JUSTIÇA & CIDADANIA

ISSN 1807-779X
Edição 190 - Junho de 2016

R$ 16,90

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

UM ANO DA LEI DE MEDIAÇÃO

"DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA"

EDITORIAL: Exemplos que marcam

Mapa Estratégico do

COMÉRCIO

Sistema Fecomércio RJ

Fecomércio Sesc Senac

NA DIREÇÃO DO DESENVOLVIMENTO PARA QUE NOSSO ESTADO SIGA SEMPRE EM FRENTE.

Formulado em parceria com a Fundação Getulio Vargas, o Mapa Estratégico do Comércio reúne dados socioeconômicos das oito regiões fluminenses. Nosso objetivo é identificar vocações e oportunidades locais para criar propostas concretas de crescimento sustentável, contribuindo com o desenvolvimento do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do estado do Rio de Janeiro.

Educação, Segurança, Infraestrutura e Ambiente Empresarial são temas da nossa pauta. Os Grupos de Trabalho envolvem formadores de opinião, lideranças locais e a população de cada uma das cidades visitadas. Quando o percurso estiver concluído, teremos um levantamento completo do estado e de suas necessidades. Acompanhe nosso trabalho e ajude a fortalecer essa jornada.

Saiba mais em **mapadocomerciorj.com.br**

APOIO

FGV PROJETOS futura

REALIZAÇÃO

Sistema Fecomércio RJ

Fecomércio Sesc Senac

editora JC

Av. Rio Branco, 14 / 18º andar
Rio de Janeiro – RJ CEP: 20090-000
Tel./Fax (21) 2240-0429
editorajc@editorajc.com.br
www.editorajc.com.br

ISSN 1807-779X

Orpheu Santos Salles
Editor

Tiago Salles
Editor-Executivo

Erika Branco
Diretora de Redação

Diogo Tomaz
Coordenador de Produção

Mariana Fróes
Coordenadora de Arte

Amanda Nóbrega
Assinatura e Expedição

Ana Paula Silveira
Jornalista colaboradora

Correspondentes:

Brasília
Arnaldo Gomes
SCN, Q.1 – Bl. E / Sl. 715
Edifício Central Park
Brasília – DF CEP: 70711-903
Tel.: (61) 3710-6466
Cel.: (61) 9981-1229

Manaus
Julio Antonio Lopes
Av. André Araújo, 1924-A – Aleixo
Manaus – AM CEP: 69060-001
Tel.: (92) 3643-1200

CTP, Impressão e Acabamento
Edigráfica

Edição 190 • Junho de 2016 • Capa: Sergio Amaral/STJ

Conselho Editorial

Bernardo Cabral
Presidente

Orpheu Santos Salles
Secretário

Adilson Vieira Macabu
Alexandre Agra Belmonte
André Fontes
Antônio Augusto de Souza Coelho
Antônio Souza Prudente
Aurélio Wander Bastos
Benedito Gonçalves
Carlos Antônio Navega
Carlos Ayres Britto
Carlos Mário Velloso
Cláudio dell'Orto
Dalmo de Abreu Dallari
Darci Norte Rebelo
David Ribeiro Salles
Enrique Ricardo Lewandowski
Erika Siebler Branco
Ernane Galvêas
Fábio de Salles Meirelles
Gilmar Ferreira Mendes
Guilherme Augusto Caputo Bastos
Henrique Nelson Calandra
Humberto Martins
Ives Gandra Martins
João Otávio de Noronha
José Geraldo da Fonseca
José Renato Nalini
Julio Antonio Lopes
Lélis Marcos Teixeira
Luis Felipe Salomão
Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho
Luís Inácio Lucena Adams
Luís Roberto Barroso
Luiz Fux
Marco Aurélio Mello
Marcus Faver
Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Maurício Dinepi
Mauro Campbell
Maximino Gonçalves Fontes
Nelson Tomaz Braga
Ney Prado
Paulo de Tarso Sanseverino
Paulo Dias de Moura Ribeiro
Peter Messetti
Ricardo Villas Bôas Cueva
Roberto Rosas
Sergio Cavalieri Filho
Sidnei Beneti
Siro Darlan
Sylvio Capanema de Souza
Thiers Montebello
Tiago Salles

Para acessar o site da Editora, baixe o leitor de QR code em seu celular e aproxime o aparelho do código ao lado.

facebook.com/editorajc

twitter.com/editorajc

Apoio

Associação dos Magistrados Brasileiros

CONSELHO DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

Instituto JUSTIÇA & CIDADANIA

Sumário

8 *Capa* – Um ano da Lei de Mediação "Democratização do acesso à justiça"

6 *Editorial* – Exemplos que marcam

14 A sociedade e seu compromisso com os eleitos

16 Recuperação judicial: Homologação do plano de recuperação em assembleia geral

24 A mediação extrajudicial de conflitos nas relações de transporte coletivo de passageiros

26 O fim de uma testemunha viva da história do Brasil

28 *Em Foco* – Mediação: Em vez da sentença, um aperto de mão

30 Mediação na Justiça do Trabalho: Buscando identidade

38 A falência da recuperação judicial

40 Funções institucionais do Ministério Público Federal e da Polícia Federal no âmbito da investigação criminal

46 A extinção das obrigações do falido pela satisfação parcial do crédito e o princípio constitucional da segurança jurídica

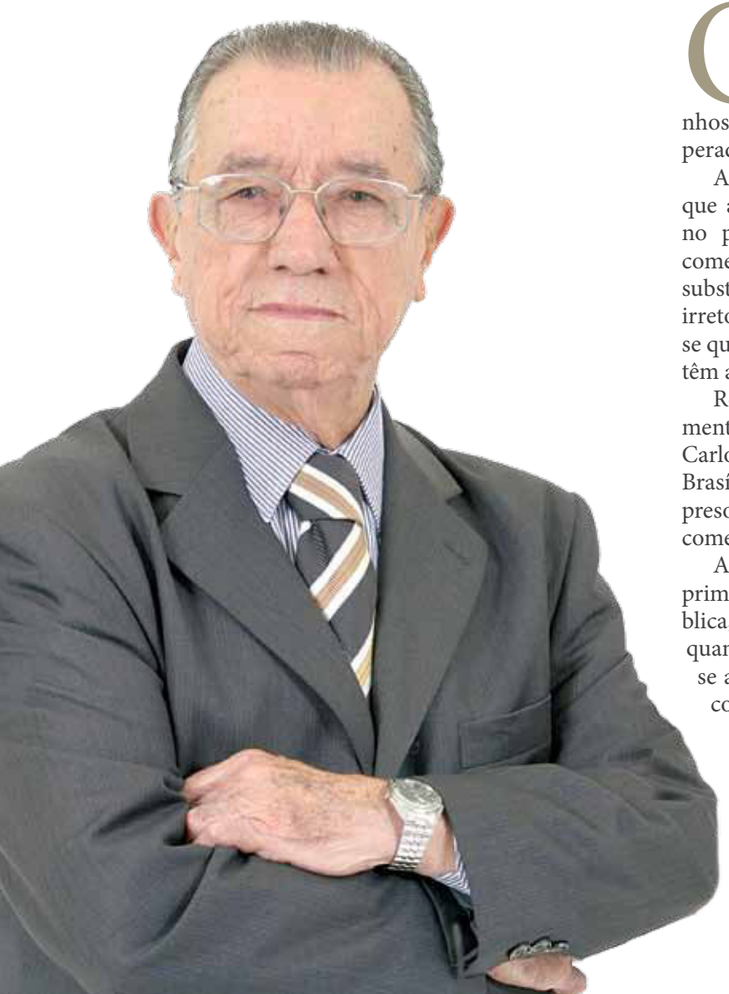
52 O Novo Código de Processo Civil, os precedentes e o "stare decisis" vertical

56 Uma contribuição do Direito Administrativo para o aprimoramento do ambiente de negócios no Brasil

62 Ministro do STJ palestra na UDC

64 O Diferencial da Mediação nos Contratos de Seguro e Resseguro

Exemplos que marcam



Os tristes acontecimentos ocorridos no Brasil nos últimos anos marcaram indelevelmente a população pelos deploráveis exemplos deixados gravando os descaminhos da imoralidade, que precisa ser apagada e superada.

A esperança tem de ser restaurada e seguida para que a honestidade e a dignidade voltem a imperar no país, esquecendo as truculentas barbaridades cometidas contra o povo e a Nação, que têm de ser substituídas com a frutificação de bons exemplos de irretocável conduta em benefício da sociedade, que se queda angustiada e perplexa com as desgraças que têm afligido o Brasil na última década.

Rememorando o passado recente, vem-nos à mente a lapidar frase proferida pelo magnífico jurista Carlos Ayres Britto, ao condenar um governante de Brasília, pego em infamante crime: "há gente que sai preso do palácio para a cadeia e sobe na vida para cometer barbaridades".

A memória lembra também a frase infeliz e desprimorosa do boquirroto ex-presidente da República, ao indicar candidata à presidência da Nação, quando tratou-a com desfaçatez e humilhação, como se a Chefia do Governo do Brasil pudesse ser desconsiderada como fosse um poste.

Pode-se, também, entender democraticamente o espernear dos opositores contra os legítimos resultados acontecidos no transcorrer do processo do impeachment na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, mas o que não se pode desconhecer é a existência do artigo 86 da Constituição Federal, que condiciona o crime de responsabilidade ao explicitado no artigo 5º, que dispõem: "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza".

A presidenta Dilma Rousseff merece todo carinho e respeito devido à sua condição de mulher e, especialmente, como presidente da República, entretanto, no exercício da magnificência do cargo, não pode se prestar a sair da opulência da representatividade de presidente da República, se deslocando do Palácio em Brasília para São Paulo com o aparato cerimonial que lhe é devido, para se solidarizar com um delinquente que acabava de ser conduzido preso para depor no inquérito do Lava Jato.

Há de haver recato na alta função que exerce.

Também não são louváveis as manifestações de crítica e repúdio da Presidente Dilma Rousseff aos outros poderes da República, o Legislativo e o Judiciário, principalmente quando desferidos no exterior, o que consubstancia a tentativa malsã de desmoralizar o Brasil.

A presidência da República, exercida interinamente pelo Vice-Presidente Michel Temer, constitui arranjo constitucional cuja função poderá se estender até 31 de dezembro de 2018. Oxalá o seu passado de dignidade, respeito e conceituação pública alcançados nos cargos exercidos traga esperanças e regeneração nas atividades públicas.

O panorama político, social e econômico da Nação é preocupante: a desmoralização de políticos em geral ao se aliarem em conluio com empresários como demonstrado nos inquéritos do Mensalão, Petrobras, culminando nas prisões de centenas de bandidos de colarinho branco e personalidades que até pouco tempo desfrutavam descaradamente dos roubos e das apropriações criminosas, deixou à mostra que o crime tem castigo.

Os exemplos que a Polícia Federal, o Ministério Público e o Poder Judiciário estão deixando marcados com o ferrete da prisão e de condenações de dezenas de anos – que se cumpridas sem redução das penas, muitos morreriam nas cadeias – deixam exemplo para quem descuida e não respeita a lei.

Muitos figurões da política e empresários com os quais se cumpliciaram amargam as agruras e misérias nas cadeias e o desenrolar dos processos em andamento reserva surpresas, principalmente para os que se julgaram donos do poder e se locupletaram de verbas públicas, surrupiadas, às vezes, das destinadas às casa de saúde, deixando à míngua os infelizes párias jogados nos corredores dos hospitais, sem assistência e sem o amparo que a lei lhes faculta.

SÃO EXEMPLOS QUE MARCAM!

Orpheu Santos Salles
Editor

Um ano da Lei de Mediação

“Democratização do acesso à justiça”

Da Redação, por Ana Paula Silveira

Entrevista – Ministro Luis Felipe Salomão explica que o grande desafio da normativa é colocar na prática o que está no papel

Se, por um lado, a Justiça Brasileira já atinge a marca de 100 milhões de processos em tramitação; por outro, os números representam que o cidadão brasileiro tem recorrido a ela para se valer de seus direitos.

É neste contexto que surge a Lei de Mediação, Lei nº 13.140-2015, para conter a judicialização e dar soluções aos litígios, avalia o ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Luis Felipe Salomão. “As soluções extrajudiciais, como novo marco regulatório da mediação, representam um grande ganho para a sociedade em rapidez e celeridade, tornando a Justiça mais ágil e menos onerosa”, afirma.

Apesar de trazer avanços, a normativa, que entrou em vigor neste ano, ainda é um desafio no país no que se refere à sua total eficácia, afirma o Ministro.

Conhecido por ser um defensor dos métodos de conciliação, mediação e arbitragem, ele reconhece as mudanças benéficas trazidas pela nova legislação, mas explica que é necessário avançar nas questões estruturais do Poder Judiciário para consolidar a sua efetividade.

“A Lei de Mediação resolve muitos dos problemas e desafoga uma parte do que seria levado ao Poder Judiciário, com a vantagem de que ela facilita e democratiza o acesso da população para a solução dos seus problemas. Acessibilidade é uma das finalidades da lei”, avalia.

Salomão, que atua na 2ª seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), também foi presidente da Comissão de Juristas que escreveu a Reforma da Lei de Arbitragem e o Anteprojeto do primeiro marco legal da Lei de Mediação no Brasil.

Em entrevista à revista *Justiça & Cidadania*, Salomão faz uma análise sobre o primeiro ano de seus desafios.

Revista Justiça & Cidadania – Criada para dar celeridade nas decisões judiciais e ser uma alternativa na resolução de conflitos, a Lei de Mediação nº 13.140/2015 completará um ano de vigência, em 2016. Como o senhor avalia os resultados obtidos até o momento?
Luis Felipe Salomão – De pequenos problemas até questões complexas na sociedade civil, é possível utilizar a normativa para promover a resolução de conflitos, por via da negociação e do diálogo.

A Lei de Mediação resolve muitos dos problemas e desafoga uma parte do que seria levado ao Judiciário. Uma das vantagens é que ela facilita e democratiza o acesso da população para a solução dos seus problemas. Por exemplo, cada vez que existe um litígio ou um pequeno problema em uma comunidade, em uma cidade, na família, isso abala a paz social e a missão do Estado é proporcionar essa paz. Se existe um litígio que abala essa questão, um simples problema pode tomar outras proporções, então, ter acesso para resolver esse problema é uma das finalidades desta lei.

Foto: Sergio Amaral/STJ

Ministro Luis Felipe Salomão

RJC – Como a mediação pode ajudar a tornar o Poder Judiciário mais célere e eficaz para a sociedade ?
LFS – As soluções extrajudiciais representam um grande ganho em rapidez e celeridade tanto para o Poder Judiciário, que diminuirá o volume de processos; como para o cidadão, que terá resoluções mais céleres e eficazes para seus problemas por meio do diálogo. Quando se aplicam as técnicas de mediação, por exemplo, se atingem altas taxas de êxito e, prova disso, são os exemplos mundo afora. O Brasil ainda está atrasado em relação a essas práticas extrajudiciais, pois em países, como Alemanha, Estados Unidos e Argentina elas já são utilizadas há muito tempo e com resultados satisfatórios.

RJC – Quais são as principais alterações e inovações trazidas pela lei?
LFS – A lei traz muitos aspectos positivos diante deste atual cenário de abarrotamento no número de processos que vivencia o Poder Judiciário. Ela ajudou a reduzir a burocracia e, também, a promover uma tentativa de mudança cultural; de mentalidade na forma de encarar os problemas e na tentativa de suas resoluções. Ou seja, procuramos com a mediação sair da velha cultura do litígio judicial para uma solução extrajudicial de composição. A prioridade da lei é, por via do diálogo, trazer soluções para todas as partes.

RJC – O senhor defende a mudança de paradigmas no combate à cultura litigante e diz que a Lei de Mediação é o caminho para a conquista. O que representa para o Poder Judiciário as soluções extrajudiciais?
LFS – O Judiciário tem um importante papel para a realização da cidadania, e se vivemos um processo de judicialização é porque o cidadão busca o Poder Judiciário para resolver conflitos de todas as ordens. Mas é preciso o entendimento de que é preciso acioná-lo de forma racional. O sistema de justiça está em colapso, com 100 milhões de processo onde os juízes conseguem julgar apenas 30, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Atualmente, muitos dos conflitos que chegam na Justiça poderiam ser resolvidos fora dela antes mesmo de chegar

Foto: Divulgação

Ministro Luis Felipe Salomão

ao Judiciário, como questões envolvendo família, consumidor, poder público, contratos e problemas envolvendo condomínio. Acredito que as soluções extrajudiciais têm um peso importante, porque não resolvem só o processo, mas trazem uma solução real e em curto prazo para o litígio, onde todas as partes saem ganhando. Isso não se faz da noite para o dia, até porque vivemos em um país marcado pela cultura do litígio e mudar questões culturais é um processo que tornará a Justiça mais eficaz para a resolução de demandas com um grau mais elevado de entendimento.

RJC – Na sua avaliação, quando vale procurar a mediação?

LFS – Ela (a lei) é um instrumento que surge para facilitar as diversas relações sociais e possibilitar um acordo imediato entre as partes. É uma ferramenta útil para resolver conflitos de consumo, imobiliários e outros. Ela é um procedimento consensual.

É também um mito dizer que essas soluções vão reduzir o mercado de advogados, até mesmo porque todo cidadão precisa recorrer a esse profissional para entender sobre as suas demandas.

RJC – Quais são os desafios da Justiça para a adoção da Lei de Mediação?

LFS – A lei é positiva e não precisa de mudanças em seu texto. O que de fato precisa é evoluir e ter capilaridade. Sair do papel e ser colocada em prática, ou seja, é preciso dar tempo, ainda é muito cedo para uma avaliação e não será resolvido da noite para o dia. O desafio é o de capacitar e formar mediadores e tornar viável o acesso dessas soluções ao cidadão. Nós aprendemos a fazer petição inicial, mas não aprendemos a mediar. Tudo é um processo que vai demandar mudança de perspectiva de todos os agentes e da sociedade sobre a importância de que a medição é instrumento para solução de alguns conflitos.

RJC – Em um momento de crise política, econômica e institucional que o país vive, o Judiciário se torna protagonista. Como o senhor avalia esse cenário?

LFS – O Judiciário tem como papel ser fiel à missão de fazer cumprir a legislação. E no momento que o País vivencia, isso reflete pois deságua na Justiça as principais demandas. A Justiça precisa ser realmente o último recurso da cidadania, mas com medidas que realmente funcionem. Por isso, o caminho da conciliação e mediação é alternativa extrajudicial eficiente que visa minimizar esses impactos e dar o suporte que o cidadão precisa. Mas, esse é apenas um dos instrumentos, o Judiciário tem que se gerir com autosuficência e não consegue pela falta de magistrados, juízes, ou seja de sua estrutura. Então, na prática, essas alternativas se tornam essencias para democratizar o acesso do jurisdicionado às soluções e ao Poder Judiciário.

Para especialistas, lei trouxe avanços

Prestes a completar um ano de vigência, a Lei de Mediação, nº 13.140/2015 marca uma nova era para o jurisdicionado no acesso à Justiça. Até pouco tempo oferecida por alguns escritórios de advocacia e, em alguns casos, nos Tribunais de Justiça, a mediação vem ganhando espaço e já foi incorporada ao novo Código de Processo Civil (CPC).

Para o desembargador César Cury, a normativa trouxe avanços significativos para o Poder Judiciário e ampliou o acesso à Justiça. "Esse novo modo de pacificação de controvérsias, que atende aos predicados constitucionais de acesso à solução justa, eficaz e a tempo razoável – inscritos no novo CPC – constitui o novo paradigma a partir do qual a sociedade brasileira passa a tratar as suas divergências", afirma.

Dentre as principais inovações da normativa estão, por exemplo, o estímulo à solução extrajudicial e pré-processual e a possibilidade de criação de câmaras, além da solução consensual por meio virtual e por entes públicos que traduzem a melhor política de difusão da cultura de paz, completa o magistrado.

Na prática, a medida facilitou o acesso à Justiça para o jurisdicionado. "A possibilidade de tratamento consensual das disputas através dos Centros Judiciários e por via digital, a distância, representam para a sociedade, e para os advogados em especial, a conquista do acesso ágil, seguro e cômodo, com custos reduzidos, à solução dos conflitos", explica. Tendo como base a resolução 125/2010, do CNJ, os Tribunais instituíram Núcleos Permanentes de Mediação e seus órgãos operacionais, os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs).

"Os Tribunais têm investido ainda na capacitação de mediadores, e na sensibilização de magistrados e servidores", afirma o magistrado. No Tribunal do Rio, além dessas iniciativas, convênios com inúmeras entidades, públicas e privadas, têm permitido ampliar significativamente a área de atuação e a disponibilização de acesso à solução consensual à sociedade em geral e aos advogados em especial gerando resultados satisfatórios.

Segundo Cury, a mediação e as demais modalidades consensuais – com base na Lei 13.140 e no novo CPC – constituem mais uma opção de solução consensual de conflitos. "Elas devem ser a escolha preferencial por advogados e pela sociedade em geral, contribuindo para o redirecionamento dos casos em disputa, hoje encaminhados quase exclusivamente à Justiça convencional, para os Centros Judiciários e para as Câmaras Públicas e Privadas".

Desembargador César Cury

Já em relação às demandas triviais, repetitivas e de limitada expressão cognitiva e econômica, deverão ser tratadas através de Câmaras Virtuais de solução de disputas, a exemplo do sistema recentemente disponibilizado pelo CNJ, encontrado no site: cnj.jus.br/mediacaodigital e que cujo acesso deverá ser oferecido a partir dos Cejuscs.

Se a normativa tem como meta desafogar o Judiciário e atuar como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a auto composição de conflitos no âmbito do público e do privado a medida ainda deve percorrer um longo caminho no combate à cultura litigante, afirma o mestre doutor na Uerj e diretor acadêmico da Fundação da Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, professor Humberto Dalla. "O grande desafio é a adoção concreta de uma cultura da pacificação. Ou seja, incutir nos operadores do Direito que todos têm o dever de buscar o acordo antes de procurar a Justiça", explica.

Outra preocupação, principalmente nesse período de consolidação da normativa, é a de promover uma pacificação verdadeira do conflito e não um acordo provisório e descompromissado, que muitas vezes, não resolve o problema e gera novas demandas, completa. Na opinião dele, a normativa é positiva, mas alguns pontos ainda dependem do amadurecimento na doutrina e na jurisprudência. "Cito, como exemplos, os limites dos acordos em direitos individuais indisponíveis, na forma do art. 3º, parágrafo 2, bem como os usos potenciais da mediação envolvendo a Administração Pública e o compromisso de ajustamento de conduta na tutela coletiva, conforme art.32", diz.

Apesar dos desafios, o especialista reconhece que a lei trouxe avanços, como a possibilidade, regulamentada pelo art.29, de inserir pactos de mediação nos contratos em geral e na realização de audiências de conciliação ou mediação nos processos judiciais antes mesmo da contestação do réu, na forma do novo art. 334 do novo Código de Processo Civil (CPC)."Esse tem sido um período de acomodação. Quando toda a estrutura estiver em funcionamento, certamente funcionará como um mecanismo acelerador de acordos e, por via de consequência, das decisões judiciais", afirma.

A diretora de mediação do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA), advogada Juliana Rodrigues, comemora a regulamentação da lei. "Ela representou uma importante alavanca para a mediação no Brasil, principalmente no crescimento da utilização do mecanismo".

Contudo, Juliana enfatiza que apesar de ser realizado por alguns tribunais brasileiros e câmaras privadas há alguns anos, a edição do marco legal da mediação foi determinante para conferir maior legitimidade à prática e esclarecer questões relevantes como, por exemplo, a suspensão do prazo prescricional durante o procedimento.

A advogada do CBMA destaca que ainda é cedo para avaliar o impacto do diploma na redução de demandas judiciais e na celeridade de resolução de conflitos, considerando o curto tempo de vigência da normativa. "As câmaras privadas já apontam um incremento no número de mediações extrajudiciais solicitadas no último ano e os tribunais apresentam um crescimento exponencial do número de mediações judiciais, especialmente em razão da entrada em vigor do novo CPC em março, que instituiu o procedimento como uma etapa quase obrigatória do processo judicial", afirma.

Na prática, Juliana avalia que os principais ajustes em relação à normativa irão decorrer da necessidade de compatibilizá-la com o novo CPC e de esclarecer alguns pontos para sua implementação, mas que não exigem necessariamente reformas ao diploma.

A iniciativa do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ) é citada como referência ao formar um grupo de trabalho composto por representantes do próprio Tribunal, da Defensoria Pública, do Ministério Público e da OAB/RJ, e outras entidades com o objetivo de elaborar enunciados normativos sobre aspectos relevantes da lei e do novo CPC, tais como a realização de concurso público para mediador no âmbito do tribunal, a realização de convênios e demais esclarecimentos sobre o procedimento.

Professor Humberto Dalla

Diretora de mediação do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA), advogada Juliana Rodrigues

Diante desse momento de crise, Juliana afirma que a mediação é uma importante ferramenta para a resolução de conflitos. "Nesse contexto, a utilização de uma alternativa consensual permite a manutenção dos negócios e a preservação da relação entre as partes, que normalmente é bastante desgastada pelo litígio", diz. Assim, segundo a diretora de mediação do CBMA evita-se que algumas questões sejam resolvidas no Judiciário, por meio de ações indenizatórias com o provável desfazimento dos contratos, o que acarreta não só o abarrotamento do Judiciário, mas também a redução das oportunidades de negócios e o agravamento da crise.

Para a advogada, o grande desafio da Lei de Mediação é instituir uma prática de mediação no Brasil com qualidade, que garanta os benefícios do instituto e evite a sua banalização. "Esse caminho passa ainda pela boa formação de mediadores, a sua adequada remuneração e a participação colaborativa dos advogados.

O desafio não é fácil, especialmente em razão da nossa cultura fortemente litigante, mas o primeiro passo já foi dado com a edição da lei", conclui.

A sociedade e seu compromisso com os eleitos

Claudio Lamachia | Presidente nacional da OAB

Foto: Valter Campanato/ABr

Uma sociedade que cultiva o hábito do debate político percebe que não há qualquer motivo para comemorações em um processo de impeachment como o que estamos testemunhando, mesmo que necessário e constitucional. Uma autoanálise mostrará que todos têm parcela de culpa no caminho traçado até aqui.

Penso que devemos deixar de usar como desculpa a ideia de que temos uma jovem democracia. Em pleno 2016, com todo o avanço tecnológico e acesso à informação que possuímos, é um equívoco achar que há algo de jovem em nosso sistema político. O que precisa amadurecer é o comportamento do eleitor.

Quando a sociedade vai às ruas, protesta, clama por mudanças, estamos vivenciando uma situação absolutamente natural. A manifestação de descontentamento com os rumos tomados pelos agentes públicos deve ocorrer sempre que algo ultrapasse a barreira da boa gestão, da ética e da moralidade.

No entanto, cabe aqui o uso do velho ditado: é melhor prevenir do que remediar. O voto é um direito que traz grandes responsabilidades. A maior delas é o controle permanente dos eleitos. Eles foram os escolhidos para representar a sociedade e devem guardar coerência com as ideias e discursos que renderam sua eleição. O papel do eleitorado é justamente exigir que isso ocorra. Esse controle deve ser feito diariamente e não apenas quando o quadro político esteja irreversivelmente deteriorado.

A crise ética e moral que enfrentamos atualmente em nosso país nos trouxe a uma encruzilhada. O caminho que vamos seguir daqui para frente determinará se chegaremos, ou não, a um lugar melhor do que o que deixamos para trás.

Cada um de nós, não apenas os gestores públicos, precisa ter o compromisso com a gestão pública, de responsabilidade com o uso do dinheiro arrecadado com o suor dos contribuintes e com o fim da corrupção. Esse é sim também papel do eleitor. Fiscalizar e cobrar de maneira permanente os eleitos.

E essa cobrança precisa ser feita de maneira dura. Precisamos exercitar a boa memória e não reeleger aqueles que no seu histórico tenham desrespeitado a confiança recebida do eleitorado. Faltam recursos para investir em saúde, segurança, educação e justiça. Estados atrasam o pagamento dos funcionários e pensionistas. A União cobra juros altíssimos da renegociação da dívida dos Estados, inviabilizando que cumpram suas obrigações.

Ao mesmo tempo, não há escassez na hora de aumentar a verba partidária que sustenta os partidos políticos. Muitos deles, como bem sabemos, são

> "O eleitor aprendeu da pior maneira que por trás de cada campanha existe um interesse. Alguns são nobres, conectados ao que há de mais virtuoso na síntese da atividade política. Outros são inconfessáveis. Escondem-se atrás da compra de interesses, como vemos diariamente no noticiário."

legendas de fachada, destinadas ao jogo do toma lá dá cá, para o qual a sociedade é convidada, apenas, para bancar a conta.

A mobilização da sociedade deveria ser também contra isso e pela aprovação da lei que criminaliza o caixa dois de campanhas.

O eleitor aprendeu da pior maneira que por trás de cada campanha existe um interesse. Alguns são nobres, conectados ao que há de mais virtuoso na síntese da atividade política. Outros são inconfessáveis. Escondem-se atrás da compra de interesses, como vemos diariamente no noticiário.

As "doações", como se percebe, são descaracterizadas de qualquer alinhamento político, beneficiando legendas de todas as cores. A prática não se fixa em ideologias, mas no benefício próprio. É um mero investimento.

A sociedade não tem o direito de esmorecer até que exista de fato uma sintonia verdadeira entre os anseios do eleitor e o comportamento dos eleitos. É preciso que todos aqueles que receberam a honra de representar a população ponham em prática o discurso que lhe fez merecer cada voto. E que deixem de lado o universo que os separa da realidade quando estão detrás dos vidros escurecidos dos carros oficiais e a bordo dos jatinhos pagos com o dinheiro público.

Recuperação judicial

Homologação do plano de recuperação em assembleia geral

Paulo Dias de Moura Ribeiro | Membro do Conselho Editorial
Ministro do STJ

Foto: Estúdio Casa 8/Henrique Tarricone

1. Preâmbulo

Honrou-me o Dr. Tiago Santos Salles, Diretor-Executivo da Editora J & C, com pedido para colaborar com a reconhecida Revista *Justiça & Cidadania* com um artigo jurídico para expor a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça em caso que viesse a merecer destaque em razão de sua repercussão.

Dada a tarefa, me apressei em escrever algumas considerações sobre caso jurídico submetido ao Superior Tribunal de Justiça que tivesse a característica visada pelo nobre editor.

E em assim pensando, me veio à mente o caso que foi espelhado no REsp 1.371.427-RJ, da Relatoria do em. Min. Villas Bôas Cueva emoldurado numa homologação de plano de recuperação judicial em que um dos credores se viu constrangido a aceitar a inclusão do seu crédito em valor equivalente a 10% do montante real, sob pena de ser preterido, apesar de ter impugnado a quantia declarada no quadro geral de credores.

A questão de fundo a ser deslindada, passava, então, pela discussão da possibilidade ou não da retificação do quadro geral de credores **após** a homologação do plano de recuperação judicial.

2. Possibilidade de retificação do quadro geral de credores após a homologação do plano de recuperação judicial

Na hipótese, o em. Relator assim tratou o tema em seu voto, passando por questões relativas à verificação e habilitação dos créditos e pela fase de apresentação e deliberação do plano de recuperação judicial.

