É o caso do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJEPE), que editou uma resolução própria estabelecendo o funcionamento de segunda a sexta-feira, das 9h às 18h.



RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR

QUANTIFICAÇÃO E LIMITES DO DANO MORAL E MATERIAL

Sergio Cavalieri Filho

Membro do Conselho Editorial

Desembargador aposentado do TJERJ

Não obstante a relevância social e econômica inquestionável do setor de transportes no País – que é responsável por, diariamente, transportar milhões de passageiros de casa para o trabalho e do trabalho para casa –, é lastimável o descaso do Poder Público com o setor durante os últimos anos.

O contrato de transportes – apesar de responsável por movimentar R\$ 25 bilhões/ano e gerar mais de 500 mil empregos diretos, segundo pesquisas feitas pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) – sequer foi previsto no Código Civil de 1916, tendo o Judiciário que aplicar, por analogia, a Lei das Estradas de Ferro por quase 100 anos. Durante mais de 50 anos não se investiu em estradas, em infraestrutura, e o setor ficou entregue à própria sorte.

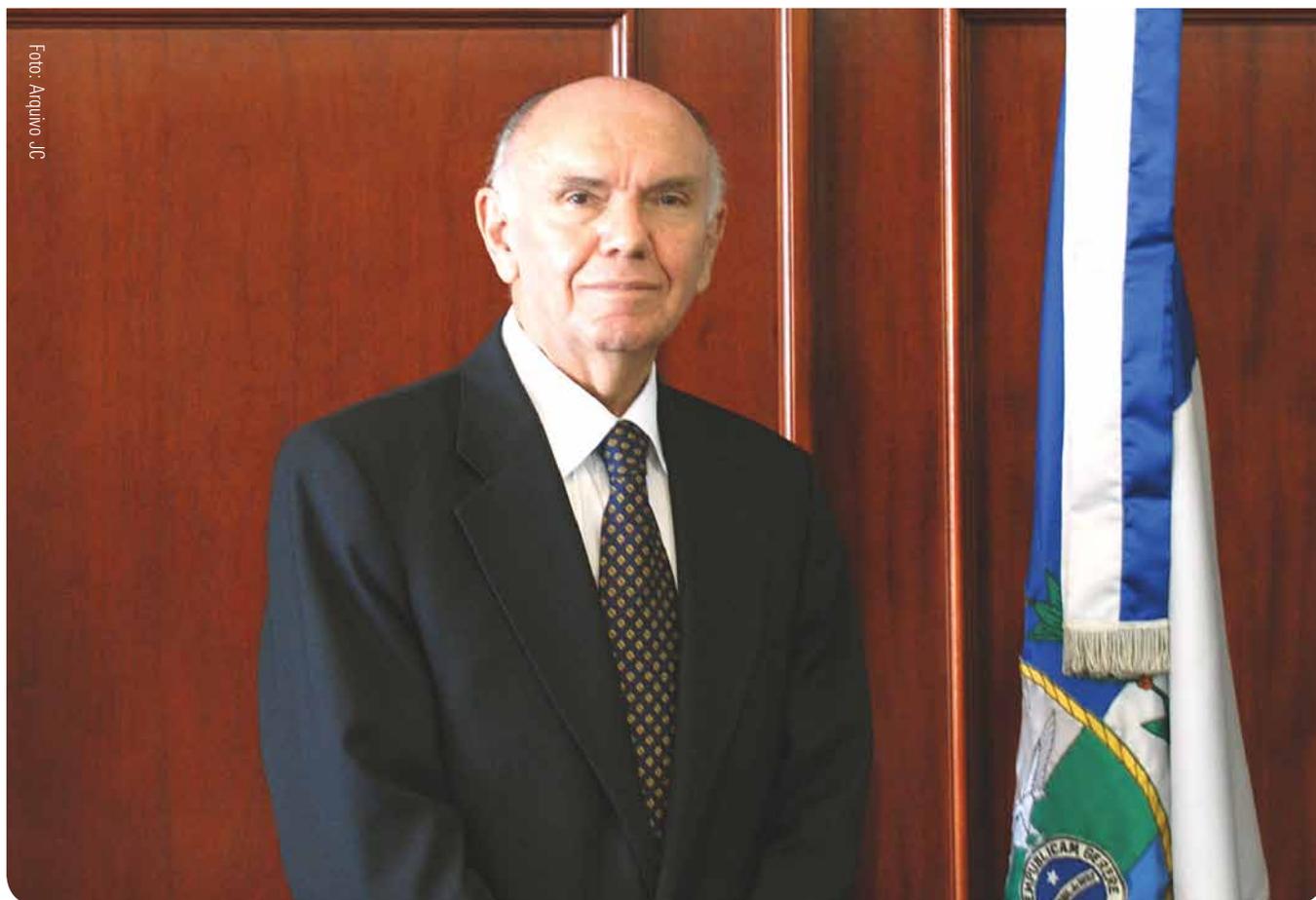
Os problemas ocorridos foram os mais diversos: proliferação do transporte ilegal; incêndio criminoso e frequente a ônibus – as empresas perderam 722 coletivos em três anos; o assalto e sequestro dos veículos para locomoção de grupos armados a bailes ou a enterro de traficantes. Em suma, o setor enfrentou tremendas dificuldades por décadas e com o enorme peso da responsabilidade social e jurídica.

A responsabilidade do setor de transportes – cabe frisar, das mais severas que temos – é objetiva com relação ao passageiro e com relação a terceiros. Mesmo o chamado fortuito interno, que é fato exclusivo de terceiros, fato

culposo, não exclui a responsabilidade do transportador, que tem de arcar sozinho com toda a realidade de insegurança anteriormente descrita.

Qual é a questão principal para se aferir essa responsabilidade e não torná-la absolutamente insustentável? Primeiro, a questão do dano. Se houve ou não houve dano. Depois, a questão do próprio ato ilícito.

A evolução da responsabilidade civil, que foi imensa ao longo do século XX – no qual começamos com a culpa provada e chegamos à responsabilidade objetiva, muitas vezes fundada no risco integral – teve por objetivo a socialização do dano, a sua efetiva reparação. A preocupação central da responsabilidade civil deixou de ser a repreensão do comportamento do agente (culpa) para se concentrar na reparação dos danos causados à sociedade. Seguiu-se, então, uma inundação de danos ressarcíveis nada criteriosa. Foram considerados, por exemplo, dano sexual; dano hedonístico; dano pelo custo de manutenção do filho indesejado; dano de férias arruinadas; dano de *mobbing*; dano por brincadeiras cruéis; dano por rompimento de noivado; dano por descumprimento de deveres conjugais; dano por morte; dano por abandono afetivo de filho menor. Isso levou Stefano Rodotà a afirmar: “O temor é que a multiplicação de novas figuras de dano venha a ter como únicos limites a fantasia do intérprete e a flexibilidade da jurisprudência.”



O papel dos conceitos

Tenho como certo que conceito é o ponto de partida, a premissa básica na apreciação de toda e qualquer questão jurídica. Se partirmos de um conceito correto, temos tudo para chegarmos a uma solução correta, mas se partirmos de um conceito falso, equivocado, por mais lógico que seja o raciocínio, chegaremos a uma conclusão também equivocada. A questão nodal na responsabilidade civil atual é estabelecer o critério que justifica responsabilizar alguém pelo dano sofrido pela vítima. Existem dois conceitos imprescindíveis na aplicação da responsabilidade civil. O primeiro é o próprio conceito de responsabilidade. O que é responsabilidade? Quando alguém tem que responder?

Responsabilidade, na correta visão do grande San Tiago Dantas, é uma obrigação sucessiva que surge para reparar o dano decorrente do descumprimento de uma obrigação originária. Há um dever jurídico preestabelecido na lei, no contrato ou na ordem jurídica e só há responsabilidade quando alguém viola esse dever jurídico e, por via de consequência, passa a ter um novo dever, que é o de responder. Por isso, sem violar dever jurídico, ninguém pode responder por nada. Nem responsabilidade objetiva, nem subjetiva.

Tomemos este exemplo real: um cidadão ingressou com ação indenizatória por dano moral contra o amante da esposa. O autor alegou que, em razão dessa traição, ficou

muito aborrecido e queria uma indenização pelo fato de o réu ter tido relação com sua mulher. Foi concedida uma alta indenização por dano moral na primeira e na segunda instâncias, até que o caso chegou ao STJ, por via de recurso especial. A questão nodal era esta: havia um dever jurídico preestabelecido? Esse dever jurídico foi violado? Quem o violou? No STJ, a indenização foi afastada por não ter o réu da ação violado dever jurídico. No seu voto, o ministro Luis Felipe Salomão (REsp 1.122.547/MG) enfrentou com maestria a questão.

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ADULTÉRIO. AÇÃO AJUIZADA PELO MARIDO TRAÍDO EM FACE DO CÚMPLICE DA EX-ESPOSA. ATO ILÍCITO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE NORMA POSTA. – 1. O cúmplice do cônjuge infiel não tem o dever de indenizar o traído uma vez que o conceito de ilicitude está imbricado na violação de um dever legal ou contratual, do qual resulta dano para outrem, e não há no ordenamento jurídico pátrio norma de direito público ou privado que obrigue terceiros a velar pela fidelidade conjugal em casamento do qual não faz parte. 2. Não há como o Judiciário impor um “não fazer” ao cúmplice, decorrendo disso a impossibilidade de se indenizar o ato por inexistência de norma posta – legal, e não moral – que assim determine.



O réu é estranho à relação jurídica existente entre o autor e sua ex-esposa, relação da qual se origina o dever de fidelidade mencionado no art. 1.566, inciso I, do Código Civil de 2002.

O segundo conceito basilar é o conceito de dano. O que é dano? Dano é a lesão de um bem jurídico patrimonial ou integrante da personalidade. Não há dano sem um bem jurídico lesado, então não se pode, em hipótese alguma, condenar alguém por dano moral sem verificar se um bem jurídico da personalidade foi lesado. Lembro-me de um político que pretendia receber indenização por dano moral porque o jornal publicou, por engano, uma foto dele apontando-o como um bandido das redondezas. Nesse caso há dano, sem dúvida. Já em outro caso, julgado na mesma sessão, um senhor pleiteava dano moral em decorrência de um atraso de cinco minutos do metrô, o que teria motivado a perda de seu encontro com a namorada. Não houve lesão de um bem jurídico da personalidade nesse segundo caso, pelo que não houve dano moral. Por mais singelo que isso possa parecer, casos idênticos ocorrem com frequência e chegam até o Superior Tribunal de Justiça.

Vejamos:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AQUISIÇÃO DE REFRIGERANTE CONTENDO INSETO. DANO MORAL. AUSÊNCIA. – A simples aquisição de refrigerante contendo inseto em seu interior, sem que seu conteúdo tenha sido ingerido ou, ao menos, que a embalagem tenha sido aberta, não é fato capaz de, por si só, provocar dano moral. O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral – REsp. 747.396/DF.

Esses, a meu ver, são os dois conceitos vitais e indispensáveis na responsabilidade objetiva. O único filtro é esse: se há ato ilícito e, evidentemente, se há dano. Sem dano não há indenização, não basta o ato ilícito. Repito, para haver responsabilidade, precisa haver o ato ilícito e o dano, conforme consta expressamente dos artigos 186, 927 e seu parágrafo único e 931, todos do Código Civil.

