

JUSTIÇA & CIDADANIA

Edição 145 • Setembro 2012



**CÁRMEN LÚCIA, UMA MINISTRA
A FRENTE DO SEU TEMPO**

Editorial: É ela...



DUFRY

ELEITA 5 VEZES

A MELHOR

OPERADORA DE DUTY FREE DAS AMÉRICAS

2007•2008•2009•2010•2012

*Source: Duty-Free News International



Global Customer Service
www.dufry.com



umário

Nelson Jr./SCD/STF

12 Cármen Lúcia, uma ministra a frente do seu tempo



7 Editorial: *É ela...*

8 Os “Brasiguaios” e o pouco caso com a Saúde

10 Dom Quixote: *CNJ cobra dos estados melhorias na internação de adolescentes em conflito com a lei*

15 Cidadania e eleições

22 Procuradoria-Geral Federal: 10 anos a favor do Brasil

27 Responsabilidade do Município sobre desabamento em área de risco

30 Análise de Impacto Regulatório

34 Reforma trabalhista

36 A Constituição de 1988 e o grevismo abusivo

41 Juízes e advogados: Entendendo a relação

44 Mediação e conciliação: Reflexões para evitar a judicialização

50 As empresas estatais e o controle societário do Estado

56 Justiça Trabalhista é afastada de caso

58 A criação do fundo de pensão dos servidores públicos federais

62 As provas técnicas e as decisões judiciais

64 Perito: um coadjuvante do próprio mérito



16 Os princípios jurídicos e sua densidade normativa



24 Direito e Política: a tênue fronteira



A Petrobras é mais do que uma empresa de petróleo.



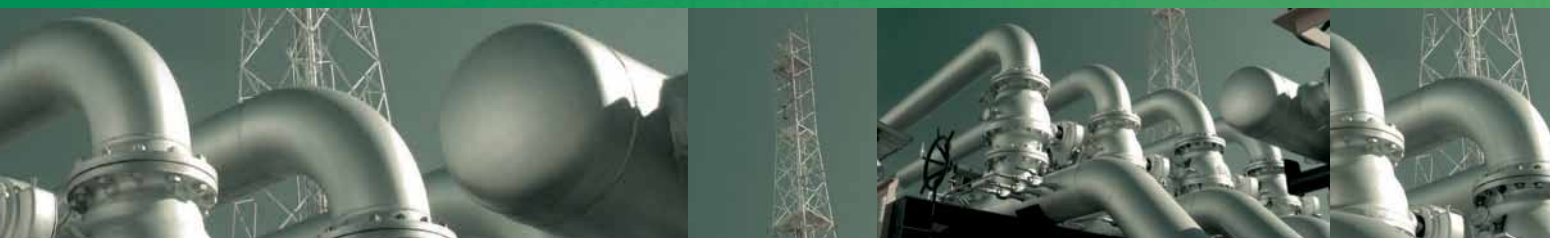
E, se você pensar bem, mais do que uma empresa de



A Petrobras é respeitada no mundo inteiro por sua tecnologia e liderança na exploração e produção de petróleo em águas profundas e ultraprofundas. É pioneira em biocombustíveis e investe em fontes alternativas de energia.



energia também.



Mais do que isso, a Petrobras é uma empresa comprometida com o desenvolvimento social e ambiental, valorizando a cultura, as artes, o meio ambiente e a cidadania. Se o futuro é um desafio, a Petrobras está pronta.



Ministério de
Minas e Energia



O DESAFIO É A NOSSA ENERGIA



Conselho Editorial

Bernardo Cabral
Presidente

Orpheu Santos Salles
Secretário

Adilson Vieira Macabu

André Fontes

Antonio Carlos Martins Soares

Antônio Souza Prudente

Ari Pargendler

Arnaldo Esteves Lima

Aurélio Wander Bastos

Benedito Gonçalves

Carlos Antônio Navega

Carlos Ayres Britto

Carlos Mário Velloso

Cesar Asfor Rocha

Dalmo de Abreu Dallari

Darci Norte Rebelo

Edson Carvalho Vidigal

Eliana Calmon

Ellis Hermydio Figueira

Enrique Ricardo Lewandowski

Ernane Galvêas

Eros Roberto Grau

Fábio de Salles Meirelles

Fernando Neves

Frederico José Gueiros

Gilmar Ferreira Mendes

Henrique Nelson Calandra

Humberto Martins

Ives Gandra Martins

Jerson Kelman

José Carlos Murta Ribeiro

José Geraldo da Fonseca

Lélis Marcos Teixeira

Luis Felipe Salomão

Luís Inácio Lucena Adams

Luis Roberto Barroso

Luiz Fux

Marco Aurélio Mello

Marcus Faver

Massami Uyeda

Mauricio Dinepi

Mauro Campbell

Maximino Gonçalves Fontes

Nelson Tomaz Braga

Ney Prado

Roberto Rosas

Sergio Cavalieri Filho

Siro Darlan

Sylvio Capanema de Souza

Tiago Salles

É ela...

J. Bernardo Cabral | Presidente do Conselho Editorial

O mais apropriado seria ocupar o espaço inteiro desta Revista para registrar a estatura de uma Mulher tão intensa, seja pelas qualidades morais como intelectuais.

Desde menina – tinha apenas 10 anos – seus pais ante- vendo as manifestações de sua inteligência e preocupados com a sua educação – a encaminharam a um Colégio de Freiras (internato), onde aprendeu a disciplina que desenvolveu e aprimorou ao longo da vida. Desse modo, não tendo empregada doméstica, prepara o seu próprio almoço frugal e o jantar, composto apenas de chá com torradas e iogurte.

Eu a conheci por volta de 1981, no ambiente da Seccional da Ordem dos Advogados de Minas Gerais, onde se destacava por sua competência profissional. Graduada pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, da qual se tornou Professora, mais tarde obteve o diploma de Mestra em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais e também de Doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo.

É autora de várias obras de Direito Constitucional, das quais tenho três que são da minha predileção: “O Princípio Constitucional da Igualdade”, “Constituição e Constitucionalidade” e “Princípios Constitucionais da Administração Pública”.

Por todas essas razões, não me causou a menor surpresa vê-la escolhida, merecidamente, para o honroso cargo de Ministra do Supremo Tribunal Federal, em 2006, após um longo convívio com o Direito Constitucional e o exercício das altas funções de Procuradora Geral do seu Estado.

Agora terá ela um desafio a mais a enfrentar: a responsabilidade de presidir, em ano eleitoral, a primeira eleição em que a Lei da Ficha Limpa será aplicada na plenitude. Ela própria tem declarado, sem meias palavras, que “ninguém tolera mais a corrupção”.

Foto: Ana Wander Bastos



O desafio será tanto maior porque, na atualidade, a política deixou de ser uma atividade movida exclusivamente pelo mérito, pois com ele se entrelaçam desejos circunstanciais que não se coadunam com a cidadania. Os tentáculos da corrupção atingiram os três Poderes, fazendo com que alguns de seus integrantes, como notícia a imprensa, sejam convivas do triste banquete da dilapidação do erário.

O político militante deve ser uma pessoa sem ganâncias, ricamente provida de valores morais e espirituais, imune às pressões de interesses particulares contrariados, ou as pressões de grupos insensíveis ao interesse público.

Por outro lado, ao longo das últimas décadas, em que pese a existência de um grande número de partidos, uns sem maior projeção eleitoral, nenhum deles primou por ter definido o seu conteúdo de classe. A verdade é que ao ser realizado um exame mais acurado, nota-se que dão eles a ideia de terem sido formados para representar os interesses especiais dos respectivos grupos, considerada a possibilidade de proporcionar melhor rentabilidade aos interesses e ambições pessoais de seus integrantes, desprezando o legítimo conteúdo ideológico que deveriam ter. Os princípios gerais dos seus programas raramente são seguidos ou defendidos por seus membros, limitando-se, de hábito, a cumprirem as exigências da lei eleitoral.

Pois é nesse cenário que essa mineira de Montes Claros – onde nasceu e aprendeu com os pais que na sua casa não eram permitidas três coisas: a mentir, a roubar e ter preguiça – provará ao mundo político que “a democracia brasileira passa pelo povo brasileiro, e somos privilegiados por fazer garantir esse direito”, para usar as suas próprias palavras.

Essa é ela. Seu nome: Cármen Lúcia Antunes Rocha. 

Os “Brasiguaios” e o pouco caso com a Saúde

Orpheu Santos Salles | Editor

Em fins de 1963, numa das visitas que o Presidente João Goulart fez à sua Estância em São Borja, tive a honra de ser seu convidado. Na ocasião, ele recebeu em sua residência a visita do general Alfredo Stroessner, presidente do Paraguai.

Lembro-me de várias das conversas que assisti a convite de Jango, dentre elas um pedido para que o presidente ajudasse o Paraguai, incentivando industriais brasileiros a lá se instalarem com a promessa de bons incentivos.

Na ocasião, o presidente Jango lhe disse das dificuldades que teria em convencer empresários brasileiros a se instalarem naquele país, mas sugeriu ao presidente Stroessner uma forma do Paraguai conseguir alavancar uma riqueza de grandes proporções com a exploração intensiva da agricultura em suas terras férteis.

Tenho ainda na memória as expressões incrédulas de Stroessner, que indagou: “Mas como, presidente, se não temos essa experiência?” Ao que Jango respondeu: “Tu sabes das minhas atividades na pecuária e na agricultura onde temos tido sucesso. O mesmo acontece com os nossos agricultores do Rio Grande do Sul, de Santa Catarina e do Paraná, que não têm mais com expandir por falta de terra. As terras fronteiriças do Paraguai são férteis e estão abandonadas. Basta que tu abras concessões e venda dessas terras aos nossos agricultores e, em breve, o Paraguai será um grande exportador de soja e outros produtos agrícolas”.

O Presidente Stroessner aceitou e pôs em prática os conselhos do presidente Jango. 26 anos depois, em 2002, segundo o censo paraguaio, existiam 120 mil brasileiros

sem cidadania no Paraguai (os brasiguaios), que, com o suor de seu trabalho fizeram com que o país se tornasse o terceiro produtor agrícola do mundo.

Hoje, vivem na fronteira do Paraguai com o Brasil cerca de 150 mil brasileiros, que sofreram nos últimos quatro anos do governo Lugo invasões de fazendas, destruição de casas e de máquinas agrícolas, além de violências, assassinatos, estupros e outras barbaridades. Lá, como aqui, os sem terra incentivados sob a égide de uma falsa e ilusória reivindicação, sem respeito ao direito e à lei, abusam, cometendo crimes contra nossos patrícios, que, acreditando nos incentivos e nas concessões oferecidos anteriormente pelo governo paraguaio, prepararam e araram a terra produzindo as riquezas que hoje o país usufrui com as colheitas de soja, milho, algodão e outros produtos agrícolas que o tornaram, graças aos brasiguaios, o terceiro produtor de soja das Américas.

Entretanto, não é somente das terras cedidas aos agricultores brasileiros para produzir bens e da opulência rural que o Paraguai desfruta. Outro importante fato aconteceu com a Usina Hidroelétrica de Itaipu, construída nas margens do Rio Paraná, fronteira com o Paraguai, financiada inteiramente pelo Brasil, que proporcionou oportunidades àquele país para se desenvolver. A construção da Usina, na ocasião, sofreu críticas de técnicos e engenheiros especializados no assunto, inclusive de órgãos da classe de engenheiros que se posicionaram contra, opinando pela construção de três usinas no leito do rio Paraná – com potência energética maior que a prevista e com a vantagem de ser inteiramente brasileira. No

entanto, prevaleceu a opinião triunfalista do presidente Emílio Médici, que quis que o Brasil tivesse a maior usina hidroelétrica do mundo.

Em razão da construção da Usina de Itaipu foi criada uma “entidade internacional de natureza empresarial”, onde, tendo em vista o aproveitamento dos recursos hídricos comuns, as questões jurídicas seriam resolvidas e, desde logo pactuada entre os dois países, a possibilidade de compra/venda da energia produzida que não fosse utilizada para consumo próprio, resultando no Tratado firmado em 26 de abril de 1973, no qual o Brasil se comprometia a, durante 50 anos, comprar o excedente do Paraguai por US\$ 120 milhões/ano.

Entretanto, o presidente Lugo – que já em sua campanha eleitoral alardeava demagogicamente que o Tratado de Itaipu representava uma exploração do Brasil contra o povo paraguaio –, além de insuflar os “sem terra” do país a invadir as propriedades agrícolas dos “brasiguaios” que se instalaram, por compras e concessões do governo, nas terras fronteiriças, motivou, com o explícito beneplácito do ex-presidente Lula e apoio de deputados e senadores petistas, que o governo federal cedesse, desconsiderando as condições do referido Tratado de Itaipu, para aumentar o valor da compra do excedente não utilizado pelo Paraguai em mais US\$ 240 milhões/ano até 2023, o que representa um dispêndio absurdo e indevido de mais 2 bilhões e 880 milhões de dólares subtraídos do povo brasileiro.

Volto a lembrar face este acontecido, com tristeza e revolta, a antológica frase do presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Carlos Ayres Britto, ao sentenciar



Foto: Sandra Fado

e condenar o corrupto ex-governador do Distrito Federal, José Roberto Arruda: “Dói na alma e no coração ver um governante sair do palácio preso e conduzido à cadeia. Há gente que sobe na vida para praticar baixarias”.

Entretanto, enquanto o governo esbanjará estupidamente até o ano de 2023, essa colossal dinheirama que poderia ser mais bem aplicada na melhoria da remuneração dos professores, e em especial na saúde, onde a população carente, abandonada e desamparada se queda miseravelmente desgraçada e sem assistência nos corredores dos hospitais em todo o Brasil



CNJ cobra dos estados melhorias na internação de adolescentes em conflito com a lei

Entrevista | Cristiana Cordeiro, juíza auxiliar da presidência do CNJ e uma das coordenadoras do Programa Justiça ao Jovem

Criado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para possibilitar um diagnóstico da execução da medida socioeducativa de internação aplicada aos adolescentes em conflito com a lei, o Programa Justiça ao Jovem inaugurou neste ano uma nova fase. De 2010 a 2011, as equipes que compõem a iniciativa rodaram o País e visitaram todas as unidades de internação para avaliar o tratamento dispensado aos jovens infratores.

Para cada estado visitado, o CNJ produziu um relatório em que aponta os principais problemas e faz recomendações para saná-los. O trabalho foi consolidado com a divulgação em abril último do *Panorama Nacional – A Execução das Medidas Socioeducativas de Internação*, no fim da gestão do presidente Cezar Peluso.

O novo presidente do Conselho, ministro Carlos Ayres Britto, não quis que o projeto morresse na praia após a divulgação dos dados. A área da infância e juventude é uma das prioridades da sua gestão. Por essa razão, ele decidiu reenviar equipes aos estados mais críticos para cobrar dos Poderes Executivo e Judiciário o que fora feito desde a primeira visita do CNJ para sanar as deficiências verificadas na internação dos jovens.

Cristiana Cordeiro, juíza auxiliar da presidência do Conselho Nacional de Justiça e uma das coordenadoras do Programa Justiça ao Jovem, conta com exclusividade à Revista Justiça & Cidadania como vem sendo o retorno e o diálogo com os chefes dos Poderes Judiciário e Executivo. A magistrada já visitou os estados do Maranhão, Mato Grosso do Sul, Santa Catarina e Espírito Santo.

“A ida aos Estados tem por principal objetivo apurar se as sugestões contidas nos relatórios finais do Justiça ao Jovem foram acatadas, e - em caso negativo - verificar como o CNJ pode ajudar a transpor as dificuldades enfrentadas”, conta Cristiana, ressaltando que - infelizmente - o modelo de gestão do sistema socioeducativo atualmente encontra-se mais focado na contenção do adolescente infrator do que propriamente na sua ressocialização.

Confira a entrevista:

Revista Justiça & Cidadania – O Programa Justiça ao Jovem foi criado para avaliar as condições de internação de adolescentes envolvidos em atos infracionais em todo o País. O que o programa constatou em relação às condições das unidades e ao atendimento prestado aos jovens?

Cristiana Cordeiro – Após o diagnóstico traçado nos anos de 2010 e 2011, as equipes envolvidas apontaram a existência de abissal distância entre o que preconizam o Estatuto da Criança e o Adolescente e a nova Lei do Sinase (Lei 12.594/12) e a realidade da quase totalidade das unidades de internação de nosso País. Há um modelo de gestão muito mais focado na simples “contenção” dos adolescentes do que em sua dita ressocialização.

RJC – O Programa inaugura agora uma nova fase com o retorno aos estados mais críticos, para um novo diálogo com os Poderes Executivo e Judiciário. Qual é o objetivo dessas conversas?

CC – A ida aos Estados tem por principal objetivo apurar se as sugestões contidas nos relatórios finais do Justiça ao Jovem foram acatadas, e - em caso negativo - verificar como o CNJ pode ajudar a transpor as dificuldades enfrentadas, especialmente pelo Poder Judiciário. No que diz respeito ao Executivo, não há dúvida de que a nossa presença e a cobertura da imprensa, que tem nos acompanhado inclusive às unidades de internação, tem um caráter de trazer ao conhecimento público uma ideia mais clara sobre como seu governante tem cuidado da questão do adolescente em conflito com a lei.

RJC – Qual foi o resultado desse novo diálogo no Espírito Santo, Estado denunciado à OEA em razão do tratamento dispensado aos adolescentes em conflito com a lei?

CC – No Espírito Santo, a pressão internacional para rápidas mudanças fez com que um vultoso investimento

fosse realizado. Infelizmente, vêm agora à tona notícias preocupantes, com a prisão de diversas pessoas ligadas à execução das medidas naquele Estado, o que será acompanhado de perto por nós do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e Medidas Socioeducativas do CNJ.

RJC – E como foi o retorno ao Maranhão?

CC – No Maranhão percebemos um empenho grande do Poder Judiciário, com a implementação da Coordenadoria da Infância e Juventude e a melhor distribuição de competências na Comarca de São José do Ribamar, por exemplo. Todavia, o Poder Executivo nada tem investido para reverter o triste quadro encontrado pelo Justiça ao Jovem, tendo perdido verba federal que poderia ter sido utilizada para a construção de novas unidades.

RJC – Qual foi a situação verificada em Santa Catarina?

CC – Em Santa Catarina, há uma excelente organização das questões da infância e a Coordenadoria da Infância e Juventude está funcionando muito bem. A unidade de São Lucas, em São José, foi implodida, após decisão judicial de interdição. Mas o Executivo, mais de um ano depois da desativação da única unidade que atendia aos adolescentes internados da Grande Florianópolis, ainda não ergueu a nova estrutura, que contará com verba federal. Observa-se, contudo, uma melhor organização da Secretaria que cuida da matéria, que tem uma academia que vem promovendo a capacitação de seus servidores.

RJC – E o que pode dizer do Mato Grosso do Sul, outro Estado também visitado recentemente?

CC – O Mato Grosso do Sul tem um juiz fortemente comprometido com a causa, na Capital. Aliás, de modo geral, os juízes mostram-se abnegados e vocacionados, em todos os estados visitados. Há unidades com problemas, contudo, a melhoria foi assegurada pelo Executivo.

RJC – Que outros estados deverão ser visitados até o fim do ano?

CC – Além do Maranhão, de Santa Catarina e do Mato Grosso do Sul, também já estivemos na Bahia, Alagoas, Pará, Amapá, Piauí e Rio de Janeiro. Estão previstas visitas a Sergipe, Ceará, Roraima, Espírito Santo, Minas Gerais e um retorno ao Espírito Santo. Eventualmente, outros estados poderão ser incluídos na programação.

RJC – Na sua avaliação, faltou comprometimento dos Poderes Executivo e Judiciário dos Estados para sanar as deficiências apontadas pelo CNJ em seus relatórios?

CC – Talvez possa ser dito que o Poder Judiciário, especialmente na era pós-CNJ, tem se visto compelido



Cristiana Cordeiro, juíza auxiliar da presidência do CNJ

a reconhecer a prioridade que a questão da criança e do adolescente deve ostentar em seu seio: na instalação de varas, na lotação de servidores e técnicos, no orçamento. Para os Executivos, é possível verificar que nem sempre os investimentos na área da infância são priorizados, sendo comuns os “cortes” de orçamento.

RJC – Na sua avaliação, o sistema socioeducativo e o modelo de internação, tal como adotado no Brasil, tem jeito? Um dia poderemos ressocializar de fato os adolescentes em conflito com a lei?

CC – Claro que tem jeito. Existem experiências exitosas, especialmente quando as pessoas envolvidas no trabalho com este público tão peculiar estão devidamente capacitadas e preparadas para fazê-lo.

RJC – A reincidência dos jovens é um problema? Qual é o perfil desses jovens?

CC – A reincidência está relacionada à ineficiência do trabalho de ressocialização nas unidades de internação, à precariedade das medidas em meio aberto que, quando existem, quase sempre não conseguem a adesão dos jovens, e, principalmente, à falta de trabalho mais eficaz com as famílias: afinal, é para lá que o adolescente retorna ao readquirir a liberdade.

RJC – No retorno, os adolescentes têm reclamado de agressões. O que será feito em relação a isso?

CC – Os casos de agressões sempre nos preocupam e cada vez que uma notícia destas chega ao Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e Medidas Socioeducativas do CNJ, buscamos saber quais providências estão sendo adotadas pelo órgão de origem, no caso o Executivo, e pelo Poder Judiciário, além do próprio Ministério Público.



Cármem Lúcia, uma ministra a frente do seu tempo

Primera mulher a presidir o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), a ministra Carmem Lúcia Antunes da Rocha tem a sua frente uma enorme e importante missão: comandar as eleições para os 5.566 municípios brasileiros, que ocorrerão em outubro deste ano, e garantir pela primeira vez a aplicação da Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010), que visa a barrar a candidatura de políticos condenados pelo Poder Judiciário. Em manifestações recentes, a ministra tem destacado que seu o maior objetivo na condução da Justiça Eleitoral é garantir um pleito seguro, moral e tranquilo em 2012.

Cármem Lúcia foi eleita para a presidência do TSE em sessão administrativa ocorrida em 6 de março último. Ela assumiu o cargo no dia 18 de abril, em sucessão ao ministro Ricardo Lewandowski. Ainda na posse, a ministra reconheceu que os desafios a serem superados pela Justiça nesse ano não serão fáceis. Um deles diz respeito à eficiência. Segundo afirmou, esse é um dos problemas que afligem a Justiça dos principais estados contemporâneos na atualidade.

“Justiça artesanal em uma sociedade de massas é desafio que se impõe sem solução mágica. Somos juízes, fazemos Direito, não fazemos milagre. O problema da Justiça não prestada com a rapidez desejada e a segurança esperada não é nossa culpa, porém é sim a nossa responsabilidade e nós sabemos disso”, afirmou a ministra durante sua posse como presidente do TSE. Na ocasião, ela destacou que a transformação desse quadro “é um desafio que se impõe”.

Mensalão

É para mudar esse quadro que Cármem Lúcia tem buscado, com louvor, fazer jus aos deveres que seu cargo no TSE lhe impõe. Ela tem trabalhado arduamente para fazer com que as eleições transcorram de maneira tranquila. A missão, no entanto, por vezes parece impossível de ser cumprida. Integrante também da mais alta corte do País – o Supremo Tribunal Federal – a ministra encontra-se atualmente envolvida no julgamento da Ação Penal 470, mais conhecida como o processo do mensalão.

Criticada pelos advogados por ter deixado a sessão de julgamento do mensalão no último dia 8 de agosto, para

cumprir compromissos no TSE, a ministra desabafou: “Estou dando tudo o que eu posso. O que não posso é deixar de assumir integralmente a responsabilidade do processo eleitoral”, declarou.

Em meio ao estudo das mais de 60 mil páginas do processo do mensalão, a ministra vem despachando no TSE aos finais de semana. No sábado, dia 4 de agosto, por exemplo, ela despachou em casa com assessores e depois foi ao TSE, onde ficou das 15h às 20h40. No dia seguinte, domingo, foi ao Supremo, onde ficou das 9h às 14h decidindo questões administrativas da Justiça Eleitoral com assessores diretos e com o diretor-geral do TSE. “Estamos a menos de 60 dias das eleições. Por isso, estou compatibilizando minhas funções no STF e no TSE, trabalhando 18 horas por dia, inclusive sábados e domingos”, afirmou na ocasião.

Segunda mulher a ascender ao STF, Cármem Lúcia vem se destacando por uma atuação marcada por quebra de paradigmas – dentro e fora dos autos. Exemplo disso pôde se ver em março de 2007, quando a ministra ganhou os holofotes da mídia por comparecer à sessão de julgamento do Supremo trajando calças – fato inédito nos 200 anos da maior corte do País.

Biografia

Cármem Lúcia já atuava no TSE desde 2009. Ela tomou posse como presidente da corte superior eleitoral aos 55 anos e seu mandato vai até novembro de 2013, quando deverá ser sucedida pelo vice-presidente do TSE, ministro Marco Aurélio.

Natural de Montes Claros, a ministra formou-se em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Ela é mestre em Direito Constitucional e especialista em Direito Empresarial, atuou como advogada e foi procuradora-geral do estado de Minas, antes de ser indicada para o STF pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em junho de 2006.



Decisões

No TSE, a atuação não também tem sido ousada. No último dia 9 de agosto, a ministra voltou a realizar mais uma reunião com os presidentes dos 27 Tribunais Regionais Eleitorais (TREs) do País para tratar da organização do pleito municipal. Na ocasião, foi decidida uma série de medidas. Uma delas diz respeito à greve dos servidores, para que não acabe atrapalhando o cronograma do pleito municipal. “É um direito do servidor público fazer greve, mas o direito de votar do cidadão deve ser respeitado”, declarou a ministra durante o encontro.

Cármen Lúcia aproveitou a ocasião também para se colocar à disposição dos TREs para ouvir e auxiliar em qualquer dificuldade. Ela ainda prometeu se reunir mensalmente com as cortes, até o fim do seu mandato, para acompanhar mais de perto a rotina dos estados.

Sob o comando da ministra, o TSE divulgou no último dia 5 de agosto o balanço das análises dos pedidos de candidatura feitos em todo o Brasil para os cargos de prefeitos, vice-prefeitos e vereador, conforme prazo estabelecido pela Lei das Eleições (9.504/1997). Até essa data, a Justiça Eleitoral havia registrado 474.079 pedidos de registro. Desse total, 95% já haviam sido julgados, ou seja, 451.248 deles. Os números divulgados pelo Tribunal Superior Eleitoral são significativamente superiores ao de

eleições anteriores. Em 2000, por exemplo, o TSE havia recebido 377.403 pedidos de candidaturas. Em 2004, 401.614. E em 2008, 383.406.