> *4.1 Da verificação e habilitação dos créditos*
> *Deferido o pedido de recuperação judicial, a partir da publicação do edital previsto no art. 52, § 1º[1], da Lei de Falências e Recuperação Judicial, em que é divulgada a relação dos credores, inicia-se a chamada fase de verificação de créditos.*
> *Na etapa de verificação dos créditos, atividade atribuída ao administrador judicial, com base na escrituração e nos documentos do devedor e nos elementos apresentados pelos credores, é realizada a análise do passivo da recuperanda.*
> *De acordo com o art. 7º, § 1º[2], da Lei nº 11.101/2005, nos 15 (quinze) dias seguintes à mencionada publicação, os credores que não se encontram relacionados devem apresentar a habilitação de seus créditos, e aqueles que discordarem da classificação ou do valor atribuído devem suscitar a divergência perante o administrador judicial.*
> *Encerrado o prazo acima, o administrador judicial fará publicar novo edital, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, com as alterações que entender cabíveis, indicando hora e local para que os legitimados a impugnar a referida relação possam ter acesso aos documentos que a embasaram, conforme o disposto no art. 7º, § 2º[3], da Lei nº 11.101/2005.*
> *A respeito do citado dispositivo, o professor Fábio Ulhoa, na obra "Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas", anota que "o administrador judicial não precisa dar qualquer resposta aos credores que suscitam divergência, nem levá-la ao juiz. Com a simples republicação da relação, contendo ou não a correção, saberão os habilitantes e os suscitantes de divergência se seus pontos de vista foram acolhidos ou não pelo administrador judicial" (pág. 47).*

---

1 Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato: (...) § 1º O juiz ordenará a expedição de edital, para publicação no órgão oficial, que conterá:
I – o resumo do pedido do devedor e da decisão que defere o processamento da recuperação judicial;
II – a relação nominal de credores, em que se discrimine o valor atualizado e a classificação de cada crédito;
III – a advertência acerca dos prazos para habilitação dos créditos, na forma do art. 7º, § 1º, desta Lei, e para que os credores apresentem objeção ao plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor nos termos do art. 55 desta Lei.

2 Art. 7º A verificação dos créditos será realizada pelo administrador judicial, com base nos livros contábeis e documentos comerciais e fiscais do devedor e nos documentos que lhe forem apresentados pelos credores, podendo contar com o auxílio de profissionais ou empresas especializadas. § 1º Publicado o edital previsto no art. 52, § 1º, ou no parágrafo único do art. 99 desta Lei, os credores terão o prazo de 15 (quinze) dias para apresentar ao administrador judicial suas habilitações ou suas divergências quanto aos créditos relacionados.

3 Art. 7º, § 2º O administrador judicial, com base nas informações e documentos colhidos na forma do caput e do § 1º deste artigo, fará publicar edital contendo a relação de credores no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, contado do fim do prazo do § 1º deste artigo, devendo indicar o local, o horário e o prazo comum

em que as pessoas indicadas no art. 8º desta Lei terão acesso aos documentos que fundamentaram a elaboração dessa relação.

Nos 10 (dez) dias seguintes ao da publicação do segundo edital, qualquer credor, devedor ou Ministério Público, pode apresentar impugnação da relação de credores, dirigida ao Juiz e que poderá ter como conteúdo a legitimidade, a importância, a classificação ou até ausência do crédito (art. 8º[4] da Lei nº 11.101/2005).

A impugnação da relação elaborada pelo administrador judicial é, portanto, o instrumento processual idôneo para se requerer judicialmente a retificação do quadro geral de credores quanto ao valor ou classificação do crédito, ou ainda, quanto à pretensão de ingresso no rol de credores.

Assim, não havendo impugnação, o juiz homologará, como quadro geral de credores, a relação elaborada pelo administrador judicial (art. 14[5] da Lei nº 11.101/2005). Porém, se houver impugnação na forma do art. 8º, c/c art. 13[6], ambos da Lei 11.101/2005, esta será autuada em separado e será processada na forma prevista na Lei ora em evidência e, da decisão prolatada pelo juiz, caberá agravo (art. 17[7] da Lei nº 11.101/2005).

O artigo 18[8] da Lei Falimentar atribui ao administrador judicial a obrigação de consolidar o quadro geral de credores, a ser homologado pelo juiz, com base na relação de credores e nas decisões proferidas nas impugnações oferecidas, mencionando, ainda, a importância e a classificação de cada crédito.

Desse modo, o quadro geral de credores é o espelho do que foi decidido em cada uma das impugnações de crédito, acrescida da parte não impugnada da relação apresentada na forma do § 2º do artigo 7º da Lei nº 11.101/2005, definindo-se o passivo do devedor a ser equacionado no âmbito do processo de recuperação judicial.

---

4 Art. 8º No prazo de 10 (dez) dias, contado da publicação da relação referida no art. 7º, § 2º, desta Lei, o Comitê, qualquer credor, o devedor ou seus sócios ou o Ministério Público podem apresentar ao juiz impugnação contra a relação de credores, apontando a ausência de qualquer crédito ou manifestando-se contra a legitimidade, importância ou classificação de crédito relacionado.

5 Art. 14. Caso não haja impugnações, o juiz homologará, como quadro-geral de credores, a relação dos credores constante do edital de que trata o art. 7º, § 2º, desta Lei, dispensada a publicação de que trata o art. 18 desta Lei.

6 Art. 13. A impugnação será dirigida ao juiz por meio de petição, instruída com os documentos que tiver o impugnante, o qual indicará as provas consideradas necessárias. Parágrafo único. Cada impugnação será autuada em separado, com os documentos a ela relativos, mas terão uma só autuação as diversas impugnações versando sobre o mesmo crédito.

7 Art. 17. Da decisão judicial sobre a impugnação caberá agravo.

8 Art. 18. O administrador judicial será responsável pela consolidação do quadro-geral de credores, a ser homologado pelo juiz, com base na relação dos credores a que se refere o art. 7º, § 2º, desta Lei e nas decisões proferidas nas impugnações oferecidas.

Parágrafo único. O quadro-geral, assinado pelo juiz e pelo administrador judicial, mencionará a importância e a classificação de cada crédito na data do requerimento da recuperação judicial ou da decretação da falência, será juntado aos autos e publicado no órgão oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, contado da data da sentença que houver julgado as impugnações.

Com a publicação do quadro geral de credores consolidado, encerra-se o procedimento de verificação de crédito.

4.2 Da fase de apresentação e deliberação do plano de recuperação judicial

Como na fase de verificação e habilitação de créditos, o termo inicial para a apresentação do plano de recuperação judicial conta-se da publicação do edital previsto no art. 52, § 1º, da Lei de Falências e Recuperação Judicial, a partir de então, o devedor possui o prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias para exibi-lo (art. 53[9] da Lei nº 11.101/2005), sob pena de convolação do seu pedido em falência.

> “Vê-se, portanto, que, só depois de consolidado o respectivo quadro e homologado judicialmente, é que se poderá colocar em votação o plano de recuperação. Assim, se o quadro-geral de credores ainda não estava consolidado quando da aprovação do plano de recuperação judicial, não há que se falar em sua imutabilidade.”

O plano deve abordar a discriminação pormenorizada dos meios de recuperação e a demonstração da viabilidade econômica e deve vir acompanhado de laudos econômico-financeiro e de avaliação patrimonial.

Após a exposição do plano em juízo, é publicado o edital para conhecimento dos credores que poderão apresentar objeção ao projeto elaborado pela sociedade devedora (art. 55[10] da Lei nº 11.101/2005), hipótese em que o juiz convocará a assembleia geral de credores para discutir e votar o plano de recuperação judicial, em prazo que não poderá exceder 150 (cento e cinquenta) dias, contados do despacho de processamento da recuperação judicial (art. 56[11] da Lei nº 11.101/2005).

---

9 Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convolação em falência, e deverá conter:

I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo;

II – demonstração de sua viabilidade econômica; e

III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

Parágrafo único. O juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo para a manifestação de eventuais objeções, observado o art. 55 desta Lei.

10 Art. 55. Qualquer credor poderá manifestar ao juiz sua objeção ao plano de recuperação judicial no prazo de 30 (trinta) dias contado da publicação da relação de credores de que trata o § 2º do art. 7º desta Lei. Parágrafo único. Caso, na data da publicação da relação de que trata o caput deste artigo, não tenha sido publicado o aviso previsto no art. 53, parágrafo único, desta Lei, contar-se-á da publicação deste o prazo para as objeções.

11 Art. 56. Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembléia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação. § 1º A data designada para a realização da assembléia-geral não excederá 150 (cento e cinqüenta) dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial. § 2º A assembléia-geral que aprovar o plano de recuperação judicial poderá indicar os membros do Comitê de Credores, na forma do art. 26 desta Lei, se já não estiver constituído. § 3º O plano de recuperação judicial poderá sofrer alterações na assembléia-geral, desde que haja expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes. § 4º Rejeitado o plano de recuperação pela assembléia-geral de credores, o juiz decretará a falência do devedor.

Aprovado o plano de reestruturação da recuperanda pelos credores reunidos em assembleia, com atendimento ao quórum de deliberação estabelecido no art. 45, o juiz será informado, e, então, concederá a recuperação judicial (art. 58[12] da Lei nº 11.101/2005).

3. Análise do caso concreto

Expôs o em. Relator o caso delineado no recurso, com os detalhes necessários à sua melhor compreensão nos seguintes termos:

4.3 Do caso concreto

No caso dos autos, o administrador judicial, na forma prevista no 7º, § 2º, da Lei nº 11.101/2005, declarou o crédito do recorrido, BNDES, no valor de R$ 34.386.892,53 (trinta e quatro milhões trezentos e oitenta e seis mil oitocentos e noventa e dois reais e cinquenta e três centavos).

Irresignado, o recorrido apresentou impugnação contra a lista de credores (art. 8º da Lei nº 11.101/2005). Julgada procedente, a decisão restou mantida pelo Tribunal de origem, fixando como incontroverso o crédito do recorrido no montante de R$ 382.683.611,69 (trezentos e oitenta e dois milhões seiscentos e oitenta e três mil seiscentos e onze reais e sessenta e nove centavos).

Com base na decisão que julgou a impugnação, às fls. 125-127 (e-STJ), o recorrido requereu a retificação do quadro geral de credores para a realização do ajuste dos valores até então consignados nos seguintes termos:

“(...)

Requer o BNDES, para fins de distribuição do produto da alienação do imóvel, a retificação do quadro geral de credores constante do PRJ, para declarar o seu crédito, na classe II, no valor de R$ 170.000.000,00 (cento e setenta milhões de reais). Ressalvando, todavia, que para efeitos de votação o BNDES, além do crédito habilitado na classe II, permanecerá também com seu crédito habilitado na classe III, no montante de R$ 212.683.612,00”.

---

12 Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei. § 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa: I –

o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes; II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas; III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei. § 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1o deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

Nessa oportunidade, surge a problemática ora em estudo, pois, quando do pedido de retificação do quadro geral de credores pelo recorrido, o plano de recuperação judicial já estava homologado, com os devidos percentuais e valores a serem recebidos pelos credores, bem como a ordem de classificação dos créditos.

Sob a ótica da recorrente, a alteração do valor devido a um dos credores importa em inadmissível modificação do plano de recuperação judicial devidamente aprovado pela Assembleia Geral de Credores e homologado pelo juízo.

4. Fases distintas e paralelas da verificação e habilitação de créditos e deliberação do plano de recuperação

Neste particular o em. Relator traçou os momentos diversos do procedimento judicial até a elaboração do plano de recuperação, concluindo pela possibilidade de ser revista a decisão da assembleia até o julgamento definitivo de todas as impugnações de crédito, a partir de quando o Administrador será responsável pela sua consolidação.

Veja-se:

> Como visto, no âmbito da recuperação judicial e no que se refere à solução da controvérsia, existem duas fases distintas e paralelas, quais sejam: i) a verificação e a habilitação de créditos, previstas na Seção II da Lei nº 11.101/2005, arts. 7º ao 20 e ii) a fase de apresentação e deliberação do plano de recuperação judicial com assento na Seção III e Seção IV, arts. 53 ao 69 da Lei nº 11.101/2005.
>
> *Isso porque, deferido o processamento da recuperação judicial (art. 52 da Lei nº 11.101/2005), o juiz determina a expedição de edital com a relação nominal de credores e respectivos créditos, e, a partir de então, a um só tempo, iniciam-se a fase de verificação e habilitação de créditos (art. 52, § 1º, da Lei nº 11.101/2005) e o prazo improrrogável de 60 (sessenta dias) para a apresentação do plano de recuperação judicial, sob pena de convolação em falência (art. 537 da Lei nº 11.101/2005).*
>
> *De modo que, na hipótese presente, a aprovação do plano de recuperação judicial ocorreu antes da pacificação dos créditos, ou seja, quando da aprovação do plano ainda estava pendente de julgamento impugnação do crédito e, consequentemente, encontrava-se pendente de consolidação o quadro-geral de credores.*
>
> *Sobrelevar anotar que a existência do plano de recuperação judicial já homologado não pode ser um entrave à consolidação do quadro geral de credores.*
>
> *A retificação do quadro geral de credores após o julgamento da impugnação é consequência lógica e previsível, própria da fase de verificação e habilitação dos créditos. É requisito indispensável para a consolidação do quadro geral de credores, sendo completamente desinfluente para a higidez do plano de recuperação judicial já aprovado o fato de eventualmente se concretizar após sua homologação.*
>
> *Com efeito, tal circunstância coaduna-se com a sistemática prevista na Lei de Recuperação Judicial, pois as questões passíveis de serem objeto de impugnação judicial contra a relação de credores, que são expressamente previstas no art. 8º da Lei nº 11.101/2005, somente se estabilizam ou, na expressão da lei, consolidam-se após o julgamento do citado instrumento processual (art. 18 da Lei nº 11. 101/2005), de modo que* ***se admite a retificação do quadro geral de credores no tocante à ausência, legitimidade, importância ou classificação de crédito, mesmo após a aprovação do plano de recuperação judicial****.*

5. A divergência

Em bem fundamentado voto-vista, o em. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, se utilizando de uma emblemática figura de linguagem pela qual retratou a convenção da assembleia geral de credores como uma fotografia a que todos os partícipes, até mesmo o Juiz, ficarão submetidos.

A posição adotada sobre os efeitos da novação recuperacional merece destaque. Ei-la:

> *Fixada a premissa de que a aprovação do plano de recuperação tem natureza eminentemente contratual, não sofrendo, de início, qualquer efeito das decisões posteriores relativas às impugnações individuais aos créditos, deve-se refletir sobre o importante questionamento lançado pelo relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Ou seja, deve-se perquirir qual a eficácia prática da sentença que resolve o mérito de impugnações individuais aos créditos quando já aprovado e homologado o plano de recuperação judicial.*
>
> Com efeito, a homologação pelo juízo da recuperação do plano aprovado pela assembleia geral de credores, a par de atribuir-lhe força executiva, tem o condão de legitimar a submissão daqueles que eventualmente hajam rejeitado a proposta, impondo a efetiva novação dos créditos, nos termos do art. 59 da Lei n. 11.101/2005. Todavia, a novação recuperacional merece alguma atenção em razão das peculiaridades que a distinguem do instituto da novação genericamente previsto na legislação civil.
>
> *De conformidade com o art. 360 e seguintes do Código Civil, a novação é forma de extinção de obrigações, por meio da constituição de uma nova obrigação. Nota-se que a novação ocorre em um único momento, de modo que, em um único ato, a obrigação originária é completamente extinta, alcançando-se inclusive os acessórios e as garantias originalmente previstas, e a nova obrigação é constituída em substituição à primeira.*
>
> *Ademais, a novação depende de expressa manifestação das partes quanto à intenção de efetivamente novar a dívida.*
>
> *Por sua vez, a novação recuperacional independe da vontade das partes, além de ficar sujeita, ex lege, à condição resolutiva. Assim, nos termos do art. 61 da LRE, a novação opera-se de pleno direito. Porém, se no período de dois anos houver descumprimento do plano de recuperação, há a convolação em falência e a reconstituição dos direitos de crédito e das respectivas garantias (art. 61, § 2º, da LRE). Noutros termos, o descumprimento do plano resolve a novação e restabelece as obrigações originárias, juntamente com acessórios e garantias.*
>
> *Pois bem, é nesse cenário que as impugnações individuais ganham importância e revelam sua eficácia prática. Isso porque, na hipótese de descumprimento do plano de recuperação devidamente aprovado e homologado, surgirá para o credor, vencedor da impugnação, o direito de buscar na execução coletiva – falência – o total do crédito e garantias reconhecidos pela sentença de procedência.*
>
> *Nesse contexto, é de se reconhecer que a procedência do pedido da impugnação deve resultar necessariamente na correção e adequação do quadro geral de credores, ainda que o plano de recuperação já tenha sido aprovado e homologado. Contudo, o efeito prático para o credor vencedor somente será concretizado se houver o descumprimento do plano acordado dentro do biênio legal.*
>
> *Do contrário, a novação se estabiliza e o crédito novado terá substituído integralmente o crédito originário. Nesta hipótese, o valor reconhecido pela sentença de procedência da impugnação não terá qualquer relevância, porquanto a obrigação em si, seja qual for seu valor, foi plenamente substituída por aquela* inserida *e negociada pela aprovação e homologação judicial do plano de recuperação.*

Concluiu, assim, o em. Relator assentando que divergia para *conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, determinando o cumprimento integral e exato da forma de pagamento estabelecida no plano de recuperação judicial tal qual aprovado e homologado.*

6. A necessidade da vista

Diante de tantos votos bem fundamentados, era necessário melhor pensar sobre o relevante caso posto em julgamento.

Em assim pensando e rendendo homenagens ao em. Min. BELLIZZE, lancei meu voto-vista com o seguinte alicerce:

> *Rendendo minhas homenagens ao eminente Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE e reconhecendo a profundidade jurídica do voto que lançou no presente caso, assim como seu entendimento, dele ouso dissentir para acompanhar o Relator porque, perfilhando do entendimento ali adotado, a meu sentir, há que se prestigiar decisão judicial proferida em procedimento de impugnação de crédito sob pena de seu desprestígio.*

A controvérsia objeto do presente recurso se restringe a saber se é possível a retificação do quadro-geral de credores após a homologação do Plano de Recuperação Judicial.

Como bem descrito pelo eminente relator, em seu voto, o administrador judicial, na forma prevista no 7º, §2º, da Lei nº 11.101/2005, declarou o crédito do recorrido, BNDES, no valor de R$ 34.386.892,53 (trinta e quatro milhões trezentos e oitenta e seis mil oitocentos e noventa e dois reais e cinquenta e três centavos).

Irresignado, o recorrido apresentou impugnação contra a lista de credores (art. 8º da Lei nº 11.101/2005). Julgada procedente, a decisão restou mantida pelo Tribunal de origem, fixando como incontroverso o crédito do recorrido no montante de R$ 382.683.611,69 (trezentos e oitenta e dois milhões seiscentos e oitenta e três mil seiscentos e onze reais e sessenta e nove centavos).

Com base na decisão que julgou a impugnação, às fls. 125-127 (e-STJ), o recorrido requereu a retificação do quadro geral de credores para a realização do ajuste dos valores até então consignados nos seguintes termos:

"(...)

Requer o BNDES, para fins de distribuição do produto da alienação do imóvel, a retificação do quadro geral de credores constante do PRJ, para declarar o seu crédito, na classe II, no valor de R$ 170.000.000,00 (cento e setenta milhões de reais). Ressalvando, todavia, que para efeitos de votação o BNDES, além do crédito habilitado na classe II, permanecerá também com seu crédito habilitado na classe III, no montante de R$ 212.683.612,00".

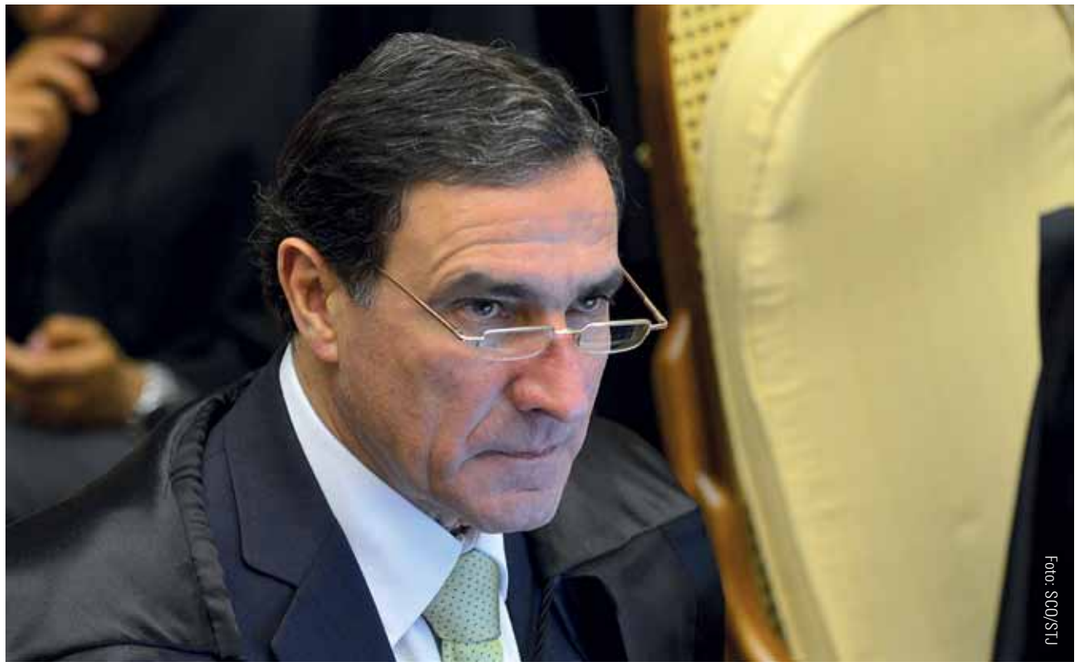


Foto: SCO/STJ

É aqui que surge a questão nebulosa, uma vez que, quando do pedido de retificação do quadro-geral de credores, o plano de recuperação que continha a indicação dos devidos percentuais e valores a serem recebidos por cada credor, assim como a necessária ordem de classificação dos créditos, já estava judicialmente *homologada.*

Não se desconhece que o instituto da recuperação judicial objetiva viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (art. 47 da Lei 11.101/2005).

Contudo, em contrapartida a essa viabilização, não se pode admitir o prejuízo desenfreado daqueles credores da empresa em recuperação que já se dispuseram a admitir prejuízos financeiros com o intuito de contribuir com esse processo de superação.

Da análise da situação fática posta nos autos, percebe-se que o credor, ora recorrido, BNDES, foi zeloso e diligente, uma vez que observou todos os prazos e procedimentos previstos pela Lei nº 11.101/2005, para resguardar o direito a que faz jus, ou seja, a retificação com a consequente majoração do crédito inicialmente arrolado pelo administrador quando da apresentação da relação de credores.

E mais, que a pretendida retificação foi reconhecida por decisão judicial proferida em competente procedimento de impugnação da relação de credores.

Temos de ter em mente que, no procedimento de recuperação judicial, existem duas fases distintas e paralelas, como bem pontuado pelo eminente relator, que são: a verificação e habilitação de créditos (arts. 7 a 20 da Lei nº 11.101/2005), e; a apresentação e deliberação do plano de recuperação judicial (arts. 53 a 69 da mesma Lei).

Nesse sentido, s.m.j., nos termos do art. 18 da Lei 11.101/2005, para que haja a apresentação e deliberação do plano de recuperação judicial, primeiro o quadro-geral de credores deve estar consolidado, consolidação esta que só se opera após as sentenças que julgarem as impugnações apresentadas.

Art. 18. O administrador judicial será responsável pela consolidação do quadro-geral de credores, a ser homologado pelo juiz, com base na relação dos credores a que se refere o art. 7º, § 2º, desta Lei e nas decisões proferidas nas impugnações oferecidas.

Parágrafo único. O quadro-geral, assinado pelo juiz e pelo administrador judicial, mencionará a importância e a classificação de cada crédito na data do requerimento da recuperação judicial ou da decretação da falência, será juntado aos autos e publicado no órgão oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, contado da data da sentença que houver julgado as impugnações.

Dessa forma, no presente caso, percebe-se que o plano de recuperação judicial foi aprovado e homologado sem a necessária consolidação do quadro-geral de credores.

É que, quando da aprovação do plano de recuperação judicial com a ressalva feita pelo BNDES de que seu crédito estava *sub-judice, o quadro-geral de credores ainda não estava consolidado, na medida em que pendente de julgamento a impugnação que ele havia manejado.*

Ao tratar do julgamento das impugnações e da consolidação do quadro-geral, RICARDO NEGRÃO ensina que *assim processadas, ao final o magistrado lançará decisão em cada procedimento de impugnação, cabendo ao administrador judicial, com base nesses julgamentos, consolidar e assinar o quadro-geral de credores, que deverá ser homologado pelo juiz e publicado no órgão oficial, no prazo de cinco dias, contado da data da sentença que julgar a última impugnação (**Manual de Direito Comercial e de Empresa** – Recuperação de Empresas e Falência. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, 3º V., p. 98).*

*Já o festejado jurista FÁBIO ULHOA COELHO, quando de seus **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**, preleciona que transitadas em julgado todas as sentenças proferidas nas impugnações, o administrador judicial, com base na relação republicada e no resultado dos incidentes, consolida o quadro gral de credores e o submete à homologação do juiz (10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, 2ª tiragem, p. 94).*

*Por sua vez, WALDO FAZZIO JÚNIOR, em sua obra **Manual de Direito Comercial** leciona que* o quadro geral de credores será assinado pelo administrador judicial e homologado pelo juiz, com base na lista nominativa dos credores constantes do edital e nas sentenças proferidas nas impugnações e habilitações de créditos tempestivamente oferecidas. Será juntado aos autos e publicado no órgão oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da data da sentença que haja julgado as impugnações (16ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 621).

No mesmo sentido é a lição de DANIEL MOREIRA DO PATROCÍNIO para quem *julgadas as impugnações eventualmente apresentadas, competirá ao administrador judicial a lavratura do QGC, o qual deverá ser por ele e pelo juiz assinado para, posteriormente, ser publicado no órgão especial (**Recuperação de Empresas e Falência** – Lei e Jurisprudência, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 79).*

*Esse também é o posicionamento de EDUARDO GOULART PIMENTA, em sua obra **Recuperação de Empresas – Um estudo sistemático da nova Lei de FaLências**, ao lecionar que* após publicada a relação de credores do art. 7º, §2º, e processadas e julgadas todas as habilitações e impugnações de créditos dela decorrentes cabe ao administrador judicial a consolidação do quadro-geral de credores (art. 18), o qual será remetido ao juiz para homologação. O quadro-geral de credores mencionará a importância e a classificação de cada crédito na data do requerimento da recuperação judicial e deve ser juntado aos autos do processo e publicado no órgão oficial de imprensa no prazo de 5 (cinco) dias contado da data da sentença que houver julgado as impugnações de créditos (São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 139).

Além disso, o art. 14 da Lei 11.101/2005 é claro ao dispor que a relação dos credores constantes do edital de que trata o art. 7º, § 2º, desta Lei só será homologada como quadro-geral de credores caso não haja impugnações.

Vê-se, portanto, que, só depois de consolidado o respectivo quadro e homologado judicialmente, é que se poderá colocar em votação o plano de recuperação.

Assim, se o quadro-geral de credores ainda não estava consolidado quando da aprovação do plano de recuperação judicial, não há que se falar em sua imutabilidade.

É que não se pode punir com a não inclusão no quadro-geral de credores aquele credor que, se utilizando dos meios legais colocados à sua disposição, obteve o reconhecimento judicial da majoração de seu crédito, pelo simples fato de que já havia sido aprovado o plano de recuperação judicial, que, frise-se, continha *a ressalva de que o crédito em questão estava sub-judice.*

A demora no julgamento da impugnação e a não observância da reserva de valor prevista no art. 16 da Lei 11.101/2005 não podem resultar em prejuízo ao credor que foi diligente.

Não se admitir a retificação do quadro-geral como aqui pretendido traduzirá injusto prejuízo ao credor diligente, resultando em situação de perplexidade: houve o reconhecimento judicial do crédito que o próprio Judiciário não permite ser cobrado.

Dessa forma, a meu entender, s.m.j., é plenamente admissível a pretendida retificação do quadro-geral de credores para que nele seja incluído o novo valor correspondente ao crédito do BNDES, ou seja, R$ 382.683.611,69 (trezentos e oitenta e dois milhões seiscentos e oitenta e três mil seiscentos e onze reais e sessenta e nove centavos), observadas as respectivas classes.

Nessas condições, pelo meu voto, pedindo vênia à divergência inaugurada pelo Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, acompanho o bem lançado voto proferido pele eminente Relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA.

É o meu voto.

A mediação extrajudicial de conflitos nas relações de transporte coletivo de passageiros

Victor Farjalla | Advogado

Em recente seminário, em Salvador, organizado pelas Escolas Superiores da Magistratura Nacional sobre mediação vi e ouvi, pela vez primeira, Ministros, Desembargadores e Juízes ressaltando a necessidade de se estimular, mais e mais, as soluções consensuais e extrajudiciais de conflitos jurídicos e de interesses, não só para desafogar o tão assoberbado Judiciário, como, principalmente, para fomentar a cultura da mediação de conflitos de qualquer natureza que tenham por objeto bens jurídicos disponíveis ou passíveis de transação.

Registro que, de certa forma, foi como se abrissem as portas para uma visão mais ampla dos processos de solução dos conflitos fora do Judiciário, legal, mas, não, necessariamente, estatal.

Sempre considerei distante da realidade a postura monopolista do Judiciário com base em interpretação anacrônica do princípio da liberdade de acesso à justiça, quando esta, como valor supremo do ser humano, não será de livre acesso se não for por caminhos eficazes ao seu alcance efetivo, especialmente no tempo. O livre acesso de entrada, mas com saída obstruída, na verdade, não é livre.

Inegavelmente, surge uma nova concepção no Brasil de que a solução de conflitos não passa, necessariamente, pelo Judiciário, mercê de uma geração de Ministros, Desembargadores e Juízes que não só incorporaram, mas lideraram uma nova legislação sobre mediação e arbitragem, além de um novo Código de Processo Civil que prestigia, de forma prioritária, a solução consensual dos conflitos, com inovações que compreendem não só a audiência obrigatória de mediação, como os negócios processuais sobre procedimento, competência e prova, que possuem, como pano de fundo, o mesmo embasamento filosófico da solução consensual.

Foto: Mariana Fróes

No primeiro aniversário da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias, rendo minhas modestíssimas homenagens ao Ministro Luis Felipe Salomão por todo o esforço que desenvolveu e vem desenvolvendo em prol da arbitragem e da mediação na solução consensual de conflitos de direito ou de simples interesses no Brasil.

Há, no entanto, obstáculo a se transpor para que a mediação no Brasil alcance os mesmos índices de bom êxito que encontra em outros Países. Falo da mediação extrajudicial que, sem sombra de dúvida, é o modo mais eficaz de se solucionar por inteiro o conflito sem sua judicialização.

Esse obstáculo ainda remanesce, na minha opinião, na crença de que só o Estado, pelo Judiciário, pode, realmente, assegurar o acesso à Justiça, que, propositadamente, gravo com maiúscula, por sua suprema liderança entre os valores que asseguram a dignidade ao ser humano.

Estou a falar da eficácia extintiva plena dos acordos celebrados na mediação extrajudicial.

Não creio que a mediação extrajudicial tornar-se-á modo eficaz de solução consensual de conflito, apesar de sua bem-vinda expressão legal, se não for assegurada ao acordo resultante desse procedimento a eficácia plena extintiva do conflito, como ocorre com a arbitragem, ressalvados, evidentemente, os vícios de nulidade dos atos jurídicos em geral, seja em relação aos elementos essenciais de qualquer negócio jurídico, seja em relação à figura do mediador que não observa os deveres estabelecidos na lei.

A livre disposição de direitos, mesmo os patrimoniais, encontra, hodiernamente, barreiras de cunho ideológico, ou não, na medida em que avultam os interesses sociais sobre os individuais, sem se entrar no mérito do acerto, ou não, da forma de equilíbrio da balança social.

Assim sendo, desde os pressupostos de admissibilidade da mediação contidos na lei aniversariante, até o conceito de disponibilidade ou de transigibilidade que varia segundo a íntima ideologia dos juristas, é justo o receio de que, na mediação, o devedor que paga possa não obter a quitação regular, notadamente em relações jurídicas que recebem tutela específica do Estado legislador, em maior ou menor peso.