Quantificação e limites do dano moral

A quantificação do dano moral é outra questão a ser abordada. Atualmente, já está pacificada a indenização por dano moral, dano moral acumulado com dano material e/ou com dano estético, etc. Mas duas controvérsias seguirão: a primeira delas é o que é dano moral? E a outra é qual o valor do dano moral? Não adianta tabela, padronização, pois essa matéria está subjugada ao arbítrio judicial.

Tanto para o dano moral quanto para o lucro cessante, o princípio vital é o da razoabilidade. Larenz, grande jurista alemão, dizia que razoável é o bom senso. E quem não tem bom senso, não pode ser advogado, juiz, não pode ser profissional do Direito. Para Larenz, “o princípio da razoabilidade, no caso de lucro cessante, é aquilo que o bom senso diz que o

Ilustração: Mariana Fiores

credor lucrativa, apurado segundo um juízo de probabilidade, de acordo com o normal desenrolar dos fatos, caso não tivesse ocorrido o fato ilícito”. A indenização do dano moral é, também, baseada no princípio da razoabilidade. E razoável é aquilo que é, ao mesmo tempo, adequado, necessário e proporcional.

No caso de dano material decorrente de morte de vítima, previsto especificamente no artigo 948 do Código Civil, há de ser observada a ocorrência do dano emergente – este advindo das despesas com o tratamento, funeral e luto da família, facilmente comprováveis – e do lucro cessante, que pode gerar prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima. As estimativas (Tabela da Previdência) apontam a vida média de 65 a 70 anos.

Nesse dispositivo, chamo a atenção para a última frase: o pensionamento deve ser calculado levando-se em conta a duração provável da vida da vítima. Essa regra é só para os casos em que a vítima morre. Se não morreu, a regra é a sobrevida real, e não a provável. E se a vítima morre em um acidente, mas sofria de uma doença grave? Se a vítima tinha doença grave, não será razoável a sobrevida provável de 70 anos. A redução da sobrevida provável da vítima, em razão da doença grave, deverá ser considerada.

Há algum tempo o STJ pacificou a questão da pensão a filho menor pela morte dos pais afirmando que essa é devida até os 25 anos. Interessante, a meu ver, é a pensão aos pais pela morte de filho em tenra idade. Sempre entendi que só deveria haver dano moral, já que a vítima não trabalhava e não se poderia falar em lucros cessantes. No caso de família pobre, o STJ fixou outro entendimento. Concede pensão aos pais porque o filho poderia trabalhar. Para as famílias ricas, não. Por quê? No meu entender, temos aqui a “perda de uma chance”, a perda da oportunidade de ganhar algo, desde que essa chance seja real e provada. O menor, para o STJ, representa um valor econômico potencial, por isso há o direito potencial a alimentos. Isso, para mim, significa a “perda de uma chance”.

Outra questão é o caso de lesão permanente ou temporária, integral ou parcial, que afete a capacidade laboral da vítima. Disciplina a matéria o artigo 950 do Código Civil, enfatizando que o pensionamento corresponderá à importância do trabalho para que a vítima se inabilitou ou da depreciação que ele sofreu. Aqui, como já destacado, o pensionamento será devido durante a sobrevida real da vítima, e não a provável. O que me parece relevante nessa questão é a acumulação ou não de indenização com aposentadoria ou pensão previdenciária. Com lesão ou sem lesão, uma vítima aposentada continuará recebendo aposentadoria. Ela deverá ser abatida da indenização? Não, porque a indenização é pela lesão sofrida, e não pelo que a vítima deixou de ganhar. Quem tem o dever de indenizar é o patrimônio do causador do dano, e não o patrimônio da vítima. Se o valor da aposentadoria for abatido da indenização, a vítima estará indenizando a si própria, e a razão de ser da responsabilidade civil estará totalmente prejudicada.

“ Tanto para o dano moral quanto para o lucro cessante, o princípio vital é o da razoabilidade. Larenz, grande jurista alemão, dizia que razoável é o bom senso. E quem não tem bom senso, não pode ser advogado, juiz, não pode ser profissional do Direito. ”

Se responsabilidade é o dever de responder pelo ato ilícito perante a ordem jurídica, e indenizar é reparar o dano dele decorrente da forma mais completa possível, segue-se como consequência não poder o causador do dano aproveitar-se do patrimônio da própria vítima para diminuir o *quantum* indenizatório. Admitir a diminuição da indenização em razão de benefício previdenciário, seguros pessoais, aposentadoria e outros rendimentos da vítima importaria em nova agressão ao seu patrimônio.

Quanto ao 13º salário, se a vítima sofreu lesão permanente, deve ser incluído na indenização? Na minha visão, caberia em qualquer caso, mas, segundo o STJ, é indevido o pagamento se a vítima não possuía vínculo empregatício (REsp 1021986). O STJ também entende que os honorários advocatícios não incidem sobre o capital constituído para a garantia das prestações vincendas (REsp.109.675).

Sobre a revisão do pensionamento, lembro um caso interessante. Quando eu era juiz substituto, uma das primeiras ações que julguei foi a de um jovem estudante de Direito que, parado em uma *blitz*, sem motivo levou um tiro na cabeça. Ele não morreu, mas ficou total e permanentemente incapacitado para o trabalho, razão pela qual foi-lhe concedida uma indenização total. Vinte ou mais anos depois, encontrei-o recuperado e advogando plenamente. E agora, seria possível uma revisão desse caso? Sempre entendi ser possível a revisão por se tratar de decisão que traz implícita a cláusula *rebus sic stantibus*. Hoje, o § 3º do artigo 475-Q do CPC tem regra expressa permitindo a revisão.



Sergio Cavalieri Filho, Desembargador aposentado do TJERJ

Prescrição

Com relação à prescrição, temos três dispositivos: o artigo 206, § 3º, inciso V, do Código Civil, que prevê prescrição em três anos da pretensão de reparação civil; no Código de Defesa do Consumidor, temos o artigo 27, que estabelece prescrição em cinco anos da pretensão à reparação por danos causados por fato do produto ou do serviço; e o artigo 1º-C da Lei nº 9.494/97, ainda um pouco desconhecido, que prevê prescrição em cinco anos do direito à indenização de danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Temos, assim, três dispositivos vigentes, cada um com o seu próprio campo de incidência. É o chamado diálogo das fontes. O artigo 27 do CDC é norma especial que se aplica sempre que ocorre um acidente de consumo pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC). O artigo 1º-C da Lei nº 9.494/97 é também norma especial aplicável nos casos de danos causados a terceiros por pessoas jurídicas de direito público (Estado) e por pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (art. 37, § 6º, da CF). Essa norma, é oportuno lembrar, revogou o vetusto Decreto nº 20.910/32, que disciplinava a prescrição contra o Estado. E como o transporte de passageiros é serviço público, aplica-se o dispositivo em exame no caso, por exemplo, de um pedestre ser atropelado por um ônibus. O artigo 206, § 3º, inciso V

do Código Civil é a norma geral de prescrição aplicável aos demais casos de pretensão à reparação civil.

Há uma corrente doutrinária que sustenta ser aplicável ao transportador de passageiros a prescrição de três anos prevista no Código Civil, e não a de cinco anos estabelecida no Código do Consumidor. Como fundamento, invoca-se o artigo 732 do Código Civil, que dispõe só serem aplicáveis aos contratos de transporte os preceitos constantes da legislação especial quando não contradizem a disciplina para ele estabelecida no Código Civil. Em outras palavras, as disposições do contrato de transporte constantes do Código Civil são especiais e prevalecem às constantes de legislação especial. Ocorre, entretanto, que o artigo 206, § 3º, inciso V do Código Civil não integra a disciplina especial do contrato de transporte estabelecida nos artigos 730/756; pelo contrário, está na parte geral do Código, na disciplina comum da prescrição, pelo que não pode ser considerada norma especial do contrato de transporte.

Diante de todo o exposto, concluo minhas considerações com a visão profética do grande Josserand, manifestada em conferência proferida na década de 30: "A responsabilidade civil continuará dominando todo o direito das obrigações, toda a vida em sociedade. É, e será, a grande sentinela do direito civil mundial. Sua história é a história do triunfo da jurisprudência e também da doutrina, e, mais geralmente, o triunfo do espírito e do senso jurídico."





Protocolo Postal dos Correios. Transforme a dinâmica de seus processos.

O Protocolo Postal é mais um produto exclusivo que conta com a agilidade e o alcance do SEDEX. Com ele, Tribunais e DETRANs conveniados reconhecem documentos protocolados e enviados de qualquer agência dos Correios, acabando com o desperdício de tempo e evitando viagens desnecessárias. Consulte os tribunais e DETRANs conveniados e conte com o Protocolo Postal para aumentar sua produtividade.

OS TRIBUNAIS DE CONTAS E O CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Thiers Montebello

Presidente do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro

1. Aspectos gerais

As regras que regulamentam o controle exercido pelos Tribunais de Contas sofreram alterações ao longo dos distintos períodos da história política do Brasil, de acordo com os respectivos modelos constitucionais vigentes. Uma breve recapitulação das mudanças mais significativas operadas no sistema normativo de regulação do controle externo auxilia na compreensão do processo evolutivo do papel desempenhado pelos Tribunais de Contas, culminando com a expansão de suas competências e com o fortalecimento de sua importância institucional no contexto republicano, notadamente a partir da Constituição da República de 1988.