No último dia 9 de agosto, o Plenário do TSE também tomou outra importante decisão para as eleições municipais deste ano ao aprovar a resolução que trata da representação dos partidos a ser considerada para a distribuição do tempo de propaganda eleitoral gratuita. A norma tem por objetivo orientar os juízes eleitorais de todo o País na distribuição do horário de propaganda eleitoral que começará no dia 21 de agosto no rádio e na TV entre os partidos e coligações. O texto foi aprovado com base na decisão do STF, que, ao julgar ações diretas de inconstitucionalidade, definiu como deve ser feita a distribuição dos dois terços do tempo reservado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão.

Todas essas medidas, embora integrantes do processo eleitoral, estão sendo cumpridas nos devidos prazos, a fim de possibilitar um pleito tranquilo, como objetiva a ministra e anseia a sociedade. A preocupação da presidente do TSE, entretanto, vai além. É que esta é a primeira eleição a contar com a orientação da Lei da Ficha Limpa, que visa a banir a candidatura de pessoas condenadas em definitivo pelo Poder Judiciário.

Ficha Limpa

Em uma reunião com juízes catarinenses na sede da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil de Santa Catarina, em junho último, Cármen Lúcia anunciou que pretendia formar uma “rede nacional de juízes eleitorais” em todo o País para acelerar a aplicação da Lei da Ficha Limpa nas eleições deste ano. “A Lei da Ficha Limpa é para ser aplicada. Não é um aviso, uma sugestão ou um conselho. É uma norma de direito de observância obrigatória de todos”, afirmou na ocasião.

A iniciativa da presidente do TSE se baseia no fato de esta ser a primeira eleição na qual a lei será aplicada. É que preocupa a ministra a falta de jurisprudência sobre o assunto. “Não há uma jurisprudência consolidada em que, por exemplo, o juiz do interior possa se basear para tomar suas decisões. Por isso, estamos tomando providências e criando um grande banco de dados para que o magistrado possa ter acesso diante das dificuldades”, afirmou.

Esse banco de dados ficará sitiado no portal do TSE na Internet. O objetivo é disponibilizar um espaço para troca de informações, realização de conferências e acesso a artigos doutrinários sobre a Lei de Ficha Limpa, exclusivamente pelos juízes. As mudanças, no entanto, não param por aí. Na retomada dos trabalhos da corte, Cármen Lúcia anunciou ainda mudanças no site a fim de tornar mais claros e bem apresentados para o cidadão os serviços prestados pelo TSE. “Os serviços serão melhor prestados não só aos juízes brasileiros mas a todos os usuários, especialmente neste período eleitoral”, afirmou.

Constitucionalidade

Cármen Lúcia sempre foi uma árdua defensora da Lei da Ficha Limpa. Na sessão do STF que declarou a norma constitucional, a ministra fundamentou seu voto na seguinte ponderação: o que se passa na vida de alguém não se desapega de sua história. “O ser humano se apresenta inteiro quando ele se propõe a ser o representante dos cidadãos, pelo que a vida pregressa compõe a persona que se oferece ao eleitor, e o seu conhecimento há de ser de interesse público, para se chegar à conclusão quanto à sua aptidão, que a Constituição Federal diz moral e proba, para representar quem quer que seja”, explicou durante o julgamento.

Para Cármen Lúcia, a Lei da Ficha Limpa é uma reivindicação da sociedade e a responsabilidade de sua aplicação é exclusivamente dos juízes eleitorais. No entanto, nenhuma lei do mundo substitui a honestidade, a responsabilidade e o comprometimento do cidadão. Na sua posse, ela deixou claro que a eleição mais segura e honesta é aquela em que cada cidadão vota limpo.

“Como um rio que, por mais caudaloso que seja, não garante o barco nem transporta o ribeirinho que não deixa a comodidade da margem. Também o Direito mais bem elaborado não realiza a justiça se o cidadão não chamar a si a responsabilidade de fazer valer a lei para construir a sua história segundo a sua ideia do justo”, disse na ocasião.

E acrescentou: “Cada um de nós, cidadãos brasileiros, tem de ter mais e mais a clareza de que a construção do País é nossa responsabilidade e nossa possibilidade. Com essa consciência do dever comum é que reafirmo meu empenho total no cumprimento de minhas obrigações, como juíza constitucional e eleitoral, sem nunca deixar de ser uma cidadã brasileira, incondicionalmente comprometida com o meu país”.

Responsabilidade

A preocupação para que as eleições transcorram de forma tranquila, moral e segura tem uma razão de ser. E uma razão forte. Os próximos representantes municipais permanecerão no poder pelos próximos quatro anos e serão os responsáveis por ditar e executar as políticas em áreas fundamentais como saúde, educação, emprego e moradia. Portanto, é grande a expectativa dos mais de 138,5 milhões de eleitores em todo o País. Número, aliás, que só tende a crescer.

Estatísticas divulgadas recentemente pelo TSE apontam que o eleitorado mais jovem voltou a crescer nas Eleições 2012, retornando ao mesmo patamar das eleições municipais de 2008. O eleitorado na faixa etária de 16 a 17 anos, apto a votar em outubro, atingiu 2.913.627, sendo 1.157.551 (0,82%) de eleitores com 16 anos e 1.756.076 (1,25%) de eleitores com 17 anos. Em 2008, o eleitorado nessa faixa etária era de 2.923.485 e havia caído para 2.391.092 nas eleições gerais de 2010. Os números refletem o aumento do interesse e da participação dos eleitores mais jovens no processo eleitoral, ainda mais quando seu foco tem caráter municipal. O voto é facultativo aos eleitores com idades de 16 e 17 anos.

Para dar conta de toda essa demanda, o TSE comandado pela ministra anunciou recentemente que disponibilizará 501.923 urnas eletrônicas aos TREs do país. Alguns dos equipamentos já contam com o leitor biométrico para a identificação do eleitor por meio das impressões digitais. A expectativa é que no pleito de outubro sejam identificados pela nova tecnologia mais de 7,7 milhões de eleitores de 299 municípios em 24 estados do País. A biometria é importante porque permitirá à Justiça Eleitoral garantir ainda mais segurança à identidade do eleitor. Afinal, cada pessoa possui digitais únicas.





Cidadania e eleições

Cármen Lúcia | Ministra do STF
Presidente do TSE

Registrados mais de meio milhão de candidatos para o preenchimento de mais de sessenta mil cargos de Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores nas eleições deste ano de 2012, está entregue, mais uma vez, ao cidadão brasileiro escolher quem e como compor os órgãos do Poder Político Municipal.

Os 5566 Municípios brasileiros terão providos os cargos políticos do Executivo e das Câmaras Municipais para o quadriênio 2013-2016 segundo parâmetros normativos inéditos. A aplicação da Lei Complementar n. 135/2012, popularmente apelidada de “lei da ficha limpa” confere ao eleitor o pleno poder, constitucionalmente previsto, de ter garantidos pleitos nos quais prevaleça a lisura e a igualdade de oportunidades entre os candidatos.

Eleições têm especial significado no Estado Democrático. Conquanto a Constituição brasileira de 1988 tenha introduzido o modelo semidireto de democracia, mesclando a representação com formas de participação direta do cidadão no exercício do Poder Político estatal, a escolha de Prefeitos e Vereadores é a mão do eleitor na condução de quem desempenhará as atividades em praças, escolas, postos de saúde pelos quais passam os cidadãos em seu cotidiano.

Nem se duvide ser a eleição momento primário de participação dos cidadãos na vida política de sua cidade. Esta participação tem o duplo significado de que cada pessoa é parte no processo político e partícipe do processo eleitoral como protagonista de sua história. Desdobra-se a ação do eleitor no dia a dia do desempenho das funções do poder pelos seus representantes, quer pelo exercício

das atividades legislativas, quer pela definição das políticas governamentais e provimentos administrativos dos representantes escolhidos. Não é demais lembrar: o cidadão escolhe representante, não substituto. Ninguém substitui o único e verdadeiro titular do poder, que é o povo, tomado como a integralidade dos cidadãos, não como mero ícone do discurso democrático.

Por isso a importância de o cidadão estar sempre sensível ao que se passa no espaço da cidade política. Somente ele pode mudar o que lhe pareça necessário e aperfeiçoar o que se mostre estar coerente com o seu desejo e a sua necessidade.

Eleições municipais são mais emocionais que aquelas voltadas à escolha de representantes do plano legislativo estadual ou federal. É que o encontro ou o desencontro com o outro – próprio da vida – faz-se no espaço mais próximo da cidade. E é aí que o jardim floresce ou a horta carece. Põe-se à mesa com o que está ao lado, não com o distante, conquanto distâncias hoje tenham significado diverso do que antes se experimentou. Mas o caminho da escola ou a falta de atalho para lá chegar, a porta aberta ou fechada no posto de saúde a que se precise ir, tudo isso é o todo dia de cada um. E é aí que o Poder é público e faz-se eficiente ou não. E quem se põe a exercê-lo é escolha do eleitor.

Eleição é passo inicial de mandato. O fim buscado é sempre a concretização do bem público. E este é definido pelo eleitor. A ele compete eleger, fiscalizar e controlar o seu representante todo o tempo. Porque a Constituição consagra e a Justiça Eleitoral a cumpre: todo o poder emana do povo, seu único e insubstituível titular.





Os princípios jurídicos e sua densidade normativa

Ives Gandra da Silva Martins Filho | Ministro do TST

I. Princípios como pilares do Direito

O que são **pilares** da Ciência Jurídica? São justamente os **fundamentos** que **sustentam** e **iluminam** a aplicação do Direito em cada ramo da Árvore Jurídica.

Quais são esses pilares de sustentação do Direito? São os **princípios** que distinguem e caracterizam cada um desses ramos.

No caso do **Direito do Trabalho**, o **pilar por antonomásia** é a Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, do Papa Leão XIII, constituindo a **Carta Magna da Justiça Social**.

Os **princípios básicos** contidos na Encíclica *Rerum Novarum*, que plasmam a **Doutrina Social Cristã** e que

serviram de norte e fundamento para as Constituições Sociais e legislação trabalhista no mundo inteiro são:

a) **Princípio da Dignidade da Pessoa Humana** – a **pessoa humana** tem uma dignidade essencial, por ser criada à **imagem e semelhança de Deus**, em **igualdade natural** entre homem e mulher, estando acima de qualquer outra criatura material, razão pela qual não pode ser tratada como objeto ou mercadoria. Constitui o fim último da sociedade, que a ela está ordenada: não pode ser instrumentalizada para projetos econômicos, sociais ou políticos.

b) **Princípio do Bem Comum** – sendo o bem comum o **conjunto das condições da vida social** que permitem aos grupos e a cada um dos seus membros atingirem de maneira

mais completa a própria perfeição, deve ser buscado como meta pela sociedade politicamente organizada que é o Estado. Assim, o objetivo do Estado não é apenas buscar a máxima felicidade do maior número, mas conseguir que **todos possam atingir seus fins existenciais**.

c) **Princípio da Destinação Universal dos Bens** – Deus destinou a terra, com tudo que ela contém, para o **uso de todos os homens** e de todos os povos, de tal modo que os bens criados devem bastar a todos, com equidade, segundo a regra da justiça, inseparável da caridade. Razões de ordem **jurídica** (garantir o pacífico e ordenado desfrute dos bens da terra por parte de todos), **econômica** (garantir a solicitude e o interesse necessários para fazer render os bens) e **política** (garantir a liberdade individual frente ao Estado) justificam o reconhecimento da **propriedade privada**. No entanto, o direito à propriedade privada não é absoluto, mas deve atender à sua **função social** (responsabilidade social pelos pobres e mais necessitados), estando **subordinado à destinação universal dos bens** (que não se confunde com o domínio comum de todos os bens).

d) **Princípio da Subsidiariedade** – o Estado não deve fazer aquilo que podem e devem fazer as **pessoas** e os **grupos sociais menores**, como as famílias, as escolas, as associações, os sindicatos etc (deve **coordenar, proteger, apoiar, incrementar e incentivar a iniciativa privada**, suprimindo suas deficiências e retirando-se quando os grupos menores já promovem diretamente essas iniciativas, pois, do contrário, o paternalismo estatal sufocaria a liberdade e autonomia individual e a originalidade da iniciativa pessoal).

e) **Princípio da Dignidade do Trabalho Humano** – a **pessoa** é o parâmetro da dignidade do trabalho. A **encarnação do Verbo** (Deus assume a natureza humana) e o fato de Jesus Cristo (Filho Unigênito de Deus) ter escolhido **trabalhar** numa **profissão humilde**, de carpinteiro, mostra a dignidade do trabalho humano, como **participação do poder criador de Deus**, e da dignidade de toda e qualquer profissão, intelectual ou manual. O trabalho do homem passa a ser **caminho de perfeição** humana (transformação própria e do mundo) e cristã (santificação pessoal).

f) **Princípio da Primazia do Trabalho sobre o Capital** – partindo do pressuposto de que o trabalho humano tem uma **dimensão objetiva** (conjunto de atividades, recursos, instrumentos e técnicas de que o homem se serve para produzir bens e serviços; a obra realizada) e uma **dimensão subjetiva** (agir dinâmico do homem, transformando a terra, com os instrumentos do trabalho de que dispõe; as virtudes que o trabalhador adquire ao trabalhar), o princípio norteador das relações laborais é o de que **a dimensão subjetiva do trabalho deve ter preeminência sobre a objetiva**: o trabalho, pelo seu caráter subjetivo

ou pessoal, é superior a todo e qualquer outro fator de produção, em particular no que tange ao capital. Entre capital (causa instrumental) e trabalho (causa eficiente) deve haver uma **complementariedade** (necessidade da justa retribuição a cada um desses fatores da produção), com a possibilidade de participação dos trabalhadores na propriedade, gestão e frutos do capital.

g) **Princípio da Solidariedade** – como **princípio geral**, implica que os homens cultivem uma maior consciência do débito para com a sociedade, pelo patrimônio cultural, científico, tecnológico, material e espiritual recebido, **retribuindo com o seu trabalho e serviço em prol da comunidade** (perspectiva da caridade, que transcende a mera justiça). Como **princípio específico laboral**, representa o direito dos trabalhadores de se unirem, formando **associações e sindicatos**, com a finalidade de defender seus interesses vitais, através de meios pacíficos, dentre os quais se apresenta como recurso legítimo (e inevitável em algumas circunstâncias) o **direito à greve**.

h) **Princípio da Proteção** – que determina a **intervenção do Estado** para estabelecer os **limites de jornada de trabalho** e as **condições da prestação de serviços**, para evitar a exploração do trabalhador em detrimento de sua saúde física e mental, a par de garantir-lhe a justa retribuição pelo esforço despendido. A **mulher** e a **criança** devem gozar de uma tutela especial da lei, para que a jornada e a forma da prestação dos serviços sejam adequadas à sua compleição física.

II. As funções dos princípios e sua operacionalização

Tais princípios nortearam nossa **Consolidação das Leis do Trabalho**, plasmando em lei positiva o que a encíclica albergava como princípios.

Essa é, precisamente, uma das **funções** dos princípios de uma Ciência Jurídica: servir de **manancial** no qual se nutre o legislador para disciplinar as condutas concretas dos membros da sociedade em cada campo das relações humanas.

São basicamente três as **funções** que os **princípios** desempenham:

função informadora – de orientação do legislador na confecção das leis, pelos valores que albergam;

função interpretativa – de iluminar as normas jurídicas para sua exegese, sinalizando ao juiz o sentido subjacente do texto legal;

função normativa – de fonte supletiva da norma jurídica, diante das lacunas da lei, integrando o direito.

A **função mais típica e diuturna** que os princípios desempenham é a **interpretativa**, orientando juízes, advogados e procuradores na arte de extrair da lei o seu sentido genuíno e compositor prévio dos conflitos sociais.

Já a **função mais delicada e excepcional** é a **normativa**, uma vez que supõe **extrair regra de princípio**, ou seja, impor **obrigação** com conteúdo econômico a partir de norma orientativa e não imediatamente geradora de direito.

Ora, a **função normativa** depende, essencialmente, da **densidade normativa** que o princípio tem no ordenamento jurídico, plasmado de tal forma que é possível extrair dele regra que sirva para impor obrigações em casos concretos não especificamente previstos pela legislação.

A nosso ver, a **densidade normativa** de um princípio não está ligada tanto à sua relevância e essencialidade quanto à sua **maior ou menor positivação** num determinado ordenamento jurídico. Ou seja, é tanto mais denso e de maior normatividade um princípio, quanto o **preceito constitucional ou legal** no qual estiver plasmado possuir **redação** que **incorpore positivamente os valores** por ele albergados.

Nesse sentido, em que pese o **princípio da dignidade da pessoa humana** ser dos **mais importantes e relevantes**, possui **baixa densidade normativa**, uma vez que apenas enunciado como fundamento da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, III), sem maiores detalhamentos.

Por sua vez, e em contraste, o **princípio da inalterabilidade contratual** possui **alta densidade normativa**, na medida em que, insculpido no **art. 462 da CLT**, goza de **claros parâmetros**, positivados no dispositivo que o alberga, tornando clara e segura a sua aplicação às mais diversas situações conflituosas. Assim, a orientação de que **a alteração contratual não pode ser unilateral e/ou lesiva ao empregado** resolve, como princípio-regra, inúmeros casos de alteração contratual, ligados a jornada, remuneração, condições de trabalho, mudanças de local, função, etc.

III. Classificação dos princípios segundo sua densidade normativa

Podemos, a partir desse prisma específico, **classificar** os 12 principais princípios trabalhistas, segundo sua **densidade normativa** no ordenamento jurídico brasileiro, englobando-os basicamente em 3 grupos, de **máxima, média e mínima** densidade normativa, conforme os dispositivos constitucionais ou legais a que estejam relacionados possuam dicção que especifique mais claramente regras de conduta:

1) Princípios de Máxima Densidade Normativa:

a) **Princípio da Intangibilidade Salarial** – proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa (CF, art. 7º, X), sendo **vedado** qualquer **desconto** salvo por **adiantamento, previsão legal ou de norma coletiva** e, no caso de dano, desde que a possibilidade seja **acordada com o empregado** ou resulte de dolo deste (CLT, art. 462 e §§).

b) **Princípio da Inalterabilidade Contratual** – só é lícita a alteração contratual que se dê por **mútuo consentimento** e da qual **não resulte, direta ou indiretamente, prejuízos para o empregado**, ressalvada a reversão do comissionado ao cargo de confiança (CLT, art. 468 e §).

c) **Princípio da Isonomia** – proibição de **discriminação** por motivo de sexo, idade, cor, estado civil (CF, art. 7º, XXX), deficiência (CF, art. 7º, XXXI) ou espécie de trabalho (CF, art. 7º, XXXII e XXXIV), garantindo-se **igualdade salarial** para aqueles que trabalhem nas **mesmas condições**, consideradas a mesma função, localidade, empregador, qualidade técnica, salvo diferença de tempo de serviço superior a 2 anos (CLT, art. 461).

d) **Princípio da Continuidade – proteção da relação de emprego** contra despedida arbitrária ou sem justa causa, mediante indenização compensatória (CF, art. 7º, I), bem como **preservação dos direitos trabalhistas** em casos de alteração da estrutura jurídica da empresa (CLT, art. 10) ou mudança de proprietário da empresa (CLT, art. 448).

2) Princípios de Média Densidade Normativa:

a) **Princípio da Proteção e Irrenunciabilidade** – visa a proteger a parte economicamente mais fraca, que é o trabalhador, estabelecendo a impossibilidade jurídica de o trabalhador **privar-se voluntariamente das vantagens** conferidas pelo Direito do Trabalho; concretiza-se na **nullidade** de cláusulas que **desvirtuem ou fraudem** a aplicação da lei trabalhista (CLT, art. 9º), ou que, na livre estipulação das condições de trabalho, **contraponham-se às disposições de proteção ao trabalho** (CLT, art. 444).

b) **Princípio da Subsidiariedade** – pela qual a intervenção estatal no campo laboral somente se dá quando os próprios agentes sociais (sindicatos e empresas) não logram estabelecer condições de trabalho dignas e justas; concretiza-se no reconhecimento das **convenções e acordos coletivos** (CF, art. 7º, XXVI) e na possibilidade destes estabelecerem **condições de trabalho menos favoráveis** do que as legalmente previstas, em matéria de **salário**, pela sua redução (CF, art. 7º, VI), ou de **jornada**, pela sua dilatação (CF, art. 7º, XIII e XIV), desde que promovida mediante negociação coletiva.

c) **Princípio da Boa-Fé** – a **conduta** tanto negocial quanto processual das partes deve ser **interpretada como um agir de boa-fé**, até que se demonstre, por provas ou indícios concretos, que se agiu de má-fé; assim devem ser interpretados os contratos (CC, art. 113), devem se portar as partes nos contratos (CC, art. 422) e no processo (CPC, art. 14, II), presumindo-se inocente o acusado, até prova em contrário (CF, art. 5º, LVII).

d) **Princípio da Primazia da Realidade** – consiste em dar **preferência à realidade fática** verificada na

prática da prestação de serviços em vez de ao que possa emergir dos **documentos que corporificam o contrato** de trabalho, quando houver discordância entre ambos; plasmado positivamente apenas na norma que determina que, nas declarações de vontade se atenderá mais à **intenção** das partes do que na literalidade do contrato (CC, art. 112).

4) Princípios de Mínima Densidade Normativa:

a) **Princípio da Normalidade** – diz respeito ao uso normal do direito, de modo a atingir a finalidade pela qual a norma existe, **opondo-se ao abuso de direito**, que ocorre quando se busca, através do exercício do direito, fim outro não previsto na lei e com ela incompatível; concretiza-se na regra da ilicitude do exercício do direito além dos limites impostos pelo fim econômico, pela boa-fé e pelos bons costumes (CC, art. 187).

b) **Princípio da Dignidade da Pessoa Humana** – pelo simples fato de ‘ser’ humano, **a pessoa merece todo o respeito**, independentemente de sua origem, raça, sexo, idade, estado civil ou condição social e econômica; encontra-se apenas enunciado na Carta Política de 1988 como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, III), sem que seja definido ou se enumere seus corolários.

c) **Princípio da Preservação da Empresa** – não comprometimento da viabilidade da empresa como unidade produtiva de bens e serviços para a sociedade e geradora de renda e emprego

para os trabalhadores; concretiza-se na colocação dos valores do trabalho e da **livre iniciativa** como fundamentos da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, IV) e da **justa retribuição** ao capital e ao trabalho (CLT, art. 766).

d) **Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade** – diz respeito à **ponderação e adequação** entre fins buscados pelo legislador, juiz ou partes e os meios por eles utilizados; positivado apenas na menção à **proporcionalidade** da resposta em caso de agravo, com direito à indenização por dano material ou moral (CF, art. 5º, V), e no **devido processo legal** a ser observado pelo juiz (CF, art. 5º, LIV).



Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho

Como se pode perceber, os princípios, **desenvolvidos pela doutrina, não são uniformemente positivados**. Alguns ganham, no ordenamento jurídico, pleno foro de cidadania, pela sua nítida positivação em dispositivo legal e constitucional. Para outros, a doutrina **busca algum suporte minimamente relacionável**, para que possa aplicá-lo na solução de casos concretos, mormente quando se necessita dar suporte legal a uma decisão judicial e, principalmente, no caso de recursos de natureza extraordinária, empolgar apelo calcado no desrespeito a preceito de lei ou da Constituição.

Justamente pela **dificuldade em se verificar a violação literal e direta** a determinado dispositivo de lei ou da Constituição, invocado como supedâneo do princípio, é que se percebe sua **baixa densidade normativa**.

IV. Baixa densidade normativa, ativismo judiciário e voluntarismo jurídico

A tentação do julgador, de dar a **maior efetividade aos princípios**, quando estes possuem baixa densidade normativa, impondo obrigações concretas, extraídas exclusivamente dos princípios, quando inexistente preceito de lei que preveja a obrigação, é real e instigante. No entanto, gera no sistema uma **proteção fictícia** e uma **insegurança jurídica** que não compensam a supervalorização do princípio.

A essa tentação tem-se dado o nome de **ativismo judiciário**, ou seja, um protagonismo do Poder Judiciário na conformação do ordenamento jurídico que não se limita a interpretar e aplicar as leis, mas **inovar no mundo jurídico**, paralelamente ao legislador. Penso que a melhor expressão para sintetizar essa tendência seria a de **voluntarismo jurídico**, ou seja, à míngua de norma legal específica prevendo a obrigação que se quer impor a um dos litigantes, será a **vontade do juiz** (e não mais a do legislador plasmada na lei) que criará o direito.

Ora, o perigo e a insegurança estão no **subjativismo** necessariamente decorrente desse ativismo e voluntarismo: cada juiz extrairá do princípio que mais lhe aprouver a obrigação que menos se poderia esperar, desnortando o jurisdicionado.

Não posso deixar de louvar a postura prudente e equilibrada de nossa Suprema Corte, nos anos que lá pontificou o Ministro **Moreira Alves**, ao dar a tônica, no Mandado de Injunção 107-DF, do papel do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade das leis e das decisões judiciais: pode ser **legislador negativo**, retirando do mundo jurídico leis inconstitucionais ou reformando decisões judiciais exaradas ao arrepio da Constituição, mas **não pode ser legislador positivo**, substituindo-se àquele a quem a Constituição atribuiu exclusivamente a missão de, segundo a vontade popular manifestada na representação parlamentar, criar o direito.

A tentação atual de **protagonismo**, no desejo de resolver os problemas que angustiam a sociedade, pela via fácil do **ativismo judiciário**, tem provocado inclusive atrito entre os Poderes da República. A recente decisão do STF de admitir o **aborto de anencéfalos**, criando nova hipótese de exceção à norma penal, quando o Poder Legislativo já havia rejeitado reiterados projetos de legalização do aborto e a esmagadora maioria da população, em repetidas pesquisas de opinião, se manifestava contrária à prática, é exemplo disso. Após a decisão da Suprema Corte, houve proposta de Decreto Legislativo na Câmara dos Deputados, para preservar a competência do Congresso Nacional contra a

usurpação da função legislativa por outro Poder, calcada no art. 49, XI, da CF.