Nesse sentido, é a própria Lei nº 12.140/2015 que acena, em cláusula aberta ou conceitos indeterminados de índole político-ideológica, maior rigor na eficácia do procedimento de mediação quando se trate de direitos indisponíveis que admitam transação, condicionando o acordo à homologação em juízo, com oitiva do Ministério Público. Não há qualquer incorreção. A questão está em que daí - em relação à natureza dos direitos – se desce na pirâmide da disponibilidade e não se sobe.

O risco está em se inverter a pirâmide e se partir da indisponibilidade para a indisponibilidade transigível e dessa para a disponibilidade, que pode resultar remota, para efeito de eficácia extintiva plena do acordo na mediação.

Penso, por isso, que a lei deve ser mais clara em relação aos direitos objeto de mediação, não se circunscrevendo a afastar os direitos trabalhistas para uma lei especial, por óbvio em se referindo aos direitos individuais.

Até porque, mesmo os direitos individuais trabalhistas, podem ser objeto, em relação aos créditos decorrentes e não aos direitos propriamente ditos, objeto de transação, inserindo-se no conceito geral de direitos indisponíveis que admitam transação.

No entanto, toda essa cautela da lei aniversariante, sem embargo, repito, da sua suprema oportunidade, pode ensejar uma interpretação que resulte na sua inocuidade, como, de resto, ocorreu, com o art. 625-D da Consolidação das Leis do Trabalho.

As relações de transporte coletivo de passageiros por qualquer modalidade estão sujeitas a múltiplas disciplinas, com maior ou menor nível de disponibilidade de direitos.

Nelas encontram-se as relações de consumo e as de trabalho, a par da própria relação de transporte, cada qual com seu nível de autonomia de vontade para solução de conflitos delas surgidos.

Não encontro, porém, em qualquer delas, mesmo as trabalhistas, mas, principalmente, as de relação de consumo e de transporte incólume do passageiro ao destino, qualquer embaraço ao nível dos direitos que possa obstar uma eficácia plena de acordo celebrado em mediação extrajudicial.

A título de curiosidade, pode-se ter um conflito de responsabilidade civil objetiva de transporte coletivo de passageiro e um conflito, envolvendo o mesmo passageiro, de acidente de trajeto de trabalho, cada qual com seu sujeito passivo – transportador e empregador – de julgamento por jurisdições diversas. Seria o primeiro passível de mediação e o último não? Não cabe aqui essa discussão.

Aqui o que cabe é demonstrar que, independentemente do objeto do conflito, ainda que, corretamente, se exija, para alguns casos, a intervenção do Ministério Público e a homologação judicial, é preciso ficar clara a eficácia liberatória do devedor em relação ao credor, tal como ocorre na arbitragem, sob pena de tornar mais uma lei de arquivo a lei da mediação, levando consigo seus inegáveis e relevantes efeitos culturais, econômicos e sociais.

Finalmente, apesar do receio, que espero superado na prática, não tenho a menor dúvida de que os acordos celebrados em mediação extrajudicial de conflitos de relação de consumo e de responsabilidade das transportadoras, no segmento econômico do transporte coletivo de passageiros, podem e devem ser objeto dessa modalidade de solução consensual de conflito, individual ou coletivamente (esta última já admitida em lei ou ato normativo – Ato 168/TST. GP e art. 107 e parágrafos do CDC).

O fim de uma testemunha viva da história do Brasil

Nelson Tomaz Braga | Membro do Conselho Editorial
Desembargador aposentado do TRT da 1ª Região

Foto: TRT1

Após 189 anos, o mais antigo jornal em circulação ininterrupta na América Latina fechou as portas, levando consigo o testemunho de um veículo que noticiou o Brasil desde o Império, passando pelos primeiros anos da República e por todo o século XX. Com a extinção do Jornal do Commercio, a sociedade carioca e brasileira perde um espaço não só de informação, mas principalmente de discussão, para o qual contribuíram grandes nomes da política e da literatura nacional.

O dia 29 de abril de 2016 vai ficar marcado como aquele em que teve fim uma trajetória que começava em 1827, com a compra do Jornal do Commercio, naquela época chamado "Diário Mercantil", pelo tipógrafo francês Pierre Plancher. Em 1959, foi vendido pela última vez e passou a integrar os Diários Associados de Assis Chateaubriand, grupo para o qual pertenceu até o fim. Em sua história, presenciou cada um dos avanços políticos e sociais brasileiros, como a luta pelo abolicionismo, que ganhou suas páginas a partir de 1860 e o destacou como o "único dos jornais brasileiros que desde o seu distante nascimento jamais compactuaria com o tráfico negreiro e com o trabalho cativo" (Carlos Eduardo Leal e Cícero Sandroni, em Dicionário histórico-biográfico brasileiro pós-1930).

Da república até o intrincado momento político-econômico que se apresenta hoje, o Jornal do Commercio recebeu em suas páginas figuras históricas como D. Pedro II, Rui Barbosa, José de Alencar, Homem de Mello, Joaquim Nabuco, José Maria da Silva Paranhos e Austregésilo de Athayde, para citar somente alguns e deixando de fora outros tantos nomes importantes da história recente. Essas personalidades levaram ao periódico a profundidade da qual os debates públicos necessitam, e os meios de comunicação, hoje em dia, têm urgência em recuperar.

Infelizmente, o JC, apesar das boas práticas de gestão, sucumbiu a problemas que atingem os jornais impressos de uma forma geral e que levaram outros veículos, como o Jornal do Brasil, também de grande história na imprensa brasileira, a encerrar, em setembro de 2010, a edição impressa e permanecer apenas como site. Os altos custos do papel, que é importado e sofre com a variação cambial, e a redução de anunciantes coloca em dúvida a sustentabilidade de muitos veículos. Soma-se a isso a dificuldade crescente e comum a todos os veículos impressos, que, desde o início da internet comercial, sofrem para vender a informação que hoje é distribuída gratuitamente na rede.

Mas é justo culpar a internet pelo fechamento de jornais? Hoje ainda é comum o argumento, que pode ser comparado às aflições de Machado de Assis, que já em 1859 se preocupava com a concorrência entre os meios de comunicação. Em "O jornal e o livro", publicado originalmente no Correio Mercantil e ironicamente reproduzido em formato de livro pela coleção Grandes Ideias, da Editora Penguin & Companhia das Letras, o escritor elabora a questão, concluindo que novos formatos são sintomas da regeneração constante da humanidade e expressão do espírito de um povo.

Hoje, um entendimento mais plural dessa concorrência entre meios e veículos de comunicação ganha espaço: a segmentação, aliada ao bom aproveitamento de oportunidades, pode ser a resposta. O rádio é um exemplo: ameaçado publicamente de extinção frente à popularização da televisão, o radiojornalismo encontra hoje no público matutino, formado principalmente por trabalhadores de grandes cidades presos no trânsito, o grande foco dos seus serviços.

A segmentação de público também tem se mostrado uma saída: o jornal Valor Econômico, fundado em 2000 através de uma parceria entre as Organizações Globo e o Grupo Folha, foi na contramão da onda de projetos exclusivamente voltados para a internet e se tornou o maior veículo impresso de informação econômica, política, financeira e de negócios do país.

Contraditoriamente, essas tendências parecem distantes do atual cenário de discussão da doutrina jurídica no Brasil, já que o fechamento do Jornal do Commercio também significou o fim da Coluna Direito & Justiça, presente no periódico até seu fechamento. A coluna era considerada por juízes, desembargadores, defensores e advogados em geral, um importante espaço de informação especializada, onde atualizações e assuntos jurídicos em voga eram analisados e divulgados, gerando também a importante aproximação do público leigo.

Essa grande perda para o debate jurídico, ainda em que curto prazo traga o enfraquecimento da cultura de troca dentro da área, não retira as esperanças de que esse momento seja apenas de readaptação de formatos, não significando necessariamente o fim da valorização da discussão profunda e especializada. Pois, como Machado de Assis bem definiu: "o jornal é uma expressão, é um sintoma de democracia; e a democracia é o povo, é a humanidade".

Mediação

Em vez da sentença, um aperto de mão

Atividade é uma alternativa para resolver conflitos e desafogar o volume de processos que congestiona o Judiciário brasileiro

Em vez de uma sentença, que tal um aperto de mão? Antes de entrar na Justiça, o cidadão pode solucionar os seus problemas por meio do diálogo e abdicar da velha cultura do litígio.

A prática também visa liberar o Poder Judiciário das grandes cargas, que já somam mais de 100 milhões de processos esperando por uma decisão dos tribunais de todo o País.

É o que propõe a Lei de Mediação, que foi incorporada pelo novo Código de Processo Civil (CPC), em vigor desde março deste ano.

A partir de agora, os conflitos que chegam ao Judiciário deverão passar pelo menos por uma tentativa de mediação antes que um processo seja aberto. A mediação e a conciliação já são procedimentos comuns em diversos países. Apenas nos últimos anos, no entanto, os métodos consensuais vêm ganhando notoriedade no Brasil.

A prática deste instrumento exige preparo de seus operadores e da Justiça e as instituições pelo País afora vêm promovendo a qualificação de pessoas. No Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ-RJ), por exemplo, já foram formadas mais de 1 mil pessoas para atuar como mediadores cíveis, de família, e conciliadores no período de cinco anos de realização dos cursos de capacitação.

O núcleo gaúcho é reconhecido como pólo formador de instrutores para todo o Brasil. O trabalho, desenvolvido pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Soluções de Conflitos (Nupemec) do TJ/RS, na formação de mediadores e conciliadores foi premiado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Segundo o desembargador Carlos Eduardo Zietlow Duro, presidente do Núcleo e 1º vice-presidente do Tribunal, a necessidade de estimular e promover os métodos consensuais beneficiam a coletividade dando "celeridade ao jurisdicionado e ao sistema judiciário na solução dos conflitos".

No Tribunal gaúcho a formação do mediador segue a orientação pedagógica do CNJ. Ao todo, são 40 horas de aulas teóricas e mais de 150 horas de estágio prático. O curso de capacitação conta ainda com encontros de formação continuada, palestras e cursos complementares com um total de 200 horas de treinamento teórico prático.

Para a desembargadora Marta Borges Ortiz, coordenadora de formação contínua do Nupemec do TJ/RS, a prática da formação de operadores consensuais é de extrema importância diante do crescimento da judicialização. "Existe a necessidade de reduzir o litígio", diz. Ela completa afirmando que todos os operadores do Direito precisarão se adaptar e se instrumentalizar a essa realidade, principalmente devido ao novo CPC que incorporou a prática do instrumento.

Os métodos consensuais também podem ser utilizados nos processos que estão em grau de recurso no 2º grau, lembra a magistrada. "Essa deve ser uma prática cada vez mais presente na rotina do Judiciário. O papel da mediação é facilitar a comunicação entre as partes, oferecendo um espaço de diálogo, onde os dois lados são ouvidos e estimulados a buscar uma solução que se adeque a ambos", afirma.

Fotos: Divulgação TJ-RS

Marta Borges Ortiz, coordenadora de formação contínua do Nupemec do TJ/RS

Segundo o desembargador Carlos Eduardo Zietlow Duro, presidente do Nupemec e 1º vice-presidente do TJ/RS, estimular a capacitação de operadores e a prática de métodos consensuais beneficia a coletividade tornando a justiça mais célere

Perfil

Problemas com contratos, com vizinhos, dívidas ou mesmo brigas de família. Esses são muitos dos impasses que podem fazer parte da rotina de qualquer cidadão e que abarrotam os tribunais no Brasil. Para mudar essa realidade, a mediação e a conciliação assumem um papel de protagonista na solução dos conflitos.

Para a instrutora Liara Lopes Krüger, que integra a Coordenação Técnica do Nupemec, os conflitos judicializados vão além de um processo judicial. "Os conflitos acontecem na vida das pessoas e envolvem interesses subjacentes, que dizem respeito à parte social, à vida das pessoas na comunidade e isso não vem pro Judiciário", afirma.

Por isso, segundo Liara, os métodos extrajudiciais são importantes, pois trabalham com a lide sociológica e não só com a lide processual. "O foco não é apenas chegar a um acordo, é também na melhoria da comunicação e dos relacionamentos sociais". Na Justiça gaúcha a equipe de mediadores e conciliadores é multidisciplinar e conta com profissionais nas áreas de psicologia, serviço social, pedagogia, administração, além da predominância dos formados em ciências jurídicas.

A mediadora judicial, instrutora e supervisora da equipe técnica e pedagógica do Nupemec, Izabel Fagundes, explica que os cursos não são apenas para advogados, pois visam incluir os servidores das mais diversas áreas pensando na organização institucional, tanto na relação com colegas como com o jurisdicionado que, muitas vezes, chega ao balcão de atendimento em situação de sofrimento e com dificuldade de entender o funcionamento da instituição. "O atendimento por um servidor devidamente capacitado passa a ser diferenciado", afirma a mediadora.

É diferente a atuação do papel e perfil do conciliador e mediador, segundo o texto do novo CPC. Enquanto o conciliador vai atuar em casos que tenha vínculo anterior entre as partes e também interferir nas soluções, o mediador passa a atuar em casos onde as partes já tiveram vínculos. Dessa forma, ele poderá ajudar a refazer a comunicação entre os envolvidos para que eles mesmos encontrem soluções consensuais que tragam benefícios a todos. Izabel explica que o perfil do mediador é diferente de um juiz, por exemplo. O objetivo dele é promover a autocomposição e ser um intermediário. Ou seja, ele será um facilitador. "Ele tem que ser um bom ouvinte e aproximar as partes sem intervir".

Mediação na Justiça do Trabalho

Buscando identidade
Experiências dos Centros Integrados de Conciliação da 15ª Região

Ana Cláudia Torres Vianna | Juíza do Trabalho Responsável pelo Centro Integrado de Conciliação de Primeiro Grau de Campinas

Foto: Arquivo pessoal

Há muita expectativa com o instituto da mediação no Brasil. Ela foi disciplinada pela lei 13.140, de 16 de junho de 2015, e colocada em situação de evidência com o advento do novo Código de Processo Civil. A Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) já normatizava a mediação e, com suporte nela, muitos Tribunais do Trabalho constituíram os seus centros e núcleos especializados, muito embora a referida resolução não fosse específica sobre a Justiça do Trabalho.

O assunto ganhou novos contornos com a revisão recente da mencionada resolução 125 do CNJ, onde foi ressalvado no artigo 18-B que a Justiça do Trabalho teria um regramento específico e, para tanto, há uma comissão constituída para estudos sobre isso no CNJ.

Por que o instituto da mediação tem gerado discussões tão acaloradas e apaixonadas entre os Juízes do Trabalho?

Talvez a dificuldade venha da compreensão da diferença entre os institutos da mediação e da conciliação. A primeira atua muito mais no campo do diálogo e a segunda com a formulação de propostas para as partes.

A mediação utiliza suas técnicas para fazer com que as partes consigam conversar e construir uma solução para a lide, por vontade própria, exigindo mais tempo e paciência por parte do terceiro. A conciliação é mais dinâmica e o caminho mais direto, não necessariamente encontrado pelas partes, sendo mais ágil e compatível com a dinâmica das nossas audiências.

Recomendo o artigo do colega Rogério Neiva publicado em Consultor jurídico, que concluiu:

> [...] Assim, a diferença entre conciliação e mediação é dada pelo critério relacionado ao nível de atuação do terceiro neutro que atua para buscar a autocomposição. Fazendo propostas, estamos diante de conciliação. Se não faz propostas e somente procura estimular o diálogo, trata-se de mediação (NEIVA, 2015).

O Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, com suporte na Resolução Administrativa 12/2014, além da sede, mantém em funcionamento oito Centros Integrados de Conciliação (CICs) nas regionais, com resultados estatísticos impressionantes, comprovando que a prática pode auxiliar para a solução de processos de modo adequado e razoável, sendo assim importante ferramenta para a gestão.

Empresas, empregados, advogados têm contribuído para que os Centros alcancem seus objetivos. O Centro Integrado de 2º Grau foi agraciado com a premiação no CNJ no CONCILIAR É LEGAL. Conforme notícia publicada no site do CNJ (http://www.cnj.jus.br/f7nj), "o Tribunal realizou 1.952 audiências de conciliação em 2015, primeiro ano do programa. Desse total, foram fechados 1.153 acordos, gerando uma movimentação financeira da ordem de R$ 115,6 milhões. Em 2016, até o final de abril, já foram realizadas 1.119 audiências, nas quais foram fechados 532 acordos, com um fluxo financeiro de R$ 60,3 milhões".

A exposição de motivos da Resolução Administrativa 12/2014 do TRT-15, transcrita a seguir, norteia as atividades dos Centros Integrados de Conciliação, visando não somente conciliar processos, mas acolher os litigantes para que, através do diálogo, alcancem a solução para os seus conflitos, com absoluto respeito à dignidade do trabalhador e com a compreensão das dificuldades dos empregadores:

> [...]CONSIDERANDO a Resolução nº 125 de 29/11/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu a Política Nacional de Tratamento dos Conflitos de Interesses, visando a democratizar o direito à solução dos conflitos por meios adequados a sua natureza e peculiaridade;
>
> CONSIDERANDO a possibilidade de transformação da convicção social, passando da judicialização do conflito – a substituição da vontade das partes pela vontade do magistrado – a uma solução adequada e ajustada, observada tecnicamente, levando em conta peculiaridades e especificidades dos envolvidos nos conflitos e com sua atuação direta na solução da questão;
>
> CONSIDERANDO que a conciliação é princípio e característica do sistema de leis trabalhistas, sendo um dos meios mais rápidos e eficazes na solução das demandas judicializadas;
>
> CONSIDERANDO o objetivo essencial da construção de um acordo, qual seja, por fim não apenas à lide, mas por fim ao conflito, respeitando-se os direitos fundamentais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV do artigo 1º da Constituição Federal de 1988), com significativa utilidade social, de forma que a solução deva primar pela satisfação máxima o quanto possível de todos os participantes, para se verem com a sensação de problema resolvido, com mínima ou sem nenhuma perda.
>
> CONSIDERANDO os princípios protetores do trabalhador imanentes do conjunto de leis, de forma ampla, assegurados pelo artigo 7º, *caput*, da Constituição Federal de 1988;
>
> CONSIDERANDO os princípios e valores éticos, morais, profissionais, amparados na boa gestão, transparência, solidariedade, responsabilidade e liberdade social, segurança operacional e democracia participativa, assegurando a todos o direito à solução dos conflitos, com acesso qualificado à justiça - acesso à ordem jurídica justa -, e a disseminação da cultura da pacificação social por meio da descentralização das estruturas judiciárias, da adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores, bem como da estruturação e acompanhamento estatístico específico;
>
> CONSIDERANDO a alta movimentação processual em trâmite em todas as unidades de primeiro e segundo graus deste Regional e a necessidade de aplicação do tratamento adequado a observar o princípio da razoável duração do processo (inciso

LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988);
CONSIDERANDO a intenção de regular uniformemente os setores de conciliação, respeitando-se a flexibilidade para ajustar-se a situações peculiares, observando-se as diversas realidades dentro da área de jurisdição deste Tribunal;
CONSIDERANDO o Provimento GP Nº 02/2013 deste Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, que criou os Núcleos de Gestão de Processo e de Execução e a necessidade de trabalho intimamente ligado;
CONSIDERANDO a Portaria GP Nº 20/2011, que criou o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região;
CONSIDERANDO decidido pelo Egrégio Órgão Especial em Sessão Administrativa realizada em 18 de setembro de 2014, nos autos do Processo Administrativo nº 0000220-30.2013.5.15.0897 PA (TRT-15, 2014).

Pois bem, o que se pratica nos Centros Integrados de Conciliação vinculados ao TRT-15 é a **mediação qualificada**, realizada por servidores da ativa ou aposentados e, ainda, Juízes aposentados, todos com a devida capacitação. Eles têm se sentido motivados e desempenhado a função com muita alegria e disposição, com inúmeros elogios na ouvidoria e atas de correição.

> “Posso assegurar, após realizar mais de 2.000 audiências nessa modalidade, que as partes não valorizam a questão da confidencialidade, pois quando solicitam a minha presença nas mesas de mediação, elas querem me contar e repetir os relatos feitos ao mediador. Eu aplico a técnica da escuta ativa, vejo o prognóstico processual e estudo caminhos com a partes, seja através da conciliação, seja com a tramitação do processo.”

Caso a conciliação não seja alcançada, imediatamente o processo é submetido à decisão judicial para prosseguimento, com a ciência das partes.

Existe diferença entre a mediação nas outra Justiças e a que está sendo praticada na Justiça do Trabalho, especialmente nos conhecidos CICs do TRT-15? A experiência tem demonstrado que sim, pois as técnicas da mediação são aplicadas pelos servidores para alcançar a conciliação, com acompanhamento intensivo do magistrado, que intervém sempre que solicitado pelas partes.

Parece claro que praticamos de fato conciliação emprestando as técnicas da mediação. É possível a convivência harmônica entre dois institutos? Parece que sim. Até um determinado momento o diálogo é estimulado para que a solução seja encontrada pelas partes, porém, se isso não for possível, o segundo momento é de atuação específica do magistrado, tramitando processos, especialmente a liberação de valores incontroversos. E aqui testemunho: **o que mais se faz nos CICs do TRT-15 é a confecção de guias de retirada e alvarás.**

Que risco há na mediação se a vontade das partes é respeitada e elas são empoderadas? Os mediadores explicam ao trabalhador todo o panorama processual e seu prognóstico, com os possíveis passos seguintes do processo. Caso a reclamada seja insolvente ou quase insolvente, essa circunstância também é informada ao trabalhador. Os empresários também têm a oportunidade de expor as suas dificuldades e, com a ajuda dos Centros de Conciliação, estudar formas de quitação de seu passivo trabalhista.

Essa parece ser a nossa identidade, nosso DNA, e nesse aspecto acaba perdendo relevância a diferença conceitual entre os dois institutos porque usamos algumas técnicas da mediação dentro da conciliação. Os servidores e Juízes aposentados podem dar para as partes aquilo que nós, Juízes do Trabalho, temos em escassez: tempo e acolhimento.

Para muitos jurisdicionados, a atenção é muito mais importante que o aspecto financeiro do conflito. As pessoas são acolhidas, podem expor os seus sentimentos num ambiente agradável, com café, bolachas, chocolate, suco e tem informação sobre o seu processo. Ao ser bem recebida, quando pensava que encontraria um ambiente hostil, a parte revela aos mediadores o que é importante naquele caso. E se o acordo não sai não é um problema, pois isso não é o mais relevante, afinal o objetivo também será alcançado com o trato do processo.

Diriam as vozes contrárias que o processo do trabalho é incompatível com a mediação, já que um dos princípios desta é a confidencialidade. De fato, em alguns aspectos, quando as questões são sentimentais, pode parecer que o mediador deveria guardar confidencialidade, mas isso não se aplica às questões procedimentais. Se o mediador ouvir uma confissão de fraude, não haveria problemas que esse relato fosse feito ao Juiz, após frustrada a conciliação.

Posso assegurar, após realizar mais de 2.000 audiências nessa modalidade, que as partes não valorizam a questão da confidencialidade, pois quando solicitam a minha presença nas mesas de mediação, elas querem me contar e repetir os relatos feitos ao mediador. Eu aplico a técnica da escuta ativa, vejo o prognóstico processual e estudo caminhos com a partes, seja através da conciliação, seja com a tramitação do processo.

Sobre a questão do desequilíbrio entre as relações, a Colega Daniela Rezende Borges, responsável pelo CIC de São José do Rio Preto, como conclusão do trabalho proposto no Curso de Formação de Mediadores, assim expõe:

> [...] O fato de uma das partes envolvidas no procedimento da mediação ser, em tese, hipossuficiente, não inviabiliza, a meu ver o instituto. Há toda uma legislação de respaldo (direito material) a resguardar a parte mais frágil da relação; e tal legislação deverá ser respeitada. A mediação não importará em “precarização” de direitos. Se a desigualdade entre as partes fosse óbice à mediação, também o seria à interposição de qualquer ação judicial. E não é o que ocorre. Partes, em situação de desigualdade (econômica, social etc.) litigam, via Poder Judiciário, a todo momento; também podem submeter-se à mediação. Nesse caso, o mediador deve assumir postura análoga à do juiz, com imparcialidade e tratamento isonômico das partes, fomentando uma perspectiva construtivista do diálogo, como mecanismo apto para responsabilização compartilhada dos envolvidos no conflito, de maneira a permitir que satisfaça os envolvidos integralmente.
> Há que se lembrar também, que mesmo na mediação, ambos os envolvidos podem se valer da assistência de advogados, os quais deixam de atuar como defensores e passam a atuar como assessores.[...]

Logo, parece que o caminho está aberto para a implantação e sedimentação da mediação no processo do trabalho. Com o passar dos anos, muitas atividades burocráticas dos servidores serão eliminadas em razão do Processo Judicial Eletrônico (PJE) e é preciso se preocupar em destinar toda essa gama de profissionais capacitados para trabalhar com esse método de resolução de conflitos. Ele permite também um tratamento mais humanizado, célere e adequado do processo além de possibilitar sua visão como um todo, permitindo encaminhamentos, ainda que a conciliação tenha se mostrado infrutífera.

O Tribunal do Trabalho da 15ª Região, através da Escola Judicial, já formou três turmas de mediadores, que têm auxiliado na expansão dessa modalidade de audiências em suas regiões.

Os advogados, parceiros nessa prática, têm engrossado as filas de solicitações de audiências, encaminhando aos CICs as mais diversas demandas, desde listas de processos que as empresas pretendem conciliar até casos de trabalhadores que têm preferências legais e execuções coletivas.

Sobre a mediação, abordo algumas citações sobre o instituto em estudo, exaradas na Revista do Advogado nº 123 de agosto de 2014, cuja matéria abordada fora Mediação e Conciliação:

> No contexto da cultura hiperindividualista, característica marcante da sociedade ocidental contemporânea, a escolha de uma forma de resolução de conflitos fundamentada no exercício do diálogo é um desafio cotidiano para homens e mulheres de todas as faixas etárias: crianças adultos e idosos.
> ….....
> Nesse sentido, o trabalho da mediação tem como ponto de partida o reconhecimento do valor social de todos aqueles envolvidos em determinado conflito. Importante ter claro que, devido ao fato de vivermos em uma verdadeira sociedade de indivíduos (no sentido antropológico do termo), o exercício do diálogo, da compreensão de uma lógica de existir diversa da nossa não é uma tarefa que estamos habituados. Portanto, exige de todo aquele que dedique ao trabalho de mediação uma atitude de introspecção sensibilidade capaz de perceber a melhor forma de expressar o seu reconhecimento por todos aqueles envolvidos no conflito. Essa atitude inicial o mediador favorece a criação de um ambiente dialógico. Único espaço possível para que se possa estabelecer um processo de reconhecimento mútuo das pessoas que participam do conflito. (Guilherme Assis de Almeida in “Mediação e Reconhecimento da Pessoa”, pg. 19).
> A retomada abrangente dos mecanismos consensuais de resolução de controvérsias, em especial da conciliação e da mediação, somente ocorreu em 2010, com a Resolução 125/2010 do CNJ que instituiu a política judiciária nacional de tratamento adequado os conflitos de interesses.
> Após a efetiva e correta implementação da resolução 125, teremos a atualização do conceito de acesso à Justiça, tornando-o não mais mero acesso aos órgãos judiciários e sim acesso à ordem jurídica justa. Não será mais apropriado referir-se à mediação e à conciliação como mecanismos alternativos à solução sentencial, devendo ser considerados como meios

adequados de resolução de controvérsias.
O objetivo da resolução não é o de resolver a crise de desempenho da Justiça, de reduzir o monumental acervo de processos do Judiciário pátrio, de mais de 92 milhões, e sim dar tratamento adequado aos conflitos de interesses....
Um outro importante objetivo da resolução 125 é a transformação da sociedade brasileira com o prevalecimento da cultura a pacificação, em vez da hoje dominante da sentença. Essa transformação somente se obterá com a mudança de mentalidade dos profissionais do Direito e também dos próprios jurisdicionados,que veem na solução adjudicada pela autoridade estatal a forma mais nobre e adequada de solução de controvérsias, quando a solução amigável pode propiciar aos conflitantes uma solução mais célere, barata, exequível e acima de tudo, mais democrática, porque nascida do diálogo e do entendimento entre as próprias partes. (Kazuo Watanabe in "Mediação como Política Pública Social e Judiciário").

Nesse momento de tantas dúvidas sobre o instituto da mediação, pode parecer um pouco ousado falar em **mediação pré-processual**. Talvez seja mesmo, e as críticas dos Colegas em nossa lista de debates têm evidenciado que o assunto merece uma reflexão maior. No entanto, ainda que para efeitos meramente didáticos ou doutrinários, o tema precisa ser enfrentado pela Justiça do Trabalho uma vez que os jurisdicionados trarão essa demanda após entrarem em contato com esse mecanismo na Justiça Comum.

O tema foi debatido durante o Curso de Formação de Mediadores e a Colega Vanessa, em seu relatório sobre a atividade, faz as seguintes ponderações:

> [...] Com efeito, quando se trata de mediação pré-processual, o estudo refere-se à mediação que ocorre antes da existência de um processo formal, porém dentro do âmbito do judiciário. Assim, não se pode confundir a ideia de pré-processual com o conceito de extrajudicial. Portanto, a mediação ora em estudo sempre será uma mediação judicial, ainda que pré-processual, de maneira que sempre haverá o controle pelo judiciário.
> A mera definição dos conceitos acima já tem o condão de refutar um preconceito inicial de muitos, no sentido de acharem que a mediação pré-processual seria realizada sem o controle do judiciário. Fixadas as premissas acima, passo à análise da questão propriamente proposta. Entendo que as vantagens da aplicação do instituto em comento no processo laboral seriam inicialmente a celeridade da solução do conflito, eis que a parte não teria que esperar para seu processo entrar em uma pauta regular de audiências, mas sim seria direcionado a uma pauta apenas de tentativa de mediações e conciliações, pauta esta bem mais simples e rápida, situação que atenderia a um princípio básico laboral que é a simplicidade.
> Outrossim, a realização de pautas exclusivas de tentativas de mediação minimizaria o custo do processo para as partes, eis que seus defensores não precisariam vir à audiência munidos de peças de defesas e petições iniciais complexas e extensas, mas sim compareceriam com a ideia de assessorar a parte na negociação. Seria um novo papel do advogado na audiência, não na ideia tradicional de combate, mas sim de assessoramento para uma solução negociada. A redução do custo com a elaboração da contestação e produção de documentos e provas até mesmo propiciaria a sobra de mais recursos para serem oferecidos ao trabalhador, o que é muito importante, em especial no cenário de crise pela qual o Brasil está passando.
> Cumpre citar também a ideia de celeridade na resolução da demanda e o empoderamento dado à parte, sendo que, na mediação, os próprios litigantes passam a ser os juízes de suas causas, já que o mediador tem o papel de apenas ajudá-los, para que eles mesmos encontrem a solução para seus problemas. Isto acarreta um respeito maior das partes pela decisão do caso e, por conseguinte, uma maior probabilidade do cumprimento do acordado. Ademais, o acordo alcança de forma eficaz a pacificação social, sendo este um dos grandes desideratos do judiciário.
> Por fim, destaco que, se a Justiça do Trabalho absorver esta demanda social, ela protegerá até mesmo a sua competência, eis que, atualmente, com a impossibilidade de mediação pré-processual no âmbito da Justiça Laboral, as partes estão procurando os Centros de Conciliação da Justiça Comum para mediação de seus problemas.
> Como desvantagem, entendo que poderia ser a tentativa de fraude das empresas, talvez ao enxergarem a mediação pré-processual como uma porta aberta à lide simulada e ao deferimento pelo judiciário de quitação geral de contratos laborais. Também a ideia de que o judiciário passaria a ser um mero órgão homologador de rescisão.
> Todavia, ainda que esta seja uma preocupação louvável, entendo que este risco existe para qualquer tipo de processo laboral, sendo que é exatamente a necessidade de homologação pelo juiz de todos os acordos oriundos da mediação que pode afastar este receio inicial. O novo CPC prestigia e destaca a conciliação em seu art. 334, o qual prevê a necessidade de designação de audiência de tentativa de conciliação ou mediação pelo juiz da causa, logo no início do processo, antes de recebida a contestação. Por sua vez, na seara laboral, a conciliação não é apenas uma norma trabalhista (art. 764 da CLT), porém, mais do que isto, é um princípio que norteia toda a construção da CLT e a exegese a ser dada às normas laborais, o que acarreta a conclusão de que, a conciliação pode existir em qualquer fase do processo.
> Assim, cotejando as ideias acima destacadas, entendo que a exegese a ser conferida à Instrução Normativa 39 do C. TST, a qual informa que o aludido art. 334 do NCPC não seria aplicável ao processo do trabalho, é a de que a instrução afastou a incidência do artigo em tela apenas para que o juiz do trabalho não ficasse obrigado à marcação da audiência de conciliação inicial, nada obstando, todavia, que facultativamente o magistrado marcasse referida audiência, caso julgasse produtivo. Destarte, entendo que não há vedação ao juiz em marcar a audiência em comento, ainda que pré-processual, devendo apenas haver reforço no esclarecimento às partes quanto à quitação, para que as fraudes sejam evitadas [..].

