

JUSTIÇA & CIDADANIA[®]

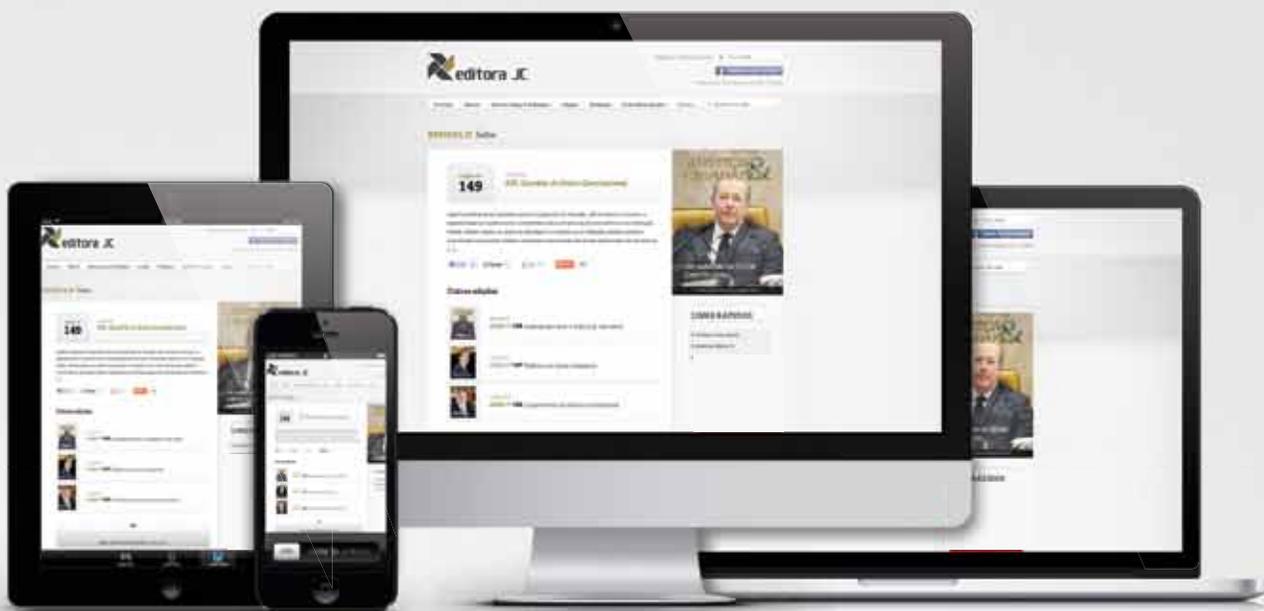
Edição 152 • Abril 2013

Ministro Arnaldo Esteves Lima | Corregedor-geral da Justiça Federal

LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO: CASO CONCRETO

Editorial: Miserável hipocrisia

Sempre ao seu alcance



www.editorajc.com.br



Siga-nos:



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



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

**JUSTIÇA &
CIDADANIA**

Sumário



Foto: SC00/STJ

8 Lei de Acesso à Informação: caso concreto

- 6 Editorial – *Miserável hipocrisia*
- 13 A derrota da razão
- 19 PEC 209 busca dar celeridade aos processos do STJ
- 20 Grande juiz, grande jurista
- 22 A proteção legal do fundo empresarial: evolução e “*ratio essendi*”
- 25 Homenagem de carinho e dedicação
- 26 O princípio da territorialidade e os ofícios de registro de títulos e documentos
- 32 Em foco – *Relações de trabalho: enquanto a reforma não vem*
- 36 Precatórios: a decisão do Supremo Tribunal Federal
- 38 Sinergias entre as Agências Reguladoras e o meio ambiente
- 46 Uso da faixa de domínio – não onerosidade para agente do setor elétrico
- 50 A inelegibilidade por rejeição de contas e seus limites
- 54 Num certo país-do-faz-de-conta
- 56 Concessões pela menor tarifa ou pela menor tarifa possível?
- 58 O verdadeiro sentido do princípio da isonomia



Foto: Gil Ferreira/ABR

- 14 E por falar em mulher



Foto: Arquivo pessoal

- 16 Alguns são mais iguais que os outros



Baixe o leitor de QR code em seu celular e aproxime o aparelho do código ao lado.

Conselho Editorial

Bernardo Cabral
Presidente

Orpheu Santos Salles
Secretário

Adilson Vieira Macabu

Humberto Martins

André Fontes

Ives Gandra Martins

Antonio Carlos Martins Soares

Julio Antonio Lopes

Antônio Souza Prudente

José Carlos Murta Ribeiro

Ari Pargendler

José Geraldo da Fonseca

Arnaldo Esteves Lima

Lélis Marcos Teixeira

Aurélio Wander Bastos

Luis Felipe Salomão

Benedito Gonçalves

Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Carlos Antônio Navega

Luís Inácio Lucena Adams

Carlos Ayres Britto

Luis Roberto Barroso

Carlos Mário Velloso

Luiz Fux

Cesar Asfor Rocha

Marco Aurélio Mello

Cláudio dell'Orto

Marcus Faver

Dalmo de Abreu Dallari

Massami Uyeda

Darci Norte Rebelo

Maurício Dinepi

Edson Carvalho Vidigal

Mauro Campbell

Eliana Calmon

Maximino Gonçalves Fontes

Enrique Ricardo Lewandowski

Nelson Tomaz Braga

Erika Siebler Branco

Ney Prado

Ernane Galvêas

Roberto Rosas

Eros Roberto Grau

Sergio Cavalieri Filho

Fábio de Salles Meirelles

Siro Darlan

Fernando Neves

Sylvio Capanema de Souza

Gilmar Ferreira Mendes

Tiago Salles

Henrique Nelson Calandra

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

www.fotosaas.com.br



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

Jornal do Commercio

Miserável hipocrisia

*“Panis et circenses”
do Coliseu romano*

Enquanto na Constituição Federal são garantidos aos cidadãos os direitos sociais, saúde, educação, moradia, assistência à família, aos idosos, crianças e adolescentes, defesa do meio ambiente, infelizmente, o que se constata na realidade é que esses direitos constituem uma fantasia e uma cruel hipocrisia, a enganar e engabelar os necessitados que pervagam por esse Brasil afora, desassistidos, miseráveis e a morrer de doenças, sede e fome.

No nordeste, o quadro de miséria, que ocorre com a seca, visto nos jornais e televisão, dói na alma e no coração: são crianças raquíticas e velhos decrepitos que se transformaram em mulambos humanos e que, além da própria desgraça, perderam tudo que possuíam e veem acobardados o que restou dos campos e quintais da

pequena propriedade devastados com as criações mortas, esqueléticas e ressecadas.

Temos que reconhecer os esforços e providências sociais que vêm sendo promovidos em todo o País pela presidenta Dilma, através dos planos de assistência com a entrega de pequenas bolsas financeiras, que minoram um pouco a miséria desses milhões de infelizes brasileiros, abandonados e relegados à triste desgraça em que vivem.

Entretanto, essas migalhas que o governo federal vêm concedendo é pouco, é irrelevante, diante das necessidades da parcela miserável da Nação que recebem esse benefício, que se contrapõe absurdamente aos gastos bilionários e mirabolantes que vêm sendo feitos em obras faraônicas, irresponsáveis, dispensáveis e até criminosas além de altamente desumanas.



O que comumente se constata nos hospitais e postos de saúde é a visão da cruel desumanidade com doentes deitados em macas, espalhados e amontoados nos corredores, deitados no chão, desprezados e inclusive sem atendimento, o que demonstra a irresponsabilidade, o pouco caso e a absoluta falta de atenção aos desgraçados que necessitam de auxílio médico e hospitalar.

O triste relato acima é o retrato da insensibilidade dos governos e inclusive também da sociedade, que aceita acomodada, omissa, indiferente ao que acontece à vista de qualquer e todos, que conhecem e sabem do sofrimento por que passam os infelizes e desgraçados doentes e suas carentes famílias, que desprezadas não têm a quem recorrer.

É incompreensível, inadmissível e inaceitável a chocante insensibilidade de todos quantos têm conhecimento da situação cruel e desesperadora da população carente, principalmente no nordeste, que ultrapassa mais de vinte milhões de réprobos, nossos irmãos, que vivem desafortunados por esses grotões doentes, com fome e sede, além daqueles que pervagam pelo imenso Brasil, desorientados e entregues à sua miserável desgraça.

Os absurdos vinte e cinco bilhões de reais, ou mais, que estão sendo gastos nababescamente com magnificência, incrível suntuosidade e espantosa ostentação, dispendidos em razão e pelo fato da escolha da realização dos jogos futebolistas e olímpicos no Brasil, cuja comemoração na ocasião, em Paris, foi feita com grande estilo e exuberante festividade e alegria pelos governantes (Lula, Cabral, Paes e próceres esportivos) demonstra a irresponsabilidade governamental, deixando de assistir às populações pobres, aflitas, desgraçadas e desesperadas com a falta de assistência médica e hospitalar, que vivem em triste e cruel situação da miséria, apesar de gozarem do exercício de todos os direitos individuais e sociais que a Constituição garante.

Enquanto essa incúria e desprezo público acontecem com esse povo desprotegido e ao abandono da própria sorte, a Nação se obriga, pelos compromissos inconsequentes e irresponsavelmente assumidos, a arcar com os vultosos gastos desses inoportunos e despropositados entretenimentos sociais. No último editorial, edição de março, trouxe à lembrança a figura do filósofo francês Stéphane Hessel, falecido no dia 26 de fevereiro último, meu contemporâneo, ativo, lúcido e indignado com as almas adormecidas que estão empobrecendo a aventura humana sobre a Terra, e que há três anos lançou o manifesto *Indignai-vos!*, que



Foto: Sandra Fado

serviu de inspiração para o movimento Indignados que se espalhou pela Europa em crise. Foi um chamamento à responsabilidade, um repúdio aos que questionam a proteção aos desvalidos. É uma aula de história e de coragem dos que resistiram ao nazismo e salvaram o mundo de um futuro de trevas.

Repensando nas lutas que Hessel engendrou, motivando os grandes protestos, relembramos com saudade a participação do grande movimento realizado com a passeata em 1968, no Rio de Janeiro, dos cem mil protestando contra a ditadura, do movimento das diretas em 1980, que levou o povo às praças em todo o Brasil exigindo eleições, e em 1992, quando a juventude veio às ruas, com a cara pintada, inflamando a população contra o ex-presidente Collor, que terminou por ser escorraçado do governo.

Que a manifestação de Stéphane Hessel, contra os contrastes aberrantes que motivaram a indignação e resistência na Europa, produza resultados no Brasil.


Orpheu Santos Salles
Editor



Foto: STJ

Lei de Acesso à Informação: caso concreto

Arnaldo Esteves Lima

Ministro do STJ
Corregedor-geral da Justiça Federal
Membro do Conselho Editorial

Antes do advento da Lei 12.527/11, tive a oportunidade de ser relator do Mandado de Segurança 16.903/DF, impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça por uma empresa de multimídia e um jornalista pretendendo obter informações acerca de dispêndios públicos, relativos a determinado período, de órgãos federais da administração direta e indireta.

Embora a superveniência da referida lei possa ter diluído, em tese, o interesse na matéria, os seus aspectos constitucionais e legais permanecem relevantes pelo interesse público subjacente. Por essa razão, tomo a liberdade de reproduzir o voto que proferi:

1 – Postulam os impetrantes, em síntese, conforme item 32 da inicial, que se determine à autoridade impetrada que lhes forneça “os dados relativos aos valores gastos pelos órgãos da administração direta e indireta, federais, nos anos 2000 a 2010, e no atual, com publicidade e propaganda, discriminando-os por veículo de comunicação, nos termos do item c do requerimento formulado (doc. 4)”.

1.1 – Em resposta, no item 4 do doc. 5 (fl. 25e), a autoridade impetrada recusou-se a disponibilizar tais valores, na forma pretendida, “para preservar a estratégia de negociação de mídia promovida anualmente pela SECOM com esses veículos. Desnudar esses valores contraria o interesse público, uma vez que implicará a perda de capacidade de negociação da Administração e pode resultar em prejuízo ao erário por dificultar a obtenção de melhores preços na contratação de mídia”.

2 – Sobreveio a presente ação. Os impetrantes – empresa jornalística e jornalista, respectivamente – fundamentam seu pleito, em substância, nos seguintes preceitos da CF:

Art. 5º

(...)

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

(...)

XXXIII – todos têm direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, **ressalvadas aquelas, cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;**

Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade moralidade, **publicidade** e eficiência e, também, ao seguinte: (EC nº 18/98, EC nº 19/98, EC nº 20/98, EC nº 34/2001, EC nº 41/2003, EC nº 42/2003 e EC nº 47/2005)

(...)

§ 3º – A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

(...)

II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

Art. 220 – A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, **não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.**

§ 1º – Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XVI. (Grifamos)

3 – Há liquidez e certeza, pois a prova é preconstituída, apoiada em documentos. O ajuizamento ocorreu antes de expirado o prazo de 120 dias, a que se refere o art. 23 da Lei 12.016/99. A controvérsia é quanto à matéria de direito, o que não afasta a via mandamental, conforme Súmula 625/STF.

4 – É plausível, razoável, jurídico, legítimo mesmo, que os impetrantes, cujo labor essencial é bem informar à população, busquem, perante órgãos públicos como fontes, dados existentes, em tese relevantes, que lhes permitam fazê-lo. Na outra face, a regra da **publicidade**, que deve, necessariamente, permear a ação pública, não só recomenda mas, determina mesmo, que a autoridade competente disponibilize à imprensa e a seus profissionais, sem discriminação, informações e documentos, não protegidos pelo sigilo, que é excepcional, dando fiel cumprimento a tão relevante princípio constitucional, republicano.

4.1 – Na espécie, partindo do contexto normativo constitucional, em particular os preceitos transcritos, não há como, juridicamente, escamotear o direito líquido e certo dos impetrantes. As informações e valores que pretendem são de nítido interesse coletivo, não se fazendo, outrossim, presentes as exceções que visam resguardar a segurança da sociedade e do Estado, conforme inscrito na parte final do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal.

4.2 – Aliás, cogentemente, o § 1º do art. 220 da Constituição Federal prescreve: “Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”.

5 – Por sua vez, a motivação apresentada pela autoridade impetrada, para não atender à alínea “c” (fl. 23e, doc. 4), insere em sua resposta (fl. 25e, doc. 5) aos impetrantes – “preservar estratégia de negociação”, ou seja, obter melhores preços –, por mais relevante que seja, é inconsistente, todavia, sob o prisma jurídico, com toda vênua, para excluir o dever primário, básico, fundamental, de disponibilizar ao público, à cidadania, à imprensa, tais gastos efetuados pelos entes administrativos, com publicidade.

5.1 – Note-se que o Decreto 6.555/08, que dispõe sobre as ações de comunicação do Poder Executivo, expressivamente, dentre as diversas diretrizes que enumera, a serem cumpridas, insere a “afirmação dos valores e princípios da Constituição”. Deixar de atender pleito como o presente, atrita, claramente, com tal desiderato, vulnerando garantias e princípios contidos na Constituição Federal, conduta que não deve ser prestigiada, com todo respeito.

6 – Quanto à atribuição da SECOM, para o fim, tal

resulta da Lei 10.683/03, art. 2º-B, inciso V, que estabelece competir-lhe assistir direta e imediatamente ao Senhor Presidente da República no desempenho de suas atribuições, especialmente “na coordenação, normatização, supervisão e controle da publicidade e de patrocínios dos órgãos e das entidades da administração pública federal, direta e indireta, e de sociedades sob controle da União” (incluído pela Lei 11.497/07).

6.1 – Assim, mesmo as empresas públicas e sociedades de economia mista federais, não obstante o que se contém no art. 173 e segs. da Constituição Federal, submetem-se à centralização, perante a SECOM, quanto a suas publicidades, inclusive mercadológicas.

7 – Os motivos aventados pela autoridade coatora, para não atender à pretensão feita administrativamente – “preservar estratégia de negociação de mídia” e que “desnudar esses valores contraria o interesse público” (fl. 26e, item 4) –, não têm respaldo jurídico, *data venia*. Ao contrário, sabendo-se que milita em favor dos atos administrativos a presunção de legitimidade e que a regra é dar-lhes a mais irrestrita transparência – sendo, ainda, as contratações precedidas das exigências legais, incluindo-se licitações –, nada mais lícito e consentâneo com o interesse público divulgá-los ou disponibilizá-los para a sociedade, cumprindo, fidedignamente, a Constituição Federal e mesmo a legislação ordinária, que assim preconizam, v.g. Lei 9.784/99, art. 2º e seguintes.

7.1 – Embora despiciendo, lembre-se que, sob o influxo da denominada **teoria dos motivos determinantes**, de há muito sedimentada pelo nosso Direito Administrativo, quando eles se divorciam da realidade fático-jurídica, na prática ou não prática do ato administrativo, este ficará viciado, nulo de pleno direito ou anulável, conforme a natureza absoluta ou relativa do vício, competindo ao Judiciário, caso provocado, observado em todo o seu contexto e alcance o devido processo legal, restaurar a supremacia do direito violado. No caso, os motivos apontados como determinantes da não disponibilização, por veículo de comunicação, dos valores gastos com publicidade divorciam-se, inteiramente, de nossa ordem jurídico-constitucional, não devendo subsistir, pois violam preceitos fundamentais, suficientes em si mesmos, de aplicabilidade direta e imediata, tal como se lê no § 1º do art. 5º da Constituição Federal.

8 – Com absoluta pertinência, em seu alentado voto na ADPF 130/DF, que declarou não recepcionada pela atual Constituição Federal, a Lei 5.250/67 (famosa Lei de Imprensa), o eminente Ministro AYRES BRITTO, Relator, consignou, expressivamente, em parte da ementa:

A Constituição reservou à imprensa todo um bloco normativo, com o apropriado nome “**Da Comunicação Social**” (Capítulo V do Título VIII). A imprensa como

“Além disso, o direito fundamental de acesso à informação é também reconhecido por organismos da comunidade internacional, dos quais o Brasil faz parte, como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Americanos (OEA). Tudo a refletir o comprometimento de nosso país com o ideal democrático.”

plexo ou conjunto de “atividades” ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de *per se* e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Pelo que ela, Constituição, destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Entendendo-se por pensamento crítico o que, plenamente comprometido com a verdade ou essência das coisas, se dota de potencial emancipatório de mentes e espíritos. O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de expressão jornalística e liberdade de imprensa, rechaçando de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como o mais evoluído estado de civilização.

8.1 – Em última *ratio*, o que desejam os impetrantes, com os dados de fato pretendidos, é viabilizar, no particular, o cumprimento de sua tarefa, que tem especial assento na Carta Magna, de examinar o respectivo conteúdo e, com fidelidade, bem informar à comunidade Nacional, credora definitiva das informações de interesse ou mesmo utilidade pública.

9 – Peço licença para reportar-me, ainda, ao substancioso parecer emitido pelo ilustre Dr. ANTONIO FONSECA, Subprocurador-Geral da República (fls. 150/166), que abordou, analiticamente, “A Segurança do Estado e da Sociedade: limites ao acesso”, as “Razões da Recusa”, “Informação por meio de certidão”, “Direito à informação: a força dos precedentes”, “O alcance da Lei 12.232/10

(art.16)”, “O dever de transparência na Lei de Finanças”, “A competência da SECOM”, “O argumento do interesse privado”, “A filosofia do governo aberto”, afastando, ao cabo de contas, convincentemente, todos os óbices levantados pela autoridade impetrada, para não atender o pretendido.

Referido parecer ficou assim ementado:

CONSTITUCIONAL.ADMINISTRATIVO.MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO À INFORMAÇÃO. DOCUMENTO PÚBLICO. ACESSO. GASTOS DE PUBLICIDADE E PROPAGANDA. 1 – Para o exercício do direito à informação (CF/1988, art. 5º, XXXIII), não se exige que os dados contidos em documento público sejam fornecidos sempre com precisão e sob a forma de certidão. 2 – De acordo com o art. 6º, incisos I, VI, VIII e IX, do Decreto Federal nº 6.555/2008, e documentado nos autos (Acordo de Cooperação Técnica), a autoridade impetrada detém a competência para fornecer as informações solicitadas pelos impetrantes. 3 – Permite-se acesso a documento público inclusive para atendimento de interesse particular. Essa franquia reflete a filosofia do “governo aberto” (*Open Government Partnership*), com a qual o Governo da Presidente Dilma está comprometido. 4 – Conforme o art. 5º, XXXIII, e o art. 37, § 3º, II, da CF/1988, as únicas limitações ao acesso a documentos públicos de interesse particular ou de interesse coletivo ou geral são constituídas por dados e informações consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado, ou que digam respeito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. A preservação de estratégia de negociação de mídia com os veículos de comunicação não se enquadra em qualquer das limitações acima. 5 – Parecer pela concessão da segurança.

Por oportuno, cumpre transcrever os seguintes trechos do parecer ministerial (fls. 155/164e):

Razões da recusa

Por outro lado, nota-se um conflito de posicionamentos a respeito de a autoridade impetrada dispor ou não das informações requeridas pelos impetrantes.

Nesse sentido, no Ofício nº 58/2011/GAB/SECOM-PR (fls. 25/26), apontado como coator, a autoridade impetrada não nega que disponha os dados, mas busca justificar o seu não fornecimento. Porém, ao prestar informações nos autos, assevera tanto não deter competência legal para fornecê-los, como não dispor dos referidos dados.

.....
Extraí-se dos autos que a autoridade impetrada dispõe dos dados requeridos, mas se recusa a fornecer cópia deles sob o argumento de não serem exatos, já que consistem em pedidos de inserção (PI), que não equivalem precisamente aos valores efetivamente gastos discriminados por veículo de comunicação.

Nessa situação, nada impede que a autoridade impetrada os forneça sob a ressalva de que não correspondem precisamente aos gastos efetivos em questão, sobretudo porque sobre eles não recai nenhum tipo de sigilo exigido pela Constituição da República, como já explanado.

A competência da SECOM

Além disso, a competência da SECOM para fazer o controle ou manter registros relativos aos valores totais gastos por todos os órgãos das Administrações Direta e Indireta do Governo Federal pode ser deduzida do disposto no art. 6º, incisos I, VI, VIII e IX, do Decreto Federal nº 6.555/2008, ainda que a SECOM disponha apenas dos pedidos de inserção, sem relação necessária com os gastos efetivos.

A propósito, os impetrantes fizeram expressa referência, em seu requerimento, ao fato de que as informações e os dados requeridos estariam contidos em relatórios anuais produzidos pelo IAP para a SECOM (fl. 24), em atendimento a Acordo de Cooperação Técnica entre essas entidades, que prevê expressamente tal encargo (fls. 84/85).

Com efeito, considerando-se que os referidos relatórios foram produzidos e remetidos para a SECOM, para o cumprimento de suas específicas atribuições, fica afastado qualquer interesse jurídico por parte de outras entidades da Administração Indireta do Governo Federal, sendo desnecessário dar-lhes ciência da tramitação do presente *mandamus*.

Em síntese, pelo inciso X, art. 5º, são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas; pelo XXXIII, também há proteção às informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Afora tais exceções, a regra é a publicidade irrestrita, tal como vimos dos dispositivos transcritos e, ainda, do art. 93, IX e X, da mesma Carta Magna, aqui, especificamente quanto às

decisões do Judiciário, inclusive no campo administrativo.

Há de prevalecer, portanto, no caso, a regra geral da publicidade e acessibilidade às informações, legitimamente pretendidas pelos Impetrantes, o que se sintoniza com a norma do art. 5º, da LICC (atual LINDB), segundo a qual “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Ora, a observância do princípio da publicidade pela administração, insere-se no seu fim social e atende ao bem comum, pois “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” – parágrafo único, do seu art. 1º.

Logo, visando a pretensão a obter elementos de fato que permitam fazer reportagem a respeito, a qual se destina ao povo, pois se trata de jornal, nada mais coerente que se atenda a tal pleito, em face das franquias constitucionais arroladas. Gize-se, aliás, que em 18/11/11 foi publicada a Lei 12.527, dispondo sobre acesso a informações previsto nos arts. 5º, XXXIII, 37, § 2º, II e 216, § 2º, todos da CF, a qual, respeitadas as exceções já apontadas, abre e determina ampla publicidade aos atos dos Poderes Públicos, em todas as unidades federativas, órgãos diretos e indiretos, de tal modo que, penso mesmo que este *mandamus* não mais se justificaria, porque despedido de interesse processual, pois administrativamente deveria ser atendido o pleito. No entanto, após intimadas, a autoridade impetrada e a UNIÃO apresentaram impugnação reiterando a inviabilidade do pedido dos impetrantes, o que motiva, ainda, o interesse no julgamento deste *writ*.

Ante o exposto, **concedo a segurança**, nos termos do pedido (fl. 13e, itens 32/33), devendo a autoridade impetrada, em prazo razoável, não superior a 30 dias, cumprir esta decisão. Custas na forma da lei. Honorários indevidos, conforme Súmula 105/STJ.

É o voto.

Observe-se que o recurso teve seu julgamento iniciado em 27/6/12 e concluído em 14/11/12. O *writ* foi concedido pela Primeira Seção do STJ, à unanimidade. Houve, no entanto, a oposição de embargos de declaração, que foram impugnados e se encontram pendentes de julgamento.