O sofisma que tem animado juristas e julgadores a defender esse ativismo judiciário é o de que a **inércia do Legislativo** em regular situações que clamariam por novo marco jurídico justificaria essa intervenção excepcional. Nota-se o sofisma pelo fato de que essa aparente “inércia” constitui, na realidade, **vontade política** contrária à mudança pretendida pela via judicial. E o paradoxo maior é que o Poder Judiciário, caracterizado pela sua **inércia ontológica**, já que só pode atuar quando provocado, pretende substituir-se ao legislador, formulando opções políticas para as quais **não recebeu mandato popular**. Como um **Poder técnico**, com seus quadros formados fundamentalmente pela seleção em concursos, com a garantia da vitaliciedade e não sujeito ao controle do voto popular, pode se arvorar em representante do povo para reconstruir o direito à sua imagem e semelhança? Trata-se, repito, de **voluntarismo jurídico inaceitável num regime democrático de direito**.

Se nem o constituinte derivado, na **ação de inconstitucionalidade por omissão**, permitiu que o Supremo se substituísse ao Poder Legislativo, no caso de não regulamentação de preceito constitucional, como pode o Judiciário, em ações comuns, esgrimir essa pretensa inércia, para impor obrigações, calcadas exclusivamente em princípios sem suficiente densidade normativa?

V. Os desafios na aplicação dos princípios

Nesse contexto, não é demais lembrar que a **finalidade do Poder Judiciário é pacificar a sociedade**, distribuindo justiça. E, no caso do **Judiciário Laboral**, a finalidade é, essencialmente, **harmonizar as relações trabalhistas** pela justa distribuição dos frutos da produção entre capital e trabalho.

No entanto, corre-se um **perigo real**, quando se envereda pelo ativismo judiciário e se quer extrair de princípios de baixa densidade normativa obrigações concretas de conteúdo econômico: **acirrar o conflito social** e tornar a Justiça **ideologizada e parcial**.

Assim, os **desafios para a Justiça do Trabalho** dos dias de hoje são basicamente três:

- a) aplicar imparcialmente uma legislação que é naturalmente parcial;
- b) racionalizar o sistema recursal, sem cercear o direito de defesa;
- c) efetivar a execução, sem que esta venha a ser espoliativa.

Penso que são desafios que merecem soluções criativas e ponderadas, audazes e refletidas, que componham os meios mais aptos para se atingir os fins. 

As notas de rodapé do texto original foram retiradas, para composição da revista, com autorização do autor.

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



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

Jornal do Commercio

Procuradoria-Geral Federal 10 anos a favor do Brasil

José Weber Holanda Alves | Advogado-Geral da União Adjunto



A Procuradoria-Geral Federal (PGF) completa em julho de 2012 os seus 10 primeiros anos de existência, contabilizando grandes conquistas jurídicas para o Brasil.

A PGF tem o reconhecimento da comunidade jurídica como um órgão de excelência na representação de mais de 150 autarquias e fundações federais, assegurando políticas públicas e contribuindo, assim, de forma decisiva para a governabilidade.

Ao longo dessa década, muitos trabalharam arduamente para a sua implantação e o seu crescimento como órgão jurídico de notório prestígio. E na qualidade de primeiro Procurador-Geral Federal, peço vênica para narrar um pouco os primeiros passos dessa jovem organização.

No início de julho de 2002, época em que eu era Procurador-Geral do Fundo Nacional do Desenvolvimento da Educação (FNDE), estive com a Presidente do Fundo em uma audiência com o então Advogado-Geral da União, Ministro José Bonifácio Borges de Andrada, quando fui surpreendido com a missão de dar início à implantação da

PGF: “Weber, você tem seis meses para tornar irreversível a criação da PGF”.

Estávamos em pleno período eleitoral e a preocupação do Ministro Bonifácio era de que um novo governo, qualquer que fosse, revogasse a Lei nº 10.480/2002 (Lei que criou a PGF).

O Ministro Bonifácio me conheceu quando atuamos em conjunto nos anos de 1996 a 1999 na Previdência Social. Eu, Procurador-Geral do INSS. Ele, Consultor do Ministério.

Aceitei a missão e o Ministro Bonifácio deu-me posse sem qualquer pompa, somente ele e eu em seu gabinete, pois não havia tempo a perder. Concluído o singelo ato, pergunto ao Ministro: - onde é a minha sala? A inesperada resposta: - sala? Acho que não ainda não tem.

A PGF foi criada com apenas cinco cargos em comissão: o PGF, o Sub, o chefe de gabinete e dois adjuntos do Procurador-Geral. Nada mais. Importante lembrar a contribuição de outros colegas que aceitaram o desafio, como Dra. Célia Cavalcanti, Dr. Wagner Palhares, Dra. Thelma Suely, Dr. Jânio Mozart, Dr. Donizete Godinho e Dr. Cláudio Farag. O aconselhamento e orientação da Dra. Maria Jovita Wolney Valente foi fundamental na implantação da PGF.

Já na primeira reunião da equipe descobrimos que não havia um único centavo de orçamento para implantar a PGF em 2002, nem previsão orçamentária para 2003. Cumpre aqui registrar a grande ajuda e a participação da equipe da Secretaria-Geral de Administração da AGU no início da PGF.

Não obstante tudo isso, havia 600 procuradores federais aprovados no primeiro concurso para o cargo de Procurador Federal esperando nomeação, posse e exercício nas autarquias/fundações. Fizemos as nomeações, distribuímos os procuradores e demos posse e exercício aos primeiros procuradores federais da era PGF, em agosto de 2002.

Nosso segundo passo foi convidar todos os procuradores-gerais das autarquias e fundações com sede em Brasília para uma reunião na PGF/AGU. Nessa reunião, pedimos a cada procurador-chefe que indicasse um procurador para compor o quadro da PGF.

Embora a colaboração tenha ficado abaixo das expectativas, conseguimos formar uma equipe inicial de

12 integrantes responsável por elaborar o planejamento de instalação da PGF em todo o país.

Realizamos muitas reuniões e muitas visitas às autarquias/fundações, o que permitiu concluir que a principal decisão a tomar era centralizar o contencioso judicial das várias autarquias/fundações em uma única procuradoria.

Além das dificuldades operacionais, orçamentárias e de pessoal, havia uma grande resistência ao novo modelo PGF por parte de alguns dirigentes de autarquias/fundações.

As maiores resistências à implantação da PGF foram dos Reitores das Universidades e dos Presidentes das Agências Reguladoras.

O Ministro Bonifácio recebia diariamente dirigentes contrários à implantação da PGF. Explicávamos em detalhes os motivos e vantagens daquele novo modelo. Lembro-me das palavras do Ministro: “A PGF tem de ser (em termos de resultados) no mínimo igual ao sistema anterior, pois se os nossos clientes não ficarem satisfeitos a PGF não sobrevive”.

Ainda em 2002, conseguimos “implantar”, com algumas dificuldades, a Procuradoria Regional Federal da 5ª Região e as Procuradorias Federais da Bahia e do Ceará.

No início de 2003, com o Governo do Presidente Luís Inácio Lula da Silva, toma posse a nova direção da Advocacia-Geral da União, comandada pelo Ministro Álvaro Augusto Ribeiro Costa.

Homem sério, legalista e cauteloso, um dia me falou: - Dr. Weber, se está na lei (Lei nº 10480/2002), vamos concluir a implantação da PGF -. E determinando a continuação dos trabalhos, afastou o receio que tínhamos de que o ato de criação do órgão fosse revogado.

Assim, fomos ao Ministério do Planejamento, onde conhecemos o Dr. Nelson Machado, então Secretário de Orçamento, e posteriormente Secretário Executivo do Ministério do Planejamento, que reconheceu a grandeza do projeto. Um dos primeiros padrinhos da PGF no Governo Lula, Dr. Nelson Machado garantiu os primeiros centavos do orçamento federal para aquele exercício de 2003. A partir do ano de 2004 passamos a ter orçamento próprio, que depois foi incorporado ao orçamento da AGU.

Em agosto do mesmo ano, quando a Procuradoria-Geral Federal tinha pouco mais de um ano de existência/criação, tive oportunidade de escrever o artigo “PROCURADORIA-GERAL FEDERAL – UMA NOVA REALIDADE JURÍDICA A FAVOR DO BRASIL. Naquele artigo eu fiz um breve histórico da criação da PGF. Narrei a situação administrativa e jurídica das autarquias e fundações antes da PGF, o porquê da sua criação, os desafios frente à nova realidade jurídica e principalmente os ganhos para a sociedade brasileira:

...Havia várias deficiências no funcionamento dessas unidades jurídicas, além de graves discrepâncias geradas em face da má distribuição dos quadros de procuradores, pois

enquanto algumas possuíam muitos servidores para poucas ações judiciais, outras tinham um pequeno número para um grande volume de processos;

Algumas autarquias e fundações, por falta de procuradores, chegaram a terceirizar a sua defesa judicial, outorgando procurações “ad-judicia” a escritórios de advocacia;

Outras autarquias/fundações gastavam, mensalmente, milhares de reais com diárias e passagens, para que procuradores pudessem acompanhar o andamento de processos em sede de tribunais de segunda instância e em tribunais superiores, ou ainda, mantinham pequenos núcleos de procuradoria em cidades sede de tribunais, com altas despesas de manutenção, e com relação custo benefício extremamente desfavoráveis;

Não havia unificação de teses jurídicas ou estratégias de defesa, sendo que, em alguns casos, ocorriam perdas de prazos capitais, gerando precatórios milionários;

As unidades jurídicas das autarquias/fundações ficavam isoladas e a mercê de grandes ingerências política e/ou administrativa por parte de alguns dirigentes;

Também destaquei no artigo as vantagens que a PGF traria às autarquias e fundações federais, à sociedade brasileira e ao Brasil:

- ... ganharia o sistema jurídico federal em otimização, racionalização e eficiência de suas atividades;
- deixaria de pagar precatórios milionários indevidos;
- deixaria de pagar honorários a escritórios particulares ou a advogados contratados;
- ganha no aprimoramento do braço contencioso e na uniformização da defesa judicial, teses e estratégias jurídicas das autarquias/fundações;
- ganharia ao ser afastada a má ingerência política e/ou administrativa de dirigentes na condução do processo judicial;
- ganharia na melhor distribuição da carga de trabalho entre os procuradores federais.

Em setembro de 2003, solicitei exoneração do cargo de Procurador-Geral Federal, sendo sucedido por nobres colegas que deram, brilhantemente, continuidade à implantação da PGF: Dra. Célia Cavalcanti, Dr. João Ernesto Aragonês e Dr. Marcelo Siqueira.

A atual administração, capitaneada pelo Procurador Federal, Dr. Marcelo Siqueira, tem feito um excelente trabalho, e estou convicto que logo a PGF alcançará a sua total implantação, com serenidade e maturidade.

Passados praticamente 10 anos da criação da PGF, vejo que a visão daqueles que a idealizaram não estava errada, pelo contrário, a cada dia que passa fica comprovado que tudo que foi planejado e/ou esperado da PGF, se confirma com vitórias e conquistas para as Autarquias e Fundações Públicas Federais e para o Brasil.



Direito e Política: a tênue fronteira

Luís Roberto Barroso

Membro do Conselho Editorial
Professor titular de Direito Constitucional da UERJ

A ascensão política das Supremas Cortes e do Poder Judiciário

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem ocupado um espaço relevante no cenário político e no imaginário social. A centralidade da Corte e, de certa forma, do Judiciário como um todo, não é peculiaridade nacional. Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, tribunais constitucionais tornaram-se protagonistas de discussões políticas ou morais em temas controversos. Desde o final da Segunda Guerra, em muitas democracias, verificou-se um certo avanço da justiça constitucional sobre o campo da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular. Os exemplos são numerosos e inequívocos. Nos Estados Unidos, a eleição de 2000 foi decidida pela Suprema Corte. Em Israel, foi também a Suprema Corte que deu a última palavra sobre a construção de um muro na divisa com o território palestino. Na França, o Conselho Constitucional legitimou a proibição da burca.

Esses precedentes ilustram a fluidez da fronteira entre política e direito no mundo contemporâneo. Ainda assim, o caso brasileiro é especial, pela extensão e pelo volume. Apenas nos últimos doze meses, o STF decidiu acerca de uniões homoafetivas, interrupção da gestação de fetos anencefálicos e cotas raciais. Anteriormente, decidira sobre pesquisas com células-tronco embrionárias, nepotismo e demarcação de terras indígenas. E, em breve, julgará o mensalão. Tudo potencializado pela transmissão ao vivo dos julgamentos pela TV Justiça. Embora seja possível apontar inconveniências nessa deliberação diante das câmeras, os ganhos são maiores do que as perdas. A visibilidade pública contribui para a transparência, para o controle social e, em última análise, para a democracia. TV Justiça só tem no Brasil, não é jabuticaba e é muito boa.

Judicialização e ativismo judicial

A ascensão do Judiciário deu lugar a uma crescente judicialização da vida e a alguns momentos de ativismo judicial. Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas pelo Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder das instâncias tradicionais, que são o Executivo e o Legislativo, para juízes e tribunais. Há causas diversas para o fenômeno. A primeira é o reconhecimento de que um Judiciário forte e independente é imprescindível para a proteção dos direitos fundamentais. A segunda envolve uma certa desilusão com a política majoritária. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, para evitar o desgaste, preferem que o Judiciário decida questões controversas, como aborto e direitos dos homossexuais. No Brasil, o fenômeno assume uma proporção maior em razão de a Constituição cuidar de uma impressionante quantidade de temas. Incluir uma matéria na Constituição significa, de certa forma, retirá-la da política e trazê-la para o direito, permitindo a judicialização. A esse contexto ainda se soma o número elevado de pessoas e entidades que podem propor ações diretas perante o STF.

A judicialização ampla, portanto, é um *fato*, uma circunstância decorrente do desenho institucional brasileiro, e não uma opção política do Judiciário. Fenômeno diverso, embora próximo, é o ativismo judicial. O ativismo é uma *atitude*, é a deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes. Exemplos de decisões ativistas, além dos casos já mencionados, envolveram a exigência de fidelidade partidária e a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos. Todos esses julgamentos atenderam a demandas sociais não satisfeitas pelo Poder Legislativo. Registre-se, todavia, que

apesar de sua importância e visibilidade, tais decisões ativistas representam antes a exceção do que a regra. A decisão do STF sobre as pesquisas com células-tronco, ao contrário do que muitas vezes se afirma, é um exemplo de autocontenção. O Tribunal se limitou a considerar constitucional a lei editada pelo Congresso.

Críticas à expansão do Judiciário

Inúmeras críticas têm sido dirigidas a essa expansão do papel do Judiciário. A primeira delas é de natureza política: magistrados não são eleitos e, por essa razão, não deveriam poder sobrepor sua vontade à dos agentes escolhidos pelo povo. A segunda é uma crítica ideológica: o Judiciário seria um espaço conservador, de preservação das elites contra os processos democráticos majoritários. Uma terceira crítica diz respeito à capacidade institucional do Judiciário, que seria preparado para decidir casos específicos, e não para avaliar o efeito sistêmico de decisões que repercutem sobre políticas públicas gerais. E, por fim, a judicialização reduziria a possibilidade de participação da sociedade como um todo, por excluir os que não têm acesso aos tribunais.

Todas essas críticas merecem reflexão, mas podem ser neutralizadas. Em primeiro lugar, uma democracia não é feita apenas da vontade das majorias, mas também da preservação dos direitos fundamentais de todos. Cabe ao Judiciário defendê-los. Em segundo lugar, é possível sustentar que, na atualidade brasileira, o STF está à esquerda do Congresso Nacional. De fato, quando o Tribunal decidiu regulamentar o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, as classes empresariais acorreram ao Congresso, pedindo urgência na aprovação da lei que tardava. Ninguém duvidava que o STF seria mais protetivo dos trabalhadores que o legislador. Quanto à capacidade institucional, juizes e tribunais devem ser autocontidos e deferentes aos outros Poderes em questões técnicas complexas, como transposição de rios ou demarcação de terras indígenas. Por fim, a judicialização jamais deverá substituir a política, nem pode ser o meio ordinário de se resolverem as grandes questões. Pelo contrário. O Judiciário só deve interferir quando a política falha.



Foto: Arquivo pessoal

Complexidade da vida e criação judicial do direito

O Judiciário não apenas ocupou mais espaço como, além disso, sua atuação se tornou mais discricionária. Em muitas situações, em lugar de se limitar a aplicar a lei já existente, o juiz se vê na necessidade de agir em substituição ao legislador. A despeito de algum grau de subversão ao princípio da separação de Poderes, trata-se de uma inevitabilidade, a ser debitada à complexidade e ao pluralismo da vida contemporânea. Por exemplo: até 1988, havia uma única forma de se constituir família legítima, que era pelo casamento. Com a nova Constituição, passaram a existir três possibilidades: além da família resultante do casamento, há também a da união estável e a família monoparental (a mãe ou o pai e seus filhos). Todavia, diante da realidade representada pelas uniões homoafetivas, o STF, na ausência de lei específica, viu-se na contingência de reconhecer e disciplinar – à luz dos princípios constitucionais – uma quarta forma de família, que não havia sido prevista.

“A autoridade para fazer valer a Constituição, como qualquer autoridade que não repouse na força, depende da confiança dos cidadãos. Mas há sutilezas aqui. Muitas vezes, a decisão correta e justa não é a mais popular. E o populismo judicial é tão ruim quanto qualquer outro.”

Juízes e tribunais também precisam desempenhar uma atividade mais criativa – isto é, menos técnica e mais política – nas inúmeras situações de colisões entre normas constitucionais. Tome-se como exemplo a disputa judicial envolvendo a construção de usinas hidrelétricas na Amazônia. O governo invocou, para legitimar sua decisão, a norma constitucional que consagra o desenvolvimento econômico como um dos objetivos fundamentais da República; do outro lado, ambientalistas e a população afetada fundamentavam sua oposição à medida na disposição constitucional que cuida da proteção ao meio-ambiente. Pois bem: o juiz não pode decidir que os dois lados têm razão e julgar a lide empatada. Ele terá que resolver a disputa, ponderando interesses e criando argumentativamente a norma que considera adequada para o caso concreto. Tal circunstância aumenta o seu poder individual e reduz a objetividade e previsibilidade do direito. Mas a culpa não é nem do juiz nem dos tribunais. A vida é que ficou mais complicada, impedindo o legislador de prever soluções abstratas para todas as situações.

STF: contramajoritário e representativo

De tudo o que se disse, é possível concluir que o Judiciário se expande, sobretudo, nas situações em que o Legislativo não pode, não quer ou não consegue atuar. Aqui se chega ao ponto crucial: o problema brasileiro atual não é excesso de judicialização, mas escassez de

boa política. Nesse cenário, imaginar que a solução esteja em restringir o papel do Judiciário é assustar-se com a assombração errada. O que o País precisa é restaurar a dignidade da política, superando o descrédito da sociedade civil, particularmente em relação ao Legislativo. É hora de diminuir o peso do dinheiro, dar autenticidade aos partidos e atrair vocações. Enquanto não vier a reforma política necessária, o STF terá de continuar a desempenhar, com intensidade, os dois papéis que o trouxeram até aqui: o contramajoritário, que importa em estabelecer limites às maiorias; e o representativo, que consiste em dar uma resposta às demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas tradicionais.

Há uma última questão delicada associada à expansão do papel do STF: sua relação com a opinião pública. Todo poder político, em um ambiente democrático, é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. A autoridade para fazer valer a Constituição, como qualquer autoridade que não repouse na força, depende da confiança dos cidadãos. Mas há sutilezas aqui. Muitas vezes, a decisão correta e justa não é a mais popular. E o populismo judicial é tão ruim quanto qualquer outro. Um Tribunal digno desse nome não pode decidir pensando nas manchetes do dia seguinte ou reagindo às do dia anterior. Faz parte da sabedoria política universal que tentar agradar a todos é o caminho certo para o fracasso. Sem cair nessa armadilha, o STF tem servido bem à democracia brasileira e merece o reconhecimento da sociedade.



Responsabilidade do Município sobre desabamento em área de risco

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL
APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000166-03.2007.8.19.0060
RELATOR: DESEMBARGADOR CLAUDIO DE MELLO TAVARES

Vistos, relatados e discutidos esses autos de Apelação Cível nº 0000166-03.2007.8.19.0060, em que é **apelante V. E. e outro e apelado o Município de Sumidouro**.

ACORDAM os Desembargadores que compõem a Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **por unanimidade, em negar provimento ao recurso, no termos do voto do Desembargador Relator**.

Cuida-se de ação indenizatória, proposta por V. E. e C. E., em face do Município de Sumidouro.

Os autores afirmaram que, em 4.10.2007, em razão das chuvas que caíram na cidade, parte do telhado de sua casa desabou, havendo, ainda, risco de uma grande pedra cair sobre ela. Assim, tiveram que deixar a casa e alugar um imóvel para moradia, cujo custo vem lhes causando privações, visto que somente o segundo autor tem remuneração para manter a família.

Alegando que era previsível ao Município réu que, em caso de chuvas fortes, fatalmente haveria danos às pessoas daquela localidade, deve ele responder de forma objetiva pelos danos suportados pelos autores.

Portanto, requereram a condenação do réu ao pagamento de R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), referente ao aluguel pago por eles, além dos alugueres que se venceram ao longo da lide, a título de danos materiais, bem como em danos morais, no valor de R\$ 17.500,00 (dezessete mil e quinhentos reais), arcando, ainda, com os ônus sucumbenciais.

Contestação, às fls. 37/46, arguindo preliminar de carência de ação, por impossibilidade jurídica do pedido,



Desembargador Claudio de Mello Tavares, membro do Órgão Especial do TJERJ

e de ausência de interesse processual, bem como de ilegitimidade passiva. No mérito, alegou, em síntese, que as chuvas causaram diversos prejuízos materiais e sociais à cidade de Sumidouro assim como às cidades vizinhas, havendo várias famílias que perderam suas casas, inclusive com perda de vidas; foi enviado consulta ao Ministério das Cidades para inscrever o Município no programa de apoio e construção de casas habitacionais para atender as famílias cujas residências foram atingidas, sem haver qualquer resposta neste sentido; inexistência de negligência do réu, uma vez que não há registro de que famílias perderam casas nos anos anteriores; a Defesa Civil estava no local e decidiu pela demolição do imóvel dos autores, tendo o réu disponibilizado alojamento para os desabrigados, mas a primeira autora não o ocupou, alegando problemas especiais de sua filha, o que não comprovou, preferindo alugar um imóvel para morar; o réu não participou do ato lesivo, tendo tomado as medidas necessárias para minorar o sofrimento vivido pelos autores, devendo ser julgados improcedente os pedidos exordiaais, caso superadas as preliminares arguidas.

Réplica, às fls. 57 vº.

Audiência de conciliação, conforme assentada à fl. 66.

Novos documentos a partir de fl. 67, e audiência finalizadora, à fl. 86, com conciliação sem êxito.

O MP manifestou falta de interesse no feito.

Na sentença, às fls. 87/93, foi julgado procedente em parte o pedido, condenando o réu a pagar aos autores o aluguel que vem sendo despendido pelos mesmos, conforme contrato por cópia às fls. 29/30, devendo os valores pretéritos ser apurados em liquidação de cálculo, pelo Contador, com juros de 1% ao mês e correção monetária desde a citação, julgando improcedente o pedido de dano moral, tudo com base no art. 269, I, do CPC. Deixou de condenar o réu em custas, por ser isento, bem como em honorários advocatícios, tendo vista o patrocínio gracioso da Defensoria Pública.

Apelam os autores, às fls. 99/103, requerendo a reforma da sentença, para julgar procedente, também, o pedido de indenização por danos morais, considerando que a experiência vivida pelos autores não se trata de mero dissabor, bem como para que haja condenação do réu em honorários advocatícios em prol da Defensoria Pública, que é órgão do Estado, possuindo orçamento próprio, na forma da Lei Estadual nº 1.146/87, não havendo que se falar em confusão.

Não foram apresentadas contrarrazões, conforme certidão, à fl. 108.

A douta Procuradoria de Justiça, às fls. 115/121, oficiou no sentido de que seja conhecido e provido parcialmente o recurso, apenas, para condenar o réu ao pagamento de honorários advocatícios e, em sede de reexame necessário,

sugere que seja fixado um termo final para a obrigação de pagar aluguel para os autores, imposta ao Município réu.

É o relatório

A presente lide deve ser resolvida atentos à peculiaridade da questão social que nos é submetida, merecendo ser examinada dando relevância ao princípio da dignidade humana, assegurado no texto constitucional (artigo 1º, III)

O ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade.

Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo (Ives Gandra da Silva Martins, in “Caderno de Direito Natural - Lei Positiva e Lei Natural”, n. 1, 1ª edição, Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985, p. 27).

Tratam-se de efeitos de desabamento de casa construída em área de risco, situação que envolve o problema de moradia da camada social pobre, que se agrava em face de fenômenos da natureza, como chuvas, envolvendo, portanto, várias casas.

Existência de culpa concorrente, visto que os autores/apelantes sabiam dos riscos e o assumiram ao construírem a casa em local perigoso, e o Município réu deixou de exercer a fiscalização que lhe competia de impedir a construção de casa em área de risco.

Assim, não pode ser excluída a responsabilidade do poder público, principalmente municipal, na solução do problema.

A solução mostra-se complexa, devendo ser tomada considerando, não só o caso isolado trazido aos autos, mas toda população pobre envolvida em situações de mesma natureza.

Diante das circunstâncias dos autos, correta a condenação do Município réu de arcar com o custo do aluguel do imóvel, suportado pelos autores/apelantes, até que lhes seja viabilizado um imóvel para morar, através de programa público destinado a tal fim.

O fato de não ter havido autorização do órgão público para a locação de uma moradia para os autores/apelante não exime a responsabilidade do Município réu/apelado de indenizar tais custos, diante de sua atitude omissiva.

Ressalte-se que cabe ao Estado “lato sensu”, envolvendo as três esferas (federal, estadual e municipal), viabilizar a solução definitiva, não só para os autores/apelantes, mas, também, para as demais famílias pobres que ficaram desabrigadas em face de fatores naturais aliados à omissões do Poder Público.

A douta Procuradoria de Justiça opina que, em reexame necessário, seja fixado um termo final para a obrigação de arcar com o custo de aluguel imposta ao Município réu, considerando que o valor de R\$ 350,00



(trezentos e cinquenta reais) mensais, despendido há mais de três anos deste processo, já atinge a cifra de R\$ 12.600,00 (doze mil e seiscentos reais), e pode ser ilimitado devido à ausência de previsão de termo final na sentença, o que certamente não caracterizará o preço da modesta casa perdida pelos autores.