Quais seriam as vantagens de se aceitar a mediação pré-processual nos dissídios individuais? Numa análise superficial, como destacado com propriedade pela Colega Vanessa, parece que a celeridade para realizar a primeira sessão seria a maior vantagem e as partes não teriam que ter a preocupação de realizar peças formais (inicial e defesa). Haveria um atendimento mais acolhedor e com estímulo ao diálogo para alcançar a pacificação social.

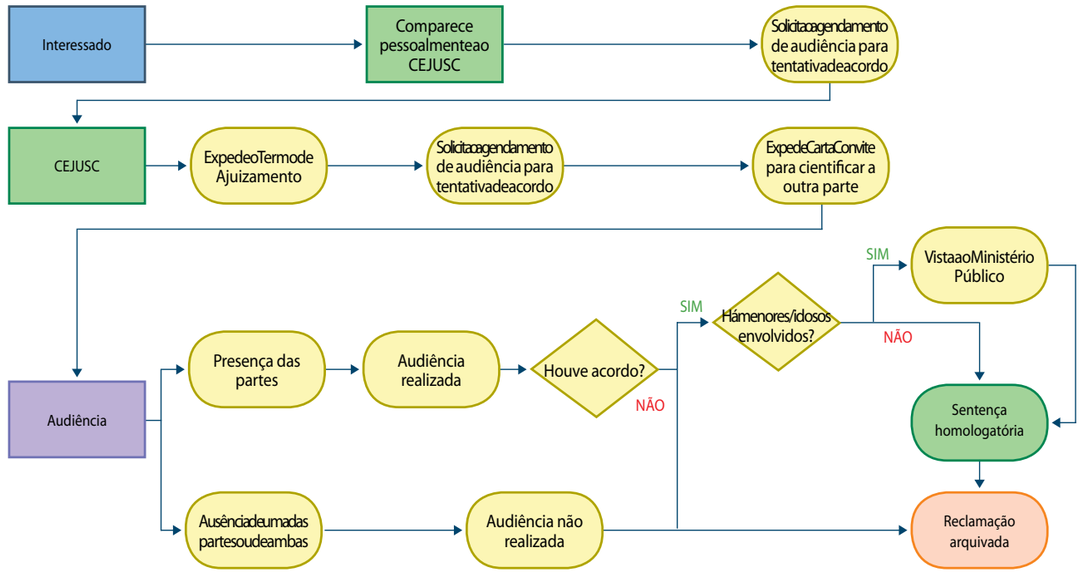
Desvantagens existem e são recorrentes os temores de que o instituto seja desvirtuado e o Juiz do Trabalho transformado em mero homologador de acordos simulados. E talvez estejamos permitindo a abertura de uma porta que há muito cerramos, com a traumática experiência das Comissões de Conciliações Prévias.

Há também o risco de não darmos conta dessa demanda, pois tais sessões seriam necessariamente acompanhadas pelo Judiciário. Na nossa modalidade de mediação nos CICs não aceitamos terceiros voluntários, então poderíamos não ter mediadores suficientes para uma procura maior.

Esses são alguns dos principais problemas relacionados à implantação plena da mediação pré-processual na Justiça do Trabalho. É preciso pensar sobre eles com a finalidade de elaborar soluções práticas. Entretanto, as dificuldades não devem ofuscar o esforço de consolidar o instituto da mediação em nosso contexto, algo que se mostra mais relevante neste momento.

Essa parte do artigo fica para conhecimento das práticas de sucesso para a realidade da Justiça Comum. Apenas para conhecimento apresento o fluxograma do pré-processual nesse mesmo cenário.

Fluxograma – Fluxo Pré-Processual CEJUSC



Segundo o **Conselheiro Emmanoel Campelo, do Conselho Nacional de Justiça**, que proferiu a palestra de abertura no Curso de Formação de Mediadores da Justiça do Trabalho na EJUD 15 no dia 11/4/16, em 1988 havia 350.000 processos na Justiça Brasileira, mas após a promulgação da Constituição Federal houve uma explosão de litigiosidade, o que elevou esse número a 105 milhões de processos em 28 anos. O seguinte panorama foi apresentado pelo expositor: o número de processos continua aumentando; a população tem crescente confiança no Poder Judiciário; a Justiça não foi capaz de conter toda essa demanda; com isso há uma insatisfação do jurisdicionado porque o processo demora para ser resolvido; o custo médio de cada processo por ano é de R$ 1.500,00; pesquisas indicam que existe uma demanda reprimida de 30%, a qual resultaria em 150 milhões de processos. Ainda nas palavras do referido Conselheiro do CNJ, o Poder Judiciário precisa proporcionar maior satisfação do usuário do sistema judicial, pois o paradigma atual é caro, ineficiente e insustentável. Conhecemos a realidade no TRT-15, em que mais de 70% das sentenças proferidas são descumpridas na fase de execução. Por outro lado, estudos elaborados pelo CNJ durante a Semana de Conciliação demonstram que 95% das pessoas que celebraram acordos ficaram satisfeitas. Ora, frente a esses dados fica claro que a Justiça Social almejada está mais próxima da mediação/conciliação do que das sentenças judiciais. Tomo a liberdade de fazer essa transcrição, muito bem enfatizada pela Colega Gislene, responsável pelo CIC de São José dos Campos em texto formulado em resposta às questões proposta no Curso de Formação de Mediadores.

Finalizo com algumas considerações para reflexão. Jamais será possível estabelecer um consenso com relação ao tema, mas podem existir soluções que permitam àqueles que acreditam na Conciliação, como forma mais eficiente para a resolução de conflitos e a pacificação social, a continuidade de suas práticas. Para quem ainda não simpatiza com a ideia, não seria obrigatório praticá-la, assim como acontece nas Justiças Comum e Federal, e como democraticamente **preconiza a nossa Resolução Administrativa**, que pode servir de modelo para esse caminho de equilíbrio. Convido os Colegas a passarem um dia nos Centros Integrados de Conciliação, para avaliarem pessoalmente as nossas sessões de mediação ou mesmo conversarem com os servidores que foram capacitados pela Escola Judicial, para darem seu testemunho sobre as experiências com a mediação. Convido também os colegas a visitarem as páginas do FaceBook – CIC1-Campinas – Ana Cláudia Torres Vianna, onde são colacionados diversos materiais sobre a mediação no Brasil e no exterior.

Referências bibliográficas

NEIVA, Rogério Pinheiro. A Diferença Entre a Conciliação e a Mediação no Processo do Trabalho. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-mai-01/diferenca-entre-conciliacao-mediacao-processo-trabalho#author. Acesso: 16 de maio de 2016.

Material produzido no Curso de Formação de Mediadores pelo Colegas Alessandro Tristão, Gislene Aparecida Sanches, Vanessa Maria Sampaio Villanova Matos, Daniela Renata Rezende Ferreira Borges e Renato Sant'Anna.

NR NASCIMENTO & REZENDE ADVOGADOS

Inovar com primazia.
Atuando em soluções
jurídico-empresariais.

Rua da Ajuda, nº 35, 17º andar, Centro - RJ | CEP: 20040-915 | Tel (55 21) 2242-0447 / 2507-1271| nraa.com.br

A falência da recuperação judicial

Carlos Henrique Abrão | Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

O modelo da recuperação judicial tal qual se apresenta no cenário nacional, fruto da Lei nº 11.101/05, tem seus dias contados e uma séria reforma haverá de ser feita para recuperarmos o tempo perdido.

O modelo vigente demorou quase 60 anos para derrubar o Decreto 7.661/45 e, percorrida uma década de sua eficácia, a maioria dos observadores constata que os pedidos de recuperação judicial são lentos, prazos esticados, sem respaldo em dinheiro novo e, o mais grave ainda, boa parte dos planos homologados se convola em falência.

A séria crise pela qual atravessa o país, atrelada à turbulência e ao ambiente hostil empresarial, todos esses ingredientes fizeram surtar o nível da temperatura das recuperações no segundo semestre de 2015 e no início do ano de 2016.

Os dados gráficos estatísticos comprovam um aumento expressivo de recuperações ao longo do segundo semestre do ano de 2015 e, mais brutal ainda, no primeiro trimestre do ano de 2016.

Retiradas as notas das agências internacionais, fuga de capital, desindustrialização, baixo consumo, dificuldades de acesso ao crédito, esses aspectos prejudicaram os setores do comércio, da indústria e, principalmente, de serviços.

Somente nesse período, compreendido entre o segundo semestre de 2015 e o primeiro trimestre de 2016, foram fechados mais de 100 mil estabelecimentos comerciais, além das três placas mais vistas pelas cidades brasileiras: vende-se, aluga-se, passa-se o ponto.

Esse ambiente hostil não pode ser renovado ou reescalonado a partir do Novo Código de Direito Comercial, Projeto de Lei nº 1.572/2011.

Cria-se uma confusão tremenda, inclusive, dando margem para um processo empresarial, além de conceitos incompletos, conflitantes, a par de retrocessos inumeráveis, daí porque o mais fundamental na atualidade seria criarmos regras empresariais transparentes, mediante concorrência e competição, eliminando a burocracia e fazendo funcionar os órgãos regulatórios.

É bem verdade que o *establishment* brasileiro cria laços com o capitalismo selvagem em prejuízo da sociedade, do crescimento, do desenvolvimento e da ampliação da estrutura empresarial.

Praticam-se preços elevados, cuja população, sua maioria, não ostenta poder aquisitivo, daí a quase totalidade das operações sucede por intermédio de financiamento.

Referidos financiamentos delimitam taxas de juros altas, muito elevadas, criando um círculo vicioso, ficando a empresa dependente das financeiras, saindo da atividade produtiva para aquela de exploração, por meio de fundos estrangeiros, *private equity* e também operações de *hedge*.

Ninguém duvida que o vetusto Código Comercial de 1850, passados mais de século e meio, além de desatualizado, mostra-se divorciado da economia global empresarial.

No entanto, o legislador não pode e nem deve correr o risco de realizar uma reforma apenas para agradar poucos e desagradar muitos, tentando limitação de responsabilidade, sem um ambiente e o divórcio completo das relações entre empresas e Estado.

No que toca de perto a falência do modelo da recuperação judicial, as principais premissas do diagnóstico pressupõem prosseguimento da execução contra os sócios solidários, trava bancária, negócio fiduciário, os recebíveis, classificação em categoria de credores, tempo de blindagem da empresa, alto custo do plano, tudo isso engessa a recuperação e faz com que o explosivo aumento dos pedidos somente reflita, mais para a frente, uma quebradeira coletiva.

O legislador atento, inteligente e prudente deveria colocar o dedo na ferida, antes de reescrever o Código Comercial, para adaptar a Lei 11.101/05 à realidade brasileira.

De nada adianta copiarmos modelos americano e europeu se nossa realidade é extremamente distinta, com exíguo acesso ao capital e financiamento dos

Foto: Coreconsp

planos, como ocorre nas grandes empresas americanas.

Basta salientar que, recentemente, a legislação francesa, experimentando sete reformas em curto espaço de tempo, trouxe inovações e adaptações para se harmonizar com o único regramento do modelo econômico europeu.

A tragédia anunciada de falências em série é até previsível, com o saturamento dos pleitos na justiça, quando os empresários, sem possibilidades de reestruturação ou reerguimento, simplesmente renegociam para mais 10 ou 15 anos suas dívidas com elevado deságio, além de carência para início do pagamento.

Essa falha aberrante deve ser diretamente revista pelo legislador, posto que a grave crise política traz como pano de fundo instabilidade, falta de confiança e credibilidade no mercado brasileiro.

A falta de reconstrução de paradigmas que viabilizem uma recuperação judicial criteriosa, com transparência e, fundamentalmente, com seriedade, propiciará a banalização do instituto e afogará as atividades judiciárias nos próximos anos.

O paliativo da especialização deve ser mera consequência de uma legislação consentânea, adaptável e, preponderantemente, que contemple ferramentas e instrumentos favoráveis à empresa em crise.

Nenhuma legislação de recuperação, sem alteração, sobreviveu ao período de crise e instabilidade econômica, o Brasil não se constitui uma exceção à regra, se o legislador não for capaz de despertar do seu sono intenso, muitas empresas fecharão suas portas, acarretando desemprego e problemas sociais imprevisíveis.

É tempo, mais do que urgente, de uma reforma pontual legislativa para que o Diploma Normativo nº 11.101/05 traga substrato concreto, amplo e possibilite entrada de dinheiro novo, renegociações, com a inclusão de todos os credores, sem qualquer exceção, conferindo-se, para micro e pequenas empresas, tempo máximo de 5 anos para reerguimento e no máximo 10 para as grandes corporações.

O terremoto político poderá causar um verdadeiro tsunami na economia brasileira, cujas empresas, de grande porte, com faturamento acima de 50 milhões de reais por ano, já começam a sentir os efeitos, requerendo recuperações judiciais, cujo efeito cascata poderá atingir não apenas o crédito, mas provocar crise bancária sistêmica.

Enquanto a economia patina, derrapa, apenas visando o Governo aumentar impostos e tributos para o reequilíbrio das finanças públicas, a maioria das empresas está sem liquidez, capital de giro, confiança, credibilidade e esperança na manutenção do próprio negócio.

Não há saída. Ou preservamos o modelo atual, literalmente falido, ou, mediante bom senso e razoabilidade, partimos para a reforma, não para salvar as empresas, mas sim para causar efeito menos traumático em relação ao estado falimentar coletivo que hoje deflagramos, como desafio para os profissionais da área e técnica moderna que não apenas copie o sistema estrangeiro, mas oportunize circunstâncias reais de salvaguardas empresariais.

Funções institucionais do Ministério Público Federal e da Polícia Federal no âmbito da investigação criminal

A necessária complementaridade no exercício das respectivas atribuições

Victor Luiz dos Santos Laus | Desembargador do TRF 4ª Região

1. Introdução

Recentemente, a Oitava Turma deste Tribunal Regional Federal da 4ª Região enfrentou questão atinente às prerrogativas institucionais inerentes às atividades desempenhadas, com fundamento constitucional, pelo Ministério Público Federal, de um lado, e pela Polícia Federal, de outro, em julgamento concluído na sessão realizada em 2-9-2015. O debate instaurou-se durante a apreciação de Agravo Regimental interposto no Recurso Criminal em Sentido Estrito 5032332-92.2014.4.04.0000.

A moldura fática verificada na hipótese, que acabou por dar ensejo à situação de tensão entre o titular da ação penal pública e a autoridade policial, poderia ser assim resumida: iniciou-se, em 24-1-2014, inquérito policial, a partir de requisição do Ministério Público Federal, para apurar possíveis crimes de furto, roubo e receptação praticados, em tese, por indígenas; após a realização de diligências investigatórias, a Polícia Federal elaborou relatório conclusivo, em 14-11-2014, no qual, ao final, sugeria "respeitosamente ao Juízo Federal competente, após a oitiva do presentante ministerial, que analise a possibilidade de declinação da competência (...)". Isso porque, no entender do signatário do mencionado relatório, cuidava-se, no caso, de crimes de natureza comum, e não daqueles delitos que o Constituinte de 1988 teria pretendido abranger ao estabelecer a competência da Justiça Federal para apreciar "a disputa sobre direitos indígenas" (artigo 109, XI).

Remetidos os autos a juízo, colheu-se manifestação do órgão ministerial contrária à proposição da autoridade policial, na qual se ressaltava que a atribuição do *parquet* federal para o feito havia sido assentada, no âmbito interno daquela instituição, pela mais alta instância competente para tanto, a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Nada obstante, sobreveio decisório no qual restou declinada a competência, em favor da Justiça Estadual gaúcha. Em face dessa decisão, o Ministério Público Federal interpôs recurso criminal em sentido estrito que, inicialmente, teve seu seguimento negado por decisão unipessoal proferida por quem, à época, estava no exercício da relatoria, mas que acabou por chegar ao conhecimento da Turma, em virtude do manejo do competente agravo regimental.

2. Atuação da Polícia Federal e do Ministério Público Federal no âmbito da investigação criminal: limites ao exercício das respectivas prerrogativas institucionais

Nas razões recursais oferecidas pelo *dominus litis*, postulava-se a reforma do provimento exarado em primeira instância, com base em dois argumentos centrais: primeiro, que a autoridade policial não teria capacidade para postular, diretamente ao Judiciário, a declinação da competência; e, segundo, que essa declinação não poderia dar-se de ofício. Acolhida a validade desses dois fundamentos, o resultado a que se chegaria, na visão do recorrente, seria a manutenção da competência federal.

O Colegiado, ao concluir o julgamento, deu provimento, à unanimidade, ao agravo regimental para determinar o prosseguimento do feito na Justiça Federal, ao menos até que fossem mais bem esclarecidos os fatos objeto de investigação. As razões de decidir, expostas pela maioria, não coincidiram, integralmente, com os motivos que, na visão deste julgador, justificavam a reforma do decisório contrastado; não por outra razão, fez-se constar do acórdão a apresentação de fundamentação diversa pelo signatário deste, a qual, nesta oportunidade, dada a relevância e a atualidade do tema, passamos a explicitar.

Foto: Arquivo pessoal

2.1 Remessa dos autos do inquérito pela Polícia Federal diretamente ao Poder Judiciário, após a elaboração do relatório final: artigo 1º da Resolução CJF 63/2009 *versus* artigo 10, § 1º, do Código de Processo Penal

Quanto ao primeiro argumento deduzido pelo órgão ministerial ("a autoridade policial não teria capacidade para postular, diretamente ao Judiciário, a declinação da competência"), consignamos que, a rigor, não teria havido "postulação" ou "requerimento" dirigido pela Polícia Federal ao magistrado a quo; remeteu-se ao julgador, em verdade, o relatório final do inquérito, no qual estava contida mera sugestão de avaliação da possibilidade de incompetência do juízo.

Nesse contexto, a questão a ser dirimida, portanto, diria respeito à (im)possibilidade de que a autoridade policial, uma vez relatado o inquérito, remetesse-o diretamente ao Judiciário, e não ao Ministério Público Federal, e, no passo seguinte, investisse sobre atribuição assegurada, constitucionalmente, ao *parquet*.

Diante desse quadro, ressaltamos, inicialmente, que a Resolução 63/2009 do Conselho da Justiça Federal instituiu a tramitação direta dos inquéritos policiais entre a autoridade policial e o Ministério Público Federal e estabeleceu, em seu artigo 1º, que os apuratórios somente seriam admitidos à distribuição nas Varas Federais quando houvesse:

> a) comunicação de prisão em flagrante efetuada ou qualquer outra forma de constrangimento aos direitos fundamentais previstos na Constituição da República;
> b) representação ou requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público Federal para a decretação de prisões de natureza cautelar;
> c) requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público Federal de medidas constritivas ou de natureza acautelatória;
> d) oferta de denúncia pelo Ministério Público Federal ou apresentação de queixa crime pelo ofendido ou seu representante legal;
> e) pedido de arquivamento deduzido pelo Ministério Público Federal;
> f) requerimento de extinção da punibilidade com fulcro em qualquer das hipóteses previstas no art. 107 do Código Penal ou na legislação penal extravagante.

Assim, com base na aludida Resolução, não seria justificado, na hipótese então em exame, o envio dos autos diretamente ao Juízo de origem.

De outro lado, o artigo 10, § 1º, da Lei Adjetiva Penal veicula dispositivo redigido nas seguintes linhas:

> Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.
> § 1º A autoridade fará minucioso **relatório** do que tiver sido apurado e **enviará autos ao juiz competente.** (...) (destaques nossos)

Acerca da vigência e da eficácia desse normativo, observamos que é elucidativo o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.886 (Tribunal Pleno, Rel. p/ acórdão Ministro Joaquim Barbosa, j. 03-4-2014, DJe 5-8-2014).

Naquele processo objetivo, foi atacada norma contida no artigo 35, IV, da Lei Complementar 106/2003, do Estado do Rio de Janeiro, o qual apresentava o seguinte conteúdo:

> Art. 35 - No exercício de suas funções, cabe ao Ministério Público:
> (...)
> IV - receber diretamente da polícia judiciária o inquérito policial, tratando-se de infração de ação penal pública;
> (...)

Ao final do julgamento, declarou-se a inconstitucionalidade formal do dispositivo, tendo em vista, em síntese, que o exercício da competência legislativa pelos Estados, quanto a procedimentos em matéria processual, deve observar os limites estabelecidos pelas normas gerais editadas pela União (artigo 24, XI e parágrafo 1º, da Constituição de 1988); e, em face do contido no artigo 10, § 1º, do Código de Processo Penal, não poderia a lei estadual determinar a remessa imediata do inquérito relatado ao Ministério Público, sem o prévio trânsito pelo Poder Judiciário.

Essa declaração de inconstitucionalidade não se fez sem o reconhecimento dos méritos da tramitação direta entre polícia e Ministério Público, como se nota na leitura do voto do Ministro Joaquim Barbosa, Relator para acórdão:

> (...)
> A enunciação dos diferentes aspectos da questão é importante para que fique claro que o art. 35, IV, da Lei Complementar estadual n. 106/2003, é inconstitucional, ante a existência de vício formal, pois extrapolada a competência suplementar delineada no art. 24, §1º, da Constituição Federal de 1988. Ao assim me posicionar, **não desconheço que o Ministério Público é o destinatário da investigação feita e o fiscal da regularidade do inquérito** (cf. CARVALHO, Salo de. 'Considerações sobre o arquivamento do inquérito policial: requisitos e controle judicial (estudo de caso)'. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 83, mar./2012, p. 322). Com efeito, **o procedimento do inquérito policial, conforme previsto pelo Código de Processo Penal, torna desnecessária a intermediação judicial quando ausente a necessidade de adoção de medidas constritivas de direitos dos investigados, razão por que projetos de reforma do CPP propõem a remessa direta dos autos ao Ministério Público** (HAMILTON, Sergio Demoro. 'O Inquérito policial no projeto de Código de Processo Penal'. In Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, n. 46, fev-mar/2012, p. 11).
> Entretanto, a disciplina legal estadual, que se coaduna com a crítica doutrinária ou com a exigência de maior coerência no ordenamento jurídico, **não afasta a sua inconstitucionalidade formal, insuscetível de superação com base em avaliações pertinentes à preferência do julgador sobre a correção da opção feita pelo legislador dentro do espaço que lhe é dado para livre conformação.** (...)" (destacamos)

A ementa do julgado foi elaborada nos termos que se seguem:

> Ação direta de inconstitucionalidade. Incisos IV e V do art. 35 da Lei Complementar nº 106/2003, do Estado do Rio de Janeiro. Necessidade de adequação da norma impugnada aos limites da competência legislativa concorrente prevista no art. 24 da Constituição Federal. Ação julgada parcialmente procedente apenas para declarar a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 35 da Lei Complementar Estadual. A legislação que disciplina o inquérito policial não se inclui no âmbito estrito do processo penal, cuja competência é privativa da União (art. 22, I, CF), pois o inquérito é procedimento subsumido nos limites da competência legislativa concorrente, a teor do art. 24, XI, da Constituição Federal de 1988, tal como já decidido reiteradamente pelo Supremo Tribunal Federal. O procedimento do inquérito policial, conforme previsto pelo Código de Processo Penal, torna desnecessária a intermediação judicial quando ausente a necessidade de adoção de medidas constritivas de direitos dos investigados, razão por que projetos de reforma do CPP propõem a remessa direta dos autos ao Ministério Público. No entanto, apesar de o disposto no inc. IV do art. 35 da LC 106/2003 se coadunar com a exigência de maior coerência no ordenamento jurídico, a sua inconstitucionalidade formal não está afastada, pois insuscetível de superação com base em avaliações pertinentes à preferência do julgador sobre a correção da opção feita pelo legislador dentro do espaço que lhe é dado para livre conformação. Assim, o art. 35, IV, da Lei Complementar estadual nº 106/2003, é inconstitucional ante a existência de vício formal, pois extrapolada a competência suplementar delineada no art. 24, §1º, da Constituição Federal de 1988. Já em relação ao inciso V, do art. 35, da Lei complementar estadual nº 106/2003, inexiste infração à competência para que o estado-membro legisle, de forma suplementar à União, pois o texto apenas reproduz norma sobre o trâmite do inquérito policial já extraída da interpretação do art. 16 do Código de Processo Penal. Ademais, não há desrespeito ao art. 128, §5º, da Constituição Federal de 1988, porque, além de o dispositivo impugnado ter sido incluído em lei complementar estadual, o seu conteúdo não destoou do art. 129, VIII, da Constituição Federal de 1988, e do art. 26, IV, da Lei nº 8.625/93, que já haviam previsto que o Ministério Público pode requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial. Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade somente do inciso IV do art. 35 da Lei Complementar nº 106/2003, do Estado do Rio de Janeiro.

Apesar do conteúdo desse precedente da Corte Suprema, registramos posicionamento no sentido de que a Resolução 63/2009 mantém-se dentro da legalidade, enquanto forem observados os limites do poder normativo atribuído constitucional e legalmente ao Conselho da Justiça Federal, especialmente quanto aos seus destinatários, é dizer, enquanto for vista como norma que regula a administração judiciária, apenas. Colacionamos, a propósito, os dispositivos relacionados ao alcance da capacidade normativa do Conselho:

Constituição Federal:

> Art. 105. (...)
> Parágrafo único. Funcionarão junto ao Superior Tribunal de Justiça:
> (...)
> II - o Conselho da Justiça Federal, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema e com poderes correicionais, cujas decisões terão caráter vinculante. (sublinhamos)

Lei 11.798/2008:

> Art. 3º. As atividades de administração judiciária, relativas a recursos humanos, gestão documental e de informação, administração orçamentária e financeira, controle interno e informática, além de outras que necessitem coordenação central e padronização, no âmbito da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, serão organizadas em forma de sistema, cujo órgão central será o Conselho da Justiça Federal.
> Parágrafo único. Considerar-se-ão integrados ao sistema de que trata o caput deste artigo os serviços atualmente responsáveis pelas atividades ali descritas, pelo que se sujeitarão à orientação normativa, à supervisão técnica e à fiscalização específica do órgão central do sistema.
> (...)
> Art. 5º. Ao Conselho da Justiça Federal compete: (...)
> III - expedir normas relacionadas ao sistema de administração judiciária da Justiça Federal de primeiro

e segundo graus, constante do art. 3º desta Lei; (...) (sublinhamos)

Assim, se, por um lado, o inquérito policial em que ausente qualquer das situações previstas no artigo 1º da Resolução CJF 63/2009 não deva ser admitido à distribuição – norma que diz respeito apenas à administração da unidade judiciária –, de outro, é certo, também, que o delegado que remete o apuratório relatado diretamente ao Juízo competente, e não ao Ministério Público Federal, não comete qualquer ilegalidade, pois age ao abrigo do artigo 10, § 1º, do Código Processual Penal, cuja vigência restou, recentemente, reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

Com essas considerações, concluímos que, na hipótese em análise, não teria ocorrido qualquer irregularidade no envio dos autos do apuratório ao Julgador de origem, em lugar de sua remessa ao titular da persecução criminal.

2.2 Declinação da competência, com base em enquadramento típico proposto pela autoridade policial, apesar de posicionamento contrário manifestado pelo *dominus litis*: a necessidade de atuação complementar das instituições envolvidas na investigação criminal

De qualquer sorte, tendo em vista que, como ressaltado anteriormente, não houve, de fato, "requerimento" de declinação de competência, mas simples sugestão de seu exame, seguimos adiante para verificar se poderia o magistrado declarar-se incompetente de ofício, dado que se cuidava de procedimento ainda em fase inquisitorial, e sem manifestação definitiva do Ministério Público Federal acerca da conclusão de sua tramitação.

No ponto, recordamos o recente julgamento do Supremo Tribunal Federal em que a Corte pôs fim à questão até então tormentosa dos poderes investigatórios do Ministério Público (RE 593.727, Tribunal Pleno, Rel. p/ acórdão Ministro Gilmar Mendes, j. 18-5-2015). Ressaltamos que, naquele recurso extraordinário, decidiu o Pretório Excelso que a polícia judiciária e o *parquet* devem somar esforços para o bom desempenho de suas atribuições, isto é, devem agir sob o pálio/signo da complementaridade, e não da exclusividade. Reproduzimos, a fim de ilustrar o entendimento, o resumo do quanto decidido, conforme publicação contida no Informativo 785 da Corte Suprema (o acórdão do julgado, à época, ainda não havia sido publicado)[1]:

> O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os advogados (Lei 8.906/1994, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade - sempre presente no Estado democrático de Direito - do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Enunciado 14 da Súmula Vinculante), praticados pelos membros dessa Instituição. Com base nessa orientação, o Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, negou provimento a recurso extraordinário em que discutida a constitucionalidade da realização de procedimento investigatório criminal pelo Ministério Público. No caso, o acórdão impugnado dispusera que, na fase de recebimento da denúncia, prevaleceria a máxima 'in dubio pro societate', oportunidade em que se possibilitaria ao titular da ação penal ampliar o conjunto probatório. Sustentava o recorrente que a investigação realizada pelo 'parquet' ultrapassaria suas atribuições funcionais constitucionalmente previstas - v. Informativos 671, 672 e 693. O Tribunal asseverou que a questão em debate seria de grande importância, por envolver o exercício de poderes por parte do Ministério Público. A legitimidade do poder investigatório do órgão seria extraída da Constituição, a partir de cláusula que outorgaria o monopólio da ação penal pública e o controle externo sobre a atividade policial. O 'parquet', porém, não poderia presidir o inquérito policial, por ser função precípua da autoridade policial. Ademais, a função investigatória do Ministério Público não se converteria em atividade ordinária, mas excepcional, a legitimar a sua atuação em casos de abuso de autoridade, prática de delito por policiais, crimes contra a Administração Pública, inércia dos organismos policiais, ou procrastinação indevida no desempenho de investigação penal, situações que, exemplificativamente, justificariam a intervenção subsidiária do órgão ministerial. Haveria, no entanto, a necessidade de fiscalização da legalidade dos atos investigatórios, de estabelecimento de exigências de caráter procedimental e de se respeitar direitos e garantias que assistiriam a qualquer pessoa sob investigação - inclusive em matéria de preservação da integridade de prerrogativas profissionais dos advogados, tudo sob o controle e a fiscalização do Poder Judiciário. Vencidos os Ministros Cezar Peluso (relator), Ricardo Lewandowski (Presidente) e Dias Toffoli, que davam provimento ao recurso extraordinário e reconheciam, em menor extensão, o poder de investigação do Ministério Público, em situações pontuais e excepcionais; e o Ministro Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso, proclamando a ilegitimidade absoluta do Ministério Público para, por meios próprios, realizar investigações criminais. RE 593727/MG, rel. orig. Min. Cezar Peluso, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 14.5.2015. (RE-593727)

Nesse contexto, salientamos que, não estando configurada uma situação de ilegalidade na tramitação do inquérito policial perante a Justiça Federal, não caberia ao julgador de primeira instância, ciente de que a *opinio delicti* do Ministério Público Federal acerca do fato suspeitado estava ainda em processo de formação, antecipar uma solução quanto à tipificação da conduta, pois esse proceder obliteraria o exercício da atribuição constitucional do titular daquela instituição. Sem embargo, se, na visão do magistrado, estivesse configurado algum retardo injustificado no agir ministerial, e disso resultasse prejuízo ao investigado, caberia a ele provocar o órgão de cúpula do *dominus litis*, a teor do artigo 28 do Código de Processo Penal, a fim de sanar tal mora institucional.