Releva notar, por fim, que o Brasil participa da *Open Government Partnership* (OGP) ou “Parceria para Governo Aberto”, que é uma iniciativa internacional cujo objetivo é assegurar compromissos governamentais concretos nas áreas de promoção da transparência, combate à corrupção, participação social e estímulo ao desenvolvimento de novas tecnologias. Além disso, o direito fundamental de acesso à informação é também reconhecido por organismos da comunidade internacional, dos quais o Brasil faz parte, como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Americanos (OEA). Tudo a refletir o comprometimento de nosso país com o ideal democrático. 

A derrota da razão

Luís Roberto Barroso

Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ
Procurador do Estado do Rio de Janeiro
Membro do Conselho Editorial

O Estado do Rio de Janeiro, por decisão política do governador Sergio Cabral, vai ao Supremo Tribunal Federal questionar o novo regime jurídico dos royalties do petróleo. Como é notório, o Congresso Nacional vem de derrubar o veto da Presidenta da República, Dilma Roussef. Diante disso, entrará em vigor lei que é gravemente prejudicial aos Estados produtores, sobretudo o Rio de Janeiro, responsável por mais de 80% da produção nacional de petróleo. O impacto sobre as finanças do Estado é devastador.

Há no episódio, porém, algumas perdas mais graves do que o prejuízo econômico. Perdas institucionais e morais. A primeira e mais evidente é a violação a diversos dispositivos da Constituição. De fato, nela se assegura o direito aos royalties como compensação aos Estados produtores por riscos ambientais, despesas com infraestrutura e necessidade de expansão dos serviços públicos. Os royalties, nos termos da Constituição, não têm uma finalidade redistributiva de rendas. Por certo, a União pode ajudar a quem quiser com a sua parcela dos royalties, mas não tem o direito de tirar recursos alheios.

Paralelamente à questão jurídica, há um problema ético, que é o dever de honrar compromissos. Quando da elaboração da Constituição de 1988, foi firmado um acordo entre os Estados. Os que eram produtores de petróleo abriam mão de cobrar o ICMS, que passou a ser pago no destino do produto, e não na origem, como é a regra geral. Em contrapartida, receberiam o valor correspondente aos royalties. Este foi o pacto federativo originário. A redução drástica dos royalties devidos aos Estados produtores, sem o restabelecimento do ICMS, constitui uma deslealdade federativa, o rompimento do que foi ajustado no momento da redemocratização e reconstitucionalização do país.



Pior que tudo, a nova lei pretende retirar dos Estados produtores royalties que são devidos por contratos de concessão celebrados de longa data. Trata-se de uma aplicação retroativa da lei, condenada pela Constituição e por todos os tribunais do mundo. Caberá ao STF restabelecer o primado da razão e da justiça, subitamente atropeladas pela aflição financeira e pelas paixões políticas.



E por falar em mulher

Eliana Calmon

Ministra do STJ
Membro do Conselho Editorial

No mês de março, quando se comemorou o Dia Internacional da Mulher, um artigo de jornal me chamou atenção. Tinha como título “Três Prioridades Globais para Mulheres e Meninas”.

O conteúdo do artigo ainda mais atenção me despertou: era do Presidente do Grupo Banco Mundial, Jim Young Kim, que após indagar “o que podemos fazer para acelerar o progresso?”, deu a resposta seguinte: “trabalhar em torno de três prioridades: 1) assegurar às mulheres as liberdades básicas; 2) executar as leis que combatem a violência contra as mulheres; e 3) aumentar significativamente as políticas públicas em favor das mulheres.”

As prioridades apontadas praticamente coincidem com as metas traçadas pela Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República, no balanço semestral de 2012, quando indicou como fatores preponderantes à obtenção da igualdade substancial do gênero: 1) participação da mulher na vida econômica, com abertura de oportunidades; 2) poder político para as mulheres; 3) educação e saúde; e 4) sobrevivência.

O que me chamou atenção é verificar estar o poder econômico atento para a questão da desigualdade, como fator de desequilíbrio social e econômico e concluir: depois de vinte anos a luta pela igualdade das mulheres deixou de ser preocupação apenas de movimentos feministas, vistos, em princípio, como barulho de mulheres ridículas, feias, velhas e mal amadas. Agora é uma questão econômica, trabalhada pelo Estado como imprescindível à democracia.

Não é demais recordar que ainda nos anos noventa, quando as mulheres brasileiras, incipientemente engajadas em movimentos feministas, preparavam material para apresentarem no Congresso Internacional de Mulheres em Beijing, na China, em 1995, pela primeira vez notaram ser o Poder Judiciário o único a não ostentar em seus postos de mando uma mulher. Constataram também que, dos três Poderes da República, era o único a adotar como ingresso

a mais democrática das formas: o concurso público, fator explicativo para um grande número de mulheres magistradas na base da pirâmide, muitas eram as mulheres juízas de primeiro grau. A presença se empalidecia na medida em que se ia galgando a hierarquia do Poder, até chegar aos Tribunais Superiores, cujo acesso se dava por escolha exclusivamente: nenhuma mulher nos Tribunais, só umas poucas nos Tribunais Intermediários e nenhuma no Supremo Tribunal Federal, a cúpula do Poder Judiciário.

A partir daí coube aos movimentos feministas exigir do Presidente da República fosse assinada uma Carta de Intenções, comprometendo-se a colocar representantes femininas na cúpula do Judiciário. Foi assim que cheguei, em 1999, como a primeira mulher a ocupar uma vaga no Superior Tribunal de Justiça e um ano depois ser nomeada a Ministra Ellen Gracie para o Supremo Tribunal Federal.

Contar esta história é importante por duas razões: para que sejam valorizadas as mulheres que estão à frente dos movimentos feministas, responsáveis diretas pela abertura dos caminhos que levam à igualdade, como também para que as mulheres, merecedoras do privilégio de estarem na cúpula, entendam não serem apenas os seus méritos a causa determinante do sucesso profissional.

Nesse ponto, é interessante observar que a alienação de algumas profissionais, inclusive dentro do Poder Judiciário, é deletéria para as próprias mulheres. Na tentativa de obterem as benesses de um poder ainda dominado pelos homens, assumem uma postura de subserviência pueril, passando a gozar da confiança daqueles que não querem ser incomodados no Poder. E na iminência de serem chamados à modernização, elegem mulheres não incômodas, mulherzinha boba e sem opinião própria, dando sequência a uma saga de dominação, agora fora de casa. Transportam para os umbrais das Cortes o poder de mando e domínio, em um jogo de faz de conta de quem não quer ser atrapalhado por mulher, mas também não quer ficar à margem da história. O que fazer: colocar mulheres



“Na tentativa de obterem as benesses de um poder ainda dominado pelos homens, assumem uma postura de subserviência pueril, passando a gozar da confiança daqueles que não querem ser incomodados no Poder.”

que não atrapalhem dóceis, educadas, comportadas e se possível trabalhadoras.

Não podemos, em hipótese alguma, abrir mão de nossa condição feminina, não podemos esquecer que chegamos ao empoderamento não apenas por qualidades próprias, mas em decorrência de um sem número de mulheres anônimas que lutaram pela igualdade, sem medo de serem ridículas, não podemos interromper o ciclo das lutas pela igualdade de tantas outras mulheres que ainda precisam ter condições de acesso aos direitos para serem substancialmente iguais.

O artigo de que citei no início concluía afirmando: “Nós, do Grupo Banco Mundial, continuaremos a impulsionar o progresso nessas áreas prioritárias. Conseguir a igualdade para mulheres e para meninas é um desafio enorme. No Banco Mundial, faremos tudo o que estiver ao nosso alcance para assegurar que estejamos na vanguarda”.

Pergunto então: “E você mulher profissional e bem sucedida, o que fez em favor de outras mulheres para atingir a igualdade?” Não basta ser mulher, é preciso mostrar porque se é mulher. 

Alguns são mais iguais que os outros

José Geraldo da Fonseca

Desembargador do TRT-1ª Região
Membro do Conselho Editorial

Em *A Revolução dos Bichos*, George Orwell conta a seguinte fábula: os bichos da Granja do Solar, cansados dos maus-tratos do proprietário Jones, resolvem fazer uma revolução e tomar o poder. Vencem a batalha e decidem escrever nas paredes do estábulo o decálogo da insurreição, que, dali por diante, regularia as suas vidas. Dentre as novas regras estava uma que dizia que “Todos os bichos são iguais”. Com o tempo, os porcos traem os ideais da causa e se tornam os novos tiranos, passando a castigar os colegas de um modo ainda mais cruel que antes. Desconfiados de que isso contrariava a regra de que todos os bichos eram iguais, os animais voltaram ao estábulo e ali estava a regra: “Todos os bichos são iguais”. Mas alguém, na calada da noite, acrescentara: “mas alguns são mais iguais que os outros”.

Por que tanto estardalhaço?

Com a aprovação da PEC nº 66/2012, que entra em vigor em 2 de abril, os empregados domésticos adquiriram 17 novos direitos trabalhistas e se aproximaram dos demais empregados privados. Mas aqueles ainda continuam mais iguais que eles.

A partir de agora, os empregados domésticos têm direito de trabalhar apenas 44 horas por semana. O que passar disso deve ser pago como hora extraordinária, com acréscimo mínimo de 50%. Dizer que “agora” os domésticos têm direito à semana de 44 horas é uma grande bobagem. Sempre foi assim. O inciso XIII do art. 7º da CF/88, que trata dos direitos sociais dos trabalhadores, dizia, já em 5/10/1988, que *todo* trabalhador tem direito à duração do trabalho normal não superior a 8 horas diárias

e 44 semanais. Se a regra constitucional não excepcionou o empregado doméstico, a duração do seu dia sempre foi de oito horas, e a da semana, de quarenta e quatro. O art. 58 da CLT, que é de 1º/5/1943, diz que a duração *normal* do trabalho para empregados em *qualquer atividade privada* é de oito horas diárias, desde que não seja fixado outro limite. A Lei nº 5.859, de 11/12/1972, que regula o trabalho doméstico, não fixou o módulo diário de trabalho do doméstico. Logo, a duração é de oito horas por dia. Sempre foi. A novidade, até aqui, é a remuneração do excesso como hora extra, e, para esses casos, e enquanto não houver percentual mais benéfico, o acréscimo será de 50%, como está no inciso XVI do art. 7º da Constituição Federal. Como o patrão doméstico vai controlar esse horário não é da conta do legislador. Se quiser, pode estabelecer o controle do ponto por meio de livro, impressão digital, fibra ótica, fotografia da íris. Pode até instalar um relógio de ponto na cozinha. Não importa. Mas o patrão tem de controlar o ponto de algum modo porque, segundo os arts. 57 e seguintes, da CLT, o ônus de provar que o empregado não fez hora extra é do patrão. A presunção, nesse caso, milita em favor do empregado e isso pode ser um problema em caso de alguma demanda trabalhista. Os registros de ponto, para terem validade num processo, têm de apontar horários verdadeiros (fuja daquele controle britânico, invariavelmente das 8 às 5 da tarde, de segunda a sexta, sem um minuto de atraso) e estar assinado pelas duas partes.

O intervalo de almoço deve ser no mínimo de uma hora e no máximo de duas. Se a empregada desfrutar de apenas meia-hora, alguns juízes mandam pagar a metade que falta, mas a maioria entende que a redução frustra o

propósito do intervalo e manda pagar tudo de novo, com acréscimo de 50% sobre a hora do almoço.

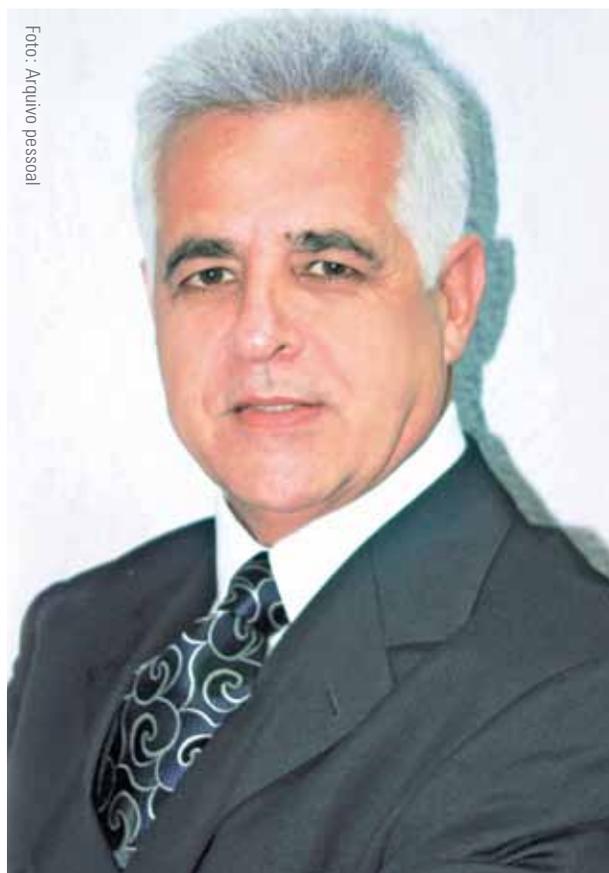
Segundo o art. 3º da Lei nº 10.208/2001, a inscrição do empregado doméstico no regime do FGTS é uma *faculdade* do patrão. Embora a PEC 66/2012 tenha estendido esse direito ao doméstico, ainda não há regulamentação. Será preciso aguardar um decreto a ser publicado pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

Direitos que já estão em vigor:

- Salário mensal nunca inferior ao mínimo por “mês cheio”, isto é, 220 horas trabalhadas;
- Proibição de descontos indevidos como uniformes, empréstimos pessoais etc (os legais e os autorizados continuam válidos);
- Proteção contra a retenção dolosa dos salários;
- Duração do trabalho não superior a 8 horas por dia e 44 horas por semana;
- Todo trabalho excedente de 8 horas ao dia ou 44 horas na semana é considerado extraordinário e deve ser pago com acréscimo de 50% sobre o valor da hora normal se não houver percentual mais benéfico;
- Redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;
- Reconhecimento dos acordos coletivos de trabalho;
- Proibição de admissão, promoção ou salário diferenciado em razão de sexo, idade, cor ou estado civil;
- Proibição de qualquer discriminação do trabalhador portador de necessidades especiais;
- Proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 anos e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, exceto aprendizes (14 anos);
- Férias de 30 dias corridos, com acréscimo de 1/3 (CLT, arts. 129 e seguintes);
- Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço;
- 13º salário (Lei nº 4.090/62)

Direitos que dependem de regulamentação:

- Seguro-desemprego (o §1º do art. 6º A da Lei nº 10.208/2001 defere esse benefício *apenas* ao empregado inscrito no regime do FGTS pelo patrão);
- Salário-família (o doméstico foi *expressamente excluído* desse benefício pelo art. 65 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991);
- Remuneração da hora noturna (até então não se falava em jornada de trabalho legal para os domésticos; segundo o art. 73, da CLT, trabalho noturno é o que vai das 22 horas de um dia às 5 horas do dia seguinte; a hora noturna tem duração de 52 minutos e 30 segundos e deve ser remunerada com acréscimo mínimo de 20% em relação ao valor da hora diurna);
- Assistência gratuita aos dependentes em creches e pré-escolas (art. 7º, XXV, da CF/88);



- Seguro contra acidentes de trabalho (CF/88, art. 7º, XVIII);
- Proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa e indenização compensatória (ADCT da CF/88, art.10, II).

Lembre-se:

- Não altere cláusula do contrato que já existe. Qualquer alteração somente pode ser feita em benefício do empregado;
- Não pague salário “por fora”, isto é, um valor na carteira e outro “na mão”;
- Não pague sem recibo;
- A empregada não é obrigada a acompanhar a família do patrão em férias em casa de montanha ou praia, salvo se isso já estiver acertado verbalmente ou por escrito desde a contratação;
- Não se deve fornecer à empregada declaração de que recebe salário maior do que o efetivamente pago para facilitar contrato de aluguel ou abertura de crediário. Em caso de ação trabalhista, esse documento serve de prova contra o patrão;
- Contrato de experiência (90 dias) tem de ser registrado na carteira e não pode ser prorrogado mais de uma vez. O TST entende haver estabilidade no emprego em caso de gravidez no contrato de experiência;

- O TST entende que só há vínculo de emprego se a doméstica trabalha mais de três dias na semana para o mesmo empregador; até três dias é considerada *diarista*;
- Caseiro, limpador de piscina, segurança domiciliar, cuidador de cachorro, motorista particular, piloto de lancha ou helicóptero, cuidador de pessoas, enfermeiro doméstico, acompanhante de idosos ou doentes e todos os que trabalham na casa ou em atividade do patrão que não explora atividade econômica são *domésticos*;
- Empregado em sítio de propriedade de empresas não é doméstico;
- Empregado perde a condição de doméstico se o patrão explora atividade econômica na casa e utiliza os seus serviços nessa atividade;
- Pedreiros, bombeiros e eletricitistas contratados para serviços ocasionais na residência *não são* domésticos nem têm vínculo de emprego;
- Doméstico tem direito a descanso em domingos e feriados;
- Salários devem ser pagos até o 5º dia útil subsequente ao mês trabalhado;
- “Vale”(adiantamento salarial) não tem previsão legal. Deve ser negociado entre a empregada e o patrão;
- A lei proíbe pagamento de salário por cheque, mas admite depósito bancário;



- O pagamento do salário deve ser feito mediante recibo diretamente à empregada;
- Uniformes não podem ser descontados;
- Pagamento com cigarros e bebidas alcoólicas é ilegal;
- A casa do caseiro ou o apartamento do zelador *não têm* natureza salarial;
- Duas empregadas na mesma casa não precisam receber o mesmo salário. As desigualdades de tempo e perfeição devem ser respeitadas;
- Empregada doméstica não pode fazer greve. Greve é um movimento *coletivo*;
- Descontos no salário são legais se o empregado causar prejuízo ao patrão por *dolo* (intenção deliberada de prejudicar) e se houver previsão no contrato de trabalho. Danos acidentais são riscos do negócio e devem ser suportados pelo patrão;
- Domésticos podem faltar até 2 dias consecutivos em caso de falecimento de cônjuge, ascendente, descendente, irmão ou pessoa que viva sob a sua dependência; até 3 dias consecutivos para casamento; 1 dia, na primeira semana, em caso de nascimento de filho; 5 dias corridos para licença-paternidade; sempre que preciso, para comparecimento ao foro como testemunha ou jurado; 1 dia por ano para doação de sangue; até 2 dias, seguidos ou não, para alistamento eleitoral; 1 dia para alistamento militar; nos dias de vestibular para ensino superior; até 15 dias por motivo de doença; de 2 a 5 meses para cursos ou programas de qualificação profissional oferecidos pelo patrão; em todos os feriados nacionais (1º de janeiro (Fraternidade Universal); 1º de maio (Dia do Trabalho); 7 de setembro (Dia da Independência); 15 de novembro (Dia da Proclamação da República); 25 de dezembro (Natal); 21 de abril (Dia de Tiradentes); 12 de outubro (Padroeira do Brasil); nos feriados locais (no máximo 4 por município), aí já incluída a Sexta-Feira da Paixão; do 16º dia em diante em caso de acidente do trabalho; 180 dias em caso de licença-maternidade; 7 dias corridos no aviso-prévio dado pelo patrão;
- Alimentação e pernoite não podem ser descontados da empregada que dorme no emprego porque são considerados *instrumentos* de trabalho;
- Não faça crediário em seu nome para compra de bens à doméstica porque os juízes entendem tratar-se de dívida civil que não pode ser descontada ao salário;
- Metade do 13º salário deve ser paga entre fevereiro e novembro de cada ano e a outra metade até 20 de dezembro;
- Férias do doméstico são de 30 dias corridos, com acréscimo de 1/3;
- A casa do patrão pode ser penhorada em ação trabalhista movida pela empregada doméstica (Lei nº 8.009/90).

PEC 209 busca dar celeridade aos processos do STJ

Sandro Mabel

Deputado federal
Membro da Comissão de Trabalho Administração e Serviço Público

A Proposta de Emenda à Constituição 209 de 2012, conhecida como a PEC da Repercussão Geral, visa a inserção do § 1º ao art. 105, da Constituição Federal, e resume o seu parágrafo único. É de autoria dos deputados Luiz Pitiman e Rose de Freitas e propõe dar uma ação mais célere por parte do Superior Tribunal de Justiça (STJ) com relação às questões de direito federal que lhe são apresentadas.

Como relator da proposta, pude reconhecer a admissibilidade, visto que ela pretende através de sua aprovação perante a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados, criar um mecanismo de filtro de recursos semelhantes à repercussão geral existente no STF. A quantidade de assinaturas na PEC é suficiente para admitir a iniciativa e não há nenhum dos fatores que poderiam impedir sua tramitação, como é o caso de limitações circunstanciais ao poder da reforma constitucional. O Brasil não está em estado de sítio ou em situações de violação da democracia.

A meu ver, a proposição não visa abolir a forma federativa de estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, nem ao menos a separação dos direitos, garantias individuais ou Poderes. Além disso, atualmente há a necessidade de ajustes quanto à técnica legislativa, mas estes poderão ser feitos apenas por via de comissão especial para análise da matéria. Um mecanismo de caráter similar foi adotado em 2007, pelo Superior Tribunal Federal, que admitiu o uso de recurso extraordinário, e causou uma redução de 76% de gastos daquela corte.



Foto: Agência Câmara

Conforme o texto, a PEC só poderá ser recusada caso haja decisão contra por parte dos dois terços dos membros do órgão responsável pelo julgamento. Ela é parte de um anteprojeto elaborado pelo STJ a fim de induzir o postulante de recurso especial a demonstrar a relevância das questões e dar agilidade às mesmas. 

Carlos Velloso, grande juiz, grande jurista

*“Um cidadão exemplar que sempre defendeu a
modernização do Poder Judiciário”*

Fernando Henrique Cardoso

Da Redação



Velloso autografando exemplar do livro

No final do mês de fevereiro foi lançado, em Brasília, o livro “Estudos: Direitos Públicos – Homenagem ao ministro Carlos Mário da Silva Velloso”. A obra reúne artigos de diversos juristas e é coordenada por Ives Gandra da Silva Martins, Patrícia Rosset e Antonio Carlos Rodrigues do Amaral. O prefácio é do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso.

Velloso, membro do Conselho Editorial da Revista Justiça & Cidadania, só soube da homenagem quando estava pronta e ficou emocionado com o lançamento do livro. “Essa é uma das maiores homenagens que eu poderia receber. O livro reúne textos de grandes juristas brasileiros, fiquei honrado, porque essa homenagem está acima do meu merecimento”, destacou. “É certamente um grande livro, que será muito importante nas bibliotecas dos operadores do direito”, acrescentou o ministro aposentado. Além de temas ligados ao direito público, a publicação traz textos de direito civil, tributário e privado.

O ministro Ricardo Lewandowski, indicado para o STF na vaga aberta com a aposentadoria do ministro Velloso, destacou que ele “além de ser um grande juiz, é um grande jurista. Sou sucessor de sua cadeira no STF e, em minha atuação no Tribunal, devo muito ao gabinete muito bem organizado que herdei”. Autor de um dos artigos da publicação e presente ao lançamento, o ministro Gilmar Mendes lembrou que o ministro Velloso, em seus 15 anos de Suprema Corte, deu uma significativa contribuição ao Tribunal. “É uma justa homenagem. Ele



Foto: Arquivo FIR

Max Fontes, presidente da Harvard Law School Association Of Brazil – HLSAB; Bernardo Cabral, presidente do Conselho Editorial da Revista JC; Orpheu Salles, editor da Revista JC; e Marcus Fontes, vice-presidente da HLSAB, prestigiando o lançamento do livro



é um grande constitucionalista e uma figura humana excelente”, disse o ministro.

Presidente do Supremo até novembro do ano passado, o ministro Carlos Ayres Britto assina um dos artigos que celebram a carreira de Carlos Velloso. “Escrevi sobre administração pública e o fiz com muito prazer para homenagear este querido amigo e grande jurista. Me junto aos que têm no ministro Carlos Velloso um modelo, um paradigma”, comentou Britto. Ives Gandra, um dos organizadores da obra, elogiou a trajetória profissional de Carlos Velloso e lembrou de seu importante papel na reforma do sistema eleitoral brasileiro. “Entendíamos que faltava uma homenagem a um homem dessa grandeza, capaz de discutir direito e todas as ciências sociais com profundidade. Essa foi uma obra fácil de coordenar, bastava convidar que o autor aceitava e agradecia”, contou. “É uma homenagem do Brasil a uma das grandes figuras da sua história”, finalizou Gandra.

Formado em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Velloso foi promotor de Justiça e juiz no estado, integrou o Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais e, em 1985, tomou posse como ministro do Tribunal Superior Eleitoral. Quatro anos depois, passou a integrar o Superior Tribunal de Justiça (STJ), onde permaneceu até 1990, quando foi indicado ao Supremo Tribunal Federal. Além de presidir o STF, também esteve à frente do TSE. Em 2006, ao completar 70 anos, se aposentou da Suprema Corte e voltou a exercer a advocacia.