Mostra-se lógica a conclusão do “Parquet”, de que a ausência de termo final para a obrigação do Município de pagar aluguel mensal para os autores ensejará uma indenização em valor muito superior ao real dano material sofrido por eles, em face dos fatos narrados na inicial.

Por outro lado, impõe-se ponderar que se o Poder Público não se omitir, mais uma vez, tomando medidas eficientes e eficazes para viabilizar, em curto tempo, o problema de moradia dos autores/apelantes, os custos poderão ser reduzidos.

Conclui-se que a responsabilização do Município no presente caso não está atrelada ao valor do dano material sofrido pelos autores, mas à responsabilidade do Poder Público com a assistência social, principalmente, quando se trata de camada pobre da sociedade, desprovida de condições de arcar, por si só, com a moradia de sua família e que ainda se vê atingida por calamidade pública, cujos efeitos foram agravados pela omissão do Estado.

Assim, não há como fixar um termo final para a obrigação do réu de arcar com os custos do aluguel de moradia para os autores, a não ser, até a data em que

disponibilizar uma casa ou apartamento a estes, decorrente de programas de atendimento às vítimas.

Ressalte-se que o custo da demora na solução do problema em questão dependerá da gestão pública, não podendo ser suportado pelos autores.

Entretanto, poderá o Ministério Público, utilizando-se dos mecanismos jurídicos que lhe são assegurados constitucionalmente, buscar a responsabilização por eventual improbidade administrativa geradora de prejuízo ao patrimônio público, em face da demora da viabilização de moradia popular aos autores e prolongamento excessivo da obrigação de pagar o aluguel previsto nestes autos.

Considerando que na família dos autores/apelantes não houve vítimas e, principalmente, que há culpa concorrente dos mesmos, descabe a condenação do réu/apelado a indenizá-los a título de danos morais.

Em relação ao Município não há que se falar em confusão com a Defensoria Pública, que é órgão estadual, devendo ser afastado o motivo constante da sentença para a não condenação do réu em honorários advocatícios em favor do referido órgão.

Entretanto, em reexame necessário, impõe-se aplicar a regra do art. 21 “caput” do CPC, tendo em vista a evidente sucumbência recíproca, uma vez que foi julgado improcedente o pedido de indenização por danos morais.

Face ao exposto, nega-se provimento ao recurso voluntário, mantendo a sentença em reexame necessário. 

Análise de Impacto Regulatório

Ferramenta a serviço da transparência e da eficiência da regulação

Patrícia Sampaio - Professora da FGV Direito Rio

Sergio Guerra - Professor Titular de Direito Administrativo da Escola de Direito da FGV Direito Rio

A Constituição Brasileira de 1988 dispõe que o Estado Brasileiro se estrutura sob a forma democrática, tendo por objetivo garantir a dignidade e o bem-estar dos cidadãos, valorizando o trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo político. Ademais, na sua função reguladora, o Estado deve atuar de forma a promover a fiscalização, o fomento e o planejamento das atividades econômicas. Atua, portanto, preponderantemente sob a perspectiva regulatória.

Atualmente, parte da regulação estatal é exercida por entidades dotadas de certa autonomia em relação ao Chefe do Poder Executivo: as agências reguladoras. Essas agências atuam (ou devem atuar) na busca do equilíbrio sistêmico do mercado regulado, sendo exemplos de setores regulados telecomunicações, transportes, energia elétrica etc. O fenômeno da regulação, todavia, apresenta-se mais amplo do que as atividades exercidas no interior das agências reguladoras, envolvendo desde as Casas Legislativas, os decretos do Chefe do Poder Executivo e demais atos normativos expedidos por entidades e órgãos administrativos, nas três esferas da federação.

Tendo em vista o fenômeno da regulação do Estado sobre a economia, foi desenvolvido no direito comparado um mecanismo que visa avaliar os impactos dessas decisões nos mercados regulados. É a denominada Análise de Impacto Regulatório (“AIR”), cada vez mais em voga no cenário brasileiro. Trata-se de um instrumento voltado ao mapeamento das consequências positivas e negativas que podem advir da regulação de relevantes temas de um determinado setor ou matéria.

A AIR constitui, assim, um mecanismo de auxílio aos reguladores, devendo ser utilizado quando se estiver discutindo a necessidade de se adotar ou não determinada

regulação, seja em âmbito legislativo, seja em sede administrativa, que tenham um amplo espectro de incidência. A abrangência dos efeitos de uma decisão, a justificar o manejo de AIR, costuma estar prevista na legislação e ser atrelada a uma expressão monetária (por exemplo, decisões que aumentem os custos acima de um determinado valor), podendo, ainda, ter por consideração a quantidade de pessoas potencialmente atingidas com a normatização (a título ilustrativo, uma decisão capaz de afetar mais de um milhão de agentes ou consumidores).

No Brasil, não há uma lei geral que exija a adoção de AIR ou defina os casos em que sua utilização será mandatória. Isso, no entanto, não tem impedido entidades administrativas federais de iniciarem experiências na sua utilização, a partir das diretrizes sugeridas pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE e da experiência dos países que a adotam. Nesse sentido, o Decreto 6.062/07 instituiu o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação – PRO-REG, no âmbito do qual estão sendo realizadas atividades de capacitação dos servidores públicos para implantação dos mecanismos de AIR nas entidades reguladoras federais.

A finalidade da AIR consiste em oferecer múltiplas alternativas ao órgão, entidade ou Poder do qual seja requerida uma decisão, acompanhadas de uma análise quanto aos seus potenciais custos e benefícios, em termos econômicos, concorrenciais, sociais e ambientais, dentre outros. Ao se buscar avaliar, *ex ante*, os impactos que podem advir da implantação de novas políticas públicas, por meio de atos regulatórios normativos, busca-se evitar a tomada de decisões equivocadas, cujos custos sociais terminem por suplantando os benefícios esperados ou, ainda,



Prof. Sergio Guerra

cujos efeitos venham a se mostrar contrários ao interesse público que se pretendia originalmente tutelar. O resultado de uma análise de impacto regulatório é a elaboração de um relatório final de caráter orientador, não-vinculante ao órgão competente para a tomada de decisão.

Ocorre que, embora na teoria inquestionável – pois ninguém advogará contra a importância de serem evitadas políticas públicas cujos custos suplantem seus benefícios – na prática a mensuração e o sopesamento desses custos e benefícios envolvidos no equilíbrio de um sistema regulado pode se apresentar uma tarefa bastante complexa, já que essa medição é, em si, uma dificuldade, além de poder ser questionado se todos os benefícios advindos da adoção de uma determinada política pública podem ser objetivamente mensurados. A inexatidão de informações, a disparidade de técnicas de mensuração, a utilização de diferentes taxas de desconto, ademais da sempre difícil resposta acerca de quanto vale, em termos econômicos, uma política de maior segurança para o consumidor, uma vida salva etc., são elementos que apontam no sentido de que a análise de impacto regulatório não seja um instrumento infenso a ressalvas, não tanto em sua concepção teórica, mas no que tange às diferentes formas com que pode ser implementada na prática.

Como forma de suplantar essas limitações, deve-se promover o maior engajamento possível dos diferentes segmentos da sociedade, atuar com transparência e buscar sempre a objetivação das considerações que sejam realizadas ao longo do processo.

De fato, a principal virtude da AIR reside em abrir espaço para que sejam esclarecidos os elementos que estão sendo levados em conta na discussão que culminará na decisão ao final adotada, permitindo um

debate público e dotando o processo decisório de maior racionalidade e transparência, de modo a promover a eficiência administrativa e, simultaneamente, preservar a liberdade individual e a autonomia privada. Por isso, necessariamente deve haver um período de submissão das propostas que estejam em análise ao escrutínio público, mediante processos de consulta e audiência públicas.

Do ponto de vista jurídico, AIRs a serem desenvolvidas no âmbito da Administração Pública serão formalizadas em processos administrativos, tendo início com o diagnóstico de um problema que, na visão inicial do regulador, estaria a requerer uma resposta normativa. A partir da identificação dessa demanda, tem início um processo de obtenção e análise de documentos e informações que permitirão uma tomada de decisão mais racional, pois que objetivamente embasada.

Para que a AIR funcione adequadamente, mostra-se fundamental que o órgão ou ente que a esteja desenvolvendo receba o máximo de informações sobre o tema, dos mais diferentes grupos que potencialmente possam ser (positiva ou negativamente) afetados pela medida e, inclusive, de outras áreas do próprio governo. Para esse fim, será relevante prever mecanismos institucionalizados de participação da sociedade civil, dos agentes econômicos, assim como das demais esferas governamentais, em suas específicas áreas de expertise, as quais deverão fornecer subsídios ao órgão que estiver realizando a análise.

Uma relevante colaboração/previsão nesse sentido foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela nova lei concorrencial brasileira, que entrou em vigor no último mês de maio de 2012. Preocupada com a possibilidade de que excessos ou omissões regulatórias possam permitir a distorção das condições de concorrência nos mercados, a Lei 12.529/2011 previu expressamente que a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF), um dos dois órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, especialize-se na função de cooperação institucional com outros órgãos na promoção dos valores concorrenciais. Nesse sentido, seu artigo 19 atribuiu à SEAE a competência de “promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade”, especialmente para as seguintes finalidades:

- opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas;
- opinar, quando considerar pertinente, sobre minutas de atos normativos elaborados por qualquer entidade

pública ou privada submetidos à consulta pública, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;

- opinar, quando considerar pertinente, sobre proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;

- elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo CADE, pela Câmara de Comércio Exterior ou pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou órgão que vier a sucedê-lo;

- elaborar estudos setoriais que sirvam de insumo para a participação do Ministério da Fazenda na formulação de políticas públicas setoriais nos fóruns em que este Ministério tem assento;

- propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do País;

- manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos;

- encaminhar ao órgão competente representação para que este, a seu critério, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificado ato normativo que tenha caráter anticompetitivo.

Verifica-se, assim, um exemplo recente no direito brasileiro de introdução de previsão legal a exigir que as tomadas de decisões concorrencialmente relevantes sejam objeto de prévia análise por um órgão especializado (SEAE/MF), visando a um melhor planejamento das políticas públicas setoriais que estejam sendo gestadas ou revisitas no âmbito de outras esferas governamentais. Pense-se, por exemplo, nos amplos impactos concorrenciais que podem advir de projetos normativos de liberalização de setores da economia; que aumentem ou reduzam barreiras à entrada em um mercado; que introduzam direitos comercialmente relevantes (p.ex., normas relativas a direitos de propriedade intelectual); normas setoriais que busquem implementar objetivos de políticas públicas regionais, econômicos ou ambientais.

Como visto, o órgão que estiver realizando uma AIR deve preocupar-se em mapear os possíveis setores que serão afetados pelo problema vislumbrado e as possibilidades de solução que estejam sendo discutidas. Uma dessas alternativas, inclusive, deve ser a de não editar uma nova regulação (“não fazer nada”), ou seja, o órgão que estiver conduzindo a análise deverá questionar quais



Profa. Patrícia Sampaio

são os custos e benefícios de não modificar o ordenamento jurídico, e quem ganha e quem perde com essa solução.

Do prisma do direito comparado, merece menção que o Presidente dos Estados Unidos, em Ordem Executiva intitulada “Melhorando a Regulação e a sua Revisão” (*Executive Order* 13.563,/2011) apresentou cinco instruções aos órgãos administrativos, todas voltadas aos impactos que podem ser gerados pela regulação. Nesse sentido, observou que:

(1) a Administração Pública somente deve propor ou aprovar nova regulação quando haja uma “determinação embasada de que seus benefícios justificam seus custos”, embora reconhecendo que alguns desses custos e benefícios podem ser de difícil quantificação;

(2) reguladores devem moldar as normas de modo a impor “o menor custo possível à sociedade”, e que seja consistente com os objetivos regulatórios visados, devendo considerar, sempre que aplicável, os custos decorrentes de um (excessivo) acúmulo de normas;

(3) deverão ser selecionadas as soluções que maximizem benefícios líquidos em termos de potenciais impactos econômico, ambiental, para a saúde e segurança públicas, dentre outras finalidades conforme aplicável, além de impactos distributivos e de equidade;

(4) os reguladores devem privilegiar a determinação de objetivos a serem atingidos, ao invés de enfatizar os comportamentos ou formas para cumprimento das obrigações impostas aos entes regulados; e

(5) os reguladores devem se preocupar em identificar e considerar as alternativas que estejam disponíveis à “regulação direta” de um determinado problema, devendo ser consideradas também hipóteses como a outorga de

incentivos econômicos para encorajar comportamentos desejados (como, por exemplo, a cobrança de taxas ou de licenças, ou a determinação de publicação de determinadas informações, a partir das quais o público possa tomar suas próprias decisões).

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, por sua vez, estabeleceu um guia de orientação para países que desejem realizar AIR (OCDE, *Building an institutional framework for regulatory impact analysis*, 2008). De acordo com este documento, o processo de AIR, para ser exitoso, deve se preocupar em:

- verificar se o problema se encontra corretamente definido;
- se há necessidade de intervenção governamental para sua solução, tomando em consideração a natureza do problema identificado, os prováveis custos e benefícios da atuação governamental, as alternativas disponíveis (não tomar qualquer medida, promover a autorregulação, atuar diretamente no mercado, dentre outras);
- a partir das considerações acima, verificar se a regulação é realmente a melhor forma de intervenção;
- se há amparo legal para a atuação;
- esclarecer quais serão os órgãos de governo que deverão estar envolvidos nessa regulação e, quando for o caso, dispor sobre as formas de sua coordenação;
- analisar se os benefícios esperados com a regulação justificam seus custos, e se está clara a distribuição dos seus efeitos entre os diferentes segmentos da sociedade;
- se a regulação pretendida está redigida de forma clara, coerente e acessível aos destinatários da norma;
- se houve oportunidade de efetiva manifestação por parte de todas as parcelas da sociedade possivelmente interessadas (geralmente esta exigência é atingida mediante consultas e audiências públicas);
- se a regulação, uma vez implantada, será realmente cumprida, ou seja, se existem mecanismos efetivos para garantir o *compliance*.

Corroborando o quanto já foi anteriormente exposto, não se deve perder de vista que o sucesso da AIR depende, em grande medida, do momento em que o processo é deflagrado. Quando se inicia a AIR após o tema já estar muito avançado internamente no âmbito do órgão, ente ou Poder que deverá tomar a decisão – de modo que pré-concepções já tenham sido construídas – torna-se mais difícil que a AIR possa realmente atingir os objetivos a que visa. Assim, é muito importante, para a sua aplicação exitosa, que o procedimento seja iniciado tão logo o problema, que em tese demandaria uma solução regulatória, tenha sido identificado.

Outra observação relevante consiste em que, tendo em vista que a atividade de regulação não se cinge ao âmbito das agências reguladoras, a Análise de Impacto

Regulatório não constitui uma ferramenta à disposição apenas das agências reguladoras, mas pode ser de grande utilidade a todos os órgãos governamentais que tenham que tomar decisões regulatórias com elevado impacto potencial. Portanto, a edição de decretos, atos de conselhos interministeriais, assim como a gestação de novos marcos regulatórios no âmbito do próprio Poder Legislativo podem se beneficiar da realização de AIR.

Por outro lado, a legislação deve se preocupar em esclarecer as situações que necessariamente necessitarão de AIR, pois, do contrário, corre-se o risco de criar excessiva burocracia no âmbito do desenvolvimento das políticas públicas. Apenas matérias de elevada envergadura, em razão do impacto financeiro esperado ou quantidade de pessoas potencialmente afetadas, deve suscitar o manejo desse instrumento.

Em razão da complexidade envolvida no processo de elaboração da regulação, alguns países constituíram um órgão de melhoria da sua qualidade (o “*oversight body*”). Na origem, este órgão tem por finalidade colaborar e garantir a coerência e aperfeiçoamento da atividade regulatória, podendo, dentre outras funções, auxiliar os órgãos competentes na realização das AIRs. Não se pode desconsiderar, no entanto, o potencial risco de que esse órgão de supervisão termine, na prática (apesar de não ser essa a sua concepção teórica), transformando-se em verdadeiro órgão de controle ou revisor da regulação por parte do Poder Executivo, o que deve ser de todo evitado.

Faz-se importante mencionar, por fim, que a AIR deve ser realizada não apenas no momento de edição de novas normas, mas ser considerada um processo periódico, devendo os órgãos reguladores ser igualmente estimulados a revisar cotidianamente a qualidade da regulação em vigor, de modo a promover a revogação de normas sobrepostas, contraditórias ou desnecessárias, além da consolidação dos textos normativos, de modo a facilitar o acesso e a sua compreensão por parte dos diversos segmentos interessados da sociedade, inclusive daqueles que não tenham formação específica na matéria.

Entretanto, numa sociedade com crescente demanda por bens e serviços, em que se prevê que o poder aquisitivo das classes menos abastadas sustentará o PIB do país nos próximos anos, cabe às empresas em geral, especialmente as de livre atuação no mercado e que geram milhares de demandas para o Judiciário, o dever de assumir rapidamente suas responsabilidades corporativas e atuar de forma contundente e profunda nas causas dos problemas originados em suas atividades, permitindo que nossos Magistrados se dediquem a perseguir sua real e nobre vocação, qual seja, o ideal de Justiça, para o bem da sociedade em geral.



Reforma trabalhista

Narciso Gonçalves dos Santos

Advogado
Presidente do Sindicato das Empresas de Transportes
de Passageiros de Nova Iguaçu – TRANSÔNIBUS

É inegável a urgência de uma reforma trabalhista, ou de uma revisão que seja, no estágio atual do ordenamento jurídico sobre relação jurídica de emprego.

A legislação atual, com o natural e desejável escopo protetivo do trabalhador, demanda revisão para permitir uma flexibilização das rígidas normas vigentes, de sorte a viabilizar o crescimento da economia e, consequentemente, das oportunidades de emprego decente e sustentável.

Costuma-se sustentar, sem fundamento, que toda vez que se fala em flexibilização se quer, realmente, a supressão de direitos trabalhistas. Não é verdade.

O trabalho, como direito social do indivíduo e fonte de subsistência digna do trabalhador, não se proporciona com palavras, nem com simples intenções. O ideal fora da realidade, da reserva do possível, transforma-se em mero devaneio.

Estamos diante de uma economia globalizada, mas não de uma sociedade globalizada, que não permite um regramento dito voltado para o social, sem uma visão mais ampla do que ocorre no mundo, diante da manifesta transcendência econômica do trabalho. Assim, legislar sobre direito do trabalho sem considerar o direito econômico, especialmente, o direito econômico do trabalho, é editar lei tendente a acirrar o conflito entre capital e trabalho, incapaz de promover verdadeira Justiça Social.

Fenômenos como o da terceirização de serviços, tele-trabalho, cooperativismo, empresa individual de responsabilidade limitada, são resultantes da realidade imposta pela economia.

Causa surpresa que nos dias atuais ainda surjam, por exemplo, projeto de lei que pretenda impedir a terceirização por concessionárias de serviços públicos ou de emenda constitucional que busque assegurar ao empregado doméstico a plenitude dos direitos dos empregados urbanos e rurais, mais prejudicando que beneficiando essa classe de trabalhadores, pelo estímulo à informalidade, ambas as hipóteses em total falta de sintonia com a atualidade econômica.

O Direito do Trabalho não pode continuar apartado do Direito ao Trabalho e a Justiça do Trabalho como a Justiça dos desempregados. Antes de se tutelar o emprego é preciso criar-se o emprego. O social e o econômico juntos no Direito Econômico do Trabalho.

Washington Albino Peluso de Souza, em estudo sobre o Direito Econômico do Trabalho¹, ressalta com absoluto descortino dos tempos atuais:

Voltemos, portanto, ao Trabalho, nos institutos do Direito Econômico. Por certo, enquanto “fato econômico”, figura como conteúdo da norma de todos eles. Seu posicionamento quanto aos resultados, porém, difere de uns para os outros. Na relação “custo benefício”, tanto econômico como social, comparece nos dois lados da relação. Na Produção, entra na formação do custo, figurando ao mesmo tempo como o primeiro indicador do preço, que se concretiza na Circulação, passando a receber avaliação na Repartição pelo ganho (salário), para encerrar o ciclo no Consumo, a partir da relação entre as necessidades a serem satisfeitas e os recursos para fazê-lo, definindo a qualidade de vida.

A política econômica referente a estas etapas corporifica-se em instrumentos jurídicos que antecedem, e por vezes, se sobrepõem ao “contrato de trabalho”. Efetivamente, até que este seja concretizado, haverá medidas legais de política econômica que garantam o emprego, que determinem o “quantum” do salário a ser pago e as necessidades a que deva atender, tão importantes, como vimos, que chegam a assumir hierarquia constitucional.

A revisão ou a reforma trabalhista é uma imposição que, diversamente dos que a rejeitam, tende a permitir uma flexibilização que possa aliar o fato econômico ao fato social com o equilíbrio necessário ao alcance do justo.

A negociação entre empregadores e empregados tornou-se, gradativamente, imperativo lógico de solução do conflito entre capital e trabalho, pela maior aproximação dos atores sociais, sobrepondo-se ao quase sempre olímpico distanciamento do legislado.



Para tanto, deve-se buscar a plenitude da liberdade sindical para o fortalecimento da autonomia da vontade privada coletiva e sua manifestação pela representatividade dos sindicatos na defesa dos interesses de trabalhadores e patrões, na regência preferencial das relações individuais de trabalho, obviamente sob a garantia dos direitos sociais constitucionais dos trabalhadores.

O conhecido estudioso do trabalhismo, José Pastore, em artigo recentemente veiculado no jornal “Estado de São Paulo”, sob o título “A era dos acordos coletivos”, em 19 de junho do corrente, é enfático ao afirmar que “o Brasil precisa de regras que respeitem o que é negociado entre as partes. Não há razão para a lei ou a sentença querer dar a última palavra sobre o que julgam ser bom ou ruim para empregados e empregadores.”

Com efeito, se a Constituição da República passou a assegurar o direito de greve, libertou os sindicatos, ainda que ainda não plenamente, das amarras estatais, e reconheceu a força obrigatória das convenções e acordos coletivos, o fez, inequivocamente, para viabilizar a regulamentação dos direitos trabalhistas pela via do contrato normativo, de modo a permitir a substituição do legislador pelos próprios agentes envolvidos na relação material, como fonte autônoma de Direito do Trabalho.

Realce maior merece o fato de que três dentre os incisos que relacionam os direitos sociais dos trabalhadores

admitem a própria flexibilização de seus comandos por convenção ou acordo coletivo, justamente os que tratam das condições primordiais do contrato de trabalho: salário e duração do trabalho.

O prestígio da negociação coletiva, como fonte primordial do direito do trabalho, resultaria, ainda, em manifesto benefício para a própria Justiça do Trabalho, na medida em que levaria à diminuição do número de conflitos e, por conseguinte, na redução do excessivo número de ações que hoje está a desafiar a capacidade dessa nobre Justiça Especializada de cumprir a sua missão constitucional até então desempenhada a contento, a custo de enorme esforço daqueles que, com reconhecida dedicação e espírito público, estão investidos da responsabilidade pela entrega da prestação jurisdicional desejada pela sociedade como um todo.

Em conclusão, aguarda-se que o Brasil, na evolução econômica e social que ostenta no cenário mundial, aprimore sua legislação trabalhista, como ferramenta indispensável ao seu contínuo crescimento.



Nota

¹ http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_54/Washington_Souza.pdf

A Constituição de 1988 e o grevismo abusivo

Ney Prado

Membro do Conselho Editorial
Presidente da Academia Internacional de Direito e Economia

I- Introdução

Nenhum **poder**, nenhuma **liberdade**, nenhuma **faculdade**, nenhum **direito**, enfim, é absoluto. Propositadamente referimo-nos a todas essas categorias para pôr em evidência seu denominador comum ético; a limitação de seu exercício.

A greve pode ser considerada como um poder grupal, cujo exercício a ordem jurídica reconhece; como a expressão de uma liberdade, que uma constituição garante; como uma faculdade de manifestação coletiva, que a lei assegura; ou como um direito, como está na Constituição de 1988 (art. 9º, *caput*) – mas, em todos os casos, estamos diante do conceito doutrinário de direito subjetivo: um interesse juridicamente protegido.

Aí estão, nesses dois parágrafos, as dimensões do direito de greve: seu conteúdo que vem a ser o interesse de seus titulares, e seu exercício, que vem a ser o atingimento das finalidades de quem dele faz uso.

Sem um perfeito entendimento científico desses dois conceitos, confundir-se-á o direito com seu exercício, o interesse com a finalidade, o meio com o fim; erros palmares que podem conduzir, quem neles labora, a consequências desastrosas. Dou como exemplo, as afirmações desinformadas de que a Constituição de 1988 consagrou um direito absoluto ou irrestrito à greve, acentuando o que pareceria ser um ângulo socialmente positivo, ou de que a nova Carta estimulou o grevismo irresponsável, sublinhando, o que também pareceria ser um ângulo socialmente negativo.

Quando o legislador não estabelece, pelo poder de polícia, os limites ao exercício de um direito, não significa que esses limites não existam. Igualmente, quando o legislador estabelece condições e restrições ao exercício de um direito, não significa que não lhes possam ser opostos quaisquer outros limites quando se trate de resguardar valores superiores da ordem jurídica.

Com ou sem o poder de polícia, a doutrina do abuso de direito tem sido milenarmente utilizada como técnica para conter o exercício de direitos dentro dos limites do justo, do razoável, do legítimo ou do lícito; seja qual for a denominação que lhes prefira dar.

O certo é que o abuso de direito, além de sólida construção doutrinária, foi incorporado ao direito positivo brasileiro como um instituto de correção; genericamente, no art. 160 do Código Civil, a contrário senso, ao reconhecer ilicitude no exercício irregular de um direito e, especificamente, agora, no art. 9º, parágrafo 2º, da Constituição de 1988 para efeito do exercício do direito de greve.

Temos, portanto, institucionalizado, ao longo das condicionantes e restrições, o abuso de direito de greve como ato ilícito capaz de sujeitar seus responsáveis às penas da lei.

Parece, portanto, apropriado ao direito do trabalho, ramo do direito público cuja finalidade é a composição dos interesses entre o trabalhador e a empresa, que se adote o conceito objetivo-finalístico para a interpretação fiel do que seja abuso de direito de greve na nova Carta brasileira (art. 9º, parágrafo 2º).