Ressaltamos, ainda, que o procurador da República que, originalmente, atuava no feito, havia já, anteriormente, declinado de sua atribuição em favor do congênere estadual; todavia, a promoção não fora homologada pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, em sessão realizada em 19-2-2013, tendo sido, em decorrência da aludida decisão, designado outro membro da instituição para dar prosseguimento à investigação.

Destarte, arrematamos que: seja porque a *opinio delicti* ainda estava em processo de definição, revelando-se precoce a anterior promoção no sentido da falta de atribuição, à vista da manifestação do órgão superior integrante da estrutura do *parquet*; seja, ainda, porque a decisão recorrida teria se revelado na contramão do que decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao acolher a proposta de enquadramento sugerida pela Polícia Federal, é dizer, olvidando a exclusividade dessa atribuição conferida ao Ministério Público, e o ponto de equilíbrio institucional, demarcado pela diretiva da complementaridade na condução da investigação, propugnada pela Excelsa Corte, mostrava-se forçoso o provimento do recurso criminal em sentido estrito para manter a competência da Justiça Federal, ao menos até que o agente ministerial, entendendo suficientes os elementos coligidos no bojo do procedimento apuratório, submetesse sua avaliação acerca do fato suspeitado ao juízo, a fim de que esse a examinasse, sem prejuízo do exercício do controle da legalidade até esse momento.

3. Conclusões

Pensamos que o caso concreto trazido à apreciação da Oitava Turma rendeu-nos o ensejo para construir duas conclusões que, a nosso entender, podem mostrar-se úteis a apaziguar situações de conflito que têm sido constatadas nas relações institucionais mantidas entre Ministério Público Federal e Polícia Federal, no campo da investigação criminal, e que podem ser assim enunciadas: (1) o artigo 1º da Resolução CJF 63/2009, que estabelece que os inquéritos policiais não serão admitidos à distribuição enquanto não verificada alguma das hipóteses nele elencadas, constitui-se em norma que diz respeito apenas à administração judiciária – tendo em vista os limites constitucionais e legais dos poderes normativos atribuídos ao Conselho da Justiça Federal e o quanto disposto no artigo 10, § 1º, do Código de Processo Penal, cuja vigência foi reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal –, e, portanto, sua eventual inobservância não macula o procedimento da autoridade policial; e (2) a polícia judiciária e o *parquet* devem somar esforços para o bom desempenho de suas atribuições, isto é, devem agir sob o pálio/signo da complementaridade, e não da exclusividade, conforme decidido pelo Pretório Excelso, no julgamento do RE 593.727 (Tribunal Pleno, Rel. p/ acórdão Ministro Gilmar Mendes, DJe 8-9-2015), o que significa dizer que, de regra, enquanto a *opinio delicti* do Ministério Público estiver ainda em processo de formação, não cabe ao Juiz, acolhendo proposta de enquadramento típico formulada unilateralmente pela Polícia Federal, declinar, prematuramente, da competência para o feito, pois assim estará impedindo o exercício da atribuição constitucionalmente conferida àquela Instituição.

Nota

[1] Em 08-9 p.p., sobreveio a divulgação do inteiro teor do acórdão proferido no julgamento em tela; no que aqui interessa, assim constou da ementa, confirmando o conteúdo da notícia veiculada no mencionado Informativo 785: "(...) 4. Questão constitucional com repercussão geral. Poderes de investigação do Ministério Público. Os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: 'O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição'. Maioria. (...)".

A extinção das obrigações do falido pela satisfação parcial do crédito e o princípio constitucional da segurança jurídica

Maria Cristina de Brito Lima | Juíza Titular do TJRJ

Foto: Brunno Dantas/TJRJ

1. A figura do empresário no ordenamento jurídico brasileiro

De acordo com o Código Civil (Lei nº 10.406/2002), empresário é aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços (artigo 966). Mas o que efetivamente está por trás deste perfil de quem exerce esta atividade profissional? Que figura é esta no contexto brasileiro? O que caracteriza este profissional? O que a sociedade espera dele?

O mestre Rubens Requião (2005) destaca dois elementos essenciais para a configuração da figura do empresário: (i) iniciativa e (ii) capacidade de assumir riscos.

Em outras palavras, a iniciativa do empresário está caracterizada por sua competência para determinar o caminho a ser percorrido pela empresa (estrutura organizada para a produção e circulação de bens ou de serviços), com conveniência e determinação no ritmo de sua atividade.

Já na capacidade de assumir riscos, evidencia-se a aptidão para assunção dos riscos do negócio, pelos quais responderá o empresário, uma vez que a ele cabe analisar as melhores perspectivas para sua atividade, assumindo, ainda, as desvantagens do insucesso.

Nessa linha, tem-se que, para ser empresário, é imperioso que se tenha uma boa dose de audácia, uma visão de longo prazo e uma flexibilidade inovadora, uma vez que não se pode desconsiderar eventuais obstáculos no percurso, os quais devem ser superados.

Na verdade, a observância dessas características acabam por beneficiar toda a sociedade, pois é inegável que a atividade empresarial promove o desenvolvimento econômico e social da Nação. Insta evidenciar que a figura do empresário é imperiosa para que se alcance a estatura de uma sociedade minimamente desenvolvida.

São muitos os exemplos que comprovam a mudança de cidades e pessoas com a chegada de empresas; são empregos criados, diretos e indiretos, são necessidades educacionais e de saúde atendidas, são formas de lazer propiciadas; enfim, é uma mudança plena na vida da sociedade, que só se verifica justamente pela audácia e pelo espírito empreendedor do empresário.

Vale, por exemplo, lembrar como era a cidade de Volta Redonda (RJ) antes da Companhia Siderúrgica Nacional (CSN); a cidade de Concórdia(SC) antes da (ex) Sadia (atual BRF); a cidade de Pindamonhangaba (SP) sem a empresa Nobrecel S/A Celulose e Papel; a cidade de Ribeirão Preto (SP) sem a Indústria de Alimentos Nilza; o que falar ainda da cidade de Ibema (PR), a qual nascera em 1988 por desmembramento do Município de Catanduvas (PR) e assim fora batizada em homenagem à empresa Ibema Papelcartão, lá sediada.

Amartya Sem (1999:19), fundador do Instituto Mundial de Pesquisa em Economia do Desenvolvimento, laureado com o Prêmio de Ciências Econômicas em memorial de Alfred Nobel de 1998, por suas contribuições à teoria da decisão social e do "*welfare state*", é cirúrgico ao revelar que:

> a ligação entre liberdade individual e realização de desenvolvimento social vai muito além da relação constitutiva – por mais importante que ela seja. O que as pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras como boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas. As disposições institucionais que proporcionam essas oportunidades são ainda influenciadas pelo exercício das liberdades das pessoas, mediante a liberdade para participar da escolha social e da tomada de decisões públicas que impelem o progresso dessas oportunidades.

Por aqui se pode perceber o quão importante é para a sociedade que alguns de seus membros possam desenvolver e nutrir a audácia de ter iniciativa e forte capacidade de assumir riscos pelo seu exercício, pois o Estado "sozinho" não conseguiria suprir todas essas necessidades humanas. Sua função constitucional precípua, portanto, está em ser agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo, na forma da lei, funções de fiscalização, incentivo e planejamento (artigo 174), revertendo o proveito fiscal advindo das atividades econômicas desenvolvidas pelo empresário no atendimento das necessidades sociais (educação, saúde, seguridade social, segurança pública, dentre outros direitos sociais – artigos 6º, 144, 196, 205, 217).

Na essência, se o empresário desempenha bem sua atividade econômica, significa maior circulação de riqueza e, por conseguinte, maior recolhimento de tributos, possibilitando uma melhor arrecadação do Estado para atender ao seu fim primordial. Além dos benefícios decorrentes da atividade econômica propiciarem incremento no PIB do País, o seu exercício ainda tem o condão de incrementar o IDH populacional[1].

Sem a atividade empresarial não estaríamos, nem de longe, experimentando o atual nível de desenvolvimento tecnológico em todos os segmentos que hoje o mundo vivencia.

2. Mitigação de riscos

Nada mais justo que, nesse contexto, a sociedade concorde em assumir algumas responsabilidades inerentes ao desenvolvimento econômico e tecnológico, a fim de incentivar que aqueles seus membros audaciosos possam promover o esperado desenvolvimento econômico e social que almejamos. Os empresários assumem os riscos, mas, com efeito, todos nós nos beneficiamos dos resultados.

Veja-se, por exemplo, a telefonia celular. Ela já é parte indissociável do nosso cotidiano. A sociedade até tem ciência da probabilidade de eventual dano à saúde que o seu uso corriqueiro possa ocasionar, mas mesmo assim não abre mão de utilizar o fabuloso aparelhinho celular que pode, a todo momento, ser utilizado.

Da própria leitura do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) verifica-se que o legislador impõe à sociedade a assunção de determinados riscos em produtos e serviços, ou seja, se o uso e os riscos são aqueles que razoavelmente se espera, não há falar em defeito (artigos 12 § 1º, II e 14 §1º, II). Tudo para demonstrar que compete também à sociedade arcar com uma parcela do desenvolvimento tecnológico e social implementado

por aqueles que desbravam o árduo e inovador campo da tecnologia, como atividade econômica que gera benefícios diretos para toda a sociedade.

Mas não é só aqui que vemos esta necessária divisão de responsabilidades entre o empresário e a sociedade brasileira.

Não é em vão a preocupação que a quebra de qualquer sociedade empresária gera no meio em que está inserida. Desemprego, queda de arrecadação, distúrbios familiares[2], falta de perspectivas de vida, entre outras tantas mazelas. E tanto isso é verdade que levou o legislador brasileiro a positivar, no artigo 47 da Lei de Recuperação Judicial e Falência (Lei 11.101/2005), o princípio da preservação da empresa[3].

A preservação da empresa norteia-se pela geração de riqueza econômica que contribui para o crescimento e o desenvolvimento social do País. Os princípios que a sustentam não só prestigiam a sua preservação, mas também passam pela separação dos conceitos de empresa e empresário, pela celeridade e eficiência dos processos judiciais e, em especial, na segurança jurídica.

A empresa acaba se tornando mais importante que o seu criador, leia-se empresário. Frise-se que ela cria emprego e renda, desempenhando, assim, uma função social de relevo no contexto brasileiro, além dos diversos benefícios que traz à sociedade, principalmente no que toca à estabilidade das relações sociais.

Ao distinguir o conceito de empresa e de empresário, evidenciando naquela um conjunto organizado de capital e trabalho para a produção ou circulação de bens ou serviços e neste a pessoa natural ou jurídica que a controla, a Lei especial reitora da matéria viabilizou uma nova oportunidade para ambos os entes: empresa e empresário. A empresa recupera-se; o empresário reabilita-se. A criatura separa-se do criador. É como um filho que nasce; uma vez nascido, separado da mãe está, tendo vida própria. Como filho, recebe os conselhos e advertências paternas e, uma vez amadurecido, ganha autonomia. No caso da empresa, a autonomia se reflete numa governança corporativa eficaz, que se desvincula, de certa forma, do seu criador[4].

3. A figura estereotipada do empresário brasileiro

Outro aspecto que convém ser abordado é o do imaginário popular. Para este, o empresário é aquele que usufrui dos benefícios que o lucro propicia e nada mais. Daí a conclusão de que aquele que tem um "carrão", ou um "casarão" beneficiou-se dos "favores" do capital às custas do suor alheio.

Essa visão está impregnada de crenças religiosas, que, via de regra, faz do agente econômico um "usurpador", numa visão distorcida do que efetivamente é a atividade empresarial. Vale dizer, desconsidera todo o esforço e poupança empregados, bem como os elevados riscos que lhe são inerentes.

Confunde-se o exercício da atividade econômica e seus riscos com a usura. Sabe-se que a proibição à usura vem desde há muito. O Código de Hamurabi já abolia a usura, entendendo tratar-se de cobrança de remuneração abusiva pelo uso do capital. Aristóteles (1998:28), em sua obra "Política", já evidenciava ser a usura abominável, considerando-a "mais odiosa que o tráfico de dinheiro, que consiste em dar para ter mais e com isso desviar a moeda de sua destinação primitiva".

Contudo, essa visão parece ser equivocada, uma vez que o próprio empresário também sofre os efeitos da incidência de cobrança abusiva de juros. O capital também é para ele relevante, viabilizador do fim maior: a organização econômica destinada a fazer circular a riqueza (bens e serviços).

A despeito de tempos difíceis como o hodierno, em que os efeitos da "Operação Lava Jato"[5] vem desconstruindo moralidades falsificadas e revelando verdades ocultas dos seus autores (outrora conhecidas como figuras respeitáveis), é preciso atentar para a necessidade de o País mudar de mentalidade e dar crédito a quem merece ter crédito.

Existem Empresários e empresários. Assim como Profissionais e profissionais. Existem aqueles que efetivamente assumem o seu papel de agente propulsor do desenvolvimento econômico e social e aqueles que pensam ser a vantagem pessoal sua meta. Com os primeiros, a lei deve dialogar; com os últimos, ela deve rugir!

Diferenciar o bom do mau é uma verdadeira lei natural. O próprio sistema econômico se encarrega de fazê-lo diariamente. É lei de mercado. O bom pagador goza de benefícios, enquanto o mau pagador é punido, sequer consegue crédito.

O mau empresário também deve ser punido, justamente para que se fortaleça a figura do bom empresário, aquele que gera riqueza, propiciando o desenvolvimento econômico e social da Nação.

E o ordenamento jurídico brasileiro está em linha com essa tese, tanto punindo o mau empresário por meio das diversas normas existentes – *como por exemplo a Lei 7.492/1986 (conhecida como Lei do colarinho branco); a Lei 12.683/2012 (Lavagem de dinheiro); a Lei 4.729/1965 (Sonegação fiscal)* –, como concedendo o justo tratamento ao bom empresário – *como o da Lei de Recuperação Judicial, a Lei 9.964/2000 (Programa de Recuperação Fiscal – Refis); a Lei Complementar 123/2006 (instituidora de regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido para microempresas e empresas de pequeno porte)*.

Na verdade, se não houvesse essa distinção entre o bom e o mau empresário, estar-se-ia frente a um ordenamento jurídico injusto, com consectários extremamente negativos para o próprio País. Desestimular-se-ia os valores que a própria Constituição Brasileira pugna como seus princípios e objetivos fundamentais (artigos 1º, IV, 3º, II, 170, 173 e 174).

A atividade empresarial é uma atividade essencialmente de risco. O empresário, quando tem a ousadia de investir seus esforços, capital e patrimônio em uma atividade econômica, não se baseia apenas na sua capacidade intelectiva, pois fatores variáveis e exógenos podem interferir diretamente no resultado que propugna.

É fato que o empresário deve se empenhar em desenvolver um bom plano de negócios, que resulte da análise de diversas variáveis, mas ele não pode afastar as áleas extraordinárias[6].

Essas hipóteses, por exemplo, até constituem exclusão de responsabilidade do gestor da empresa, nos termos da Lei Sociedade Anônima (6.404/1974), artigo 159, § 6º, que autoriza o juiz a considerar a sua conduta de boa-fé, visando ao interesse da companhia.

4. O papel do Estado neste contexto

O Estado, a seu turno, tem um papel relevante nessa trajetória, o qual está bem delineado na Constituição, qual seja, o de: "agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado" (art. 174).

Não é à toa que o Brasil adota como um dos seus princípios fundamentais os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, IV), tendo por objetivo fundamental a garantia do desenvolvimento nacional (artigo 3º, II).

E mais. Por escolha constitucional, a sociedade brasileira também decidiu que a atividade econômica será exercida preponderantemente pelo particular, ficando patente pelo seu artigo 173, que, "ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei".

Logo, o Estado colocou-se na posição de subsidiariedade no que toca à execução direta da atividade econômica, só atuando com esse viés em situações excepcionais e em caráter subsidiário.

Nesse diapasão, o legislador infraconstitucional, no que tange à atividade econômica, imbui-se do dever de discipliná-la de forma coerente e conforme os princípios eleitos pelo Estado Brasileiro.

É fato que a Constituição de 1988 deu nova roupagem ao papel do Estado, tornando hoje mais claro o seu mister. Entretanto, é forçoso reconhecer que os diplomas fundamentais anteriores já consignavam a importância do empresário e da empresa privada como parte inerente do desenvolvimento econômico e social do País.

Tal assertiva é corroborada pelos comandos normativos emanados das normas infraconstitucionais, reflexos, pois, dos princípios já eleitos à época.

Em outras palavras, o Decreto-Lei nº 7.661/1945 é um exemplo típico para a presente análise. Este não só reconhecia a necessidade de intervenção do Estado-juiz para garantir ao empresário o benefício da concordata, como favorecia a extinção das obrigações do falido nas hipóteses em que este ou (i) pagava o débito ou novava os créditos com garantia real; ou (ii) rateava mais de quarenta por cento (40%) do seu crédito, depois de realizado todo o ativo, ..., se para tanto não bastou a integral liquidação da massa; e ainda quando (iii) decorria o prazo de cinco anos, contado a partir do encerramento da falência, se o falido, ou o sócio gerente da sociedade falida, não tivesse sido condenado por crime falimentar ou, caso tivesse, após o decurso do prazo de dez anos (artigo 135 e seus incisos).

5. Circunstância autorizativa da extinção das obrigações do falido pela satisfação parcial dos créditos

A Lei de Recuperação Judicial (Lei nº 11.101/2005) vem dando continuidade ao anteriormente previsto na legislação reitora da matéria, prevendo, outrossim, no artigo 158 que:

> Extingue as obrigações do falido:
> I – o pagamento de todos os créditos;
> II – o pagamento, depois de realizado todo o ativo, de mais de 50% (cinquenta por cento) dos créditos quirografários, sendo facultado ao falido o depósito da quantia necessária para atingir essa porcentagem se para tanto não bastou a integral liquidação do ativo;
> III – o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado do encerramento da falência, se o falido não tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei;
> IV – o decurso do prazo de 10 (dez) anos, contado do encerramento da falência, se o falido tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei.

Se para a análise da incidência dos incisos III e IV do dispositivo legal invocado importa a sentença de encerramento da falência, para os incisos I e II este não tem a menor relevância. Para eles, requer-se a ocorrência do fato, ou seja, um dado objetivo.

Assim é que a lei reitora da matéria, em consonância com o arcabouço constitucional brasileiro, permite a

extinção das obrigações do falido com o pagamento, depois de realizado todo o ativo, de mais de 50% (cinquenta por cento) dos créditos quirografários.

O legislador garantiu o pagamento integral aos créditos que merecem tratamento especial em razão de sua importância, destacando-se nestes os créditos derivados da legislação do trabalho, os com garantia real até o limite do bem gravado, os tributários, os privilégios especial e geral (artigo 83). E quanto aos quirografários, entendeu que, uma vez atendido 50% (cinquenta por cento) deles, mesmo após a integral liquidação do ativo, o restante seria considerado ônus de toda a coletividade, pelo esforço pessoal do empresário falido.

Veja-se, ainda, que há entendimento da Corte Superior, no sentido de que nem mesmo a existência de crédito tributário se apresenta como fato impeditivo à declaração de extinção das obrigações do falido. E isto porque a obrigação tributária não é alcançada pela decisão declaratória extintiva das obrigações, continuando o Fisco com seu direito independente do juízo falimentar. Vale aqui trazer à baila o referido julgado:

> O reconhecimento da extinção das obrigações não tributárias do falido nos termos do art. 135 do Decreto-Lei 7.661/1945 (art. 158 da Lei 11.101/2005) não depende de prova da quitação de tributos. Inicialmente, destaca-se que, tanto no regramento anterior (Decreto-Lei 7.661/1945) quanto na atual Lei de Falências (Lei 11.101/2005), a questão é tratada da mesma forma. Nesse passo, se o art. 187 do CTN – mesmo com a redação anterior à LC 118/2005 – é taxativo ao dispor que a cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, e se o mesmo CTN não arrola a falência como uma das causas de suspensão da prescrição do crédito tributário (art. 151), não há mesmo como se deixar de inferir que o crédito fiscal não se sujeita aos efeitos da falência. Tem-se, então, que o pedido de extinção das obrigações do falido poderá ser deferido: a) com maior abrangência, quando satisfeitos os requisitos da Lei Falimentar e também os do art. 191 do CTN, mediante a "prova de quitação de todos os tributos"; ou b) em menor extensão, quando atendidos apenas os requisitos da Lei Falimentar, mas sem a prova de quitação de todos os tributos, caso em que as obrigações tributárias não serão alcançadas pelo deferimento do pedido de extinção. Assim, na segunda hipótese, como o Fisco continua com seu direito independente do juízo falimentar, a solução será a procedência do pedido de declaração de extinção das obrigações do falido consideradas na falência, desde que preenchidos os requisitos da Lei Falimentar, sem alcançar, porém, as obrigações tributárias, permanecendo a Fazenda Pública com a possibilidade de cobrança de eventual crédito fiscal. De fato, a declaração de extinção das obrigações do falido poderá referir-se somente às obrigações que foram habilitadas ou consideradas no processo falimentar, não tendo, por isso, o falido, a necessidade de apresentar a quitação dos créditos fiscais para conseguir o reconhecimento da extinção daquelas suas obrigações, em menor extensão".
> REsp 834.932-MG, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 25/8/2015, DJe 29/10/2015.

Com efeito, não se pode olvidar que a escolha sobre as hipóteses legais de extinção das obrigações do falido coube ao legislador, legitimado pela própria sociedade para tanto.

Portanto, não se pode afastar do empresário falido o direito constitucionalmente assegurado de ser reabilitado para a prática da atividade empresarial. Atar-lhe a possibilidade de retornar à atividade econômica por não atender integralmente aos créditos quirografários é ceifar direito construído com base nos princípios e objetivos fundamentais do Estado brasileiro, ferindo, de morte, a segurança jurídica.

Aquele que apresenta uma demanda a julgamento, nutre a expectativa de que o Estado-juiz vá examinar os argumentos que servem de suporte à sua pretensão. Afinal, de outra forma não haveria qualquer sentido na determinação de se fazer necessariamente incluir na peça inicial, além do fato e do próprio pedido, os seus fundamentos jurídicos, aqui entendidos como argumentos que justifiquem a demanda posta, como impõe o diploma processual civil.

A contrapartida para a forma processual vem justamente na fundamentação deduzida pelo julgador ao decidir o pleito. Nessa esteira, tem-se que ao juiz se impõe o dever de fundamentar suas decisões, a fim de que, não só o autor do pedido de prestação jurisdicional, mas também a outra parte, possam se convencer da acuidade da decisão conferida à hipótese fática apresentada.

A ideia de que o Poder Judiciário – em um Estado Democrático de Direito, como o brasileiro – deve se mover sob o enfoque dos princípios fundamentais estabelecidos pela sua Constituição, vem reforçar a assertiva de que a legitimação da decisão judicial decorre necessariamente da argumentação jurídica desenvolvida especificamente para o caso concreto.

Afirmar princípios e regras diante de interesses emergentes exige do Estado-juiz o necessário enfrentamento das questões postas, dos argumentos deduzidos pelas partes e o adequado delineamento estruturante da decisão tomada. Qualquer decisão (de deferimento ou indeferimento) deve caminhar para a legitimação formal dos direitos constitucionais.

Nesse afã, ganha grande relevo o direito à decisão judicial fundamentada (Constituição da República Federativa do Brasil, art. 93, IX c/c 5º, § 2º), como corolário do direito à tutela jurisdicional, conforme artigo 5º, XXXV.

A concretização do ordenamento jurídico pelo Judiciário demonstra que a distinção apresentada pela doutrina entre regra e princípio não se apresenta previamente ao aplicador. Assim, a ele, aplicador e intérprete, diante do caso concreto a solucionar, caberá desenvolver conexões axiológicas entre eles (caso e dispositivo), chegando à construção do significado da norma. Assim, o teor e densidade da fundamentação a ser produzida dependerão desse passo inicial.

Porém, é certo que a conexão axiológica desenvolvida pelo julgador consubstanciará a fundamentação da decisão, a qual necessariamente deverá ser exteriorizada, compondo, assim, o seu conteúdo. Aduza-se, que a fundamentação converte-se no insumo de eventual recurso a uma instância superior.

Logo, imperioso que atenda ao fim a que se destina, ou seja, que possa efetivamente demonstrar as razões que levaram o julgador a decidir da forma como o fez. Ademais, a fundamentação da decisão judicial é indissociável do seu núcleo, não se podendo admitir uma decisão que não exteriorize claramente no seu bojo as razões consideradas pelo julgador para decidir.

Portanto, a fundamentação da decisão judicial é mais do que um simples dever do Estado-juiz, constituindo-se, com efeito, em um direito fundamental do jurisdicionado (para o contexto, o empresário falido), o qual se impõe por força do princípio constitucional do Estado Democrático de Direito (Vide Nota 7).

6. Conclusão

De todo o exposto, o pagamento pelo empresário falido, depois de realizado todo o ativo, de mais de 50% (cinquenta por cento) dos créditos quirografários (Lei nº 11.101/2005, art. 158, II) configura dado objetivo à hipótese de incidência da extinção material de suas obrigações – subsunção legal do fato à norma –, não podendo o Estado-juiz esquivar-se de reconhecê-lo a qualquer pretexto, pois obraria contra legem, criando distinções não autorizadas pelo legislador.

Referências bibliográficas

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
Lei nº 11.101, de 09.2.2005.
Jornal Folha de São Paulo – Operação Lava Jato. Disponível em: http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/. Acessado: 25.10.2015.
Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD Brasil. Disponível em: http://www.pnud.org.br/IDH/DH.aspx. Acessado: 25.10.2015.
Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Disponível em: http://www.ibgc.org.br/inter.php?id=18161. Acessado em: 25.10.2015.
ARISTÓTELES, 1252 a.C.. A Política. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2 ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.
ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios* – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2005.
BEZERRA FILHO, Manuel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência. Lei nº* 11.101/2005. 9ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
NEGRÃO, Ricardo. *Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e de falências. Lei nº* 11.101/2005. 5 edição. São Paulo: Saraiva, 2014.
REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial Vol. 1 - 26 Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.
SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade.* São Paulo: Cia das Letras, 1999.
VIEIRA DE ANDRA, José Carlos. *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos.* Coimbra: 1992.

Notas

[1] O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) é uma medida resumida do progresso em longo prazo em três dimensões básicas do desenvolvimento humano: renda, educação e saúde. O objetivo da criação do IDH foi o de oferecer um contraponto a outro indicador muito utilizado, o Produto Interno Bruto (PIB) *per capita*, que considera apenas a dimensão econômica do desenvolvimento. Criado por Mahbub ul Haq com a colaboração do economista indiano Amartya Sen, ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 1998. Disponível em: http://www.pnud.org.br/IDH/DH.aspx. Acessado: 25.10.2015.

[2] Vale aqui o dito popular: "Em casa que não há pão, todos brigam sem razão".

[3] "Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica".

[4] O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) define a Governança Corporativa como um sistema pelo qual as sociedades são dirigidas e monitoradas, envolvendo os acionistas e os cotistas, conselho de administração, diretoria, auditoria independente e conselho fiscal. As boas práticas de governança corporativa têm a finalidade de aumentar o valor da sociedade, facilitar seu acesso ao capital e contribuir para a sua perenidade. Disponível em: http://www.ibgc.org.br/inter.php?id=18161. Acessado em: 25.10.2015.

[5] Disponível em: http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/.Acessado: 25.10.2015.

[6] Como por exemplo: crises políticas, fato do príncipe, caso fortuito, força maior, entre outros fatores que interferem na movimentação urbana, como obras do Poder Público, desvio de percurso, que afetam diretamente o seu negócio.

[7] O preâmbulo da Constituição Brasileira dá o propósito de sua existência, qual seja, o da constituição de um Estado Democrático. O artigo 1ª combinado com o seu parágrafo único, a seu turno, reforça o indicador preambular, gizando que o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Foi na Constituição de 1988 que a expressão brilhou pela primeira vez na conceituação constitucional brasileira. De tal expressão emerge que o Estado Brasileiro é um Estado submetido ao Direito, isto é, um Estado com uma constituição limitadora de poder através do império do direito.

Foto: Senado Federal

O Novo Código de Processo Civil, os precedentes e o "stare decisis" vertical

Marcus Vinicius Furtado Coêlho | Advogado

No Novo Código de Processo Civil, que entrou em vigência dia 18 de março de 2015, foi instituído um sistema de *stare decisis* vertical cuja operacionalização exigirá dos juristas brasileiros uma nova compreensão sobre o fenômeno jurídico. Acostumados a conceber o direito em termos de lei, a outrora gradual aproximação do direito brasileiro, cuja raiz é romano-germânica, com o modelo anglo-saxão consolida-se de vez com a obrigatória aplicação dos precedentes superiores pelos órgãos judiciários. No presente trabalho, será objeto de análise esta aproximação, passando pelos modelos jurídicos da *civil law* e da *common law*, pela processo de *commonlawlização* do direito romano-germânico – e, em especial, do direito brasileiro.

Subjacente à riqueza do fenômeno jurídico, que permite um mesmo direito ser pensado, regrado e aplicado dos mais diversos modos em cada ordenamento estatal, seria possível vislumbrar um sistema dotado de regras próprias para a interpretação, a harmonização e a realização do direito no caso concreto. Nas faculdades de direito Brasil afora, aprende-se desde cedo a oposição entre a *civil law* e a *common law*, que correspondem aos dois principais modelos jurídicos existentes. Embora esteja longe de abarcar a complexidade do fenômeno jurídico e, por mais polêmicos que sejam os seus critérios, é uma distinção didaticamente útil à compreensão das famílias do direito por apresentar suas respectivas regras, características e acepções, todas profundamente vinculadas às circunstâncias que determinaram seu surgimento e desenvolvimento[1].

De origem continental, a *civil law* desenvolveu-se na passagem do Século XII ao XIII a partir do resgate pelas universidades da experiência jurídica romântica – em especial das compilações do Imperador Justiniano. Da análise do *Corpus Iuris Civilis* seria extraído, para além das categorias e conceitos, o método de raciocínio apropriado à resolução das controvérsias jurídicas, contribuindo assim à formação de uma ciência jurídica comum a todo continente. A característica fundamental da *civil law*, a codificação, é tributária da centralidade da lei no direito romano, cuja preocupação era revestir juízos sobre moral e justiça como regras de direito aptas a disciplinarem as relações entre indivíduos[2].

> "Subjacente à riqueza do fenômeno jurídico, que permite um mesmo direito ser pensado, regrado e aplicado dos mais diversos modos em cada ordenamento estatal, seria possível vislumbrar um sistema dotado de regras próprias para a interpretação, a harmonização e a realização do direito no caso concreto."

Do outro lado do canal da Mancha, o apreço dos ingleses à tradição desembocou em um sistema cujos operadores do direito são imbuídos de uma consciência histórica tamanha que sua principal fonte normativa é o costume assentado pelos precedentes dos tribunais[3]. Diferente do direito romano-germânico, onde "quem determinava o direito era um poder superior, que manifestava a sua vontade pela positivação das normas de conduta"[4], o direito anglo-saxão é casuístico. Na falta do código, os juízes decidiam a partir das circunstâncias do caso concreto em atenção aos costumes e aos juízos da sociedade.