*Com informações do STF e do Correio Braziliense

A proteção legal do fundo empresarial: evolução e “*ratio essendi*”

Sylvio Capanema de Souza

Desembargador aposentado do TJRJ
Membro do Conselho Editorial

O Código Civil de 1916, cujo projeto foi encaminhado ao Congresso ainda no século XIX, refletia os princípios do liberalismo clássico, então vigente, ancorado nos dogmas da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos.

Pouco, ou quase nada, interferia o Estado na formulação dos contratos, entendendo que tudo que neles se convencionava seria justo, desde que as partes fossem livres para celebrá-los.

Aplicava-se a velha máxima francesa: “disse contratual, disse justo”.

Afirmava-se, ainda, que o contrato seria sempre equilibrado, se as partes fossem livres, já que só o celebrariam se os seus recíprocos interesses econômicos tivessem sido atendidos.

O tempo mostrou, dolorosamente, que isto é uma perversa falácia. Não basta a liberdade das partes, para que resulte justo o contrato. Se uma delas é mais vulnerável econômica ou faticamente, a mais forte acaba lhe impondo sua vontade.

O que, de fato, contribui para equilibrar a equação econômica do contrato é a igualdade das partes, e não apenas a sua liberdade.

Aos poucos, o Estado foi abandonando sua posição de mero expectador da relação contratual, para nela interferir, com o propósito de fortalecer a parte vulnerável, tornando-a juridicamente mais forte.

Surgiu, então, o dirigismo contratual, que se exprimia, ora impondo a inclusão de cláusulas protetivas do mais fraco, ora vedando as que o prejudicavam.

Mas a “menina dos olhos” do liberalismo contratual consistia na ideia de que a maior expressão da dignidade humana era a de exprimir livremente a vontade, que teria que ser respeitada e protegida pelo Estado.

O “contratualismo” foi uma das quatro grandes bandeiras desfraldadas pela Revolução Francesa, a começar pela famosa obra de Jean Jacques Rousseau, “O Contrato Social”.

Daí porque, sob o regime passado, o contrato de locação de imóvel urbano, seja qual fosse sua destinação, não merecia uma proteção especial, sendo livres as partes para ajustarem as condições que melhor lhes conviessem, inclusive quanto ao valor do aluguel, o prazo e a possibilidade da renovação, que dependeria de novo ajuste.

Advindo o termo final, era direito potestativo do locador despedir o locatário, a não ser que concordasse ele com as condições impostas para a renovação, especialmente o pagamento do que se convencionou chamar de “luvas”.

No início da década de 30, com o crescimento explosivo das cidades, após o êxodo rural provocado pelo surto de industrialização, e o aquecimento do comércio, com a conseqüente valorização dos “pontos”, passaram os comerciantes a sofrer insuportáveis pressões dos locadores, ao final de seus contratos, para que se fizesse a renovação.

Elevadas quantias eram exigidas, adiantadamente, sem prejuízo da majoração dos aluguéis e, com isso, muitos locatários eram desalojados, perdendo a clientela conquistada após anos de árduo trabalho.



“O direito do locador, de retomar o imóvel, ficou limitado a hipóteses referidas em *numerus clausus* no citado diploma legal, consistindo, sempre, uma exceção, cujo exame era submetido ao crivo do Judiciário, que analisava, com rigor, a necessidade e a sinceridade da reprise.”

Foi então que a Associação Comercial do Rio de Janeiro, aproveitando a visita que à sua sede fez o Presidente Getúlio Vargas, obteve dele o compromisso de mandar elaborar uma lei especial que protegesse os locatários comerciais, assegurando-lhes, o mais possível, o direito de renovar os seus contratos.

Logo depois, em cumprimento da promessa, surgiu o Decreto-Lei nº 24.150/34, que regulava as condições e o processo de “renovamento” dos contratos para fins comerciais.

O texto era inspirado, e muito, por uma lei francesa sobre o mesmo tema, o que se percebia até pelo galicismo “renovamento”, que aparecia em sua ementa, e não renovação.

Tratava-se de uma lei de natureza processual, que disciplinava o procedimento da “ação renovatória”, que ali se criou para obter a recondução compulsória do contrato, desde que atendidas determinadas condições nela elencadas.

A temida cobrança de “luvas”, que tanto assombrava os locatários, impedindo, na maioria das vezes, a manutenção de seus “pontos”, foi vedada de forma absoluta, passando a tipificar ilícito penal.

Talvez por esta razão, o Decreto-Lei nº 24150/34 era conhecido, no mercado, como “Lei de luvas”, já que era sua proibição a maior conquista da classe.

Também foram vedadas cláusulas abusivas, que colocassem em risco o exercício justo e razoável da atividade comercial, assim como era fulminada de nulidade qualquer disposição inserida no contrato que visasse impedir ou dificultar a sua renovação, a teor do que dispunha o artigo 30.

O direito do locador, de retomar o imóvel, ficou limitado a hipóteses referidas em *numerus clausus* no citado diploma legal, consistindo, sempre, uma exceção, cujo exame era submetido ao crivo do Judiciário, que analisava, com rigor, a necessidade e a sinceridade da reprise.

O equilíbrio dos interesses em conflito foi assegurado com a garantia, concedida aos locadores, de que a renovação sempre se faria pelo aluguel de mercado, apurado, se necessário, através de perícia técnica.

Certamente por isso se explica a longevidade daquele Decreto-Lei, que perdurou por cerca de 50 anos, resistindo incólume a sucessivas legislações do inquilinato, que sempre o preservaram.

Só com o advento da Lei nº 8.245/91 foi ele, finalmente, revogado, com toda honra e glória merecidas, pelos excelentes serviços prestados ao mercado.

No início, os comerciantes foram tomados por verdadeiro pânico, imaginando que teriam perdido a proteção que lhes conferia a lei anterior, duramente conquistada, não mais tendo como preservar seu ponto e manter a clientela, o que representaria, para eles, verdadeira catástrofe econômica.

Mas logo depois, entretanto, ao lerem o texto da nova lei, respiraram aliviados, ao perceberem que ela não só manteve todos os mecanismos de proteção criados pelo Decreto-Lei nº 24.150/34, como até os ampliou, tornando direito positivo o que antes era, apenas, construção pretoriana.

Exemplo eloquente foi a possibilidade, agora expressa, da *accessio temporis*, para que fosse possível o ajuizamento da ação renovatória, aproveitando-se os prazos de contratos sucessivos, para alcançar o quinquênio.

Daí se conclui que o espírito do Decreto-Lei nº 24.150/34 foi preservado, ainda mais agora, com o advento dos paradigmas da função social dos contratos e da boa-fé objetiva.

A renovação do contrato comercial continua sendo a regra geral, enquanto que a retomada é a exceção, só admitida nas hipóteses previstas na lei, e que não admitem interpretação analógica ou ampliativa.

A *ratio essendi* desta proteção é a extraordinária densidade social e econômica de que se reveste o fundo de comércio, ou empresarial, como hoje seria mais adequado dizer.

Ele é um polo gerador de empregos, de tributos e do crescimento das cidades, constituindo-se numa universalidade de bens materiais e imateriais, entre os quais se inclui o contrato de locação e a clientela.

Fiel a estes princípios, a atual Lei do Inquilinato, em seu artigo 45, fulmina com a sanção da nulidade as cláusulas do contrato de locação que visem elidir os seus objetivos, especialmente as “que afastem o direito à renovação, na hipótese do artigo 51, ou que imponham obrigações pecuniárias para tanto”.

Em nosso livro “Da Locação do Imóvel Urbano”, Ed. Forense, 1991, p. 325, encerramos o assunto ao discorrer sobre a revogação do Decreto-Lei nº 24.150/34, com o seguinte comentário:

A nova lei, como já se disse, preservou, felizmente, todos esses princípios, como se percebe da simples leitura do artigo 51, que assegura a renovação do contrato de locação de imóveis destinados ao comércio, uma vez atendidas as condições ali enunciadas.

É de clareza solar que a proteção ao fundo empresarial não se limita à garantia da ação renovatória.

Este é, apenas, um de seus objetivos.

“A renovação do contrato comercial continua sendo a regra geral, enquanto que a retomada é a exceção, só admitida nas hipóteses previstas na lei, e que não admitem interpretação analógica ou ampliativa.”

O que se pretende é afastar qualquer disposição que iniba ou dificulte a atividade do locatário, especialmente na administração de seu estabelecimento.

É oportuno lembrar que a Lei do Inquilinato, após perigosas vacilações pretorianas, estendeu sua proteção aos locatários de espaços em “Shopping-Centers”, assegurando-lhes o direito à renovação de seus contratos.

Mas não foi possível, por mais que se esforçasse o legislador, eliminar as controvérsias doutrinárias, que sempre envolvem a locação imobiliária urbana.

Um dos pontos ainda nebulosos é o que diz respeito à exigência das “luvas”, para a celebração de contratos comerciais. E isto porque a Lei nº 8.245/91 silenciou quanto ao tema, não reproduzindo a vedação do Decreto-Lei 24.150/34.

A orientação majoritária se firmou no sentido de admitir a cobrança de “luvas”, mas só quando da celebração do primeiro contrato, mas não nas subseqüentes renovações.

Nos shopping-centers os futuros lojistas, para garantir a locação dos espaços, quando de sua construção, pagam o que se convencionou chamar de “res sperata”, que, entretanto não se confunde com as “luvas”, consistindo em remuneração do incorporador pela clientela futura, conquistada pela força atrativa do próprio shopping, que é irresistível para a grande maioria dos consumidores.

Como será fácil perceber, inspirada pelos salutares princípios da função social do direito e da boa-fé objetiva, a proteção ao fundo empresarial está fortalecida e consolidada, o que muito contribui para o desenvolvimento da atividade comercial, de fundamental importância para fazer gerar a roda da economia de mercado. 

Homenagem de carinho e dedicação

Claudio de Mello Tavares | Desembargador do TJRJ

Nota do Editor

Causou emoção o pronunciamento feito pelo Desembargador Claudio de Mello Tavares, na sessão do dia 18 de fevereiro último, no órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em homenagem à Desembargadora Leila Mariano, atual presidente do TJRJ.

“Excelentíssima Senhora Presidente, peço a palavra para manifestar a minha satisfação em vê-la presidindo a 1ª Sessão do Órgão Especial, na qualidade de Presidente deste Egrégio Tribunal de Justiça, que, após 250 anos de existência, tem uma mulher como chefe do Poder Judiciário Estadual.

Neste momento, acho oportuno citar Madre Teresa de Calcutá, mulher plena de amor e cheia de poder que nos ensinou, em oração e ação, o seu poema de paz:

O dia mais belo? Hoje
A coisa mais fácil? Equivocar-se
O obstáculo maior? O medo
O erro maior? Abandonar-se
A raiz de todos os males? O egoísmo
A distração mais bela? O trabalho
A pior derrota? O desalento
Os melhores professores? As crianças
A primeira necessidade? Comunicar-se
O que mais faz feliz? Ser útil aos demais
O mistério maior? A morte
O pior defeito? O rancor
A coisa mais perigosa? A mentira
O sentimento pior? O rancor
O presente mais belo? perdão
O mais imprescindível? O lar
A estrada mais rápida? caminho correto
A sensação mais grata? A paz interior
O resguardo mais eficaz? O sorriso
O melhor remédio? O otimismo



A maior satisfação? O dever cumprido
A força mais potente do mundo? A fé
As pessoas mais necessárias? Os pais
A coisa mais bela de todas? O amor.

Estou convicto que o Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro continuará sendo o mais célere do Brasil, como vem sendo reconhecido e, acima de tudo, distribuindo justiça aos seus jurisdicionados, pois Vossa Excelência, além de ser uma mulher digna, inteligente, honrada e profissional reconhecidamente competente, está extremamente preparada para o exercício de tão importante cargo, vindo atuando junto às Administrações passadas como colaboradora e orientadora, como é sabido por todos neste Tribunal de Justiça.

Que Deus lhe dê saúde, força e iluminação para o exercício de tão nobre missão à frente da administração deste Poder Judiciário Estadual.”



O princípio da territorialidade e os ofícios de registro de títulos e documentos

Paulo Mauricio Pereira | Desembargador do TJRJ

Este trabalho é feito com o intuito de levar a uma reflexão mais profunda sobre o tema do título, mormente diante de recente decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal, envolvendo a questão da notificação prévia para constituir o devedor em mora, nas ações baseadas em contratos de arrendamento mercantil e de financiamento com alienação fiduciária, cujo ato vem sendo feito em flagrante violação ao princípio da territorialidade, data vênica daqueles que entendem de modo diverso.

A meu ver, não se trata apenas de afirmar a fé pública do Oficial de Registro em todo o território nacional, isto não se discute; mas sim perquirir sobre as suas atribuições e, principalmente, o território de sua atuação. Historicamente, em precedente de 2007, a Eg. 3ª Turma do STJ entendeu que, em virtude do disposto nos arts. 8º e 9º da Lei 8935/94, tal ato não poderia ser praticado pelo Oficial do Cartório fora do município para onde recebera a delegação. Anote-se:

Notificação extrajudicial. Artigos 8º e 9º da Lei nº 8.935/94. 1. O ato do tabelião praticado fora do âmbito de sua delegação não tem validade, inoperante, assim, a constituição em mora. 2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 682399/CE, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 07/05/2007, DJ de 24/9/2007).

Posteriormente, em sede de recurso repetitivo, aquela mesma Corte veio a adotar posição contrária, ao

fundamento de que os dispositivos legais referidos dizem respeito apenas aos atos notariais dos tabelionatos de notas e dos registros de imóveis e civis de pessoas naturais, não restringindo a atuação dos Cartórios de Títulos e Documentos à circunscrição geográfica para a qual foi recebida a delegação, daí que descaberia interpretar a norma de forma mais ampla. Registre-se:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE AUTOMÓVEL COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL REALIZADA POR CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS SITUADO EM COMARCA DIVERSA DA DO DOMICÍLIO DO DEVEDOR. VALIDADE. 1. A notificação extrajudicial realizada e entregue no endereço do devedor, por via postal e com aviso de recebimento, é válida quando realizada por Cartório de Títulos e Documentos de outra Comarca, mesmo que não seja aquela do domicílio do devedor. Precedentes. 2. Julgamento afetado à Segunda Seção com base no procedimento estabelecido pela Lei nº 11.672/2008 (Lei dos Recursos Repetitivos) e pela Resolução STJ nº 8/2008. 3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (REsp 1184570/MG, 2ª Seção, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 09/05/2012, DJ de 15/05/2012).

Por seu turno, o Conselho Nacional de Justiça, entendendo que a área de atuação dos Cartórios



(territorialidade) é matéria de cunho administrativo, no Pedido de Providências nº 0001261-78.2010.2.00.0000, decidiu:

(...) o entendimento deste Conselho é no sentido de que os agentes delegados dos serviços de registro de títulos e documentos somente realizem notificações dentro dos limites territoriais das respectivas circunscrições, ou seja, deve ser observado o princípio da territorialidade.

A primeira decisão, proferida no PCA n. 642, obrigou somente os registradores de títulos e documentos do Estado de São Paulo e a segunda, proferida quando da aprovação do Auto Circunstanciado de Inspeção do Poder Judiciário do Espírito Santo, não obstante ter declarado que o princípio da territorialidade fosse observado pelos registradores de todo o País, não providenciou a intimação de todos os Tribunais Estaduais do teor da decisão, razão pela qual determinei a intimação destes para que não haja equívocos quando do cumprimento por todos os registradores de títulos e documentos.

Os efeitos de tal decisão foram sustados em virtude de medida liminar concedida pelo Min. Dias Toffoli, do Colendo STF, no Mandado de Segurança nº 28.772/DF, o qual, entretanto, em decisão recente, veio a ser julgado extinto, com a consequente cassação da liminar. Verbis:

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado por Limongi, Wirthmann Vicente e

Bruni Advogados S/S, contra ato do Conselho Nacional de Justiça. Ato consubstanciado em decisão do Conselheiro Leomar Barros Amorim de Souza proferida no Pedido de Providências nº 0001261-78.2010.2.00.0000 (...) que **“determinou que ‘os Oficiais de Títulos e Documentos de todo o País obedeçam ao princípio da territorialidade’, de forma que ‘somente realizem notificações dentro dos limites territoriais das respectivas circunscrições’.** (...) Segundo o impetrante, a Lei nº 6.015/73 e a Lei nº 8.935/94 não contêm proibição para que os Oficiais de Registro de Títulos e Documentos efetuem notificações além de suas circunscrições. Essa, a propósito, seria a jurisprudência de alguns Tribunais de Justiça estaduais. Daí requerer a concessão da segurança para confirmar “à Impetrante o direito de continuar a utilizar quaisquer Cartórios para notificar extrajudicialmente devedores independentemente da circunscrição territorial”. (...) - É o relatório. - Após a instrução do processo, e atento às ponderações tanto das partes quanto do Procurador-Geral da República, tenho que o presente mandado de segurança não merece seguimento. - É que falta ao impetrante legitimidade para defender o alegado direito líquido e certo “de continuar a utilizar quaisquer Cartórios para notificar extrajudicialmente devedores independentemente da circunscrição territorial”. - Ora, **o direito de efetuar notificações extrajudiciais além da circunscrição do cartório, se é que existe, pertence**

aos Oficiais de Registro de Títulos e Documentos. A propósito, foram eles (Oficiais de Registro de Títulos e Documentos) os destinatários da decisão impugnada. Ademais, mesmo que se aceitasse a legitimidade ativa dos usuários do serviço notarial e de registro, ela seria dos clientes do impetrante, e não dele próprio, escritório de advocacia. Nesse sentido, confira-se o parecer do Procurador-Geral da República: - “O impetrante é um escritório de advocacia (pessoa jurídica) que, segundo ele próprio afirma na inicial, tem por objeto social, entre outros serviços, a cobrança extrajudicial e judicial de valores, ou seja, cobrança judicial e extrajudicial de valores para os seus clientes. Em seu pedido, o impetrante requer a concessão da ordem para que lhe seja assegurado ‘o direito de continuar a utilizar quaisquer Cartórios para notificar extrajudicialmente devedores independentemente da circunscrição territorial’ (fl. 27, v. 1). Portanto, o impetrante pretende assegurar a possibilidade de, na condição de representante dos seus clientes, em nome e na defesa dos direitos desses, notificar extrajudicialmente devedores independentemente da circunscrição territorial. - No caso, o impetrante não está pleiteando direito próprio e sim agindo como verdadeiro substituto processual dos seus clientes. - **Além disso, a determinação do Conselheiro Relator do CNJ tem como destinatários os Oficiais de Títulos e Documentos de todo o país.** Caberia aos Oficiais eventual defesa contra o ato do Relator, não ao impetrante, na condição de prestador de serviços de cobrança. - Ademais, cabe destacar que o impetrante não demonstrou o interesse processual para a ação; na realidade, o que demonstrou foi interesse econômico.” - 9. Por fim, cabe salientar, como bem o fez a União, que “restou incólume o que decidido no Pedido de Providências nº 642, vale dizer, **permanece válida a obrigatoria observância do princípio da territorialidade pelas serventias vinculadas ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, Estado onde se encontra sediado o escritório impetrante”. Pelo que fica ainda mais caracterizada a ausência de interesse processual do autor. - 10. Ante o exposto, não conheço do mandado de segurança e cassa o liminar de fls. 295/305. Custas pelo impetrante, não havendo que se falar em condenação em honorários de advogado, nos termos da Súmula nº 512 desta Corte. - Publique-se. - Brasília, 1º de fevereiro de 2013. (grifos meus).

Como visto, o Colendo Supremo Tribunal Federal, ao não conhecer do mandado de segurança, fez prevalecer a decisão do Conselho Nacional de Justiça, “no sentido de que os agentes delegados dos serviços de registro de títulos e documentos somente realizem notificações dentro dos limites territoriais das respectivas circunscrições, ou seja, deve ser observado o princípio da territorialidade” (sic).

No Estado do Rio de Janeiro tal entendimento ganha maior proporção diante dos termos da Súmula 153, do teor seguinte:

Nos contratos de alienação fiduciária em garantia, a teor do art. 2º, § 2º, do DL nº 911/69, a notificação extrajudicial do devedor será realizada por Ofício de Títulos e Documentos do seu domicílio, em consonância com o princípio da territorialidade.

Além do mais, a Consolidação Normativa da Corregedoria Geral de Justiça tem regras próprias sobre o tema:

Art. 946. As notificações e demais diligências serão realizadas por escreventes autorizados pelo Oficial.

§ 1º Os atos de notificações e demais diligências poderão ser praticados, também, mediante a utilização dos serviços da Empresa brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT).

§ 2º As notificações extrajudiciais, de que trata este artigo, serão praticadas pelos Oficiais de registro de Títulos e Documentos dos Municípios onde residirem ou tiverem sede os notificandos.

§ 3º Constitui dever dos registradores de títulos e documentos deste Estado a obediência ao princípio da territorialidade declarada no § 2º, sob pena do cometimento de infração administrativa e de outras sanções legais, conforme estabelecido na Decisão inserto nos procedimentos administrativos nºs 2006/026402; 2006/026429; 205/204225; 2005/028938; 2005/021718; 2005/ 01100428; 2002/131424 e 2006/149211, de cunho obrigatório desde sua publicação no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, Parte III, Poder Judiciário, em 19/12/2006.

Aliás, exsurge bastante clara da leitura atenta da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), a flagrante limitação territorial no caso específico dos Cartórios de Títulos e Documentos. Vejamos:

Art. 127. No Registro de Títulos e Documentos será feita a transcrição: I – dos instrumentos particulares, para a prova das obrigações convencionais de qualquer valor; II – do penhor comum sobre coisas móveis; III – da caução de títulos de crédito pessoal e da dívida pública federal, estadual ou municipal, ou de Bolsa ao portador; IV – do contrato de penhor de animais, não compreendido nas disposições do art. 10 da Lei n. 492, de 30.8.1934; V – do contrato de parceria agrícola ou pecuária; VI – do mandado judicial de renovação de contrato de arrendamento para sua vigência, quer entre as partes contratantes, quer em face de terceiros (art. 19, § 2º, do Decreto n. 24.150, de 20.4.1934); VII – facultativo, de quaisquer documentos, para sua conservação.

Parágrafo único. Caberá ao Registro de Títulos e Documentos a realização de quaisquer registros não atribuídos expressamente a outro ofício.

Art. 128. À margem dos respectivos registros, serão averbadas quaisquer ocorrências que os alterem, quer em relação às obrigações, quer em atinência às pessoas que nos atos figurem, inclusive quanto à prorrogação dos prazos.

Art. 129. Estão sujeitos a registro, no Registro de Títulos e Documentos, para surtir efeitos em relação a terceiros: 1ª) os contratos de locação de prédios, sem prejuízo do disposto do artigo 167, I, nº 3; 2ª) os documentos decorrentes de depósitos, ou de cauções feitos em garantia de cumprimento de obrigações contratuais, ainda que em separado dos respectivos instrumentos; 3ª) as cartas de fiança, em geral, feitas por instrumento particular, seja qual for a natureza do compromisso por elas abonado; 4ª) os contratos de locação de serviços não atribuídos a outras repartições; 5ª) os contratos de compra e venda em prestações, com reserva de domínio ou não, qualquer que seja a forma de que se revistam, os de alienação ou de promessas de venda referentes a bens móveis e os de alienação fiduciária; 6ª) todos os documentos de procedência estrangeira, acompanhados das respectivas traduções, para produzirem efeitos em repartições da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios ou em qualquer instância, juízo ou tribunal; 7ª) as quitações, recibos e contratos de compra e venda de automóveis, bem como o penhor destes, qualquer que seja a forma que revistam; 8ª) os atos administrativos expedidos para cumprimento de decisões judiciais, sem trânsito em julgado, pelas quais for determinada a entrega, pelas alfândegas e mesas de renda, de bens e mercadorias procedentes do exterior; 9ª) os instrumentos de cessão de direitos e de créditos, de sub-rogação e de dação em pagamento.

Art. 130. Dentro do prazo de vinte dias da data da sua assinatura pelas partes, todos os atos enumerados nos arts. 128 e 129 serão registrados no domicílio das partes contratantes e, quando residam estas em circunscrições territoriais diversas, far-se-á o registro em todas elas.

Parágrafo único. Os registros de documentos apresentados, depois de findo o prazo, produzirão efeitos a partir da data da apresentação.

Do exame sistemático de tais dispositivos legais, não há como deixar de concluir que o registro dos contratos sob exame deve ser feito no cartório do domicílio das partes contratantes (art. 130), averbando-se à sua margem qualquer ocorrência posterior, aí se incluindo, por lógico, as notificações para constituir em mora o devedor inadimplente, por se tratarem de “ocorrências que os alterem, quer em relação às obrigações, quer em atinência às pessoas que nos atos figurem”, conforme reza o art. 128, acima transcrito.