Em consequência, a responsabilidade pelos abusos estender-se-á a todos os espectros da responsabilização jurídica pelo ilícito.

Na nova ordem constitucional, o exercício de greve deixou de estar fulcrado na habilidade do legislador de prever abusos e, com isso, restringi-los, e passou a depender da habilidade do próprio grevista em evitar abusos, pois, se os cometer, responderá sob as penas da lei.

Em outros termos: variou a responsabilização quanto ao abuso. Em vez de restringir-se às sanções de polícia, definidas na hipótese de violação de suas normas, a responsabilização do grevista, individual ou coletivamente, ampliou-se às sanções civis, penais, administrativas e trabalhistas.

Essa opção do legislador constitucional de 1988, em vez de beneficiar o grevista, dando-lhe segurança jurídica no exercício de seu direito, paradoxalmente, a pretexto de dilatar-lhe o direito de greve, acabou por torná-lo mais problemático e inseguro, pois o submete a novas, graves e amplas responsabilidades.

A lei 7.783/89, promulgada com o propósito de regulamentar o teor do texto constitucional, seguindo a prevalência existente no direito comparado, como não poderia deixar de ser, atendeu a esses comandos, definindo, no seu artigo 10, o que são considerados serviços ou atividades essenciais.

II - Condições atuais para o exercício do direito de greve

O direito de greve está positivado, como tal, no art. 9º, *caput*, da Carta de 88, tal como o fazia à anterior, de 69, no seu correlato art. 165, XXI; inovação surge no submetê-lo a expressões que condicionam e restringem, no nível constitucional, o seu exercício e cominam, expressamente, penas da lei a seu abuso.

Estamos, portanto, diante de um tratamento positivo bem mais extenso e complexo do que aquele que estava vigente na ordem constitucional pretérita, em que se assegurava aos trabalhadores o direito de greve (art. 165, XXI), salvo nos serviços públicos e nas atividades essenciais definidas em lei (art. 162).

Da formulação lacônica do instituto, tal como se lia nos dispositivos referidos, da Carta de 1969, passamos, portanto, a uma expressão bem mais complexa, sem precedentes em nossos textos constitucionais.

Assim é que o legislador constitucional, embora pretendendo ampliar o direito de greve, fê-lo apenas quanto ao seu conteúdo, deixando-o à discrição dos seus exercentes, mas, ao mesmo tempo, condicionou seu exercício a tais condições: a) que a greve seja decidida pelos trabalhadores; b) que essa decisão considere a oportunidade de seu exercício; e c) que essa decisão defina os interesses que pretendam defender pelo exercício desse direito.



Observe-se que não houve inovação substancial quanto à natureza do direito de greve: as Constituições anteriores já o tinham como uma paralisação coligada do cumprimento do contrato de trabalho, por parte dos trabalhadores, e assim está mantido. A inovação está, portanto, no tratamento constitucional das limitações, não existentes em 1969 e introduzidas em 1988.

O legislador constitucional, que tradicionalmente havia deixado ao ordinário dispor sobre as limitações, o que se fazia através de prescrições de poder de polícia, preferiu, desde logo, estabelecer essas condições, com o evidente intuito de deslocar do Poder Público para os trabalhadores a responsabilidade pela compatibilização do exercício do direito de greve com a ordem jurídica.

A decisão dos trabalhadores é, portanto, condição *sine qua non*; só ela preenche o requisito constitucional. Sem ela, o direito à greve não é exercitável. A greve é um direito social de quem trabalha – um direito individual do trabalhador, embora de expressão coletiva. Quem faz greve, portanto, não é a pessoa jurídica, não é o sindicato, mas o trabalhador, o único que pode exercitá-la e, portanto, decidi-la.

A função do sindicato é sinérgica: buscar a coalizão, que, conforme a doutrina é um dos elementos do direito de greve, mas não se substitui à vontade dos associados. Daí resulta que o direito de greve só se torna exequível



Ney Prado, membro do Conselho Editorial

quando há decisão inequívoca dos trabalhadores, pois a eles “compete”, na expressão constitucional, fazê-lo. É um poder-dever, pois se não é exercido não há caracterização da greve. Trata-se de uma decisão que há de ser regularmente tomada, em assembleia da categoria, de modo a provar-se, se necessário e a qualquer tempo, perante o Poder Judiciário, a satisfação das condições constitucionais.

Não basta, porém, que os trabalhadores decidam entrar em greve: a Constituição lhes comete, ainda, o preenchimento conjunto de duas condições que, antes, poderiam ser definidas em lei e, agora, lhes compete preencher. O fato de lhes ser privativa a decisão não implica que seja dispensável. Não há disponibilidade: a Carta de 1988, ao valorizar a decisão dos trabalhadores, enfatizou, simetricamente, sua responsabilidade: *uli ônus, ibi commodus*.

Ontem, bastava aos trabalhadores se conterem nos limites estabelecidos pela lei específica, definidora do

poder de polícia; hoje, é necessário que os trabalhadores decidam sobre a oportunidade de exercer o direito de greve e sobre os interesses que devam, por meio dele, defender.

A decisão sobre a oportunidade é o preenchimento constitucionalmente exigível de condição essencial ao exercício do direito de greve. Só sua expressão formal permitirá verificar-se se seu exercício foi ou não regular. O trabalhador tem a faculdade de escolher a oportunidade de exercitar o seu direito, não, porém, de forjar uma falsa oportunidade onde ela não exista, nem possa existir. A faculdade é para escolher entre alternativas juridicamente possíveis e não de simulá-las. Assim, por exemplo, não há oportunidade jurídica para entrar em greve para rever um acordo coletivo em vigor.

Outra condição constitucional para o exercício do direito de greve prende-se à decisão sobre os interesses que devam, por meio dele, ser defendidos. À semelhança do que já foi examinado, embora a escolha do interesse a ser defendido seja discricionária atribuída aos trabalhadores, esses interesses, não obstante, devem existir, ser juridicamente defensáveis (possibilidade jurídica) e ser faticamente defensáveis (possibilidade material). Em outros termos: não basta a existência de interesse declinado, mas é também condição, a ser preenchida pelos

grevistas, a compatibilidade fática e jurídica dos interesses defendidos com a relação sociolaboral, tal como constitucionalmente balizada. Não se está, de modo algum, dando um “cheque em branco” para o exercício do direito de greve, pois discricionariedade não é arbítrio; quando se comete aos trabalhadores a faculdade de decidir que interesses desejam defender não se lhes está abrindo campo ao capricho, à emulação e à subversão dos valores agasalhados pela ordem jurídica.

Não preenchem, portanto, as condições constitucionais de exercício as greves sem fulcro naqueles interesses tipicamente laborais, os “interesses dos trabalhadores” enquanto trabalhadores assalariados. Greve, sem objetivar interesses legítimos e próprios desses trabalhadores e, ainda, sem que se caracterize dissídio sobre tais interesses e que, portanto, suscite a necessidade de serem defendidos (art. 9º, *caput, in fine*) é constitucionalmente inexercitável, como seria, por

exemplo, a de solidariedade ou a movida por motivos religiosos ou políticos.

Como se pode observar, o *caput* do art. 9º, ao mesmo tempo que transfere da lei para o trabalhador o encargo de definir oportunidade do exercício do direito de greve e dos interesses a serem defendidos, estabelece deveres e responsabilidade novos.

Mas, enquanto com relação às condições o legislador constitucional preferiu transferir aos trabalhadores o encargo de realizá-las discricionária e casuisticamente, com relação às restrições, a Carta de 1988 optou por cometer ao legislador ordinário o encargo de estabelecê-las. É o preceito do art. 9º, § 11, que passamos a analisar.

Nesse dispositivo se inserem tais comandos ao legislador infraconstitucional: a) definir o que sejam serviços ou atividades essenciais; b) definir o que sejam necessidades inadiáveis da comunidade; c) dispor para que estas últimas sejam atendidas no caso de deflagração de greve que as comprometa e; d) a definição do que se constitui abuso de direito.

A Lei nº 7.783/89, promulgada com o propósito de regulamentar o teor do texto constitucional, seguindo a prevalência existente no direito comparado, como não poderia deixar de ser, atendeu a esses comandos. Assim, no seu art. 10 define o que são considerados serviços ou atividades essenciais, *verbis*: “I – tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; II – assistência médica e hospitalar; III – distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; IV – funerários; V – transporte coletivo; VI – captação e tratamento de esgoto e lixo; VII – telecomunicações; VIII – guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; IX – processamento de dados ligados a serviços essenciais; X – controle de tráfego aéreo; XI – compensação bancária”.

O art. 11 dispõe, ainda, que “nos serviços ou atividades essenciais os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Por último, o art. 14 estabelece que: “constitui abuso do direito de greve a inobservância das normas contidas na presente Lei, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho”¹.

Verifica-se, portanto, que na nova ordem constitucional o direito de greve, como qualquer outro, não é absoluto nem ilimitado em seu exercício. Há balizamentos constitucionais para qualquer de suas duas distintas modalidades.

Em especial, o exercício do direito de greve deixou de estar fulcrado apenas na habilidade do legislador de prever abusos e, com isso, restringi-los, e passou a depender da

habilidade do próprio grevista em evitar abusos. Se os cometer, responderá sob as penas da lei.

A Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, que veio regulamentar o exercício do direito de greve, não se ateve apenas à configuração do abuso de direito (art. 14) e à fixação das responsabilidades pelos atos praticados (art. 15), alongando-se, em vários artigos, na disciplina das condições formais (arts. 3, 4 e 5) e substanciais (arts. 9, 10, 11, 12 e 13) das greves.

III - O intervencionismo pela Justiça do Trabalho

Estabelecidas as necessárias conclusões deste trabalho: que o direito de greve, instituído na constituição de 1988, na sua enunciação geral, tem tríplice limitação jurídica quanto ao seu exercício – condições, restrições e abuso – cabe, agora, definir o tratamento do seu controle judiciário de legalidade.

A regra está claríssima no art. 114, “competê à Justiça do Trabalho processar e julgar: (...) II – as ações que envolvam exercício do direito de greve; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Está implícito que, à Justiça do Trabalho, em dissídio coletivo (art. 114, § 2º), cabe examinar e julgar da legalidade do exercício do direito de greve, sob o tríplice referencial: a) se estão preenchidas as condições constitucionais (art. 5º, *caput*); b) se estão respeitadas as restrições constitucionais (art. 9º, § 1º); e c) se não foram cometidos abusos (art. 9º, § 2º).

Longe, portanto, de limitar-se a aceitar a greve como mero fato jurígeno, ao arrepio da Constituição, que diz, com absoluta clareza, tratar-se de um direito, a Justiça do Trabalho deve considerar seu exercício como um ato jurídico, com sua elementação básica perfeitamente definível: a) agente capaz – o trabalhador, articulado em órgão que seja legitimado para recolher sua decisão, como o prescreve o art. 8º, I, *caput*; b) objeto lícito – se a paralisação do trabalho está convalidada pela observância dos limites constitucionais, examinados neste trabalho; c) forma prescrita ou não defesa em lei – se a expressão de vontade dos trabalhadores foi recolhida por um sindicato devidamente registrado (CF, art. 8º, I) e com atendimento aos princípios democráticos que regem as decisões coletivas.

Cabe, também, à Justiça do Trabalho, no uso da sua competência de julgar “outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho”, a apuração das responsabilidades individuais e coletivas em razão do exercício do direito de greve, provocada pela parte que se apresentar como interessada ou pelo Ministério Público.

Ao apreciar, em especial, o abuso de direito, e para formular seu julgamento, a Justiça do Trabalho confrontará as consequências advindas do exercício do direito de greve *in casu*, com os valores jurídicos, constitucionalmente adotados, que lhe cabe resguardar, aplicando as sanções que

“Um modelo desejável seria, em tese, aquele que possibilitasse às próprias partes elaborarem os seus próprios códigos de regulamentação e pudessem exercer o direito de greve pelos meios que entendessem convenientes, independentemente de qualquer intervenção do Estado.”

forem de sua competência no âmbito da relação trabalhador/empresa, mas enviando cópia de suas decisões ao Ministério Público, sempre que houver indício ou prova da prática de crime, para a devida propositura da ação penal.

Quanto às consequências civis, a decisão da Justiça do Trabalho, transitada em julgado, estabelecerá a materialidade do evento causador do dano, a autoria e a configuração do abuso de direito, que o torna reparável por seu causador ou causadores, procedendo-se, na própria Justiça Laboral, a determinação da culpa e do valor da reparação.

Da mesma forma, a condenação por abuso de direito do empregador, na oposição ao exercício do direito de greve, uma vez definida na Justiça do Trabalho, será título suficiente para ajuizar a ação de ressarcimento em juízo trabalhista, nele apurados, então, a culpa e o montante da eventual indenização, tudo conforme a atual previsão constitucional (emenda 45, art. 114, inciso II).

Finalmente, à Justiça do Trabalho compete “o inarredável poder-dever de contrastar o exercício do direito de greve, com suas tais limitações constitucionais, relativamente às condições, às restrições e ao abuso, prolatando decisões declaratórias ou declaratórias condenatórias em quaisquer dos casos”².

IV - Conclusão

É necessário novamente observar que, não obstante a greve seja reconhecida como direito, nem por isso desapareceram as limitações e condicionamentos. “**Há limites de comportamento individual e coletivo** para a greve, porque ela não pode gerar impunemente a agitação descontrolada e agressiva capaz de comprometer o exercício

de direitos fundamentais, como o de locomoção, o direito à integridade física, o direito ao patrimônio. Há **limites temporais**, porque os interesses coletivos a defender podem, em certo momento, comprometer a realização do interesse público, como, por exemplo, tornando insustentável a continuidade de determinado serviço ou atividade, de modo a comprometer gravemente a segurança das pessoas e das instituições, quando não da própria ordem pública”³.

Na democracia, como regra, todo intervencionismo estatal, principalmente na greve, é censurável. Nos países de consciência sindical bem desenvolvida a repulsa a qualquer tipo de regulamentação estatal vem da classe trabalhadora, por acreditar que ela pode, na prática, a pretexto de disciplinar o exercício da greve, acabar por castrar o próprio direito.

Um modelo desejável seria, em tese, aquele que possibilitasse às próprias partes elaborarem os seus próprios códigos de regulamentação e pudessem exercer o direito de greve pelos meios que entendessem convenientes, independentemente de qualquer intervenção do Estado.

No caso brasileiro certas limitações ao exercício da greve são imperiosas, tendo em vista o incipiente estágio de desenvolvimento do mundo sindical. De fato, o nosso passado pendular e cíclico, ora populista, ora autoritário, fez com que o verdadeiro conceito democrático de greve nunca fosse suficientemente compreendido e praticado. Para os de formação autoritária e corporativista, a greve continua a ser um instrumento altamente perigoso à estabilidade da ordem política, econômica e social do País, e, como tal, deve sofrer dura restrição ao seu exercício por parte do Estado. Por outro lado, na visão dos populistas e demagógicos o exercício da greve deve ser amplo e irrestrito, a fim de melhor servir aos seus propósitos de cunho político-partidário.

Esses dois posicionamentos, nitidamente antidemocráticos, precisam ser obviamente desconsiderados. A Lei nº 7.783 de 28.6.89, que regulamentou o direito de greve consagrado no art. 91 da Constituição, em que pese o seu caráter intervencionista, está adequada às condições do Brasil de hoje, na medida em que possibilita o exercício do direito de greve, limitando-o apenas nas hipóteses de abuso. 

Notas

¹ Acrescenta o seu parágrafo único que: “Na vigência de acordo, convenção ou sentença normativa não constitui abuso do exercício do direito de greve a paralisação que: 1- tenha por objetivo exigir o cumprimento de cláusula ou condição: 11 - seja motivada pela superveniência de fato novo ou acontecimento imprevisto que modifique substancialmente a relação de trabalho”.

² Ney Prado. A Justiça do Trabalho e o Direito de Greve, *Suplemento Trabalhista*, LTr, Ano XXV, n. 10/89.

³ Marcelo Pimentel, *O Estado de São Paulo*, 30 de maio de 1989.



Desembargador Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Juízes e advogados

Entendendo a relação

Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho - Desembargador do TJERJ

Sergio Tostes - Advogado e membro da COMCI/TJERJ¹

As boas relações entre juízes e advogados são como uma viga mestra do Poder Judiciário, conforme a preciosa e sempre atual lição de Calamandrei de que as atividades de ambos são como vasos comunicantes, não se podendo elevar ou baixar o nível de uma sem idêntico desdobramento sobre a outra.

No Brasil dos tempos modernos, o Judiciário acumulou, quase que por gravidade, a função de poder moderador. Não é, pois, por acaso que sempre que anomalias políticas acontecem, ou se prenunciam, surgem tentativas de limitar, monitorar, ou de alguma forma influenciar a atuação do Judiciário. É fato histórico que nas horas difíceis em que o Judiciário teve seus predicamentos ameaçados, advogados e magistrados deram-se os braços. O maior exemplo de quanto, historicamente, essa atuação conjunta

foi exitosa é o retorno à democracia plena, quando menos no campo formal, consubstanciada na Constituição de 1988, que muito se deve ao papel exercido por advogados e juízes, irmanados na luta pela restauração das garantias e franquias democráticas no País.

Seria tapar o sol com a peneira não reconhecer que, nos dias de hoje, essas relações estão um tanto esgarçadas. A crise no ensino do Direito, consequência da anárquica massificação das últimas décadas, a ampla mobilidade social por que estamos passando e inúmeros outros fatores estão no vértice do problema, e não serão resolvidos a curto prazo. Mesmo porque há fatores políticos e de ordem pública que estão fora do alcance de magistrados e advogados. Mas algo deve ser feito, e a responsabilidade de fazê-lo recai sobre os ombros dos profissionais mais experimentados de ambos os setores.



Foto: Arquivo pessoal

Sergio Tostes, advogado

Como ponto de partida, algumas premissas devem ser enfatizadas: i – magistrados e advogados devem se respeitar mutuamente; ii – magistrados e advogados devem reconhecer que não existirá Poder Judiciário socialmente eficaz sem a comunhão de esforços de ambos; iii – magistrados e advogados devem ter um indelével comprometimento com o aprimoramento da Justiça; iv – magistrados e advogados exercem funções essencialmente diferentes, mas absolutamente complementares, e cada qual tem que saber conviver com essa diferença que, na verdade, representa uma frutuosa dialética quando alicerçada pelo reconhecimento das próprias e recíprocas limitações.

Por óbvio, em cada segmento existem bons e maus profissionais. Os maus não servem de paradigma e devem ser levados a mudar de conduta ou, se necessário, ser afastados de suas atividades, sempre por seus pares, sob pena de contaminar suas respectivas atividades. Os bons profissionais do Direito, face ao compromisso que juraram ao escolher suas profissões, dele não podem se afastar. E, mais, em nome de seu juramento devem laborar para que as premissas sejam permanentemente fortalecidas.

Começemos, então, fazendo nossa autocrítica: magistrados e advogados não podem aceitar e, muito menos compactuar, com o irregular, o extravagante e o excessivo. Ao proteger, ou mesmo ignorar, quem assim procede, estará praticando um inaceitável corporativismo. Na verdade, levando a efeito verdadeira autofagia. Não há que se ter receio, pois, de se insurgir contra os maus

profissionais, pois essa é uma atitude de legítima defesa de nossas instituições e de suas mais assentadas raízes democráticas e republicanas. É nosso dever fazê-lo, pois desde os tempos bíblicos a maçã podre pode contaminar as boas. E o contrário, até por razões químicas, nunca acontece.

Continuemos, pelo respeito de uns pelos outros e pelo reconhecimento das diferenças. O juiz ao exercer sua vocação faz uma escolha pelo servir ao seu semelhante. Em contrapartida, deve receber a remuneração justa, compatível com a função que exerce na sociedade como um profissional de enorme responsabilidade jurídica e social, e, como tal, ter para si e sua família o conforto merecido, descabendo a argumentação demagógica frequentemente utilizada de compará-lo com iniciantes ou jejunos em direito, face à sua notória capacitação testada em árduos concursos públicos. Muito menos, com profissionais ou servidores públicos de outras áreas, que não tenham idêntica responsabilidade constitucional e legal, ou, ainda, isentos do ônus da dedicação exclusiva. A única exceção permitida ao magistrado é o magistério superior que, em geral, remunera com acintosa parcimônia e por não ser de interesse imediato da magistratura, mas sim uma forma de suprir notória carência de quadros na atividade docente, ainda mais em um país de dimensões continentais como o nosso. Enfim, a remuneração deve propiciar ao magistrado uma vida segura e estável que lhe permita total independência no exercício de seu mister.

Já o advogado, como profissional liberal autônomo, ou mesmo como empregado, exerce uma atividade de risco. O compromisso com a ética e os bons princípios deverá estar sempre presente como primado inafastável para juízes e advogados. Exercendo atividade de risco, ao advogado, embora tal se constitua exceção à regra geral, é possível atingir patamares remuneratórios mais elevados do que aqueles dos juízes. No entanto, na maioria das vezes, o advogado passa por dificuldades imensas, tanto financeiras quanto para o bom exercício da profissão. Nem magistrados, nem advogados podem ignorar essas peculiaridades e comparar situações que não são comparáveis. Alguns magistrados, por vezes, se sensibilizam negativamente quando advogados recebem remunerações substanciais, em especial as verbas sucumbenciais, mas deixam de levar em consideração que a parte oponente, apesar de todo engenho e arte que empreendeu, recebeu quase nada ou, muitas vezes, literalmente nada. E mais, a verba remuneratória diz respeito a muitos anos de trabalho intenso e, como usual, é dividida entre os vários profissionais que atuaram na questão. Esta é a álea inerente à advocacia que não está presente no exercício da magistratura.

O respeito de parte a parte é a chave mestra. Da parte do advogado, saber que sua questão, por mais importante que lhe pareça, não é a única sob responsabilidade do magistrado. Saber que a urgência de seu cliente, por si só, não tem o condão de alterar as prioridades gerais. Saber que o magistrado precisa bem entender suas postulações, que, para tal, devem ser claras, diretas e objetivas. Saber que, ao fim e ao cabo, o que lhe compete é demonstrar qual é o melhor direito aplicável aos fatos em discussão e que o magistrado exercerá seu livre convencimento sobre o que lhe foi apresentado. Não gostou do entendimento do juiz? Interponha o recurso cabível, e exponha, de novo, sua argumentação. O duplo grau de jurisdição, insculpido na Constituição Federal, é um dos pilares da democracia.

Da parte do magistrado, aplicar a si todas as regras que deseja sejam obedecidas pelos advogados, tais como ser pontual, estar disponível no seu local de trabalho, assumir o comando da execução dos procedimentos atribuídos àqueles que com ele trabalham, seja na sua assessoria, nas secretarias, ou nos cartórios. Nunca perder a noção de que os advogados representam clientes, partes que veem a Justiça exclusivamente pelo ângulo do que acontece naquele seu processo específico. E, principalmente, não ter receio de receber e ouvir as ponderações dos advogados. Ouvir os advogados oponentes, juntos ou separadamente, muito ao invés de lhes dificultar o trabalho, vai ajudá-lo a melhor entender a questão. Um antigo magistrado conhecido e respeitado, além de seu sólido conhecimento jurídico e humanístico, pela lhanza uniforme de trato a

“Continuemos, pelo respeito de uns pelos outros e pelo reconhecimento das diferenças. O juiz ao exercer sua vocação faz uma escolha pelo servir ao seu semelhante.”

colegas, advogados, membros do Ministério Público e, principalmente, serventuários diz que de tanto receber advogados, face a face, aprendera que lhe era possível melhor avaliar quem estava representando o bom direito. Reconhece, enfim, que o contato pessoal muito o ajudou em sua carreira.

Não podem ser esquecidos, nessa ressonância quase magnética das paixões forenses, o Ministério Público (advogado da sociedade no painel de 1988), a Defensoria Pública (advogada dos que, em grande contingente humano, se apresentam como hipossuficientes econômicos), as Procuradorias dos diversos entes públicos (vale dizer, os advogados da União, dos Estados e dos Municípios) e os serventuários judiciais (que têm sobre seus ombros a tarefa de carregar a pedra de Sísifo colina acima, sempre em número diminuto para o geométrico crescimento da demanda judicial), cada qual com seu papel inconfundível nesse panorama da cena judiciária.

Enfim, sem nenhum desdouro aos demais personagens do mundo jurídico, e numa linguagem quase crua, o futuro da Justiça no nosso país depende, em dimensão substancial, do comportamento e do exemplo de magistrados e advogados. Somos parceiros numa empreitada que as circunstâncias dos dias atuais nos apresentaram: o Poder Judiciário é o portão de entrada para o país mais justo, seguro e forte que desejamos para nossos filhos e netos. E o encargo está em nossas mãos, juízes e advogados, protagonistas na luta para a efetividade dos direitos fundamentais e das garantias outorgadas pela Carta da República. Em suma, justiça e democracia são irmãs gêmeas, e, como na velha parábola, juízes e advogados não estão apenas colocando tijolo sobre tijolo. Estão, juntos, construindo uma catedral. 

Nota

¹ Comissão Mista de Comunicação Institucional do TJERJ

Mediação e conciliação

Reflexões para evitar a judicialização

Kátia Junqueira | Diretora Jurídica do Grupo Gas Natural Fenosa Brasil

Introdução

Os conflitos fazem parte do cotidiano da humanidade desde o início dos tempos como fenômeno sociológico, tanto nas relações familiares quanto nas relações sociais. Dessa forma, a origem da mediação em sentido informal, confunde-se com a origem da própria Humanidade.

Partindo do ponto de vista filológico, podemos dizer que os verbos mediar e conciliar traduzem a intenção de estabelecer uma harmonia, um equilíbrio entre dois pontos ou seres. Vejamos:

Mediar... Do latim *mediare*, significa:

2 Ficar no meio de dois pontos, no espaço, ou de duas épocas, no tempo; 4 Pertencer à média¹.

Conciliar... Do latim *conciliare*, significa:

1 Pôr(-se) de acordo, pôr(-se) em harmonia; congraçar(-se);
2 Combinar(-se), harmonizar(-se); 3 Aliar(-se), unir(-se); 4 Atrair, captar, conseguir, granjear².

É essa ideia de equilíbrio e harmonia que se transporta para o ambiente das relações sociais, com efeitos jurídicos quando se fala em mediação e conciliação nos conflitos consumeristas entre particulares e empresas.