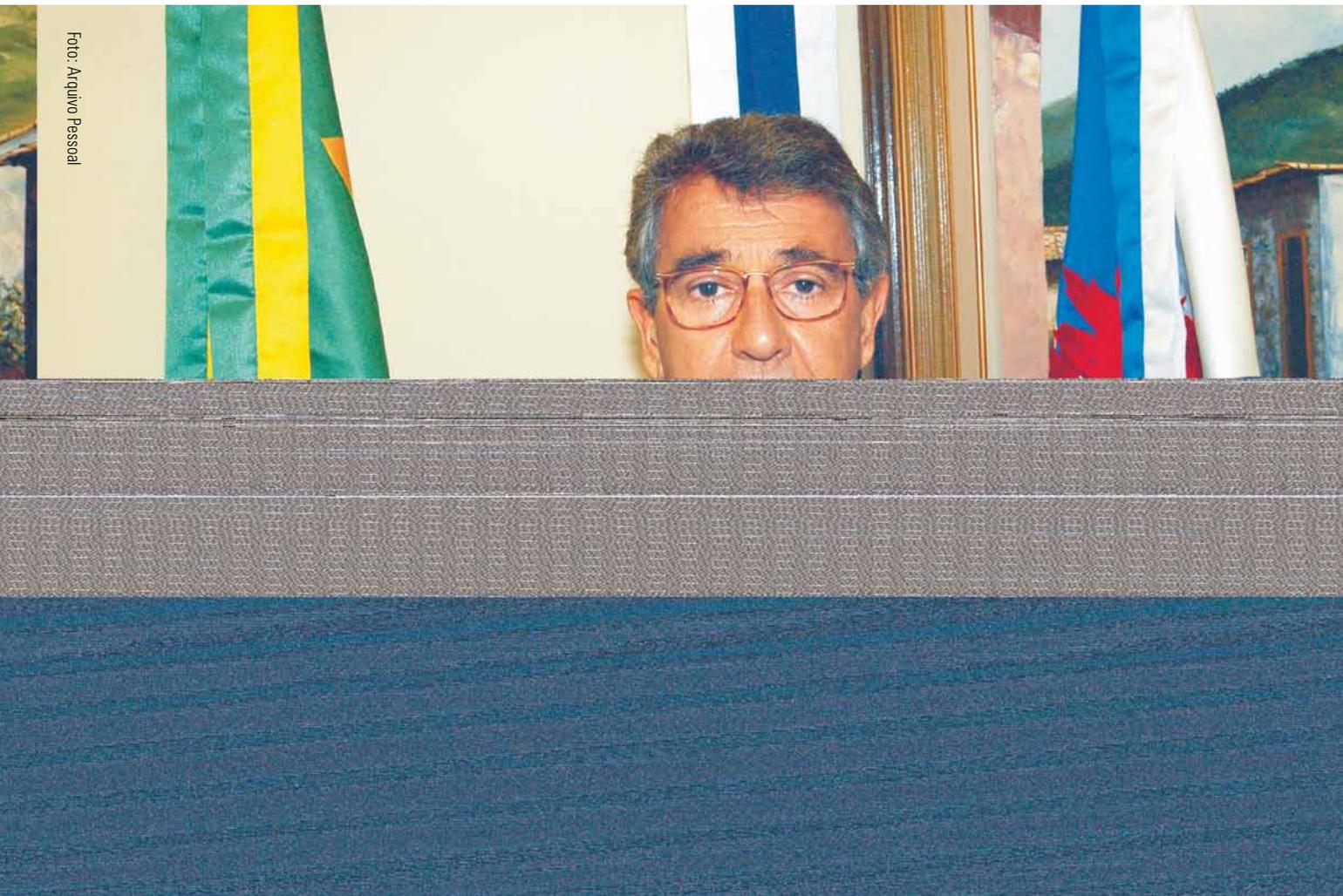
Até a edição do Decreto-lei 200/67, o controle prévio exercia-se sobre as verbas orçamentárias destinadas a investimentos, ainda que de modo meramente formal, restando isentas desse controle as verbas de custeio.

A partir da Constituição de 1967, ratificada pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969, os Tribunais de Contas passaram, de um lado, a gozar da prerrogativa de realizar auditorias nas entidades jurisdicionadas, permitindo-lhes identificar ilegalidades e comunicá-las ao Congresso Nacional para que o próprio Legislativo tomasse as providências cabíveis; porém, em contrapartida, algumas atribuições lhes foram subtraídas,

dentre elas o julgamento prévio dos atos e contratos geradores de despesas e o das aposentadorias, reformas e pensões.

Com a redemocratização, a Constituição de 1988 ampliou as competências do Tribunal de Contas da União, de modo a assegurar maior efetividade às suas ações, aplicando-se automaticamente os mesmos mandamentos constitucionais aos órgãos de controle das demais instâncias de Poder. Pelo Texto Constitucional – art. 70 e seguintes –, o Tribunal de Contas, gozando de autonomia e independência, passa a exercer o controle externo da administração pública não só pelo aspecto restrito da legalidade, mas também quanto à economicidade e à legitimidade dos atos praticados pelos gestores públicos, considerando-se, ainda, os princípios da razoabilidade, moralidade e eficiência dos atos insculpidos no *caput* do art. 37.

Por seu aspecto inovador, merece destaque especial o princípio da economicidade, tendo em vista que exprime a ideia de uma adequada relação de custo-benefício social na alocação e gestão de recursos e bens públicos, atribuindo valor ao aspecto qualitativo da ação administrativa. O Texto Constitucional amplia o horizonte de ação dos Tribunais de Contas para além dos aspectos formais ou de estrita legalidade, cabendo-lhes proceder à aferição entre o investimento e a satisfação



da finalidade pública almejada, atuando como um braço da sociedade na busca pela consecução do direito fundamental à boa administração. Isso reflete a expectativa dos cidadãos com relação aos gestores públicos, qual seja, a de que imperem em suas ações os valores da ética e da moralidade, aliados à eficiência e à otimização dos serviços prestados, de forma mais econômica, evitando-se o desperdício e a malversação dos recursos, apresentando aos cidadãos resultados concretos da aplicação do seu dinheiro.

Dessa forma, com suas atribuições ampliadas e fortalecidas, os Tribunais de Contas exercem importante função social, na medida em que – a par do controle formal dos gastos públicos – verificam a legitimidade das políticas públicas, ou seja, se a atuação administrativa encontra respaldo popular e se atende aos anseios da coletividade, avaliando-se a relação entre os resultados alcançados pelos programas de governo e a melhoria das condições de vida da população, que é, em última análise, a finalidade da ação do Estado.

Ao definir as condições de autonomia e independência institucionais dos Tribunais de Contas, a Constituição de 1988, de forma coerente, atribuiu a seus membros, no § 3º do art. 73, as mesmas garantias e prerrogativas dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, no caso do Tribunal de

Contas da União, e dos Desembargadores dos Tribunais de Justiça, para os membros dos Tribunais dos Estados e dos Municípios, condições indispensáveis e essenciais ao cumprimento de suas obrigações.

As novas atribuições constitucionais exigiram dos Tribunais de Contas adequação e aperfeiçoamento técnico e operacional para atender às exigências introduzidas pela Lei Maior, reflexo de uma sociedade mais consciente e reivindicadora de seus direitos, cumprindo à excelência sua função social de zelar pela justa e correta aplicação dos recursos públicos.

Os esforços voltados para o aprimoramento de suas atividades resultaram no exercício do controle concomitante dos atos administrativos e na adoção de rotina de visitas técnicas – de longe, o grande e significativo avanço no âmbito do controle externo –, em que se acompanha o processo de execução do ato administrativo antes do término de sua vigência, viabilizando a aplicação de medidas sanativas que impeçam danos irreparáveis ou de difícil e onerosa solução, corrigindo-se as possíveis falhas e ilegalidades ainda no âmbito administrativo, de forma a evitar a via judicial. No dizer do Ministro Carlos Ayres Britto, do Supremo Tribunal Federal, “os Tribunais de Contas assumem-se como órgãos impeditivos de desgoverno e da desadministração”.

O processo de aperfeiçoamento do sistema de controle de contas públicas ocorreu nas principais Constituições democráticas do mundo contemporâneo. No Brasil, sob o atual regime constitucional, o Tribunal de Contas da União – órgão técnico especializado, autônomo e independente, em estreita cooperação com o Poder Legislativo, titular constitucional do controle da ação estatal –, efetua o controle externo com o apoio do controle interno de cada Poder, competindo-lhe a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

O constante aperfeiçoamento institucional corresponde, portanto, às novas atribuições constitucionais e à ampliação do âmbito de atuação dos órgãos de controle, compatível com as exigências de um Estado que busca ser cada vez mais ágil e voltado para o atendimento aos cidadãos usuários dos serviços públicos.

Ao lado dos dispositivos constitucionais que regulam as competências e a organização dos Tribunais de Contas, outro instrumento normativo tem importância capital para reforçar sua missão de assegurar o direito fundamental à boa administração, cuja efetivação depende do equilíbrio das finanças públicas. A lei complementar nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal – passou a conferir aos Tribunais de Contas competências para fiscalizar o cumprimento das metas fiscais, das condições e dos limites de gastos estabelecidos pela referida lei, visando ao equilíbrio entre receita e despesa tanto para o Executivo quanto para o Legislativo, devendo o Tribunal, quando verificada qualquer transgressão às normas legais, manifestar-se imediatamente, e não depois de findo o exercício.

Além de estabelecer competências e atribuições dos Tribunais de Contas, a Constituição determina ainda, de forma clara e taxativa, em seu art. 75, os critérios de composição de seu colegiado. No entanto, a despeito da imperatividade das normas legais, persiste ainda obstinada resistência por parte de alguns Tribunais de Contas quanto à adoção do modelo de composição de seus colegiados, em que deve haver um auditor e um procurador do Ministério Público Especial de Contas. Afinal, trata-se de duas categorias que se originam de concurso público, meio tão democrático de acesso aos Tribunais de Contas quanto o da indicação pelo Poder Legislativo.

No mesmo diapasão, a avaliação das exigências constitucionais de idoneidade moral, reputação ilibada e notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros deve seguir o mesmo rigor que determina as competências e encargos atribuídos aos Tribunais de Contas.

2. O controle externo na cidade do Rio de Janeiro

O Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro tem jurisdição própria e privativa – expressão institucional cujo significado e alcance diferem daqueles insculpidos nos dispositivos constitucionais do Poder Judiciário – e competência

específica em relação ao controle externo da administração financeira e orçamentária do Município do Rio de Janeiro, compreendendo um ambiente socioeconômico com as seguintes características:

- 2ª maior cidade do Brasil
- Orçamento de, aproximadamente, R\$ 19 bilhões, para 2011
- 1.064 escolas (maior rede de Ensino Fundamental no Brasil)
- 250 creches
- 260 unidades de saúde (hospitais e unidades de baixa e média complexidades)
- 93 unidades de conservação ambiental
- Os orçamentos do exercício 2011 do município do Rio de Janeiro para as áreas de Educação, Saúde e Obras foram:
 - Educação – R\$ 3,8 bilhões
 - Saúde – R\$ 3 bilhões
 - Obras – R\$ 4,5 bilhões

Claro está que eventos grandiosos e de natureza esporádica realizados na cidade alteram esse quadro demonstrativo, a exemplo dos jogos Pan-Americanos de 2007, que geraram uma despesa em torno de R\$ 1 bilhão, o mesmo ocorrendo, nos próximos anos, com a Copa do Mundo e as Olimpíadas.

A fim de cumprir efetivamente a missão de controlar esse universo tão vasto quanto complexo, o Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro empenha todos os esforços para oferecer infraestrutura e suporte indispensáveis ao seu corpo técnico, reconhecido, no âmbito do Sistema Tribunais de Contas, como um dos melhores e mais capacitados profissionalmente, por suas aptidões e excelência demonstradas na execução dos procedimentos relativos ao controle externo, que compreendem diferentes etapas e meios de atuação: análise dos editais de licitação, antes da efetivação do certame; realização de inspeções ordinárias, especiais e extraordinárias; exame de prestações e tomadas de contas; visitas técnicas à rede municipal de ensino, obras e unidades de Saúde, exercendo-se, por meio dessas ações, o controle preventivo; auditorias operacionais e de execução de contratos; e acompanhamento da execução dos planos de ação e programas de trabalho do Poder Executivo municipal.

Como mencionado, as visitas técnicas propiciam o controle concomitante e preventivo, detectando e corrigindo falhas e, conseqüentemente, aprimorando a prestação de serviços públicos. As políticas governamentais dirigidas ao atendimento à Educação e à Saúde, assim como as obras públicas, são objeto de sistemático controle por meio de visitas técnicas.