Na condição de colônia de Portugal, o Brasil naturalmente aceitou as concepções típicas da *civil law* embutidas nas Ordenações Reais, sobretudo nas Ordenações Filipinas, cujo texto consistia basicamente em casos reais reduzidos a termo. Se omissas as ordenações, aplicava-se o direito romano e canônico. Depois da independência, o Brasil basicamente reproduziu a tradição romano-germânica. Primeiro, quanto ao processo criminal e civil, os livros das Ordenações só seriam respectivamente revogados em 1832 e 1850, com o Código de Processo Criminal e o Regulamento nº 737. Ainda assim, ambos preservaram a influência da lei portuguesa[5]. Segundo, nossos juristas continuaram formando-se na Universidade de Coimbra e, mesmo com a abertura das primeiras faculdades de direito, preservou-se por detrás do esforço de codificação, visto como essencial à formação de uma cultura jurídica verdadeiramente nacional, um culto ao direito romano. Reflexo da reprodução da mentalidade de *civil law* pelo direito brasileiro, a jurisprudência possuía apenas autoridade doutrinária e moral, vez que o artigo 179, inciso I, da Constituição de 1824 e o artigo 72, §1º, da Constituição de 1891 já esclareciam que ninguém poderia ser obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei[6]. As decisões produziam efeitos apenas entre as partes diretamente implicadas no processo judicial.

No sistema romano-germânico, o respeito aos precedentes imprescindível à garantia aos jurisdicionados de segurança jurídica seria resultado natural dos princípios da legalidade e da isonomia. Sendo o juiz apenas a "boca da lei", como preconizado por Montesquieu em atenção aos limites impostos para a interpretação de leis, era esperado que o mesmo dispositivo fosse aplicado da mesma forma por todos os integrantes do Poder Judiciário. No modelo anglo-saxão, esta mesma segurança seria propiciada pela atribuição de efeito vinculante a decisões judiciais. De início, os precedentes apenas gozavam de relevância, mas, a fim de que o sistema evitasse decisões contraditórias, passaram a ser observância obrigatória, nos termos do brocardo "*stare decisis et non quieta movere*", que determina o julgador formar juízo com fulcro nos precedentes de mesma natureza[7].

Atualmente, devido à intensificação do processo de globalização, o já existente diálogo entre ambas as famílias provocou a *commonlawlização,* primeiro no comportamento dos operadores do *civil law* e, depois, no próprio modelo romano-germânico[8]. A gradual importância conferida às decisões judiciais

> “Consoante lição de Patrícia Perrone Campos Mello, é a ‘questão de direito que foi enfrentada como uma premissa necessária a alcançar o dispositivo do julgamento’. O restante nada mais será do que *obter dictum*, ou seja, matéria à margem das questões de direito firmadas no precedente e, portanto, isentas de efeito vinculante.”

e o prestígio atribuído à atividade criativa do magistrado repercutiu, em função da crise do Poder Judiciário, na inclusão do precedente judicial na pauta do dia[9]. No Brasil, sobretudo após a edição da Emenda Constitucional nº 03/93, que criou a ação declaratória de constitucionalidade e imprimiu eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões tomadas pelo Supremo no seu bojo, diversas foram as medidas empregadas nas reformas processuais para assim uniformizar o entendimento jurisprudencial.

Entre elas, cabe ressaltar a súmula vinculante e a reclamação constitucional. A primeira, instituída com a Emenda nº 45/04, possui o condão de pacificar controvérsia atual sobre o sentido, a validade e a eficácia de normas constitucionais, trazendo segurança jurídica e neutralizando a multiplicação de processos ao vincular os órgãos do Poder Judiciário e de toda a Administração Pública. Aprovado pelo Supremo Tribunal Federal por maioria de 2/3 de seus membros, a súmula vinculante pressupõe reiteradas decisões da Corte. Se contrariar o enunciado sumular, o ato administrativo ou a decisão judicial será passível de cassação pelo Supremo Tribunal Federal por meio de reclamação, que até a edição da Emenda nº 45 era cabível apenas em caso de contrariedade de decisão judicial ordinária frente à decisão do Supremo que, proferida no controle concentrado, era vinculante.

Assim foi por ocasião da elaboração do Novo Código de Processo Civil, cujas diretrizes incluíam a valorização da força da jurisprudência, como foi cunhado pelo Presidente da Comissão do Senado Federal para redação do novo Código de Processo Civil e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux. Para tanto, seria imprescindível “conferir ao magistrado autorização para julgar liminarmente a causa com base em posicionamentos jurisprudenciais consolidados, como súmulas e recursos representativos de controvérsia do atual art. 543-C do CPC”.

No antigo diploma processual, o artigo 543-C disciplinava o processamento de recursos especiais que veiculassem idêntica questão de direito. Caberia ao Presidente do Tribunal selecionar para após remeter ao Superior Tribunal de Justiça os recursos representativos da controvérsia, com o sobrestamento dos demais até a resolução definitiva de mérito. O próprio Tribunal da Cidadania poderia determinar a suspensão na origem de recursos se identificasse a existência de jurisprudência dominante ou de afetação de matéria sobre a controvérsia. Tomada a decisão pelo STJ, deveriam os Tribunais de Justiça regionais ou denegar seguimento ao recurso, se o acórdão recorrido coincidir com o posicionamento *ad quem*, ou reexaminar o recurso se o acórdão divergir do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.

Aprofundando a sistemática de resolução de casos idênticos, o novo Código de Processo Civil criou um sistema de recursos extraordinário e especiais junto ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça e instituiu incidente de resolução de demandas repetitivas nos demais tribunais. Semelhante ao procedimento do artigo 543-C do antigo código, este novo modelo vincula as instâncias inferiores às decisões proferidas em sede de demandas repetitivas, quando deverão as instâncias inferiores aplicar o entendimento fixado acerca da controvérsia jurídica para as ações sobrestadas na origem. Por sua vez, o IRDR assegura a isonomia e segurança jurídica ao prover a mesma resposta à questão replicada nas demandas de massa. Em ambos os institutos percebe-se a preocupação em identificar a matéria de direito a ser pacificada definitivamente pelos Tribunais, a fim de chegar à norma que governará os casos semelhantes: a *ratio decidendi*. Consoante lição de Patrícia Perrone Campos Mello, é a “questão de direito que foi enfrentada como uma premissa necessária a alcançar o dispositivo do julgamento”[10]. O restante nada mais será do que *obter dictum*, ou seja, matéria à margem das questões de direito firmadas no precedente e, portanto, isentas de efeito vinculante.

Assentado o precedente vinculante, caberá ao magistrado replicá-lo quando provocado a decidir sobre casos semelhantes. Para tanto, será necessário identificar as circunstâncias relevantes e controvérsias jurídicas suscitadas da demanda para depois avaliar se a *ratio decidendi* será aplicável *in casu*. Sendo circunstâncias e controvérsias distintas daquelas contidas no precedente, o juiz estará diante de um caso distinto que merece uma decisão igualmente distinta. Faz-se, assim, o *distinguish* necessário. Da decisão que diverge dos precedentes, jurisprudência ou súmula sem provar haver ali distinção caberá reclamação na forma do artigo 998, inciso IV, do Novo CPC[11] ao Tribunal, que poderá ou cassar a decisão exorbitante do julgado ou determinar medida adequada à solução da questão.

Entretanto, não foi sem polêmica que o Novo CPC permitiu a fixação por meio de lei de decisões vinculantes que não as próprias súmulas previstas pelo artigo 103-A, §1ª, A, da Constituição Federal de 1988[12]. De acordo com o novo código, em seu artigo 927, os juízes e os tribunais deverão observar as decisões do Supremo em controle concentrado de constitucionalidade e os enunciados de súmula vinculante, mas também os acórdãos em incidentes de assunção de competência, em resoluções de demandas repetitivas e em julgamentos de recursos extraordinários e especiais repetitivos, os enunciados do STF e do STF, respectivamente em matéria constitucional e infraconstitucional, e, por fim, as orientações do Plenário ou do Órgão Especial aos quais estiverem vinculados. Contudo, para Pedro Lenza[13], tais regras de vinculação deveriam ser introduzidas por meio de Emenda Constitucional, já que o texto constitucional atribui efeito vinculante apenas às decisões do Supremo em sede de controle concentrado e súmulas vinculantes. Em igual sentido alega Nelson Nery Jr., para quem “colocaram no novo Código algo que deveria ser determinado por emenda constitucional”[14].

Com a entrada em vigência do Novo Código de Processo Civil, foi instituída dogmática adequada a um processo objetivo que permite soluções uniformes a casos em que sejam veiculadas as mesmas questões de direito, garantindo assim segurança, previsibilidade e racionalidade à ordem jurídica como um todo até mesmo no caso em que os precedentes forem superados. Conforme o parágrafo terceiro do artigo 927, em havendo mudança na jurisprudência, seus efeitos podem ser modulados em atenção à segurança jurídica e ao interesse social[15]. Trata-se de verdadeira inovação trazida pelo novo Código, vez que até então a modulação de efeitos era cabível somente no Supremo Tribunal Federal. Ao tempo em que permite ao direito desenvolver-se, as relações jurídicas consolidadas pelo tempo são protegidas em homenagem à segurança jurídica[16].

Aprofundando os mecanismos da *common law* sem descuidar dos instrumentos próprios da *civil law*, o novo Código de Processo Civil constitui um verdadeiro marco na ordem jurídica brasileira, aliando com maestria o respeito aos precedentes tão caro aos saxões e o respeito à legalidade tão cara aos romanos. A partir de 18 de março de 2016, o direito brasileiro adentrou uma nova fase – e, com ele, seus operadores.

Notas

[1] DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2 ed. Lisboa: Meridiano, 1978. p. 22.
[2] DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. p. 23.
[3] RADBRUCH, Gustav. *Lo spirito del diritto inglese*. Milão: Giuffrè, 1962. p. 10.
[4] NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.
[5] MACIEL, Fábio Rodrigues. *Ordenações Filipinas:* considerável influência no direito brasileiro. Disponível em: < http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ordenacoes-filipinas--consideravel-influencia-no-direito-brasileiro/484>. Acesso em 12 de abril de 2016.
[6] STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro:* eficácia, poder e função – a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 77-78.
[7] SABINO, Marco Antonio da Costa. *O precedente jurisdicional vinculante e sua força no Brasil. Revista Dialética de Direito Processual Civil*, n. 85, abril 2010. p. 53.
[8] PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre a common law, civil law e o precedente judicial. Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005. p. 6.
[9] NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. p. 105.
[10] MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Como se opera com precedentes segundo o Novo CPC?* Disponível em: <http://jota.uol.com.br/como-se-opera-com-precedentes-segundo-o-novo-cpc>. Acesso em 12 de abril de2016.
[11] Art. 992. Julgando procedente a reclamação, o tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à solução da controvérsia.
[12] § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.
[13] LENZA, Pedro. *Reclamação constitucional:* inconstitucionalidades no Novo CPC/2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-13/pedro-lenza-inconstitucionalidades-reclamacao-cpc>. Acesso em 12 de abril de 2016.
[14] RODAS, Sérgio. *Nery Jr. critica norma do novo CPC que obriga juiz a observar jurisprudência.* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/nery-jr-critica-norma-obriga-juiz-observar-jurisprudencia>. Acesso em 12 de abril de 2016.
[15] § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.
[16] COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. *Garantias constitucionais e segurança jurídica.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015. p. 151.

Uma contribuição do Direito Administrativo para o aprimoramento do ambiente de negócios no Brasil

Valter Shuenquener de Araujo | Professor Adjunto de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UERJ

Foto: Arquivo pessoal

A caminhada rumo a um Estado Gerencial. Um projeto apartidário de redução da intervenção estatal no domínio econômico.

Pouco tempo após a promulgação da Constituição da República de 1988, mais precisamente em 1995, foi publicado um documento divulgado pela Presidência da República denominado Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. O referido texto foi elaborado a pedido do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso pelo, então, Ministro Bresser Pereira titular da pasta da Administração Federal e da Reforma do Estado. Em linhas gerais, consta, na referida obra, uma reluzente preocupação com a transformação do Estado brasileiro, um Estado Patrimonialista e Burocrático, em um Estado Gerencial. Há um nítido reconhecimento de que as crises pelas quais o Brasil passou, também, decorrem de uma crise no modelo de Estado adotado.

O Estado brasileiro havia se desviado de seu papel fundamental e, ao se agigantar em um paternalismo inexcedível, assumiu funções no setor produtivo da economia que originaram resultados desastrosos: ineficiência, deficit orçamentário, crise fiscal, corrupção, piora dramática na qualidade dos serviços de saúde, segurança e educação, dentre outros efeitos.

Nosso país, consoante se extrai do referido texto, ainda, guarda resquícios de um modelo de Estado Patrimonialista, um Estado regalista em que o poder é exercido *pro domo sua*. A distribuição de cargos públicos é feita, por não raras vezes, de modo a permitir que o poder seja exercido em proveito próprio. Benefícios garantidos ao próprio nomeante ou a uma determinada agremiação partidária que se encontre no poder. Os amigos da "Corte" recebem as prerrogativas, os privilégios necessários para o seu prazer pessoal ou o do seu grupo político. Também temos características de um Estado Burocrático, um Estado que, por mais que decida de modo impessoal, não tem compromisso com a qualidade e a eficiência. Um Estado que despreza o fato de que a vida das pessoas, também, é medida pelo tempo e que age sem qualquer preocupação com os destinatários de seus atos.

E há, ainda, algo muito pior: as frequentes ocasiões em que se tem uma fusão dos modelos de Estado Patrimonialista e Burocrático. Nesses casos, utiliza-se a burocracia para, unicamente, esconder preferências e privilégios. É a burocracia irracional, o que deixaria sem palavras Max Weber, criador da teoria da burocracia na Administração. Sua doutrina foca na eficiência da burocracia estruturada por normas impessoais e racionalmente estabelecidas[1]. No Brasil, temos um fator agravante. As mazelas do Estado Burocrático e Patrimonialista na economia foram intensificadas pela aproximação excessiva entre a elite da Administração burocrática estatal e o empresariado, o que foi capaz de originar um ambiente incentivador da não competitividade.

É nesse caótico cenário que exsurge a expressão Estado Gerencial, uma tradução da locução *New Public Management*. Na essência, ela revela um modelo de Estado que mira na atuação transparente, eficiente e com qualidade. Uma Administração voltada para o controle dos resultados com o apoio e a mais ampla participação da sociedade. Nas palavras de Cabral de Moncada, "*o Estado não é uma essência platônica separada da sociedade civil (...) o Estado não se sobrepõe ao indivíduo nem à sociedade*".[2] Um Estado que inaugura uma atuação balizada não mais, exclusivamente, pela mera legalidade, mas, também, pela legitimidade. No dizer de André Saddy, o "*Estado passou a depender, não somente da legalidade, mas, também, da legitimidade entendida esta como a conformidade de atuação do Estado à vontade popular, e da licitude, entendida como a submissão dos comportamentos aos valores morais prevalecentes no meio social*".[3] Nesse modelo de organização gerencial, não se está diante de um enfraquecimento do Estado. Ao revés, seu fortalecimento é fruto de uma eficaz atuação reguladora, bem como do crescimento do fomento à iniciativa privada. Chega-se à inexorável conclusão de que o Estado depende da colaboração dos particulares para o desempenho de atividades relevantes para a coletividade. Os particulares precisam do Estado como catalisador de suas ações, e não como um substituto ineficiente e descomprometido com a qualidade e eficiência. O súdito se torna cliente e a Administração promove um intenso diálogo com os destinatários de seus serviços.

As ideias contidas no citado Plano Diretor de 1995 implicou uma série de alterações normativas no nosso país, algumas de índole constitucional outras de nível legal. No âmbito constitucional, é de destaque a Emenda Constitucional nº 19 que, por exemplo, estimulou a celebração de contratos de gestão visando à ampliação da eficiência da Administração Pública, bem como a Emenda Constitucional nº 45, que inseriu como direito fundamental na Constituição a duração razoável do processo. A reconhecida deficiência estatal na prestação do serviço público da justiça só foi objeto de preocupação expressa pelo Constituinte em 2004, por meio da Emenda Constitucional nº 45, e em razão específica desse nítido movimento em direção ao incremento da qualidade nas atividades estatais. Uma mobilização para a evolução normativa que parte da premissa de que devemos esperar a

prosperidade mais da sociedade do que do próprio Estado.[4]

As leis brasileiras também se adaptaram à nova realidade. Avançando na década de 1990 e entrando nos anos 2000, nos deparamos com o surgimento da Lei nacional de concessões (Lei nº 8.987/95), que viabiliza a prestação de serviços públicos por particulares, Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/04), que disciplina a execução de grandes empreendimentos e serviços por meio de um regime de cooperação entre o poder público e os particulares. As Leis que fomentam as OSs (Lei nº 9.637/98) e OSCIPs (Lei nº 9.790/99), também, remontam a este período de incremento do fomento público à inciativa privada que atua sem qualquer finalidade lucrativa. Leis de criação de agências de fomento, tais como a APEX-Brasil (Lei 10.668/03) e ABDI (Lei 11.080/04) corroboram o caminho das alterações legais com o escopo de se chegar à ampliação da eficiência estatal.

Nesse ambiente de transformação do Estado brasileiro em um Estado Gerencial, assistimos ao seu afastamento da execução direta de uma série de atividades. O Estado deixa de ser responsável pela produção e execução, assumindo uma "*responsabilidade pela garantia*" (*Gewährleistungsver antwortung*).[5] A título de ilustração, bancos estaduais foram vendidos, a Vale do Rio Doce teve seu controle acionário alienado, a Embratel foi desestatizada, rodovias foram transferidas à gestão privada, o monopólio na exploração e refino do petróleo deixou de existir. Em lugar de executar diretamente atividades econômicas em sentido estrito e de prestar serviços públicos, na maioria das vezes, de forma ineficiente, o Estado brasileiro passou a desempenhar uma função regulatória por intermédio de dezenas de agências reguladoras. *Privatization brings regulation*. E essa dinâmica teve como central base constitucional o princípio da subsidiariedade,[6] que tem sua raiz no princípio da livre iniciativa. O referido princípio está previsto na Constituição da República no art. 1º, IV, que o estatui como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, bem como no seu art. 170, que o entrevê como um dos fundamentos da ordem econômica.

Por influência do Plano Diretor de 1995, o Estado mudou seu foco de atuação, mas não seria apropriado concluir que o Estado Gerencial é um Estado mínimo, um estado neoliberal. Nesse ambiente, mais relevante do que ser mínimo é ser eficiente. Somos contrários à equiparação do Estado Gerencial ao conceito de estado neoliberal ou de estado mínimo, especialmente porque a mudança de enfoque na atuação estatal, que cessa a execução direta de atividade para atuar como incentivador e regulador, não implica, necessariamente, a redução do tamanho e da força do estado.[7] Em um ordenamento jurídico voltado para a preservação dos direitos fundamentais e da liberdade de iniciativa, os agentes econômicos devem ter a real possibilidade de criar, empreender e de, quando foro o caso, participar do processo de formação das regras que poderão interferir nas suas vidas. Há, assim, um nítido reconhecimento pela sociedade e pelo próprio Poder Público de que o Estado tem limites e que qualidade e eficiência são atributos mais comuns no âmbito da iniciativa privada do que no cenário público.

Um modelo contemporâneo de *governance* não aposta todas suas fichas no dirigismo, mas no estímulo à sociedade civil para a cessação da ineficiência estatal. Cria-se um ambiente propício para uma "*regulação baseada na libertação da Sociedade Civil de uma tutela estatal asfixiante*".[8] O Estado recebe, no dizer de Rolf Stober, "*um mandato constitucional para apoiar o crescimento*".[9]

Esta evolução normativa destinada ao empoderamento de particulares, a fim de se materializar um modelo de Estado eficiente vem acompanhada de uma robusta preocupação estatal e apartidária com a estabilidade do comportamento do Poder Público. Sem previsibilidade quanto ao futuro não é possível ter um saudável ambiente de negócios apto a produzir riqueza. É que, conforme bem lembrado por Eugenio Rosa de Araújo, em recensão à clássica obra de Richard Posner "A Análise Econômica de Direito", "*as pessoas racionais baseiam suas decisões em suas perspectivas de futuro não em suas lamentações sobre o passado*".[10] Como exemplo dessa preocupação estatal, o ex-Ministro da Fazenda Joaquim Levy criou, no segundo semestre de 2015, um grupo de trabalho composto por autoridades do Governo Federal e por professores de Direito Administrativo[11] com o objetivo de que fossem criadas as mais diversas soluções legais para o estímulo à criação de um melhor ambiente de negócios em nosso país.

Contribuições do Direito Administrativo para o Aprimoramento do Ambiente de Negócios no Brasil.

O referido grupo de trabalho, formado precipuamente por professores de Direito Administrativo, atuou em seis eixos principais. Como primeiro foco de atuação, o grupo fez um profundo estudo para o aperfeiçoamento da Lei de Licitações (Lei nº 8.666), na medida em muitos dos seus dispositivos estão ultrapassados e que inúmeros dos problemas de corrupção que estamos habituados a assistir decorrem de falhas graves no regramento do procedimento licitatório.

"Hoje se tem, dentre os administrativistas brasileiros, plena consciência da necessidade de criação de uma disciplina legal para a delimitação do fomento estatal à inciativa privada que atue com finalidade lucrativa. Por incrível que possa parecer, ainda não existe, em nosso país, uma lei que aborde o tema no âmbito nacional."

Um segundo tema abordado pelo grupo de trabalho foi o concernente à criação de uma lei que disciplinasse o regime jurídico das agências reguladoras brasileiras. O modelo atual de regulação, em que há uma lei para cada agência criada, tem gerado insegurança jurídica e, em alguns casos, uma falta de compromisso com a técnica da regulação, especialmente, em razão da ocorrência do fenômeno da captura analisado por George Stigler[12] e da investidura de agentes políticos e não técnicos para os cargos de direção das agências. E, por conta dessas falhas normativas, ora a agência promove um discurso de forte tutela do consumidor, ora se movimenta em sentido diametralmente oposto visando a uma desproporcional tutela das sociedades empresárias que são por elas reguladas.

Nessa linha, a minuta de anteprojeto de lei elaborada pelo grupo de trabalho prevê requisitos rígidos para a nomeação de dirigentes das agências, de modo a evitar uma politização da escolha e a indicação de pessoas sem qualquer aderência no segmento da agência reguladora. A regulação precisa ser encarada como tema de Estado, a merecer uma decisão neutra, objetiva e técnica, e não como instrumento para materialização de política governamental. A imparcialidade do processo decisório da agência reguladora não impede que se adote um modelo de paternalismo libertário na linha da teoria *nudge* desenvolvida por Richard Thaler e Cass Sunstein.[13] A regulação poderá dar um "empurrãozinho" (*nudge*) no processo de escolha dos particulares, a fim de que as melhores decisões sejam tomadas. Tal conclusão decorre da acertada compreensão dos citados autores de que "*nossas vidas são complicadas e que não podemos desperdiçar todo o nosso tempo pensando e analisando tudo*".[14] Paternalismo porque a escolha do particular é orientada e parcialmente controlada pelo Estado. Libertário porque o particular não é obrigado a seguir um caminho específico. A despeito da sugestão/orientação estatal, o indivíduo continua a ter liberdade para decidir.

Assim, a estrutura do organismo regulador deve ser plenamente condizente com os fins da regulação, que deverá satisfazer, da melhor forma possível, os anseios de todos os segmentos da sociedade por ela atingidos,[15] evitando-se a prática da *revolving doors*, em que os dirigentes ora trabalham para o Estado, ora para aqueles atingidos pela regulação.

Como terceiro eixo de atuação, o grupo de trabalho buscou fomentar a aprovação do PLS 349 de 2015, um projeto de lei do Senador Antonio Anastasia e que tem como relatora a Sen. Simone Tebet. Este PL, cuja redação foi elaborada pelos membros do grupo de trabalho professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto, tem como objetivo precípuo promover alterações na Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro capazes de estimular um processo decisório estatal mais estável, mais seguro e confiável. Com isso, haveria um profundo aprimoramento no ambiente de negócios no Brasil. A título de exemplo, o projeto insere um artigo na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, antiga Lei de Introdução ao Código Civil, que determina que o administrador público estime as consequências práticas de suas decisões, bem como que ouça, por meio de consulta pública prévia, os diretamente afetados por um ato normativo a ser editado.

Um quarto enfoque dado pelo grupo de trabalho foi quanto à criação de uma disciplina normativa para o fomento de projetos estratégicos de infraestrutura. Um dos integrantes do grupo, professor Carlos Ari Sundfeld, elaborou um anteprojeto de lei instituindo o denominado Programa Público-Privado Avançado - PPP MAIS voltado para incrementar a parceria entre o Estado e a iniciativa privada. O objetivo foi o de permitir que o Estado pudesse adotar práticas avançadas de política setorial, de regulação, de estruturação, de liberação, de licitação, de contratação e de fomento, especialmente nos empreendimentos qualificados como de relevância nacional. A submissão de um projeto às regras do PPP + permite que ele seja tratado com prioridade por todos os agentes públicos, inclusive os de controle.

O grupo de trabalho também se ocupou do tema do fomento empresarial. Hoje se tem, dentre os administrativistas brasileiros, plena consciência da necessidade de criação de uma disciplina legal para a delimitação do fomento estatal à inciativa privada que atue com finalidade lucrativa. Por incrível que possa parecer, ainda não existe, em nosso país, uma lei que aborde o tema no âmbito nacional. Projetos de grande porte demandam incentivos estatais e tudo é

feito de forma amadora e com amparo em parâmetros, muitas vezes, pautados por critérios não muito transparentes ou mesmo republicanos. Consoante rememorado por José Vicente Santos de Mendonça, há, quanto ao tema do fomento público à iniciativa privada, profundas dúvidas e problemas em torno da sua duração, intensidade e quanto aos critérios objetivos a serem adotados para a sua concessão.[16] O fomento deve ser planejado, submetido, caso possível, ao debate público[17] e ser garantido na extensão exata para deflagrar o processo produtivo e viabilizar a atividade econômica. Nunca deverá ser concedido por tempo excessivo ou em quantidade exagerada de modo a estimular a ineficiência. Quem muito ajuda, atrapalha e atrofia dificultando a inovação.

O maior problema da lacuna normativa quanto a essa matéria é que, hoje em dia, quando um governante fomenta um particular ou um grupo de sociedades empresárias na exploração de uma atividade econômica lucrativa, muito provavelmente ele se tornará réu em uma ação de improbidade ou popular, sob a suspeita de estar favorecendo indevidamente alguém.

Outra preocupação do grupo de trabalho, esta o sexto eixo de atuação do GT, foi com a criação de uma espécie de *fast track* para a expedição de atos de consentimento pelo Estado brasileiro necessários para o desempenho de uma atividade empresarial. É inconcebível que uma sociedade empresária dependa de dezenas de consentimentos estatais para começar a funcionar e produzir riqueza. O modelo de federação de nosso país, em que há um ambiente jurídico de necessária cooperação entre os distintos entes, acaba, por várias vezes, inviabilizando os negócios. Para uma drástica redução da burocracia estatal, que, infelizmente, ainda é uma realidade no nosso modelo de federação em que as competências são repartidas entre os Municípios, Estados e a União, também é imprescindível a adoção de mecanismos de incentivo à ampliação da transparência na atuação estatal e mecanismos de *accountability* em que o administrador é avaliado por rankings de desempenho.

Todas as abordagens feitas pelo grupo nas suas mais diversas áreas de estudo partiram da premissa de que o Direito Administrativo não deve encarrar contratações ordinárias da Administração da mesma forma que os ajustes por ela promovidos de elevada envergadura e complexidade. Na linha do que defendido por Carlos Ari Sundfeld, não se pode confundir o DAC com o DAN. O Direito Administrativo dos Clipes (DAC) caracteriza-se pelo seu aspecto burocrático, por não agir pautado pela busca de resultados, por não assumir prioridades e por desconfiar dos particulares. Já no caso do Direito Administrativo dos Negócios (DAN), há um eficaz gerenciamento da escassez e dos recursos, o que se materializa por meio de um maior informalismo nos ritos, estimula-se a ação do administrador, bem como a prática de soluções rápidas e consensuais que sejam fruto de um diálogo entre as partes envolvidas.[18]

Sob outro enfoque, o Estado deve adotar um comportamento previsível e evitar alterações normativas inesperadas e ofensivas à segurança jurídica. O êxito de um país passa pela confiabilidade nos atos estatais. Suas medidas devem ser coerentes, lógicas e, sobretudo, voltadas para o combate da ineficiência. Sem confiança do indíviduo na atuação estatal, não há ambiente para o desenvolvimento de operações empresariais de elevada complexidade, e nem mesmo para a criação de riqueza. Daí a necessidade de o Direito Administrativo se ocupar de temas que possam auxiliar nessa difícil tarefa de mudança radical no escopo da atuação estatal. Esse "progresso normativo", que tem origem na mudança das regras e princípios jurídicos com o propósito de estimular o crescimento econômico, é medida urgente e que se impõe, a fim de que o ânimo de empreender não seja aniquilado por um paternalismo que nada tem de libertário.