A mediação e a conciliação se constituem em duas das diversas formas alternativas de solução de controvérsias capazes de evitar a judicialização desses conflitos, sendo métodos não adversariais e formas de disseminar a cultura do diálogo e da pacificação social, por embutirem a filosofia de inexistência de vencidos ou vencedores.

Similitudes e Distinções Básicas entre Mediação e Conciliação

Tanto na mediação quanto na conciliação as partes submetem voluntariamente um conflito à solução por meio

da intervenção de um terceiro, facilitador do entendimento, que lança mão de técnicas adequadas para tanto.

Ambas caracterizam-se pela simplicidade de seu processo e pressupõem uma informalidade e agilidade extremamente acentuadas, principalmente pelo uso intenso da oralidade, além da flexibilidade decorrente da composição amigável dos interesses, com o objetivo de transformar uma situação inicialmente conflituosa em uma situação final satisfatória para os envolvidos.

Com efeito, na mediação e na conciliação as partes são figuras ativas, que precisam estar dispostas a transigir quanto aos pretensos direitos que entendem deter e também em relação aos objetivos colimados, sendo eles copartícipes das soluções resultantes do uso desse mecanismo.

Vale lembrar que a mediação e a conciliação estão alicerçadas no princípio da autonomia da vontade, segundo o qual as partes são livres para pactuar como quiserem e o que quiserem e, portanto, é prerrogativa das partes decidir pela conveniência, ou não, da instauração da negociação, não havendo obrigatoriedade de submissão do conflito aos mediadores e conciliadores.

Tecnicamente, a diferença entre a mediação e a conciliação reside exatamente no papel destinado ao terceiro interveniente. Enquanto mediador, esse terceiro apoia as partes para que delas mesmas surja a solução, enquanto que, na conciliação, o terceiro tem a iniciativa de propor às partes a solução para o conflito.

Entretanto, seja qual for o papel desse terceiro na composição do conflito, não há dúvidas de que a mediação e a conciliação são extremamente importantes na função de apaziguar ânimos e permitir uma solução amigável de conflitos, contribuindo sobremaneira na redução das demandas judicializadas.



Responsabilidade Social Corporativa e Mediação e Conciliação

A prática das grandes corporações nos dias de hoje vem se modernizando e se adaptando aos modernos princípios de responsabilidade social corporativa, introduzidos no Brasil em meados da década de 90, a reboque da globalização e do surgimento das primeiras organizações civis não governamentais no País.

O Livro Verde da Comissão Europeia³ conceitua a responsabilidade social corporativa como sendo aquela em que as empresas voluntariamente “decidem contribuir para uma sociedade mais justa e para um ambiente mais limpo”.

Nesse sentido, em linhas gerais, é possível afirmar que a responsabilidade social surge como uma contribuição voluntária e complementar do particular ao Estado e à sociedade, em relação a uma obrigação principal estatal, em razão da evidente dificuldade do Estado em cumprir seu papel de provedor e atender integralmente às demandas da sociedade.

No caso da Justiça, a obrigação estatal de prover jurisdição é inafastável, tendo previsão constitucional com base no que dispõe a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXV:

a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Dessa maneira, surgindo algum conflito na relação consumidor / usuário *versus* empresa, é certo que deve haver por parte da pessoa jurídica envolvida, uma postura contributiva para solucionar a demanda, evitando que a mesma alcance a esfera judicial, auxiliando a árdua tarefa jurisdicional estatal, notadamente em razão do proveito econômico obtido pelo provedor na prestação de bens ou serviços, fato gerador da pendenga.

É certo que deve o empresariado responsável se posicionar frente ao mercado, de forma preventiva – e não apenas corretiva – para evitar ao máximo demandas judiciais de seus consumidores / usuários, afinal, o Poder Judiciário não é, nem pode servir de extensão e instância final da empresa. Esse, definitivamente, não é um papel que caiba ao Judiciário.

Não obstante, eventualmente erros podem ocorrer no exercício de qualquer atividade empresarial e é importante transformá-los em grandes oportunidades de melhoria.

É digno de nota, entretanto, que mesmo sendo alvo de reclamações de clientes, grandes grupos econômicos, em regra, possuem certificações de qualidade e a existência de eventuais reclamações contra a empresa, desde que, dentro das metas estabelecidas e validadas pelas entidades certificadoras, é algo perfeitamente aceitável, porquanto inerente a uma intensa atividade empresarial operada por seres humanos, sendo erros passíveis de ocorrer como em qualquer outra atividade, não traduzindo, necessariamente, um serviço de má qualidade ou inadequado de forma generalizada.

Entretanto, práticas equivocadas repetitivas devem ser alvo de rápida atuação. O primeiro passo é a identificação das causas desses problemas e o segundo, a atuação direta sobre os mesmos.

Por outro lado, não se pode olvidar que há por parte de alguns usuários / consumidores o que se pode chamar de abuso do direito de postular, o que, em certa medida, também contribui com o acúmulo de demandas no Judiciário e deve ser considerado.

De qualquer sorte, é fato que inúmeras demandas consumeristas vêm batendo às portas do Poder Judiciário e os grandes grupos empresariais vêm aderindo com sucesso à conciliação no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, como uma ferramenta para encerrar os litígios, estabelecendo tais práticas como consolidação de suas responsabilidades sociais corporativas e, em última análise, contribuindo com o Estado para mitigar os impactos desse tipo de demandas sobre a Justiça.

Base Constitucional, Legal e Jurídica

A utilização da mediação e da conciliação como meios alternativos de solução de conflitos no Brasil encontra-se prevista no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal (Emenda Constitucional nº 45, de

2004), que determina que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” – grifos nossos.

Com esse embasamento constitucional, o CNJ – Conselho Nacional de Justiça, em excelente iniciativa, lançou em 2006, por meio de sua então Presidente, a Ministra Ellen Gracie, o projeto “Conciliar é Legal”, cujo objetivo era promover, através da cultura da conciliação, a mudança de comportamento dos agentes da Justiça.

O CNJ continua a incentivar a política de conciliação no âmbito do Judiciário e por meio da Resolução CNJ n. 125, de 29/11/10, que instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, vem buscando concretizar o princípio constitucional do acesso à Justiça, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inciso XXXV da Constituição da República).

Um aspecto relevantíssimo nesse tema é a capacitação dos conciliadores e mediadores e, neste particular, é louvável a importância dada pelo CNJ à formação desses essenciais atores do processo, tanto que o Conselho exige uma formação mínima para a atuação destes nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, prevendo tal formação, inclusive a realização de estágio supervisionado.

A tendência da Justiça em incentivar essas formas de solução de conflitos se nota, inclusive, no Projeto do Novo Código de Processo Civil, resultado do trabalho da Comissão de Juristas presidida pelo Ministro Luiz Fux, que além de fazer diversas referências ao longo do texto ao mediador e ao conciliador, prevê especificamente essas figuras na condição de auxiliares da Justiça, vejamos:

CAPÍTULO III

DOS AUXILIARES DA JUSTIÇA

Art. 119. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, **o mediador e o conciliador judicial**.

- grifos nossos -

Uma Proposta Concreta: O Regulador na Prevenção da Judicialização de Demandas

Grandes grupos econômicos vêm tendo relevante participação no grande número de demandas judicializadas, que vêm assoberbando o Judiciário a tal ponto, que impede a sua dedicação a outros temas igualmente ou ainda mais relevantes. Muitos desses grupos exploram serviços públicos regulados e são fiscalizados e regulados por Agências Reguladoras.



Foto: Ana Wander Bastos

Essas Agências Reguladoras, criadas sob a forma de autarquias especiais, têm o papel de entes fiscalizadores das empresas concessionárias de serviços públicos, recebendo em contrapartida, e guardadas as devidas variações de nomenclatura, taxas de regulação, que visam, especificamente, suportar a estrutura fiscalizatória e regulatória desses entes da Administração Pública.

Não é de hoje que defendo a intensificação da atuação dos reguladores como entidades mediadoras/conciliadoras no âmbito administrativo, nas demandas originadas nos segmentos regulados entre concessionárias e usuários, de maneira a que esses órgãos da administração pública contribuam mais intensamente com a sociedade, evitando a judicialização desses temas.

Há casos concretos e bem sucedidos como o caso da Agência Reguladora de Serviços Públicos do Ceará – ARCE, que tem alcançado índices de sucesso nas mediações, próximos dos 100%. Entretanto, é preciso estender e intensificar essa atuação a outras Agências Reguladoras, aproveitando os recursos financeiros existentes.

Essa contribuição dos reguladores, a meu ver, requer um trabalho conjunto com o Poder Judiciário e me explico. É que a formação da mediação / conciliação no âmbito dos órgãos administrativos reguladores – autarquias –, ainda precisa de grandes aprimoramentos se compararmos o grau de eficiência de sua atuação com o dos conciliadores, atuantes no âmbito do Poder Judiciário.

Nesse ponto, alguns reguladores possuem um critério equivocado de medição de eficiência, sendo esta apurada com base no grande volume de processos abertos ou com base em elevado número e montante de penalidades aplicadas, o que se constitui num pensamento absolutamente retrógrado e equivocado, posto que incentivador de litigância e conflito, incompatível com a mediação e com a conciliação, sendo evidente a natureza distinta de objetivos e de focos de atuação entre as Agências Reguladoras e o Poder Judiciário.

Ao contrário, a estratégia dos conciliadores judiciais é calcada na estratégia do ganha-ganha, sem perder o foco no desincentivo à continuidade do conflito, postura esta seguramente decorrente de uma aprimorada formação técnica e profissional direcionada para a atuação pacificadora.

Dessa maneira, muito embora defenda a instância regulatória como uma instância *zero* para prevenir as potenciais futuras demandas judiciais, entendo que há que existir uma participação, supervisão e um controle muito próximos, ativos e contínuos das autoridades Judiciárias quanto à atuação das Agências nesse campo, para que os objetivos de prevenção da judicialização de conflitos sejam efetivamente alcançados e não frustrados.

Essa percepção se confirma na medida em que nos dias de hoje, ainda que as atividades de mediação/conciliação já sejam, em certa medida, exercidas pelos reguladores, não foram eles capazes de evitar o grande volume de demandas não solucionadas no âmbito dessa atividade, que diuturnamente desembocam no Judiciário.

Por isso, defendo a tese de que o Poder Judiciário, em razão da *expertise* detida e de seu grande interesse na questão, deva ter postos avançados de mediação/conciliação, com equipes treinadas e orientadas pelos próprios Tribunais, dentro das Agências Reguladoras, de maneira a que as reclamações relacionadas a pequenos usuários e consumidores recepcionadas pelas Ouvidorias das Agências sejam objeto de solução mediada ou conciliada, pela própria equipe treinada pelo Poder Judiciário e sob supervisão deste, tudo isso mediante a simples assinatura de Convênios de Cooperação entre o Judiciário e cada uma das Agências, notadamente porque a maioria dos Reguladores ainda não desenvolveu a cultura da mediação e da conciliação em sua forma plena.

O Judiciário – Uma Visão Contemporânea

O princípio da formalidade é um dos principais princípios norteadores do Direito.

As formalidades exigidas pelo Direito têm origem em épocas ancestrais e decorrem da forte influência do caráter religioso e sagrado atribuído ao Direito Romano, que fez com que sistema jurídico da época se fundamentasse em formas e procedimentos baseados em leis sagradas⁴.

Felizmente, o Direito vem evoluindo desde então, acompanhando a evolução da Humanidade e das relações sociais, libertando-se da demasiada formalidade, que gera lentidão na tramitação de processos no Judiciário.

Exemplo emblemático é o caso dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, criados em 1995, pela Lei Federal nº 9.099, caracterizados pela informalidade, oralidade e simplicidade dos atos processuais, norteados ainda pelo princípio da economia processual, tudo na tentativa de agilizar a prestação jurisdicional.

Nesse sentido, no Brasil, o Judiciário Brasileiro tem adotado nos últimos anos medidas que demonstram seu compromisso com a modernidade e com a evolução das relações sociais e jurídicas, sendo o incentivo à mediação/conciliação, extremamente mais informais, simples e ágeis, prova cabal disso.

Segundo dados do CNJ, o Brasil possui, aproximadamente, 87 milhões de processos judiciais em andamento, número absolutamente alarmante, que nos dá a ideia das condições de trabalho dos nossos heróicos magistrados e da importância da adoção das formas alternativas de solução de conflitos.

Porém, a prática da mediação/conciliação não retrata o velho aforismo segundo o qual “**mais vale um mau acordo que uma boa demanda**”, absolutamente, não! É certo que o objetivo desses meios alternativos de solução de conflitos é calcado na aplicação da teoria do ganha-ganha, desenvolvida por Ronald Shapiro em seu livro *The Power of Nice - How to Negotiate So Everyone Wins - Especially You*⁵, segundo a qual os dois lados da negociação devem sair vencedores, tendo como princípio básico que, para obter o que se deseja é imprescindível que a outra parte também alcance seu intento, sob pena de se frustrar o objetivo almejado. Nessa linha de atuação, a mediação e a conciliação no âmbito judicial, se constituem, portanto, em uma mudança no paradigma e numa nova forma de pensar as relações humanas, gerada pela evolução do pensamento jurídico, decorrente de uma reavaliação e priorização do que seja realmente importante para os jurisdicionados.

Quando o tema é a solução alternativa de conflitos, é justo reconhecer que a atuação do Poder Judiciário no Estado do Rio de Janeiro tem sido ímpar, se destacando

de forma notável pelas iniciativas de atender com maior agilidade a demanda dos cidadãos.

Nesse sentido, a Desembargadora Marilene Melo Alves, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, uma grande estudiosa e incentivadora dos meios alternativos de solução de conflitos, foi muito justamente agraciada em 2011 com o Prêmio Inovare, na categoria “Justiça”, com o programa de mediação de conflitos em comunidades pacificadas. Esse prêmio visa a apresentar iniciativas para modernizar a Justiça.

Outros magistrados fluminenses vêm igualmente se destacando pela forte atuação e incentivo em conciliar as demandas interpostas na esfera judicial, sendo figuras de ponta neste tema a Desembargadora Leila Maria Carrilo Cavalcante Ribeiro Mariano, o Desembargador Antonio Saldanha Palheiro, o Desembargador Cláudio dell’Orto e o Juiz Flávio Citro Vieira de Mello – pioneiro e inovador com o Expressinho em 1999 –, todos trabalhando em prol dos mutirões de conciliação realizados semanalmente no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

A Visão do Gestor Jurídico Empresarial

Juntamente com o Centro Permanente de Conciliação dos Juizados Especiais Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o Grupo Gas Natural Fenosa Brasil, do qual faz parte a Companhia Distribuidora de Gás do Rio de Janeiro – CEG tem participado com bastante sucesso dos mutirões objetivando a conciliação de interesses, além de realizar acordos pré-processuais.

Como gestora jurídica desse grupo econômico, minha visão é totalmente favorável às formas alternativas de solução de conflitos e a CEG, apesar de possuir pequeno volume de demandas judicializadas – extremamente inferior aos TOP 30 –, vem se destacando na tentativa de colaborar com o Poder Judiciário para preveni-las, atuando com o objetivo de reduzir ao máximo possível sua carteira de ações nos Juizados Especiais Cíveis. Nessa linha, desde julho de 2011, vimos participando de forma recorrente, dos mutirões de conciliação promovidos pelo Tribunal de forma bastante exitosa, graças ao apoio incondicional do Juiz Flávio Citro Vieira de Mello e da Desembargadora Leila Mariano, grandes incentivadores dessas práticas, além da competente equipe do Centro Permanente de Conciliação dos Juizados Especiais Cíveis.

Aliás, a CEG foi a primeira empresa na história dos mutirões de conciliação no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a alcançar 100% de acordos, o que ocorreu em julho de 2011 e vimos mantendo excelentes índices de desempenho em comparação com outras empresas.

Entretanto, entendo que aos gestores jurídicos das empresas cabe mais do que simplesmente conciliar nos mutirões. A nós gestores jurídicos, cabe, acima de tudo, a orientação

e defesa contundente de estratégias empresariais preventivas que evitem a chegada dos conflitos consumeristas à esfera judicial, estimulando as próprias empresas a solucionarem suas demandas em outra esfera que não a do Poder Judiciário, como forma de cumprimento das responsabilidades sociais corporativas, em benefício dos nossos clientes, do Poder Judiciário e, em última análise, da sociedade.

Conclusões

Com base nas reflexões aqui expostas, é possível afirmar que, realizar acordos num ambiente de mediação ou conciliação amigável, bem organizado e composto de especialistas capacitados a administrar os conflitos, acima de tudo, apaziguando-os de forma satisfatória às partes envolvidas, é uma estratégia inteligente das empresas a ser perseguida cotidianamente, e que só tende a ser positiva pela harmonização de interesses e satisfação recíproca, reduzindo custos para a empresa e para o Tribunal, ademais de satisfazer o ideal de rapidez almejado pelo consumidor/usuário para solução de sua demanda.

No entanto, não se pode continuar sobrecarregando o Judiciário com tamanho volume de trabalho, razão pela qual essa exitosa experiência de solução alternativa de conflitos pode e deve ser transposta, no caso dos serviços públicos concedidos, para o âmbito administrativo-regulatório das Agências Reguladoras, de forma a evitar a judicialização, atuando tais autarquias com base nas orientações e supervisão do Poder Judiciário Brasileiro, o grande *expert* no assunto e disseminador dessa cultura pacificadora.

Entretanto, numa sociedade com crescente demanda por bens e serviços, em que se prevê que o poder aquisitivo das classes menos abastadas sustentará o PIB do país nos próximos anos, cabe às empresas em geral, especialmente as de livre atuação no mercado e que geram milhares de demandas para o Judiciário, o dever de assumir rapidamente suas responsabilidades corporativas e atuar de forma contundente e profunda nas causas dos problemas originados em suas atividades, permitindo que nossos Magistrados se dediquem a perseguir sua real e nobre vocação, qual seja, o ideal de Justiça, para o bem da sociedade em geral. 

Notas

¹ Moderno Dicionário da Língua Portuguesa, Michaelis, Ed. Melhoramentos, 2ª. Edição, 2010

² Idem

³ LIVRO VERDE - Promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas, COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS, Bruxelas, 18.7.2001, COM(2001) 366 final.

⁴ da Silva, Claudio Henrique Ribeiro. Direito Romano Arcaico – Parte III, in WWW.ribeirodasilva.pro.br/direitoromano.html, em 22/07/12.

⁵ Shapiro, Ronald M., The Power of Nice - How to Negotiate So Everyone Wins - Especially You!, Ed. John Wiley & Sons, Inc., 2001.



A GENTE ACREDITA NESSA ENERGIA.

www.furnas.com.br

@furnas



FURNAS 55 ANOS.

MAIS DO QUE ENERGIA. POR DENTRO DO SISTEMA FURNAS
PASSA O ESFORÇO DE TRANSFORMAR O BRASIL EM UM LUGAR MELHOR.

Há 55 anos nascia Furnas, uma empresa comprometida com o crescimento do Brasil. Com 40% da energia do país passando pelo seu sistema, sendo 100% de toda a produção de energia limpa, a empresa é referência no setor elétrico. E é de olho no presente, mas sem esquecer o futuro, que Furnas investe cada vez mais em fontes que não agredem a natureza. A prova disso é o investimento de um bilhão de reais em geração de energia eólica em 17 parques no Nordeste, com 3 deles sendo inaugurados ainda este ano. Dessa forma, o país pode seguir contando com Furnas e, assim, comemorar os próximos anos em um Brasil ainda melhor.



Foto: Mariana Fróes

As empresas estatais e o controle societário do Estado

Beatriz Calero Garriga Pires | Advogada

1. O Conceito de empresas estatais

A expressão **empresa estatal** não possui um conceito legal genericamente formulado no âmbito da organização da Administração federal, como as expressões **empresa pública** e **sociedade de economia mista** receberam do Decreto-lei nº 200/1967 (DL 200). A Constituição Federal a ela se refere, e no plural – **empresas estatais** – no parágrafo 1º, do art. 177, conforme a redação dada pela Emenda Constitucional nº 9/1995, para designar aquelas empresas com as quais a União pode contratar as atividades integrantes da indústria do petróleo, ao lado das empresas privadas¹.

O conceito foi introduzido em nosso direito pelo Decreto nº 84.128/1979² que dispunha sobre o controle de recursos e dispêndios de empresas estatais e assim as considerou: (i) empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e todas as empresas controladas, direta ou indiretamente, pela União; (ii) autarquias e fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público; (iii) órgãos autônomos da Administração direta (DL 200, art. 172); e (iv) por equiparação, “as entidades e organizações de direito privado, que recebam contribuições parafiscais ou transferências do Orçamento da União e prestem serviços de interesse público ou social” (art. 2º, parágrafo único).

Atualmente, o termo é utilizado, no âmbito infra-constitucional, nas normas que regulam a organização interna do Poder Executivo, como o Decreto nº 3.735/2001, que estabelece diretrizes aplicáveis às empresas estatais federais e as define como as “empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto”. Posteriormente, o Poder Executivo editou o Decreto nº 6.021/2007, que cria a Comissão Interministerial de Governança Corporativa e de Administração de Participações Societárias da União – CGPAR, no qual a expressão ‘empresas estatais federais’ é tomada pelo conjunto de “empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais sociedades em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto”.

A doutrina, por sua vez, manifesta-se de forma majoritária³ no sentido de que a expressão **empresa estatal** designa determinadas entidades controladas direta ou indiretamente pelo Estado (Eros Grau, 1984, pg. 36, reconhece haver sinonímia entre as expressões **empresa sob controle do Estado** e **empresa estatal**), porém não há consenso a respeito da correspondência ou não a todas as sociedades exploradoras de atividade econômica em sentido amplo, ou seja, incluindo-se as prestadoras de serviço público, ou se abrange somente as que se dedicam à atividade econômica em sentido restrito.

Também é objeto de controvérsia se o termo abrange igualmente as fundações públicas. Diogo Figueiredo Moreira Neto (2006, pg. 265) afirma que as fundações públicas integram a noção de empresa estatal, posição que parece ser compartilhada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, pg. 412), para quem a expressão **empresa estatal** ou **governamental** corresponde a todas as entidades, civis ou comerciais, de que o Estado tenha o controle acionário, abrangendo as empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras empresas que não tenham essa natureza e às quais a Constituição faz referência, em vários dispositivos, como categoria à parte.

Eros Grau (1981, pg. 102) ensina que **empresa estatal** é noção ampla, “que engloba não apenas as empresas públicas e as sociedades de economia mista, mas também as demais que – embora controladas pelo Estado e por isso estatais – como aquelas não se confundem”. Para o autor, portanto, o que define a qualificação de empresa estatal é o seu controle pelo Poder Público.

Adotando o mesmo critério, Marcos Juruena Villela Souto (2003, pg. 67) escreve que a expressão **empresas estatais** constitui um conceito econômico amplo no qual estão reunidas não só as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias e controladas, mas

também “outras sociedades nas quais o Estado tenha participação no quadro social e, em razão da origem pública dos recursos a elas destinados, podem sofrer alguma espécie de controle governamental”. Para o autor, existem três tipos de empresas estatais⁴, no que concerne ao controle acionário:

I – as empresas públicas e sociedades de economia mista, denominadas pelo autor como **de primeiro grau**, criadas por autorização legislativa específica, diretamente pela entidade da Administração direta, tendo por fundamento o inc. XIX, do art. 37, da Constituição Federal;

II – as denominadas pelo autor como **sociedades de economia mista de segundo grau**, ou seja, as subsidiárias e controladas das descritas no parágrafo acima, cuja criação é ato decorrente do direito societário, com prévia autorização legislativa, porém, genérica e com fundamento no inc. XX, do art. 37; e

III – as controladas por entidades da administração pública, criadas sem autorização legislativa, que, por ausência de autorização legal, específica ou genérica, não seriam fenômeno da espécie ‘descentralização estatal’.

Atualmente, a gestão das empresas estatais federais é coordenada pelo Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais – DEST, órgão da estrutura do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, conforme o Decreto nº 7.675/2012⁵. A competência do DEST sobre as empresas estatais é definida em função do conceito que a expressão recebe no já citado Decreto nº 3.735/2001.

2. O controle societário estatal

O controle societário não decorre necessariamente da posição dominante no capital votante de uma sociedade e, por outro lado, esta posição dominante não leva, necessariamente, à titularidade do controle societário. À luz do direito privado, a noção de controle transcende a mera participação acionária e se fixa na efetiva direção da atividade social, por meio da indicação da maioria dos administradores da sociedade e da preponderância nas deliberações dos sócios, que constituem os critérios orgânicos estabelecidos pela Lei nº 6.404/76 (Lei das S.A.) e reproduzidos pelo atual Código Civil.

Por sua vez, as empresas estatais se caracterizam por estarem sob o controle direto ou indireto do Estado. A controvérsia surge quando se indaga se, para fins de caracterização do controle estatal, devem ser utilizados os critérios orgânicos da legislação privada ou exclusivamente o critério objetivo da maioria do capital votante da sociedade.

No que tange ao controle societário nas empresas públicas e sociedades de economia mista, o DL 200 descreveu o controle a ser detido pelo Estado como

sendo, respectivamente, do **capital exclusivo** da União (inc. II, art. 5º) e da **maioria das ações com direito a voto** (inc. III, art. 5º). Particularmente, em relação às empresas públicas, o DL 900, ao facultar a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno e de entidades da Administração indireta da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios em seu capital, determina que a **maioria do capital votante** permaneça de propriedade da União (art. 5º).

Já, para as sociedades de economia mista, o critério adotado foi o da maioria absoluta do capital social votante da companhia, ou seja, o **controle majoritário**, absoluto. Em que pese alguns autores defenderem a possibilidade de existência de uma sociedade de economia mista na qual a participação estatal no capital votante seja minoritária (ARAGÃO, 2009, pg. 44), mesmo que o acionista estatal seja considerado controlador à luz da lei acionária, entendemos não ser tal hipótese possível face às disposições do DL 200. A referência a essas sociedades como **sociedades de economia mista** é adequada apenas se considerarmos tal expressão em seu sentido amplo, abrangendo todas as sociedades nas quais há conjugação de capitais públicos e privados – aí incluídas também as sociedades de economia mista específicas do DL 200 – assumindo o sentido **empresas mistas**.