No caso do sistema educacional, por exemplo, os técnicos setoriais do TCMRJ acompanham, de modo direto e constante, o funcionamento das unidades de ensino de segundo segmento – 6º ao 9º anos – da rede municipal, 400 escolas aproximadamente, para avaliar as condições gerais em que se encontram, de acordo com indicadores previamente determinados, relativos à estrutura (instalações elétrica e hidráulica; equipamentos e material escolar) e à qualidade da merenda, além de vários outros aspectos inerentes ao cotidiano escolar, tais como a eventual carência de professores por disciplina e os índices de frequência



O constante **aperfeiçoamento institucional** corresponde, portanto, às **novas atribuições constitucionais** e à **ampliação do âmbito de atuação dos órgãos de controle**, compatível com as **exigências** de um **Estado** que busca ser cada vez mais ágil e voltado para o **atendimento aos cidadãos usuários dos serviços públicos**.



e aprovação dos alunos, colhendo, inclusive, manifestações dos pais de alunos, por meio de questionário encaminhado para suas residências. O relatório com os resultados obtidos é encaminhado à Secretaria Municipal de Educação. No ano seguinte, a equipe retorna às unidades, para conferir se houve intervenção efetiva com vistas a corrigir as deficiências encontradas e se houve melhora naqueles indicadores.

Diante da complexidade da área da Saúde, a Escola Nacional de Saúde Pública/Fiocruz ministrou, especialmente para a equipe técnica do TCMRJ, um curso de treinamento e capacitação sobre auditoria no SUS. A partir de então, a Inspeção-geral responsável pela fiscalização e controle na área da Saúde elaborou um projeto de sistematização de sua atuação, que consiste, dentre outras iniciativas, na realização de duas visitas técnicas semanais às Unidades de Atenção Básica à Saúde, de responsabilidade municipal, cuja importância reside no fato de serem elas a porta de entrada para o Sistema Único de Saúde. Os resultados das avaliações nessas unidades são encaminhados por meio de relatórios à Secretaria Municipal de Saúde, identificando as possíveis deficiências detectadas, os quais serão determinantes para a realização, *a posteriori*, de auditorias operacionais nos respectivos programas de saúde.

No caso das obras, esse modelo de auditoria possibilita a interferência imediata, corrigindo irregularidades e inibindo a prática de medições incompatíveis com o que foi executado. A periodicidade das visitas técnicas é mensal, podendo ser quinzenal, a depender do volume da obra. O primeiro passo é a elaboração de um cadastro fotográfico, refletindo a evolução física da obra até a sua conclusão. Com o diagnóstico realizado a partir da visita ao canteiro de obras, a equipe técnica obtém, junto à respectiva equipe de fiscalização, a correção das irregularidades detectadas.

Em complemento a esse modelo inédito de auditoria pública, o TCMRJ desenvolveu um sistema de banco de dados georreferenciados, que coloca à disposição de todos os cidadãos, pela internet, informações sobre as condições

das escolas visitadas pelos técnicos do Tribunal, bem como o andamento das obras do município do Rio de Janeiro.

3. Conclusão

A Constituição de 1988, ao redimensionar as atribuições dos Tribunais de Contas, ampliando suas competências para além do exame formal dos atos da administração pública, adotou uma visão moderna do controle público, coerente com a dinâmica social e o *éthos* dos tempos atuais, caracterizado por costumes e valores sociais de absoluta intolerância com os desmandos e desvios com a coisa pública. Cientes dos seus direitos, os cidadãos passaram a exigir, dos homens públicos, a devida conduta ética e o respeito ao dinheiro público, e das instituições, resultados efetivos quanto aos investimentos e atendimento eficiente quanto às demandas sociais.

A constitucionalização do Direito Administrativo, cujas normas e diretrizes se encontram no capítulo VII da Carta Magna, fez emergir um novo direito, reconhecido pela doutrina como o “direito fundamental à boa administração”, fundado nos princípios da legalidade, legitimidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e supremacia do interesse público sobre o privado.

Os Tribunais de Contas vêm atuando, cada vez mais, como órgãos essenciais à garantia deste direito fundamental à boa administração, atuando de forma a prevenir e corrigir, sempre que necessário, os rumos da administração pública, colocando-se como instrumentos imprescindíveis à disposição da cidadania.

No entanto, não se pode abrir mão da participação popular e do controle social das políticas públicas, pois são a contrapartida fundamental da sociedade na tarefa maior de construção de uma democracia plena. A sociedade e o Poder Público devem ser coadjuvantes no processo de fortalecimento e aprimoramento das instituições públicas, sobretudo no que toca à moralidade e à ética dos gestores, assegurando, dessa forma, a efetividade dos direitos e garantias fundamentais inscritos na Constituição de 1988.



CAMINHOS PARA UM JUDICIÁRIO MAIS EFICIENTE

José Eduardo Cardozo
Ministro da Justiça

NOTA DO EDITOR

Em evento realizado na Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas, presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Cezar Peluso, e tendo como palestrantes, além do Ministro citado, o Vice-Presidente da República, professor Michel Temer, e o diretor da Faculdade, professor Joaquim Falcão, o Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, discursou de improviso sobre temas relacionados ao Poder Judiciário.

Ele discorreu sobre importantes e oportunas questões, como a crônica e pertinaz morosidade processual, em especial, sobre a proposta apresentada pelo Ministro Cezar Peluso. A proposta consiste numa sistematização contra o que o Ministro da Justiça classificou de desmedidos, e às vezes infrutíferos, recursos protelatórios apresentados indiscriminadamente, causando, segundo ele, uma avalanche de processos que não teriam razão, nem direito, de atravancar os gabinetes dos ministros dos tribunais superiores.

As palestras foram elucidativas nos detalhes e razões apresentados, mas o que chamou a atenção do editor foi a clareza e objetividade do Ministro José Eduardo Cardozo, que o fez se lembrar, por cotejo e com saudade, da grande personalidade, do emérito mestre da Faculdade de Direito e reitor da Universidade de São Paulo, professor Vicente Ráo, jurista, civilista, publicista, conferencista, expositor e orador dotado de aprimorada inteligência, que foi, por duas vezes, Ministro da Justiça.

Mesmo admitindo a ousadia intelectual da tese sustentada pelo Presidente do STF, com base na visão pragmática de um magistrado, sabedor da necessidade da valorização das sentenças de 1ª instância e dos tribunais estaduais, o Ministro Cardozo aceitou e admitiu que os problemas são graves no atual sistema jurisdicional. O

fato, aliado à experiência administrativa do Ministro e a sua efetiva participação representativa perante os Legislativos federal e municipal, acumulada com a atuação no Ministério Público, o fez considerar e reconhecer a procedência da proposta do Ministro Cezar Peluso, no sentido de ser debatida a eliminação dos recursos e encontrada uma solução.

O pronunciamento elucidativo do Ministro José Eduardo Cardozo dá mostras da sua inteligência e cultura, aliadas ao conhecimento dos problemas que irá enfrentar na importante e intrincada missão a ele destinada, como Ministro da Justiça, pela Presidenta Dilma Rousseff. A ele caberá dar uma resposta prática e imediata aos grandes problemas a serem resolvidos junto ao Governo Federal, entre os quais destacam-se: (a) a diminuição da litigiosidade do Estado, principal autor nas 86.500 milhões de ações que abarrotam os tribunais, a qual poderia ser absorvida por medidas práticas antes da propositura das demandas pela sociedade, hoje tolhida pela morosidade processual, causadora do afastamento de muitos brasileiros da possibilidade da prestação jurisdicional; (b) a aceleração da tramitação do novo Código de Processo Civil na Câmara dos Deputados nacional, inspiração do Ministro Luiz Fux; (c) idêntica medida em relação ao anteprojeto do Código de Processo Penal, referente ao projeto de lei que modifica a Lei 8.666, de 1993, e à Lei das Licitações, também tramitando no Congresso Nacional; (d) modificação da Lei de Desapropriações, cujo Decreto-Lei 3.365 é de 1941 e muitas outras alterações foram introduzidas depois disso, inclusive a Lei 4.132, de 1962, que disciplina a desapropriação por interesse social, o que sugere a consolidação da jurisprudência a fim de atender hoje o que



foi conquistado pelo nosso Judiciário e os operadores do Direito na formação de uma cultura jurídica nessa questão.

Outro assunto abordado com ênfase pelo Ministro da Justiça foi segurança jurídica e insegurança social, que em larga medida guarda uma pertinência com o nosso modelo de prestação jurisdicional, nos obrigando a criar regras que permitam atacar o problema da insegurança, além do combate ao crime organizado a exigir uma profunda reflexão dos operadores do Direito. O Ministro reiterou, por fim, a necessidade de se debater a questão com profundidade, buscando encontrar o equilíbrio que equaciona o Estado Democrático de Direito e reafirmou o propósito do governo, de acordo com as recomendações da Presidenta Dilma Rousseff, de enfrentar o crime organizado sem abrir mão de direitos e sem ser complacente com situações terrivelmente maléficas para todos.

Encerrando a palestra, o Ministro José Eduardo Cardozo afirmou: “Eu pretendo colocar todo um conjunto de situações sobre as quais considero que a sociedade brasileira precisa se debruçar e os agentes dos três Poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, têm o dever social e histórico de pensar e refletir. (...) Acredito que chegou a hora, como já nos demonstraram os dois pactos anteriores, de dar um salto para diante. Para isso, precisamos de ousadia, desprendimento e muita fraternidade entre aqueles que têm essa missão (...) nesse momento que, eu diria, é histórico e pode modificar em muito o futuro do País”.

A seguir, confira a íntegra da palestra proferida pelo Ministro José Eduardo Cardozo no evento “Caminhos para um Judiciário mais eficiente”, promovido pela Fundação Getúlio Vargas, no Rio de Janeiro.

“ Normalmente, nós do mundo do Direito, somos bastante estratificados nas nossas posições e temos dificuldade de migrar para transformações profundas, em especial quando se fala no campo do processo. O Ministro Cezar Peluso, com grande ousadia, faz uma proposta de um modelo que seguramente será polêmico – nós não temos a menor dúvida disso –, mas é uma boa polêmica. Isso, porque o Professor Peluso apresenta uma proposta que tem um elemento motivador fascinante. Ele não partiu de um modelo teórico previamente concebido e fechado em que discute a ontologia dos institutos que passaram a existir dentro dessa formulação, ele partiu da visão pragmática de um Magistrado que sabe da necessidade que se tem da valorização das sentenças de 1ª Instância e dos Tribunais Estaduais, para, a partir disso, teorizar e fazer uma proposta.

Cada vez mais me convenço que quando os problemas são graves é desta forma que nós temos que debater as soluções. Tivesse Montesquieu, antes de formular o princípio da tripartição dos Poderes, discutido na Academia as diferentes naturezas ontológicas das funções estatais, e talvez o espírito das leis ainda tivesse um espírito, não tivesse sido escrito. Então, meus cumprimentos ao Professor Peluso, sei que a tese é absolutamente polêmica, mas parte de uma análise correta do problema que nós temos no nosso sistema jurisdicional.

Há muito se fala da Reforma do Judiciário, e não me agrada a expressão, porque prefiro falar de Reforma do Sistema de Prestação Jurisdicional do Estado Brasileiro. O problema não está centralizado na dimensão orgânica do Poder Judiciário, está localizado no sistema de prestação jurisdicional, que é disciplinado por leis, que é disciplinado por atores que não estão apenas localizados no âmbito orgânico de um Poder do Estado, e que envolvem os três Poderes do Estado,



José Eduardo Cardozo, Ministro da Justiça

e também a sociedade. São de conhecimento de todos as razões pelas quais se clama pela reforma desse modelo de prestação jurisdicional. Um deles é a questão da morosidade da prestação jurisdicional, que é um problema gravíssimo; um problema que afeta a cidadania e a segurança jurídica, um dos valores centrais da sociedade moderna. A valorização das sentenças, com a eliminação de recursos, muitas vezes utilizados com finalidade meramente procrastinatória, e a possibilidade de uma prestação jurisdicional mais ágil é um desejo que nós temos que cada vez mais contemplar e abraçar na perspectiva de uma solução.