É cediço que o Direito tem limites e que soluções para a superação de crises ou dificuldades a serem enfrentadas por uma determinada sociedade vão muito além da criação de regras e princípios. Em acertada avaliação de Sérgio Guerra, "*a realidade econômica e tecnológica não pode ser explicitada completamente em normas; dependem, basicamente, da realidade social e econômica do momento*".[19] Contudo, o aprimoramento do ordenamento jurídico por meio de mudanças capazes de originar um estável ambiente de negócios pode amortecer os contratempos e pavimentar um modo de agir mais eficiente e próspero, medidas indispensáveis para o nosso Estado e a sociedade brasileira. Por mais que a identificação do interesse público comum seja algo difícil de ser compreendido em uma sociedade plural e complexa, é uníssona a compreensão que toda e qualquer sociedade só consegue se desenvolver em termos políticos, econômicos e sociais diante de um arcabouço jurídico-normativo justo, seguro e estável.[20] E, nessa altura, o Direito Administrativo pode oferecer uma expressiva contribuição criando regras mais simples, transparentes, estáveis, indutoras de um ambiente concorrencial e que sejam capazes de materializar as condições necessárias para a universalização do mínimo existencial econômico (*wirtschaftliches Existenzminimum*).[21][22]

* A íntegra deste artigo encontra-se no site da Editora JC (www.editorajc.com.br)

Notas

[1] Confira-se WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. 2ª ed. São Paulo: Pioneira. 2005.
[2] MONCADA, Luiz S. Cabral de. **Autoridade e Liberdade na Teoria do Acto Administrativo. Contributo Dogmático**. Coimbra: Coimbra editora, 2014, p. 13 e 83.
[3] SADDY, André. **Limites e Técnicas de Contenção à Intervenção Direta do Estado Brasileiro na Economia**. In: Estudos em homenagem ao professor Marcos Juruena Villela Souto. Belo Horizonte: Forum, 2015, p. 74.
[4] No dizer de Cabral de Moncada, "*o constitucionalismo norte-americano pouco espera do Estado e tudo espera de uma Sociedade Civil viva e próspera*". MONCADA, Luiz S. Cabral de. **Autoridade e Liberdade na Teoria do Acto Administrativo. Contributo Dogmático**. Coimbra: Coimbra editora, 2014, p. 109.
[5] A Referida expressão foi utilizada pelo Tribunal Constitucional alemão. BVerfGE 108, 370.
[6] Na perspectiva de José Vicente Santos de Mendonça, o princípio da subsidiariedade não tem, no âmbito econômico, uma dimensão de princípio constitucional, sendo definido por uma diretriz político-administrativa de organização do Estado. Nas palavras de José Vicente, "*Uma boa razão para que a subsidiariedade econômica não seja tida como princípio constitucional: o mundo muda, e, nessa mudança, pode haver suficiente consenso a favor de maior grau de intervenção estatal. (...) qual o sentido de se defender um princípio constitucional que, no fundo, não representa garantia real contra investidas estatais?*" MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico. A Intervenção do Estado na Economia à Luz da Razão Pública e do Pragmatismo**. Belo Horizonte: Forum, 2014, p. 271.
[7] Estamos alinhados com o pensamento de Cabral de Moncada de que o liberalismo radical e excessivo pode ser maléfico: "*O liberalismo radical é uma utopia incompatível com a vida em sociedade e o modelo da concorrência livre não é mais do que a aplicação do princípio darwiniano da struggle for life à atividade económica e social com consequências potencialmente desintegradoras da vida social*". MONCADA, Luiz S. Cabral de. **Autoridade e Liberdade na Teoria do Acto Administrativo. Contributo Dogmático**. Coimbra: Coimbra editora, 2014, p. 125.
[8] MONCADA, Luiz S. Cabral de. **Autoridade e Liberdade na Teoria do Acto Administrativo. Contributo Dogmático**. Coimbra: Coimbra editora, 2014, p. 131.
[9] STOBER, Rolf. **Direito Administrativo Económico Geral. Fundamentos e Princípios. Direito Constitucional Económico**. Lisboa: Universidade Lusíada Lisboa editora, 2008, p. 61.
[10] ARAUJO, Eugênio Rose de. **Recensão à obra El Análisis del derecho de Richard Posner – Capítulos I e II**. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Nº 57, jul/set de 2015, p. 154.
[11] O Grupo de Trabalho foi criado pela Portaria MF nº 640 de 11/08/2015 e teve como integrantes o Secretário de Acompanhamento Econômico (SEAE) Paulo Guilherme Farah Corrêa, o Secretário-Executivo Adjunto do Ministério da Fazenda Dr. Fabrício do Rozario Valle Dantas Leite e os professores Carlos Ari Sundfeld, Egon Bockmann Moreira, Flávio Amaral Garcia, Rafael Valim, Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto e Valter Shuenquener de Araujo.
[12] Confira-se o famoso artigo de Stigler de Chicago intitulado *Theory of Economic Regulation* de 1971. Disponível em: http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/regulacao2/stigler-1971.pdf. Acesso em 25/04/2016.
[13] THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R.. ***Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness***. New York: Penguin, 2009.
[14] Tradução livre da seguinte passagem: "*our lives are complicated, and we can't spend all our time thinking and analyzing everything*." THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R.. **Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness**. New York: Penguin, 2009, p. 22.
[15] No dizer de Rodrigo Gouveia, "*Os organismos reguladores devem ter uma estrutura adequada à prossecução dos seus objetivos e que espelhe os princípios sobre os quais deve assentar a regulação, designadamente a independência desses organismos, a melhoria da eficiência económica dos sectores e a correção dos desequilíbrios causados pelo funcionamento do mercado, tendo sempre em atenção os diversos interesses em jogo*". GOUVEIA, Rodrigo. **Os Serviços de Interesse Geral em Portugal**. Coimbra: Coimbra editora, 2001, p. 47.
[16] MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico. A Intervenção do Estado na Economia à Luz da Razão Pública e do Pragmatismo**. Belo Horizonte: Forum, 2014, p. 349.
[17] José Vicente também sustenta que o plano de fomento público deveria, se possível, ser submetido ao debate público. MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico. A Intervenção do Estado na Economia à Luz da Razão Pública e do Pragmatismo**. Belo Horizonte: Forum, 2014, p. 411.
[18] SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2ª edição ampliada. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 147-148.
[19] GUERRA, Sérgio. **Pós-modernidade e direito administrativo: uma releitura obrigatória**. *In*: Direito Administrativo – Estudos em Homenagem ao Professor Marcos Juruena Villela Souto. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 620.
[20] Segundo as palavras de Cabral de Moncada, "*A Sociedade Civil já não é una e simples mas multiforme e complexa e o interesse comum cada vez mais uma miragem. A Administração ressente-se obviamente da dificuldade de actuar neste contexto. (...) É preciso reformular a legitimidade democrática nas sociedades plurais, multiculturais, diferenciadas e pós-tradicionais de hoje pois que já não existe uma legitimidade democrática absoluta de que uma única instância estatal seja a titular exclusiva. (...) A característica principal das actuais sociedades democráticas é assim a 'poliarquia' baseada não apenas no poder político estatal mas também no que resulta de uma classe média forte, de grupos sociais activos e instituições independentes, da economia de mercado e da liberdade de imprensa. Tudo isto gera uma dispersão horizontal do poder favorável a freios e contrapesos que impedem a respectiva concentração e favorecem o equilíbrio.*" MONCADA, Luiz S. Cabral de. **Autoridade e Liberdade na Teoria do Acto Administrativo. Contributo Dogmático**. Coimbra: Coimbra editora, 2014, p. 153 e 165.
[21] No mesmo sentido, Rolf Stober defende que a desregulação deve ter como meta "*acabar com ingerências anti-mercado na concorrência, bem como tornar o direito mais simples, mais transparente, mais efectivo e mais facilmente perceptível*". STOBER, Rolf. **Direito Administrativo Económico Geral. Fundamentos e Princípios. Direito Constitucional Económico**. Lisboa: Universidade Lusíada Lisboa editora, 2008, p. 37.
[22] A expressão "mínimo existencial econômico" é fruto de tradução literal das palavras *wirtschaftliches Existenzminimum* utilizadas pelo Tribunal Constitucional alemão. BVerfGE 84, 133.

Ministro do STJ palestra na UDC

Da Redação

Com apoio da Itaipu Binacional, o Curso de Direito do Centro Universitário Dinâmica das Cataratas, em Foz do Iguaçu, recebeu, no final do mês de abril, o Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino do Superior Tribunal de Justiça para falar aos seus estudantes sobre "Danos Extrapatrimoniais".

Durante a palestra, o Ministro citou a evolução do instituto do dano moral no Brasil, pontuando que até a Constituição Federal de 1988 havia uma resistência do STJ quanto à aceitação da indenizabilidade fora das questões específicas previstas em lei e que, a partir desta, o STJ e a doutrina passaram a pactuar com o entendimento constitucional.

Em relação às questões controversas, citou o conceito de dano moral, observando que a doutrina ainda encontra dificuldades em pontuar um conceito positivo sobre o tema. Neste sentido, explicou que o dano moral passa por duas modalidades: o dano moral objetivo e o dano moral subjetivo. Outra questão citada pelo ministro diz respeito ao dano moral nas responsabilidades contratuais. Segundo ele, em regra, não cabe, havendo entendimento majoritário do STJ que a exceção está na cobertura de plano de saúde, porque há neste caso uma ofensa aos direitos da personalidade e à dignidade da pessoa humana.

Sanseverino fez menção, ainda, ao dano moral coletivo, que é plenamente reconhecido pelo STJ, especialmente em função da questão ambiental e do direito do consumidor. Já em relação ao dano estético, observou que, apesar de na doutrina haver divergências sobre o fato de que a indenização por dano moral já englobe o dano estético, o entendimento do STJ é de que é possível a cumulação de ambos.

Foram abordados outros tópicos sobre o tema dano moral, como suas funções compensatória, punitiva e coercitiva, além da autonomia existente entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, sendo permitido ao juiz o arbitramento do quantum indenizatório.

De acordo com a Professora Clara Heinzmann, coordenadora do curso de Direito da UDC Medianeira, "o dano moral é um dos temas mais importantes e controversos dentro da responsabilidade civil. A explanação do Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino trouxe à comunidade acadêmica uma série de esclarecimentos sobre o tema e, mais uma vez, foi uma honra para a UDC Medianeira recebê-lo".

Fotos: Assessoria UDC

Mesa composta pelo Dr. Cesar Eduardo Ziliotto, Diretor Jurídico Itaipu Binacional; pela Profa. Mestre Clara Heinzmann, Coordenadora do Curso de Direito da UDC Medianeira; pela Profa. Mestre Gisele Tezza, Coordenadora-Geral UDC Medianeira; e pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, do STJ

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, do STJ, durante sua palestra

O Diferencial da Mediação nos Contratos de Seguro e Resseguro

Andrea Maia | Vice-Presidente de Mediação do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem - CBMA

Vivien Lys Porto Ferreira da Silva | Presidente do Grupo de Arbitragem e Mediação da Associação Internacional de Direito de Seguro (AIDA)

O tema em pauta consiste em verificar a efetividade da inserção de cláusulas de mediação da Mediação no contrato de seguro e resseguro dentro do direito empresarial e do direito do consumidor, no âmbito estritamente da mediação privada.

O contrato de seguro é formalizado por instrumentos jurídicos que servem de sustentáculo para que os sujeitos de direito possam se organizar e se relacionar de forma ordenada e dentro de um regramento positivado dentro das cláusulas dispostas em um contrato, com conhecimento exato do risco coberto do evento previamente definido e determinado.

A sustentabilidade gerada por um contrato depende de vários fatores, tais como formação de um regramento equilibrado entre as partes, respeito aos princípios contratuais, mas, especialmente, a eleição e a redação de cláusulas que traduzam os efetivos interesses das partes e salvaguardem os mesmos até o final do liame contratual.

Se as partes contratantes conseguem, na fase pré-contratual, negociar, de forma consciente e estratégica, as normas contratuais que irão reger aquela relação, por que estas mesmas partes diante de um conflito, não agem da mesma forma madura e racional para criar mecanismos preventivos ou posteriores com vistas a uma melhor resolução da situação a ser enfrentada?

Eis um questionamento a ser enfrentado nos dias contemporâneos já que, com a introdução do Novo Código de Processo Civil, e especialmente pela promulgação da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), os contratantes não podem mais ser inertes na escolha prévia ou derradeira do método a ser aplicado diante de eventual quebra contratual.

O interesse individual de um contratante especificamente em um contrato de seguro ou resseguro é garantido pela apólice de seguro, e aquele não pode se sobrepor ao interesse do grupo segurado que só se sustenta em razão da mutualidade existente nesta espécie contratual.

A impossibilidade da sobreposição de interesses na seara securitária consiste exatamente no pilar da mediação: a harmonização dos interesses das partes em conflito de modo a garantir o equilíbrio da relação constituída por elas.

A mediação é um diferencial aos contratos de seguro. De fato, este mecanismo é a única ferramenta que consegue atingir o binômio interesse interno e externo da relação, pois ela vai conseguir atingir os interesses das partes, sem anular ou desprestigiar o interesse do grupo segurado, que é essencial para o respeito ao princípio do mutualismo. Se em uma negociação direta o objetivo apenas visa garantir a composição entre as partes, esquecendo-se do mutualismo, este esquecimento aniquila o contrato de seguro, pois pode disponibilizar mais dinheiro para satisfazer o interesse de um único segurado, comprometendo o fundo comum que no futuro (este comprometimento) pode se tornar uma própria arma para este mesmo segurado (se ele tiver outro sinistro), ou mesmo para os demais segurados.

O mutualismo é princípio fundamental da operação técnica de seguros e, por essa razão, o contrato de seguros quando se torna a vestimenta jurídica da operação técnica, se preocupa tanto em proteger o mutualismo por meio das cláusulas que

Foto: Paulo Carotini

Andrea Maia

identificam as coberturas e as exclusões de riscos, bem como por meio das cláusulas que tem a missão de prever qual método é o mais adequado para resolver uma divergência de posições diante da negativa de pagamento de indenização securitária, por exemplo.

A mutualidade dos riscos segurados que compartilharão as reservas e as indenizações decorrentes da materialização do evento danoso deve ser equalizada de forma equilibrada a dispor dos recursos para os sinistros que realmente possuam cobertura securitária. O pagamento sem lastro nesta condição peca contra todo o sistema contratual desta espécie de contrato gerando a quebra do fundo, dependendo do montante pago sem previsão contratual.

A ocorrência destes pagamentos sem previsão contratual é agravada pela atual estrutura do Poder Judiciário, que, ao prestigiar de maneira excessiva o Código de Direito do Consumidor, praticamente anula o regramento do contrato de seguro.

Referida insegurança jurídica das decisões judiciais brasileiras – pois não temos um sistema que segue rigorosamente os precedentes das decisões anteriores, como os Estados Unidos –, sinaliza mais uma oportunidade para as seguradoras e as resseguradoras optarem pelo processo de mediação privada, pois este processo extrajudicial mediante a capacidade do mediador, escolhido de forma inteligente e fundamentada pelos advogados das partes em um contrato de seguro, irá garantir as partes que diante de um real e específico conflito oriundo de um contrato de seguro, a composição das partes não irá resultar em um resultado antagônico pois a construção do consenso nasce e se aperfeiçoa dentro de cada interesse, a conjunção dos fatos dentro da normativa do regramento e prestígio do limite dos direitos de cada um.

Na mediação, o pilar da busca do interesse do segurado será obtido na participação efetiva das partes que, ao aderirem ao processo de mediação, serão conduzidas, através de técnicas estruturadas, a enxergar o exato ângulo da situação apresentada na pauta. Nesta jornada, seu advogado assume papel de destaque, pois ele será o farol a guiá-lo dentro do exato limite dos seus direitos e, ainda, qual estratégia a ser adotada em um processo colaborativo – como a mediação.

Em síntese, a função social do contrato de seguro consiste em garantir a indenização do interesse protegido, não pode servir como instrumento a dar causa a um acréscimo patrimonial ao segurado em decorrência do sinistro, limitando a liberdade contratual no tocante à estipulação do valor do interesse segurado. Neste sentido, a afirmação da jurisprudência de que o valor constante da apólice pode se caracterizar como limite do valor da cobertura, podendo a indenização em caso de sinistro ser em valor inferior, desde que correspondente ao valor do interesse, em vista do princípio indenitário[1].

Vale ressaltar que a garantia do interesse segurado[2] encontra seu espaço de maestria no contrato de seguro e de resseguro, pois é possível instituir o processo de mediação, mesmo se não houver cláusula prévia e expressa no contrato dentro do qual surgiu o conflito[3].

No moderno direito contratual reconhece-se, para além da existência dos contratos descontínuos, a existência de contratos relacionais, nos quais as cláusulas estabelecidas no instrumento não esgotam a gama de direitos e deveres das partes. Se não há esgotamento, é possível, dentro dos direitos dos contratantes, a instituição da mediação, após o rompimento contratual, pois a autonomia e o protagonismo das partes são fatores determinantes para sua instituição.

A partir de sua instituição e efetiva adesão das partes ao processo de mediação, os atores do mercado securitário ganham as seguintes vantagens a submeter seus conflitos a este processo colaborativo, quais sejam:

I) procedimento estruturado que permite as partes pautarem seus interesses conforme seus pedidos e estratégia e dentro de uma previsão aproximada de duração;
II) procedimento dinâmico que possibilita um ambiente estritamente confidencial, com aporte da contratação de técnicos atuariais ou de outra expertise, caso o conflito envolva questões desta natureza;
III) a construção conjunta das partes de uma nova visão ao conflito existente unicamente no processo de mediação, transformando a cadência das partes na interface entre elas;
IV) a avaliação do risco conduzida pelo mediador leva as partes a identificarem exatamente a melhor alterna-

Foto: Arquivo pessoal

Vivien Lys Porto Ferreira da Silva

tiva para um acordo (BATNA) ou a pior (WATNA) existente naquela demanda; descoberta esta fundamental para tomada de decisões;

V) redução do custo para as partes, pois ao participarem de um processo dinâmico e ágil, como a mediação, leva a contabilização de menor impacto financeiro quanto aos honorários dos mediadores, advogados, eventuais técnicos necessários, custas, etc;

VI) ausência de impacto na PSL (Provisao de Sinistros a Liquidar) da seguradora: se são estimados os riscos e limites de cada parte durante o processo de mediação, a seguradora fará o aporte de sua contabilidade exatamente do valor envolvido na questão, o qual será rapidamente liberado mediante a celebração de um acordo (total ou parcial);

VII) a solução para a gama de interpretação das cláusulas de arbitragens, eventualmente inseridas nos contratos de seguro e resseguro que preveem a divisão de jurisdição dependendo da matéria; ou mesmo a alegação por parte do segurado que não aderiu à referida cláusula, levando seguradora e resseguradores ao Poder Judiciário para discutir primeiramente a efetividade da cláusula.

Esta questão da aplicabilidade da cláusula arbitral a ser discutida na justiça brasileira ou em Câmaras nacionais e/ou internacionais foi exatamente um dos cernes do conflito que surgiu no Caso Jirau[4] resolvido no Brasil e encaminhado para decisão perante o Tribunal de Arbitragem do ARIAS na Inglaterra, especializada em seguro.

Este caso concreto reafirma todos os benefícios mencionados acima e demonstra concretamente o diferencial do processo de medição aplicado ao contrato de seguro e resseguro. A batalha travada entre as construtoras e seguradoras da hidrelétrica de Jirau, terminou, após um processo de mediação extrajudicial, com a desistência de várias medidas judiciais no Brasil mediante o pagamento de R$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais) pagos pelas seguradoras e resseguradoras ao consórcio e para as construtoras da usina, sob o acordo parcial de todos aceitarem submeter o conflito ao Tribunal de Arbitragem do ARIAS na Inglaterra. Eis exatamente o que aconteceu!

Em síntese, verifica-se concretamente que a mediação, mesmo instituída após a instauração do conflito em um contrato de seguro e resseguro, atinge o interesse de todas as multipartes do conflito, possibilitando a readequação das posições isoladas e iniciais de cada um, haja vista que este método de resolução de conflito apresenta a mesma garantia prevista no mutualismo destas espécies contratuais: a harmonização do interesse das partes com a salvaguarda da sua função social interna e externa.

Notas

[1] (STJ, REsp 161.907/MF, 3 T. J. 16.03.1999, real.Min CARLOS Alberto Menezes). Também que o valor da policie corresponde ao máximo da cobertura garantida pelo segurador (STJ, REsp 34.546/SP, 4 T., j. 26.04.1999, rel. Min. Barros Monteiro; REsp 236.034/RJ, 2 Seção, j. 10.10.2001, rel. Min Nancy Andrighi).

[2] BIGOT. JEAN. "Traite de Doritos deus assurances". PAris: LGDJ, 2002. T. 3. Lêcontratd'assurance, p. 30

[3] STJ REsp 1.073.595/MF, 2 Seção, j. 23.03.2011, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 29.04.2011

[4] O processo iniciado em janeiro de 2012 tramitava na 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. A ESBR juntamente com a Camargo Corrêa e Enesa Engenharia são réus do processo que foi movido pelas seguradoras Zurich, SulAmérica, Allianz, Aliança do Brasil, Mapfre e Itaú Unibanco na Inglaterra, as quais se recusaram a ressarcir os construtores da usina pelos danos causados ao canteiro de obras durante uma série de tumultos registrados em março de 2011, e que somariam quase R$400 milhões em prejuízos – podendo atingir R$1,4 bilhão se os incidentes causassem atrasos na geração. No Brasil, as construtoras da hidrelétrica buscavam reverter a decisão do processo de arbitragem movido pelas companhias de seguro na Inglaterra. A desistência do processo no Brasil não interrompe a ação de arbitragem no Tribunal de Arbitragem de Arias, em Londres, a qual ainda será julgada. Todavia, a expectativa é de que o caso caminhe para o mesmo desfecho na Inglaterra, ou seja, composição entre as E o motivo de a ação ter sido levado a terras estrangeiras é que um trecho da apólice de seguro que trata de arbitragem aponta que caso as partes não entrassem em um acordo sobre montantes a serem pagos, a disputa seria resolvida no Tribunal de Arbitragem de Arias. Em abril de 2012, a 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo chegou a estipular multa diáriade R$400 mil caso não houvesse desistência do processo por parte das seguradoras. Segundo o voto do desembargador Paulo Alcides Amaral Salles, a cláusula de arbitragem "não goza da anuência expressa de uma das partes. Do outro lado, a Justiça inglesa havia decidido que a Enesa, Camargo Corrêa e a ESBR estariam proibidas de buscar a Justiça brasileira, sob pena de prisão de seus diretores e interlocutores no processo.

OAB NACIONAL

EM DEFESA DA **ADVOCACIA** E DA **CIDADANIA**

CLUBE DE SERVIÇOS AOS ADVOGADOS

Conheça os benefícios que preparamos para você.

clubedeservicos.oab.org.br

AGORA CHEGA DE CARGA TRIBUTÁRIA

#NãoàCPMF

CPMF

Assine, é muito fácil!

agorachega.org.br

Use a hashtag: #NãoàCPMF

GONÇALVES COELHO

ADVOCACIA

SÃO PAULO
Avenida Brigadeiro Faria Lima, 1478/1201 – Jardim Paulistano – (55) 11 3815 9475
www.gcoelho.com.br

Negociação coletiva atípica

O desenvolvimento da maturidade das partes nas relações de trabalho

Vanessa Anitablian Baltazar | Juíza do Trabalho Substituta do TRT da 2ª Região

1. Introdução

O jurista Alain Supiot[1] descreve a liberdade individual de agir coletivamente como a liberdade de união dos trabalhadores (liberdade sindical), liberdade de luta (direito de greve) e liberdade de negociação conjunta (direito à negociação coletiva).

A autonomia das partes na negociação deve ser valorizada, assim como o é em questões acerca do dissídio coletivo (art. 114, §2º, CF).

No entanto, quanto à liberdade de negociação, no Brasil, prevalece na doutrina e na jurisprudência majoritárias que convenções e acordos coletivos de trabalho não podem ser celebrados, a não ser com a participação dos sindicatos, com fulcro, *a priori*, no art. 8º, VI, da Carta Magna.

Há uma presunção absoluta de que os trabalhadores, por hipossuficientes na relação empregatícia, não teriam condições de negociar com seu empregador sem o aparato sindical.

No entanto, hodiernamente, estamos a ver que das partes se exige uma participação mais ativa e leal não somente no processo de negociação, mas, inclusive, no processo de formação da decisão.

Exemplo da participação popular nas decisões judiciais é a figura do *amicus curiae* que fora adotada como espécie de intervenção de terceiros no CPC/15.

Objeto de ADI, esta de nº 4439, ainda *sub judice*, trava-se a discussão acerca da legalidade ou não de se incluir obrigatoriamente o ensino religioso na grade curricular das escolas públicas, estando em pauta os arts. 5º, VI, 19, I e 210, § 6º da Carta Maior.

A audiência pública convocada atraiu representantes de 31 entidades ligadas ao tema, o que sinaliza que o tema possui grande relevância social e possibilita ao magistrado dimensionar as forças em conflito.

Ao abrir os trabalhos, o ministro Luís Roberto Barroso[2] afirmou que a democracia contemporânea contempla três dimensões que devem ser equilibradas: a dimensão representativa, feita por meio do voto; a dimensão substantiva, na qual o Estado deve proteger direitos; e a dimensão deliberativa, baseada no debate público e na apresentação de razões. Com a audiência, o ministro pretende acolher subsídios para que se obtenha "o melhor equilíbrio possível entre esses elementos, votos, direitos e razões".

Ao final da audiência pública, relatou os aspectos positivos da reunião com a sociedade civil tendo proporcionado grande enriquecimento intelectual, pelo que asseverou que saiu da audiência muito mais capaz de equacionar as questões tratadas no processo do que antes da audiência[3].

Extrai-se daí que a manifestação do *amicus curiae*, bem como a convocação da audiência pública na prática, conduzem a efeitos similares, eis que ambas colaboram na composição do julgado pela ampliação do diálogo social.

Nessa toada, entendemos que o alcance do diálogo social deve se estender às relações laborais,

Foto: Arquivo pessoal

de forma que às partes possa ser dada a possibilidade de formar seus próprios veredictos.

2. Experiência alienígena

Em sua obra "Negociação coletiva atípica", a professora lusitana Maria do Rosário Palma Ramalho trata da questão de forma elucidativa.

A negociação atípica, apesar de aparentemente contrariar comandos legais, vem sendo difundida em alguns países europeus e impressiona pela sua novidade, rápida difusão e aparente sucesso.

A negociação coletiva atípica muito se assemelha à uma convenção coletiva prevista no Código do Trabalho de Portugal. No entanto, é protagonizada por um empregador e representantes dos trabalhadores que não são associações sindicais.

Ele é celebrado e outorgado à margem das entidades que tradicionalmente representam os trabalhadores (como ocorre em Portugal, art. 491, CTP[4]) para formar um acordo atípico. Na prática, os acordos atípicos são normalmente outorgados pelas comissões de trabalhadores e não se olvide que esses acordos atípicos não tem previsão legal. O exemplo fático indicado é o da Autoeuropa Portugal que firma essa espécie de negociação há alguns anos com sucesso.

Na opinião da professora[5], estes acordos desafiam o monopólio sindical da negociação, mas tem contribuído para prosseguir vetores axiológicos importantes do direito do trabalho, como a uniformização mínima das condições de trabalho no seio das empresas, a estabilização das relações coletivas pela mediação dos interesses dos trabalhadores e da gestão, adaptação dos regimes laborais a conjunturas econômicas menos favoráveis e, por certo, buscar a paz social.

Países como a França também dispõem no *Code du Travail,* em seus arts. 2231-1 e 2232-2, que o direito de contratação coletiva é uma prerrogativa exclusiva das associações sindicais. Na Itália, o monopólio sindical é previsto na própria Constituição em seu art. 39, nº 1.

No entanto, há em alguns países certa abertura limitada à intervenção de outras entidades na negociação coletiva.

Por exemplo, na França, foi admitida pela Lei 12 de novembro de 1996 e Lei 4 de maio de 2004 a representação não sindical dos trabalhadores na negociação de nível empresarial (*les accords atypiques*), a título subsidiário, na ausência de associações ou delegados sindicais. Dispõe, ainda, que tal competência apenas surge quando prevista nas convenções do setor e os acordos coletivos resultantes precisam ser validados por uma comissão paritária da área de atividade (também exigido no *accord de branche*).

Por sua vez, o modelo de organização sindical alemão possui uma importante particularidade que é a *cogestão*, que permite que os trabalhadores participem diretamente das decisões empresariais.

3. Da prática em terras tupiniquins

Nas suas origens, a negociação coletiva teve como atores por excelência as associações sindicais, havendo um monopólio sindical nesta seara.

Em países como Portugal (art. 56, nº 3, CRP), assim como no Brasil (art. 8º, VI, CF), a Constituição atribui com exclusividade o direito de negociação coletiva às entidades sindicais.

As atípicas são as negociações que resultam num acordo global sobre as condições de trabalho entre sujeitos não sindicais, quando o sindicato é o ente exclusivo para o exercício de tal prerrogativa.

A doutrina majoritária defende essa exclusividade em virtude de disposição constitucional imperativa que indica as entidades mais adequadas para negociar, não recepcionando a qualificação dos acordos coletivos atípicos como nova categoria de instrumentos de regulamentação coletiva do trabalho.

De fato, a negociação coletiva está definida no art. 8º como resultado de acordos firmados com intervenção sindical. Não obstante, podemos enquadrar os acordos atípicos como uma manifestação coletiva diferenciada. Nesse ínterim, a jurista Maria do Rosário sugere, com o que concordamos, que possa se moldar como uma espécie de negócio jurídico.

A jurista defende que a negociação atípica, portanto, não precisa estar no rol de nova modalidade de regulação coletiva, pois trata-se de admitir os acordos atípicos como manifestação diferenciada da autonomia coletiva, desenvolvida à margem das associações sindicais.

Do mesmo modo, o autor francês Gérard Vachet[6] salienta que o problema não reside em qualificar esses acordos como uma nova categoria de convenção coletiva de trabalho, ante o monopólio sindical na França também.

Reside em saber se apenas as convenções coletivas de trabalho podem conter normas gerais sobre os vínculos laborais; a isto, o autor responde que não, invocando a variedade e multiplicidade das fontes laborais e o relevo normativo de usos das empresas e de seus regulamentos internos.

No Brasil, o Código Civil, em seu art. 104, permite a elaboração de negócios jurídicos que para sua validade exigem agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei.

Sendo assim, não vislumbro qualquer óbice na legítima formação de composição coletiva entre empregados e empregadores.

Mas, há quem se inquiete no que pertine à personalidade e capacidade de negociar das comissões de trabalhadores.

No Brasil, o art. 11 da CF assegura aos trabalhadores a criação de representações nas empresas ou nos estabelecimentos destas, desvinculadas das entidades sindicais, com o objetivo de coordenar e defender seus interesses perante o empregador.

José Claudio Monteiro de Brito Filho[7], por sua vez, embora entenda a criação da comissão de empresa como experiência válida, defende que a criação será mais efetiva em um modelo ideal, pois no modelo vigente ou ele é criado pela empresa, à margem do sindicato, com submissão ao empregador, ou é braço do sindicato, sofrendo as vicissitudes de seu criador.

Quanto à eficácia dessa negociação, inexistiria uma automática representatividade, entre a comissão de empregados e os trabalhadores da empresa, suficiente para produzir efeitos do acordo na esfera jurídica de cada um dos empregados.

Nessa alheta, a jurista Maria do Rosário propugna que a ideia, portanto, é adotar um processo de ratificação que valide o acordo atípico de forma coletiva.

Não fosse o bastante, a Convenção 154 da OIT em seu art. 2º, ratificada pelo Brasil em 1992, após a promulgação da CF, que permite a negociação coletiva que prescinde do sindicato:

> Art. 2 — Para efeito da presente Convenção, *a expressão 'negociação coletiva' compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores*, com fim de:
> a) fixar as condições de trabalho e emprego; ou
> b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou
> c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez.

Ora, se o art. 5º, §3º, permite que as convenções, versando sobre direitos humanos, possam ser incorporadas ao Direito positivo brasileiro, há total compatibilidade com esses documentos que, anteriormente, já haviam sido editados como Direito vigente no Brasil. Só que, a partir de então, seu 'status' passará, automaticamente, a ser o de emenda constitucional.

Nesse sentido, o professor André Ramos Tavares[8] sustenta que, no que tange aos tratados internacionais anteriores à EC 45/2004, foi omisso o legislador constituinte derivado. Ao que tudo indica, não houve a preocupação em estabelecer uma regra de transição que disciplinasse o delicado e relevante tema dos tratados incorporados anteriormente à EC 45/2004.

Admite o professor a possibilidade de passarem automaticamente a ter *status* de emenda constitucional, numa espécie de recepção.

Na mesma linha de entendimento, o professor José Carlos Francisco[9] assevera que a recepção é a melhor conclusão, ante o princípio da máxima efetividade, pela lógica da recepção constitucional e até mesmo pela interpretação sistemática da Emenda Constitucional 45.

Pela máxima efetividade quer dizer que o operador do Direito deve primar por dar maior aplicação concreta aos comandos da Constituição, especialmente tratando-se de direitos humanos. Negar a hierarquia constitucional a esses atos internacionais significaria violentar a própria lógica que impulsionou o Constituinte Reformador a introduzir o §3º no art. 5º da CF/88.

Vale ressaltar que são mudanças que, embora lentas, precisam ser plantadas para que possamos colher um futuro promissor, uma democracia efetivamente participativa.

Como aduz a jurista Maíra Neiva Gomes[10], um dos desafios do movimento sindical brasileiro, neste momento, deve ser a luta pela superação da hegemonia

cultural dominante, a fim de que se possa conscientizar e emancipar os trabalhadores, permitindo-se que estes restabeleçam os laços de solidariedade que os identificam enquanto classe que deve participar democraticamente da construção social.

4. Conclusão

O fim maior de permitir essa espécie de negociação é justamente ressoar a 'harmonia social', preconizada no preâmbulo da Constituição com a solução pacífica das controvérsias, podendo ser implícita (obrigação de paz) ou explícita (sob a forma de cláusula obrigacional, a cláusula de paz).