Desta forma, não seria possível a existência de sociedade de economia mista, mesmo figurando o Estado na qualidade de controlador à luz da legislação privada, se o controle estatal fundar-se em classes de ações ordinárias, vantagens políticas ou acordo de acionistas. Considerando que a criação de sociedade de economia mista necessita de lei autorizadora, norma hierarquicamente superior ao DL 200, poder-se-ia alegar, em tese, ser possível a lei criar uma sociedade de economia mista, na qual o Estado não detenha a titularidade da maioria do capital votante, mas que seu controle decorra de instrumentos estatutários ou contratuais de organização do controle⁶.

Mas tal hipótese é refutada pela maior parte da doutrina que exige, para a caracterização da sociedade de economia mista, a propriedade pelo Estado da maioria das ações com direito a voto da companhia, sendo tecnicamente indevido adotar a nomenclatura de sociedade de economia mista para sociedade com participação estatal minoritária (ARAGÃO, 2009, pg. 44). Eros Grau (2001, pg. 348) justifica tal exigência:

A participação majoritária do Estado no capital votante da sociedade de economia mista instrumenta sua supremacia (dele, Estado) na gestão da empresa, gestão empreendida não por razões meramente empresariais, como vimos, mas para dar atendimento aos interesses coerentes com as causas que justificaram sua criação e organização.

A utilização obrigatória da estrutura de sociedade por ações com maioria do capital votante detido pelo Estado permite que a associação de capitais públicos e privados se faça sempre sob o predomínio do ente público acionista, situado num plano distinto dos demais acionistas.(...)

A exigência de que o Estado detenha 51% do capital votante nela se dá a fim de que ele efetivamente detenha a direção da companhia, porque a ele incumbe o dever-poder de assegurar que sua administração e operações se desenvolvam segundo a causa final pressuposta da outorga da autorização legal para a sua criação e organização. Por isto a posição do Estado no quadro de acionistas da sociedade de economia mista há de ser, sempre, a de controlador da companhia.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, pg. 194), as empresas públicas e sociedades de economia mista são instrumentos de ação do Estado, auxiliares do Poder Público, sendo entidades voltadas, por definição, à busca de interesses transcendentais aos meramente privados. Por tal razão, a lei estabelece que a supremacia acionária votante terá de ser governamental. O que se quer é precisamente garantir que o seu controle absoluto, que a condução de seus destinos, seja estritamente da alçada do Estado, sem que possa repartir decisões, sejam quais forem, sobre qualquer assunto social com particulares. Walter Douglas Stuber (1982, pg. 18) escreve no mesmo sentido:

A qualificação do controle acionário é de fundamental importância no conceito de sociedade de economia mista. Segundo orientação da doutrina, acatada e traduzida em todas as leis que autorizam a constituição de sociedades de economia mista, o poder público deve deter pelo menos 51% das ações com direito a voto. Este controle permanente está estabelecido institucionalmente na lei federal, estadual ou municipal, que autorize a constituição da companhia considerada.

Estabelecido o critério objetivo da **maioria do capital votante** para a configuração do controle estatal nas sociedades de economia mista e da **integralidade do capital social** para as empresas públicas, passemos à análise do controle nas demais empresas estatais, formadas pelas subsidiárias, controladas e sociedades sob o controle direto ou indireto do Estado. Em relação a essas sociedades, a Constituição Federal, no inciso XX, do art. 37, se limita a subordinar à autorização legislativa a “criação de subsidiárias das sociedades de economia mista e empresas públicas”, assim como a “participação de qualquer delas em empresas privadas”⁷, sem, contudo, definir essas diferentes formas de participação societária e tampouco caracterizar o controle societário para tanto.

O termo **subsidiária** não possui uma definição na legislação societária do ordenamento pátrio. Ele é utilizado somente na expressão **subsidiária integral**, pela Lei das S.A. (art. 151), para designar aquelas companhias que possuem um único acionista, ou seja, cuja totalidade do capital social pertence a uma só sociedade. Porém, de forma genérica, a palavra é comumente utilizada para referir a toda sociedade que se encontra sob o controle de outra, seja este controle integral ou não, caracterizando a **sociedade controlada**⁸. É nesse sentido amplo que devemos tomar o emprego do vocábulo no texto constitucional, como anteriormente referido, pois, caso contrário, estar-se-ia vedando às sociedades de economia mista e empresas públicas constituir empresas controladas em parcerias com sócios minoritários.

Infraconstitucionalmente, é possível verificar a tendência legislativa de caracterizar o controle estatal com base no critério objetivo da maioria do capital social, como a Lei Complementar nº 101/2.000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que estabelece as normas de finanças públicas e define, para os fins de incidência da própria lei, a expressão **empresa controlada** como a “sociedade cuja maioria

do capital social com direito a voto pertença, direta ou indiretamente, a ente da Federação”⁹.

É o caso, também, da Medida Provisória nº 980/95, convertida na Lei Complementar nº 10.101/2000, que dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa, inclusive, as estatais. Tal diploma, em seu art. 5º, trata da participação dos trabalhadores dessas empresas, que são definidas como as “empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto”.

Recentemente, a Lei nº 12.535/2010, que regula a participação dos empregados das empresas estatais nos conselhos de administração, a elas se refere citando as empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto.

O critério da maioria do capital social com direito a voto é adotado pela Constituição, no art. 165, § 5º, para definir as empresas cujos orçamentos de investimento integram a lei orçamentária anual. O critério também aparece na

B | M Bergher & Mattos
Advogados Associados

Advocacia Criminal



“Como regra geral, somente podemos afirmar pela existência do controle estatal, quando a maioria do capital votante da sociedade investida pertencer ao Estado.”

definição de **servidor**, do Decreto nº 2.355/1987¹⁰, segundo o qual o termo compreende, dentre outros, “os dirigentes, conselheiros e empregados de empresas públicas, sociedades de economia mista, subsidiárias, controladas, coligadas ou quaisquer empresas de cujo capital o poder público tenha o controle direto ou indireto, inclusive em virtude de incorporação ao patrimônio público”.

O próprio Poder Executivo, por meio das normas que baixa a respeito da sua organização interna, adota o mesmo critério da maioria do capital votante da sociedade investida, para definição quanto à inclusão ou não da sociedade no conceito de **empresa estatal**. É o caso do Decreto nº 3.735/2001, que estabelece diretrizes aplicáveis às empresas estatais federais e as define como as “empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto”; e do Decreto nº 6.021/2007, no qual a expressão **empresas estatais federais** é tomada pelo conjunto de empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais sociedades em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social como direito a voto”.

3. Conclusão

Vemos, portanto, que os textos legais mais recentes¹¹ e as próprias normas de organização interna da Administração pública convergem para a figura da empresa estatal como aquela cujo capital votante é, em sua maioria, detido

direta ou indiretamente por uma pessoa jurídica de direito público. Isto porque somente o controle majoritário confere ao Estado autonomia absoluta de direção e comando sobre a sociedade e segurança jurídica quanto à caracterização do controle estatal, já que o controle minoritário depende da análise da situação fática e pode ser transitório, o que possibilitaria que uma sociedade seja considerada ora estatal ora privada.

Por tais razões, é nosso entendimento que, tanto no plano constitucional quanto no direito administrativo, o controle societário estatal segue critério distinto daqueles genericamente previstos na legislação privada. Como regra geral, somente podemos afirmar pela existência do controle estatal, quando a maioria do capital votante da sociedade investida pertencer ao Estado. Consequentemente, o conceito de **empresa estatal** está atrelado à presença do controle societário estatal. Esta posição também é compartilhada por Carlos Ari Sundfeld (2011, pg. 75), para quem “o conceito de empresa estatal está vinculado à existência de ‘maioria do estado’ no capital votante”.

É sempre possível, entretanto, que, a depender de seu objetivo regulatório, uma norma específica venha a definir o controle estatal, para determinados fins, adotando os critérios orgânicos da Lei das S.A. ou, ainda, a combinação de outros critérios que não o objetivo do controle majoritário, para a definição do controle societário, como explica Floriano Azevedo Marques Neto (2006, pg. 83), ao tratar das normas reguladoras:

No campo regulatório econômico o que se busca é perquirir não o controle de um sócio sobre o outro, mas o controle de um grupo de agentes econômicos (que pode envolver acionistas majoritários e minoritários de uma companhia) em face de toda a sociedade. Daí por que estes subsistemas jurídicos têm de recorrer a outra concepção de controle (que contemple inclusive o controle externo, contratual etc.), produzindo normas próprias e específicas, dotadas de maleabilidade suficiente para enfrentar desafios concretos. E, a nosso ver, nenhuma antijuridicidade existirá em assim proceder.¹²

A adoção do critério objetivo para a caracterização da empresa estatal mostra-se mais adequado especialmente ao considerarmos a realidade das companhias abertas que atuam no mercado de capitais. A utilização dos critérios orgânicos previstos na legislação privada ou outros critérios cuja verificação dependa da análise casuística, por certo geraria significativa insegurança jurídica capaz de influenciar os resultados das sociedades com participação estatal, já que a eventual aplicação do regime jurídico das empresas estatais traz impactos à operação, ao desempenho e, consequentemente, ao valor da sociedade.



Bibliografia

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresa público-privada*. Revista dos Tribunais. vol. 890. p. 33-68. Dezembro/2009.
- CAMARGO, Sérgio Alexandre. Tipos de estatais. Direito Administrativo Empresarial. Coordenador Geral: Marcos Juruena Villela Souto. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro/2006.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *O futuro estatuto das empresas públicas e sociedades de economia mista*. Disponível em: <http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista4/artigo20.htm>. Acesso em: 03/09/2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. Editora Atlas. São Paulo/2007.
- GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo/1981.
- _____. *Sociedade de economia mista – nulidade de acordo de acionistas que importa em mudança de seu acionista controlador*. Revista de Direito Administrativo. 2001. vol. 222. p. 348-367.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Licitações nas estatais em face da Emenda Constitucional 19, de 1988*. Revista Trimestral de Direito Público. vol. 27. pp. 24-35.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências independentes*. Direito Administrativo Econômico. Coordenador por Carlos Ari Sundfeld. Malheiros Editores. São Paulo/2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. Malheiros Editores. São Paulo/2010.
- MOREIRA NETO. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Editora Forense. Rio de Janeiro/2006.
- PENTEADO, Mauro Rodrigues. *As empresas estatais e os sistemas de supervisão e controle*. Revista de Direito Mercantil. vol. 45. p. 20-28.
- PINTO JUNIOR, Mário Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. Editora Atlas. São Paulo/2010.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. 3. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro/2003.
- STUBER, Walter Douglas. *Natureza jurídica da subsidiária de sociedade de economia mista*. Revista de Direito Administrativo. vol. 150. p. 18-34. Rio de Janeiro. out-dez/1982.
- SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; PINTO, Henrique Motta. *Empresas semiestatais*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. vol. 36. p. 75-99. out-dez/2011.

Notas

¹ Antes da Emenda Constitucional nº 5/1995, a Carta utilizava a expressão **empresa estatal** no § 2º, do art. 25, ao tratar da exploração pelos Estados dos serviços locais de gás canalizado; porém, com a alteração da redação pela Emenda, a expressão foi eliminada do dispositivo.

² Revogado pelo Decreto nº 99.606/1990.

³ Por todos: José dos Santos Carvalho Filho (2010) escreve: “São as empresas públicas e sociedades de economia mista pessoas apropriadas para a execução de atividades econômicas, no caso de intervenção do Estado no domínio econômico, ou para a prestação de serviços públicos superavitários, ou seja, aqueles que, em tese, podem propiciar lucratividade em sua utilização pela população usuária do serviço. Por isso é que alguns, na prática, as denominam de empresas estatais ou paraestatais, muito embora seja a expressão bastante duvidosa em termos de exatidão jurídica.”

⁴ *op. cit.* p. 76.

⁵ A Secretaria de Controle de Empresas Estatais (SEST – órgão que posteriormente se transformaria no DEST) foi criada em 1979 em função da inoperância da supervisão ministerial exercida sobre as empresas estatais. Sua criação demonstra um esforço para concentrar as competências funcionais sobre as empresas estatais em um único órgão governamental, visando a um controle global, com foco no acompanhamento e avaliação do desempenho econômico-financeiro dessas empresas. (cf. PINTO JUNIOR, 2010, pg. 110).

⁶ De fato, Mario Engler Pinto Junior observa que, para efeito da Lei das S.A., a configuração da sociedade de economia mista permite que o controle acionário estatal seja tanto majoritário quanto minoritário, não existindo incompatibilidade insuperável entre a figura da sociedade de economia mista e o exercício do controle pelo Estado com apoio em parcela do capital votante inferior à maioria absoluta (2010, pg. 344).

⁷ O inc. XX, do art. 37, da Constituição Federal, ao fazer referência às entidades mencionadas no inciso anterior abre a possibilidade de existência de subsidiárias também de autarquias e fundações, e ainda as participações destes entes no capital de empresas privadas. Vemos que o conceito de subsidiária – tanto subsidiária integral quanto controlada – diz respeito à relação entre duas sociedades: a controladora e a controlada. Desta forma, é, no mínimo, atípica a possibilidade de as autarquias e fundações também constituírem subsidiárias, como previsto no citado dispositivo constitucional.

⁸ Este trabalho não tem por objeto estabelecer a diferenciação (caso existente) entre **subsidiárias** e **controladas**. A matéria é controvertida especialmente ante a inexistência de definição legal do termo **subsidiária**. Uma corrente entende que quando a lei (sentido genérico) se refere a ‘subsidiárias’, estará ela indicando somente as subsidiárias integrais, definidas pela Lei das S.A. Para fins do presente, podemos adotar a posição de Dinorá Adelaide Musetti Grotti (pg. 34), também seguida por Alexandre Santos Aragão (2009, pg. 47), segundo a qual o vocábulo **subsidiária** equivale a **sociedade controlada**.

⁹ A mesma Lei trouxe novo conceito para este universo, o de ‘empresa estatal dependente’, que corresponde à empresa controlada que recebe “do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal e de custeio em geral ou de capital”, também definindo para fins daquela normatização. Sobre estas empresas dependentes, previstas na LRF, vale citar o entendimento de Sérgio Alexandre Camargo no sentido de que estas empresas estatais, por dependerem de recursos públicos, estariam impossibilitadas de se descentralizar empresarialmente, ou seja, criar subsidiárias integrais e controladas (subsidiárias mistas) (*op. cit.* p. 50-52).

¹⁰ O Decreto nº 2.355/1987 estabelece limites de retribuição na Administração pública da União.

¹¹ Entretanto, existem textos legais, especialmente os mais antigos, que não evidenciam o critério da maioria do capital social e apenas se referem genericamente às sociedades ou entidades controladas direta ou indiretamente pela União. É o caso da Lei nº 9.292/96, que, ao dispor sobre a remuneração dos membros dos conselhos de administração e fiscal das empresas estatais, se refere, no artigo 1º, às “empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União”.

¹² Neste sentido, o autor cita a Resolução ANATEL nº 101, de 4/2/1999 que define ‘controle’ como o “poder de dirigir, de forma direta ou indireta, interna ou externa, de fato ou de direito, individualmente ou por acordo, as atividades sociais ou o funcionamento da empresa.”

Justiça Trabalhista é afastada de caso

Bernardo Anastasia - Advogado

Leonardo Antonelli - Advogado

Compete à Justiça Estadual definir a existência de sucessão empresarial relacionada às obrigações trabalhistas de duas empresas públicas estaduais. O entendimento é da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar o Conflito de Competência apresentado pela concessionária de serviço público ferroviário do Rio de Janeiro.

A concessionária participou de longo processo licitatório para a exploração do sistema ferroviário do Rio de Janeiro, a qual se consagrou vencedora da concorrência, firmando, portanto, contrato administrativo. Dentre outras questões, ficou excluída a sucessão trabalhista anterior à tomada de posse, por força da 24ª cláusula, e respectivo parágrafo primeiro do contrato de concessão.

Conforme o contrato administrativo realizado após ganhar a licitação, a concessionária não responderia pelo passivo da antiga exploradora do sistema ferroviário, anterior a primeiro de janeiro de 1998, respondendo apenas pelo passivo constituído durante a sua gestão.

Pode-se dizer que a empresa concessionária era, e ainda é, surpreendida com penhoras on-line e de renda, por decisões proferidas pela Justiça do Trabalho, em processos na fase de cumprimento de sentença, os quais não contaram com a participação dela na fase de conhecimento do processo.

Na maioria dos casos, é apresentada uma reclamação trabalhista apenas contra a antiga exploradora do sistema ferroviário, portanto a condenação era contra a empresa. Iniciada a fase de cumprimento de sentença, não encontrou bens penhoráveis da antiga exploradora do sistema ferroviário, por isso, requereu o direcionamento

“Compete à Justiça Estadual definir a existência de sucessão empresarial relacionada às obrigações trabalhistas de duas empresas públicas estaduais.”

da execução contra a concessionária atual, com penhora de renda/caixa/on-line. Vale ressaltar que esse passivo não era inexpressivo em julho de 2008, quando iniciado este processo, pois alcançava a quantia aproximada de R\$ 250 milhões de reais por centenas de reclamantes.

Ao analisar a única relação firmada entre as partes – de um lado, a Justiça Trabalhista reconhece a condição de sucessora da concessionária, ao observar matéria de Direito Administrativo, diga-se de passagem, determinando penhoras on-line/renda/faturamento; de outro lado, perante a Justiça Estadual, por meio da Ação Declaratória se

pretende a declaração de inexistência de sucessão, entre as mesmas partes.

A mesma questão – a responsabilidade da concessionária pelo pagamento da condenação trabalhista imposta em sentença condenatória da antiga exploradora do sistema ferroviário – está sendo, portanto, objeto de conhecimento e julgamento perante a Justiça do Trabalho e a Justiça Estadual.

O fato é que não se trata de matéria trabalhista. Não se discute a relação entre os empregados/reclamantes e a sua empregadora. Não está em questão a interpretação e a extensão de direitos trabalhistas, mas sim, o contrato de concessão de serviço público celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro e a concessionária, vitoriosa em procedimento licitatório.

Assim, a validade da cláusula contratual que vedou a transferência da responsabilidade pelo passivo trabalhista deve ser analisada pela Justiça Comum, perante a qual tramita a ação declaratória na qual se postula a declaração de inexistência de responsabilidade da concessionária em relação a terceiros titulares de direitos trabalhistas, anteriores à concessão.

Com base em tais fundamentos, a concessionária suscitou Conflito Positivo de Competência, distribuído sob o nº 101.809, perante a 2ª Seção do STJ, que por unanimidade, concluiu competir “à Justiça Comum decidir a respeito da interpretação e da validade de cláusulas de contrato de concessão de serviço público, a fim de dirimir questão relacionada à sucessão de obrigações trabalhistas anteriores à concessão.” A antiga exploradora do sistema ferroviário continua a saldar os débitos.

Por se tratar de incompetência absoluta, em razão da matéria, reconheceu-se a nulidade das reclamações trabalhistas em relação à concessionária, e segundo outro trecho do acórdão do CC. 101.809-RJ, tornou “sem efeito os atos constritivos até então praticados pela Justiça do Trabalho. Essa é a primeira vez que uma concessionária consegue o reconhecimento da incompetência da Justiça Trabalhista para decidir se existe ou não sucessão, atribuída de ex-funcionárias que não laboraram na aludida concessionária. Esta decisão serve de jurisprudência para todas as concessionárias de serviço público do País, que estejam nas mesmas condições. Portanto, Segundo o Superior Tribunal de Justiça, cabe à Justiça Estadual julgar se existe ou não sucessão, extinguindo as reclamações trabalhistas.

Cabe asseverar que a jurisprudência atual do STJ assegura a fiel observância ao Princípio da Segurança Jurídica, portanto das relações contratuais, que permitem a devida segurança ao investidor acerca de que o combinado será cumprido. É o que é esperado do poder concedente e do Judiciário. Nada mais, nada menos!



Leonardo Antonelli, advogado



Bernardo Anastasia, advogado

A criação do fundo de pensão dos servidores públicos federais

Primeiras impressões sobre a Lei nº 12.618/12

Fábio Zambitte Ibrahim | Coordenador e Professor de Direito Previdenciário da EMERJ

Introdução

No dia 2 de maio de 2012 foi publicada a Lei nº 12.618, oriunda do Projeto de Lei nº 2, de 2012 (PL nº 1.992/07 na Câmara dos Deputados), que instituiu o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, fixando o limite máximo para a concessão de aposentadorias e pensões pelo RPPS federal.

A Lei nº 12.618/12 autoriza a criação de 3 (três) entidades fechadas de previdência complementar, denominadas Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo (Funpresp-Exe), Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Legislativo (Funpresp-Leg) e Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário (Funpresp-Jud).

Finalidade e vigência

Como se observa do art. 40, §§ 14 a 16, da Constituição, tais entidades devem ser criadas para que os regimes próprios de previdência de servidores – RPPS, possam adotar o mesmo limite máximo de pagamento do Regime Geral de Previdência Social – RGPS. A União dá partida ao seu sistema, assim como alguns Estados. A lógica, em linhas gerais, é limitar o gasto do regime público e transferir os pagamentos superiores ao sistema complementar, como já funciona no setor privado.

Em alguma medida, é instrumento de isonomia, pois a sistemática diferenciada para servidores, do ponto de vista estritamente protetivo, nunca teve razão de ser. Isso, naturalmente, não implica, necessariamente, apontar servidores como privilegiados – em especial no âmbito federal – pois desde o início dos anos 90 há contribuição sobre o total da remuneração. A questão, como se disse, não é a



derrocada de alegados privilégios, mas somente trilhar um modelo previdenciário que trate todos os brasileiros com igual consideração e respeito.

Não nego a possibilidade, em algumas carreiras, da manutenção, por lei, de benefício integral pago pelo Estado, com adequado financiamento do servidor e do Poder Público, como forma de assegurar a necessária isenção na

função pública, como magistratura, fiscalização, Ministério Público etc. Essa, todavia, seria a exceção, e não a regra.¹

A limitação ao teto do RGPS somente alcançará, de forma obrigatória, os servidores que ingressarem em RPPS após o início da vigência do novo regime de previdência complementar criado pela Lei. Nesse ponto, merece destaque o art. 33, I, que desloca a vigência da parte inicial da lei – onde se prevê a limitação – à data de criação da primeira Funpresp.

Ou seja, aquele que ingressou no serviço público federal, mesmo após a publicação da lei, ainda poderá escapar à limitação do teto do RGPS, tendo seu benefício futuro calculado pela média de suas remunerações, nos termos da Lei nº 10.887/04.² Todavia, a possibilidade acaba com a criação de qualquer um dos fundos – Executivo, Legislativo e Judiciário.

Por exemplo, uma vez criada a Funpresp do Executivo, um novo servidor do Judiciário já estará, automaticamente, submetido ao limite do RGPS em seu futuro benefício do RPPS. Assim, a lei prevê até pela possibilidade de o servidor ingressar em Funpresp de outro Poder, na hipótese de inércia dos demais.

Quanto à vigência da nova lei, importa notar que a mesma não é condicionada ao *funcionamento* da primeira Funpresp, mas sim à sua *criação*. O art. 31, § 2º, da Lei nº 12.618/12 prevê o prazo de 180 dias para a criação das fundações, mas o art. 26 ainda traz o prazo de 240 dias, a partir da publicação da autorização da PREVIC, para a entrada em funcionamento.

A vigência plena da Lei nº 12.618/12, como expressamente previsto no art. 33, está adstrita à *criação* de qualquer uma das fundações, não sendo necessária, para esse fim, a autorização da PREVIC ou mesmo o início de seu funcionamento.

A estratégia é evidente. Permitir que novos servidores já sejam submetidos à nova sistemática da maneira mais rápida possível. Adicionalmente, por outro lado, preceitos possivelmente vantajosos para servidores já vinculados a RPPS desejosos de ingressar no novo sistema, como benefício proporcional diferido e autopatrocínio, já estarão também em plena vigência, permitindo a adesão imediata, a partir da criação da primeira Funpresp.

Natureza jurídica

De acordo com o art. 4º, § 1º, da Lei nº 12.618/12, cada uma das entidades será estruturada na forma de *fundação, de natureza pública, com personalidade jurídica de direito privado*.

O tema não é irrelevante, pois há consequências decisivas na distinção, apesar de, não raramente, a diferença não ser tão visível em entidades criadas pelo Poder Público.³ O tema, de saída, carece de apreciação constitucional, pois há previsão normativa sobre a questão.

Sobre a natureza de fundação, não há críticas a se fazer. A Funpresp atende às três notas típicas de quaisquer fundações, que são a universalidade de bens, a personalização e a finalidade.⁴ Ou seja, como é uníssono na doutrina, uma fundação é um patrimônio personificado com determinado fim.⁵ Trata-se de uma associação de bens com uma finalidade, ao contrário das demais pessoas jurídicas, que, em geral, são compostas por uma associação de pessoas, com determinada finalidade.

Entendo que tal entidade não possui condições de ostentar uma verdadeira natureza pública. Não há uma finalidade propriamente pública em seu funcionamento, pois se trata de patrimônio dos servidores. Além disso, é desprovida de poder de império e sem imposição de associação, pois a filiação é sempre facultativa, nos termos do art. 202, *caput*, da Constituição, o que, enfim, exclui a possível natureza pública de uma entidade.⁶

Como forma de contornar a questão, a Lei nº 12.618/12 traz a figura inusitada da *fundação privada com natureza pública*, como forma de moldar o texto constitucional à pré-compreensão do sistema de previdência complementar. De modo mais enfático, o art. 8º da Lei nº 12.618/12 discorre sobre os efeitos práticos dessa natureza pública, basicamente limitando-a à necessidade de concurso para a contratação de pessoal, submissão ao procedimento licitatório e à publicidade no funcionamento da entidade.

Cria-se, assim, um ornitorrinco na previdência complementar, o que certamente só servirá para gerar desconfiância e dúvidas variadas no funcionamento da entidade, especialmente sobre a divisão das situações em que venha a ser submetida a regime privado ou não. Pessoalmente, considero a melhor solução a inconstitucionalidade parcial do art. 40, § 15, da CF/88, com a redação dada pela EC nº 41/03, com redução de texto, excluindo a expressão *natureza pública*.

Plano de benefícios

De modo geral, percebe-se que a Lei nº 12.618/12 copia a terminologia tradicional da previdência complementar, com os conceitos de patrocinadores, participantes e assistidos. Nada mais natural, pois é de previdência complementar que se trata.

O art. 12 estabelece, de forma compulsória, a modalidade de contribuição definida a quaisquer dos planos de benefícios ofertados. Embora a praxe dos novos planos de previdência complementar seja a adoção de tal modalidade, a restrição não é absoluta.