Os demais problemas se colocam, contudo, e temos que ter clareza, da mesma maneira, que muitas vezes um sistema como o nosso, pela sua característica, pela sua afeição, propicia uma litigiosidade excessiva e desnecessária. Mecanismos que pudessem evitar a litigiosidade excessiva com situações de conciliação prévia, mecanismos até extrajurisdicionais de solução de litígios, seriam muito bem-vindos para que nós pudéssemos retirar do Poder Judiciário situações que, por vezes, poderiam ter sido eliminadas previamente.

Nesse contexto, inclusive, se insere a própria questão da excessiva litigiosidade que envolve a própria administração pública. Como advogado público de formação, sei quantas vezes arrastamos processos indefinidamente, com a perspectiva de que o interesse secundário do Estado possa se transformar em primário, ou seja, não permitir que situações sejam consolidadas

em uma administração presente para que sejam passadas para administrações futuras. Em outras palavras, a dimensão da litigiosidade do Estado com a sociedade abarrotava os tribunais e nós temos que atacar esse problema. Uma das formas de atacá-lo é diagnosticar onde estão os pontos geradores dessa litigiosidade e evidentemente fazer intervenções no plano legislativo e em outros planos que sejam estritamente necessários. Da mesma forma, o acesso ao Judiciário é uma questão muito importante numa sociedade democrática.

Se, por um lado, nós temos nossos tribunais abarrotados de processos, se nós temos uma litigiosidade que, por vezes, poderia ter sido absorvida antes da propositura de uma demanda, a verdade é que nós temos muitos brasileiros afastados da possibilidade da prestação jurisdicional. Há muitos direitos que são violados e que não são levados aos Tribunais para uma correção pelas dificuldades de acesso ao Poder Judiciário, e uma sociedade verdadeiramente democrática tem que enfrentar esse problema. O Estado de Direito, na sua dimensão maior, não pode ignorar realidades dessa natureza.

É por esta razão que, por orientação da nossa Presidenta Dilma Roussef e entendimento com o Presidente da Suprema Corte, foi lançada, no início desse ano, essa ideia de dialogarmos com o Poder Judiciário – e agora, já nessa etapa, também com o Poder Legislativo – para que possamos fazer mais um pacto republicano na busca do aperfeiçoamento da nossa prestação jurisdicional.



Já foram dois pactos anteriores, e agora chegou a hora de darmos mais um salto na elaboração de uma nova proposta para a sociedade brasileira. E é nessa perspectiva que acho que nós temos que tocar em alguns pontos. O primeiro é que temos que modernizar a nossa processualística e encontrar mecanismos pelos quais, na prestação jurisdicional, sejam garantidos o contraditório e a ampla defesa, bem como garantidos os direitos processuais básicos incorporados no texto da Constituição e prestada [a atividade jurisdicional] com agilidade e com eficiência. Uma proposta que merece sem sombra de dúvida uma reflexão de todos nós e também dos processualistas, os quais, tenho certeza, debaterão profundamente esta matéria.

Além disso, outras questões têm de ser colocadas; temos, por exemplo, que debater e verificar se incluímos ou não, nesse pacto, a proposta que está em tramitação no Congresso Nacional de um novo Código de Processo Civil. Temos uma legislação processual que é de 1973. Já há muitas décadas se coloca a questão de que temos um excelente Código de Processo do ponto de vista técnico, porém muito tempo se passou, o que nos faz pensar: não será a hora de uma mudança? Não será hora de uma reformulação das nossas regras processuais? Essa questão deve ser debatida efetivamente a partir de um projeto que já foi aprovado pelo Senado Federal, e está hoje em tramitação na Câmara dos Deputados, por inspiração do ilustre, hoje, Ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Fux, coordenador dos trabalhos.

Da mesma forma, a nossa legislação processual penal exige um debate. Nós temos um anteprojeto de Código de Processo Penal aprovado pelo Senado, tramitando também na Câmara dos Deputados. Precisamos verificar se esse texto, ou não exatamente este, mas se as modificações têm de ser colocadas ou não e devem integrar um novo Pacto Republicano para que se possa com agilidade obter a aprovação destes textos. Além disso, me parece importante que se ataque alguns pontos, como dizia a pouco, de geração da litigiosidade da própria administração pública com o Estado. Acho de fundamental importância que isso se coloque. Por exemplo, está hoje em tramitação também no Congresso Nacional, um Projeto de Lei que modifica a Lei de Licitações, Lei 8666 de 1993, no qual alguns mecanismos são propostos e que poderão reduzir a litigiosidade nesse tipo de procedimentos administrativos com a chamada inversão de fases, com a ampliação do chamado “pregão” e uma série de medidas que são importantes para que tenhamos mais aceitação dos procedimentos sem tanta litigiosidade no mundo administrativo.

Da mesma forma, a modificação da nossa Lei de Desapropriações. O Decreto-Lei 3365 é de 1941. Muita jurisprudência já foi criada depois disso. A nossa Lei que disciplina a Desapropriação por interesse social é de 1962 (Lei 4132), ou seja, não será necessário reunirmos toda contribuição da jurisprudência, considerarmos as características hoje das situações procrastinatórias e fazermos uma nova Lei centrada naquilo que foi conquistado pelo nosso Judiciário, e pelos nossos advogados na formação de uma cultura jurídica nessa questão?

A insegurança jurídica e a insegurança social são características que em larga medida guardam uma pertinência com o nosso modelo de prestação jurisdicional e nós temos que criar regras que permitam atacar esse problema: a segurança jurídica dando mais certeza aos operadores do Direito a partir da dimensão legislativa da atuação. Por quê, por exemplo, não se ter um Código das Ações Constitucionais que pudesse disciplinar e resolver as [incidência] que fazem arrastar e polemizar processos dos tribunais que poderiam ser facilmente resolvidos?

Um simples exemplo: até hoje ainda se discute a figura do *amicus curiae*, em quais ações podem intervir, até que momento é possível a intervenção, consumindo muitas vezes, na nossa Suprema Corte, tempo com questões recorrentes. Porque não termos um Código das Ações Constitucionais que normatize, que defina, que parametre conjuntos de situações que efetivamente simplificariam a atuação dos operadores do Direito, ou seja, situações desse tipo eliminariam insegurança jurídica, e agilizariam a prestação jurisdicional.

Da mesma forma que a questão da insegurança social é grande, nós temos que nos debruçar sobre leis que permitam enfrentar a questão da segurança pública, que é um dos problemas centrais da sociedade brasileira hoje. O combate ao crime organizado exige uma profunda reflexão dos operadores do Direito. Muitas vezes nós temos posições extremadas, arraigadas em certas dimensões dogmáticas que precisam agora ser objeto de reflexão. Temos que debater essa questão



José Eduardo Cardozo
Ministro da Justiça

com profundidade para verificar o equilíbrio. De que forma um Estado Democrático de Direito enfrenta a questão do crime organizado sem abrir mão de direitos, mas também sem ser complacente com situações que se reproduzem socialmente e que são terrivelmente maléficas para todos.

Ademais, do ponto de vista da nossa realidade, hoje é indispensável que tenhamos projetos de leis que combatam a violência social geradora também da insegurança, e muitas vezes situações que não são equacionadas acabam se arrastando. Cito, como exemplo, aquela Lei que previu a punição no caso de consumo de álcool ao volante. Esta Lei foi baseada, na minha concepção, numa premissa correta, ou seja, a de buscar enfrentar legislativamente um problema que é gerador de violência, de mortes na juventude: o acidente de trânsito, que hoje é uma realidade perversa na sociedade brasileira. No entanto, da forma como está posto este Ato Legislativo, a partir do que vem sendo acumulado pela jurisprudência, bastará que uma pessoa pega em uma situação de transversão a esta Lei não se submeta ao chamado bafômetro para que seja absolvido criminalmente; e aí nos perguntamos: qual a saída? Não podemos forçar ninguém a produzir prova contra si próprio, mas será que não há uma saída dentro dos marcos do Estado de Direito para que possamos resolver isto?

Em síntese, pretendo colocar todo um conjunto de situações que acho que a sociedade brasileira precisa se debruçar, e que os agentes dos três Poderes: Poder Executivo, Legislativo, Judiciário têm o dever social, histórico, de pensar e refletir.

Precisamos de uma prestação jurisdicional, sem sombra de dúvidas, mais ágil. Precisamos evitar a litigiosidade excessiva

que abarrotam os nossos Tribunais e que acaba também gerando a morosidade. Temos que atacar a insegurança jurídica e social, e, portanto, para isso, é necessário que os três Poderes do Estado, mais os agentes da sociedade, abdicuem em alguma parcela de suas posições arraigadas, e sentem-se juntos para elaborar um pacto que enfrente essa questão de forma decisiva. Acredito que chegou a hora, como já nos demonstraram os dois pactos anteriores, de dar um salto para diante. No entanto, eu não acredito em salto para diante desta matéria se não envolver uma sinergia entre os três Poderes e a sociedade; eu não acredito em um salto para diante que não envolva o abdicar dos operadores do Direito de certas posições que muitas vezes são corporativas e que não se prendem a um objetivo maior, que é o objetivo de conquistarmos algo melhor para a sociedade brasileira. É por isso que eu vejo com bons olhos, por exemplo, a proposta do Professor Peluso, e é por isso que vejo com bons olhos o debate em relação a este novo pacto que nós começamos a gestar.

Acredito que a sociedade brasileira, diante do momento especial que vivemos, momento de pujança econômica, um momento de elevação da autoestima dos brasileiros, um momento de reconhecimento internacional do nosso papel no mundo, tem a maturidade suficiente para, em torno de uma mesa, sentar e buscar construir um Pacto Republicano que possa ser definitivamente um grande salto para uma redefinição do nosso modelo de prestação jurisdicional. Para isso, precisamos de ousadia, desprendimento e muita fraternidade entre aqueles que tem esta missão, nesse momento que, eu diria, é histórico, e pode modificar em muito o futuro da nação brasileira." 



Publicações segmentadas. Leia quem escreve sobre o que você precisa saber.

Prefira sempre uma publicação especializada no seu setor de atividade. Ela vai tratar com maior profundidade dos temas que mais interessam a você. Saiba mais sobre as revistas segmentadas: www.anatec.org.br – 011 3034 4566 e 3034 2550. Nós entendemos disso há 25 anos.

25
anos


anatec
www.anatec.org.br

DEMOCRACIA COMUNITÁRIA, CONSTRUÇÃO DE IDENTIDADE E O ENSINO CONTEXTUALIZADO DO DIREITO

Marilene de Souza Polastro

Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da União
Pioneira de Integração Social (UPIS), em Brasília

“Mas poderei eu levar para outro mundo o que esqueci de sonhar?”

Álvaro de Campos

1. Democracia comunitária

Leonardo Boff, aqui e ali, vem tratando da democracia comunitária, expressão que não vejo senão associada ao seu nome no Brasil.

Por democracia comunitária ele entende a espécie de organização popular que nasce das iniciativas em que todos opinam e das quais participam, no espírito comunitário da troca, da interdependência, da solidariedade.