Os avanços, como na legislação alemã (cogestão, que permite que os trabalhadores participem diretamente das decisões empresariais), com a conscientização da classe trabalhadora e incentivo de fomentar a informação por parte da ala patronal devem ser vistos com bons olhos, dando abertura a ambos os lados da relação de trabalho na solução de conflitos e tomada de decisões.

No Brasil, entendemos que há previsão constitucional suficiente para sustentar a formação de acordos atípicos, eis que o art. 11, CF, adota o modelo livre de representação direta dos trabalhadores.

Bem como porque, quanto ao seu conteúdo, comungamos do entendimento da jurista Maria do Rosário Palma Ramalho de que podem as partes firmar um negócio jurídico com natureza normativa com a finalidade de reduzir o vazio interno e se aproximar da realidade de cada empresa.

Nesse sentido, inclusive, o Código Civil brasileiro que permite a elaboração de negócios jurídicos, bem como a própria disposição na Convenção n. 154 da OIT, ratificada pelo Brasil.

Este modelo se apresenta como um importante mecanismo de democratização das relações que possibilita a busca pela emancipação dos trabalhadores e pela função social da sociedade privada, tornando o acesso à educação de qualidade no país um fator primordial para que possa ser implantado.

Ainda, desconstrói ou, ao menos, ameniza a ideia fixa da judicialização excessiva de conflitos, e, de outro lado, aumenta a crença na independência dos trabalhadores, eis que não existe sentença que possa alcançar a realidade de forma tão próxima, dificilmente haverá consenso de ambas as partes quanto a seus termo.

E, de conseguinte, essa mudança de paradigma pode ser a semente da adoção da pluralidade sindical, já que as partes envolvidas terão mais segurança quanto à aplicação das cláusulas normativas e para negociar entre elas, desenvolvendo maior confiança e lealdade entre as partes.

Referências bibliográficas

AROUCA, José Carlos. *Curso básico de direito sindical*. São Paulo: LTr, 2009.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Direito Sindical*. São Paulo:LTr, 2000.

COSTA, Orlando Teixeira da. *A negociação coletiva no Brasil*. In: RUPRECHT, Alfredo J; FERRARI, Irany (rev. técn.). *Relações coletivas de trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

FRANCISCO, José Carlos. *Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais*. In: Reforma do Judiciário analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005.

GOMES, Maíra Neiva. *Em busca da liberdade sindical: análise comparativa dos sistemas sindicais de Portugal e da Alemanha*. Disponível em http://jus.com.br/artigos/14183/em-busca-da-liberdade-sindical/3. Acesso em 29.09.2015.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Negociação coletiva atípica*. Coimbra: Almedina, 2009.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho: fac-similada*. São Paulo: LTr, 2015.

SUPIOT, Alain. *Critique du droit du travail*. Paris: PUF, 2015.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 12º Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *A obrigação de paz e os instrumentos normativos*. In: RUPRECHT, Alfredo J; FERRARI, Irany (rev. técn.). *Relações coletivas de trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

VACHET, Gerard. *Les accords atypiques*. Paris: DS, 1990.

Notas

[1] Critique du droit du travail, p. 140.

[2] Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293563. Acesso em 23.06.2015.

[4] 1 – A convenção colectiva é assinada pelos representantes das entidades celebrantes.

2 – Para efeitos do disposto no número anterior, consideram-se representantes:

a) Os membros de direcção de associação sindical ou associação de empregadores, com poderes para contratar;

b) Os gerentes, administradores ou directores com poderes para contratar;

c) No caso de empresa do sector empresarial do Estado, os membros do conselho de gerência ou órgão equiparado, com poderes para contratar;

d) As pessoas titulares de mandato escrito com poderes para contratar, conferido por associação sindical ou associação de empregadores, nos termos dos respectivos estatutos, ou por empregador.

3 – Sem prejuízo da possibilidade de delegação noutras associações sindicais, a associação sindical pode conferir a estrutura de representação colectiva dos trabalhadores na empresa poderes para, relativamente aos seus associados, contratar com empresa com, pelo menos, 500 trabalhadores.

4 – A revogação do mandato só é eficaz após comunicação à outra parte, por escrito e até à assinatura da convenção colectiva.

[5] RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Negociação colectiva atípica*, p. 26.

[6] Les accords atypiques, p. 621.

[7] Curso básico de direito sindical, p. 427.

[8] Curso de direito constitucional, p. 412.

[9] Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais, p. 103/104.

[10] *Em busca da liberdade sindical: análise comparativa dos sistemas sindicais de Portugal e da Alemanha*. Disponível em http://jus.com.br/artigos/14183/em-busca-da-liberdade-sindical/3. Acesso em 29.09.2015.

Inconstitucionalidade da aleatoridade de datas para pagamento de salários

Jessé Torres | Desembargador do TJRJ

Representação por inconstitucionalidade nº 0018812-32.2016.8.19.0000
Representante: Flavio Nantes Bolsonaro
Representado: Exmo Sr. Governador do Estado do Rio de Janeiro
Relator: Des. Jessé Torres

ACÓRDÃO
Representação por inconstitucionalidade
Liminar

Decreto estadual nº 45.628, de 12 de abril de 2016, que disciplina "o pagamento dos benefícios previdenciários dos servidores inativos e pensionistas do Estado do Rio de Janeiro referente ao mês de competência março de 2016". Relevante fundamento jurídico do pedido, na medida em que, em juízo de cognição sumária, referido Decreto, ao postergar o pagamento dos servidores inativos, relativo à competência de março/2016, para a data de 12 de maio de 2016, ofendeu o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III). Presentes também os requisitos do perigo da demora e da inexistência de risco invertido contra o interesse público. Urgência da suspensão da eficácia da lei (REGITJRJ, art. 105, § 2º). Deferimento da liminar, por maioria.

Visto, relatado e discutido o pleito liminar deduzido na Representação por Inconstitucionalidade nº 0018812-32.2016.8.19.0000, sendo Representante, Flavio Nantes Bolsonaro, e Representado, o Exmº Sr. Governador do Estado do Rio de Janeiro, os Desembargadores que compõem o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ACORDAM, por maioria, conceder a liminar.

A presente representação argui a inconstitucionalidade do Decreto estadual nº 45.628, de 12 de abril de 2016, que dispõe sobre "*o pagamento dos benefícios previdenciários dos servidores inativos e pensionistas do Estado do Rio de Janeiro referente ao mês de competência março de 2016*".

O Deputado estadual Flavio Nantes Bolsonaro pede, liminarmente, a suspensão da eficácia da norma, por considerar presentes os requisitos autorizadores da fumaça do direito, consistente na plausibilidade da tese jurídica, na possibilidade de prejuízo e na irreparabilidade de danos, uma vez que se trata de verba previdenciária e alimentar.

Tendo por presente a relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, postula a apreciação do pleito liminar, em atenção ao art. 105, § 2º, do Regimento Interno deste Tribunal.

É o relatório.

O Decreto estadual nº 45.628, de 12 de abril de 2016, estará apto a produzir efeitos a partir de medidas que a Secretaria de Estado de Fazenda e a Secretaria de Planejamento e Gestão venham a adotar, a teor do que dispõem os seus arts. 2º e 3º (pasta 03, do anexo 1), daí tratar-se de controle concentrado de inconstitucionalidade de ato administrativo que não porta eficácia imediata.

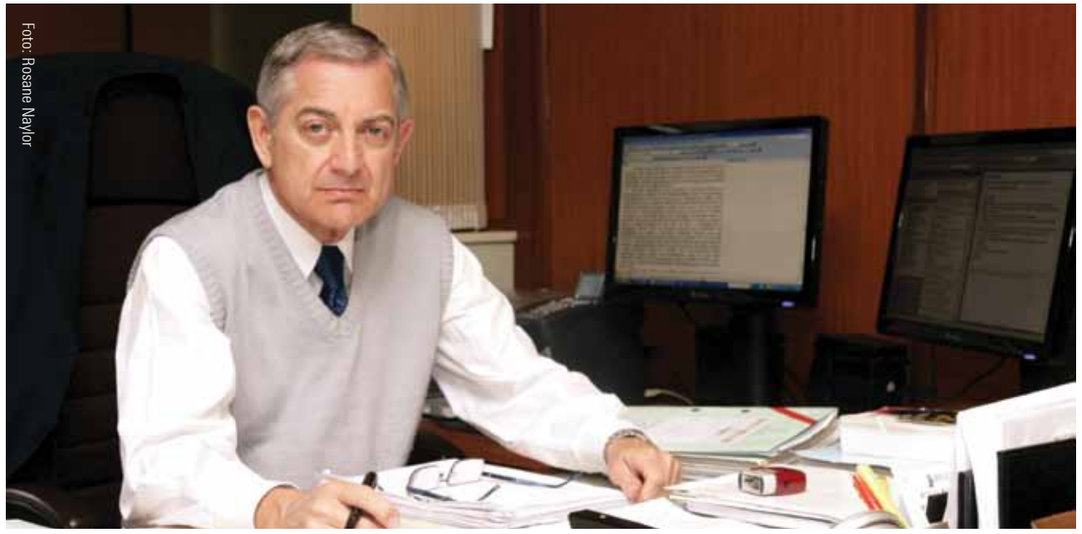


Foto: Rosane Naylor

Eis a norma impugnada, *verbis*:

DECRETO Nº 45.628 DE 12 DE ABRIL DE 2016
DISPÕE SOBRE O PAGAMENTO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS DOS SERVIDORES INATIVOS E PENSIONISTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO REFERENTE AO MÊS DE COMPETÊNCIA MARÇO 2016.
O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, em exercício, no uso das atribuições constitucionais e legais,
CONSIDERANDO o déficit do Fundo de Previdência do Estado do Rio de Janeiro e a necessidade do Tesouro Estadual,
DECRETA:
Art. 1º - O pagamento referente à competência março 2016, dos servidores inativos da Administração Estadual Direta e Indireta e dos pensionistas previdenciários do Estado do Rio de Janeiro que recebam benefícios previdenciários superiores a R$ 2.000,00 (dois mil reais) líquidos, será creditado até 12 de maio de 2016.
Art. 2º - A Secretaria de Estado de Fazenda e a Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão adotarão as medidas pertinentes ao cumprimento do disposto neste Decreto.
Art. 3º - Este Decreto entrará em vigor na data da sua publicação.
Rio de Janeiro, 12 de abril de 2016.

Poder-se-ia conjecturar, no pórtico da demanda, que o decreto impugnado – como todo decreto, ato administrativo de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo (CF/88, art. 84, IV) – traduziria regular exercício da discricionariedade de que é provida toda autoridade estatal para o desempenho da gestão pública, por isto que a providência adotada pelo decreto não configuraria o abuso de poder ou o desvio de finalidade que autorizam o remédio da tutela cautelar.

Tal ponderação estaria conceitualmente correta em tese e desde que sob a perspectiva estrita da lógica da gestão.

A lógica do controle judicial é outra, porém. O juiz não dispõe de discricionariedade para gerir a coisa pública ou o processo conforme as razões de conveniência e oportunidade que demarcam o ato administrativo discricionário. Ao juiz cumpre controlar os atos administrativos em face das balizas da ordem jurídica. Em outras palavras: se o ato administrativo discricionário satisfaz, de um lado, conveniência e oportunidade, pode, por outro, ao fazê-lo, afastar-se da ordem jurídica.

A função do controle judicial da administração pública, no estado democrático de direito, concentra-se na análise desse possível e eventual afastamento, com o fim de coibi-lo. Daí ser equivocado supor que o juiz também conte com poderes discricionários para decidir conforme conveniência e oportunidade. O que a ordem jurídica comete ao juiz é verificar se estão, ou não, em cada caso, presentes três requisitos, quando houver de examinar pleitos liminares deduzidos contra atos administrativos inquinados de abusivos: o relevante fundamento jurídico, o perigo da demora em precatar-se o direito ameaçado ou lesado, e a ausência de risco invertido contra o interesse público.

Se presentes tais requisitos cumulativos, incumbe ao juiz o dever jurídico de deferir a postulação liminar, ainda que a ele, juiz, pareça inconveniente ou inoportuna. Se ausente qualquer desses requisitos, o juiz tem o dever jurídico de indeferi-la, independentemente de ser conveniente ou oportuna do ponto de vista da gestão, posto que ao juiz não cabe proceder a avaliações próprias das finanças do Estado, para discriminar as despesas que possam ser ou não contingenciadas. Se tais despesas são contingenciadas pela autoridade estatal, a esta também cabe conceber as soluções que evitem que desse contingenciamento resultem lesões a direitos líquidos e certos.

É assim que se mantêm em equilíbrio e se harmonizam os poderes constituídos, pelo manejo da consagrada *teoria dos freios e contrapesos*, nos termos e limites da Constituição, que também privilegia hígido sistema de controle das atividades administrativas (CR/8, art. 74) e quer efetivos e eficazes os princípios a que explicita e implicitamente deve obediência a administração pública (CR/88, art. 37, *caput)*. Por isto que não impressiona o argumento, expresso pelo ilustre voto vencido, de que, em 2002, o STF declarou inconstitucional o art. 82, § 3º, da Constituição Fluminense de 1989, que mandava o Estado pagar os seus servidores até o décimo dia útil do mês seguinte ao vencido.

Aplicada a técnica do *distinguishing*, de tradição anglo saxônica e acolhida pelo art. 489, § 1º, V, do CPC/2015, fica claro que a esse precedente não se acomoda o caso de que se ocupa esta Representação: afirmar inconstitucional norma fixadora de prazo certo para pagamento não é o mesmo que supor inconstitucional norma que permita o Estado escolher, ao seu talante, datas aleatórias para o pagamento, variáveis segundo critérios que a mesma norma oculta, em contravenção a outro paradigma essencial da gestão pública no estado democrático de direito, que é o da motivação obrigatória dos atos administrativos.

O pleito liminar merece agasalho, presentes que estão os respectivos requisitos: o relevante fundamento jurídico, o perigo da demora e a inexistência de risco invertido contra o interesse público.

O art. 6º da Constituição Federal baliza o exame do caso em testilha ao dispor sobre os direitos sociais, dentre eles a saúde, a alimentação e a moradia, que devem ser atendidos em presença dos rendimentos mensais do trabalhador ou do aposentado (art. 7º), *verbis*:

(a) Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição;
(b) Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;
XXIV – aposentadoria.

O indigitado decreto nº 45.628/16, ao postergar o pagamento devido aos servidores inativos e pensionistas, da competência de março/2016, para a data de 12 de maio de 2016, desafia o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III), que engloba os direitos à saúde, alimentação, moradia, segurança, dentre outros (artigos 5º a 7º da CF/88), norte igualmente adotado pela Carta Estadual, *verbis*:

Art. 8º - Todos têm o direito de viver com dignidade.
Parágrafo único - É dever do Estado garantir a todos uma qualidade de vida compatível com a dignidade da pessoa humana, assegurando a educação, os serviços de saúde, a alimentação, a habitação, o transporte, o saneamento básico, o suprimento energético, a drenagem, o trabalho remunerado, o lazer e as atividades econômicas, devendo as dotações orçamentárias contemplar preferencialmente tais atividades, segundo planos e programas de governo.

Entenda-se por dignidade da pessoa humana "a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que protejam a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável (Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988. 5ª Ed. Por Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 62)" (apud Revista Síntese – Responsabilidade Pública, ano VI – nº 31 – fev-mar/2016, "Orçamento Público, ajuste fiscal e administração consensual", pág. 09-25).

Por derradeiro, inexiste risco invertido contra o interesse público. Isto porque, dentre as inúmeras atribuições da Administração Pública, está a de manter a organização de seu quadro funcional e a de suas contas – dentre elas as relativas aos proventos dos servidores inativos. Sequer o *déficit* orçamentário constitui causa impeditiva ao deferimento liminar. O

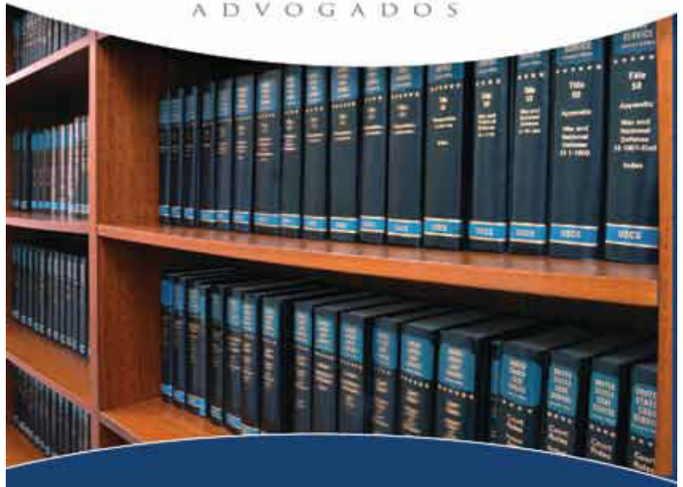
Estado tem o dever de tornar efetivo e de preservar o direito de seus funcionários inativos, a afastar a possibilidade de frustrar o creditamento de seus proventos, que se destinam à sobrevivência do aposentado e de sua família, satisfazendo-lhes as necessidades básicas para aquisição de alimentos, remédios, assistência médica e demais despesas ordinárias do cotidiano de todo ser humano, sobrevivência essa que há de merecer consideração prioritária em face de encargos materiais de outra natureza, que não a de alimentos impenhoráveis, a serem supridos na gestão da administração estadual.

A expressão interesse público compreende, no estado democrático de direito, a satisfação dos direitos fundamentais e o respeito às garantias individuais e à ordem jurídica, sendo abrangente, destarte, tanto de maiorias quanto de minorias sociais. A ordem constitucional vigente não inclui, entre as providências que estatui para conjurar o eventual excesso de despesas de pessoal, restrições aos proventos e benefícios incorporados ao patimônio jurídico de servidores aposentados e seus pensionistas. Ao tratar especificamente desse excesso, em seu art. 169, integrante do capítulo das finanças públicas, a Carta Magna proíbe, como norma geral, que a despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios ultrapasse os limites estabelecidos em lei complementar. Se tal excesso sobrevier, a Carta impõe aos entes federativos, nos termos dos §§ 3º a 7º daquele preceptivo, a adoção de providências limitadoras do pessoal ativo, nada dispondo sobre os inativos, a saber, sucessivamente: (i) redução de pelo menos 20% (vinte por centos) das despesas com cargos em comissão e função de confiança; (ii) exoneração de servidores não estáveis; (iii) extinção de cargos ocupados por servidores estáveis, aos quais o estado indenizará pela perda do cargo extinto. Logo, qualquer medida restritiva dos proventos e benefícios definitivamente devidos aos inativos não encontra apoio no Texto Fundamental, nem, por conseguinte, se insere no conceito intangível de interesse público, daí não se divisar, também por este ângulo, que haja risco invertido contra o interesse público a impedir a concessão da liminar postulada neste *writ*.

Eis os motivos de votar por que se conceda a liminar, com o fim de suspender a eficácia do Decreto estadual nº 45.628, de 12 de abril de 2016, até o julgamento final da presente representação, na forma do art. 105, § 2º, do Regimento Interno deste TJRJ.

Rio de Janeiro, 25 de abril de 2016
Desembargador JESSÉ TORRES
Relator

BERGQVIST & ALVAREZ
ADVOGADOS



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 civel 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

www.ba-advogados.com.br

A responsabilidade civil pela perda de uma chance

Análise de um caso

Mônica Lúcia do Nascimento | Juíza do TRF 2ª Região

Teoria da perda de uma chance

Em um caso concreto o autor relata que foi aprovado em 21º lugar no concurso público promovido pela Petrobrás Transporte S/A – Transpetro (fl.14 dos autos do processo 2010.51.51.030051-3, cujas convocações referentes às etapas do processo seletivo foram efetivadas através de telegrama, conforme previsto no item 14.13 do edital (fl.24).

O autor comprovou que já havia recebido telegrama no endereço do trabalho de sua mãe (datado de 24/10/2008 à fl.26), no qual foi convocado para realização de exames no dia 5/11/2008 e informado na ocasião que "a disputa estava concluída e que ele deveria aguardar futuras orientações através de outro telegrama, e assim foi que o autor pôs-se a aguardar ansiosamente a convocação para apresentar documentos para a tão sonhada contratação". Sendo certo, que no dia 21/11/2006 o autor deveria ter recebido outro telegrama no mesmo endereço, qual seja, no prédio da Petrobrás, no bairro do Maracanã, convocando-o para finalização dos exames médicos pré-admissionais (fl.36).

O autor teve conhecimento da sua convocação, em 4 de janeiro de 2009, quando descobriu que uma candidata com classificação pior do que a sua havia recebido um telegrama de convocação no dia 2 de janeiro de 2009.

Registre-se que o autor servia à Aeronáutica, em São Paulo, e sua mãe trabalhava na Praça da Bandei-

Foto: Arquivo pessoal

ra, não ficando ninguém em casa para receber correspondências, agiu com cautela ao trocar o endereço de correspondência para o prédio comercial, no qual sua mãe trabalhava, para garantir o recebimento dos telegramas da Transpetro.

Ocorre que o autor foi eliminado do certame por não ter comparecido, em 16 de dezembro de 2008, para realizar um exame pendente. Nos dias 21, 22 e 24 de novembro de 2008, sexta-feira, sábado e segunda-feira, respectivamente, ocorreram três tentativas de entrega do telegrama e não havia ninguém para recebê-lo no endereço indicado, segundo documento oficial emitido pela ECT (doc.7 da inicial e fl.33 dos autos).

A mãe do autor tentou reverter sua eliminação junto a Transpetro, mas para isso teria que obter um documento oficial da ECT retificando a informação enviada como justificativa para não entrega do telegrama, porém não obteve êxito junto a ECT em cumprir a exigência. Afirmou o autor que em conversa com o carteiro responsável pela entrega, este alegou que o atendimento no prédio da Petrobrás é muito "vagaroso", o que dificultava a entrega de correspondências em outros locais, por isso não conseguiu entregar o referido telegrama.

Diante desse quadro o autor fez uma reclamação via *email*, recebendo a seguinte resposta da ECT (doc. 08 fl.37):

> De acordo com informações prestadas pela unidade distribuidora, não é possível fazer alterações no status de rastreamento, porém, segue retificação do mesmo: na 1ª tentativa de 21/11/2008 às 18:10, onde consta "ausente" como nota, leia-se "empresa com expediente encerrado", na 2ª tentativa de 22/11/2008 às 10:00, onde consta "ausente", leia-se "empresa sem expediente" e finalmente, na 3ª tentativa, onde também consta "ausente", leia-se "houve demora no atendimento por parte do responsável pelo recebimento das correspondências no endereço do telegrama de referência", tendo o carteiro outros telegramas a serem entregues com prazo de entrega a serem atendidos. (...).

Causa perplexidade as explicações do sr. carteiro responsável pela entrega. O funcionário da ECT agiu no mínimo de forma negligente, inviabilizando a participação do autor no certame.

Some-se a esse lamentável quadro a inércia da ré nos autos, em pese regularmente citada, não apresentou contestação (fl.65). Portanto, a aplicação dos efeitos da revelia é medida que se impõe, na forma do art. 320 do CPC.

Requer o autor, em síntese, a condenação da ECT ao pagamento de compensação por danos morais, em valor a ser arbitrado pelo juízo, bem como indenização a título de danos materiais, na modalidade de lucros cessantes, equivalente aos valores que seriam percebidos mensalmente pelo autor na ocupação do emprego, da data que deveria ter sido contratado até a prolação da sentença. O autor retificou o valor dos danos materiais para R$ 19.440,00, e de danos morais para R$ 12.960,00 (fl.51)

Delineados os pontos relevantes do caso concreto passo ao exame da possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor e da responsabilidade civil da ECT pela perda de uma chance.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, § 6º, norteia a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público, bem como as de direito privado, prestadoras de serviços públicos, tendo em vista os danos praticados por seus respectivos agentes a terceiros.

De acordo com o preceito constitucional antes mencionado, certo é que as pessoas elencadas no referido parágrafo respondem objetivamente pelos atos praticados por seus prepostos que, nessa qualidade, causarem danos a terceiros.

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT é empresa pública federal, pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviço postal, de natureza pública e essencial (art. 21, X, da CF), portanto incontestável o fato de que a presente ação versa sobre a responsabilidade objetiva com fundamento no art. 37, § 6º, da CF.

Diversamente das empresas estatais exercentes de atividade econômica, que estão predominantemente sob o regime de direito privado, a ECT está sob o domínio do regime público, dada a essencialidade e exclusividade do serviço postal prestado.

A responsabilidade objetiva do Estado e das pessoas de direito privado prestadoras de serviço público tem como base a teoria do risco administrativo, independe da apuração de culpa ou dolo, ou seja, basta estar configurada a existência do dano, da ação ou omissão e do nexo de causalidade entre ambos.

Como se sabe, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato ou teoria da interrupção do nexo causal, aplicada a todos os tipos de responsabilidade civil, seja extracontratual ou contratual, objetiva ou subjetiva.

Ao examinar pontualmente o tema em questão, Sérgio Cavaliere assevera que "causa adequada será aquela que, de acordo com o curso normal das coisas e a experiência comum da vida, se revelar a mais idônea para gerar o evento". Ressalta o mestre que Antunes Varela faz a melhor colocação da teoria para se descobrir dentre várias condições qual foi a mais adequada:

> Não basta que o fato tenha sido, em concreto, uma condição *sine qua nom* do prejuízo. É preciso, ainda, que o fato constitua, em abstrato, uma causa adequada do dano. Assim, prossegue o festejado autor, se alguém retém ilicitamente uma pessoa que se aprestava para tomar certo avião, e teve, afinal, de pegar ouro, que caiu e provocou a morte de todos os passageiros, enquanto o primeiro chegou sem incidente ao aeroporto de destino, não se poderá considerar a retenção ilícita do individuo como causa (jurídica) do dano ocorrido, porque, em abstrato, não era adequada a produzir tal efeito, embora se possa asseverar que este (nas condições que se verificou) não se seria dado se não fora o fato ilícito. A ideia fundamental da doutrina é a de que só há uma relação de causalidade adequada entre o fato e dano quando o ato ilícito praticado pelo agente seja de molde a provocar o dano sofrido pela vítima, segundo o curso normal das coisas e da experiência comum da vida (*Obrigações*, Forense, p.251-252) CAVALIERE FILHO, 2009, p.48.

Assim, demonstrado o nexo causal entre o fato lesivo e o dano, exsurge o dever de indenizar o particular, mediante o restabelecimento do patrimônio lesado por meio de uma compensação pecuniária compatível com o prejuízo. Não se perquire acerca da existência ou não de culpa porque a responsabilidade, neste caso, é objetiva, importando apenas o prejuízo causado a dado bem tutelado pela ordem jurídica.

Primeiramente, cabe destacar que, conforme entendimento assente no Tribunal Regional Federal da Segunda Região a ECT submete-se à regra da responsabilidade objetiva prevista no art.37, § 6º, da Constituição Federal.

Por outro lado, caso fosse aplicável à hipótese versada nestes autos as normas insertas no Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade também seria objetiva, o que também é admitido pela jurisprudência. Destarte, adotamos essa linha de entendimento majoritário na jurisprudência, no sentido de se admitir a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Sendo assim, a responsabilidade da ECT, como fornecedora do serviço postal, é objetiva, amoldando-se a hipótese ao disposto no art. 14 da Lei nº 8.078/90, em relação aos usuários de seus serviços.

Desta forma, é certo que sob quaisquer dos prismas analisados, a conclusão é no sentido de que a ECT responde de forma objetiva pelos danos que seus prepostos, nessa qualidade, causarem a terceiros. Sendo assim, levando-se em conta a norma inserta no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, ou os dispositivos constantes do Código de Defesa do Consumidor, conclui-se que em ambos os casos o legislador atribuiu responsabilidade civil objetiva às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

> "Há quem entenda como Aguiar Dias e Carvalho Santos, que a indenização se dará a titulo de lucros cessantes, e por isso é de difícil quantificação. (SAVI, 2009, p.39/41). Todavia, essa classificação não procede, pois a indenização a título de lucros cessantes só se dará quando a vantagem é certa, enquanto na perda de uma chance se dará quando a vantagem é aleatória, quando está ligada a um risco."

De outro lado, percebe-se a falha de serviço da ECT contratada pela Transpetro para entrega do telegrama, que ocasionou prejuízo ao autor impedindo sua participação na etapa final do certame.

Para o acolhimento do pleito inicial, portanto, necessário se faz precisar a existência do dano, qual seja, impossibilidade do autor atender a convocação da empresa. Além da comprovação do fato e do dano, há que se perquirir a respeito da existência do nexo de causalidade entre o fato e o dano.

Sendo certo que no processo examinado o autor não deu causa à falta de entrega do telegrama, ao contrário, ele indicou como endereço para recebimento das correspondências junto a Petrobrás o prédio comercial no qual sua mãe trabalhava, considerando que o autor estava trabalhando em São Paulo, e sua mãe passava o dia no trabalho. Portanto, caso deixasse o endereço de seu domicilio certamente teria problemas para receber correspondências naquela época.

Algumas considerações quanto ao concurso que se submeteu o autor se fazem necessárias. O autor foi aprovado em 21º lugar, na primeira e única fase do concurso, sendo convocado para realização de exames e entrega de documentos. Donde se conclui que existia uma chance real e séria de ser contratado pela empresa.

Foto: Depositphotos

Portanto, o ato ilícito é a lesão a legítima expectativa do autor de participar do processo de seleção da Transpetro, pois em consequência da conduta omissiva da ré resultou na perda da oportunidade de alcançar uma situação futura melhor. Em outras palavras, o autor provavelmente obteria uma posição jurídica mais vantajosa, i.e., seria contratado, caso o serviço da ré não fosse defeituoso.

Nessa ordem de ideais, cai como uma luva a "teoria da perda de uma chance" (*perte d'une chance*), aplicada quando do ato ilícito resulte a perda da oportunidade de alcançar uma situação futura melhor. Vale ressaltar que o "termo chance utilizado pelos franceses significa, em sentido jurídico, a probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda. No vernáculo, a melhor tradução para o termo chance, em nosso sentir, oportunidade." (SAVI, 2009, p.3).

Feita a digressão acima, concluiu esta Magistrada que são verossímeis as alegações constantes da peça inicial. Portanto, indiscutível a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance, pois houve a perda de uma oportunidade real, plausível e séria a justificar a condenação da ECT.

Por fim, importa analisar se falha na prestação do serviço de entrega de telegrama, não contestada pela ECT, enseja ou não dano moral ao destinatário.

A condenação do réu é feita a título de danos materiais ou morais ?

Segundo preleciona Sérgio Savi a perda de uma chance deve ser considerada uma subespécie de dano emergente, por ser uma espécie de propriedade anterior do sujeito que sofre a lesão, qual seja, a perda da chance de obter o resultado útil esperado.

Argumenta o autor que ao considerar o dano da perda de uma chance como um dano emergente, se elimina o problema da falta de certeza do dano, bem como da existência do nexo causal entre o ato ilícito do ofensor e o dano. (SAVI, 2009, p.11).

Há quem entenda como Aguiar Dias e Carvalho Santos, que a indenização se dará a titulo de lucros cessantes, e por isso é de difícil quantificação. (SAVI, 2009, p.39/41). Todavia, essa classificação não procede, pois a indenização a título de lucros cessantes só se dará quando a vantagem é certa, enquanto na perda de uma chance se dará quando a vantagem é aleatória, quando está ligada a um risco.

Silvio de Salvo Venosa considera a perda de uma chance como uma espécie intermediária entre os lucros cessantes e os danos emergentes, e que, havendo certo grau de probabilidade, esta espécie passa a ser um dano indenizável. (SAVI, 2009, p.42).

Sergio Cavaliere ao tratar do tema ressalta que a perda de uma chance será indenizada a título de dano patrimonial ou extrapatrimonial, dependendo do caso concreto. (CAVALIERI FILHO, 2009, p.75).

No direito italiano a chance somente será considerada séria e real quando a probabilidade de obtenção da vantagem esperada for superior a 50% (cinquenta por cento). Para cálculo do dano, em