Se tal não fosse o bastante para justificar a invalidade de qualquer ato praticado em outra unidade da federação,

que não aquela em que são domiciliadas as partes, temos, ainda, a regra do art. 160, do mesmo estatuto, que reza poder o Oficial “requisitar dos ofícios de registros, em outros municípios, as notificações necessárias”, requeridas pelo apresentante do título, deixando claro que nem mesmo o Oficial a quem é atribuído o registro pode notificar os interessados em outro município diretamente, devendo fazê-lo através da delegação de atribuições. No mesmo sentido, o comentário de Juliana de Oliveira (*Direito Notarial e Registral*, Campus Jurídico, 2008, fl. 214), que assim se pronuncia:

O oficial poderá, também, requisitar aos oficiais de registros de outros Municípios as notificações necessárias, por exemplo: “A” reside na cidade “x” e quer notificar “B” que reside na cidade “y” – “A” deverá requerer no RTD de sua comarca e este solicitará auxílio do RTD da comarca de “Y”. Por esse processo, também, poderão ser feitos avisos denúncias e notificações, quando não for exigida a intervenção judicial (art. 160 da LRP).

A registrar, ainda, que a Lei 8.935/94, que trata exclusivamente dos serviços notariais e de registro, não trouxe qualquer modificação às regras acima comentadas, da Lei de Registros Públicos e pertinentes ao cartório de Registro de Títulos e Documentos. O art. 12, daquele diploma legal, que sujeita apenas os ofícios de registro de imóveis e civis de pessoas naturais ao princípio da territorialidade, sem fazer referência aos de títulos e documentos, justifica-se diante das características específicas de tais serventias, que têm definidas suas circunscrições geográficas. Isto não quer dizer que o ofício de títulos e documentos esteja livre para praticar atos envolvendo pessoas domiciliadas em qualquer localidade do país. Apesar de inexistir áreas geográficas dividindo a atuação de tais serventias, elas devem respeitar, ao menos, a área do Estado que lhes deu a delegação para o exercício da atividade.

De acrescer que estamos diante de uma relação de consumo, o que garante ao consumidor o direito constitucional de ampla defesa, de forma facilitada, nada justificando, portanto, tenha ele que se deslocar à uma comarca longínqua a fim de obter uma certidão do ato, caso dela necessite para exercer aquele sagrado direito. A admitir-se como válida as notificações que vêm sendo feitas, a maioria no Estado de Alagoas, isto estaria trazendo dificuldades para o consumidor defender-se.

Concluindo e renovando a discussão, entendo que o princípio da territorialidade no âmbito dos serviços registrais de títulos e documentos permanece em vigor no cenário jurídico pátrio, nada justificando, portanto, que as notificações sejam feitas no cartório de preferência do credor, sem qualquer limitação.



FAÇA COMO OS MAIORES JURISTAS DO BRASIL

Gilmar Mendes
Ministro do STF

Ives Gandra Filho
Ministro do TST

Celso de Mello
Ministro do STF



Envie seu artigo para publicação na
Revista Justiça & Cidadania, há mais de
10 anos referência no Poder Judiciário.

editorajc@editorajc.com.br

Marco Aurélio Mello
Ministro do STF



Relações de trabalho: enquanto a reforma não vem

Lei maior do campo trabalhista no Brasil, a CLT comemora 70 anos em 2013. Uma esperada reforma neste código foi praticamente abandonada há pelo menos uma década. Enquanto isso, legisladores, empresários e especialistas debatem os ajustes que poderiam ser feitos na urgência de tornar mais competitivas as empresas nacionais, assoladas por um dos mais altos custos sociais do mundo.

O Brasil é talvez o país com o maior custo social para a contratação de empregados: quase 103% do salário dos funcionários. Os fatores previdenciários, contribuições sindicais, tributos e demais componentes desta conta são bastante conhecidos pelos empresários e seguem os parâmetros estabelecidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), principal norma legislativa brasileira referente ao direito do trabalho e ao direito processual do trabalho, criada pelo decreto-lei nº 5.452, de 1ª de maio de 1943 e sancionada pelo então presidente Getúlio Vargas – portanto, há 70 anos.

Não é apenas este intervalo de tempo que faz com que a legislação trabalhista brasileira esteja pouco ajustada à realidade das relações de emprego atuais. Novas formas de trabalho têm surgido a cada dia, em decorrência da crescente globalização da economia. Para citar apenas um dos exemplos mais óbvios, a invasão de produtos importados de outros países, a exemplo da China, tem desestimulado a contratação de mão de obra brasileira, afetando, em especial, as pequenas indústrias nacionais, imensa maioria do parque fabril. Segundo dados mais recentes do IBGE, as MPEs representam 20% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro, são responsáveis por 60% dos 94 milhões de empregos no país e constituem 99% dos 6 milhões de estabelecimentos formais existentes no País.

Uma pesquisa do Instituto Sensus, encomendada pela Confederação Nacional dos Transportes (CNT), revelou

que a reforma trabalhista é prioridade para 36,4% dos entrevistados – duas mil pessoas de 20 unidades da Federação, ouvidas em julho do ano passado. O levantamento representa estatisticamente a opinião de muitos setores da sociedade, em especial aqueles que geram emprego e renda. Não são poucos os empresários que apontam a necessidade de mudanças nas leis que regem as relações de trabalho no País. Para o economista José Pastore, a necessidade de uma profunda reforma na legislação de trabalho no Brasil é grande e decorre da perda de competitividade da nossa indústria, do ambiente de negócios desfavorável para investimentos, do excesso de burocracia, das altas despesas geradas pelos conflitos e pela enorme insegurança jurídica que afeta as empresas e os empregados.

Movimentações neste sentido, no entanto, deixaram de ocorrer do modo consistente há pelo menos uma década. Data de 1999, o projeto de reforma trabalhista apresentado pelo então ministro do Trabalho, Francisco Dornelles. Para implementar a reforma sindical e trabalhista, o governo federal criou o Fórum Nacional do Trabalho (FNT), coordenado pela Secretaria de Relações do Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego. O FNT conta com a participação de 600 representantes de trabalhadores, governo e empregadores. Porém, o mais recente documento que consta no site do organismo é a ata da primeira reunião da plenária, realizada em 16 de março de 2004.

Desde então, o assunto vem sendo debatido pontualmente por esta ou aquela instituição ou entidade de representação classista, este ou aquele sindicato. E, em especial, por especialistas, como o próprio Pastore, que, em artigo de 2006, intitulado “Reforma trabalhista: O que pode ser feito?”, já pontuava que este era um tema frequente nas discussões das políticas públicas que visam a estimular o emprego, reduzir a informalidade e proteger o trabalhador.

Custo Brasil e Legislação

O Custo Brasil é um dos fatores mais apontados pelos setores produtivos como impeditivo ao crescimento econômico. Ao lado dos tributos, juros, infraestrutura, logística de transportes, entre outros pontos, inserem-se nesta conta os altos encargos trabalhistas e previdenciários. Pastore confirma que a contratação formal importa em 102,43% do salário. Mas isso não é tudo. “Estudos da FGV de São Paulo indicam que é quase 190%. Além disso, a enorme parafernália legal e jurisprudencial encarecem sobremaneira o trabalho no Brasil. Isso nos tira a condição de competir interna e externamente. Se essa é a situação do presente, a do futuro será pior ainda porque as despesas crescem e as reformas não acontecem”, declara o economista.

A título de comparação das despesas geradas pelos direitos estabelecidos na Constituição Federal e na CLT e que se aplicam a todas as empresas, na França este somatório fica em 79,70% do salário dos empregados; na Argentina são 70,27%; na Alemanha, 60%; na Inglaterra, 58,80%; na Itália, 51,20%; no Uruguai, 48,06%; no Paraguai, 41%; no Japão, 11,80%; e nos Estados Unidos, 9,03%.

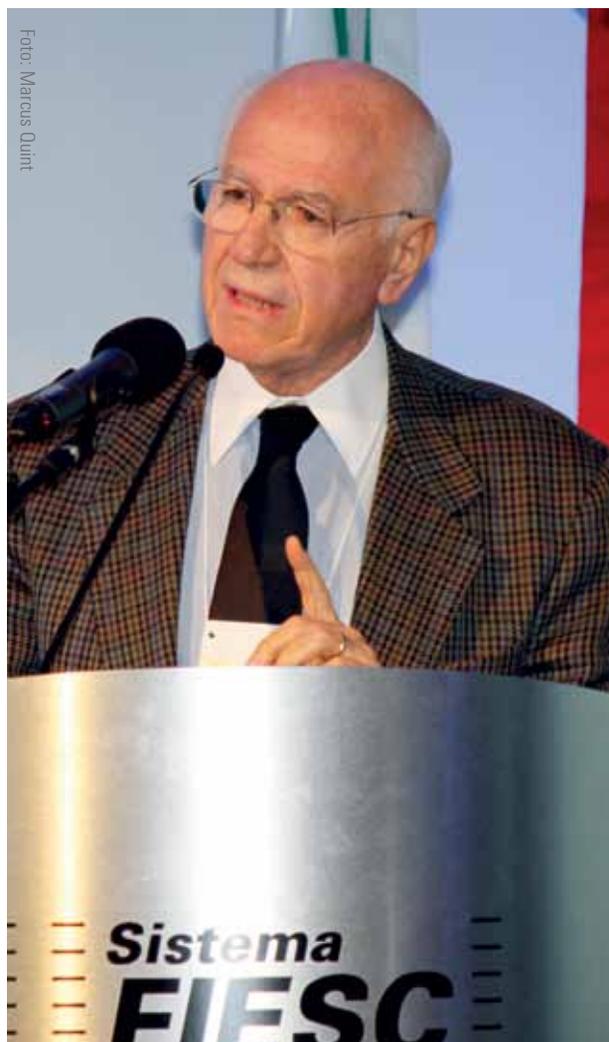
Em seu artigo, Pastore lembra que, além do rebaixamento dos salários, a rigidez do sistema estatutário provoca outras distorções. Uma delas, comumente adotada pelas pequenas e microempresas, é a contratação de uma parte do seu quadro de pessoal na informalidade. E isso ainda ocorre, mesmo que, de acordo com pesquisa recente da FGV¹, a melhora da escolaridade dos brasileiros tenha levado à queda na informalidade do trabalho entre 2002 e 2009. Aliada ao bom momento econômico da última década e às políticas públicas de geração de emprego e renda, a taxa de informalidade, que chegou a 43,6% em 2002, caiu para 37,4% em 2009, uma diminuição de 6,2 pontos percentuais, segundo o levantamento, com base em dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad).

De acordo com José Pastore, embora no Brasil o sistema de regulamentação do mercado de trabalho siga a CLT, dada a complexidade dos setores, portes das empresas e características de cada região, o País segue o modelo de muitos outros que fixam em leis apenas as regras gerais e deixam para o contrato negociado a maior parte dos detalhes da regulamentação. As normas que surgem nesse caso formam o chamado sistema negocial, em que o contrato entre as partes ocupa um lugar central.

Em um outro extremo, estão as nações que acreditam na eficiência das leis e no monitoramento das mesmas por meio de tribunais do trabalho que possuam a devida competência para restaurar o comportamento desviante das partes. Nesse tipo de ambiente, há leis em grande profusão, bastante detalhadas e que devem ser respeitadas pelo mercado de trabalho, independentemente das

diferenças entre setores da economia, características regionais e tamanho das empresas. Esse é o chamado sistema estatutário, onde a lei tem centralidade absoluta. Porém, ressalta o economista, nenhum país possui um sistema puro. Os que estão no extremo negocial convivem com várias leis aprovadas pelos órgãos legislativos. Os que estão no extremo estatutário abrigam muitas regras de negociação. Os dois sistemas possuem base legal. Os primeiros, porque têm as regras geradas por contratos que, por sua vez, são reconhecidos por leis que lhes dão eficácia jurídica. Os segundos porque se ancoram nas próprias leis.

Exemplos de sistemas que pendem para o lado negocial são Inglaterra, Estados Unidos, Austrália, Nova Zelândia e Japão. Dentre as nações que seguem a linha estatutária estão França, Itália, Espanha e a maioria dos países da América Latina. “O Brasil é um dos casos mais extremos, em que as condições de trabalho são quase que inteiramente definidas nas leis e interpretadas pelos



Professor da USP, José Pastore, durante palestra na FIESC

tribunais. Consequentemente, é também um dos países que possuem as mais altas despesas de contratação e o menor espaço para ajuste das mesmas às novas condições econômicas e sociais”, escreve Pastore.

As leis ordinárias brasileiras, como a CLT, seguem o mesmo detalhismo da Constituição Federal. Ao lado disso, cresce a cada dia o número de normas geradas pela ação da Justiça do Trabalho, através de enunciados e precedentes criados pelas sentenças. Os órgãos dessa instância lidam com mais de três milhões de novos processos por ano, de acordo com dados recentes do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o que daria margem a uma proliferação de normas das mais variadas naturezas.

“Como o sistema estatutário brasileiro é de âmbito federal, as regras legais e jurisprudenciais se aplicam a todos os setores da economia, todas as regiões, setores e empresas. No fundo, o Brasil trabalha com ‘leis de tamanho único’ para serem aplicadas em realidades extremamente heterogêneas. Elas têm de ser aplicadas tanto a um fabricante de aviões quanto a uma barbearia. As despesas geradas por essas leis são universais e obrigam todas as empresas e trabalhadores a cumprirem seus dispositivos, sem a menor possibilidade de ajustes pela via da negociação e sem considerar suas capacidades de administrar e pagar”, comenta em seu artigo o economista.

O relatório *Doing Business*, elaborado anualmente pelo Banco Mundial, a partir de uma pesquisa com 185 países sobre as condições para se fazer negócios, revela que o Brasil passou da 126ª colocação para a 130ª no ranking de 2013. O estudo avalia fatores como facilidade em abrir e fechar uma empresa e até em conseguir energia elétrica para a nova companhia e fazer comércio exterior. No quesito “seguir regras tributárias e trabalhistas”, o desempenho brasileiro é um dos piores entre as nações pesquisadas. Dois fatores pesam nessa má colocação: as despesas de contratação e a insegurança jurídica. De acordo com o relatório do Bird, a insegurança decorre (1) da pobreza da negociação coletiva; (2) de leis em excesso e mal redigidas; (3) de interpretações divergentes dos tribunais; (4) de abusos na execução de sentenças, com devastadoras penhoras on-line; (5) de intervenção excessiva de órgãos da fiscalização e do próprio Ministério Público, aplicando multas, desconsiderando contratos e relações entre pessoas jurídicas por mera presunção de fraude.

Se, por um lado, a reforma trabalhista não avança no Brasil, por outro, o Tribunal Superior do Trabalho tem criado súmulas que, embora tratem apenas de questões técnicas referentes ao processo trabalhistas, muitas vezes acabam gerando dúvidas e são responsáveis por entendimentos divergentes por parte dos juizes nos

tribunais trabalhistas. Diante disso, como o Judiciário poderia garantir a segura solução de litígios entre trabalhadores e empregadores? Para José Pastore, a criação de súmulas que *de fato* legislam é um absurdo. “Os magistrados parecem ter pouca sensibilidade para as consequências econômicas e sociais de suas decisões. Além de travarem o processo negocial, muitas súmulas travam o crescimento do País e dos empregos de boa qualidade”.

A reforma que não existe

Em março do ano passado, durante reunião com representantes de seis centrais sindicais, a presidente da República Dilma Rousseff negou que o governo pretenda mudar a legislação trabalhista, dando como exemplo a permissão do trabalho por hora, proposto por empresários dos setores do comércio e de serviços. “No meu governo não vai ter reforma trabalhista. Nenhum ministro está autorizado a falar sobre isso ou propor qualquer coisa nesse sentido”.

Em novembro, durante a abertura do seminário Relações do Trabalho para o Brasil do Século 21, organizado pelo grupo Diários Associados, em Brasília, o vice-presidente da República, Michel Temer, defendeu alterações pontuais na legislação trabalhista para aprimorar as relações entre empregados e patrões. “Muitas vezes, tentamos fazer uma reforma sistêmica, num conjunto de normas. Mas isso implica o contribuinte, os municípios, o estado e a União. E fazer a concordância de maneira global é extremamente difícil”, declarou. Para o vice-presidente, é preciso fazer mudanças pontuais, com ampla discussão entre todas as partes interessadas, como empresários e empregados.

Por “alterações pontuais” podemos entender o pacote de medidas anunciado dois meses antes pelo governo federal, com a desoneração fiscal de 25 setores econômicos – na prática, a retirada a contribuição de 20% sobre as folhas de pagamentos das empresas ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). A redução da carga tributária é justamente a parte que mais interessaria ao empresariado na reforma trabalhista, afinal esta é a que maior peso tem para a competitividade das empresas. “O atual movimento de desoneração da folha de salários está numa boa direção e já vem trazendo vantagens limitadas a vários setores. Entretanto, a desoneração deveria ser total e não com compensação no faturamento das empresas. Para tanto, impõe-se não apenas uma reforma trabalhista mas principalmente uma reforma previdenciária. O custo unitário do trabalho no Brasil explodiu nos últimos anos e tirou as vantagens comparativas da nossa economia – com exceção da agropecuária”, defende Pastore.

A verdade é que embora o governo federal tenha adotado tais medidas de incentivo à produção não apenas no âmbito previdenciário – a redução das tarifas de

energia elétrica é outro bom exemplo –, alguns pontos são motivos de queixas mais frequentes por parte de lideranças empresariais, como o pouco, ou quase nenhum, investimento em infraestrutura e, principalmente, alternativas de escoamento da produção, que não sejam a nem sempre eficiente malha rodoviária brasileira. “Os problemas de logística são gravíssimos. O das estradas e portos, mais ainda. O da burocracia é insuportável. Tudo isso eleva o Custo Brasil. O Brasil poderia estar muito longe em matéria de competitividade se tais problemas tivessem sido resolvidos quando foram levantados pelos especialistas – há 30 anos”, acrescenta o economista.

Além da questão tributária, existe uma parcela da classe política, e mesmo do Poder Judiciário, que defende uma “necessária modernização das leis e das relações do trabalho”. Para José Pastore, a modernização funcional seria a que ampliasse o espaço para a negociação e que levasse o Poder Judiciário a respeitar rigorosamente o que é livremente negociado entre as partes. “Nessa modernização teríamos também de limitar a tutela do Estado realmente aos casos dos mais necessitados”, avalia. Outro ponto do texto original da reforma está relacionado a uma série de medidas que levam em conta a “humanização” das relações de trabalho. Para o economista, no entanto, este aspecto é facilmente equacionável. “A maior humanização é a de levar as proteções sociais mínimas a mais da metade da força de trabalho que ainda está na informalidade”, conclui Pastore.



Notas

¹ *Evolução Recente da Informalidade no Brasil*, dos pesquisadores Fernando Holanda Barbosa Filho e Rodrigo Leandro de Moura, do Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas (Ibrev). Disponível em: <http://portalivre.fgv.br/>.

Referências bibliográficas

KRUSE, Marcos. *O significado da reforma trabalhista*. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5184/o-significado-da-reforma-trabalhista>

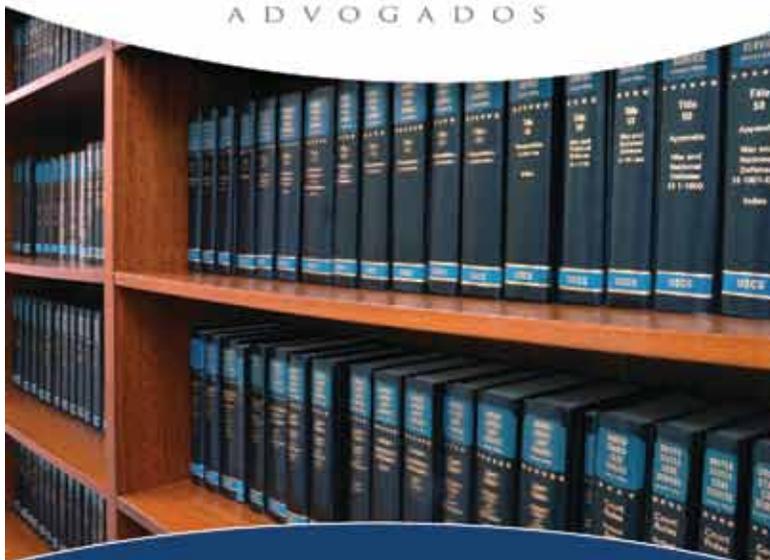
PASTORE, José. *Reforma trabalhista: o que pode ser feito?* 2006. Disponível em: < http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt_136.htm>

Pesquisa mostra que reforma trabalhista é prioridade para 36% dos brasileiros. 8/3/2012. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-08-03/pesquisa-mostra-que-reforma-trabalhista-e-prioridade-para-36-dos-brasileiros>.

Temer defende reformas trabalhistas pontuais. 7/11/2012. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/vice-presidente/noticias/2012/11/2012-11-07-reforma-trabalhista>>

Fórum Nacional do Trabalho (MTE). <http://www.mte.gov.br/fnt/default.asp>

Relatório Doing Business, Banco Mundial: Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2012>>



O escritório tem sede na cidade do Rio de Janeiro, com filiais em São Paulo e Salvador, além de manter estreito relacionamento operacional com outros proeminentes escritórios de advocacia nas principais cidades do Brasil, tais como Brasília e Belo Horizonte.

Nossa equipe de profissionais possui rigorosa formação técnica e experiência adquirida em inúmeros casos, de modo a apresentar soluções para os mais diversos problemas trazidos pelos clientes.

O escritório atua intensamente na área do Direito empresarial, com grande ênfase no contencioso cível e fiscal. Nossos profissionais também estão aptos a prestar assessoria jurídica a pessoas físicas e jurídicas nas áreas societária, fiscal, trabalhista, previdenciária, comercial, administrativa, ambiental, imobiliária e defesa da concorrência, entre outras.

ÁREAS DE ATUAÇÃO

DIREITO TRIBUTÁRIO • DIREITO CIVIL

DIREITO COMERCIAL • DIREITO SOCIETÁRIO

DIREITO PREVIDENCIÁRIO • DIREITO DO TRABALHO

Rio de Janeiro: Rua Sete de Setembro, 99, 15º andar – Centro
Tel: (21) 2222-0107

São Paulo: Rua Padre João Manoel, 755, 15º andar, conj. 152
Cerqueira César • Tel: (11) 3896-1777

Bahia: Av. Tancredo Neves, 1.283, Sls. 403/404, Ed. Empresarial
Ômega – Caminho das Árvores • Tel: (71) 3341-0707

Precatórios: a decisão do Supremo Tribunal Federal

Antonio Oliveira Santos | Presidente da Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo

Como se sabe, em milhares de casos os entes públicos não reconhecem créditos líquidos e certos das pessoas jurídicas e físicas, forçando-as a pleitear o reconhecimento de seus direitos perante a Justiça. Com a decisão final a favor dos particulares, geralmente após decorridos muitos anos, a Justiça expede os denominados precatórios, que são ordens de pagamento contra o ente público condenado. Os pagamentos devem ser custeados por dotações orçamentárias próprias, mas os Orçamentos nunca alocam os recursos necessários à liquidação de todos os precatórios, em respeito às decisões da Justiça.

Em defesa dos legítimos direitos dos titulares dos precatórios, protestamos, veementemente, nos artigos “A PEC do terceiro calote” e “Calote imoral e inconstitucional”, no *Jornal do Brasil* de 15/10/09 e 18/11/09, “Precatórios: uma vitória de Pirro dos credores”, “Precatórios: depois do calote, o confisco” e “Precatórios x Penhora *on line*”, no *Jornal do Commercio* de 31/8/11, 7/12/11 e 11/5/12, respectivamente, “contra os sucessivos *calotes* impostos aos credores, sob a alegação de insuficiência de recursos”, e registramos que o Congresso Nacional tem contribuído para o desrespeito aos direitos dos credores, ao acrescentar, conforme Emendas 20/98, 20/02, 37/02 e 52/09, quatorze parágrafos ao art. 100 da Constituição, que, de modo claro e suficiente, disciplinava a matéria. No ADCT, havia sido incluído, por pressão dos Estados, o art. 33 (*o primeiro calote*), que parcelou em oito anos o pagamento dos precatórios então existentes. A Emenda nº 30/2000 (*o segundo calote*) prescreveu um novo parcelamento de dez anos (art. 78 do ADCT). E a Emenda nº 62/06 (*o terceiro calote*) acrescentou ao ADCT o art. 97, com 18

parágrafos, 25 itens e 6 alíneas, que criou o imoralíssimo leilão do *quem aceita menos*, para coagir os credores mais necessitados a receber qualquer quantia, violando o princípio da moralidade previsto no artigo 37.

Em brilhante decisão proferida em 2011, o Supremo Tribunal Federal *julgou inconstitucional o parcelamento, em até dez anos*, imposto pela citada Emenda nº 30/2000, tendo em vista que seu art. 2º “violou o direito adquirido do beneficiário do precatório, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” e “atentou contra a independência do Poder Judiciário”. Por isso, na ocasião, ponderamos que os titulares dos precatórios haviam obtido uma vitória de Pirro, até que a Emenda nº 62 também fosse declarada inconstitucional.