Parece tratar-se do resgate do modelo de negociação social que envolve todos os membros da comunidade, diretamente, e não por meio de representantes. Uma forma genuína de tomada de decisões em que se prestigia o bem comum como princípio ético, num profundo enriquecimento do espírito de cuidado com o outro.

Nesse passo, a democracia comunitária “é singular dos povos originários da América Latina e pouco conhecida e reconhecida pelos analistas. Ela nasce da estruturação comunitária das culturas originárias, do norte até o sul de Abya Yala, nome indígena para a América Latina” (BOFF, 2010).

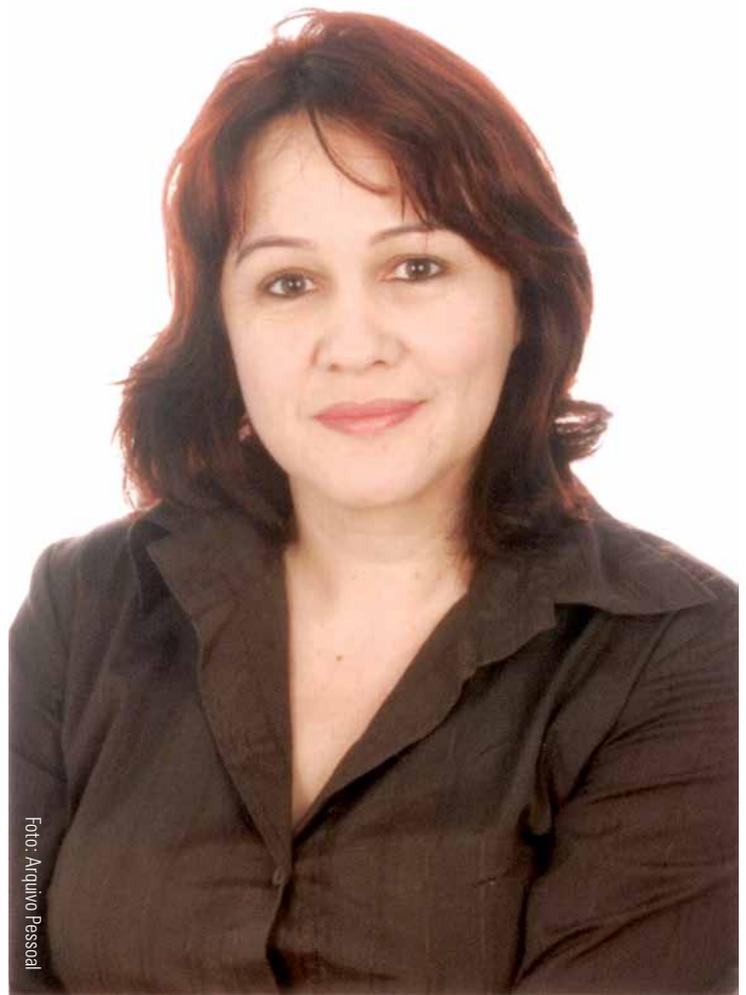
Ele afirma que esse tipo de democracia “busca realizar o ‘bem viver’ que não é o nosso ‘viver melhor’, que implica que muitos vivam pior. O ‘bem viver’ é a busca permanente do equilíbrio mediante a participação de todos, equilíbrio entre homem e mulher, entre ser humano e natureza, equilíbrio entre a produção e o consumo [...]”.

É claro que Boff trata da democracia comunitária no viés que tem sido objeto de sua obstinada dedicação: a paz social, a construção de um modelo de convivência repleto de cuidado, de gentileza, de pacto para tornar o convívio social realmente harmônico e produtor de homens mais felizes.

Nas palavras dele, “trata-se de uma democracia sociocósmica, onde todos os elementos são considerados portadores de vida e por isso incluídos na comunidade e com seus direitos respeitados”. São sujeitos concretos, tomando decisões concretas, coletivamente.

Romão (2005, p. 20-21), in *Justiça procedimental*, destaca que, embora não possa dizer com precisão o momento em que “a legitimação democrática do direito se revelou um problema”, ele pode afirmar que o problema da legitimidade e da efetividade do direito se tornou algo digno de investigação quando se deparou com duas questões: (i) como estruturar relações sociais solidárias para superar a opressão e (ii) como promover o exercício da capacidade comunicativa dos sujeitos.

A retomada do poder de autogerir, que se dá na implantação da democracia comunitária, é, certamente, uma forma de estruturação de relações sociais solidárias, nas quais todos os membros, efetivamente, se importam com o destino de cada um.



Porém, dar mais um passo e auxiliar tal comunidade a vencer a opressão depende de um trabalho mais intenso, no qual se estabeleçam claramente as bases de compreensão do arcabouço de direitos e de proteção a que cada pessoa faz jus. E aí se dá a segunda pergunta de Romão: como promover tal coisa?

Já orientando esse discurso para uma forma prática de realizar um projeto de ensino jurídico contextualizado, parece claro que as comunidades precisam ser auxiliadas no processo de se compreender coletivamente.

Participando da ação de Mobilização pelo Registro Civil, em 2003, na Bahia, encontramos pessoas com mais de 60 anos sem nenhum documento civil, morrendo de doenças cuja cura já foi encontrada, enterradas com o nome simples com que foram batizados, sem compor sequer a estatística oficial do censo demográfico.

Inexistentes para o Estado, vivendo em rincões distantes, alheios aos direitos previdenciários e à suposta gama de proteção de que eram destinatários, em completo abandono, esses cidadãos e toda sua comunidade pertencem a uma classe de brasileiros completamente esquecidos.

Por isso mesmo, é necessário encontrar, urgentemente, nossa identidade, vencendo as opressões, comunicando

eficazmente nossa condição de cidadãos que pertencem, que fazem parte e que não são apenas “zeros econômicos descartáveis” (BOFF, 1999, p. 18).

2. Identidade latino-americana

Defendendo a necessidade de desenvolver uma identidade latino-americana, Wolkmer (2004, p. 2) propõe “*introduzir, discutir e construir um pensamento crítico-libertador, síntese real da nossa própria experiência histórica, socio-política e jurídica*”.

O autor reflete ser necessário revelar a “*originalidade e autenticidade do ‘ser’ latino-americano*”, embora a democracia conceituada por Boff já se apresente como um indicativo de que temos um *constructo* social importante, revelador desse modo de ser, que nos distingue de outras culturas.

Por que o Direito não pode contribuir com esta rica proposta que envolve criatividade, invenção, construção e crítica?

Da apática e discursiva apropriação de textos legais nos cursos de Direito, temos proposto passar a uma militância na mitigação de problemas sociais agravados pela indiferença dos indivíduos e pela falta de solidariedade, promovendo o “*enriquecimento da razão intelectual com a razão sensível*” (BOFF, 2010).

Apesar das grandes dificuldades representadas, especificamente, pelos estudantes que encaram a formação jurídica apenas como um passo necessário à aquisição de melhores condições de vida por meio dos concursos públicos, ainda florescem projetos que confrontam os estudantes com a sociedade mutilada de seus direitos, envergada sob o imenso peso das injustiças sociais.

Boff afirma que essa organização comunitária se apresenta como um movimento de contrafluxo em relação à globalização: uma nova forma de organização local, capaz de respeitar as singularidades de modo claro e resolutivo.

Será esse um caminho para desvendar e qualificar nosso "jeito" latino-americano?

3. Os arranjos produtivos locais: um exemplo de efetividade

Buscando nossa identidade, podemos encontrar exemplos interessantes e criativos de um jeito brasileiro de enfrentar as dificuldades. Os Arranjos Produtivos Locais, do Sebrae, por exemplo, criam um novo modelo de desenvolvimento da produção, no agronegócio, levando em conta as chamadas vocações regionais, com o objetivo de "*superar as deficiências oriundas do porte e isolamento*" dos pequenos negócios, nos quais não estão presentes "*as vantagens da economia de escala, do investimento em inovação produtiva e gerencial*" (Sebrae, 2011).

O projeto se desenvolve, fundamentalmente, dentro do conceito de democracia comunitária, permitindo que a produção local, caseira, familiar e pequena seja absorvida pela comunidade, num movimento que mantenha as riquezas ali circulando, independente do movimento mundial ou global, que atende melhor aos interesses dos grandes produtores.

Esse belo projeto é um exemplo de ruptura com o pressuposto de que não é possível construir uma nova forma de satisfação das necessidades de consumo. Pode ser uma difícil alternativa a uma sociedade que se solidifica dentro do conceito de globalização alienante, mas é uma possibilidade real de mudança de paradigma ou, apropriando-me das palavras de Volkmer, "*é a libertação como desafio, como transposição do instituído, como utopia real, como redefinição da solidariedade e afirmação da alteridade*" (2004, p. 8).

Além disso, é claramente um modelo aplicável a outras áreas do conhecimento, em especial ao ensino do Direito a partir das comunidades.

Pelas assombrosas estatísticas do Poder Judiciário, nota-se que o brasileiro está entre os maiores demandistas do mundo, gerando milhões de processos por ano. Ao lado de ser um problema imenso para o Poder Público, é um sintoma evidente de que não possuímos meios de solução de conflitos eficazes e aceitos socialmente.

Compreendendo melhor nossos direitos, ou melhor *informados* sobre eles, geramos a tendência de aumento das demandas.

Acredito que os Arranjos Produtivos Locais, destinados a superar as dificuldades da produção e distribuição de bens e

riquezas, podem servir de modelos para Arranjos Legais Locais nos quais a população tenha, a um só tempo, a oportunidade de conhecer os seus direitos e de encontrar formas de solucioná-los sem o auxílio do Poder Judiciário.

Uma imensa quantidade de pequenas empresas poderiam ser beneficiadas, por exemplo, com a compreensão dos direitos do consumidor, trabalhistas, previdenciários, tributários, entre outros.

Tal projeto mobilizaria profundamente os estudantes de Direito, caracterizando-se como uma autêntica pedagogia da libertação (WOLKMER, 2004, p. 19).

4. Importância do ensino jurídico para a democracia comunitária e para a consciência latino-americana

Não seria temerário dizer que a democracia comunitária, que surge em diversas localidades da América Latina, não somente no Brasil, é um movimento emancipatório, necessariamente ligado à formação da consciência popular sobre o papel que cada um desempenha na estampa do tecido social.

Isso é concebido como realidade em organização comunitária para Boff e como proposta de uma consciência latino-americana por Wolkmer.

Contribuindo com este debate, Jelin & Hershberg (2006, p. 19) apresentam a seguinte questão:

"Que fatores determinarão os aspectos para a construção, na América Latina, de democracias em que os direitos de cidadania alcancem um âmbito que vá além da esfera política formal?"

Vejo uma resposta na educação e uma resposta bem clara na educação para os direitos, que pode e deve ser patrocinada pelas centenas de cursos de Direito existentes no país. Há, em verdade, um pequeno exército de estudantes de Direito no Brasil para cumprir essa agenda.

A conquista de direitos e a preservação de direitos já alcançados são passos fundamentais a amparar o paradigma de convivência democrática participativa, e nesse viés é que o Direito pode apresentar toda a sua pujança.

Por um lado, porque poucas coisas produzem maior autonomia do que a compreensão dos direitos, o desvendamento das extraordinárias potencialidades de que o sujeito é portador pelo simples fato de ser um nativo. Por outro lado, porque o modelo atual de ensino jurídico está tão desgastado que a oportunidade de sua reforma deve ser apropriada com grande entusiasmo.