As normas gerais sobre previdência complementar, previstas nas LC nºs 108 e 109/01, no que couber, também vinculam o funcionamento da previdência complementar ao servidor, haja vista a expressa remissão do art. 40, § 15, da Constituição ao art. 202. Tendo a LC nº 109/01, no art. 7º, admitido outras modalidades, não poderia a lei

ordinária fixar restrição tão severa. Somente entidades fechadas constituídas por instituidores é que se submetem a tal limitação, em razão do maior risco de insolvência (art. 31, § 2º, II, da LC nº 109/01).

Em verdade, o estabelecimento coercitivo do plano de *contribuição definida*, quando analisado em conjunto com os demais dispositivos do Capítulo III da Lei, expõe, muito claramente, a perturbadora e patológica necessidade de afastar, de toda e qualquer maneira, a responsabilidade estatal por eventuais déficits das fundações.

A neurose vai desde dispositivos desnecessários, como o art. 12, § 1º, que trata da evidente necessidade de revisão do plano de custeio quando necessário, até a exposição de motivos da lei, que defende o modelo de contribuição definida como forma de blindar a União, pois o sistema nunca seria deficitário.⁷ Por natural, em modelos de contribuição definida puros, o benefício dura enquanto perdurar as reservas; terminado o dinheiro, acaba o benefício.⁸

Em prestações de risco, como benefícios por morte, doença ou invalidez, caberá algum tipo de seguro diferenciado ou, dependendo das opções das entidades, a criação de prestações na modalidade *benefício definido*, haja vista a dificuldade de concretizar coberturas de eventos imprevisíveis no modelo expresso na Constituição.

Servidores com ingresso em RPPS anterior à Lei nº 12.618/12 – Opção pelo benefício especial

A Constituição, na atual redação do art. 40, § 16, dispõe que o servidor *que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar*, ou seja, quando da criação da primeira Funpresp, somente aderirá às novas regras mediante prévia e expressa opção.

Em primeiro lugar, cumpre reforçar a data marco para início do novo regime. Como preceitua a Lei nº 12.618/12, no art. 33, I, o Capítulo I da lei, que justamente trata da instituição do regime, tem sua vigência postergada até a criação de uma das fundações. Não é necessário criar-se a Funpresp respectiva, mas qualquer uma delas, até pela possibilidade de opção dos demais servidores em aderir à entidade fechada de outro Poder (art. 31, § 2º).

Caso haja ingressado a pessoa em cargo público de provimento efetivo, com vinculação a RPPS, antes da criação da primeira Funpresp, terá a opção prevista no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 12.618/12, em conformidade com o previsto no art. 40, § 16, da Constituição.

Por certo, o permissivo constitucional, ao prever o direito de opção, traz, implicitamente, a necessidade de alguma compensação pelo tempo de contribuição já transcorrido, no qual o servidor, em muitas situações, já terá contribuído com valores superiores ao teto do RGPS para o regime próprio de previdência – RPPS.

Daí a razão para, no art. 3º, §§ 1º a 8º, prever o chamado *benefício especial*, que nada mais é do que uma indenização pela contribuição já realizada pelo servidor, em valores superiores ao limite máximo do Regime Geral de Previdência Social.

O art. 22 da Lei nº 12.618/12, que dispõe sobre o benefício especial que se aplica aos servidores públicos federais oriundos, sem quebra de continuidade, de cargo público estatutário de outro Ente da Federação que não tenha instituído o respectivo regime de previdência complementar e que ingresse em cargo público efetivo federal a partir da instituição da primeira Funpresp, deve ser interpretado como uma *opção* dada a tais servidores, que, caso desejem, possam ingressar no novo sistema, contando com a quantificação do benefício especial pelo tempo pretérito exercido em cargos públicos estaduais, distritais ou municipais. Somente em tal contexto poderá o dispositivo vigorar.

Ingresso e manutenção da filiação

Mesmo para novos servidores, cumpre notar que o ingresso no regime de previdência complementar será sempre voluntário (art. 202, *caput*, CF/88). Caso não deseje ingressar, pode optar por somente contribuir ao regime próprio sobre o limite máximo do RGPS, garantindo o benefício nas regras vigentes do RPPS.

Pode mesmo optar por regime de previdência complementar aberto, por convicção pessoal ou outro motivo; pode mesmo assegurar seu futuro por investimentos diferentes, como imóveis. O que importa é que resta assegurada a liberdade do servidor em optar pelo melhor meio de usufruir de seu patrimônio.

A Lei nº 12.618/12, por natural, não ingressa em detalhes de manutenção mínima, períodos de contribuição, quantificação de renda mensal, os quais, por prudência, devem ser fixados nos respectivos regulamentos, passíveis de adequações periódicas quando há motivação atuarial para tanto. Portanto, o art. 13, *caput*, delega aos regulamentos dos planos de benefícios a disciplina específica das prestações.

A contribuição, fixada em lei, tanto para o participante como para o patrocinador é de 8,5% (art. 16, § 3º). Nada impede que o servidor efetue, além da contribuição normal, recolhimentos superiores ao percentual estabelecido, mas não haverá, para tais excedentes, contraprestação do patrocinador estatal (art. 16, § 4º).

A Lei também admite a manutenção da filiação ao regime complementar nas hipóteses de cessão a outro órgão, mesmo empresas públicas ou sociedades de economia mista, licenças com ou sem remuneração, e ainda para os que optarem pelo benefício proporcional diferido ou autopatrocínio (art. 14).

Caso seja uma cessão com ônus, ou seja, quando o órgão cedente mantém o pagamento da remuneração,

o respectivo patrocinador preserva, também, o encargo de continuar efetuando as contribuições devidas. Caso o ônus seja do cessionário, este assume, frente ao servidor público, os encargos do patrocinador.

Conclusão

A temática da previdência complementar, em especial desde a reforma de 1998 e a publicação das LC nºs 108 e 109/01, muito tem evoluído, tendo o sistema nacional uma maturidade nunca antes alcançada.

No momento em que os regimes próprios de previdência aderem ao sistema, haverá um natural crescimento do setor, demandando acompanhamento rigoroso do Poder Público e dos participantes e assistidos. Não poderá o sistema ser utilizado como instrumento político ou meio de assegurar equilíbrio financeiro do Estado, sem compromisso com o bem-estar dos servidores públicos.

A Lei nº 12.618/12 traz algumas previsões preocupantes, as quais, esperamos, sejam oriundas do descuido natural de um projeto aprovado com grande celeridade, mas que nunca poderão propiciar um modelo inferior e mais restritivo que a previdência complementar privada hoje existente.

Sendo o objetivo principal do novo regime a isonomia – e não o mero equilíbrio financeiro – deve o Estado reconhecer os novos direitos decorrentes da normatização inovadora, adotando, nas dificuldades que ainda virão, o paradigma dos modelos privados existentes, já maduros e robustecidos pelas experiências dos últimos anos. 

Notas

¹ Sobre o tema, ver *A Previdência Social no Estado Contemporâneo*. Niterói: Impetus, 2011.

² A chamada aposentadoria integral, com proventos fixados de forma igual à última remuneração do servidor, somente poderá ser obtida por aqueles que já haviam ingressado no serviço público até 31/12/2003. Sobre o tema, ver o meu *Curso de Direito Previdenciário*. 17 ed. Niterói: Impetus, 2012.

³ Cf. FERREIRA, Sérgio de Andréa. *As Fundações de Direito Privado Instituídas pelo Poder Público no Brasil*. Rio de Janeiro, 1970, p. 15.

⁴ Cf. CRETELLA JÚNIOR, José. *Fundações de Direito Público*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 04.

⁵ Por todos, ver GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 217.

⁶ Sobre a necessidade de poder de império e a imposição de ingresso como atributos necessários de entidades públicas, ver FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Op. cit.*, p. 20.

⁷ O item 19 do EMI nº 00097/2007/MP/MPS/MF, que acompanhou o PL nº 1997, reza que *os planos de benefícios a serem oferecidos aos servidores, conforme as disposições estabelecidas no Capítulo III do Projeto, serão estruturados de modo a manter características de contribuição definida nas fases de acumulação de recursos e de percepção dos benefícios. Tal desenho apresenta vantagens do ponto de vista fiscal, pois elimina a possibilidade de geração de eventuais déficits.*

⁸ Tal situação, em tese, poderá ser atendida pelo Fundo de Cobertura de Benefícios Extraordinários – FCBE, previsto no art. 17, § 1º, da Lei nº 12.618/12.



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

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

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

ÁREAS DE ATUAÇÃO

DIREITO TRIBUTÁRIO • DIREITO CIVIL

DIREITO COMERCIAL • DIREITO SOCIETÁRIO

DIREITO PREVIDENCIÁRIO • DIREITO DO TRABALHO

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

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

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

As provas técnicas e as decisões judiciais

Antonio José Ferreira Carvalho | Desembargador do TJERJ

Já tive oportunidade, anteriormente, de demonstrar a insuficiência e ineficiência de laudos técnicos que, quiçá por açodamento ou desídia – eis que prefiro não supor que possa haver venalidade por parte de alguns Peritos –, dificultam, quando não impedem, um julgamento justo.

Embora não se deva generalizar, é certo que, ao examinar recursos venho identificando fraqueza nas provas técnicas produzidas, em especial em laudos de local de acidente de trânsito.

Em artigo anterior, neste mesmo órgão de imprensa, demonstrei que, nos crimes de violação de direitos autorais, inúmeras vezes inexistente punição em razão dos laudos não lograrem confirmar devidamente a materialidade dos crimes.

O mesmo vem ocorrendo, também, no concernente aos laudos de local nos delitos de trânsito.

Há Peritos que se contentam, tão somente, em ouvir uma das partes e, em cima de tais declarações elaboram os laudos, sem que levem em conta não só a palavra de outros envolvidos, como as condições de local onde o infausto evento ocorreu, sequer calculando a velocidade dos veículos envolvidos ou as condições de segurança deles.

Querem, somente, fazer – e mal – o seu “trabalho” (*sic*) e dane-se se alguém vier a ser prejudicado.

Não se olvide que nesse tipo de delito, em geral de natureza culposa, de regra existem processos que, em razão do que consta da prova técnica, podem vir a ser condenados judicialmente não o verdadeiro autor do crime, mas sim vítimas que – do que se deduzir daquela prova –, poderão ou não vir a sofrer as sanções legais, isentando-se o verdadeiro causador do dano.

Repito. Sequer estou querendo supor ou mesmo pensar em hipóteses nas quais alguns deles possam ter sido subornados para elaborar um laudo que favoreça alguma das partes. Principalmente quando há empresas envolvidas.

Nos delitos de trânsito, principalmente quando existam vítimas, fatais ou não, é necessário que os Srs. Peritos ajam de forma diligente e minuciosa, até para facilitar ao Juiz o exame da prova.

Lamentavelmente não é isso que vem ocorrendo e eu, em razão disso, como Relator de recursos criminais, venho sendo obrigado por vezes a criticar laudos periciais de local em acidentes de trânsito e, certamente, da mesma forma devem estar fazendo outros colegas.

Vejamos alguns exemplos:

DELITO DE TRÂNSITO – ART. 302 DA LEI Nº 9.503/97 (TRÊS VEZES) N/F DO ART. 70 DO CÓDIGO PENAL – COLISÃO ENTRE UMA CARRETA E UM AUTO VW-GOL CONDUZIDO PELA APELANTE – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DEFENSIVO – CONDENAÇÃO QUE BASEOU-SE EXCLUSIVAMENTE NO RELATO DO CONDUTOR DA CARRETA E DE LAUDO TÉCNICO PARCIAL E INCOMPLETO, QUE TAMBÉM BASEOU-SE APENAS NAS DECLARAÇÕES DO CAMINHONEIRO, SEQUER OUVINDO, AINDA QUE POSTERIORMENTE, A VERSÃO DA APELANTE – VERSÃO DA APELANTE NO INTERROGATÓRIO CORROBORADA POR TESTEMUNHA EM JUÍZO, SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO – LAUDO FALHO QUE SEQUER SE PREOCUPOU EM ATESTAR A VELOCIDADE DOS AUTOS ENVOLVIDOS NO ACIDENTE E QUE NÃO EXAMINOU O VEÍCULO VW-GOL “EM RAZÃO DAS AVARIAS” SOFRIDAS



– CARRETA QUE ABALROOU POR TRÁS O AUTO DE PASSEIO E CUJA VELOCIDADE DEVERIA SER EXCESSIVA EM RAZÃO DOS DANOS CAUSADOS AO AUTOMÓVEL – PROVAS INSUFICIENTES PARA SUSTENTAR A CONDENAÇÃO IMPOSTA – REFORMA DA SENTENÇA PARA ABSOLVER A APELANTE COM FULCRO NO ART. 386, VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – PROVIMENTO DO APELO.

Apelação nº 0000906-90.2007.8.19.0017 – 2ª Câmara Criminal TJERJ – Relator Des. Antonio José Carvalho, Julg. 17/7/2012 – Unânime.

Nessa hipótese, o Sr. Perito elaborou um laudo em que, além de não falar das condições do local ou da velocidade, sequer aproximada, dos veículos envolvidos e de declarar que o veículo abalroado, cuja condutora, pasmem, veio a ser condenada no Juízo *a quo*, estava “*sem condições de exame face ao montante das avarias.*”

E, mais, ouvido em Juízo, sob o crivo do contraditório, teve o deslante de afirmar que elaborara o malsinado laudo baseado, tão somente, no relato do motorista da carreta que, como visto, foi o verdadeiro ocasionador do acidente.

Mas há outros casos em que os laudos periciais, em processos relativos a delitos de trânsito podem ter decisões diversas pela deficiência dos profissionais que elaboram os laudos.

EMENTA – DELITO DE TRÂNSITO – HOMICÍDIO CULPOSO – LAUDO TÉCNICO POUCO ESCLARECEDOR – PROVA ORAL INCONSISTENTE – VÍTIMA QUE PROCUROU ATRAVESSAR VIA PÚBLICA DA DIREITA PARA A ESQUERDA, EM LOCAL SEM FAIXA DE PEDESTRES – PROVAS INSUFICIENTES PARA SUS-

TENTAR A CONDENAÇÃO – SENTENÇA MANTIDA – APELO MINISTERIAL DESPROVIDO

Apelação nº 0022154-89.2009.8.19.0002, 2ª Câmara Criminal TJERJ – Relator Des. Antonio José Carvalho, Julg. 15/03/2012 – Unânime.

Nesse caso, a decisão teve que ser tomada exclusivamente baseando-se nas provas orais coligidas, em razão das graves deficiências na elaboração do laudo do local.

Também em razão do laudo elaborado, que deixou margem para grandes dúvidas, assim, também, fomos obrigados a decidir:

EMENTA – DELITO DE TRÂNSITO – HOMICÍDIO CULPOSO – ART. 302 DA LEI Nº 9.503/97 – COLISÃO DE VEÍCULOS EM ESTRADA DE MÃO DUPLA – CURVA SINUOSA E DEPRESSÃO NA PISTA – ESTRADA COM CONSERVAÇÃO PRECÁRIA – VELOCIDADE INDETERMINADA DOS VEÍCULOS PROVA ORAL CONTRADITÓRIA – INCERTEZA QUANTO A QUAL DOS DOIS MOTORISTAS INVADIU A PISTA NA CONTRAMÃO DE DIREÇÃO – REFORMA DA SENTENÇA PARA ABSOLVER O APELANTE COM FULCRO NO ART. 386, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – APELO VOLUNTÁRIO DEFENSIVO PROVIDO.

Apelação nº 0002789-36.2004.8.19.0063 (2007.050.00002), 2ª Câmara Criminal TJERJ – Relator Des. Antonio José Carvalho, Julg. 15/03/2012 – Unânime.

Veja-se que, com relação aos fatos que deram origem ao processo acima mencionado, após a elaboração do laudo de local, o Sr. Perito em Juízo prestou depoimento o qual permitiu conclusões diversas daquelas que havia ele relatado no laudo: ... que o veículo do acusado pode ter invadido a contramão por vários motivos... “ (fl. 89 daquele processo)

Não disse ele que o acusado invadiu. Afirmou que poderia ter invadido.

Além disso, afirmou existir no local uma deformação na pista e que “a maioria dos veículos desviavam da deformação” porque “não era prudente passar pela deformação (fl. 89).

Por que nada disso faz constar do laudo?

Necessário se faz, e com urgência, que os Srs. Peritos passem a trabalhar com maior denodo e a elaborar os seus laudos com os detalhes necessários e que possam permitir aos julgadores uma análise coerente dos fatos para descobrir a verdade real e prolatar suas decisões.

Devem eles se imbuir do sentimento de que, não o fazendo, não só poderão ser responsáveis pela condenação de inocentes e, ao revés, por deixar culpados em liberdade, como também por impedir que, na área civil, justiça seja feita às vítimas através das ações indenizatórias. 

Perito: um coadjuvante do próprio mérito

Reinaldo Pinto Alberto Filho | Desembargador do TJERJ

Não há mais como se olvidar que o direito hodierno estabelece uma movimentação absurdamente célere frente às constantes mutações das valorações sociais, que ultimam por atingir a natureza jurídica de vários institutos, malgrado eventual previsão legal e definitiva de um instituto.

Com muita propriedade e sagacidade, MONTESQUIEU acentuou esse relacionamento, quando afirmou que o homem se apresenta como que envolvido por uma rede de “relações necessárias, que derivam da natureza das coisas”.

O dinamismo do direito está devidamente conexionado com a releitura das valorações sociais nos mais variados comportamentos, negócios jurídicos neonatos, gerando conflitos de interesses inusitados e, *per viam consequentiae*, exigindo do Julgador um conhecimento especial para sua solução e, de quando em vez, só mesmo através de *expert*.

As normas sociais em exegese de seu conjunto constituem o sistema regulador das próprias atividades individuais ou como metaforicamente melhor grafava SCHAEFFLE “o sistema nervoso da sociedade”.

Com muita propriedade, igualmente, ANGEL LATORRE, com escólio na doutrina de Kelsen, lecionava que uma norma jurídica é criada por homens determinados, autorizados a isso por uma norma anterior.

Ocorre, porém, que, quando a normatividade ultrapassa o limite da simples análise de direito, a solução final se resume em uma indispensável prova técnica e, em grande parte, exigindo profundo conhecimento sobre o tema,

momento no qual se faz necessária a prova pericial e o profissional de alta especialidade.

O Vocabulário Jurídico do Professor DE PLÁCIDO E SILVA define a Perícia como sendo “a diligência realizada ou executada por peritos, a fim de que se esclareçam ou se evidenciem certos fatos”.

De igual sorte o supramencionado Jurista enfatiza que a diligência é “todo ato ou solenidade promovida por ordem do juiz, a pedido da parte ou *ex officio*, para que se cumpra uma exigência processual ou para que se investigue a respeito da própria questão ajuizada”.

Em assim sendo, a diligência se divide em incumbência, quando determinada a um serventuário da justiça (intimações, citações, penhora, sequestros, arrestos etc) e sindicância, que tem como desiderato um meio de pesquisa, como as inquirições, vistorias, arbitramentos, exames, etc.

Procuró, em minha definição de perícia, estabelecer uma maior restrição ao tema, com *genus proximum et differentiam specificam*, quando afirmo que é a diligência realizada como meio de prova, por pessoa ou pessoas físicas, com a finalidade de apurar tecnicamente um fato, com o precípua escopo da instrução de um procedimento.

Não se olvida que a análise dos dispositivos legais motivados pelas novas e atuais relações jurídicas poderá levar o profissional do direito, bem como os técnicos em perícia, indene de dúvida, a uma inicial turbulência, chamando mesmo o Direito Pretoriano para preencher as lacunas na melhor hermenêutica.



Em assim sendo, sem receio de equívoco, sempre se considerou o Perito como uma pessoa de estrita confiança do julgador, sendo por ele designado para elucidações em área técnica específica.

O ordenamento jurídico não deixou afastadas as exigências para designação de um Perito, quando a prova dos fatos depender de um conhecimento técnico ou científico, em não sendo levado ao processo pelas partes pareceres técnicos em sonância com documentos relevantes e elucidativos com suficiência para elidir a prova pericial (arts. 145 e 427 do Código de Processo Civil).

Cediço que, sob pena de nulidade e violação do princípio constitucional do devido processo legal, não há como o julgador *sponte propria* decidir a controvérsia com conhecimentos técnicos científicos, sem a realização de uma prova pericial, mesmo que tenha habilitação para tal conclusão. Não há nisso nenhuma violação ao princípio do livre conhecimento, haja vista a imposição legal peremptória do art. 145 supramencionado do Digesto Processual Civil.

Registre-se, ainda, que a exceção feita no art. 427 do mesmo diploma legal, sem maiores embargos, resume-se em uma solução por demais corajosa do julgador, não só frente aos irrevogáveis princípios constitucionais, como em sede de “simulação” das partes, engendrando uma solução meritória previsível, frente aos documentos adredemente anexados e, assim, estabelecendo uma eventual fraude em conluio.

Em suma: entende-se que o art. 427 do CPC é um verdadeiro “vespeiro”, não se sugerindo, em hipótese

alguma, sua aplicação, sendo melhor a realização da prova pericial com um técnico de confiança do Juízo e indiscutivelmente especializado sobre o tema...

Tem-se, pois, *lato sensu*, o Perito como um auxiliar do juiz e *stricto sensu* de qualquer julgador, na forma explicitada pelo art. 139 do Estatuto Processual Civil.

Bom, *en passant*, registrar que os auxiliares do juízo se dividem em dois grupos: os ordinários e os eventuais.

São auxiliares ordinários, tal qual nos vários direitos, como segue: o escrivão (*cancelliere* em italiano, *secrétaire de la jurisdiction* ou *greffier* em Francês); o oficial de justiça (*ufficiale giudiziario* na Itália, *huissier de justice* no direito francês, oficial de diligência em Portugal e meirinho no reinícola ou reinol; *bailliff* nos países de idioma Inglês, *gerichtsvollzieher* na Alemanha e *aoum* em Árabe).

São eventuais: o perito, o depositário, o administrador e o intérprete.

Cediço ser o juiz o *peritus peritorum* (perito dos peritos), não ficando, pois, adstrito ao laudo, conforme dicção dos arts. 436 do Código de Processo Civil (CPC) e 182 do Código de Processo Penal.

A relevância da função de Perito fica evidente no momento em que o legislador estabeleceu tanto para o Louvado como para o juiz exatamente as mesmas obrigações, em relação a sua suspeição e impedimento para a prática do ato, o que não ocorre com os Assistentes Técnicos, consoante se constata dos arts. 134 a 138 e 422, segunda parte do CPC.

Note-se que em perfeita conexão o mesmo se faz presente para a aquisição de bens em hasta pública (art. 1.133, inciso III, segunda parte, do Código Civil).

Não obstante tudo acima elucidado, procuro reiteradamente sustentar em diversas oportunidades, inclusive nas duas últimas edições de meu livro (*Da Perícia ao Perito* – Editora Impetus) e até mesmo para sérias reflexões, que atualmente o Perito deixou sua antiga roupagem jurídica de um simples auxiliar do julgador, tornando-se, no mais das vezes, um coadjuvante do próprio mérito da demanda, ou seja, seu conclusivo não é mais uma mera forma de sugerir, mas sim de “decidir”.

Observe-se a relevância da peça técnica em ações como as com altíssimas indagações de especialidade, *verbi gratia* a avaliação de uma pintura que, por vezes, raros são os profissionais que conhecem a obra daquele pintor e com condições de emitir uma opinião escoreta e sem equívoco.

No mesmo jaez ficam algumas conflitâncias nas áreas da atual avançada informática, dos resultados de violação ambiental, patologias novas no setor médico, engenharia com difíceis cálculos estruturais, *inter plures* e, em menor e mais rotineiras, mas não afastadas da tese acima, aquelas que visam à renovação e revisão de contrato de locação (só impugnando o valor do novo aluguel), lides com o exclusivo escopo de demarcar e/ou dividir área, interdição, falsificação de documento...

Tudo leva a crer que nessas hipóteses, entre outras neste *mare magnum* criado pelas novas relações jurídicas e especiais conflitos de interesses, a solução meritória fica apenas conexcionada com o laudo, sem melhor oportunidade para o julgador reverter a proposta técnica

até pela vedação do art. 145 do CPC, sem ressonância com o art. 427 do mesmo diploma legal, como alhures elucidado.

Não se olvida, como, aliás, já mencionado acima, que ao juiz fica facultado o princípio do livre convencimento, no entanto fácil é perceber que isso não ocorre com frequência, nas hipóteses acima relatadas, quando a solução está tão-somente na peça técnica, no máximo, analisando-se as sustentações apresentadas pelo laudo do Expert, frente a parecer de eventual assistente técnico, sem se pretender, analogicamente, incluir o último no rol constante do art. 139 do CPC.

Importante enfatizar não ter perdido o Perito a condição de ser um auxiliar do julgador, apenas se procura sustentar que as mais diversificadas relações jurídicas que desafiam uma prova pericial com resultado final e sem melhor alternativa para a solução do mérito da demanda para o julgador, ultimam por dar uma nova “natureza jurídica” ao Louvado, qual seja a de coadjuvante na solução meritória...

Por outro lado, roupagem diversa há em sede processual penal, pois melhor ocorre à qualidade de mero auxiliar do juízo para o Perito, vez que sua função está limitada unicamente a demonstração da materialidade, ficando todo o mais, como a autoria, a culpabilidade e o que for conexo, para apreciação do julgador, sem prejuízo do já citado art. 182 do Código de Processo Penal.

São as teses esposadas para reflexão dos estudiosos do tema, sem que se pretenda, por momento, impor uma modificação radical do atual entendimento legal da natureza jurídica do perito, até porque ultrapassaria o escorço desse artigo, quicá, entretanto possível em sede de *lege ferenda* ... 



BRASIF

45 ANOS PENSANDO ADIANTE



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

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

FAZENDA
Matá Velha
PADRÃO DE QUALIDADE



GENEAL
Genética e Biotecnologia Animal

LOUNGERIE


Brasif Social
2008

EMPRESAS
BRASIF **45**
ANOS

FONTES • TARSO RIBEIRO

ADVOGADOS



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



RIO DE JANEIRO

RUA DO MERCADO, 11 • 7º ANDAR • PRAÇA XV • CEP 20.010-120 • +55 (21) 2176.7800

RIO DE JANEIRO • SÃO PAULO • BRASÍLIA