Agora, noutra magistral decisão, o Supremo Tribunal, julgando procedentes duas ADIN’s, considerou inconstitucional a parte nociva da Emenda nº 62/09, por violação aos princípios constitucionais que garantem a isonomia, o direito adquirido, o respeito à coisa julgada e a separação dos poderes. O Relator, Ministro Aires Brito, em outubro de 2011, já havia votado pela derrubada da Emenda 62/09, acentuando a inconstitucionalidade das normas referentes à compensação do valor dos precatórios com débitos perante a Fazenda Pública, por afrontar os princípios da separação dos poderes e da isonomia. Também considerou inconstitucional a regra da correção dos precatórios pelo “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança”, o que importaria na “deterioração ou perda de substância” do “bem jurídico”. Julgou inconstitucional e taxou de “surrealismo jurídico” a possibilidade da prorrogação por até 15 anos, pelo ente público devedor, do prazo para o pagamento dos precatórios. E considerando adequada

a qualificação da Emenda 62/09 como a “**emenda do calote**”, o Ministro entendeu que “fere o princípio da moralidade” a regra do “quem aceita menos”, o grotesco leilão concebido pela Emenda.

Agora, o julgamento foi concluído, sendo as ADIN’s julgadas procedentes, por maioria dos votos – Ministros Ayres Brito, Luiz Fux, Rosa Weber, Carmen Lúcia, Celso de Mello e o Presidente Joaquim Barbosa. Nessa ocasião, o Ministro Luiz Fux acentuou que “é preciso que a criatividade dos nossos legisladores seja colocada em prática conforme a Constituição, de modo a erigir um regime regulatório de precatórios que resolva essa crônica problemática institucional brasileira sem, contudo, despejar nos ombros do cidadão o ônus de um descaso que nunca foi seu”. E o Ministro Joaquim Barbosa, Presidente do STF, declarou que “impor ao credor que espere pelo pagamento por um tempo superior à expectativa de vida média do brasileiro retira por completo a confiança na jurisdição e a sua efetividade”.

A decisão do Supremo Tribunal fundamentou-se nos mesmos argumentos que embasaram nossos artigos, traduzindo a posição da Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo. 



Foto: Rodolfo Stuckert

Técio Lins e Silva
& Ilídio Moura
ADVOGADOS ASSOCIADOS

Experiência e tradição
de mais de 80 anos

Rio de Janeiro

Av. Rio Branco, 133 - 12º andar
Centro - RJ 20040-006
Tel.: +55 (21) 2224-8726 / Fax: +55 (21) 2232-1012
escritorio.rio@linsesilva.adv.br

penalaw@linsesilva.adv.br
www.linsesilva.adv.br

Brasília

SHS quadra 06, Centro Empresarial Brasil XXI
Bloco A, sala 301, Asa Sul - DF 70316-102
Tel.: +55 (61) 3321-1971 / Fax: +55 (61) 3051-3722
escritorio.bsb@linsesilva.adv.br

Sinergias entre as Agências Reguladoras e o meio ambiente

Katia Junqueira | Diretora Jurídica do Grupo Gas Natural Fenosa Brasil

1. Introdução

A princípio, pode ser difícil imaginar alguma correlação entre a atuação das Agências Reguladoras de Serviços Públicos e o Meio Ambiente.

No entanto, numa análise um pouco mais detida, é possível vislumbrar reais e importantes impactos positivos da atuação adequada das Agências Reguladoras, por meio de ações de fiscalização quanto ao cumprimento da legislação ambiental, bem como a regulação desse tema – sempre de forma compatível com o disposto na legislação em vigor – em total consonância com o interesse público, como procuraremos demonstrar a seguir.

É certo, porém, que para que se alcance tal objetivo, não é suficiente qualquer ação do ente regulador, mas sim, uma ação eficiente e focada, estritamente dentro de seus objetivos institucionais e competências legais.

Entretanto, para que se chegue ao ponto nodal da questão, é importante apresentarmos algumas considerações preliminares que permitirão um encadeamento lógico do assunto.

2. O meio ambiente e a Constituição Federal

É sabido que, frente aos crescentes anseios da sociedade, o Legislador Constituinte de 1988, erigiu a preocupação com o meio ambiente a preceito constitucional, consubstanciado no artigo 225, *in verbis*:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (grifos nossos)

Em consonância com o disposto no citado artigo da Carta Constitucional, o meio ambiente é considerado um bem público e a preocupação com sua preservação traduz o denominado Princípio do Desenvolvimento Sustentável, inerente ao Direito Ambiental.

Nesse diapasão, a preservação do meio ambiente é um dever do Poder Público e da coletividade (pessoas físicas e jurídicas).

Essa responsabilidade pela defesa do meio ambiente, ainda com base em preceitos constitucionais é de competência comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, senão vejamos:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas.

3. Classificação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

Por seu turno, o direito constitucional ao meio am-



biente ecologicamente equilibrado, é um direito fundamental de terceira geração¹ (direitos difusos), derivado de um dos elementos preconizados na Revolução Francesa, qual seja, a fraternidade, direito este diretamente relacionado ao direito à vida.

A preocupação mais concreta com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está intimamente relacionada à evolução da sociedade moderna em termos de industrialização e urbanização, considerando-se os naturais impactos produzidos por essas atividades.

4. Meio ambiente e impactos ambientais – Aspectos gerais

A expressão meio ambiente traduz, de forma genérica, o conjunto de condições naturais, influências e interações que atuam sobre organismos ou seres vivos, como animais, vegetais e os seres humanos.

Entretanto, de forma mais específica, o Professor José Afonso da Silva², conceitua o meio ambiente como:

(...) toda a natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendidos, portanto, o solo, a água, o ar, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico.

Nesse contexto, o sociólogo e professor Antonio Carlos Sant'ana Diegues alerta sobre o chamado “mito moderno da natureza intocada”³, lecionando que o problema fundamen-

tal, em termos de meio ambiente, se dirige, naturalmente, a qualquer impacto negativo induzido pelo homem sobre o ambiente e que possa ser prejudicial à existência do ser humano no planeta.

Na visão normativa, contida no artigo 1º da Resolução CONAMA 001/86, é considerado impacto ambiental:

Qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de material ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afete a saúde, a segurança e o bem-estar da população, as atividades sociais e econômicas; a biota; as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; a qualidade dos recursos ambientais”.

Em termos de meio ambiente, prevalece a filosofia da prevenção de danos, consubstanciada em um dos mais relevantes princípios norteadores do Direito Ambiental, que é o Princípio da Prevenção segundo o qual devem o Poder Público e a coletividade, agir de maneira a prevenir um dano ambiental, uma vez que a reparação desse dano, quando possível, é muito mais onerosa que a sua prevenção, ademais de se correr o risco de que esse dano seja irreparável. Afinal, como reparar, por exemplo, a extinção de uma espécie da flora ou da fauna?

5. A Regulação no Brasil

Feitos tais comentários iniciais, nos compete abordar o tema da regulação.

No que concerne à regulação dos serviços públicos no Brasil, não é a mesma recente, ao contrário do que muitos podem presumir. Com efeito, há mais de um século, a Companhia CIT de Esgotos, na cidade do Rio de Janeiro, foi o primeiro serviço público concedido no Brasil, isso no ano de 1852⁴.

Porém, na hodierna formatação, a regulação surgiu no Brasil, nos anos 90, com a abertura econômica e o neoliberalismo.

Nesse contexto, o papel do Estado, naquele momento majoritariamente interventor, passou ao de regulador e fiscalizador, papel este atualmente exercido por meio das Agências Reguladoras, autarquias especiais, caracterizadas por independência e autonomia funcional e financeira e dotadas de poder de polícia.

6. Regulação – Garantia de direitos fundamentais e desenvolvimento

Para Marçal Justen Filho⁵, a regulação pode ser conceituada como:

A regulação econômico-social consiste na atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais. (grifos nossos)

Frente ao conceito de regulação acima transcrito, é possível depreender que este instituto surge como indutor de desenvolvimento não só econômico, mas também social, notadamente por meio do estímulo da universalização de serviços públicos, que democratiza o uso dos mesmos, na medida em que busca expandir os benefícios dos citados serviços a um número cada vez maior de usuários.

Note-se que, também na exploração desses serviços, há a obrigação de observar o disposto no artigo 170, inciso VI, da Constituição Federal, a seguir transcrito:

Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, consoante os ditames da justiça, observados os seguintes princípios:

(...)

VI – defesa do meio ambiente...” (grifos nossos)

Com efeito, o que se evidencia é que o legislador constituinte visou não o *crecimento econômico*, mas sim, o *desenvolvimento econômico* e há que se destacar a diferença básica e essencial entre esses dois conceitos. O primeiro está focado em acúmulo de riquezas, sem levar em consideração a sua distribuição equitativa e coletiva, enquanto que o desenvolvimento, apesar do evidente caráter econômico, está focado não apenas na geração de riquezas, mas tem, também, por objetivo, distribuí-las de forma equânime, objetivando melhorar a qualidade de vida de toda a população, levando em consideração, portanto, a evolução social e a qualidade ambiental do planeta, o que, verdadeiramente, atende ao interesse da sociedade.

7. As Agências Reguladoras e o meio ambiente

A Lei Federal de Concessões, Lei 8.987/95, inclui dentre os encargos do Poder Concedente dos serviços públicos, o de *zelar* pela preservação do meio ambiente. Isso demonstra a preocupação do legislador ordinário com a preservação do meio ambiente no que se refere à execução dos serviços concedidos. Vejamos:

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

(...)

X – estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio ambiente e conservação.

Esse encargo, conforme previsto na própria Lei antes citada, e com base no modelo regulatório brasileiro, foi transferido às Agências Reguladoras.

Nesse diapasão, vale mencionar, exemplificativamente, algumas das leis instituidoras de importantes Agências Reguladoras, que preveem expressamente a responsabilidade das mesmas quanto à preservação do meio ambiente. Nesse sentido, podemos citar a Lei Federal que instituiu a

ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, qual seja, a Lei Federal nº 9478, de 6/8/97, com suas posteriores alterações, que destaca:

Art. 1º As políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia visarão aos seguintes objetivos:

(...)

IV – **proteger o meio ambiente** e promover a conservação de energia.

Art. 8º A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe:

IX - fazer cumprir as boas práticas de conservação e uso racional do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis e de **preservação do meio ambiente**. (grifos nossos)

Outro importante exemplo de legislação que destaca a responsabilidade das Agências Reguladoras no que tange à preservação do meio ambiente é a Lei Federal nº 10.233, de 05 de junho de 2001, instituidora da ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres e da ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários, *in verbis*:

Art. 11. O gerenciamento da infra-estrutura e a operação dos transportes aquaviário e terrestre serão regidos pelos seguintes princípios gerais:

(...)

V – **compatibilizar os transportes com a preservação do meio ambiente, reduzindo os níveis de poluição sonora e de contaminação atmosférica, do solo e dos recursos hídricos**” (grifos nossos)

8. As Agências Reguladoras, meio ambiente e princípios da legalidade estrita e da reserva legal

Entretanto, cabe destacar, que a atividade do ente regulador em matéria ambiental se dará muito mais no âmbito fiscalizatório do que regulatório, pois na sua atuação a Agência estará adstrita à observância das leis ambientais, principalmente por força do Princípio da Legalidade Estrita, que rege os órgãos da Administração Pública e também pelo Princípio da Reserva Legal que ampara os particulares. Assim, qualquer comando regulatório em matéria ambiental deve sempre estar em consonância com uma das espécies previstas no processo legislativo.

Nesse sentido, ainda recorrendo à lição do Professor José Afonso da Silva⁶, o mesmo pondera que a melhor técnica distingue o Princípio da Legalidade do Princípio da Reserva Legal e assim o faz porque, no seu entendimento, o primeiro traduz a submissão e o respeito à lei, além da atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. Já o segundo, se caracteriza pelo fato de que a

regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se obrigatoriamente por lei.

Dessa maneira, também em matéria ambiental, toda a atividade regulatória da Agência Reguladora só terá validade desde que exercitada dentro dos limites da Lei em sentido estrito.

9. As Agências Reguladoras e o desenvolvimento econômico sustentável

Ademais do já exposto, é essencial comentar que o objetivo primordial da atividade regulatória e fiscalizatória das Agências é zelar pelo interesse público de forma geral.

No caso da função regulatória das Agências, ela se divide em três tipos de atividade: regulação econômica, administrativa e social. É na atividade de regulação social que se situa especificamente a proteção de interesses como, por exemplo, a saúde, a segurança e o meio ambiente.

É certo dizer que, dentre os objetivos das Agências Reguladoras se insere o de zelar pela defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, seja por meio da fiscalização direta dos serviços prestados pelos concessionários quanto ao cumprimento da legislação ambiental, seja por meio da colaboração com os órgãos de defesa do meio ambiente.

Porém, o que efetivamente deve ser buscado pelo Regulador é o denominado desenvolvimento sustentável, que é o que “atende às necessidades do presente sem comprometer as das gerações futuras” (definição contida no relatório “Our Common Future” – “Nosso Futuro Comum”, da *Comissão Mundial do Meio Ambiente* e do *Desenvolvimento*, 1987).

Nesse sentido, o desenvolvimento econômico sustentável é aquele que pressupõe a expansão econômica permanente, com melhorias nos indicadores sociais e na preservação ambiental e é esse tipo de desenvolvimento almejado para o bem do interesse público.

10. Características dos serviços públicos regulados pelas Agências

Os serviços públicos concedidos e regulados possuem uma característica comum a todos eles: caracterizam-se, direta ou indiretamente, pela exploração de recursos naturais, pelo seu fornecimento ou pelo seu consumo, com impactos sobre o meio ambiente.

Podemos citar, exemplificativamente, como serviços que usam diretamente recursos naturais, a geração de energia elétrica. Outro exemplo é a distribuição de água canalizada.

Porém, ainda que não envolvam diretamente o uso desses recursos, a prestação desses serviços, utiliza, ainda que de forma indireta recursos naturais e/ou gera algum tipo de impacto ao meio ambiente, como por exemplo, é

o caso dos transportes públicos nos seus vários modais (ferroviário, rodoviário, aeroviário, aquaviário e dutoviário).

Um exemplo interessante é o impacto causado sobre os sítios arqueológicos existentes no subsolo seja ele urbano ou não. As empresas concessionárias ao expandirem serviços públicos que dependam de implantação de dutos no subsolo, não raro se deparam com a existência desses sítios arqueológicos e, conseqüentemente, com a necessidade de adotar procedimentos que preservem esse patrimônio histórico e arqueológico, sob pena de danos irreversíveis ao meio ambiente.

11. Resultados concretos das atividades das Agências Reguladoras sobre o meio ambiente

Diversos são os casos em que se pode verificar uma atuação regular e adequada do ente regulador no âmbito de sua competência e que podem servir de exemplo da grande sinergia existente entre as Agências Reguladoras e a preservação do meio ambiente.

Um *case* emblemático é o da proibição do uso do óleo ascarel no território do Estado do Rio de Janeiro, o que ocorreu com a publicação da Lei Estadual nº 3373/00, que proíbe o uso da citada substância. Para se ter uma idéia dos seus impactos à saúde e ao meio ambiente, vejamos uma sucinta explicação⁷:

(...) esses compostos não são biodegradáveis e se bioacumulam em tecidos vegetais e animais. Seus resíduos são tóxicos e de reconhecida ação carcinogênica (provocam o câncer), além de causar **danos irreversíveis ao sistema nervoso central.**

(...)

O ascarel é um produto tecnicamente chamado de Alocloro 1254, um óleo resultante da mistura de hidrocarbonetos derivados de petróleo, utilizado como isolante em equipamentos elétricos, sobretudo transformadores e capacitores elétricos. É um fluido dielétrico e lubrificante que serve também para resfriar equipamentos elétricos, além de evitar os curtos-circuitos. Os óleos que contêm PCBs são conhecidos sob denominações comerciais, chamados de ascaréis. São compostos organoclorados, o que os colocam na lista dos POPs (poluentes orgânicos persistentes), **não-biodegradáveis, altamente tóxicos de ação corrosiva e inflamável, capazes de causar efeitos nocivos ao ambiente e à saúde humana. Possuem característica lipofílica (solúvel em gorduras), o que facilmente permite sua chegada até humanos, via ingestão de pescado**, por exemplo. (grifos nossos)

Como a concessionária de serviços públicos de transporte de passageiros no Rio de Janeiro que utilizava esse produto em seus equipamentos não cumpriu com os prazos legais para substituir o uso do ascarel, altamente

tóxico e contaminante do meio ambiente, a então ASEP-RJ, Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro, instaurou processo regulatório por meio do qual visava obrigar a concessionária de serviços públicos de transporte de passageiros a cumprir a legislação. Esse processo resultou na assinatura de um Termo de Ajustamento de Conduta, com a participação do Ministério Público Estadual, não sendo mais utilizado atualmente esse produto pela empresa.

Outro exemplo emblemático da regular atuação da Agência Reguladora, resultando em impactos positivos para o meio ambiente é o caso das Concessionárias Prolagos e Águas de Juturnaíba, relativamente à Recuperação da Lagoa de Araruama no Estado do Rio de Janeiro.

Nesse exemplo, no ano de 2001, por solicitação do Consórcio Intermunicipal de Lagos e São João – formado por Prefeituras, empresas da região e cerca de 40 Ong's situadas na Região do Lagos, no Rio de Janeiro –, a ASEP-RJ iniciou tratativas com as concessionárias de saneamento Prolagos e Águas de Juturnaíba objetivando a repactuação de investimentos, mais precisamente, a antecipação dos mesmos, de maneira a tentar salvar a Lagoa de Araruama que se encontrava em estado de total precariedade ambiental, com constante mortandade de peixes e da vida marinha ali existente, com impactos sobre a população local.

Esse processo culminou com a assinatura de um Termo Aditivo aos contratos de concessão então vigentes, totalizando um investimento, à época, de mais de R\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de reais). Com isso, foi possível antecipar investimentos previstos nos Editais de Licitação das Concessões, primordialmente para solucionar o alto grau de degradação ambiental em que se encontrava a Lagoa de Araruama, caracterizado por águas escuras e mau cheiro, por ser o destino final do lançamento dos esgotos domésticos da região atendida pelas Concessionárias antes citadas reguladas pela ASEP-RJ.

Assim, em 2005, várias estações de tratamento de esgotos entraram em operação dentro do objetivo proposto pela Agência Reguladora aos concessionários.

Como resultado final, houve uma relevante melhoria da qualidade ambiental da Lagoa de Araruama e de todo o seu ecossistema, com positivos reflexos para a população local, notadamente para os pescadores que dependem da pesca na região, a ponto dessa mudança ser notícia no Jornal O Globo, sob o título “**Despoluição – Lagoa de Araruama volta a dar sinal de vida**”⁸.

Além desses dois casos emblemáticos e bem sucedidos, citamos também a decisiva atuação da ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, quando da ocasião da 5ª. Rodada de Licitações para Exploração, Desenvolvimento e Produção de Petróleo e Gás Natural, ocorrida em 2003.

Nessa ocasião, seriam licitadas áreas do arquipélago de Abrolhos, santuário ambiental, localizado na região do Parque Nacional Marinho de Abrolhos, no extremo sul do Estado da Bahia. Entretanto, reavaliando a questão por demanda de entidades civis de defesa do meio ambiente, a ANP anunciou, espontaneamente, a exclusão de 162 blocos localizados nessa região.

Aliás, no que tange à ANP, é oportuno, pela atualidade do tema, comentar sobre os *royalties* do petróleo e gás natural, que representam uma compensação financeira devida pelos concessionários em razão dos impactos – inclusive ambientais – pela exploração e produção de petróleo e gás natural.

É esse ente regulador que realiza o cálculo, controle e distribuição dos *royalties*, devendo ser ressaltado que esses *royalties* têm importância crucial para o desenvolvimento sustentável das regiões que os recebem, notadamente para efeito de reparação por danos ao meio ambiente.

12. A competência das Agências Reguladoras em matéria ambiental – Visão do STJ

Cabe trazer à colação entendimento expresso sobre a matéria ora discutida, manifestado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça em aresto proferido por unanimidade no Resp. Nº 1.142.377 – RJ (2009/0102039-4), em que figurou como Recorrente a Petróleo Brasileiro S/A – PETROBRAS e Recorrida a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, tendo como relator o Exmo. Sr. Ministro Herman Benjamim.

Nessa decisão, se reconhece com clareza meridiana a competência das Agências Reguladoras em matéria ambiental, inclusive para efeito de sanções por danos dessa natureza provocados no curso da prestação dos serviços públicos.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. AUTUAÇÃO POR FALHA OPERACIONAL DANOSA AO MEIO AMBIENTE. EXERCÍCIO LEGÍTIMO DO PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL. ART. 8º, IX, DA LEI 9.478/1997. SISTEMA NACIONAL DE MEIO AMBIENTE – SISNAMA. ART. 6º DA LEI 6.938/81. MULTA APLICADA COM BASE NO ART. 3º, IX, DA LEI 9.847/99. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO ATO PUNITIVO. SÚMULA 7/STJ. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. Cuidam os autos de Ação Ordinária ajuizada pela Petrobras contra a Agência Nacional do Petróleo – ANP, visando a anular auto de infração por falha operacional ocorrida na Refinaria Presidente Getúlio Vargas – Repar, que acarretou vazamento de petróleo.

2. Um dos objetivos da Política Nacional de Energia é “proteger o meio ambiente” (art. 1º, IV), cabendo à Agência Nacional de Petróleo – ANP, entre outras competências legais, a

“fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis”, sobretudo quanto a “fazer cumprir as boas práticas de preservação do meio ambiente” (art. 8º, IX, da Lei 9.478/1997)...

3. Assim, por força de disposição legal, a proteção do meio ambiente encontra-se imbricada no poder de polícia da ANP, sem que tal provoque ingerência indevida nas atribuições específicas dos órgãos ambientais, que mantêm sua natural competência à medida que a exploração e comercialização de petróleo, gás natural e biocombustíveis caracterizam atividade potencialmente poluidora, nos termos do art. 3º, II e III, da Lei 6938/81.

4. No ordenamento jurídico brasileiro, o poder de polícia ambiental é prerrogativa inafastável dos órgãos de proteção do meio ambiente. Isso, porém, não quer dizer que o legislador esteja impedido de, *em adição*, atribuí-lo também a outras entidades públicas, postura que, antes de significar *bis in idem*, representa em verdade o reconhecimento de que o dano ambiental e as atividades capazes de causá-lo exigem, pela sua complexidade e múltiplas facetas, a conjugação do *expertise* de toda a Administração Pública, no sentido de assegurar a máxima efetividade nos esforços de prevenção, reparação e repressão.

5. O Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama é integrado por todos os “órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental” (art. 6º, *caput*, da Lei 6.938/81), o que abarca, em *numerus apertus*, não só aqueles listados, expressamente, nos vários incisos, como também os que, por força de lei, recebem poderes de implementação ambiental, como o Ministério Público e as agências governamentais especializadas ou temáticas.

6. A sanção penal ou administrativa ambiental pode se referir tanto à ocorrência do dano em si mesmo (= resultado da conduta degradadora) quanto, alternativa ou cumulativamente, à violação de exigências técnicas para o exercício da atividade ou do procedimento operacional do empreendimento (= *iter* da conduta degradadora) (...)

13. Perspectivas futuras

O papel das Agências Reguladoras de serviços públicos concedidos no desenvolvimento econômico sustentável tem sido tão bem sucedido que, com base em experiências internacionais de sucesso como nos Estados Unidos (Environmental Protection Agency – EPA), já existem defensores da ideia de se criar uma Agência Reguladora do Meio Ambiente no Brasil sob a justificativa de que, como o meio ambiente é um bem público, com características estratégicas e reflexos na soberania nacional (internacionalização da floresta amazônica, por exemplo), evidente a importância de se regular a

utilização desse bem, preservando a biodiversidade e combatendo a biopirataria.

Para os defensores dessa ideia, a Agência Reguladora teria o papel de implementar e fiscalizar as políticas públicas em matéria ambiental e regular o mercado dos Créditos de Carbono, estabelecendo sistemáticas para agilizar os licenciamentos dos projetos de Mecanismos de Desenvolvimento Limpo – MDL, ante as perspectivas de crescimento desse mercado, que atualmente movimentam vários bilhões de dólares ao ano.

14. Conclusão

Feitas tais considerações, fica evidenciada a sinergia existente entre a atuação adequada e eficiente das Agências Reguladoras e o meio ambiente, em benefício não só dos usuários dos serviços públicos, mas da sociedade como um todo, já que a questão ambiental afeta a todos os cidadãos indistintamente.

Por outro lado, é dever das Agências Reguladoras, principalmente com base nos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais em vigor, fomentar o desenvolvimento econômico sustentável dos serviços concedidos, os quais possuem reconhecido aspecto estratégico e de interesse público, sempre visando a melhoria da qualidade de vida da população, a universalização dos serviços, bem como a integridade do meio ambiente, em benefício local, porém, com impacto global. 

Notas

¹ Direitos de primeira geração – são os direitos políticos e civis, que requerem uma atividade negativa por parte do Estado, de maneira a não violar o cunho individual destes direitos.

Direitos de segunda geração – se apresentam em novos modelos de constituições, que se destacam não apenas pela proteção individual dos indivíduos, como também por direitos sociais, culturais e econômicos respeitantes às relações de produção, trabalho, educação, cultura e previdência. Direitos de terceira geração – resultantes do prestígio que as constituições das modernas sociedades, começaram a conceder a novos direitos, como o direito ao desenvolvimento, à paz, à propriedade sobre o patrimônio comum, à comunicação e ao meio ambiente. Direitos de quarta geração - resultam da globalização política (direito à democracia, direito à informação e direito ao pluralismo).