Camus (2007, p. 21), fazendo suas considerações sobre o suicídio, afirma que "*no apego do homem à sua vida, há algo mais forte que todas as misérias do mundo*", e eu reflito que na compreensão que um homem adquire dos seus direitos, há algo mais poderoso do que as mais básicas necessidades de sobrevivência.

A emancipação de um povo reside na capacidade de compreender os limites dos seus direitos, descobrindo sua liberdade, sua força e a margem de expressão de sua individualidade no mundo.

Por isso, o processo de ensinar e aprender Direito representa mais um postulado para o fortalecimento individual. Uma força que simultaneamente nos torne sensíveis para a grande causa social e nos leve a reivindicar a sociedade sonhada, com identidade e consciência latino-americana.

A prática da democracia comunitária, orientada pelo conhecimento e reconhecimento dos direitos, pode produzir efetivamente uma sociedade mais justa e menos oprimida.

Não se trata, vale dizer, de uma inconsequente apresentação das normas, numa liturgia oca de vontade, meramente informativa, mas de um enfrentamento das questões fundamentais para a construção daquele ideário libertador, daquele modo de ser brasileiro e latino-americano.

Os estudantes do Direito que se envolvam com o projeto dessa sociedade plural e igualitária certamente estarão marcados, definitivamente, para a *praxis* de qualquer profissão jurídica.

Trata-se de "*pensar a educação sob a perspectiva comunitária, popular e antipositivista. Um paradigma educacional identificado com as necessidades reais da vida humana*". É isso que se propõe: "*é a educação libertadora que rompe com a estrutura escolar autoritária, ineficiente e domesticadora, responsável pela reprodução da injustiça da sociedade e pela formação de padrões alienantes*". (WOLKMER, p. 18).

As comunidades estão ávidas por esse conhecimento, desejosas de melhor compreender os seus direitos e de melhor exercitá-los.

Desse encontro, pode decorrer tanto a busca de aperfeiçoamento pessoal do estudante, como a oportunidade de ajudar na construção da paz social, no elevado pensamento kantiano, aqui reduzido singelamente.

A democracia comunitária, portanto, parece uma porta aberta para a experimentação do Direito libertador sobre o qual falamos e com o qual sonhamos. Um Direito que não pode prescindir da experiência social e que contribua, efetivamente, para a formação de um *status* latino-americano forte, pujante e livre.

Modo de atuar nessas comunidades não nos faltam. Motivos para tanto, sobram.



REFERÊNCIAS

<http://sustentabilidadenaopalavraeacciao.blogspot.comhttp://sustentabilidadenaopalavraeacciao.blogspot.com/2010/07/leonardo-boff-um-design-ecologico-para.html>

<http://www.sebrae.com.br/uf/sergipe/areas-de-atuacao/apl>
CAMUS, Albert. *O Mito de Sísifo*. Trad. Ari Roitman e Paulina Watch. 4ª ed. São Paulo: Record, 2007.

JELIN, Elizabeth & HERSHBERG, Eric (orgs). *Construindo a democracia: direitos humanos, cidadania e sociedade na América Latina*. Trad. Ana Luisa Pinheiro. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006.

ROMÃO, José Eduardo Elias. *Justiça procedimental: a prática da mediação na teoria discursiva do Direito de Jürgen Habermas*. Brasília: Maggiore, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos (org). *Direitos humanos e filosofia jurídica na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

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

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE FRENTE À RESTRIÇÃO DE LIBERDADE

André Luís Sanches

Professor da Faculdade de Direito da Alta Paulista
de Tupã (FADAP – SP)

Diretor de Serviço do Fórum da Comarca de Tupã – SP

1. Introdução

A fim de manter a paz entre as pessoas, normas permisivas e proibitivas são elaboradas pelo Estado. Aquele que pratica uma conduta em desacordo com as regras preestabelecidas em um Estado Democrático de Direito sofre sanções. Entretanto, para que essas sanções sejam aplicadas, o devido processo legal, com todas as suas peculiaridades, deve ser observado. Acontece que, da data do fato tido como criminoso até a manifestação do Judiciário, com a prolação da sentença, seja condenatória ou absolutória, pode haver a necessidade de se tirar o acusado do convívio da sociedade a fim de protegê-la, seja de forma direta (evitando o cometimento de novos crimes) ou de forma indireta (garantindo o bom andamento da *persecutio criminis*). O *jus libertatis*, garantido constitucionalmente a todo cidadão, sendo este considerado inocente até que seja proferida uma sentença penal condenatória, é quebrado quando se retira o acusado do convívio da sociedade, encarcerando-o provisoriamente. O princípio da presunção de inocência previsto na Carta Magna, com o decreto de uma prisão provisória, *a priori*, estaria em descompasso.

De um lado, estaria a pretensão punitiva do Estado e de outro, o *jus libertatis* e a presunção de inocência garantidos constitucionalmente ao acusado. Diante da necessidade de restrição dessa liberdade, com a adoção de medida cautelar, o princípio da proporcionalidade vem de encontro a esse conflito aparente de interesses e direitos, devendo ser sopesado se a medida a ser adotada for adequada e necessária para se atingir o fim desejado.

2. Necessidade de solução diante da colisão de direitos pelo princípio da proporcionalidade

O conflito de regras resulta numa antinomia que, para ser resolvida diante do caso concreto, uma deve deixar de ser cumprida, por se entender que a preterida é a correta ou a mais justa. Além dos possíveis conflitos de regras ou normas, surgem os conflitos entre princípios. “As colisões entre princípios resultam apenas em que se privilegie o acatamento de um, sem que isso implique o desrespeito completo do outro”¹.

O conflito pode existir entre regras, entre princípios e entre regras e princípios, devendo, neste caso, prevalecer o princípio sobre a regra.

As regras são direcionadas a fatos ou a uma espécie deles, enquanto que princípios fazem referência direta a valores. Daí, diz-se que as regras se fundamentam em princípios. Por conseguinte, princípios têm um grau incomensuravelmente mais alto de generalidade e abstração do que a mais geral e abstrata das regras. Os princípios trazem determinações de otimização, ou seja, um mandamento para que sejam cumpridos na medida das possibilidades fáticas e jurídicas².

Não há que se falar em princípio de caráter absoluto. “O traço distintivo entre regras e princípios por último referidos aponta para uma característica destes que é de se destacar: sua relatividade”³. Os princípios não podem ser vistos como absolutos, o “tudo ou nada”, como se dá com as regras.

Celso Antonio Bandeira de Mello faz uma assertiva referente a “princípio jurídico” louvável de ratificação. Segundo ele,

“princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele; disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência”, e conclui: “...exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”. Sobre a gravidade da violação de um princípio, o jurista leciona que “violiar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção aos princípios implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todos os sistemas de comandos”. Sobre a gravidade da não observância de um princípio jurídico, afirma que “é a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais”⁴.

No âmbito constitucional, não há que falar em hierarquia. As regras ou normas ali contidas são de mesmo nível, entretanto os princípios constitucionais devem se sobrepor às normas, haja vista que princípios são proposições diretoras de uma ciência, é o preceito primário a ser seguido.

Segundo Hans Kelsen, em sua obra clássica *Teoria pura do Direito*, discorrendo sobre a estrutura escalonada da ordem jurídica, acima da Constituição positivada, coloca a “norma fundamental hipotética” como o fundamento de validade último que constitui a unidade criadora⁵. O autor coloca a norma hipotética fundamental no ápice da pirâmide, norma essa não positivada e sim pensada.

No que tange aos princípios, a Constituição da República traz no Título I os princípios fundamentais, dentre eles a dignidade da pessoa humana. Dentre os direitos e garantias fundamentais elencados no artigo 5º da Constituição vigente, vem previsto o princípio da presunção de inocência, o direito à liberdade de locomoção, este podendo ser restringido somente em casos de prisão em flagrante ou por ordem escrita fundamentada por autoridade judiciária competente.

Diante do choque de regras, o próprio ordenamento jurídico traz regramento para resolver eventual antinomia jurídica. Entretanto, diante da colisão de direitos, envolvendo necessariamente colisão de princípios, sendo estes norteadores do ordenamento jurídico, o princípio da proporcionalidade vem como princípio dos princípios.

Na busca de uma interpretação constitucional, representada pelo conflito entre princípios constitucionais, “aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, preconiza-se o recurso a um ‘princípio dos princípios’, o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma ‘solução de compromisso’, na qual diante do conflito de princípios se respeita mais um dos princípios, desrespeitando o mínimo o outro princípio, ‘jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu núcleo essencial’. Embora não esteja de forma expressa individualizado no ordenamento jurídico vigente, o princípio da proporcionalidade é ‘uma exigência inafastável da própria fórmula política adotada por nosso constituinte, a do



Estado Democrático de Direito, pois sem a sua utilização, não se concebe como bem realizar o mandamento básico dessa fórmula, de respeito simultâneo aos interesses individuais, coletivos e públicos.”⁶

Quando se depara com “princípios”, estes se encontram em um nível superior de abstração, sendo igualmente hierarquicamente superiores, se imaginarmos um ordenamento jurídico, numa escala piramidal, ainda que aqueles não se subsumam a fatos concretos. Os princípios podem se contradizer, o que não significa que perdem sua eficácia ou validade jurídica. É nesse momento de conflito entre princípios que o princípio da proporcionalidade serve de critério para solucionar o conflito, otimizando na medida em que se acata um princípio e desatende o mínimo possível outro princípio⁷.

“A ideia nuclear do ‘princípio da proporcionalidade’ consiste na garantia de uma ‘justa relação’ (ou ‘justo equilíbrio’) entre as vantagens do *fim a atingir* e os custos das ‘medidas adotadas’ para atingir esse fim.”⁸

Afeto às questões de constitucionalidade das medidas legislativas e atos administrativos restritivos a direitos e garantias fundamentais do homem, o princípio pode ser perfeitamente aplicado às medidas restritivas de liberdade.

“O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça.”⁹

Lúis Roberto Barroso, ressaltando que a razoabilidade pressupõe equilíbrio e ponderação ao decidir, leciona que “é razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia, o que não seja arbitrário ou caprichoso,

o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.”¹⁰

O princípio da proporcionalidade é integrado por três subprincípios, a saber, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

“Pode-se dizer que uma medida é adequada se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e, finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens.”¹¹

3. Adequação

A prisão cautelar sacrifica um dos direitos do homem garantido constitucionalmente, direito este fundamental, a liberdade de ir e vir. A prisão preventiva é uma medida amarga, pois tira o agente do convívio da sociedade sem uma sentença penal condenatória.

O princípio da proporcionalidade¹² propicia ao juiz que, diante de um caso concreto, verifique se, além dos requisitos legais, a prisão cautelar é a medida mais adequada ao caso, ou seja, se o meio utilizado é a melhor maneira de se atingir o fim. “Mais do que a mera relação lógica entre meios e fins, e além da adoção da ‘alternativa menos gravosa’, o princípio da proporcionalidade tem sido o parâmetro para avaliar o cabimento de uma medida restritiva de direito.”¹³ Deve o magistrado verificar se não existe uma outra medida menos gravosa ao acusado que possa alcançar o mesmo fim colimado.