² SILVA, José Afonso, *Direito Urbanístico Brasileiro*, São Paulo, Ed. RT, 1981, pág. 435.

³ DIEGUES, Antonio Carlos Sant’ana. *O Mito Moderno da Natureza Intocada*, São Paulo, Ed. Hucitec, 2001, 3ª. Edição.

⁴ FERRON, Roberto Tadeu Miras; ALONSO, Paulo Gimenes. *Regulação dos Serviços Públicos com Ênfase para o Saneamento Básico*, in <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/950/920>, acesso em 19/03/13.

⁵ Justen Filho, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Saraiva, 2005, pág. 447

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 421.

⁷ Revista Enfoque, Edição 53, outubro/08

⁸ O Globo Online, publicada em 07/06/2008 às 17h43m.

Invista em Itaboraí

A capital dos bons negócios.

Distante apenas 39km da capital do Rio de Janeiro, Itaboraí é hoje a grande oportunidade de excelentes negócios para empresas de diversos setores. Sede do Comperj - Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro, e com uma Base Industrial e Tecnológica sendo implantada, o município terá em 10 anos, o seu PIB estimado em R\$17 bilhões e sua população chegará a 1 milhão de habitantes nesse período.

Esses empreendimentos estão atraindo empresas de diversos segmentos, pois hoje com a nova administração municipal, Itaboraí mostra um cenário de progresso e de modernização da cidade. Seu território faz divisa com Tanguá e Maricá, municípios que serão beneficiados pelo Arco Metropolitano do Rio de Janeiro, uma via de escoamento que integrará uma importante região do estado que compreende de Itaguaí à Itaboraí, promovendo o desenvolvimento integrado de toda essa região.

Itaboraí



Conheça Itaboraí, a cidade que será a segunda capital do estado e o melhor lugar para sua empresa.



**PREFEITURA
ITABORAÍ**

www.itaborai.rj.gov.br

Uso da faixa de domínio – não onerosidade para agente do setor elétrico

Fábio Amorim da Rocha | Presidente da Comissão de Energia do Conselho Federal da OAB

Fernando Antônio Fagundes Reis | Diretor Jurídico da Light Serviços de Eletricidade S/A
Professor Universitário

1. Breve intróito

A 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, em maio de 2008, de forma unânime definiu um marco a respeito do embate no judiciário sobre a cobrança de taxa pela utilização da faixa de domínio das rodovias. A ação foi proposta por uma concessionária de gás em face de uma ferrovia, ambas do Rio de Janeiro.

A referida decisão – REsp 954.067 – é mais uma demonstração que o judiciário tem rechaçado a tentativa de algumas rodovias e ferrovias de cobrarem o acesso as faixas de servidão. Este caso se aplica as concessionárias de energia elétrica que estão sendo obrigadas em seus estados a ingressarem com ações buscando garantir o acesso não oneroso à faixa de domínio de rodovias, viabilizando, assim, a execução dos serviços e projetos a que estão adstritas a cumprir, por força do contrato de concessão e das determinações legais que se sujeitam.

É bom esclarecer que antes mesmo do contrato de concessão firmado entre a União Federal e distribuidoras, já existia limitação quanto à cobrança pela ocupação de faixas de domínio de rodovias por linhas de transmissão, subtransmissão e distribuição de concessionários de serviços públicos de energia elétrica determinada pelo próprio poder concedente (no caso a União Federal).

O contrato de concessão celebrado entre as

distribuidoras e a União Federal, dispõe que estas podem utilizar-se, por prazo indeterminado e sem ônus, dos terrenos de domínio público e estabelecer sobre eles, estradas, vias ou caminhos de acesso e as servidões que se tornem necessárias à exploração dos serviços concedidos, com sujeição aos regulamentos administrativos.

Não há dúvida, portanto, de que as distribuidoras estão investidas do poder estatal como se ele fosse, ou seja, independente da característica privada da empresa, estas gozam de prerrogativas do Estado na prestação do serviço público.

2. A base legal para a não onerosidade

O Código de Águas (Decreto 24.643/1934) e o Regulamento dos Serviços de Energia Elétrica (Decreto 41.019/57), nos arts 151, “a” – do 1º e 108 “a” – do 2º e no Decreto nº 84.398/1980, por meio dos seus arts. 1º e 2º, estabelecem procedimento de ocupação de terrenos de domínio público e deixam claro que as autorizações serão por prazo indeterminado e sem ônus para os concessionários de serviços públicos de energia elétrica.

Assim, os arts. 1º e 2º do Decreto 84.398/80 (alterado pelo Decreto 86.859/82), regulamentam o Código de Águas, assegurando expressamente a ocupação gratuita de domínio público para a execução de seus serviços. Com isso, a União, poder concedente, criou direitos para



Fernando Antônio Fagundes Reis, Diretor Jurídico da Light Serviços de Eletricidade S/A

as distribuidoras – direitos integrados ao contrato de concessão – e limitou – com relação a ela – o próprio direito de cobrar pela utilização da faixa de domínio das rodovias. Verifica-se que a legislação de energia elétrica é muito anterior aos contratos de concessão assinados pelas concessionárias de rodovia que participaram dos leilões a partir da Lei nº 8.987/95.

Buscando afastar a gratuidade prevista nos normativos acima referidos, as rodovias alegam que estão autorizadas a explorar fontes de receitas alternativas a fim de manter a modicidade do pedágio, com base no artigo 11 da Lei nº 8.987/95. Além disso, alegam que por força de lei, o uso comum do bem público pode ser retribuído, o que acontece com as rodovias que cobram pedágios.

Esse argumento cai por terra, uma vez que as distribuidoras também são concessionárias de serviço público, sujeitando-se ao mesmo artigo acima mencionado. Com a alegação de que buscam a modicidade de suas tarifas, as rodovias pretendem onerar as distribuidoras com encargos que integrarão a base de cálculo para a fixação das tarifas de energia elétrica, esquecendo serem elas também concessionárias de serviços públicos.

Se porventura obtivessem êxito em seus pleitos no judiciário, o que está longe de ocorrer, já que tanto legislação, doutrina e jurisprudência são amplamente

favoráveis à tese das distribuidoras, impactado estaria o princípio da modicidade tarifária, ocasionando, deste modo, revisões de tarifas (conforme dispõe o artigo 9º da lei nº 8.987/95), que onerariam todos os usuários atendidos pelas distribuidoras.

Ademais, o contrato de concessão das rodovias não assegura expressamente o direito de obter receitas alternativas mediante cobranças feitas a outras concessionárias de serviços públicos, sendo certo que, também nesse contrato, as rodovias se obrigam a respeitar todas as normas legais e regulamentares em vigor, e isso inclui o Decreto 84.398/80, anteriormente mencionado.

Assim, de nada adiantaria – antes, violaria o princípio da razoabilidade – favorecer a modicidade das tarifas de rodovias em contrapartida à elevação das demais (telefone, gás, energia elétrica), pelo encarecimento resultante da cobrança.

Esta descabida exigência, caso não seja rechaçada pelo judiciário como, aliás, vem ocorrendo, acaba por oferecer sérios riscos ao setor elétrico, já que a exigência de pagamento de indevida remuneração pelo uso de faixa de domínio implica verdadeiro desequilíbrio na equação econômico-financeira do contrato de concessão, ocasionando uma necessária mudança na política tarifária e criando grandes dificuldades à garantia de modicidade dessas mesmas tarifas de energia elétrica.



Fábio Amorim da Rocha, Presidente da Comissão de Energia do Conselho Federal da OAB

Assim, não há qualquer impedimento a que as concessionárias de rodovias cobrem de particulares que se instalem na faixa de rodovia para exploração de atividades comerciais ou outros fins compatíveis, não havendo fundamento para cobrar pelo uso exercido por outras concessionárias de serviços públicos. As mesmas razões que justificavam a gratuidade antes da privatização das empresas estatais que prestavam serviços públicos permanecem agora quando os mesmos serviços são assumidos por empresas privadas que agem por delegação do poder público e recebem prerrogativas públicas semelhantes às do poder concedente. Além disso, seria irrazoável que as fontes de receitas previstas no artigo 11 da Lei nº 8.987/95 para permitir a modicidade da tarifa, viessem a provocar o aumento da tarifa de outras concessionárias públicas, como a de energia elétrica.

Patente, pois, que a malsinada cobrança, além de ilegal, atingiria, diretamente, todos os usuários do serviço prestado pela distribuidora, impactando, consequentemente, no princípio da modicidade tarifária, pressuposto fundamental para a prestação de serviço adequado.

3. A visão da doutrina

Doutrinadores de renome nacional já se pronunciaram a respeito do assunto tratado no presente artigo, mas entendemos oportuna a transcrição de entendimento da

renomada e respeitada professora Maria Sylvia Zanella de Pietro¹ que afirma, com total brilhantismo, que: “Essa cobrança de outras concessionárias pela utilização de faixas de domínio das rodovias contraria o art. 11 da lei nº 8.987, porque leva a resultado exatamente oposto ao interesse protegido pelo dispositivo, ou seja, o interesse dos usuários dos serviços públicos na observância do princípio da modicidade das tarifas. A conclusão é, portanto, no sentido de que não tem fundamento jurídico a cobrança de remuneração das concessionárias de serviços públicos que se utilizam das faixas de domínio das rodovias para a instalação de equipamentos indispensáveis à prestação de serviços públicos”.

Flávio Amaral Garcia, ilustre Procurador do Estado do Rio de Janeiro e, também, conceituado e renomado administrativista, em sua obra “Regulação Jurídica das Rodovias Concedidas” (Editora Lumen Juris, 2004) afirma que “a passagem pela faixa de domínio se assemelha a uma servidão administrativa, que apenas indeniza quando há efetivo prejuízo. Daí se entender que não cabe remuneração, como receita alternativa, devida à concessionária de rodovia”.

Como demonstrado, a melhor doutrina administrativista tem se manifestado no sentido de rechaçar a indevida cobrança pelo uso da faixa de domínio de rodovias

4. O entendimento do Judiciário

Na mesma linha, a jurisprudência pátria tem acolhido a tese da inexistência da cobrança pelo uso da faixa de domínio pelas concessionárias de serviço público, conforme se pode verificar nos acórdãos proferidos pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região (Recurso de Apelação nº 2000.5101019220-5, 3ª Turma, DJ 21/6/2005) Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Apelações Cíveis nº 16.561/2003 e 16.560/2003, 1ª Câmara Cível e Apelação Cível nº 2006.001.001, 12ª Câmara Cível), Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma, AGRMC 9565, DJ de 13/6/2005) e Supremo Tribunal Federal (RE 581947/RO, 27/5/2010), dentre outros.

5. Do posicionamento da Advocacia Geral da União - AGU

Como se não bastasse à legislação, doutrina e jurisprudência favoráveis ao entendimento da não onerosidade defendida pelas distribuidoras, cabe, a seguir, o posicionamento da AGU sobre o tema ora tratado, que, sem dúvida, coloca uma pá de cal nesta discussão entre concessionárias de energia e de rodovias, senão vejamos:

PARECER Nº 017/2011/JCBM/CGU/AGU

PROCESSO Nº 00407.002941/2009-51

INTERESSADO: CCAF

ASSUNTO: Cobrança de taxa pela utilização das faixas de domínio das rodovias federais – controvérsia a respeito da aplicação do Decreto nº 84.398/80 face à Lei nº 8.987/95.

Cobrança pela utilização das faixas de domínio de rodovias e de terrenos de domínio público federais. Isenção (Decreto nº 84.398/80). Divergência entre órgãos da Administração. Conciliação frustrada no âmbito da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal.

A cobrança pela utilização das faixas de domínio pelas concessionárias de serviços públicos de energia elétrica está afastada pelo Decreto nº 84.398/80 (art. 2º).

A Lei nº 8.987/95 não revogou as disposições do Decreto nº 84.398/80. A possibilidade de aferição de receitas alternativas pelas concessionárias de serviços públicos com vistas à modicidade tarifária não implicou em revogação do Decreto nº 84.398/80.

A modicidade prevista no art. 6º, § 1º, da Lei Geral de Concessões e Permissões (Lei nº 8.987/95) deve ser vista de forma conglobante. É inviável ao alcance da modicidade tarifária a obtenção de receita alternativa que onere as tarifas de um serviço em detrimento do outro.

As Agências Reguladoras – conquanto autônomas – não podem expedir normas que contrariem Decreto do Poder Executivo que dispunha contrariamente a respeito da matéria de forma geral.

No Brasil, remanesce com o Chefe do Poder Executivo o poder de regulamentar questões de natureza geral e de dirimir controvérsias entre as Agências Reguladoras e

quaisquer órgãos integrantes da Administração Pública.

A faixa de domínio das rodovias e ferrovias é bem público de uso comum. Inviabilidade de cobrança pela sua utilização em proveito dos usuários de serviços públicos. (grifou-se)

Este brilhante parecer acabou por influenciar a elaboração de um Ofício da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT às concessionárias de rodovias, no sentido de isentar de pagamento de receita extraordinária as redes de energia elétrica a serem implantadas nas faixas de domínio das rodovias federais concedidas.

Como resultado dos posicionamentos acima transcritos, foi publicado no Diário Oficial da União, **Instrução Normativa nº 1, de 5 de julho de 2012**, autorizando a não interposição e a desistência dos recursos já interpostos referentes a decisões judiciais que, em conformidade com o art. 2º do Decreto nº 84.398, de 16 de janeiro de 1980, autorizem a ocupação, sem ônus, pelas concessionárias de energia elétrica, das faixas de domínio de rodovias, ferrovias e de terrenos de domínio público federal.

6. Conclusões

Pelo exposto neste breve artigo, resta demonstrado a total impossibilidade de sufragar-se a cobrança pretendida pelas concessionárias de rodovia, por infringir o direito à não onerosidade do serviço de distribuição de energia elétrica, esbarrando, por conseguinte na legislação setorial, doutrina e jurisprudência predominante.

Não há dúvida de que as rodovias encontram-se desprovidas de qualquer fundamento jurídico para obterem êxito em sua tese, razão pela qual não é por acaso que suas ações judiciais têm se mostrado infrutíferas.

Deve-se deixar bem claro que a concessionária de rodovia não está impedida de cobrar e de receber pelo uso da faixa de domínio. Entretanto, quando for o caso de outras concessionárias de energia elétrica, a ocupação dessa área é feita sem ônus. Isso foi estabelecido pela Titular de ambos os serviços, ou seja, pela União, por intermédio do Decreto supracitado.

Por fim, mas não menos importante, a tese das concessionárias de rodovia, se acatada fosse, o que como vimos está longe de ser verdade, acabaria por consagrar um verdadeiro absurdo, uma vez que tanto o serviço público de transmissão e de distribuição de energia elétrica, quanto das ferrovias e as concessões de rodovias federais são, por expressa previsão Constitucional (art. 21, XII), de titularidade da União.



Nota

¹ *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*, Malheiros, 4ª Edição, pág. 318/320.

A inelegibilidade por rejeição de contas e seus limites

Bruno Barata Magalhães | Advogado, officer da International Bar Association

Carlos Young Tolomei | Advogado, professor de pós-graduação do CEPED/UERJ

Há pouco mais de dois anos, mais precisamente em 7 de junho de 2010, entrou em vigor a Lei complementar nº 135. Tal diploma deu novos contornos normativos à Lei complementar nº 64/90, que estabelece, “de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências”.

Trata-se da “Lei da Ficha Limpa”, conotação de cunho popular, que, dentre outras alterações normativas, modificou a redação da alínea “g” do inciso I do art. 1º da Lei complementar nº 64/90:

Art. 1º – São inelegíveis:

I – Para qualquer cargo:

(...)

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição.

Eis aí, na exegese deste dispositivo, o “fio condutor” desse nosso breve estudo.

Com efeito, a Lei complementar nº 135/10 alterou os parâmetros de inelegibilidade decorrente de rejeição de contas relativas ao exercício de cargos e funções públicas. Sob a égide da regra anterior, bastava que as contas fossem rejeitadas por irregularidade insanável para que o cidadão fosse considerado inelegível. A partir da Lei complementar nº 135/10, para que o agente se torne inelegível, a rejeição de suas contas deve ocorrer “por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente”.

Por comezinho, as condutas que revelarem indícios capazes de configurar ato de improbidade administrativa¹ devem ser apreciadas e julgadas (apenas) pelo Poder Judiciário. Exige a lei, naturalmente, que o fato seja apurado e julgado em regular processo de conhecimento (art. 17 e ss da Lei de Improbidade). Portanto, qualquer procedimento administrativo, consoante o texto legal, tem natureza preparatória para o respectivo processo judicial, não se cuidando de alternativa para determinar o ato como sendo de improbidade administrativa.

De mais a mais, tal conclusão, quanto à necessidade de processo judicial prévio para que se caracterize o ato doloso de improbidade, decorre de forma direta e

“A *ratio*, com efeito, é punir aquele que conscientemente atua em prejuízo do interesse público ou, no mínimo, assume, também conscientemente, o risco por sua conduta notadamente faltosa.”



Bruno Barata Magalhães, advogado

expressa do próprio dispositivo em questão: “por decisão irrecorrível do órgão competente”. Ou seja, há que existir decisão judicial transitada em julgado! Sem isso, não há que se falar de inelegibilidade; ao menos com fundamento neste dispositivo.

Também neste novo cenário, condutas culposas, que antes conduziam à inelegibilidade, não mais se prestam para tal fim. A nova regra exigiu que a *fattispecie* – rejeição de contas – derive de ato intencional e qualificado: improbidade administrativa dolosa.

Aqui surge uma primeira questão de grande relevância hermenêutica. Ao falar em ato “doloso” de improbidade administrativa, a lei impõe ao julgador o dever de analisar o elemento subjetivo da conduta do agente, de modo a abrir espaço para uma eventual “inelegibilidade”. Aliás, a questão relacionada à modalidade “culposa” de improbidade é extremamente tormentosa, em doutrina e jurisprudência, e muitos consideram inconstitucional tal ideia². De nossa parte, não admitimos que a improbidade administrativa, por sua natureza, possa resultar de conduta meramente culposa do agente público. A improbidade, e toda a carga “penal” que dela se infere, volta-se para aquilo que vulgarmente chamamos de “devassidão” administrativa. Neste cenário, justificar-se-ia o aspecto altamente punitivo e pedagógico da lei. A *ratio*, com efeito,

é punir aquele que conscientemente atua em prejuízo do interesse público ou, no mínimo, assume, também conscientemente, o risco por sua conduta notadamente faltosa. O Superior Tribunal de Justiça, após muitas “idas e vindas”, parece caminhar parcialmente neste sentido, delineando uma solução intermediária:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EXIGÊNCIA DO DOLO, NAS HIPÓTESES DOS ARTIGOS 9º E 11 DA LEI 8.429/92 E CULPA, PELO MENOS, NAS HIPÓTESES DO ART. 10. (...) 1. O STJ ostenta entendimento uníssono segundo o qual, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. Precedentes: AgRg no AREsp 20.747/SP, Relator Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 23/11/11; REsp1.130.198/RR, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 15/12/10; EREsp 479.812/SP, Relator Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 27/9/10; REsp 1.149.427/SC, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 9/9/10; e EREsp 875.163/RS, Relator Min. Mauro Campbell Marques,



Carlos Young Tolomei, professor

“Há que se observar o devido processo legal para eventuais declarações de inelegibilidade com base em rejeição de contas que configurem atos dolosos de improbidade administrativa.”

Primeira Seção, DJe 30/6/10. 2. (...) 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AgRg no Ag 1376280 SP 2011/0000431-6, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, j. 13/11/2012, Primeira Turma, DJe 23/11/2012).

Trata-se de debate instigante, mas que extrapola os propósitos estritos deste breve estudo. Fica, contudo, o registro.

Seja como for, o que aqui nos interessa é que, no caso da inelegibilidade, a lei exige o “dolo” do agente. Só se pode imaginar eventual inelegibilidade quando pudermos afirmar que o agente agiu de modo consciente para a produção do resultado. Ponto!

Passemos a enfrentar, então, a questão do julgamento das contas, em si.

Na hipótese dos Chefes do Poder Executivo, as respectivas Cortes de Contas não julgam suas contas, mas apenas emitem parecer prévio de caráter opinativo, inclusive quanto à natureza do vício, se sanável ou não³. É sobre a Casa Legislativa respectiva que recai a responsabilidade pelo julgamento das contas, na esteira, por simetria, do que preceitua o art. 49, inciso IX, da Constituição da República.

Quanto aos demais ordenadores de despesas, o sistema determina que as contas sejam julgadas pelas Cortes de Contas (art. 71, inciso II, da Constituição).

Neste ponto, chama a atenção o disposto ao final da regra que ora examinamos (o art. 1º, inciso I, letra “g”, da LC 64/90): “aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição”. Aliás, analisando esta específica regra, o Tribunal Superior Eleitoral decidiu que ela não alcança os Chefes do Poder Executivo⁴.

Nesta nossa ordem de ideias, afirmamos que quem julga as Contas é, conforme o caso, a Casa Legislativa ou a Corte de Contas. Mas quem define se o ato que resultou na rejeição das contas caracteriza-se como improbidade administrativa dolosa, ou não, é a Justiça Comum. Destarte, não se vislumbra possibilidade, sob o aspecto jurídico, de avocação de competência jurisdicional – por outros entes – para julgar atos de improbidade, ainda que para fins de inelegibilidade. Simplesmente não existe sustentação constitucional, quiçá legal, para que se promovam julgamentos sumários de tamanha repercussão (eleitoral, política, administrativa, penal, cível etc).

Contudo, o Tribunal Superior Eleitoral tem manifestado entendimento de que, nos casos de inelegibilidade, a ação ordinária de improbidade administrativa não seria imprescindível para a apuração do ato de improbidade e sua natureza. Dessa forma, a Justiça Eleitoral teria o

condão de, *sponte propria* ou a reboque de decisão do Tribunal de Contas, definir se a rejeição de contas deu-se por ato doloso que configure improbidade administrativa. Dentre tantas⁵, vejamos decisão a respeito:

A não aplicação de percentual mínimo de receita resultante de impostos nas ações e serviços públicos de saúde constitui irregularidade insanável que configura ato doloso de improbidade administrativa – para efeito da incidência da inelegibilidade prevista no Art. 1º, I, g, da Lei Complementar nº 64/90 (Agravamento Regimento em Recurso Especial Eleitoral nº 44144. Rel. Min. Henrique Neves da Silva. Publicado no DJE em 6/3/2013).

Não nos podemos alinhar a tal perspectiva *praeter legem*, que revela verdadeira ruptura do sistema democrático instituído em nossa Carta Republicana.

Além do descompasso com princípio elementar de nossa República, e mesmo sem qualquer competência atribuída constitucionalmente, também salta aos olhos que o Tribunal Superior Eleitoral modulou os efeitos da Lei complementar nº 135/10 de forma diversa da Lei nacional nº 8.429/92. Há, aí, flagrante e injustificável contradição! Nos termos da citada Lei de Improbidade, a ação de improbidade administrativa possui um complexo encadeamento lógico que não se pode acabrunhar.

Não se pode permitir, portanto, que, num “salto triplo carpado hermenêutico”⁶, sejam suprimidas todas essas etapas para facultar à Casa Legislativa, à Corte de Contas ou à Justiça Eleitoral, através de simples compulsão de documentação, a definição de configuração – ou não – de ato doloso de improbidade quanto à rejeição de contas. A correspondente ação de improbidade administrativa, proposta obrigatoriamente sob o rito ordinário, perante a Justiça Comum, garante o *due process of law*.

Alexandre de Moraes, no mesmo sentido, afirma que “a competência para essa hipótese será do próprio Poder Judiciário, nas ações envolvendo atos de improbidade”⁷.

Pensar diversamente nos conduz a uma situação de absoluta perplexidade. Será que estaríamos diante de um novo tipo de improbidade: a “improbidade administrativa para fins eleitorais”, com procedimento próprio? Mas onde está a lei para sustentar tamanho salto? A resposta desenganadamente é: em lugar algum! Ela não existe! Cuida-se de “voou cego”! E mais: neste caso, forçoso seria admitir que a Lei nacional nº 8.429/92 teria sido tacitamente revogada por decisão da Justiça Eleitoral. Francamente, não há como prosseguirmos, absurdo dos absurdos, nesta direção.

Por isso, repisamos nossa convicção de que cabe exclusivamente à Justiça Comum julgar uma conduta que possa configurar “ato doloso de improbidade administrativa”. E assim fará para todos os efeitos, inclusive

aqueles estabelecidos na Lei complementar 64/90 com as alterações trazidas pela Lei complementar nº 135/10.

Não se está aqui, obviamente, a defender a exclusão da competência da Corte de Contas ou do Poder Legislativo, que, conforme o caso, rejeitará ou aprovará contas de ordenadores de despesa. Contudo, a identificação concreta de uma conduta como “improbidade administrativa dolosa” só pode ser feita pela Justiça Comum, em julgamento regular, nos exatos termos da lei.