Suzana de Toledo Barros, a respeito da adequação, leciona que:

“[...] o juiz, por ocasião do controle de uma medida legislativa com repercussão na esfera de liberdade do cidadão, em um primeiro passo, procura deduzir a razão de tal intervenção. Desde que tal fim esteja contido entre aqueles que a legitimam, ou, em outras palavras, desde que esteja o legislador autorizado a proceder a restrições naquela situação, deve o magistrado examinar se a medida restritiva é apta a atingir o fim pretendido.”¹⁴

A medida é adequada diante da inexistência de outro meio para atingir o fim almejado quando se decreta a prisão preventiva para garantir a ordem pública ou por conveniência da instrução criminal.

3.1 Necessidade

O subprincípio da necessidade ou exigibilidade faz com que seja analisado se o cerceamento do acusado do convívio da sociedade é realmente necessário ou indispensável.

“O pressuposto do princípio da necessidade é o de que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa.”¹⁵

“É a escolha do meio menos pernicioso aos interesses constitucionalmente tutelados. Seria a máxima “dos males, o menor” pois, através desse elemento, se busca a menor ingerência nos direitos fundamentais”¹⁶

Pode-se afirmar que o princípio da necessidade traz implícito o da adequação. Por conseguinte, é necessário o que é adequado.

A prisão é medida que deve ser adotada como última opção. Todas as possibilidades devem ser analisadas, a relação meio-fim deve estar presente para justificar a adoção da medida.

A prisão preventiva torna-se necessária se o acusado der indícios de que pretende se furtar a cumprir eventual pena a ser aplicada. Sendo assim, a sua permanência solto até a decisão final tornar-se-á inviável.

3.2 Proporcionalidade em sentido estrito

Por vezes, um juízo de adequação e necessidade não basta para se fazer a devida justiça. Pode acontecer que, diante de um caso concreto, depois de analisar o meio mais adequado, indispensável para atingir um determinado fim, se depare com dois bens jurídicos de importâncias equivalentes. Seria a colisão de direitos.

No momento da decretação da medida restritiva da liberdade, há que se verificar qual bem jurídico, a liberdade do acusado ou a proteção da sociedade, deve se sobrepor ao outro. O magistrado deve observar o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera de um dos direitos fundamentais do homem, a liberdade.

“A proporcionalidade em sentido estrito importa na correspondência (*Angemessenheit*) entre meio e fim, o que requer o exame de como se estabeleceu a relação entre um e outro, com ‘sopesamento’ (*Abwägung*) de sua recíproca adequação, colocando, de um lado, o interesse no bem-estar da comunidade, e, de outro, as garantias dos indivíduos que a integram, a fim de evitar que se beneficie demasiadamente um em detrimento do outro.”¹⁷

Não é razoável adotar-se uma medida privativa de liberdade, se a restrição à liberdade for desproporcional ao bem protegido, levando-se em conta que, ao final do processo, a pena a ser imposta será menos grave.

Exemplificando, teríamos os crimes de menor potencial ofensivo, as contravenções, os crimes apenados com detenção, os delitos culposos.

“Se o acusado é condenado a regime aberto, ou mesmo a semiaberto ou fechado, mas com reconhecimento do direito a *sursis*, a prisão provisória torna-se desproporcional, devendo ele ser posto em liberdade.”¹⁸

As vantagens da medida adotada devem superar os sacrifícios. Envolvem uma análise da relação custo-benefício da medida limitadora, ponderando-se os danos causados em relação aos benefícios auferidos.

Pode-se afirmar que a adequação e a necessidade são verificadas diante das possibilidades fáticas, e a proporcionalidade em sentido estrito é verificada com base nas possibilidades jurídicas.

Os três subprincípios devem ser analisados concomitante-

mente, e estando ausente ou insatisfeito qualquer deles, a medida passa a ser desproporcional, portanto não deve ser admitida.

O princípio da proporcionalidade revela-se um princípio jurídico fundamental, “um verdadeiro *topos* argumentativo, ao expressar um pensamento aceito como justo e razoável de um modo geral, de comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas”. Guerra Filho vai além, ao afirmar que o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado “não só no Direito em seus diversos ramos como também em outras disciplinas, sempre que se tratar da descoberta do meio mais adequado para se atingir determinado objetivo”¹⁹.

A aplicação da prisão cautelar não pode ser aplicada de maneira discricionária, autoritária, sem observar requisitos e pressupostos exigidos pela legislação ordinária, os princípios da presunção de inocência e da proporcionalidade. É condição fundamental a observância de tais princípios, sob pena de a custódia se tornar uma antecipação de pena, abusiva, injustificável, portanto, inadmissível sob o ponto de vista jurídico, moral e justo.

Ao juiz não cabe desobedecer a ordem jurídica, e sim interpretá-la, de maneira a resolver a lide submetida à jurisdição de forma clara, com razão, aqui entenda-se com bom *sensu*, buscando alcançar o melhor modo de distribuir a justiça. 

REFERÊNCIAS

- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.
- DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio do século XXI: O minidicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- _____. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. O princípio da proporcionalidade no Direito Penal Econômico. In: *Temas de direito penal econômico / organizador Roberto Podval*. São Paulo: RT, 2000.
- MARTY, Mireille Delmas. *Procesos penales de Europa*. Trad. Pablo Morenilla Allard. Zaragoza: Editorial Edijus, 2000.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- SOUZA, Antônio Francisco. Actuação policial e princípio da proporcionalidade. In: *Revista do Ministério Público*, ano 19, nº 76, outubro-dezembro, 1998.
- VALESCHKA E SILVA BRAGA, *Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004.

NOTAS

- ¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 56.
- ² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Proposta de teoria fundamental do direito constitucional*. Tese apresentada ao Departamento de Direito do Estado – Área de Direito Constitucional – da Universidade de São Paulo para Concurso Público para o cargo de Professor Titular em setembro de 2005, p. 15.
- ³ Idem, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2005 p. 57.
- ⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994 p. 450-451.
- ⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996 p. 247.
- ⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2005 p. 80-81.
- ⁷ Idem, *Ibidem*, p. 104.
- ⁸ SOUZA, Antônio Francisco. Actuação policial e princípio da proporcionalidade. In: *Revista do Ministério Público*, ano 19, nº 76, outubro-dezembro, 1998 p. 44.
- ⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001 p. 219.
- ¹⁰ Idem, *ibidem*, p. 219
- ¹¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 28.
- ¹² No Direito alemão é utilizado o termo *princípio da proporcionalidade, proibição de excesso ou vedação de excesso*, já no Direito norte-americano é utilizada a terminologia *princípio da razoabilidade*.
- ¹³ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. O princípio da proporcionalidade no Direito Penal Econômico. In: *Temas de direito penal econômico / organizador Roberto Podval*. São Paulo: RT, 2000 p. 290.
- ¹⁴ BARROS, Suzana de Toledo. *ob. cit.*, p. 77.
- ¹⁵ Idem, *Ibidem*, p. 79.
- ¹⁶ VALESCHKA E SILVA BRAGA. *Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 87.
- ¹⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *ob. cit.*, p. 28.
- ¹⁸ DELMANTO JUNIOR, Roberto. *ob. cit.*, p. 404.
- ¹⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *ob. cit.*, p. 102.

A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

José Mota Filho

Desembargador aposentado do TJERJ

Todos sabem que o Direito é uma ciência humana extremamente controversa e que os conflitos entre as partes estão sujeitos às decisões dos juízes e tribunais, por meio de sentenças e acórdãos fundamentados.

As partes derrotadas pelas sentenças dos juízes, naturalmente, não se conformam com a decisão adversa e recorrem aos tribunais, observando o princípio denominado “duplo grau de jurisdição”.

O recurso de apelação é julgado por Câmaras ou Turmas integradas por desembargadores, que podem não conhecer o recurso por ausência de requisitos intrínsecos e extrínsecos, negar-lhe ou dar-lhe provimento, unânime ou parcialmente.

Os cientistas do Direito, no anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil em discussão no Congresso Nacional, introduziram uma inovação no recurso de apelação, determinando a condenação em sucumbência, multas e litigância de má-fé na hipótese de confirmação unânime da sentença.

A experiência demonstra que há grande acúmulo de serviços nos tribunais e que as sentenças, em sua grande maioria, porque de boa qualidade técnica, são confirmadas unanimemente pelos desembargadores, que assim estariam reconhecendo nela a presença do fundamento da decisão exigida pela Constituição Federal.

Em vez da inovação introduzida no anteprojeto para desafogar os tribunais, poder-se-ia, talvez, adotar uma política realista, de modo simples, extinguindo a lavratura de acórdãos quando confirmarem as sentenças integralmente e sem votos discrepantes. A decisão está fundamentada, como exige a Constituição Federal, pela sentença confirmada unanimemente pelo acórdão, dispensando a perda de tempo com a repetição do óbvio, ainda que com outras palavras, tão ao gosto dos juristas.

Os julgamentos continuariam sendo realizados em sessões públicas, com os direitos garantidos aos advogados no exercício da sua nobre profissão, sem afetar a discussão da matéria entre os desembargadores.

A aplicação de penalidades proposta no anteprojeto acabará criando outro litígio, gerando mais incidentes nos processos e indispondo magistrados e advogados. Os prejuízos alcançariam as instituições, o que também causaria demora ao término do processo.

É claro que a dispensabilidade dos acórdãos nos exemplos cogitados não elimina a importância da demonstração de cultura e saber jurídico dos estudiosos do Direito, que terão outras



oportunidades para fazê-lo em questões controversas. O trabalho inútil, que implica o uso de outras palavras no acórdão para dizer que a sentença fez justiça às partes, deve ser evitado.

Ganharão todos. O Estado não precisará aumentar sua máquina judiciária. Os juízes aprimorarão as sentenças. Os desembargadores terão mais tempo para estudar as causas tormentosas que chegam de forma intensa aos seus gabinetes, permitindo-lhes, também, ler memoriais e atender os advogados.

É necessário, todavia, advertir que não se estimula a preguiça mental do julgador. Nem a questão envolve a advocacia em causa própria.

Outro aspecto interessante do anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil diz respeito à eliminação do recurso de embargos infringentes previstos na lei vigente. Dispensado o acórdão em decisões unânimes, seria razoável que o legislador mantivesse os embargos infringentes para os casos em que a sentença do juiz, mesmo revista, por maioria de votos, tivesse o prestígio de um dos votos dos três desembargadores. A hipótese sugere a ideia de um empate (2 x 2) na decisão da causa, ainda que entre julgadores de instâncias distintas, mas todos conhecedores do Direito.

Nessas condições, outra Câmara, por meio do voto de cinco desembargadores, poderia reexaminar a matéria. O recurso de embargos infringentes é de fácil processamento e daria mais segurança ao cidadão, que dificilmente conseguirá bater às portas do STJ ou do STF.



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 pelo seu desenvolvimento. **A todos que acreditaram nesse sonho, nosso muito obrigado.**

BRASIF MÁQUINAS **BRASIF** *Rental* **BRASIF** IMOBILIÁRIA **BRASIF** INVESTIMENTOS **BRASIF** AGRONEGÓCIO

TRACENDORA
Mata Velha
FABRIL DE QUALIDADE



GENEAL
Genética e Biotecnologia Animal

LOUNGERIE

Brasif Social
2008

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 IX • CEP 20010-026 • AV. C. B. 1176-TRAB
RIO DE JANEIRO • SÃO PAULO • BRASÍLIA



WWW.F.T.R.COM.BR