É necessário, portanto, que nossa Corte Superior Eleitoral revise o tema e reflita acerca dos efeitos da regra lançada na alínea “g” do inciso I do art. 1º da Lei de Inelegibilidade (LC 64/90), a fim de realinhar o paradigma ora vigente naquela Corte. Há que se observar o devido processo legal para eventuais declarações de inelegibilidade com base em rejeição de contas que configurem atos dolosos de improbidade administrativa. Para tanto, repita-se à exaustão, a palavra final sobre a definição do ato de improbidade – se existe e se é doloso, ou não – cabe exclusivamente à Justiça Comum, Estadual ou Federal, conforme o caso.



Notas

¹ Conforme o rol taxativo lançado nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nacional nº 8.429/92.

² Para estes, o §4º do art. 37 da Constituição, sistematizado ao *caput*, desenharia o conceito de improbidade administrativa. E desse conceito seria possível extrair a necessidade do dolo para a constituição do ato de improbidade administrativa. Por todos, ver Aristides Junqueira (Reflexões Sobre Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro, em *Improbidade Administrativa – Questões Polêmicas e Atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 88-89) e Carlos Ari Sundfeld e Jacinto Arruda Câmara (*Improbidade Administrativa de dirigente de empresa estatal*, em *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 12, p. 9-32, janeiro/março de 2006, p. 18-23).

³ E aqui surge um problema concreto. Nos julgamentos, o que se verifica, como regra, é o absoluto silêncio dos Tribunais de Contas a respeito da natureza do vício, o que traz graves prejuízos para a harmonização do sistema; pois, na maioria dos casos, não fica definido se o vício seria sanável, ou não.

⁴ “A ressalva final constante da nova redação da alínea g do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/90, introduzida pela Lei Complementar nº 135/2010 – de que se aplica o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição –, não alcança os chefes do Poder Executivo.” (Agravamento Regimento em Recurso Especial Eleitoral nº 10030. Rel. Min. Arnaldo Versiani. Publicado no DJE em 30/10/2012).

⁵ No mesmo sentido: (i) Agravamento Regimento em Recurso Especial Eleitoral nº 5.620. Rel. Min. Nancy Andrighi. Publicado no DJE em 18/12/2012; (ii) Agravamento Regimento em Recurso Especial Eleitoral nº 29533. Rel. Min. Laurita Vaz. Publicado no DJE em 13/3/2013; (iii) Agravamento Regimento em Recurso Especial Eleitoral nº 46613. Rel. Min. Laurita Vaz. Publicado no DJE em 22/2/2013.

⁶ Lembrando, aqui, a expressão usada pelo Ministro Ayres Britto, durante o julgamento da aplicabilidade imediata, ou não, da Lei da “Ficha Limpa”.

⁷ Moraes, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 246.

Num certo país-do-faz-de-conta

Mônica Gusmão

Advogada

Professora dos cursos de Pós-Graduação e MBA da FGV, IBMEC e PUC

Na fábula *A Revolução dos Bichos*, George Orwell descreve uma cena interessante e que bem se aplica a certos modismos jurídicos como esse do “novo” Código Comercial que os doutores pretendem discutir e enfiar pela goela da patuleia, depois de cada um pegar a sua parte no mérito da “grande ideia”. Na alegoria de Orwell, os bichos da Granja do Solar, cansados dos espancamentos do Sr. Jones, invariavelmente bêbado e truculento, decidem fazer uma “revolução” e tomar o poder na granja. Chega de sofrimento e espoliação! Antes do grande dia, os animais procuram o burro Benjamin, sabidamente o animal mais velho e sábio da propriedade, para saber dele o que achava da ideia da “revolução” e do futuro da bicharada depois disso. Mas Benjamin, sempre que lhe perguntavam alguma coisa, ruminava, ruminava e respondia com uma metáfora: – Deus me deu moscas e um rabo para espantar as moscas, mas, pra ser sincero, eu preferia não ter o rabo nem as moscas.

O que isso tem a ver com o “novo” Código Comercial eu explico em seguida. Até bem pouco, o direito comercial era considerado um ramo do direito privado, ainda que contivesse normas de direito público. Há muito se propunha sua separação do direito civil, sendo certo que havia um punhado de bons argumentos a favor da unificação dos dois ramos e outros tantos em prol da separação. Já em 1892 Vivante, em aula inaugural ministrada na Universidade de Bolonha, defendia o fim da autonomia do direito comercial, questionando:

(1ª) a sujeição de não-comerciantes a regras elaboradas a partir de práticas mercantis desenvolvidas pelos comerciantes em seu próprio proveito;



Foto: Arquivo pessoal

(2ª) que o Código Comercial era uma lei de classe que perturbava a solidariedade social;

(3ª) a autonomia do direito comercial implicava litigiosidade desnecessária na discussão da natureza civil ou mercantil no foro, na definição de prazos, ritos do processo e competência;

(4ª) criava-se insegurança, que decorria do caráter meramente exemplificativo dos atos de comércio;

(5ª) a duplicidade de disciplinas sobre o mesmo assunto era fonte de dificuldades; e

(6ª) a autonomia do direito comercial influía negativamente no progresso científico porque o estudioso perderia a noção geral do direito das obrigações, conquanto ele próprio tenha revisto sua posição para admitir tratar-se de ideal dificilmente alcançável e que poderia trazer prejuízos ao Direito Comercial.

No Brasil, Teixeira de Freitas foi o precursor dessa mesma ideia.

O atual Código Civil unificou parcialmente os direitos civil e comercial e revogou, expressamente, a primeira parte do Código Comercial. Claramente inspirado no *Codice Civile* italiano, adota-se, expressamente, a teoria da empresa na disciplina privada da atividade econômica.

Sempre sustentei que essa “unificação” fora meramente formal, pois é inegável incoerência manter a dicotomia entre os institutos da falência e da insolvência civil. A unificação é, de fato, a solução desejável, mas somente seria proveitosa se também tivesse unificado os institutos da falência e da insolvência civil. Esse era, por sinal, o entendimento do saudoso Rubens Requião, para quem “será ilusória a unificação do direito obrigacional se permanecer a falência como instituto especificamente mercantil. Não será possível atingir a verdadeira unificação enquanto persistir a divisão básica no trato do empresário civil e do empresário comercial, da sociedade civil e da sociedade comercial, no que diz respeito à insolvência. (...) Se, portanto, se pretende unificar o direito privado em nosso país, que se proceda racionalmente, com lógica e determinação. Comece-se pela codificação una e, concomitantemente, estenda-se a falência aos não comerciantes. Assim, ao deparar-se com a insolvência, não haveria necessidade de indagar-se se o empresário insolvente é comerciante ou civil. Desapareceria a necessidade da classificação do empresário entre comerciante e civil bem como no que respeita às sociedades”.

Agora, surge um novo debate, ainda mais acalorado: precisamos de um novo Código Comercial!

Custo a acreditar nessa realidade. O atual Código Civil tramitou durante quase vinte anos com a proposta inovadora de unificação do Direito Civil e Comercial. Pois bem: aprovado esse diploma legal, finalmente a antiga figura do comerciante foi abolida, admitiram a Teoria

“Se demoramos todo esse tempo para nos livrarmos da figura do comerciante, agora, depois de mais de trinta anos, querem a aprovação de um “novo” Código Comercial?”

da Empresa, revogou-se a primeira parte do Código Comercial, que já não se sustentava com as inúmeras críticas feitas. Surge um “novo” Código, diploma em que a grande maioria esperava uma releitura do caquético Direito Comercial, principalmente em razão do *glamour* formado pela tríade empresa, empresário e estabelecimento. Não ousou criticar o atual Código nas outras matérias, mas será mesmo que o Legislativo precisou de tanto tempo para o que nos foi dado? Para mim, o Código Civil é impreciso, lacônico, prolixo e todos os outros adjetivos que poderia enumerar. Agora, querem substituir a parte que trata do empresário, empresa e estabelecimento por um “novo” Código Comercial...

É duro admitir, mas acho que já começo a sentir o peso da idade. Afinal, lá se vão quase vinte anos de magistério. Entendi bem? Se demoramos todo esse tempo para nos livrarmos da figura do comerciante, agora, depois de mais de trinta anos, querem a aprovação de um “novo” Código Comercial? Desculpem-me os que apoiam essa ideia, mas a proposta é mais uma manobra política com visível cunho econômico e um grande afagador de *alter ego* dos membros que viajam por todo o país para tentar empurrar goela abaixo mais esse disparate.

Aí, me lembro do burro Benjamin...



Concessões pela menor tarifa ou pela menor tarifa possível?

João Paulo da Silveira Ribeiro | Advogado
Pesquisador da Escola de Direito da FGV do Rio de Janeiro

Recentemente, a presidente Dilma Rousseff anunciou um grande pacote de concessões federais na área de transportes com a delegação para a iniciativa privada de 7,5 mil quilômetros de rodovias e 10 mil quilômetros de ferrovias tendo o propósito de suprir os atuais gargalos de infraestrutura no setor.

Confirmaram-se as palavras da presidente por ocasião do lançamento do aludido pacote: “Nós estamos fazendo parceria para ampliar a infraestrutura do país, para beneficiar sua população e seu setor privado, para saldar uma dívida de décadas de atraso em investimentos em logística e, sobretudo, para assegurar o menor custo logístico possível, sem monopólios”.¹

Destaque-se na fala da presidente a alusão ao menor custo logístico possível. Em outras palavras, é possível inferir que a presidente pretendeu deixar claro que, no atual momento, para ser considerado o vencedor, não bastará que o licitante proponha a menor tarifa dentre todos os outros, o governo examinará também a viabilidade econômica da proposta, ou seja, se a menor tarifa é factível financeiramente frente aos investimentos previstos.

Analisando-se a 2ª etapa do programa de concessões rodoviárias federais, iniciado em 2007, será possível compreender a importância da fala da presidente. Enquanto, na 1ª etapa ocorrida nos anos 90, o vencedor da licitação era aquele que oferecesse o maior pagamento pela outorga no leilão, na 2ª etapa, o licitante que propusesse a menor tarifa dentre todos os outros seria considerado o vencedor. Essa alteração deveria gerar tarifas consideravelmente mais baixas sem comprometer a qualidade.

Os leilões confirmaram essa presunção teórica. Mais do que isso, os resultados superaram as expectativas mais otimistas com significativos deságios em relação às previsões iniciais. Foram concedidas algumas das mais importantes rodovias do país como a Fernão Dias e a Régis Bittencourt. Registre-se que nessa época diversos especialistas afirmaram que as propostas vencedoras continham tarifas excessivamente baixas e eram inviáveis economicamente por serem insuficientes para custear todos os investimentos previstos.

Nessa direção, a realidade dos fatos demonstra que a 2ª etapa está distante dos objetivos almejados inicialmente.

Embora grande parte das praças de pedágios esteja funcionando, as obras estruturantes como a ampliação do número de faixas e a construção de contornos que desatariam engarrafamentos estão atrasadas. Como se não bastasse, os índices de acidentes em algumas concessões aumentaram expressivamente, e, mesmo com pouco tempo de execução, a maioria dos contratos já sofreu amplas renegociações.

Analisando-se os fatos destacados acima e considerando a abrangência dos pedidos de renegociação feitos até o momento, bem como o curto espaço de tempo em que foram pleiteados, uma das hipóteses que pode ser aventada é a incidência da “winner’s curse” (maldição do vencedor).²

Tal fenômeno ocorre quando a licitação é vencida pela empresa que realiza as projeções mais otimistas e não por aquela que é a mais eficiente. Posteriormente, nesses casos, é comum a ocorrência de renegociações com o propósito de evitar os riscos de quebra e viabilizar a exploração da concessão.³



Possivelmente, a experiência com a segunda etapa das concessões rodoviárias tenha introduzido no governo federal o conceito da menor tarifa possível. Precisa-se evitar que episódios como os descritos acima aconteçam, pois o processo de concessão para a iniciativa privada só se justifica quando ocorrem consideráveis ganhos de bem estar para os usuários do serviço concedido.

Contudo, apenas o exame da viabilidade econômica das propostas no curso da licitação não basta. A principal maneira de prevenção consiste na criação de mecanismos que dificultem ao máximo os pedidos de renegociação oportunistas, como, por exemplo, a repartição objetiva dos riscos no contrato⁴. A renegociação deve ser exceção e considerada – a princípio – improvável pelos concessionários, devendo ocorrer apenas nos casos em que o particular sofra prejuízos decorrentes de riscos assumidos pelo Estado no contrato de concessão. Isto só é factível com editais e contratos bem elaborados e com suporte político para resistir a possíveis pressões.

Por si só, os processos de renegociação – mesmo os que não possuem motivação oportunista – retiram ganhos de eficiência do processo de concessão. Em todos os casos que um contrato exija a transferência *ex post* de recursos de uma parte à outra como forma de compensar prejuízos através de indenizações em dinheiro, aumento de tarifa, postergação de investimentos ou a prorrogação do prazo do contrato, é necessário incorrer em custos para verificar se a compensação é realmente devida, determinar o seu montante e executar o contrato em juízo, caso uma das partes se recuse a cumpri-lo.

Entretanto, a consequência mais nociva dos processos de renegociação é aquela referente às alterações dos contratos em termos desfavoráveis ao Estado e aos usuários dos serviços. O motivo para tanto não é difícil de entender: o particular sabe que o custo do rompimento do contrato de concessão é muito alto para o Estado (a não realização dos investimentos), para os governantes (custos políticos) e também para a população (não poder usufruir das melhorias que a execução do contrato proporcionaria).

O fomento indiscriminado à cultura das renegociações esvazia o processo licitatório e reduz os ganhos de eficiência que a competição propicia. Nas renegociações o concessionário não está sujeito a pressões concorrenciais possuindo melhores condições para impor sua vontade.⁵

O efeito dessas condutas é extremamente danoso para a sociedade, pois retira os ganhos que o processo licitatório deveria proporcionar – decorrentes da competição entre os proponentes – suscitando elevados aumentos de preços e eliminação de concorrentes de boa-fé.

Quando as renegociações se tornam prováveis, o processo licitatório tende a selecionar o proponente que reúne as melhores condições para renegociar os contratos e não aquele que exploraria a concessão com maior eficiência.⁶ Isto incentiva e potencializa projeções excessivamente otimistas no curso da licitação.⁷

Esperemos que o governo tenha aprendido com a experiência recente e chegado à conclusão, mesmo que tardiamente, de que o barato pode sair muito caro. 

Notas

¹ Fonte: <http://www.casacivil.gov.br/noticias/2012/08/201co-que-nos-queremos-e-uma-logistica-competitiva201d-afirma-presidenta-ao-lancar-programa-de-concessoes-de-rodovias-e-ferrovias>

² CAPPEN E., R. Clapp y W. Campbell. “Competitive Bidding in High Risk Situations”. *Journal of Petroleum Technology*, 23 (1971), pp. 641-653.

³ THALER, R. “Anomalies: The Winner’s Curse”. *Journal of Economic Perspectives*, 2 (1988), p 195.

⁴ Sobre os benefícios da repartição objetiva dos riscos em concessões ver PINTO, Marcos Barbosa. *Repartição de Riscos nas Parcerias Público-privadas* in Revista do BNDDES, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, jun. 2006; e RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*, Editora Atlas, São Paulo, 2011, p. 78.

⁵ Such behavior undermines the efficiency of the process and the overall welfare, because renegotiation takes place between the government and the operator only, so it is not subject to competitive pressures and their associated discipline. (GUASCH, J. L. *Granting and renegotiating infrastructure concessions: doing it right*. World Bank Institute Development Studies, 2004, p 19).

⁶ “As noted, firms may consider aggressive bidding a rational strategy if governments are unable to commit to a policy of no renegotiation. Firms are then likely to submit unsustainable bids with the intention of renegotiating better terms after the concession has been awarded.” GUASCH, J. L. *Granting and renegotiating infrastructure concessions: doing it right*. World Bank Institute Development Studies, 2004, p. 44

⁷ A Comissão Europeia também manifesta preocupação quanto a esta possibilidade (EUROPEAN COMMISSION. *Guidelines for Successful Public – Private Partnerships*, 2003, p. 52)

O verdadeiro sentido do princípio da isonomia e a necessidade de proteção processual especial nas relações de consumo

Nelson Luiz Pinto | Professor da UERJ, FGV-RIO, PUC-SP e da UCAM

1. A efetividade da tutela jurisdicional

A outorga da tutela jurisdicional exige o respeito a determinados princípios fundamentais do Direito Processual Civil, muitos deles alçados à categoria constitucional.

Partindo-se desses princípios, divisa-se uma tutela constitucional do processo, cujo significado e escopo são os de assegurar a conformação dos institutos processuais aos postulados que advêm da Constituição Federal.

Sendo, pois, a função dos juízes, a de afirmar a vontade abstrata da lei, tornando-a realidade no caso concreto, ressalta CHIOVENDA, sobre a natureza e finalidade da função jurisdicional, que “parece-nos que o que é característica da função jurisdicional seja a substituição por uma atividade pública de uma atividade privada de outrem. Essa substituição tem lugar de dois modos, referentes a dois estágios do processo, a cognição e a execução” (*Principi di diritto processuale civile*, §2^a, reimpr. Padova, 1965, p. 296).

A doutrina de CHIOVENDA está permeada de méritos que serviram, e ainda servem, como proposições fundamentais da ciência processual. Contudo, a crítica mais séria que se poderá fazer a essa doutrina, sem que isto a desmereça, evidentemente, está em que o

grande processualista italiano, sob a influência das ideias jurídico-filosóficas predominantes no século XIX, concebia como funções separadas a de legislar e a de aplicar a lei ao caso concreto. Assenta-se, pois, seu pensamento, na postulação de que o ordenamento jurídico estatal é um dado prévio, uma situação existente completa e imutável, que se coloca pela norma jurídica para o magistrado, restando a ele a exclusiva tarefa de aplicá-la ao caso concreto.

As modernas correntes de filosofia do direito, contudo, procuram mostrar que a atividade de aplicação da lei pelo juiz implica, de certo modo, também uma função criadora de direito, na medida em que o preceito legal abstrato como ele é, em sua formulação genérica, não passa de um projeto de norma reguladora de conduta, projeto que o julgador deve completar na sentença, de modo a concretizá-lo no caso particular submetido a seu julgamento.

Por outro lado, absolutamente de nada adianta a prestação da jurisdição, como atuação concreta da lei por intermédio do órgão do Poder Judiciário competente, se essa atividade carecer de efetividade, ou seja, se for inócua para aquele que é o titular do direito material invocado.

Essa preocupação já era manifestada por CHIOVENDA, ao asseverar que “o processo deve dar a quem tem um direito



tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter” (Dell’azione nascente dal contratto preliminare. *Rivista del diritto commerciale*, v. 9, p. 1).

Nessa perspectiva, foi abandonada pela ciência atual processual a ideia de que a simples prestação jurisdicional, consubstanciada em uma sentença de mérito, seria suficiente para caracterizar a outorga da tutela almejada pela parte. Com efeito, deve-se agregar a esse conceito as noções de utilidade e efetividade como elementos essenciais dessa tutela.

Assim, a exata noção de tutela jurisdicional, como sendo o pronunciamento judicial emanado da autoridade competente, a favor de quem esteja amparado no plano do direito material, somente se completa e se exaure quando possa ser útil e efetiva, assegurando-se a sua existência e o seu exercício no plano concreto.

Portanto, a noção de tutela jurisdicional deve encontrar atuação nos fatos, proporcionando a passagem do abstrato para o concreto, do dever ser para o ser.

Por esse motivo, deve-se compreender no conceito de tutela jurisdicional, não apenas o resultado declaratório do processo, mas igualmente os meios ordenados e predispostos à obtenção desse mesmo resultado almejado, devendo ser consideradas, neste aspecto, as chamadas tutelas diferenciadas.

A regra contida no §5º do artigo 461 do Código de Processo Civil é bastante expressiva neste aspecto e estabelece, para a prestação da tutela específica, concernente ao resultado prático almejado, uma série de medidas de suporte, algumas delas atuando indiretamente e outras proporcionando diretamente o bem da vida postulado pelo demandante.

Impende dizer, diante disso, que a tutela jurisdicional não é apenas o pronunciamento judicial dado em favor daquele que afirma ser titular de um direito subjetivo, mas também um pronunciamento que seja efetivo e útil, sob pena ser frustrada a pretensão daquele que, em face da violação de seu direito, busca guarida e proteção junto ao Poder Judiciário.

Diante disso, é inexorável a conclusão no sentido de que a eficiência da justiça civil, como valor a ser defendido e preservado, encontra amparo no princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional e constitui elemento essencial do Estado Democrático de Direito.

Além disso, o processo, como instrumento de realização do direito material e dos valores sociais mais importantes, deve proporcionar esse resultado com rapidez, sob pena de tornar-se inútil e de perecer com o tempo.

Daí decorre a ideia de efetividade como garantia fundamental do processo, a ser extraída dos princípios constitucionais que alicerçam os fundamentos do sistema processual brasileiro. Não basta assegurar, portanto, a existência de mecanismo adequado à solução de controvérsias, se as pessoas não tiverem efetivo acesso a ele e, ainda, em tempo hábil.

Em razão disso, a inafastabilidade do processo ou do controle jurisdicional não deve representar apenas uma garantia formal de exercício do direito de ação, absolutamente o contrário é que deve ocorrer, no sentido de que sejam oferecidas e deferidas as condições reais para a utilização desse instrumento, sempre que necessário.

Absolutamente de nada adianta assegurar-se o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural e a imparcialidade, se a garantia de acesso ao processo não for efetiva, ou seja, não possibilitar realmente a todos a utilização dos meios suficientes para superar eventuais óbices existentes ao pleno exercício dos direitos postos em juízo.

Do mesmo modo, também de nada adianta possibilitar o acesso ao Poder Judiciário daqueles considerados hipossuficientes, se estes não tiverem condições plenas para o exercício da postulação ou da defesa em juízo, por carecerem, por exemplo, de recursos financeiros suficientes para sustentar a questão levada a juízo.

Evidentemente, a efetividade da tutela jurisdicional pressupõe, conforme será observado mais adiante, um tratamento igualitário entre as partes que estão litigando, em consonância com o princípio constitucional da isonomia (CF, artigo 5º, *caput*).

Entretanto, tratamento igualitário não significa, necessariamente, tratamento idêntico, até porque, em determinados casos, uma das partes apresenta-se em posição muito mais vantajosa do que a outra, como ocorre, por exemplo, nas relações de consumo, motivo pelo qual é necessária uma intervenção legal ou judicial, a fim de que essa igualdade seja estabelecida ou mantida.

Ressalta-se, desta forma, que isonomia não significa colocar em confronto as partes litigantes, de forma direta, pura e simplesmente, até porque cada uma delas possui uma realidade diferente da outra, particularmente quando há evidente desequilíbrio econômico entre elas, de modo que reduzi-las à mesma condição processual significaria, na verdade, colocar um dos litigantes em posição de extrema vantagem em relação ao outro.

Por esse motivo, as normas jurídicas de direito material e processual possuem uma *ratio legis* voltada para a tutela de interesses sociais, conferindo ao Poder Judiciário mecanismos que restabeleçam o equilíbrio processual, levando em consideração, dentre outros, o princípio da proporcionalidade.

Ou seja, o direito de agir em juízo, assegurado em sede constitucional, não se exaure em si mesmo, devendo ser examinado em função da tutela pretendida, que deve ser efetiva, real, útil. O que interessa para o destinatário da prestação jurisdicional é a possibilidade concreta de obter proteção ao direito substancial afirmado, e não, ao contrário, ser indenizado em razão das lesões sofridas, particularmente quando essas lesões são pulverizadas em função do grande número de pessoas atingidas, como, por exemplo, os consumidores, destinatários finais que são de produtos ou serviços, hipótese em que até a pretensão de ressarcimento é, muitas vezes, impossível, na medida em que é praticamente inviável a identificação de cada uma das pessoas que tenha sofrido prejuízo, bem como a aferição da extensão desse prejuízo.

Essa visão da garantia constitucional da ação leva à conclusão de que o Estado deve colocar à disposição das pessoas os meios adequados para a concreta e integral satisfação dos direitos. É necessário proporcionar acesso à tutela jurisdicional efetiva.

2. As diferentes espécies de tutela jurisdicional

Diferentes critérios são utilizados para a classificação dos tipos de tutela jurisdicional, ora considerando apenas a eficácia processual do provimento, ora considerando aspectos relevantes sob a ótica do direito material.

A classificação tradicional, ou clássica, como a ela se referem os processualistas, é composta das tutelas de conhecimento, executiva e cautelar. Na tutela de conhecimento divisam-se as tutelas declaratória, constitutiva e condenatória.

Ao lado dessas chamadas tutelas “tradicionais”, a doutrina reconhece, cada vez com maior intensidade, a existência das tutelas denominadas de executiva em sentido *lato* e mandamental.

A tutela executiva em sentido *lato*, reconhecida pelo nosso sistema processual, determina a satisfação imediata do provimento jurisdicional independente da instauração de novo processo ou do incidente de cumprimento. A referida identificação ocorre a partir da autorização legal para que a ordem se cumpra por mandado, isto é, por ordem do juiz, *v. g.*, nos casos de despejo, reintegração de posse, ação de depósito.

Quanto ao provimento mandamental, ele tem sido identificado na regra do artigo 461 do Código de Processo Civil, e reside no aspecto de que o juiz, em vez de *condenar*, emitiria uma *ordem*, cuja inobservância daria ensejo às práticas de sanções tendentes a compelir o devedor ao adimplemento da sua obrigação de fazer, de abster-se de fazer ou, ainda, de entregar alguma coisa.

A tutela cautelar, por seu turno, tem por objetivo garantir a subsistência de um determinado bem ou



direito. Tem por objetivo garantir o objeto do processo de conhecimento em curso ou a ser oportunamente instaurado, enquanto as partes litigantes debatem sobre qual delas é a efetiva titular desse bem.

A controvérsia somente foi resolvida com a inserção do instituto da antecipação de tutela no Código de Processo Civil, decorrente da reforma realizada pela Lei n. 8.952/94.

Até a edição dessa norma, as ações cautelares eram utilizadas indiscriminadamente, não apenas para garantir o resultado útil da demanda principal já aforada ou em vias de sê-lo (cautelar incidente ou cautelar preparatória), mas também como meio de satisfação do resultado prático, que somente seria alcançado com a tutela definitiva, via de regra transitada em julgado, daí surgindo a controvertida questão das ações cautelares de natureza satisfativa. A antecipação de tutela veio resolver essa questão, propiciando o adiantamento dos efeitos práticos da sentença que, anteriormente, somente poderiam ser deferidos após a verificação da formação da coisa julgada material.

O instituto da antecipação de tutela, previsto no Código de Processo Civil em seus artigos 273 e 461, possui origens que remontam à Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965 – Lei da Ação Popular – e na Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 – Lei da Ação Civil Pública – e possui nítida influência da Lei n. 8.978, de 11 de setembro de 1990 – Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Essa tutela diferenciada pode ser deferida, quer em razão da urgência na obtenção do resultado prático postulado pela parte, e que somente seria alcançado na sentença; quer em função da evidência ou incontrovérsia

do direito; quer em função do abuso do exercício do direito de defesa da parte contrária, e destina-se à própria satisfação total ou parcial da pretensão deduzida em juízo, no plano do direito material.

Ademais, conforme foi observado, mesmo que não houvesse expressa previsão legal no sentido de ser possível a concessão de tutela provisória, quer no âmbito cautelar, quer no âmbito da antecipação de tutela, ainda assim poder-se-ia cogitar a outorga de provimento jurisdicional equivalente, em função das regras pertinentes à inafastabilidade do poder judiciário quanto à apreciação de lesão ou ameaça de direito (CF, artigo 5º, inciso XXXV) e à garantia do exercício constitucional de petição, nele incluído o exercício do direito de ação (CF, artigo 5º, inciso XXXIV, letra “a”), invocando-se, inclusive, os princípios constitucionais da isonomia, assim entendido como o de paridade de armas para que haja igualdade processual e, ainda, o princípio da proporcionalidade, na medida em que não seria razoável sacrificar o direito daquele que tem razão, apenas e tão somente para se prestigiar o formalismo processual.

A garantia constitucional do direito de ação, portanto, não está limitada às tutelas definitivas e satisfativas. A tutela cautelar e as chamadas tutelas diferenciadas, merecendo destaque a antecipação de tutela, estão incluídas no âmbito de proteção que a Constituição Federal defere ao direito de ação que, em última análise, é direito de acesso às garantias do devido processo legal ou devido processo constitucional.

Evidentemente que a efetividade da tutela jurisdicional, como garantia constitucional de todas as pessoas, impõe a admissibilidade da tutela cautelar e

“É necessário identificar as pessoas que seriam consideradas iguais, daquelas que seriam consideradas desiguais para, a partir daí, outorgar-lhes tratamento diferente.”

da tutela antecipada também contra a Administração Pública, naquelas situações em que haja risco de dano irreparável ao direito pleiteado. Não fosse assim, sucumbiria o particular diante do Poder Público, ainda que, ao final, seu direito viesse a ser reconhecido.

3. Os princípios da isonomia e da proporcionalidade da tutela jurisdicional

As discussões travadas em torno do princípio da isonomia têm ocupado lugar de destaque entre os filósofos do direito, os processualistas, os constitucionalistas, enfim, entre os juristas que se preocupam não apenas com o direito no seu aspecto formal, mas também e principalmente com seu aspecto de Justiça.

Durante muito tempo foi corrente a aceção ditada por ARISTÓTELES de que isonomia seria tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, com a qual, de modo geral, concordavam os juristas sem, contudo, se aperceberem que haviam apenas transferido para outro patamar o grau da discussão, sem resolver a questão de se saber, efetivamente, o que seria isonomia.

Isto porque é necessário identificar as pessoas que seriam consideradas iguais, daquelas que seriam consideradas desiguais para, a partir daí, outorgar-lhes tratamento diferente.

Ademais, tanto aqueles que estariam encartados numa posição de igualdade, como aqueles encartados numa posição de desigualdade, possuiriam entre si peculiaridades que os tornariam diferentes uns dos outros, motivo pelo qual é pragmaticamente impossível dar-lhes um tratamento igualitário ou diferenciado, sem que, adotando uma ou outra posição, houvesse o risco de se causar prejuízos a uns ou a outros decorrentes de uma injusta discriminação.

Enfim, quem são os iguais e quem são os desiguais?

Uma solução para essa questão é encontrada na Constituição Federal vigente, observada em Cartas anteriores, que determina: “todos são iguais perante a lei (...)”, locução a respeito da qual já havia se manifestado com aguda percepção FRANCISCO CAMPOS, no sentido de que “malgrado a infelicidade da redação, tem como principal destinatário o legislador, pois de nada adiantaria uma aplicação igual do direito a pessoas, coisas ou fatos que vieram arbitrariamente desequilibrados na lei – sem dúvida o mandamento constitucional tornar-se-ia inócuo” (*Direito Constitucional*, p. 16. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956).

Prossegue o eminente jurista dizendo que “assim, não poderá subsistir qualquer dúvida quanto ao destinatário da cláusula constitucional da igualdade perante a lei. O seu destinatário é, precisamente, o legislador e, em consequência, a legislação; por mais discricionários que possam ser os critérios da política legislativa, encontra no princípio da igualdade a primeira e mais fundamental de suas limitações” (op. cit. supra, v. II, p. 30).

Pondera HANS KELSEN, a respeito da questão da isonomia, que “a igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres” (*Teoria pura do direito*, p. 190. Coimbra: Armênio Amado, 1992).

Acrescenta CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO que “o princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o propósito da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações à moda que as pessoas compreendidas em uma ou outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrigadas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos. Exemplificando, cabe observar que às sociedades comerciais guardam, por lei, prerrogativas e deveres diferentes dos que pertinem às sociedades civis; aos maiores é dispensado tratamento inequívoco àquele outorgado aos menores; aos advogados se deferem certos direitos e encargos distintos dos que calham aos economistas ou aos médicos, também diferenciados entre si no que concerne às respectivas faculdades e deveres” (*Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, pp. 12 e 13, 3ª ed. 5ª triagem. São Paulo: Malheiros, 1998).

Conclui-se, diante disso, que somente a lei pode apresentar elementos válidos de discriminação entre as pessoas, reciprocamente consideradas, bem como em relação às coisas e aos fatos juridicamente relevantes.

Deve-se, entretanto, observar, que o princípio da isonomia deve ser considerado não apenas pelo legislador, no momento da elaboração da norma jurídica, mas também e principalmente pelo Poder Judiciário, que tem a função fundamental de interpretar a norma jurídica e aplicá-la, de acordo com a finalidade social a que se destina.

É preciso, ainda, considerar que o legislador, ao editar uma lei reguladora de condutas humanas, o faz sempre em atenção a uma finalidade específica, mesmo que esta não esteja previamente fixada na Constituição, porém nunca contrária a ela. O fim pretendido pela lei tem de ser obtido por um processo de interpretação no momento em que ela é questionada e aplicada.

Sob esse enfoque, o problema da igualdade na lei é solucionado pelo princípio da proporcionalidade que, segundo SUZANA DE TOLEDO BARROS “foi cunhado como forma de limitação do poder de polícia, no âmbito administrativo, para coibir medidas excessivamente gravosas aos direitos dos cidadãos (...). Tem por conteúdo os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Entendido como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações a direitos fundamentais, a adequação traduz a exigência de que os meios adotados sejam apropriados à consecução dos objetivos pretendidos; o pressuposto da necessidade é que a medida restritiva

seja indispensável à conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa; pela proporcionalidade em sentido estrito, pondera-se a carga de restrição em função dos resultados, de maneira a garantir-se uma equânime distribuição de ônus” (*O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 210, 1ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. Destaques do original).

Diante do princípio da proporcionalidade, extraído da Constituição Federal dos artigos 1º, inciso III; 5º, *caput*, e incisos II, XXXV e LIV, e seus §§1º e 2º; e 60, §4º, inciso IV, correlato dos princípios da isonomia e da reserva legal; para a verificação do respeito de uma lei ou decisão judicial ao postulado da isonomia, estas devem ser analisadas nos seus aspectos intrínsecos, em consonância com a *mens legis*.

Desta forma, são passíveis de reavaliação as valorações efetuadas pela lei, analisadas em consonância com a Constituição Federal, sendo que esta conclusão não autoriza uma outra, qual seja, a de que o juiz possa substituir os valores legais pelos seus próprios valores.

Com efeito, constata-se o respeito, ou não, aos princípios da isonomia e da proporcionalidade, quando se analisa a decisão judicial confrontando-a com os aspectos fáticos da causa e com a qualificação jurídica que lhes foi dada, em outras palavras, se foi correto o procedimento de subsunção dos fatos à norma jurídica aplicável, ou que deveria ser aplicada ao caso concreto.

Havendo conflito aparente de normas, na medida em que é extremamente raro o conflito real (antinomia de segundo grau), é preciso definir qual delas deve prevalecer para ser aplicada ao caso concreto, sendo que essa definição será obtida mediante a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da isonomia.

Este procedimento é imprescindível em relação àquelas hipóteses em que dois interesses juridicamente tutelados, mas conflitantes entre si, são colocados um diante do outro, sendo que apenas um deles poderá ser prestigiado pelo Poder Judiciário, circunstância que implicará, evidentemente, no sacrifício do outro interesse.

Importa saber, neste caso, qual interesse deve prevalecer em detrimento do outro, que acabará sendo desprestigiado e, para tanto, não é admissível dar ao caso uma solução aleatória ou, pior ainda, uma solução que acabe protegendo o interesse que não deveria sê-lo.

4. A necessária proteção processual especial do consumidor

O Código de Processo Civil, para refletir o princípio constitucional da isonomia e, ainda, prestar-se efetivamente à sua finalidade, qual seja a de ser

instrumento efetivo e eficaz para a prestação da tutela jurisdicional, teve que sofrer uma série de modificações e, a despeito disso, foi necessário editar uma série de normas para amparar direitos que não teriam condições de ser satisfatoriamente garantidos, caso fossem utilizadas, única e exclusivamente, as regras originariamente contidas nesse diploma, marcadamente individualista.

Com efeito, o Código de Processo Civil veda expressamente o ingresso em juízo por aqueles que não tenham legitimidade ou interesse para litigar, segundo a dicção de seus artigos 3º e 6º. Em outras palavras, se não houver uma correspondência entre o direito material invocado e aqueles que o invocam em juízo e, ainda, se a tutela almejada (entenda-se ação utilizada) não for adequada para a finalidade postulada, a consequência jurídica será a extinção da demanda sem a apreciação do mérito.

Esse dispositivo, reflexo da feição estritamente individualista do nosso sistema processual de 1973, deixou desamparada a tutela daqueles direitos chamados de metaindividuais, posto que de interesse geral, mas que, muitas vezes, ficavam sem a necessária proteção judicial, por não se saber quem teria legitimidade para defendê-los em juízo, ou mesmo sendo identificados os titulares do direito subjetivo, legitimados para propor a demanda, estes não teriam condições de postular a defesa dos

seus direitos, porque o processo civil não comportaria a participação de grandes quantidades de sujeitos em um ou ambos os pólos da demanda ou, ainda, porque o valor econômico do bem da vida discutido desautoriza o ingresso em juízo individualmente.

Este último aspecto acaba sendo de extrema relevância porque, muitas vezes, os detentores do poder econômico, como regra, acabam abusando dos seus direitos, na certeza de que as pessoas atingidas absolutamente nada farão, em função do diminuto valor do prejuízo. Entretanto, somados esses valores, aferidos em relação a milhares ou milhões de pessoas, atingir-se-ão cifras espantosas, revertidas em proveito de uns poucos, em detrimento de uma imensa maioria.

Com a finalidade de suprir a lacuna do sistema, pertinente à defesa dos interesses difusos, coletivos e mesmo dos individuais homogêneos, foi editada a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, denominada de Lei da Ação Civil Pública, com o objetivo de disciplinar a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico, assim como a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, merecendo destaque a defesa da ordem econômica, concedendo legitimidade extraordinária às pessoas mencionadas no seu artigo 5º para propor a demanda.



Ilustração: Thales Pontes

A Constituição Federal, por seu turno, sensível à necessidade de outorgar legitimação para pessoas e instituições voltadas para a defesa dos interesses coletivos, concedeu legitimação extraordinária para as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, para representar seus associados ou filiados nos âmbitos judicial e extrajudicial (CF, artigo 5º, inciso XXI) e, ainda, a possibilidade de impetrarem mandado de segurança coletivo (CF, artigo 5º, inciso LXX, letras “a” e “b”).

Posteriormente, foi editada a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, denominado de Código de Proteção e Defesa do Consumidor, deferindo legitimação extraordinária para as pessoas mencionadas no seu artigo 82, a fim de que atuem em juízo para dar guarida aos interesses dos consumidores.

Releva destacar, que figuram entre os legitimados para a propositura de ação coletiva, com o objetivo de defender os interesses coletivos da sociedade e, particularmente, dos consumidores, o Ministério Público Federal e Estadual, as associações constituídas para essa finalidade e, ainda, as organizações sindicais.

Tanto a lei da ação civil pública como o código de proteção e defesa do consumidor possuem mecanismos que permitem a concessão útil e eficaz da tutela jurisdicional almejada pelo substituto processual, quer seja ele o representante do Ministério Público, quer seja ele sindicato ou associação.

Cabe ressaltar, desde logo, que o artigo 4º da Lei da Ação Civil Pública contém uma peculiaridade, qual seja, a tutela nele prevista não é apenas preventiva, mas pode conter um comando, uma determinação para um não fazer, para uma abstenção ou, ao contrário, um comando determinativo de um fazer, com o objetivo de assegurar a eficácia da tutela deferida em função dessa lei ou do código de proteção e defesa do consumidor.

Estas considerações são necessárias para dizer que em determinadas situações o dano é simplesmente irreparável, particularmente quando envolve tutela destinada a amparar interesses dos consumidores que, acaso não deferida quando a postularem, importará em absoluta irreversibilidade para estes do dano que se objetivou evitar.

Destaque-se que a primeira justificativa para o surgimento da tutela do consumidor, está assentada no reconhecimento de sua vulnerabilidade nas relações de consumo, sendo ele, evidentemente, a parte mais fraca.

Desta forma, sendo o consumidor a parte mais fraca, deverá receber tratamento diferenciado nas ações em que figure como parte um representante de seus interesses, isto com o objetivo de ser garantida a isonomia, o equilíbrio processual.

Tanto isto é verdade que a lei da ação civil pública e o código de proteção e defesa do consumidor, sob o

pálio da Constituição Federal, apresentam uma série de mecanismos utilizados para a tutela dos interesses dos consumidores em juízo, tais como a inversão do ônus da prova, a legitimação concorrente para a propositura de ações coletivas, a antecipação de tutela, a relativização dos efeitos da coisa julgada etc.

Tudo isto para garantir o resultado útil e efetivo das demandas nas quais estejam sendo discutidos interesses de consumidores.

Reconhece-se que o legislador possui uma ampla liberdade de valorar as situações da vida, as relações entre as pessoas e coisas, estabelecendo regras diversas de distribuição de vantagens e ônus, segundo as notas características colhidas e o fim por ele eleito para a satisfação de necessidades práticas.

Esta liberdade de conformação ampla deve guiar-se pela Constituição, sopesar os valores e metas eleitos como fundamentais e, também, realizar o programa ideológico nela contido, relevando destacar o respeito ao princípio da isonomia acima mencionado e, caso haja eventual colidência de interesses juridicamente tutelados, deve ser tutelado aquele cujo sacrifício seja de difícil ou impossível reparação.

Assim, nos casos em que houver conflito de interesses tutelados, sendo que de um lado estejam interesses de consumidores e de outro os interesses de fornecedores de produtos ou serviços, na medida em que somente um deles poderá ser tutelado, por opção legislativa, devem ser prestigiados os interesses dos primeiros em detrimento dos segundos.

A antecipação de tutela apresenta-se, neste aspecto, não apenas como um meio para assegurar o resultado efetivo e satisfatório da prestação jurisdicional, mas também como forma de assegurar o equilíbrio, a igualdade processual, a identidade de armas e de poderes, visando propiciar um verdadeiro contraditório, sem que uma das partes se veja impossibilitada de litigar, assegurando o resultado do processo em razão da desproporcionalidade de condições e de poderes entre os litigantes, em decorrência, principalmente, de pressões econômicas e de ameaças, verdadeira coação do litigante “mais forte” sobre o “mais fraco”.

Nesse sentido, SAN TIAGO DANTAS já advertia para o problema da igualdade na criação da lei, asseverando que “quanto mais progridem e se organizam as coletividades, maior é o grau de diferenciação a que atinge seu sistema legislativo. A lei raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos, quase sempre atende a diferenças de sexo, profissão, de atividade, de situação econômica, de posição jurídica, de direito anterior; raramente regula do mesmo modo a situação de todos os bens, quase sempre os distingue conforme a natureza, a utilidade, a raridade,

“Diante disso, havendo colidência entre os interesses dos consumidores e o dos detentores dos meios de produção de bens e serviços, evidentemente que deverão os primeiros ser tutelados de forma especial.”

a intensidade da valia que ofereceu a todos; raramente qualifica de um modo único as múltiplas ocorrências de um mesmo fato, quase sempre os distingue conforme as circunstâncias em que se produzem, ou conforme a repercussão que têm no interesse geral. Todas essas situações, inspiradas no agrupamento natural e racional dos indivíduos e dos fatos, são essenciais ao processo legislativo, e não ferem o princípio da igualdade. Servem, porém, para indicar a necessidade de uma construção teórica, que permita distinguir as leis arbitrárias das leis conforme o direito, e eleve até esta alta triagem a tarefa do órgão máximo do Poder Judiciário” (Igualdade perante a lei e *due process of law*: uma contribuição ao estudo da limitação constitucional do poder legislativo, RF 116/364. Rio de Janeiro: Forense, 1948).

Quanto aos valores a serem considerados para essa distinção, releva destacar que a Constituição Federal declara que a ordem econômica é fundada na “valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” e “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” observados os princípios da soberania nacional; da propriedade privada; da função social da propriedade; da livre concorrência; da defesa do consumidor; da defesa do meio ambiente; da redução das desigualdades regionais e sociais, dentre outros mencionados no artigo 170.

Isto significa que a Constituição Federal consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista. Em segundo lugar significa que, apesar de adotar o regime capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre os demais valores da economia de mercado, enfatizando a necessidade de se atribuir uma função social à propriedade.

Ressalte-se, ademais, que o respeito à livre concorrência encontra limite na defesa do consumidor e do meio ambiente; na redução das desigualdades regionais e na busca do pleno emprego.

Estes aspectos todos evidenciam que há uma desigualdade entre aqueles que são detentores do poder econômico, titulares dos meios de produção e de fornecimento de bens e serviços de um lado, e os consumidores desses bens e serviços de outro.

Por este motivo, não por outro, que a própria Constituição Federal elegeu como um de seus princípios basilares, nos arts. 5º, inciso XXXII e 17, IV, a defesa do consumidor.

Ademais, Constituição Federal procura assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social. Esta tarefa, evidentemente, não é fácil num sistema de base capitalista, ainda mais quando possui contornos essencialmente individualistas.

Desta forma, apesar de consagrar a livre iniciativa como categoria constitucional, esta não deve prevalecer em detrimento dos direitos dos consumidores, igualmente tutelados pela Constituição Federal.

Diante disso, havendo colidência entre os interesses dos consumidores e o dos detentores dos meios de produção de bens e serviços, evidentemente que deverão os primeiros ser tutelados de forma especial.

Essa tutela, como visto acima, deverá ser outorgada pelo Poder Judiciário, como resultado do processo judicial.

Em relação à antecipação de tutela, esta sempre poderá acarretar risco de irreversibilidade no plano empírico. Esse risco, entretanto, pode decorrer tanto do deferimento, como do indeferimento da tutela antecipada. De qualquer forma, quer seja deferida, quer seja indeferida a antecipação de tutela, o juiz ou tribunal estará beneficiando uma das partes da demanda em detrimento da outra. Nestes casos, atuará o princípio da proporcionalidade, devendo o juiz ou o tribunal evitar o risco ou o prejuízo maior, protegendo aquela parte da demanda processual considerada mais fraca, cujo interesse prepondera em relação ao da outra parte, por ter menor possibilidade de suportar o risco da irreversibilidade.

Podemos, assim, concluir que o poder Judiciário, aparelhado com leis que viabilizam uma rápida e eficaz proteção àquelas pessoas que se encontram em situação de desvantagem econômica, ou em relação a bens e interesses relevantes para a sociedade, assim considerada em seu conjunto, não deve vacilar em outorgar a tutela jurisdicional almejada, *maxime* quando se colocam em confronto os interesses de grupos econômicos voltados apenas e tão somente para a aferição de lucro, decorrente de formação de cartéis e restrição da livre concorrência, de um lado, e os interesses coletivos de outro. 



HÁ MAIS DE 45 ANOS RESPEITANDO VOCÊ. ISSO FAZ TODA A DIFERENÇA.

Em 1965, nasceu a primeira empresa Brasif e, junto com ela, o princípio que nortearia a sua atuação até hoje: o respeito ao cliente. Graças a esta filosofia, suas atividades, que se iniciaram no setor de produtos siderúrgicos, atualmente se estendem aos mais variados segmentos, incluindo agronegócio, distribuição e aluguel de máquinas pesadas, empreendimentos imobiliários, financeiros e varejo.

A Brasif também desenvolve ações sociais e culturais, como a criação de centros profissionalizantes para menores, voltados para a construção de um futuro melhor e mais justo.

Contando com a confiança de seus clientes, a força de seus colaboradores e parceiros e com um olhar voltado para o futuro, a Brasif cresceu e se transformou em uma referência de qualidade e inovação nos seus diversos setores de atuação.

BRASIF
MÁQUINAS

BRASIF
Rental

BRASIF
IMOBILIÁRIA

BRASIF
INVESTIMENTOS

EMPRESAS
BRASIF

Mata Velha 

GENEAL
Soluções em Engenharia

Da Mata 

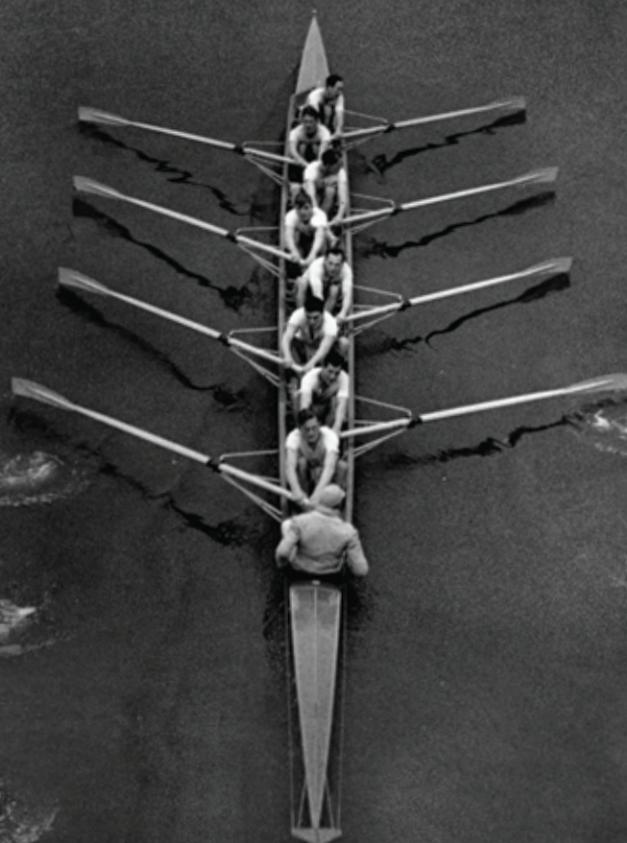

LOUNGERIE


Brasil Social

www.brasif.com.br



FONTES · TARSO RIBEIRO
ADVOGADOS



RIO DE JANEIRO

RUA DO MERCADO, 11, 7º E 18º ANDARES
CENTRO - RIO DE JANEIRO, RJ - BRASIL
CEP 20.010-120 - TEL: +55 21 2176-7800

SÃO PAULO

RUA JERÔNIMO DA VEIGA, 45, 10º ANDAR
ITAIM BIBI - SÃO PAULO, SP - BRASIL
CEP 04.536-000 - TEL: +55 11 4878-6000

WWW.FTR.COM.BR